

PROCESSO AMMINISTRATIVO ORDINARIO E RITI PARTICOLARI

(dopo la legge n. 205/2000)

di Italo Franco

Sommario: 1- Breve premessa. 2.1.1- Il giudizio ordinario di legittimità. 2.1.2- L'istruzione probatoria nel giudizio di legittimità. 2.2- La giurisdizione estesa al merito. 2.3- La giurisdizione di legittimità oggi, alla luce della legge n. 205/2000. 3.1- Giudizio sul rapporto. 3.2- Il rito processuale relativo al ricorso contro il silenzio nella legge n. 205/2000. 4- Il giudizio di ottemperanza. Fase cautelare: rinvio. 5.1- Il processo in sede di giurisdizione esclusiva. 5.2- La nuova giurisdizione esclusiva (di cui al D.Lgs. n. 80/98): profili processuali. 6- Il giudizio in materia elettorale. 7- Il giudizio in materia di accesso. 8- Il rito abbreviato in materia di appalti pubblici ed in altre particolari materie. 9- Sentenze in forma semplificata. Decreti in materia di perenzione, ecc.

1- Breve premessa.

E' noto che la giurisdizione amministrativa nasce con una ben precisa fisionomia, sia in ordine ai presupposti teorico-sistematici –i quali (per quanto elaborati in sede giurisprudenziale), riverberano i loro riflessi sul piano del diritto sostanziale- sia dal punto di vista più specificamente processuale. Sotto il primo profilo la tradizionale (e, in verità, alquanto schematica e sommaria) bipartizione delle situazioni giuridiche soggettive fra diritti soggettivi e interessi legittimi forniva una giustificazione dogmatica al criterio di ripartizione della giurisdizione fra i giudici ordinario

e amministrativo. L'argomento non ci interessa in questa sede e può essere accantonato, salvo evidenziare i nessi con il discorso relativo al processo.

Sotto il secondo profilo, data la concezione originaria della figura dell'interesse legittimo, si può dire che la giurisdizione amministrativa veniva ancorata all'azione di impugnazione, diretta all'(accertamento dell'illegittimità e quindi all') annullamento di un provvedimento (o altro atto amministrativo), e dunque al giudizio di tipo cassatorio, sfociante (esclusivamente) in una sentenza di tipo costitutivo (l'annullamento del provvedimento). Nessuna altro tipo di azione si concepiva all'interno del giudizio amministrativo, ed anzi le stesse opere manualistiche (le meno recenti) non recavano accenni alla teoria delle azioni, tranne qualche lodevole eccezione[1]. Insomma il modello del processo amministrativo, siccome giudizio di (mera) legittimità, era ravvisato nel giudizio di tipo cassatorio, siccome diretto alla (mera) demolizione di un atto.

Tuttavia, in prosieguo di tempo la situazione si è andata progressivamente articolando e ampliando, con l'ingresso di nuovi tipi di azione, oltre che con la previsione di riti processuali più o meno particolari rispetto al giudizio ordinario di legittimità, e dunque con l'introduzione di nuovi tipi di processo. In altre parole, il processo amministrativo, da monotipo quale fondamentalmente si presentava ab origine, tendeva ad avvicinarsi in qualche modo al processo civile, anche nella strutturazione. La marcia verso una più articolata gamma di modelli processuali, e l'arricchimento dei tipi di processo (con le connesse implicazioni in tema di conduzione del medesimo, in particolare per quanto riguarda l'istruzione probatoria e i contenuti della sentenza) non è stata, peraltro, uniforme, anzi ha sofferto tanto delle esigenze contingenti, quanto della pervicace diversità di vedute fra gli

“attori” del gioco (giudici, studiosi e avvocati, prima che parlamentari e politici), che inevitabilmente si riflettevano nella sede politica e dell’elaborazione delle proposte di legge.

La situazione ha assunto un assetto sensibilmente diverso da quello originario e definitivo, per ora, con l’emanazione della legge 21 luglio 2000 n. 205, ed è approdata verso lidi che, pur conservando, fra le altre, l’originaria previsione della classica azione impugnatoria, vede sostanzialmente mutata anche detta azione di annullamento, che, d’ora in poi, difficilmente verrà attivata da sola. Scopo di questa relazione è una rapida rassegna dei modelli processuali ora praticabili davanti al giudice amministrativo (la quale è anche, di conseguenza, una mini-storia della giurisdizione amministrativa in Italia, con qualche fugace accenno ai suoi momenti di eclissi e di fulgore). La storia non può che partire dal prototipo del processo amministrativo –l’unico originariamente previsto, come si è detto- vale a dire dal giudizio di annullamento.

2.1.1- Il giudizio ordinario di legittimità

Nell’ottica di una rassegna veloce -e comunque maggiormente orientata verso la valutazione delle novelle legislative sul tema, piuttosto che al passato- non sembra logico attribuire soverchio spazio al giudizio ordinario di legittimità, che nasce come processo originato dall’azione di annullamento, anche perché si ripeterebbero cose fin troppo note e studiate.

Si tratta di un tipo di processo da ricorso concepito unicamente (come si è già accennato) con carattere e finalità demolitori: il tutto converge verso il risultato finale (in caso di accoglimento) della demolizione del provvedimento impugnato e la sua eliminazione dal mondo del diritto, il che –quanto meno nelle ipotesi in cui si controverta su interessi legittimi di tipo oppositivo[2]- dovrebbe bastare per ripristinare la situazione preesistente. Naturalmente, nell'ipotesi inversa (di rigetto del ricorso), tutto resta invariato, nel senso che il provvedimento impugnato resta valido ed efficace. Le cose andavano diversamente nelle, ben differenti, ipotesi di ricorso vertente su interessi legittimi pretensivi, vale a dire quando la controversia traeva origine dall'impugnazione di un diniego, nonché in quelle altre in cui l'accoglimento del ricorso previo annullamento dell'atto (pur riferito a interessi legittimi oppositivi) avveniva per difetto di motivazione, e, ancora, allorché l'impugnazione veniva proposta contro il silenzio o inerzia della P.A. tenuta a provvedere o comunque a pronunciarsi su un determinato affare (a istanza di parte, o d'ufficio).

L'analisi delle questioni connesse ai temi qui appena accennati ci porterebbe lontano, e potrebbe anche rivelarsi, almeno in parte, ormai superflua, alla luce delle novelle apportate dalla citata legge n. 205/2000. Pertanto, ci limitiamo a rinviare ad altri scritti su tali argomenti[3], ricordando comunque che, in casi del genere, la vicenda non si chiudeva (non poteva) con un solo processo, comportando (o consentendo) l'annullamento giudiziale ulteriore attività della P.A., a sua volta contestabile in sede giudiziale. Peraltro, proprio in riferimento al giudizio contro il silenzio della P.A. veniva correttamente configurata l'instaurazione di un'azione di accertamento[4] (su cui infra).

Quanto alle regole prime del giudizio di annullamento (o giudizio ordinario di legittimità), ricordiamo molto sommariamente che –fermo restando l’obbligo della P.A. “convenuta” di depositare l’atto impugnato e i documenti connessi- incombe(va) sul ricorrente l’onere di allegare, con i fatti primari, almeno un principio di prova. Spettava, poi, al giudice amministrativo valutare se disporre, o meno l’acquisizione (anche a carico di soggetti estranei al giudizio) di ulteriori atti e documenti o elementi atti a chiarire i fatti, ovvero di disporre altri incumbenti istruttori.

2.1.2- L’istruzione probatoria nel giudizio di legittimità.

L’istruzione probatoria –salvo quanto si dirà di qui a poco in relazione al giudizio di legittimità esteso al merito- in un processo siffattamente inteso è di necessità alquanto limitata. Si tratta, invero, di un processo eminentemente documentale, in cui le questioni in fatto vengono chiarite sulla base non solo dell’analisi del provvedimento impugnato (ragion per cui si può dire, almeno in prima approssimazione, che la ricostruzione del fatto dipende dalla rappresentazione dei fatti sottostanti effettuata dalla P.A., “cristallizzata” nel provvedimento), bensì di tutti gli altri atti e documenti che ne sono all’origine, ovvero che comunque offrano elementi atti a chiarire la vicenda sottostante. (L’analisi degli altri documenti consente in non pochi casi di pervenire ad una migliore ricostruzione della situazione in fatto, maggiormente corrispondente alla realtà).

In un processo di tipo cartolare, insomma, la prova “regina” è, naturaliter, quella documentale. Ben poche volte, ai fini del decidere, c’è bisogno –specialmente in relazione alla pregressa strutturazione dei provvedimenti e delle competenze della P.A., certamente in passato più definite, semplici e

univoche di quanto non lo siano oggi- di disporre mezzi di prova quali la prova testimoniale, la consulenza tecnica d'ufficio, il sopralluogo, ecc. E tuttavia, sia pure in forme peculiari, era previsto un succedaneo della c.t.u., vale a dire la c.d. verifica.

Quanto ai timori circa un'insufficiente "terzietà" degli organi incaricati dal G.A. di effettuare determinati accertamenti tecnici o di fatto mediante la verifica (certamente ravvisabili nella configurazione normativa dell'istituto[5], nonostante la previsione di una forma di contraddittorio durante lo svolgimento della stessa verifica, cui le parti vengono autorizzate a presenziare, con facoltà di produrre documenti inerenti), questi, effettivamente potevano ritenersi non ingiustificati. Peraltro, deve dirsi che, specialmente nella prassi giudiziale più recente, gli evidenti limiti di tale strumento probatorio venivano superati dal prudente apprezzamento dei collegi giudicanti, i quali affidano l'incarico sempre più spesso ad organi il più possibile lontani dalla P.A. resistente, e sovente anche a soggetti esterni all'apparato della P.A.

(Da notare, comunque, che la c.t.u. era stata, poi, introdotta anche nel giudizio amministrativo di legittimità, limitatamente alla materia dell'edilizia[6], con l'art. 16 della L. 28 gennaio 1977 n. 10).

In verità, in ordine all'istruzione probatoria, una differenziazione non di poco conto esisteva nella normativa tra la giurisdizione di (sola) legittimità, e quella, invece, estesa al merito.

In breve, mentre il primo comma dell'art. 44 del R.D. 26.6.24 n. 1054 prevede soltanto, come mezzi probatori specifici del processo amministrativo di legittimità, la richiesta di chiarimenti o documenti, e la verifica in contraddittorio con i rappresentanti delle parti, il secondo comma ammette, nel caso della giurisdizione estesa al merito, "qualunque altro mezzo istruttorio, nei modi determinati dal regolamento di procedura". Quest'ultimo (R.D. n. 642/1907), mentre, con l'art. 26, contiene a sua volta la previsione della richiesta di documenti e la verifica in contraddittorio (per il giudizio di legittimità), con l'art. 27 dispone, in relazione alla giurisdizione di merito, che possano ammettersi: la prova testimoniale; l'ispezione; la perizia (ora consulenza tecnica d'ufficio); e "tutte le indagini che possono condurre alla scoperta della verità, con i poteri attribuiti al magistrato dal c.p.c. e con le relative sanzioni".

2.2- La giurisdizione estesa al merito.

Dalle disposizioni ora citate era lecito aspettarsi una differenziazione del processo in relazione alle controversie riguardanti questioni di merito (da sole o aggiunte a questioni di legittimità), data una così netta distinzione operata sia dalla legge che dal regolamento fra i due tipi di regime probatorio. Ma tanto non è avvenuto, e c'è da chiedersi come mai il giudice amministrativo abbia rinunciato spontaneamente, con un inequivocabile self-restraint, ad avvalersi della facoltà di potenziare ad ampliare la sua attività istruttoria, specialmente nel secondo caso.

Che si tratti di una autolimitazione^[7] –dovuta verosimilmente a "pregiudizi" di carattere ideologico circa la natura della giurisdizione amministrata (che ha sempre ravvisato una sorta di barriera, mobile ma invalicabile, alla sua azione nei confronti della p.a., ben spesso per una

malintesa accezione della montesquieuiana teoria della divisione dei poteri) non può essere smentito con l'argomento che la giurisdizione estesa al merito è legislativamente prevista in poche fattispecie, per di più con previsioni di ipotesi in gran parte superate dalla successiva evoluzione normativa: la dimostrazione a posteriori è data dall'atteggiamento osservato dai giudici amministrativi nei confronti della sentenza 10 aprile 1987 n. 146[8], con la quale la Corte costituzionale, in relazione alla giurisdizione esclusiva sul rapporto di pubblico impiego, dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 44 citato là dove non prevede l'esperimento dei mezzi istruttori previsti negli art. 421, commi da 2 a 4, 422, 424 e 425 c.p.c., come novellati con la legge 11 agosto 1973 n. 533.

Quanto appena ricordato ci offre l'occasione per osservare che la distinzione tanto chiaramente posta dalla legge, a fini processuali, fra giurisdizione di sola legittimità e giurisdizione estesa al merito, in verità sarebbe stata molto più appropriata al fine di distinguere fra la prima (o entrambe, essendo irrilevante, ai fini che ne occupa, tenerle distinte) e la giurisdizione esclusiva. Ed infatti, non si può non rilevare come la questione si sia posta, poi, appunto in relazione a tale dicotomia, e non certo in ordine alle distinzioni fra legittimità e merito.

Va, in ogni caso, ricordato che la legge (art. 26.2 L. n. 1034/71), in relazione al giudizio esteso al merito, prevede che con la sentenza il giudice possa –oltre che annullare l'atto- anche riformarlo o sostituirlo. Ciò dimostra che il proprium della giurisdizione di merito consiste –nella visione del legislatore del tempo- nel ruolo particolare che, in queste fattispecie, è chiamato a svolgere il giudice, il quale, nel decidere, si sostituisce all'amministrazione. Detta sostituzione, ordinariamente non si ammette, nè si vuole concepire. Nella giurisprudenza, la differenza “ontologica” rispetto alla giurisdizione di sola legittimità non potrebbe essere più evidente.

Va, infatti, ribadito che, nella prassi giudiziaria, le disposizioni richiamate non hanno dato luogo ad una distinzione fra giudizio di legittimità e giudizio esteso al merito (tanto meno in ordine alla rilevata possibilità di riforma dell'atto impugnato): anche se, quando ritenuto necessario, i collegi giudicanti procedono all'esperimento di prove ammesse dal giudizio di merito, mai si è parlato di due tipi diversi di giudizio[9]. Giudizio di legittimità e giudizio esteso al merito sono stati, così, in concreto omologati, tranne in quei casi sporadici in cui si è ribadita detta distinzione. Nè, inoltre, il giudice amministrativo ha inteso utilizzare quella differenziazione di regime processuale –che risiede nelle norme- per volgerla a favore di una distinzione ed emersione della giurisdizione esclusiva (esigenza certo di ben maggiore rilievo, data l'”obsolescenza” della giurisdizione di merito).

2.3- La giurisdizione di legittimità oggi, alla luce della legge n. 205/2000.

Il discorso sulla giurisdizione esclusiva sarà ripreso tra breve. Ora sembra opportuno gettare uno sguardo sulla situazione in cui si viene a trovare oggi il processo di tipo impugnatorio (instaurato con l'azione di annullamento o di impugnazione di un atto), dopo le profonde modifiche legislative che, passate attraverso il D.Lgs. n. 80/98 (in verità concernente solo il processo in sede di giurisdizione esclusiva in talune materie), sono, infine, approdate alla recentissima legge 21 luglio 2000 n. 205, che ha inciso anche sulla giurisdizione di legittimità.

Detta legge in primo luogo, in merito all'azione di impugnazione, apporta una modifica di tipo squisitamente processuale, ma destinata a riverberare effetti sul piano sostanziale, oltre che a rendere indubbiamente più complessa la “gestione” processuale di certe vicende particolarmente controverse. Con l'art. 1, sostituendo il primo comma dell'art. 21 della L. n.

1034/71, la stessa, invero, dispone: “Tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all’oggetto del ricorso stesso, sono impugnati mediante proposizione di motivi aggiunti”. Sul punto ci limitiamo ad osservare –en passant- che si tratta di una modifica che incide sulla struttura dell’azione di impugnazione, estendendo l’oggetto del giudizio di annullamento oltre il provvedimento originariamente impugnato, e quindi, a rigor di termini modificando almeno in parte, con il petitum originario, lo stesso thema decidendum.

(La novella prosegue, poi, con un’altra modifica significativa in tema di esperimento dell’azione ex art. 25 della L. n. 241/90 per l’accesso ai documenti, pure in pendenza di ricorso: modifica a sua volta significativa, ma meno rilevante ai fini del discorso che andiamo svolgendo).

La stessa legge 205, inoltre, estende alla giurisdizione ordinaria di legittimità quanto già disposto dagli art. 33-35 del D.Lgs. 31.3.98 n. 80 solo in relazione alle, pur rilevanti, materie dei servizi pubblici, edilizia e urbanistica, in relazione alle quali fondava la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, per di più concentrando presso tale giudice anche la cognizione delle questioni inerenti al risarcimento del danno, la reintegrazione in forma specifica e i diritti patrimoniali conseguenziali). Detta estensione avviene attraverso la modifica del primo periodo del terzo comma dell’art. 7 della L. 6 dicembre 1971 n. 1034 (comma già modificato, prima, dal D.Lgs. n. 80/98), in maniera tale da incidere profondamente da un lato sulla latitudine della cognizione del g.a nell’ambito di tutta la sua giurisdizione, dall’altro –in parte per conseguenza- sul criterio di riparto della giurisdizione con il g.o.

La novella legislativa arrecata al primo periodo del 3° comma dell’art. 7 cit. così suona: “Il tribunale amministrativo regionale, nell’ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all’eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma

specifica e agli altri diritti patrimoniali consequenziali”. Ora, non rientra negli scopi del presente lavoro l’analisi di una simile disposizione, con tutte le implicazioni che se ne inferiscono. In questa sede ci limitiamo soltanto a valutare, di dette implicazioni, quelle che riguardano l’azione di impugnazione nell’ambito della giurisdizione ordinaria di legittimità, onde vedere se questa ne esce in qualche misura cambiata. Ancora, ci preme verificare, altresì, se anche l’istruzione probatoria inerente a tale giudizio di legittimità debba ritenersi inciso dalle disposizioni ampliative inerenti, che nella legge 205 (come già nel D.Lgs. 80/98) riguardano testualmente, soltanto la giurisdizione esclusiva[10].

Fondamentalmente, l’azione impugnatoria ed il relativo processo di annullamento non risultano modificati nella loro struttura di base: il *petitum* principale rimane pur sempre la domanda di annullamento del provvedimento impugnato. Tuttavia, la previsione legislativa è, ora, tale da giustificare la proposizione, accanto a tale domanda, anche di quella di risarcimento del danno subito a causa o in derivazione dell’illegittimità del provvedimento, ove la stessa venga accertata dal giudice adito. Più precisamente, alla domanda di annullamento può accompagnarsi la domanda: a) di risarcimento del danno ingiusto; b) di reintegrazione in forma specifica; c) di risarcimento relativo ai c.d. diritti patrimoniali consequenziali.

Tali domande possono essere proposte congiuntamente alla domanda di annullamento, evidentemente in via subordinata rispetto all’ipotesi di accoglimento di essa domanda di annullamento, oppure disgiuntamente. In quest’ultima ipotesi riteniamo che le stesse possano essere proposte entro il termine di decadenza dalla data di conoscenza della sentenza che pronuncia l’illegittimità dell’atto impugnato e ne dispone l’annullamento. L’opzione per il termine decadenziale in luogo di quello di prescrizione, salvo più approfondita riflessione, si può giustificare sia con il fatto che, comunque, l’azione risarcitoria è connessa indefettibilmente, all’azione di

annullamento, sia con la considerazione che il termine trascorso per lo svolgimento del processo di legittimità ha comunque messo in grado l'interessato di effettuare le sue valutazioni per l'ipotesi di accoglimento del petitum principale concernente l'annullamento dell'atto.

A parte dette questioni, ci si deve chiedere se –posta la significativa estensione del giudizio di legittimità anche alla cognizione giudiziale delle conseguenze patrimoniali[11] di essa illegittimità- il giudizio ordinario di legittimità possa continuare ad essere limitato, quanto alla fase dell'istruzione probatoria, dai noti limiti (che sopra abbiamo richiamato). Detto molto concisamente, non ci sentiamo di sostenere che tutto rimane immutato. A parere di chi scrive le modifiche dell'istruzione probatoria (in senso ampliativo) disposte dall'art. 35 del D.Lgs. 80 (lasciato immutato, sul punto, dall'art. 7 della legge 205) non possono non applicarsi anche al giudizio di legittimità. Non si spiegherebbe, altrimenti, come mai possa pervenirsi ad una sentenza anche in ordine alla domanda di risarcimento se i mezzi istruttori dovessero ritenersi limitati soltanto a quei pochi nel passato ammessi nel giudizio di impugnazione, chiaramente insufficienti alla bisogna[12]. Del resto, anche a non volere seguire questo ragionamento, potrebbe benissimo sostenersi l'utilizzabilità, al riguardo, delle regole sull'istruzione probatoria poste in relazione al giudizio di legittimità esteso al merito (retro richiamate).

3.1- Giudizio sul rapporto.

Un brevissimo cenno va dedicato al processo amministrativo sul rapporto, connesso all'instaurazione di un'azione di accertamento, nelle impostazioni pregresse.

Potrebbe ritenersi che l'argomento riguardi, a rigor di termini, la

giurisdizione esclusiva (trattata più avanti), in relazione alla quale vengono devolute al g.a. anche le questioni inerenti ai diritti soggettivi (e ai contrapposti obblighi), e dunque pressoché per definizione relativa ad un rapporto giuridico, obbligatorio o contrattuale. Tanto premesso e considerato, si osserva che anche il ricorso contro il silenzio (o l'inerzia) della P.A. veniva, rettamente, considerato come diretto ad instaurare un giudizio su rapporto (idealmente contrapposto al g. sull'atto, atto che ordinariamente, nelle impostazioni più risalenti, veniva riguardato come l'oggetto del giudizio amministrativo tout-court) –sia pure all'interno della giurisdizione di legittimità- concernendo lo stesso l'accertamento dell'obbligo (o meno) dell'amministrazione di pronunciarsi. Se, infatti, si concepisce la posizione della P.A. al riguardo come obbligo, va da sé che la corrispettiva posizione soggettiva del cittadino interessato non è qualificabile come interesse legittimo, bensì come diritto soggettivo. Di “diritto alla risposta” parlano, invero, diversi Autori[13].

E' noto che, per instaurare il ricorso contro il silenzio-inadempimento della P.A., occorreva preliminarmente seguire la procedura c.d. del “silenzio – rifiuto”, secondo un'elaborazione giurisprudenziale “pretoria” assolutamente consolidata, desunta dall'art. 25 del D.P.R. n. 3/57 (T.U. sugli impiegati civili dello Stato). In buona sostanza, occorreva -dopo la presentazione di una previa istanza all'ente pubblico competente, e decorso inutilmente il termine di 60 giorni- notificare (all'impiegato o all'amministrazione) un atto di diffida e messa in mora (a provvedere). Trascorso inutilmente l'ulteriore termine di trenta giorni dalla diffida, l'interessato era facultato ad adire il giudice amministrativo. Indi si svolgeva il processo, secondo le regole (sopra sommariamente esaminate) del giudizio di legittimità.

Affatto diversa è, invece, la nuova disciplina posta con l'art. 2 della legge n. 205/2000.

3.2- Il rito processuale relativo al ricorso contro il silenzio nella legge n. 205/2000.

Ed invero l'art. 2 di detta legge di riforma ha, dopo una lunga gestazione (essendo la disciplina ora adottata oggetto di proposte conformi da lungo tempo da parte dei giudici amministrativi), posto una disciplina processuale ad hoc in relazione al ricorso avverso il silenzio della P.A.

Prima di esaminarne succintamente il contenuto, accenniamo alla questione se occorra, ancora oggi, notificare la previa diffida, al fine di far constare il silenzio, prima di proporre il ricorso. Al riguardo va ricordato, preliminarmente, che la diffida era necessaria, in precedenza, appunto per far constare l'omissione di un atto (anche infraprocedimentale: art. 25 D.P.R. 3/57) da parte di un pubblico dipendente o della P.A. di appartenenza. Tuttavia, con l'emanazione della legge sul procedimento –il cui art. 2 aveva posto l'obbligo della P.A. di concludere il procedimento entro un termine prestabilito per legge o regolamento- la dottrina si era divisa circa la sopravvivenza, o meno, della previa diffida, non pochi autori[14] sostenendo che il vano decorso del termine fissato per la conclusione del procedimento di per sé costituisse inosservanza di un obbligo.

Ora va rilevato che la disciplina posta dalla legge n. 205/2000 è di carattere esclusivamente processuale, e come tale non incide sulla attività amministrativa che precede (cui appartiene, deve ritenersi, anche la fase della constatazione del silenzio della P.A.) Di conseguenza, si deve ritenere che la questione rimanga impregiudicata.

Quanto al nuovo rito del ricorso contro il silenzio, si osserva in primo luogo che si tratta di un rito molto semplice e accelerato, la cui trattazione

avviene in camera di consiglio, e che sfocia, tuttavia, in una sentenza (a somiglianza di quanto accade sia per il -ben più antico- rito dell'ottemperanza o di esecuzione del giudicato, sia per il più recente giudizio in materia di diritto di accesso). La differenza rispetto alle rispettive discipline normative è che qui la norma espressamente dice che deve trattarsi di una sentenza succintamente motivata. Fermo restando che non vengono abbreviati i termini di notificazione e di deposito del ricorso rispetto a quelli ordinari, la decisione in camera di consiglio deve avvenire “entro trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso”, assicurato il contraddittorio con (e fra) le parti. In caso di disposizione di incumbenti istruttori, il termine di trenta giorni decorre “dalla data fissata per gli adempimenti istruttori” (evidentemente fissata dal giudice nel disporre detti incumbenti istruttori).

Il dispositivo della sentenza relativa –e qui sta la peculiarità del meccanismo, comunque mutuato dal processo di esecuzione del giudicato- contiene l'ordine impartito all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore a trenta giorni. Nel caso che la stessa resti inadempiente –prosegue la il comma 2°- “il giudice amministrativo, su richiesta di parte, nomina un commissario che provveda in luogo della stessa”. Il comma 3° soggiunge, poi, che all'atto dell'insediamento il commissario ad acta verificherà preliminarmente che l'amministrazione non abbia, provveduto, benché in data successiva al termine assegnato dal giudice con la sentenza.

Come si vede, si tratta di regole di grande efficacia, in ogni caso risolutive di vicende del genere sul piano sostanziale. Provvidenziale, al riguardo –in un contesto in cui vale ancora il dogma della separazione tra i poteri come sopra inteso- è l'istituto del commissario ad acta, notoriamente di creazione giurisprudenziale, in realzione al giudizio di ottemperanza (che, non a caso, funziona bene). Con lui, o meglio, per il suo tramite, il cerchio si chiude, perché mediante una sua longa manus il giudice amministrativo

si sostituisce alla P.A. nello svolgimento di quanto stabilito con la sentenza nella sede giurisdizionale.

Un'ultima rilevante novità, introdotta dalla nuova legge non solo in relazione al ricorso contro il silenzio, conviene segnalare, in tema di appellabilità. In sostanza la legge introduce, accanto al termine tradizionale previsto per l'appello negli stessi termini di quello valevole per il ricorso, anche un termine lungo. Nella fattispecie, l'ultimo periodo del comma 1 (dell'art. 21-bis della L. n. 1034/71 introdotto dall'art. 2 della L. n. 205/2000) prescrive: "La decisione è appellabile entro trenta giorni dalla notificazione" (termine, come si vede, dimezzato rispetto a quello ordinario) "o, in mancanza, entro novanta giorni dalla comunicazione della pubblicazione". Soggiunge, infine, la disposizione: che, nel giudizio di l'appello, si seguono le stesse regole del giudizio di primo grado (retro esaminate).

4- Il giudizio di ottemperanza. Fase cautelare: rinvio.

Dedichiamo, ora, soltanto qualche rapido cenno al giudizio di ottemperanza o di esecuzione del giudicato, poichè ad esso corrisponde un altro modello di processo contemplato nella legislazione più antica, peraltro in maniera del tutto schematica. Non a caso, invero, una delle maggiori innovazioni apportate dalla giurisprudenza ab antiquo al giudizio amministrativo riguarda proprio detto processo (come testè ricordato).

Detto tipo di processo nasce dall'esigenza di ottenere –se non proprio l'esecuzione- l'osservanza del giudicato tanto delle corti civili che di quelle amministrative. Infatti, l'art. 27 del R.D. 26 giugno 1924 n. 1054 prevede che il giudice amministrativo "decide pronunciando anche in merito", fra l'altro, sui "ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo

dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato del Tribunale che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico" (comma 1, n. 4).

A sua volta, l'art. 37 della legge istitutiva dei T.A.R. estese questo tipo di azione anche all'ipotesi di esecuzione del giudicato degli stessi giudici amministrativi. I commi 3 e 4 regolano, infatti, la competenza a decidere su tali controversie –ripartendola fra Consiglio di Stato e TAR- dando come dato naturale e scontato (per vero già acquisito, in precedenza, dalla giurisprudenza) che l'esecuzione del giudicato fosse applicabile anche alle sentenze dei giudici amministrativi.

Per quanto attiene alla normativa sul rito, si osserva che, per l'articolo 27 della stessa legge n. 1034/71, si segue il procedimento in camera di consiglio (anzichè in pubblica udienza), fra le altre ipotesi, per il giudizio di ottemperanza. In verità anche altre disposizioni (ad es., il 7° comma dell'art. 21 della medesima legge, per la discussione delle c.d. "sospensive") prevedono la trattazione in camera di consiglio. Disposizioni di rilievo in ordine tanto alla durata dell'azione di giudicato quanto alle modalità di instaurazione e svolgimento del giudizio di ottemperanza sono, poi, scritte negli art. 90 e 91 del regolamento sulla procedura presso il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale approvato con R.D. 17 agosto 1907 n. 642. Da queste si ricava, tra l'altro, che il rapporto processuale si instaura non mediante notificazione alla p.a. e successivo deposito (come avviene ordinariamente nel processo amministrativo), bensì previa diffida della p.a. a dare esecuzione alla sentenza entro un termine minimo di trenta giorni, e indi (in caso di inutile decorso di detto termine, con deposito in cancelleria, "con la copia del giudicato"[15], oltre che, ovviamente, con la documentazione attestante l'avvenuta messa in mora).

Degno di nota è, in particolare, l'art. 91, comma 2°, donde si desume che la p.a. intimata deve essere informata d'ufficio dalla segreteria del TAR (o del

consiglio di Stato), e può fare pervenire difese spontanee (l'art. 91 le definisce "osservazioni"), in pratica potendo interloquire nel giudizio spontaneamente, senza ministero di difensore.

Di grande rilievo sotto il profilo degli strumenti precipuamente processuali, è, poi, la già segnalata "invenzione" ad opera della giurisprudenza, del commissario ad acta[16], figura precipua e caratteristica di questo tipo processuale, che si è rivelato strumento di grande efficacia (costituisce, a tutt'oggi, uno dei punti di forza del processo amministrativo, a parte certe ambiguità sulla sua natura –nonchè sull'impugnabilità dei suoi atti- mai risolte)[17]. Il commissario ad acta è, in ogni caso, certamente da considerare la longa manus del giudice, il quale agisce per suo tramite, sostituendosi all'amministrazione. Trattandosi di giurisdizione di merito, infatti (art. 27.1, n. 4) del R.D. n. 1054/24), è consentito –anzi indispensabile, e in certo modo connaturato al giudizio di ottemperanza- al giudice sostituirsi alla p.a.

Come si è anticipato, la trattazione di queste cause avviene in camera di consiglio, per espressa previsione legislativa; tuttavia, la decisione viene presa sotto forma di sentenza.

Una valutazione d'assieme di questo peculiare rito processuale pone subito in evidenza la notevole importanza che esso ha assunto, tanto che il meccanismo tipico del medesimo viene utilizzato (in specie dalle leggi più recenti, fra cui in particolare la L. 205) in vari altri tipi di processo (in pratica, una sorta di rito "passe-partout") per risolvere problemi altrimenti di difficile soluzione: nel giudizio contro il silenzio (come si è visto); nella fase di esecuzione delle pronunce cautelare; nella fase inerente alla determinazione del quantum della sentenza di condanna al risarcimento del danno; ai fini dell'esecuzione delle sentenze non passate in giudicato, e non sospese dal giudice di appello: art. 33 della L. n. 1034/71, come integrato dall'art. 10 della legge 205).

La fase cautelare del giudizio amministrativo –oggi sensibilmente innovata dalla legge 205, che, con l’art. 3 sostituisce lo scarno settimo comma dell’art. 21 della L. n. 1034/71 con otto densi commi, ponendo così una disciplina certamente più organica rispetto a quella recata dalla striminzita disposizione previgente- costituisce oggetto di un’altra relazione. Perciò non ce ne occupiamo in questa sede, limitandoci ad una sola osservazione, riguardante la possibilità di definire immediatamente nel merito la controversia. Prevede, infatti, l’art. 21 della L. n. 1034/71, come novellato dall’art. 3 della L. n. 205/2000, che, ove ricorrano i presupposti fissati nell’art. 26 nel testo sostituito dall’art. 9 della stessa L. 205 (manifesta fondatezza o infondatezza, inammissibilità, ecc), il collegio, assicurata la completezza del contraddittorio e sentite le parti, può definire il giudizio nel merito con sentenza “succintamente motivata” (cfr. quanto si dirà in merito al rito abbreviato).

5.1- Il processo in sede di giurisdizione esclusiva.

Rispetto al tipo ordinario di processo amministrativo di legittimità –con la variante della giurisdizione estesa al merito- e a parte l’ appena descritto tipo processuale previsto per il giudizio di esecuzione del giudicato, la vera novità poteva sembrare, all’epoca, costituita dal processo inerente alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In particolare, quella sul rapporto di pubblico impiego –per molto tempo di gran lunga il caso più importante di giurisdizione esclusiva- risale al R.D. 26 giugno 1924 n. 1054 (cfr. l’art. 29, ove erano elencate le altre materie soggette alla medesima, di ben minore rilievo, ovvero superate dalla successiva evoluzione normativa).

Sono fin troppo note le questioni all’origine dell’enucleazione di questo tipo

di giurisdizione, nata in correlazione alla difficoltà di distinguere, non poche volte, fra diritti soggettivi e interessi legittimi. Rispetto a tale problema, infatti, si poneva come soluzione semplificatrice il riunire tutte le controversie che potessero insorgere su una determinata materia, ed affidarle ad un solo giudice, indipendentemente dalla natura della situazione giuridica soggettiva fatta valere.

Degno di nota è il rilievo che il legislatore non fece seguire, alla previsione della giurisdizione esclusiva, l'individuazione di un tipo di processo da osservare in simili casi. Stupisce una simile carenza, tanto più se si tiene presente la cura che –pur nel contesto di una normazione sempre molto avara di disposizioni specificamente processuali- lo stesso legislatore aveva posto nel delineare il giudizio di legittimità esteso al merito.

D'altra parte, se nella giurisdizione di merito si ravvisava l'esigenza di dotare il giudice amministrativo di più numerosi e maggiormente efficaci mezzi probatori, una simile esigenza era a maggior ragione avvertibile in sede di giurisdizione esclusiva. Orbene, per poco che si rifletta, stante una indubbia analogia (per la comune esigenza di maggiore approfondimento e penetrazione nella situazione o vicenda sottostante alla *res judicanda*) fra questioni di merito dell'azione amministrativa da un lato, e aspetti fattuali da accertare nel giudizio che verte non su atti o provvedimenti, bensì su un rapporto (perchè di questo si tratta nella maggior parte dei casi di giurisdizione esclusiva), era lecito aspettarsi che spontaneamente venissero utilizzare le previsioni legislative dedicate al giudizio di merito nello svolgimento dei processi in materie affidate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Tanto non è avvenuto, ed è stata la Corte costituzionale, invece, a svolgere, in questo caso, un ruolo propulsivo (del resto con scarsi esiti). D'altra parte, era inevitabile che, per la natura delle questioni poste in numerose controversie, il collegio dovesse esperire incombenti probatori di

solito non praticati nel giudizio ordinario di legittimità.

Ma ancora prima (vale a dire su un piano pregiudiziale), invero, fu giocoforza ammettere l'esperibilità dell'azione di accertamento nel processo di giurisdizione esclusiva. A questo risultato la giurisprudenza, sia pure con qualche oscillazione, è pervenuta con riferimento alle ipotesi in cui si controverte su diritti soggettivi, specialmente a contenuto patrimoniale (ma non solo: si pensi ai diritti sindacali o ai diritti del lavoratore nel rapporto di pubblico impiego)

Naturalmente, occorre ammettere che l'azione di accertamento porta con sé la necessità, di frequente, di esperire prove diverse da quelle poche praticate per solito dal giudice amministrativo. Quindi, ben spesso, il giudice amministrativo ha fatto ricorso –piuttosto che alla vera e propria consulenza tecnica d'ufficio- alla verifica (di cui si è detto). Tuttavia, onde evitare di incorrere in quella sorta di vizio di origine di detto mezzo probatorio -i.e. la non sicura imparzialità, quanto meno in tesi generale- non poche volte i collegi giudicanti hanno affidato l'esperimento della verifica non alla stessa amministrazione che è parte in causa, bensì ad una p.a. terza, e a volte anche a professionisti privati, ovvero a facoltà universitarie. In casi molto meno numerosi, quando lo abbiano ritenuto ineludibile, i collegi giudicanti hanno ammesso ed esperito, poi, la prova testimoniale; più spesso l'ordine di comparizione ex art. 117 c.p.c. con interrogatorio libero delle parti (questo è avvenuto dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 146/87).

Una disposizione precipua in tema di istruzione probatoria, peraltro già richiamata, prevedeva la “perizia” da parte dei Tribunali amministrativi regionali”.

In particolare la norma -art. 16 L. 28 gennaio 1978 n. 10- stabilisce che, in materia di concessione edilizia o di diniego (ma, deve intendersi, anche in

ordine all'autorizzazione, ecc.), la determinazione o la liquidazione del contributo e delle sanzioni, i TAR, "oltre ai mezzi di prova previsti dall'articolo 44, primo comma, del regio decreto 26 giugno 1924 n. 1054, possono disporre altresì le perizie di cui all'articolo 27 del regio decreto 17 agosto 1907 n. 642". Come si vede, emergeva, dal dato testuale, la liaison con la giurisdizione estesa al merito, e alle sue implicazioni processuali, opra sottolineata. Tuttavia, anche per la risoluzione di controversie del genere implicanti la necessità di accertamenti tecnici, spesso impellenti in questa materia –si pensi al computo dei contributi e/o degli oneri di urbanizzazione, ovvero alla misurazione della volumetria, ovvero dell'altezza dei fabbricati, con riferimenti a piani - campagna spesso alterati dalla costruzione, et similia- riteniamo di potere affermare che mai o molto raramente è stata disposta la vera e propria C.T.U. (tale deve intendersi l'espressione "perizia" che figura nella norma in esame); in simili evenienze si è utilizzata la verifica, con l'accorgimento di cui si è detto (vale a dire, incaricando un tecnico appartenente non alla p.a. parte in causa, ma ad una diversa).

Secondo quanto si può evincere per implicito da quanto si è fin qui detto, la sentenza resa dal g.a. a conclusione del giudizio su controversia soggetta alla sua giurisdizione esclusiva può essere –e molto spesso è- diversa da quella tipica del giudizio ordinario di legittimità. Ed invero, oltre all'annullamento dei provvedimenti impugnati, con essa il giudice può pronunciare la condanna dell'amministrazione al pagamento di somme (art. 26.3 L. n. 1034/71: cfr. retro, cap. 4°). Peraltro deve ammettersi, anche nel silenzio della legge, che la condanna possa riguardare un facere specifico, ad es. in materia di diritti non patrimoniali se non altro per la semplice ragione che il solo giudice dotato della giurisdizione (esclusiva) è tenuto ad assumere tutte le misure atte al soddisfacimento di pretese che egli abbia ritenuto fondate. Una rassegna delle sentenze emesse in materia sicuramente dimostrerebbe questo assunto.

In altre ipotesi, deve ammettersi –ma ormai la cosa è pacifica- che la sentenza resa in materia di giurisdizione esclusiva si concluda con l'accertamento o riconoscimento di un diritto in capo al ricorrente. Per lo più l'accertamento non è fine a se stesso, ma viene seguito, pressochè automaticamente, da una condanna. Da ciò consegue che, spesso, le sentenze in materia di giurisdizione esclusiva recano –tanto in motivazione quanto nel dispositivo- un accertamento e, inoltre, una condanna.

5.2- La nuova giurisdizione esclusiva (di cui al D. Lgs. n. 80/98): profili processuali.

Le nuove competenze devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dal decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80 sono state confermate, con alcune modifiche significative per quanto qui ne interessa, dalla L. n. 205/2000. Al riguardo, conviene discorrere, brevemente, degli aspetti processuali di questo rito, che si potrebbe definire nuovo. Ed invero, non si tratta –come si potrebbe pensare- della mera estensione della giurisdizione esclusiva tradizionale alle controversie inerenti alle nuove materie, elencate negli art. 33 e 34 del D.Lgs. n. 80/98 (pubblici servizi; edilizia e urbanistica).

Al contrario, si osserva che, questa volta, il legislatore non si è limitato ad assegnare alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie concernenti determinate materie (con gli art. 33 e 34 citati). Da un lato, infatti, egli ha concentrato presso il g.a. anche la giurisdizione in materia di reintegrazione patrimoniale, dall'altro, con l'art. 35, il legislatore delegato (avallato, ora, dall'approvazione in sede parlamentare di una legge formale) ha scritto anche regole inerenti allo svolgimento del processo da osservare in questi casi, in particolare per quanto attiene all'istruzione probatoria.

Al riguardo si osserva che, mentre nel D.Lgs. 80 dette regole processuali riguardavano, testualmente, soltanto le materie attribuite da detto decreto alla giurisdizione piena (siccome comprensiva anche della cognizione delle questioni risarcitorie), la legge 205 –e questa è la modifica cui si accennava poc’anzi- estende dette regole a tutte le altre materie soggette alla giurisdizione esclusiva del g.a. La novella è di grande momento, se non altro perché dissolve i dubbi e le perplessità insorte sotto il vigore del D.Lgs. 80 circa l’instaurazione di un duplice regime processuale di giurisdizione esclusiva.

L’art. 35 inizia dicendo che, nelle materie soggette alla sua giurisdizione esclusiva ex art. 33 e 34, il giudice amministrativo dispone anche il risarcimento del danno ingiusto, ovvero -quando possibile- la reintegrazione in forma specifica. Si tratta di una straordinaria novità (per quanto anticipata da norme speciali di portata limitata a particolari settori), consistente nella devoluzione al giudice amministrativo delle questioni inerenti ai c.d. diritti patrimoniali consequenziali, che sarà analizzata in altra sede. Qui conviene soltanto fare un cenno alla disposizione che segue (comma 2°), in forza della quale il medesimo giudice è facultato ad emettere, a tale riguardo, una sorta di sentenza di condanna generica, stabilendo “i criteri in base ai quali l’amministrazione pubblica o il gestore di pubblico servizio devono proporre a favore dell’avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine”.

Per quanto ci risulta si tratta di una previsione che non trova riscontro nel codice di rito (ma in qualche misura è ravvisabile nel nuovo istituto un parallelo con la sentenza di condanna generica) o in altra norma processuale speciale, che costituisce, dunque, una previsione ad hoc escogitata per conciliare il temuto effetto dell’incremento delle liti, naturale conseguenza dell’apertura del sistema al risarcimento in ambito pubblicistico, con le esigenze di speditezza e agilità proprie del processo amministrativo. In tal

modo –sembra di capire- il legislatore si aspetta che molte delle sentenze che riconosceranno il diritto al risarcimento non daranno luogo a nuove liti poichè, se la P.A. soccombente si atterrà ai criteri disposti nell’(unica) sentenza che ha pronunciato anche l’annullamento del provvedimento (se era stato impugnato un provvedimento), concordando con il danneggiato l’importo del risarcimento, non sarà necessario adire nuovamente il giudice.

Se, invece, questo meccanismo tutto sommato ingegnoso non avrà funzionato, il tutto sfocerà –proprio come in una tradizionale controversia portata davanti al giudice amministrativo, allorchè era impensabile che detto giudice disponesse il risarcimento di lesioni agli interessi legittimi- in un giudizio di ottemperanza della sentenza che aveva stabilito detti criteri. Infatti, la seconda parte del comma 2° prevede –“se le parti non giungono ad un accordo”- l’esperibilità dell’azione di esecuzione del giudicato[18] ex art. 27.1 n. 4) del R.D. n. 1054/24, mediante il quale l’interessato può chiedere la determinazione in dettaglio della somma dovuta.

Tanto premesso, va richiamato il comma successivo (il 3°), scritto espressamente in tema di incumbenti istruttori probatori. Quivi si prescrive: “il giudice amministrativo, nelle controversie di cui al comma 1, può disporre l’assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, nonchè della consulenza tecnica d’ufficio, esclusi l’interrogatorio formale e il giuramento”. Come si vede, il legislatore ha operato un deciso potenziamento dei mezzi istruttori nel processo amministrativo.

Per quanto concerne, poi, l’assunzione delle prove, bisogna dire che nulla disponeva, al riguardo il D.Lgs. n. 80/98, se non un laconico rinvio al regolamento ex R.D. 17.8.1907 n. 642, cosicchè potevano affacciarsi dubbi circa la possibilità di assunzione delle prove da parte di un giudice singolo piuttosto che dal collegio. Molto opportuna è giunta, dunque, la disposizione chiarificatrice della L. 205 (art. 2, che sostituisce il già richiamato art. 44 del regolamento di procedura: R.D. 642 cit.): “La decisione sui mezzi

istruttori, compresa la consulenza tecnica, è adottata dal presidente della sezione o da un magistrato da lui delegato ovvero dal collegio mediante ordinanza con la quale è contestualmente fissata la data della successiva udienza di trattazione del ricorso”. Come si vede, sia pure in forme surrettizie, si può dire avvenuta l’introduzione del giudice istruttore o monocratico anche nel processo amministrativo: invero, questo sistema consente al giudice singolo quanto meno l’assunzione delle prove (cfr. anche infra, in ordine all’emissione del decreto ingiuntivo).

Da segnalare, infine –almeno en passant- sono le molto rilevanti innovazioni arrecate al processo in sede di giurisdizione esclusiva dall’art. 8 della legge 205. Dispone, invero, il comma 1° che, nelle relative controversie, “aventi ad oggetto diritti soggettivi di natura patrimoniale, si applica il capo I del titolo I del libro IV del codice di procedura civile” (vale a dire il procedimento per ingiunzione). Al riguardo lo stesso comma 1° dispone che il decreto ingiuntivo è emesso dal presidente o da un magistrato da lui delegato, mentre l’opposizione si propone con ricorso (al collegio).

Ancora, il successivo comma 2° prevede che, nelle medesime controversie inerenti a diritti a contenuto patrimoniale “il tribunale amministrativo regionale, su istanza di parte, dispone in via provvisoria, con ordinanza provvisoriamente esecutiva, la condanna al pagamento di somme di denaro quando, in ordine al credito azionato, ricorrono i presupposti di cui agli articoli 186-bis e 186-ter del codice di procedura civile” (rispettivamente: ordinanza per il pagamento di somme non contestate, e ordinanza di ingiunzione di pagamento e di consegna). Al riguardo, opportunamente il 3° co. aggiunge che, ai fini dell’assunzione dei connessi provvedimenti, in simili eventualità, il presidente del TAR o della sezione (staccata o interna) “fissa, su istanza di parte, la discussione nella prima camera di consiglio utile, e quando ciò non sia possibile, entro il termine di trenta giorni successivo al deposito del ricorso o dell’istanza di parte se separata”.

Ogni altra considerazione in merito a tali dense e consistenti novità (in relazione alle quali non pochi TAR avevano rimesso la questione –della mancata previsione di norme del genere nel D.Lgs. n. 80/98- alla Corte costituzionale) non può che essere rinviata ad apposita sede od occasione.

6- Il giudizio in materia elettorale.

Il processo nella materia delle elezioni dei consigli comunali, provinciali e regionali (operazioni elettorali, nonché attività e provvedimenti connessi), affidata alla giurisdizione (che si può ritenere esclusiva) del giudice amministrativo[19], è contraddistinto da non poche peculiarità, di cui diremo sinteticamente.

In primo luogo, è ammessa in questa materia –e si tratta di una delle sporadiche previsioni normative in tal senso- l’azione popolare. Infatti, “qualsiasi cittadino elettore o chiunque altro vi abbia diretto interesse” è facultato a proporre impugnazione contro le operazioni elettorali, entro trenta giorni dalla proclamazione degli eletti[20]. La giurisprudenza ha, a tale riguardo, dovuto ampliare le ipotesi di ammissione dell’azione, stante la limitata estensione della previsione normativa. Così, è pacificamente ammessa l’impugnazione degli atti ed operazioni che precedono la proclamazione degli eletti, come, segnatamente, l’esclusione di una lista dalle elezioni, e simili.

La stessa norma pone, poi, disposizioni in ordine alla procedura, che differenziano questo processo da quegli altri che si osservano presso le corti amministrative: in particolare, contrariamente alle regole che si seguono in tutte le altre materie –notifica del ricorso entro il termine di legge, e deposito in cancelleria con la dimostrazione dell’avvenuta notifica- il ricorso elettorale va depositato subito, e solo successivamente notificato, con in

calce il decreto presidenziale di fissazione dell'udienza, entro dieci giorni dalla comunicazione di esso[21]. Come precisa, ad abundantiam, l'art. 19 della L. n. 1034/71, nei giudizi elettorali non è necessario ministero di avvocato, cosicchè il ricorrente può stare personalmente in giudizio[22].

La discussione della causa ha luogo in pubblica udienza, e nella stessa giornata è data lettura del dispositivo.

Da segnalare, infine, è la peculiarità delle sentenze in questa materia rispetto al tradizionale modulo del processo impugnatorio. Qui la sentenza non è meramente cassatoria, ma con essa il giudice assume tutte le misure del caso, sostituendosi in toto agli organi che avevano proclamato gli eletti. Dispone, invero, l'art. 84 del T.U. n. 570/60 che i giudici, "quando accolgono i ricorsi correggono il risultato delle elezioni e sostituiscono ai candidati illegalmente proclamati coloro che hanno diritto di esserlo".

7- Il processo in materia di diritto di accesso.

Un modulo processuale del tutto nuovo nell'ambito della giurisdizione amministrativa è, sicuramente, quello introdotto con l'art. 25 della legge 7 agosto 1990 n. 241 per la tutela del diritto di accesso (istituto di diritto sostanziale riconosciuto e disciplinato in quella stessa legge). Le novità consistono, concisamente: nel fatto che è stato ammesso davanti al giudice amministrativo un tipo nuovo di azione (*actio ad exhibendum*); nella tipologia di sentenza, la quale si conclude con un ordine perentorio –di esibire i documenti richiesti- dato alla p.a. soccombente; nel rito, particolarmente celere, di cui si dirà di qui a poco; nella grande semplificazione dell'impugnazione del c.d. silenzio in ordine alla richiesta di accesso.

Si tratta di disposizioni di notevole valore, non solo per la loro novità, quanto, sotto altro profilo, per la grande semplicità, chiarezza e compiutezza delle medesime. L'osservazione assume maggiore rilievo ove si pensi che tutte le disposizioni sono racchiuse in due soli, densissimi, commi (il 5° e il 6° dell'art. 25).

Quanto agli aspetti processuali, osserviamo, innanzi tutto, che il termine per ricorrere è dimezzato rispetto a quello ordinario (trenta invece di 60 giorni), e questo vale anche per l'appello al Consiglio di Stato. Quanto, più specificamente, al rito, la trattazione avviene in camera di consiglio, alla quale sono ammessi i difensori delle parti, ma la decisione è resa con sentenza. E' stato posto –per evidenti esigenze di celerità del giudizio– anche un termine (particolarmente breve) per la discussione, che deve avvenire entro trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito. Le stesse regole si seguono anche per l'eventuale giudizio di appello. Del tipo di sentenza si è detto, sottolineando le sue peculiarità.

Infine, in merito al rito relativo all'actio ad exhibendum, è da segnalare una ulteriore, e molto significativa, semplificazione, introdotta dall'art. 4, co. 3° della L. n. 205/2000, che così suona: “Nei giudizi ai sensi dell'articolo 25, commi 5 e seguenti, della legge 7 agosto 1990 n. 241, il ricorrente può stare in giudizio personalmente senza l'assistenza del difensore.

L'amministrazione può essere rappresentata e difesa da un proprio dipendente, purchè in possesso della qualifica di dirigente, autorizzato dal rappresentante legale dell'ente”. Come si vede, ci si trova al cospetto del secondo (ed ultimo, per ora) tipo di processo davanti al G.A. in relazione al quale le parti possono stare in giudizio senza ministero di avvocato.

Circa le implicazioni di detta innovazione, corre l'obbligo di notare come, non poche volte, le questioni poste in materia di diritto di accesso, non sono di tanto semplice apprezzamento, come potrebbe pensarsi. Basti considerare le ricorrenti ipotesi di conflitto con il diritto alla riservatezza,

già sancito nella L. 241, ma poi fatto oggetto di un'apposita legge (L. n. 675/96). In casi consimili potrebbe rivelarsi decisiva l'assistenza di un difensore tecnico (vale a dire un legale).

8- Il rito abbreviato in materia di appalti di lavori pubblici ed altre particolari materie.

L'esigenza di pervenire in tempi rapidi alla decisione delle controversie in materia di appalti di opere pubbliche, specialmente quando fosse accordata la sospensione del provvedimento impugnato, era avvertita da lungo tempo, e si erano approntate anche soluzioni legislative al riguardo (cfr. l'art. 5.4 della legge n. 1/78). Più di recente, con l'art. 31-bis della legge quadro in materia di lavori pubblici (L. 11 febbraio 1994 n. 109) aveva, indi, posto una disciplina più meditata della questione, ma tuttavia ancora non soddisfacente, mediante, essenzialmente, previsione di fissazione dell'udienza di trattazione del merito in tempi ravvicinati.

Ancora più recentemente, dopo una serie di decreti legge non convertiti recanti disposizioni circa un rito abbreviato per la trattazione delle controversie in materia di affidamento di appalti e concessioni di lavori pubblici, era intervenuto, infine, l'art. 19 del D.L. 25 marzo 1997 n. 67, convertito, con modifiche, in legge 23 maggio 1997 n. 135. La norma –la cui rubrica suonava: “norme sul processo amministrativo” (con un'estensione, dunque, molto più ampia della sua reale portata, limitata a ben precise materie)- poneva regole particolari da seguire per il processo amministrativo, dirette chiaramente a creare una sorta di “corsia preferenziale” per questo tipo di controversie[23]. Detto per inciso, nella confezione di questa norma si era tenuto presente il “modello” di rito abbreviato introdotto in via pretoria da alcuni TAR.

La nuova norma –ad avviso di chi scrive- siccome chiaramente si sovrapponeva alle previsioni ex art. 31-bis della L. n. 109/94, doveva ritenersi avere effetto abrogante[24] nei confronti di quest’ultima. Tanto premesso in via parentetica, si osserva che alquanto ampio risultava il campo di applicazione in cui operavano le nuove disposizioni. Ed invero, il comma 1, nel testo modificato in sede di conversione, sensibilmente ampliando l’ambito già delineato nelle originarie versioni alle controversie che hanno per oggetto “provvedimenti di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, ivi comprese le procedure di occupazione ed espropriazione delle aree ad esse destinate”, aggiungeva quelle concernenti ai “provvedimenti relativi a procedure di affidamento di incarichi di progettazione e attività tecnico-amministrative ad essa connesse”.

Come si vede, si era tentato di abbracciare tutte le possibili estensioni delle procedure di appalto di lavori pubblici, onde evitare distinguo altrimenti difficilmente giustificabili. E tuttavia, permanevano discriminazioni in ordine ad altre materie (evidente, ad es., quella relativa all’esclusione delle procedure di affidamento degli appalti di servizi e delle forniture), in relazione alle quali, per varie ragioni, ugualmente era avvertita l’esigenza di definizione delle controversie in tempi brevi, anche se in origine principalmente in detta materia sembravano pressanti le esigenze di rapida definizione. La finalità delle disposizioni citate sembrava, insomma, quella di fare in modo che la controversia venisse definita nel merito in tempi molto ravvicinati, in particolare allorquando il giudice avesse accordato alla parte ricorrente la misura cautelare richiesta. Di tali esigenze (più o meno giustificate o reali) il Parlamento ha tenuto conto durante l’iter di approvazione del disegno di legge.

Si è, così, pervenuti –con l’art. 4 della L. n. 205/2000- ad un significativo allargamento delle materie in relazione alle quali (i.e. alle controversie inerenti) si applica il rito particolare disciplinato nello stesso art. 4, peraltro

con non irrilevanti differenze rispetto a quella contenuta nell'art. 19 cit. Prima di esaminare succintamente il nuovo rito, vediamo quali sono le materie le controversie relative alle quali rientrano nella nuova disciplina, specificate nelle lettere a) – g) del co. 1° dell'art. 23-bis della L. n. 1034/71, aggiunto dal richiamato art. 4 della L. 205.

Le materie sono le seguenti: (provvedimenti relativi a): a) procedure di affidamento di attività di progettazione e attività connesse; b) aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, ivi compresi i bandi, gli atti di esclusione di concorrenti e quelli relativi ai procedimenti di occupazione e di espropriazione delle aree occorrenti; c) aggiudicazione, ecc. degli appalti di servizi e delle forniture, compresi bandi di gara e atti di esclusione; d) provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti; e) privatizzazione o dismissione di imprese o beni pubblici; costituzione, modificazione, ecc. di società, aziende ed istituzioni, ai sensi dell'art. 22 della L. n. 142/90;) nomine adottate previa delibera del Consiglio dei Ministri; g) provvedimenti di scioglimento degli enti locali e quelli connessi alla formazione e funzionamento degli organi.

Per incidens, si osserva che le materie di cui alle lettere c) e b), in parte, rientrano in quelle soggette alla giurisdizione esclusiva del G.A. ai sensi del successivo art. 6. Ancora, strana appare la dizione –“provvedimenti di scioglimento degli enti locali”- adottata nella lettera g). Forse si voleva dire scioglimento degli organi collegiali rappresentativi degli E.L. (lasciamo ad altri il compito di chiarire l'arcano).

Dobbiamo, ora, accennare, alla disciplina concernente il particolare tipo di processo (nel complesso definibile come rito celere) introdotto dalla L. 205, non poco diverso da quello previsto nell'abrogato art. 19. In merito al nuovo rito celere, è bene precisare subito che le relative regole non riguardano i casi in cui debba essere pronunciata la rinuncia al ricorso, la cessazione della materia del contendere, l'estinzione e la perenzione del giudizio, per i

quali valgono le regole fissate nell'art. 26, co. 4° della L. n. 1034/71 (nel testo sostituito dall'art. 9 della L. n. 205/2000).

L'art. 4, dopo avere elencato (nel comma 1) le materie le controversie relative alle quali ricadono nella nuova disciplina processuale, al comma 2° stabilisce che, nei giudizi in discorso: "I termini processuali previsti sono ridotti alla metà, salvo quelli per la proposizione del ricorso". La novella ribadisce, così, una disposizione già prevista nell'abrogato art. 19, tuttavia con una differenza di rilievo: il dimezzamento dei termini non riguarda quello previsto per la proposizione del ricorso (che, pertanto, rimane fissato a 60 giorni dalla conoscenza del provvedimento lesivo, secondo le regole generali). Viene recepita, in tal modo, una generalizzata protesta del foro, che giustamente faceva rilevare che in termini così ridotti si rendeva difficoltoso l'approntamento di efficaci difese, e lo studio adeguato stesso delle questioni, con riflessi sull'ipostazione del gravame.

Il nucleo della nuova disciplina è, d'altronde, contenuto nel co. 3° del nuovo art. 23-bis della L. 1034. Ivi si prescrive che, il G.A., chiamato a pronunciarsi sulla domanda di misure cautelari, ove ravvisi, ad un primo esame, sia l'illegittimità dell'atto impugnato, sia la sussistenza di un pregiudizio grave e irreparabile, assicurata la integrità del contraddittorio, fissi con ordinanza senz'altro l'udienza per la trattazione nel merito della causa, "alla prima udienza successiva al termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza". In tale eventualità il collegio dispone che la causa venga definita direttamente nel merito, entro termini molto ravvicinati (come si è visto). Ciò, sembra lecito ritenere, vale per l'ipotesi che la pronuncia sulla domanda cautelare non sia sfavorevole al ricorrente (i.e. accoglimento, rinuncia della domanda cautelare; rinvio al merito). Infatti si dispone, nel secondo periodo, che, in caso di rigetto di essa domanda cautelare, nell'ipotesi che l'ordinanza del TAR venga riformata dal Consiglio di Stato, l'ordinanza resa in appello venga trasmessa al TAR per la fissazione dell'udienza di merito. In tale ipotesi –specifica l'ultimo periodo-

il termine di trenta giorni decorre dalla data di ricevimento dell'ordinanza da parte della cancelleria del TAR. La lite riprende, in tal modo, la "corsia preferenziale prevista per le ipotesi di accoglimento della domanda cautelare

Sembra, comunque, che la concessione delle misure cautelari richieste non sia eventualità ipotizzata come ordinaria (il tutto rinviandosi alla definizione del merito con sentenza, che avviene in tempi molto ravvicinati). Tanto si deduce dalla previsione del comma 5, in forza del quale "in caso di estrema gravità e urgenza, il TAR o il Consiglio di Stato possono disporre le opportune misure cautelari, enunciando i profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole probabilità sul buon esito del ricorso", con le ordinanze di fissazione dell'udienza di trattazione del merito della causa.

La scelta di rinviare alla prima udienza utile la definizione nel merito della causa, invece di disporre la definizione contestuale, nella stessa camera di consiglio fissata per la discussione della domanda cautelare (come avveniva nell'art. 19 abrogato) sembra cosa saggia, poiché dà alle parti la possibilità di approntare difese più valide e complete di quelle che si possono esperire nella fase cautelare, di cognizione sommaria. La prova –se ce ne fosse bisogno- è fornita dalla disposizione recata dal comma 4, in forza del quale le parti possono depositare documenti entro il termine di quindici giorni dal deposito o dal ricevimento delle ordinanze di fissazione dell'udienza, e possono depositare memorie entro i successivi dieci giorni.

In ordine al potere di decidere la definizione nel merito, si osserva che, letteralmente, lo stesso è affidato al collegio giudicante; ma si deve ritenere che, ordinariamente, il tutto possa scaturire anche da una domanda di una o più delle parti in tal senso, previa rinuncia alla trattazione dell'incidente cautelare. In caso contrario, ne verrebbe sensibilmente coartato il principio dispositivo, che informa il processo amministrativo.

Anche la giurisprudenza che per prima si è occupata del caso (in relazione, peraltro, all'art. 19, ora abrogato), ha inteso riaffermare la vigenza di detto principio, affermando che la sentenza breve va disposta su concorde richiesta di tutte le parti in causa[25]. (In verità, ora la disciplina è sensibilmente cambiata, tanto che, significativamente, non si parla più, in relazione alla sentenza, di "motivazione in forma abbreviata". Trattasi, dunque, di sentenza "ordinaria", per quanto articolata nella pubblicazione separata di dispositivo e sentenza integrale: infra).

In relazione alle ipotesi diverse da quelle contemplate nel co. 3 –cui si applica la disciplina in esame- (vale a dire quando l'illegittimità del provvedimento impugnato non appaia *ictu oculi*, e/o venga rigettata la domanda cautelare anche in appello), pare potersi sostenere che le stesse rientrino nel rito ordinario, in sede di giurisdizione di legittimità, ovvero di giurisdizione esclusiva, a seconda della materia di cui si tratta.

Altre peculiarità di non poco conto del rito speciale di cui ci stiamo occupando riguardano il regime attinente al deposito delle sentenze (sia quanto al solo dispositivo, sia alla sentenza integrale) e dell'appello. Dispone, invero, il co. 6° che, in relazione ai giudizi cui si applica il rito in questione, venga depositato in cancelleria del (solo) dispositivo della sentenza entro sette giorni dalla data dell'udienza. Da ciò scaturisce, come conseguenza pressochè obbligatoria, l'altra innovazione, concernente l'"appello immediato", a quanto pare configurato dalla norma in relazione alla sola ipotesi che la parte intenda chiedere la sospensione della sentenza appellata: la parte soccombente ha, infatti, facoltà di proporre appello entro trenta giorni dalla pubblicazione del dispositivo, "con riserva dei motivi, da proporre entro trenta giorni dalla notificazione della sentenza ed entro centoventi giorni dalla comunicazione della pubblicazione della sentenza". Quanto all'appello "ordinario" avverso la sentenza, lo stesso va proposto entro il termine doppio testè specificato (ma senza, ovviamente, la riserva dei motivi).

Poiché le questioni inerenti all'incidente cautelare (e al rito rispettivo) costituiscono oggetto di altra relazione, in questa sede ci limitiamo a ricordare che, quanto disposto con l'art. 21 della legge n. 1034/71 (nel testo modificato dall'art. 5 della L. n. 205/2000) in ordine all'esecuzione delle ordinanze cautelari, vale, ovviamente, anche per le controversie relative alle materie cui si applica il rito di cui stiamo discorrendo. In sintesi, ivi si prescrive che, in caso di omessa esecuzione delle ordinanze che dispongono le misure cautelari concesse, si può utilizzare (a istanza, motivata, di parte), il rito dell'ottemperanza, di cui all'art. 27, co. 1, n. 4) del R.D. n. 1054/24 (di cui si è detto retro, par. 4).

9- Sentenze in forma semplificata. Decreti in materia di perenzione, ecc.

Fra le novità di maggiore rilievo sul piano, per così dire, "operativo", vi è l'introduzione del rito abbreviato, oltre a sostanziose semplificazioni del rito per quanto concerne la definizione di controversie per le quali deve pronunciarsi la rinuncia, la cessazione della materia del contendere, l'estinzione del giudizio e la perenzione. Entrambe le discipline sono poste con l'art. 9 della legge 205.

Quanto al rito abbreviato, le disposizioni che lo disciplinano sono contenute nel comma 1, che sostituisce l'ultimo comma dell'art. 26 della L. n. 1034/71 con tre commi. Le sentenze in forma semplificata sono assunte nei soli casi in cui i TAR e il Consiglio di Stato "ravvisino la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso". In tali ipotesi –prosegue la norma- la sentenza è "succintamente motivata", potendo fare un "sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, ovvero, se del caso, ad un precedente conforme".

La definizione della causa in forma semplificata viene assunta –e qui sta la peculiarità e la estrema rapidità di questo rito particolare-, in una prima previsione, nella stessa camera di consiglio in cui si discute della domanda cautelare. In una seconda configurazione, la stessa decisione può essere assunta nel corso della camera di consiglio all’uopo fissata d’ufficio a seguito dell’esame della causa a fini istruttori (che può sfociare, appunto, nell’emissione di un’ordinanza “motu proprio” del presidente o di un consigliere da lui delegato recante anche la data dell’udienza[26] fissata per la trattazione della causa) per l’esperimento dei mezzi probatori, come previsto, ora, dal terzo comma dell’art. 44 del R.D. n. 1054/24, nel testo sostituito dal co. 2° dell’art. 1 della L. 205.

In entrambi i casi, tuttavia, il collegio che abbia ravvisato l’esistenza dei presupposti per procedere in tal senso, si assicurerà della completezza del contraddittorio, se del caso disponendone l’integrazione. Peraltro, nulla cambia in ordine al regime delle impugnazioni di consimili sentenze, soggetto alle regole del rito ordinario.

Si tratta, palesemente, di un criterio di definizione delle pendenze davvero estremamente rapido, finalizzato alla riduzione sostanziosa dei tempi occorrenti. Si è, in tal modo risposto ad un’esigenza largamente rappresentata, approntando un rimedio sicuramente efficace. Tuttavia, in queste prime note di commento a tali disposizioni vorremmo mettere in guardia dalla tentazione di decidere in tempi serrati, ad ogni costo. Ove si tenga presente che l’apprezzamento sulla manifesta fondatezza, o infondatezza, ecc., avviene nella sede cautelare, già di per sé caratterizzata da una cognizione sommaria, e quando le parti non hanno ancora potuto apprestare difese complete e adeguate, si intenderà come si corra il rischio –volendo ad ogni costo definire con il rito abbreviato un congruo numero di cause- di fare “giustizia sommaria”, con un pessimo servizio alla giustizia in sé e ai soggetti che abbisognano dell’opera del

giudice amministrativo per sciogliere questioni quasi sempre non lineari sciogliendo la matassa degli intrichi posti dai vari livelli di normazione molto spesso non coordinati, con una saggia ed approfondita valutazione, come suol dirsi “cognita causa”.

Il rimedio approntato per definizione delle relazione alle quali debba dichiararsi la rinuncia, l'estinzione del giudizio, ecc. è ancora più reciso e quanto mai rapido. Dispone al riguardo l'art. 9 che la definizione del giudizio avvenga, in tali casi, addirittura con decreto (i.e. inaudita altera parte) del presidente o di un magistrato da lui delegato.

E', tuttavia, previsto che, nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione del decreto, ciascuna delle parti costituite possa “proporre opposizione al collegio con atto notificato a tutte le altre parti e depositato presso la segreteria del giudice adito entro dieci giorni dall'ultima notifica”. In tale eventualità il collegio è tenuto a pronunciarsi sull'opposizione con ordinanza in camera di consiglio, entro i trenta giorni successivi, con reiscrizione nel ruolo ordinario in caso di accoglimento. L'ordinanza –con la quale il collegio decide anche sulle spese, addebitandole all'opponente in caso di rigetto- è appellabile, secondo il regime ordinario dell'appello.

Giunti a questo punto, ci esimiamo dall'esame di ulteriori disposizioni della L. 205 che pongono la soluzione di altri problemi con implicazioni processuali, che da vari lustri si chiedevano invano al legislatore (come, ad es., l'esecuzione delle sentenze non ancora passate in giudicato, cui l'art. 10 stabilisce che se applichi, ancora una volta, l'azione di ottemperanza), ovvero predispongono meccanismi atti ad innescare la pronuncia sulla perenzione del giudizio (art. 9, comma 2), ecc.

Come si può vedere dalla sommaria rassegna (sicuramente insufficiente) che siamo andati svolgendo, si può dire che dall'originaria estrema

semplificazione del giudizio amministrativo (fondamentalmente monotipo), si è pervenuti, ora, ad una situazione pressoché opposta, che prevede, invece, un'articolazione ricca di forme processuali, forse anche eccessive.

Italo

Franco

(Consigliere nel

TAR Veneto)

[1] Fra gli studiosi del diritto amministrativo a cavallo fra vecchia e nuova generazione specialmente il Sandulli – Manuale di diritto amministrativo, Napoli, Jovene ed., nelle molteplici edizioni (ultima la XV^a del 1989), impostava il discorso sulla giurisdizione amministrativa con riguardo ai vari tipi di azione (fra le quali egli annoverava in certi casi anche l'a. di accertamento, come si vedrà nel testo).

[2] L'ipotesi canonica è che venga impugnato un atto a contenuto ablatorio (per quanto concerne la sfera giuridica del destinatario del medesimo). In simile ipotesi l'annullamento sufficit (quanto meno in relazione agli effetti principali) per ripristinare la situazione preesistente all'emissione dell'atto, e con essa reintegrare la sfera giuridica del destinatario, illegittimamente lesa.

[3] Per ampi cenni che si inscrivono in un'impostazione analoga a quella seguita nel presente scritto, ci sia consentito rinviare a Franco: L'oggetto del giudizio di legittimità dopo la riforma della giurisdizione amministrativa ex D.Lgs. n. 80/98. Tipologie di illegittimità e reintegrazione patrimoniale, con particolare riguardo agli atti di pianificazione del territorio, relazione e

al convegno di Cortina d'Ampezzo del 30 giugno – 1 luglio 2000, ora in Nuova Rass., /2000, pag. ed ivi indicazioni bibliografiche); Idem, Strumenti di tutela del privato nei confronti della P.A., Padova Cedam, 1999, in particolare il cap. I della Sez. 3[^].

[4] Sandulli, Manuale di diritto amministrativo, XIV[^] ed., Jovene, pag.

[5] Nell'art. 44.1 del R.D. 26.6.24 n. 1054 (richiamato dall'art. 19 della L. n. 1034/71), invero, il Consiglio di Stato poteva ordinare la verifica all'amministrazione interessata, "autorizzando le parti ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti". Insomma, chiamati ad effettuare gli accertamenti per ordine del giudice erano organi della stessa P.A. resistente!

[6] Ma, in verità, è noto che per una parte della dottrina si trattava, nel caso, di giurisdizione esclusiva quale è, poi, "ufficialmente" diventata con il D.Lgs. n. 80/98).

[7] Come abbiamo osservato altrove (cfr. nota successiva), il giudice amministrativo –che ha saputo sfruttare in maniera spesso egregia la giurisprudenza di tipo pretorio- ben poteva, volendo, decidere (beninteso, se e quando lo avesse ritenuto opportuno) di avvalersi delle possibilità offertegli dalla disciplina processuale del giudizio esteso al merito anche per la giurisdizione di legittimità (o, quanto meno, per il giudizio in sede di giurisdizione esclusiva!). L'aver voluto leggere una preclusione insuperabile di esperibilità di mezzi probatori non previsti testualmente per il giudizio di legittimità ha costituito, precisamente, detta autolimitazione.

[8] Per considerazioni inerenti ai riflessi di questa pronuncia sul giudizio amministrativo (e sull'atteggiamento dei giudici amministrativi al riguardo), ci si consenta di rinviare a I. Franco, Il processo in materia di pubblico impiego fra legislazione e giurisprudenza, in Foro amm., 1988,

pag. 1610 ss.

[9] Peraltro, nemmeno –si può dire- si individuano, in tale prassi (a cominciare dagli stessi patrocinatori) le controversie estese al merito, contribuendo, così, ad una sorta di omologazione di tipologie di giudizio le quali, viceversa, nella legge erano chiaramente distinte ed anzi fortemente caratterizzate in maniera addirittura tendenzialmente antitetica.

[10] Per tutte queste tematiche si rinvia, per considerazioni più approfondite, al ns. commento all'art. 7 della L. n. 205/2000, nel Commento a tale legge (di AA. vari, a cura di V. Italia), in corso di pubblicazione presso Giuffrè.

[11] Non occorrono molte parole per rilevare la portata pressoché storica delle richiamate modifiche legislative, che hanno condotto al superamento di barriere storiche ab antiquo poste alla giurisdizione del giudice amministrativo, e pervicacemente ribadite per decenni.

[12] In tal senso ci siamo espressi anche nel commento all'art. / della L. n. 205/2000 (retro richioamto).

[13] Già da gran tempo usava detta espressione Ledda, Il rifiuto del provvedimento amministrativo, Torino 1964, pag. 78 (richiamato da F. Mele, La semplificazione del procedimento amministrativo nelle leggi 15 marzo 1997 n. 59 e 15 maggio 1997 n. 127 (c.d. "riforma Bassanini"), in Dir. pr. amm., 4/97, 781 ss. Sulla stessa linea si ritroviamo, sostanzialmente, F. Castiello, Il nuovo modello di amministrazione,, 2^a ed., Maggioli, RI 1998, pag. 140, M. Clarich, termine del procedimento e potere amministrativo, Giappichelli, TO, 1995, e Franco, Il nuovo procedimento amministrativo e le leggi collegate, in corso di stampa presso Cedam, Pd, (commento agli art. 2 e 4-5-6 della L. n. 241/90).

[14] Noi fra questi: cfr. Il nuovo procedimento amministrativo, 3^a ed., Bologna 1995. Nella riedizione ora in preparazione per i tipi della Cedam –ove riferimenti bibliografici più aggiornanti- abbiamo riaffermato l’opinione che non occorra più notificare la previa diffida, anche dopo la L. n. 205/2000.

[15] Art. 91.1 del R.D. 17 agosto 1907, n. 642.

[16] Sottolinea la “scoperta” della giurisprudenza a proposito di questa figura anche Nigro, Giustizia amministrativa, 3^a ed., Bologna 1983, pag. 416.

[17] In concreto, i dubbi (e le oscillazioni della giurisprudenza) attengono alla natura –di organo ausiliario del giudice, ovvero di organo amministrativo- e al regime circa l’impugnazione degli atti emessi nell’ambito del compito affidatogli dal giudice: cfr. anche quanto si è detto nel cap. 4°.

[18] Come si è accennato nel testo, si tratta di un giudicato in forma affatto generica. Ma il tutto è singolarmente coerente con le forme tipiche del processo amministrativo, in cui il giudizio di ottemperanza non è mero processo esecutivo ma, come è stato detto, di esecuzione e di cognizione al tempo stesso (in relazione a parti distinte della sentenza ottemperanda).

[19] Art. 6 e 19 L. n. 1034/71, che richiamano, quanto alle regole di procedura e ai provvedimenti che il giudice può assumere, al D.P.R. 16 maggio 1960 n. 570, nel testo modificato dalla L. 23 dicembre 1966 n. 1147.

[20] Art. 83/11 del D.P.R. 16 maggio 1960 n. 570, nel testo aggiunto dalla L. n. 1147/66. Detta legge, con l’art. 2, aveva sostituito l’art. 83 e aggiunto gli art. da 83/2 a 83/12. La Corte costituzionale, con sentenza 27

maggio 1968 n. 49, aveva dichiarato incostituzionale detto art. 2 (e dunque gli art. appena citati del T.U. del 1960). Ma l'art. 19 L. n. 1034/71 li fa salvi solo per quanto attiene alle norme procedurali.

[21] La norma (art. 83/11) prevedeva, originariamente, che il termine di dieci giorni decorresse dalla data del decreto. Ma la Corte costituzionale, con sentenza n. 7 maggio 1996 n. 144 ha dichiarato incostituzionale la norma, nella parte in cui prevedeva che il termine per la notificazione decorresse dalla data del decreto invece che dalla data della sua comunicazione.

[22] Finora questa era l'unica previsione del genere (in tutti gli altri casi per i giudizi davanti al giudice amministrativo è obbligatorio il patrocinio di avvocato (art. 19.2 della L. 1034/71). Ora, invece, la L. 205 ha contiene un'analogia previsione per il rito in materia di accesso ai documenti (infra, nel testo).

[23] Per un primo commento alle disposizioni sul rito speciale in materia di appalti di lavori pubblici si rinvia a Perini, Il rito "breve" in materia di opere pubbliche: primi appunti sull'art. 19 del d.l. 25 marzo 1997 n. 67 (convertito in l. 23 maggio 1997 n. 135), in *Dir. Proc. Amm.*, 4/97, pag. 874 ss.

[24] Tale sembra anche l'opinione di Perini, *op. cit.*, pag. 885-6.

[25] TAR Napoli, Sez. I, 9 giugno 1997 n. 3423; TAR Bari, 24 giugno 1997 n. 483; Cons. Stato, Sez. V, 4 luglio 1997 n. 771. Conforme l'opinione della Perini, *op. cit.*, pag.17-18.

[26] Qui c'è uno jato tra la previsione dell'art. 44.3 cit. –dove si parla di fissazione dell'udienza di trattazione del ricorso-e l'art. 9.1 cit., dove si parla, invece, di camera di consiglio. L'impasse non sembra, al momento,

superabile se non ipotizzando che il presidente (o il magistrato delegato), già all'atto della decisione sull'assunzione dei mezzi di prova, decida di fissare un camera di consiglio (invece dell'udienza) in tempi ravvicinati, al solo fine di definire la causa con sentenza in forma semplificata.