





## NOTA DI LETTURA

**Il varo di un codice del processo amministrativo. - La struttura del codice e le principali novità introdotte. - In particolare: declinatoria di giurisdizione e *translatio iudicii*. - Il sistema delle azioni. - La tutela cautelare. - I riti abbreviati.**

### *Il varo di un codice del processo amministrativo*

Nella lunga evoluzione storica delle fonti di giustizia amministrativa e, in particolare, della disciplina del processo amministrativo, si è sempre avvertita l'esigenza di una razionalizzazione, volta alla predisposizione di un *corpus* normativo sistematicamente ordinato e votato alla completezza.

Il tentativo di racchiudere in un testo di legge la disciplina del giudizio amministrativo, si ebbe già con la legge n. 2248 del 1865, allegato E, di abolizione del contenzioso amministrativo (integrato dal regio decreto 17 agosto 1907, n. 642), poi con il testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato (regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054), indi con la legge 6 dicembre 1917, n. 1034 istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali (integrata da successivi interventi normativi, tra cui la legge 21 luglio 2000, n. 205).

In parallelo, la giurisprudenza ha svolto un ruolo creativo determinante per l'evoluzione della disciplina processual-amministrativistica, favorendo l'aggiornamento della normativa e stimolando l'azione del legislatore, che talora è intervenuto in funzione recettiva rispetto agli spunti giurisprudenziali (ad esempio con la legge n. 205 del 2000).

Ed in particolare a partire dalla storica sentenza n. 500 del 1999 della Corte di cassazione in tema di risarcibilità degli interessi legittimi, si è cominciato a riconoscere la pienezza della tutela fornita dal giudice amministrativo. Anche la Corte costituzionale - dapprima con la sentenza 204 del 2004 e poi con le successive sentenze n. 191 del 2006 e n. 77 del 2007 - ha progressivamente insistito sulla "pari dignità" del giudice amministrativo rispetto al giudice ordinario, con una equivalenza delle tutele rispettivamente apprestate che, seppur diversificate nei contenuti, si configurano come sostanzialmente unificate dal punto di vista funzionale.

Anche per questa via, è giunto un impulso alla definizione di un codice che consacrasse, anche formalmente, il ruolo centrale che il processo amministrativo svolge nell'attuale sistema non solo giuridico-istituzionale ma anche economico e sociale.

L'aspirazione - costante, pur se a lungo disattesa - ad una disciplina del processo amministrativo compiuta ed autosufficiente racchiusa in un codice, ha trovato infine risposta con la **legge 18 giugno 2009, n. 69**.

Di questa, l'articolo 44 ha previsto (assieme ad altre deleghe legislative) la delega al Governo al riordino della giustizia amministrativa.

Più precisamente, l'Esecutivo è stato delegato al riassetto della disciplina del processo amministrativo, nel rispetto dei seguenti criteri direttivi: lo snellimento e la razionalizzazione; l'adeguamento alla giurisprudenza costituzionale e delle giurisdizioni superiori; il coordinamento di tale disciplina con quella del processo civile (oggetto di riforma per espressa previsione della medesima legge n. 69 del 2009).

Potrebbe rilevarsi il valore anche simbolico, di una delega contenuta nel medesimo provvedimento legislativo che ha dato avvio, al contempo, ad una riforma del processo civile. Ne esce confermato l'intento di avvicinare giudizio civile e giudizio amministrativo (anche al fine di evitare contrasti giurisprudenziali: si pensi, a titolo di esempio, all'annoso tema della cd. pregiudiziale amministrativa; o all'altrettanto problematico profilo della sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, poi risolto in base alla normativa comunitaria contenuta nella cd. direttiva ricorsi n. 66 del 2007, recepita nell'ordinamento italiano con il decreto legislativo n. 53 del 2010).

L'articolo 50 del codice del processo amministrativo detta ora che "Per quanto non espressamente previsto dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile in quanto compatibili o espressione di principi generali". Ed è stato rilevato in dottrina che "il codice del processo amministrativo si colloca quasi come sub codice o sottosistema, non tanto a fianco quanto al di sotto del codice di procedura civile che è appunto fonte dei fondamentali principi processuali" (N.Irti), sì che in caso di una lacuna nel codice del processo amministrativo, l'interprete abbia di fronte la via dell'eterointegrazione, risalendo alla disciplina del codice di procedura civile ed ai principi generali dell'ordinamento.

A dare attuazione alla delega recata dalla legge n. 69 del 2009, è intervenuto il **decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104**.

Esso è pubblicato il 7 luglio 2010 nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 148.

La sua entrata in vigore è prevista per il 16 settembre 2010.

Ai fini della stesura dell'articolato del codice, ha operato presso il Consiglio di Stato una Commissione speciale, con la partecipazione, di fianco a giudici

amministrativi, di esponenti della Corte di cassazione, dell'Avvocatura dello Stato, dell'università e del foro.

Il testo predisposto da quella Commissione speciale è stato sottoposto all'esame del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, delle associazioni professionali degli avvocati, nonché delle associazioni dei professionisti di diritto amministrativo e degli studiosi del processo amministrativo, che hanno formulato osservazioni e rilievi.

La Commissione speciale ha lavorato alla predisposizione di una bozza di codice, dall'autunno 2009 sino al febbraio 2010.

Una prima bozza, allora confezionata, è stata poi rivista e in parte modificata dal Governo, anche a seguito di osservazioni del Ministro dell'Economia.

Ne è seguito un nuovo schema di codice, che il Consiglio dei Ministri ha approvato in via preliminare il 16 aprile 2010.

Lo schema è stato indi trasmesso al Parlamento (atto del Governo n. 212), per l'espressione del parere da parte delle competenti Commissioni parlamentari.

La Commissione Affari costituzionali del Senato, la Commissione Giustizia della Camera hanno reso il parere, ciascuna il 16 giugno.

Il 24 giugno 2010, infine, il Consiglio dei Ministri ha definitivamente approvato il testo del decreto legislativo attuativo dell'articolo 44 della legge n. 69 del 2009, trasmettendolo al Presidente della Repubblica per l'emanazione.

### ***La struttura del codice e le principali novità introdotte***

Il decreto legislativo n. 104 del 2010 consta di due articoli. L'articolo 1 reca la norma di approvazione del codice del processo amministrativo (allegato 1), delle norme di attuazione (allegato 2), delle norme transitorie (allegato 3), delle norme di coordinamento e delle abrogazioni (allegato 4). L'articolo 2 stabilisce la data di entrata in vigore del codice: il 16 settembre 2010.

L'operazione di riassetto (rammenta la relazione introduttiva generale all'atto del Governo contenente lo schema di codice) ha determinato l'abrogazione di circa 50 fonti normative e di circa 350 articoli.

Il codice consta di cinque libri.

Il libro primo reca le disposizioni generali.

Il libro secondo disciplina il processo amministrativo di primo grado.

Il libro terzo ha per oggetto le impugnazioni.

Il libro quarto è dedicato ad ottemperanza e riti speciali.

Il libro quinto reca norme finali.

Il risultato dell'operazione di codificazione, più che una rottura con la disciplina sinora applicata in materia di giustizia amministrativa, si rivela quale riordino della disciplina vigente, con aggiustamenti nel segno di una

semplificazione normativa. Molti articoli riproducono regole, giurisprudenziali o normative, già facenti parte dell'ordinamento vivente.

In applicazione delle *rationes decidendi* delle sentenze della Corte costituzionale n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006 ed in ossequio alle norme costituzionali in esse richiamate, la giurisdizione del giudice amministrativo è considerata strettamente connessa all'esercizio del potere amministrativo, ed in tale ambito rientrano le controversie concernenti provvedimenti, atti, accordi, comportamenti riconducibili anche *mediatamente* a detto potere.

All'interno di questa concezione, il giudice amministrativo, in quanto giudice naturale della legittimità dell'esercizio del potere pubblico, è il giudice chiamato ad apprestare ogni forma di tutela, anche risarcitoria, agli interessi legittimi - salvo conoscere nelle materie attribuite alla sua giurisdizione esclusiva, pure a fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi.

Peraltro l'obiettivo di semplificazione e sistemazione complessiva della materia ha comportato anche interventi di natura innovativa, da tempo prospettati dagli operatori del diritto a fronte di esigenze avvertite nell'applicazione pratica delle regole finora vigenti sul processo.

In linea generale, il codice fa propri i principi generali del codice di procedura civile, nella prospettiva di coerenza con la parallela disciplina processualcivile. Nei casi in cui il processo amministrativo presenti peculiarità specifiche, esso detta invece regole autonome.

Un'ulteriore direttiva perseguita dal nuovo codice è stata quella di recepire ed accogliere il progressivo mutamento del processo amministrativo da momento di mera verifica formale della legittimità dell'atto impugnato, a strumento di tutela del rapporto e di accertamento della spettanza del bene della vita al cittadino leso dalla azione amministrativa illegittima. Alcune novità, infatti, riguardano l'aspetto istruttorio del nuovo processo amministrativo, ora molto più vicino a quello civile. Per la prima volta entrano a far parte del processo amministrativo la testimonianza scritta, la consulenza tecnica (anche se già ammessa in precedenza) e i verificatori, nonché una timida forma di giudice istruttore e la possibilità per il collegio di motivare la sentenza attraverso i fatti non contestati dalle parti.

Significative novità si registrano in materia di competenza, con l'ampliamento dei casi di competenza inderogabile del TAR Lazio (inserendo anche le controversie in materia di rimozione di amministratori locali e di scioglimento dei consigli comunali per infiltrazioni mafiose) e

con l'attribuzione invece al TAR Lombardia delle controversie relative ai poteri esercitati dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas.

La competenza territoriale diventa inderogabile. Si tratta di un mutamento di rilievo, in quanto prima dell'entrata in vigore del codice, il Consiglio di Stato era giunto alla conclusione che la competenza territoriale dei TAR fosse di regola derogabile e il relativo difetto non potesse essere rilevato d'ufficio dal giudice, dovesse bensì essere fatto valere dalla parte interessata attraverso lo strumento processuale del regolamento di competenza.

Tale modificazione è stata sostenuta dall'esigenza di limitare il fenomeno del cd. *forum shopping*, in virtù del quale il contendente scegliesse il foro più favorevole ai suoi interessi.

In materia di giurisdizione, innovativa è l'*espressa* definizione della giurisdizione del giudice amministrativo, nelle sue tre diverse ramificazioni (di legittimità, esclusiva e di merito). È inoltre da richiamare la disciplina del giudicato implicito sulla giurisdizione, che richiede una maggiore responsabilità delle parti nel sollevare le eccezioni, poiché viene limitata la rilevabilità del difetto di giurisdizione in appello se ciò non sia avvenuto in primo grado. Come rilevante è l'affermazione del principio della *translatio iudicii*, che consente al processo iniziato erroneamente davanti ad un giudice privo di giurisdizione, di poter continuare davanti al giudice effettivamente dotato di giurisdizione, onde dar luogo ad una pronuncia di merito che conclude la controversia processuale, comunque iniziata, giungendo in modo più sollecito ed efficiente alla soluzione della questione.

Tra le novità figura anche la disciplina, espressa, delle azioni esercitabili innanzi al giudice amministrativo, e cioè l'azione di annullamento, l'azione avverso il silenzio, l'azione di condanna. Nell'ambito di quest'ultima, rispetto all'azione diretta ad ottenere il risarcimento del danno, è stata privilegiata una soluzione intermedia nel contrasto tra giurisprudenza amministrativa e ordinaria in ordine alla sussistenza della pregiudiziale amministrativa (ovvero il necessario previo annullamento della determinazione amministrativa onde potere invocare il risarcimento del danno). Si erano infatti registrate divergenti prese di posizione da parte delle Sezioni unite della Corte di cassazione (da ultimo SS.UU. n. 30254/2008) e dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 12/2007, nonché sez. VI, decisione n. 2436/2009 di rimessione alla Plenaria della questione *de qua*). Il codice sembra perseguire una linea di contemperamento tra le due opposte visioni: si ammette l'azione risarcitoria pura, cioè sganciata dall'impugnazione del provvedimento lesivo, ma la si assoggetta ad un breve termine di decadenza (centoventi

giorni), per non lasciare troppo a lungo l'Amministrazione in uno stato di incertezza. Sono stati, inoltre, accentuati i poteri di valutazione del giudice nella determinazione del risarcimento del danno, in quanto si prevede che questi, in ogni caso, escluda il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'impugnazione nel termine di decadenza degli atti lesivi illegittimi.

Nella disciplina del processo amministrativo di primo grado, il codice reca una sistemazione infine organica della disciplina della tutela cautelare. In particolare, la richiesta di fissazione dell'udienza di merito diventa condizione di procedibilità dell'azione cautelare, per evitare il procrastinarsi indefinito di situazioni di incertezza, e viene introdotta in via generale (ricavandola dalla normativa in materia di appalti) la tutela cautelare *ante causam*, attivabile nei casi di eccezionale gravità ed urgenza.

In materia di contenzioso elettorale per le elezioni amministrative, regionali ed europee, è per la prima volta disciplinata la tutela giurisdizionale anticipata, ossia la possibilità di ricorrere immediatamente, senza attendere l'esito delle elezioni, avverso i provvedimenti del procedimento elettorale preparatorio. Tale tutela è limitata agli atti di esclusione di liste o candidati nelle elezioni amministrative e regionali. Contro tutti gli altri atti del procedimento elettorale successivi all'emanazione dei comizi elettorali, è ammesso ricorso solo unitamente all'impugnazione dell'atto di proclamazione degli eletti.

Si modifica inoltre l'ambito di applicazione del rito abbreviato (di cui al previgente articolo 23-*bis* della legge TAR), e in materia di controversie relative agli appalti pubblici, viene sostanzialmente inglobata nel codice la disciplina contenuta nel decreto di recepimento della cd. direttiva ricorsi (decreto legislativo n. 53 del 2010).

### ***Declinatoria di giurisdizione e translatio iudicii***

Una innovazione introdotta dal codice del processo amministrativo (contestualmente alla sua parallela introduzione sul piano del processo civile attuata dall'articolo 59 della legge n. 69 del 2009) è costituita da una completa disciplina sulla cd. *translatio iudicii* in tema di giurisdizione.

In questo modo si è assicurata la salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda a far data dal momento della sua proposizione, nel caso di declinatoria del giudice presso il quale la causa sia stata erroneamente introdotta, a causa della non corretta qualificazione della situazione giuridica soggettiva posta a fondamento della domanda giudiziale.

L'istituto di cui si tratta ha costituito un argomento intorno al quale si è sviluppata una costante ed intensa discussione dottrina, finché non sono state pubblicate, nel 2007, due rilevanti sentenze, ad opera, una, delle Sezioni unite della Corte di cassazione (22 febbraio 2007, n. 4109), l'altra della Corte costituzionale (12 marzo 2007, n. 77).

Con l'introduzione - nell'articolo 11 del decreto legislativo n. 104 del 2010 - della "salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda, se il processo è riproposto innanzi al giudice indicato nella pronuncia che declina la giurisdizione", è caduto il muro dell'incomunicabilità delle giurisdizioni e si è resa concreta la realizzazione del principio fondamentale secondo cui il processo di cognizione mira a concludersi con una pronuncia di merito. Senza la possibilità di trasferire il giudizio con la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda che lo abbia introdotto da un ramo all'altro della giurisdizione, la parte incorsa in errore sulla giurisdizione avrebbe dovuto iniziare *ex novo* il giudizio, con la grave conseguenza che, per il verificarsi di prescrizioni o di decadenze, essa potesse trovarsi nell'impossibilità di tutelare il proprio diritto, pur avendo tempestivamente agito in base alla legge vigente. Infatti, gli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva non sarebbero stati salvati.

Ebbene, prima dell'intervento del legislatore del 2009 e prima della pubblicazione del codice del processo amministrativo, la Corte di cassazione ritenne che si fosse potuta attuare la trasmigrazione del processo tra giudici appartenenti ad ordini diversi già *de iure condito*, attraverso una lettura costituzionalmente orientata di alcune specifiche norme del codice di rito. La Corte costituzionale, invece, pur dimostrando di condividere l'orientamento della Corte di cassazione secondo cui il divieto di *translatio iudicii* è in contrasto con l'effettività del diritto di difesa, rilevò l'assenza di tale meccanismo nel nostro ordinamento. Essa ritenne che su questi aspetti vi fosse una lacuna nell'ordinamento che spettasse al legislatore colmare, con il solo vincolo della conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda.

La sentenza della Corte costituzionale intervenne giacché, ove vi fosse stata solo la decisione delle Sezioni unite, successivi arresti giurisprudenziali avrebbero potuto discostarsi da tale orientamento e rifarsi al precedente che per anni aveva prevalso in giurisprudenza. Solo la totale espunzione dall'ordinamento del divieto di *translatio iudicii*, sancita dal giudice delle leggi, ha così reso possibile quello che nell'ordinamento processuale (non solo civile) rappresenta un momento di svolta.

L'obiettivo proposto con la traslazione processuale - di una concreta attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale,

consentendo la realizzazione, non solo del principio di economia processuale ma anche di quello pur esso di carattere generale, secondo cui il processo di cognizione mira a concludersi con pronunce di merito - è perseguito attraverso la previsione della possibilità di trasferire la causa da un ramo all'altro della giurisdizione, secondo un particolare meccanismo regolato dall'articolo 11 del codice. È previsto che nel provvedimento con cui il giudice declina la propria giurisdizione, questi indichi altresì il giudice nazionale che ritiene fornito del potere di decidere la causa. Il raccordo tra le giurisdizioni, che garantisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda, si attua, dunque, attraverso la riproposizione del processo innanzi al giudice indicato, entro il termine perentorio di tre mesi dal suo passaggio in giudicato, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute.

La formulazione della disposizione esaminata ha prestato il fianco ad alcuni rilievi resi dalle Commissioni parlamentari di merito in sede consultiva su atti del Governo. In luogo della parola riproposizione, che in materia processuale rimanda alla possibilità per il cittadino di introdurre *ex novo* la causa innanzi allo stesso od ad altro organo giudiziario, sarebbe stato più corretto e coerente rispetto alla disciplina processuale - è stato osservato - fare riferimento all'istituto della riassunzione, che garantisce, invece, la continuità della medesima causa nell'ipotesi di episodi che incidono sulla ordinaria prosecuzione del processo. Tra l'altro, disciplinando la *translatio iudicii* in materia di giurisdizione, il legislatore si è chiaramente ispirato all'istituto già vigente nel processo civile che regola l'ipotesi del trasferimento della causa tra giudici appartenenti alla medesima giurisdizione nell'ipotesi di questioni incidenti sulla competenza. Ebbene, come ha (invano) affermato la Commissione Affari Costituzionali del Senato, "il riferimento alla "riproposizione" va [avrebbe dovuto] più correttamente [essere] sostituito con il richiamo alla riassunzione, in conformità alla legge di delega e alla natura stessa dell'istituto".

### ***Il sistema delle azioni***

L'opportunità data al legislatore delegato dall'articolo 44, comma 2, lettera *b*) della legge n. 69 in tema di azioni - ossia "disciplinare le azioni e le funzioni del giudice: 1) riordinando le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni; 2) riordinando i casi di giurisdizione estesa al merito, anche mediante soppressione delle fattispecie non più coerenti con l'ordinamento vigente; 3) disciplinando, ed eventualmente riducendo, i termini di decadenza o

prescrizione delle azioni esperibili e la tipologia dei provvedimenti del giudice; 4) prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa" - era vasta e potenzialmente in grado di costituire un vero e proprio 'sistema', con importanti conseguenze in termini di effettività della tutela giurisdizionale amministrativa.

La Commissione incaricata presso il Consiglio di Stato, nella prima bozza di codice approvata l'8 febbraio 2010, aveva predisposto un complesso apparato di azioni esperibili di fronte al giudice amministrativo e, precisamente, le azioni: di accertamento; sul silenzio; di annullamento; di condanna; di adempimento - disciplinate minutamente nel loro contenuto e nelle loro condizioni di esercizio. Seguivano, nell'insieme di articoli ricondotti sotto il capo intitolato alle "Azioni", l'azione cautelare e l'azione esecutiva.

Questo sistema introduceva elementi innovativi rispetto all'assetto precedente, individuando accanto alla tradizionale azione di annullamento, l'azione avverso il silenzio-inadempimento e il silenzio-rifiuto (disciplinate dalla legge n. 205 del 2000, modificativa della legge n. 1034 del 1971, a seguito di interventi giurisprudenziali che avevano colmato quella lacuna).

Oltre alla sistematizzazione dell'insieme di azioni, la rilevante novità - poi espunta - contenuta nella bozza di codice, era l'introduzione dell'azione di adempimento, in base alla quale il ricorrente potesse chiedere al giudice amministrativo di ordinare all'amministrazione l'adozione di un determinato provvedimento al posto di quello illegittimamente negato o omesso. Le condizioni per ottenere tale tipo di pronuncia sarebbero state la dimostrazione della fondatezza della pretesa e la natura vincolata del provvedimento da adottare, arrestandosi di fronte alla sussistenza di un potere discrezionale dell'amministrazione.

L'espressa previsione dell'azione di adempimento poneva al contempo talune criticità, tra cui il suo rapporto con l'azione avverso il silenzio, anch'essa esperibile a fronte di un omesso provvedimento dell'amministrazione, e l'esatta individuazione della natura discrezionale o vincolata del provvedimento omesso o rifiutato dall'amministrazione.

La disciplina risultante dal decreto legislativo n. 104 del 2010, risulta invece diversa, rispetto a quella inizialmente prospettata in sede di bozza di codice. L'azione di esecuzione e l'azione cautelare vengono ora autonomamente trattate (nei libri II e IV del codice). E tra le azioni di cognizione, figurano l'azione di annullamento, l'azione di condanna e l'azione avverso il silenzio. Sono state invece espunte l'azione di adempimento e l'azione di accertamento (pur se si potrebbe ritenere, secondo parte della dottrina, che l'azione di adempimento rientri nell'azione

di condanna - v. *infra* - e che quella di accertamento, seppur non prevista in modo autonomo, possa essere considerata implicita, quando sia presupposto logico delle azioni di condanna e di annullamento).

Rispetto all'azione di *annullamento*, disciplinata dall'articolo 29 del codice, il legislatore si è limitato ad inserire il riferimento al termine di sessanta giorni per il suo esercizio e i tre vizi di annullabilità del provvedimento amministrativo - violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere - recependo quanto ormai assodato rispetto a tale azione.

L'articolo 30 regola l'*azione di condanna*, la cui proposizione può avvenire in via autonoma nei casi di giurisdizione esclusiva e nei casi previsti dallo stesso articolo 30, nei restanti casi può essere proposta solo contestualmente ad altra azione. Anche l'azione in esame ha subito un ridimensionamento rispetto alla stesura originaria (bozza di febbraio), che non prescriveva limiti di contestualità alla proposizione della domanda in via autonoma.

I commi seguenti si soffermano sull'*azione risarcitoria*, disciplinando dettagliatamente l'azione di risarcimento del danno esperibile contro la Pubblica Amministrazione per i danni da illegittimo esercizio dell'azione amministrativa e, nei casi di giurisdizione esclusiva, anche per i danni da lesione di diritti soggettivi, secondo l'impostazione derivante dalla storica sentenza delle Sezioni unite n. 500 del 1999.

All'interno del medesimo articolo 30, oltre all'azione risarcitoria, parte della dottrina sostiene sia possibile far rientrare l'espunta azione di adempimento, nella forma della condanna avente ad oggetto l'emanazione di un provvedimento amministrativo, negato od omesso, rispetto al quale sia stata accertata la fondatezza della pretesa e non sussista la necessità di alcuna ulteriore attività valutativa da parte dell'amministrazione. Quanto non ha trovato accoglimento nella formulazione finale, rientrerebbe con questa interpretazione, con un ampliamento delle possibilità fornite al cittadino, in termini di domande azionabili, avverso la pubblica amministrazione inefficiente, sebbene non si sia innanzi ad una 'rivoluzionaria' previsione di 'sistema', che si è andata ridimensionando.

Di rilievo è altresì la disciplina contenuta nel comma 5 ancora dell'articolo 30 ("Nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza"), che dovrebbe rispondere alle questioni poste dall'annosa *querelle* giurisprudenziale circa la legittimità della pregiudiziale amministrativa, ossia della necessità o meno del previo annullamento dell'atto lesivo per poter invocare il risarcimento del danno.

Dalla lettura dell'articolo pare emergere la preferenza per una soluzione di compromesso, che non si schieri a favore di una delle due posizioni (rispettivamente del Consiglio di Stato e della Corte di cassazione) ma accolga suggestioni dell'una e dell'altra. Da un lato, è resa autonoma l'azione risarcitoria dall'azione di annullamento, in quanto non è prescritta la pregiudizialità della seconda rispetto alla prima, come ha sostenuto la Corte di cassazione); dall'altro, è previsto un termine di decadenza di centoventi giorni, ai fini della certezza del diritto ritenuta indispensabile dal Consiglio di Stato, che risulta decisamente più ridotto dell'ordinario termine prescrizione di 5 anni *ex* articolo 2947, comma 1, del codice civile.

Si profila una sorta di compromesso tra l'autonoma esperibilità della tutela risarcitoria per la lesione delle posizioni di interesse legittimo, e la previsione di un termine di decadenza, ai fini della certezza del diritto, di quattro mesi per l'esercizio di tale azione.

Ancora, è previsto che il giudice sia tenuto a valutare tutte le circostanze di fatto ed il comportamento complessivo delle parti, dovendo escludere i danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'impugnazione, nel termine di decadenza, degli atti lesivi illegittimi. Si afferma così come doverosa l'applicazione di principi analoghi a quelli espressi dall'articolo 1227 del codice civile per quanto riguarda i danni che avrebbero potuto essere evitati mediante il tempestivo esperimento dell'azione di annullamento.

È stata, inoltre, prevista la possibilità di chiedere il risarcimento del danno da parte dell'Amministrazione in forma specifica, nel caso in cui sussistano i presupposti dell'articolo 2058 del codice civile (ossia qualora tale reintegrazione sia possibile e non eccessivamente onerosa per il debitore). In questo modo si è esteso al processo amministrativo lo stesso rimedio di cui all'articolo 2058, al fine di ottenere la diretta rimozione delle conseguenze derivanti dall'evento lesivo attraverso la riproduzione della situazione materiale corrispondente a quella che si sarebbe realizzata se non fosse intervenuto il fatto illecito produttivo del danno.

L'articolo 31 disciplina l'*azione avverso il silenzio*, per l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere. Dispone che l'azione possa essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. L'articolo è da leggersi in combinato disposto con l'articolo 117, riguardante il ricorso avverso il silenzio, che introduce importanti novità in termini di effettività della tutela relativa al caso di inerzia dell'amministrazione, tra cui la necessità di notificare il ricorso ad almeno un controinteressato; la possibilità per il giudice di nominare, ove occorra,

un commissario *ad acta*, direttamente con la sentenza che definisce il giudizio; la possibilità, se nel corso del giudizio sopravviene il provvedimento espresso o un atto connesso con l'oggetto della controversia, di impugnare con motivi aggiunti il nuovo provvedimento, nei termini e con il rito previsti per il nuovo provvedimento; la possibilità di proporre congiuntamente all'azione avverso il silenzio l'azione di risarcimento del danno. In tal caso il giudice può definire con rito camerale l'azione avverso il silenzio e con rito ordinario la domanda risarcitoria.

Siffatte novità puntano a dare risposta ad esigenze emerse dalla prassi, circa l'applicazione di principi di speditezza, celerità e concentrazione delle tutele apprestate con la disciplina del processo amministrativo.

Il capo sulle azioni di cognizione previsto dal codice si conclude con l'articolo 32, che prevede il cumulo di domande connesse e la prevalenza – con alcune eccezioni - del rito ordinario in caso di soggezione a riti diversi delle azioni cumulate.

### ***La tutela cautelare***

Gli articoli 55-62 del codice sono dedicati al procedimento cautelare, per la prima volta affrontato in modo unitario.

Il codice sistematizza sia la tradizionale fase di trattazione delle istanze cautelari in sede collegiale, secondo il rito camerale, sia la fase di trattazione in sede monocratica, nella duplice forma delle misure cautelari provvisorie concesse con decreto presidenziale e della tutela *ante causam* propriamente detta (quest'ultima mutuata dalla disciplina speciale introdotta nel 2006 in materia di appalti).

Rispetto alle misure cautelari collegiali (di cui all'articolo 55) i cambiamenti più rilevanti riguardano la necessaria fissazione della data di discussione del ricorso nel merito, ad opera dell'ordinanza cautelare, entro il termine di un anno, impedendo così, *ex lege*, che le misure cautelari concesse rimangano “indefinitivamente efficaci senza essere mai riassorbite dalla tutela di merito” (così la relazione introduttiva allo schema di codice). L'obiettivo è stato quello di evitare situazioni di incertezza, connaturate alla vigenza di un provvedimento concesso sulla base di un accertamento sommario, ma tipiche di un processo in cui la fase cautelare svolge un ruolo essenziale, se non predominante.

Sulla stessa linea si pone la presentazione dell'istanza di fissazione della discussione del merito come condizione di procedibilità dell'azione cautelare.

La previsione di decorrenza di un termine, per la fissazione della camera di consiglio, di almeno venti giorni dal perfezionamento dell'ultima notificazione ai destinatari - e comunque non prima di dieci giorni dal deposito del ricorso presso la segreteria del TAR - mira invece a consentire un adeguato termine per predisporre le proprie difese (prima della riforma il termine era di dieci giorni dall'ultima notifica). Del pari, la previsione della possibilità di depositare memorie e documenti fino a due giorni prima della camera di consiglio, regola definitivamente in modo univoco un profilo prima rimesso alle differenziate prassi di ciascun TAR (o addirittura delle singole sezioni di alcuni di essi), che evita di costringere parti e giudici a valutare scritti difensivi a ridosso dell'udienza o, persino, a chiedere un rinvio per l'esame degli stessi.

E' introdotta la possibilità per il collegio di prevedere una cauzione da parte dell'istante, se dalla decisione sulla domanda cautelare derivino effetti irreversibili, con l'eccezione dei casi in cui la domanda cautelare attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale.

Rimangono invariati invece i presupposti tradizionalmente richiesti del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*; la atipicità dei provvedimenti adottabili; la forma di ordinanza emessa in camera di consiglio.

Rispetto alle misure cautelari monocratiche, invece, le maggiori novità riguardano l'eventualità di un potenziale contraddittorio davanti al Presidente o al magistrato delegato investito della questione da svolgersi, se questi lo ritiene necessario, fuori udienza e senza formalità, se le parti si rendono disponibili, avendo ricevuto la notifica dell'istanza cautelare monocratica. Il tentativo operato attraverso questa novità sta nel rispettare il principio del contraddittorio, ove possibile, anche in una fase di urgenza del provvedimento, e nel fornire una completezza di elementi al Presidente in vista del rilascio del provvedimento sospensivo.

Anche in questo caso è prescritta l'improcedibilità della domanda di misura cautelare provvisoria se non è presentata istanza di fissazione dell'udienza di merito e, come per le misure cautelari ordinarie, è prevista la possibilità di subordinare la decisione a una cauzione.

Rimane invariata la previsione del decreto motivato, non impugnabile, mediante il quale viene altresì fissata la data della camera di consiglio e il fatto che il decreto perda efficacia se il collegio non provveda in camera di consiglio sulla domanda cautelare.

Rispetto alle misure cautelari *ante causam*, la novità è nell'estensione - introdotta dall'articolo 61 del codice - della disciplina dell'articolo 245 del decreto legislativo n. 163 del 2006 in materia di appalti, a tutto il processo amministrativo. Nei casi di eccezionale gravità e urgenza tale da non

consentire neppure la previa notificazione del ricorso e la domanda di misure cautelari provvisorie con decreto presidenziale, il ricorrente può proporre istanza per l'adozione delle misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare in corso di causa.

Il procedimento è analogo a quello relativo alla richiesta di misure cautelari monocratiche; anche in questo caso l'eventuale incompetenza del TAR adito è rilevabile d'ufficio, è possibile subordinare il decreto a una cauzione e, in ogni caso, la misura concessa anteriormente all'instaurazione della causa perde effetto con il decorso di sessanta giorni dalla sua emissione, dopo di che restano efficaci le sole misure cautelari che siano confermate o disposte in corso di causa.

Tale previsione, ampiamente avallata dagli operatori del diritto, consente la presentazione di una domanda di tutela interinale prima ancora della compiuta formulazione dei motivi di ricorso, che però devono almeno essere indicati nella istanza.

Il codice conferma (all'articolo 60) la cd. definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata, ovvero la possibilità che il collegio definisca direttamente la causa in sede di decisione della domanda cautelare. E si ha la salvezza del diritto di ciascuna delle parti di chiedere termini per proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di giurisdizione o di competenza. In tal caso, ove necessario, il collegio dispone l'integrazione del contraddittorio e fissa contestualmente la data per il prosieguo della trattazione. La mancanza di questa previsione era innanzi avvertita quale problematica, in quanto la decisione di definire il giudizio nel merito da parte del giudice, non permetteva alla parte di lamentare ulteriori profili dell'atto, tramite ricorso incidentale o proposizione di motivi aggiunti.

### ***I riti abbreviati***

Il maggior profilo di interesse della disciplina in materia di riti abbreviati riguarda il rapporto tra le disposizioni del codice e il decreto legislativo n. 53 del 2010 (attuativo della direttiva comunitaria 11 dicembre 2007, n. 2007/66/CE, entrato in vigore il 20 marzo 2010), riguardante il nuovo rito da applicare al contenzioso sugli appalti pubblici.

Ai sensi dell'articolo 44, comma 2, lettera c), della legge n. 69 del 2009, il codice era chiamato ad operare una revisione e razionalizzazione dei riti speciali, caratterizzati dalla contrazione dei termini processuali. Ed ai sensi della legge comunitaria n. 88 del 2009 (delega per l'attuazione della

direttiva 2007/66/CE), era posto il compito di provvedere ad un coerente inserimento della nuova normativa entro il sistema processuale vigente.

La prospettiva era dunque di incamerare nel codice la nuovissima disciplina prescritta dal decreto legislativo n. 53 del 2010, al fine di coordinarla con le altre disposizioni ed evitare uno sdoppiamento di discipline a così breve distanza di approvazione dell'una dall'altra.

In questo modo si sono delineati un rito abbreviato comune (oggetto dell'articolo 119 del codice), caratterizzato da una contrazione dei termini processuali rispetto a quelli ordinari, che si applica a una serie di materie espressamente indicate dal codice (le materie prima disciplinate dall'articolo 23-*bis* della legge TAR come modificata dalla legge n. 205 del 2000), ed una speciale disciplina prevista per il contenzioso in materia di appalti, che consta di un rito ancor più abbreviato (nonché di peculiarità ulteriori), applicabile solamente alla materia degli appalti pubblici, in quanto separata e autonomamente disciplinata dal decreto attuativo della delega comunitaria.

Nell'articolo 119 è previsto il rito comune a tutte le fattispecie ivi elencate, con elencazione delle materie a cui si applica (inclusa la materia delle procedure di affidamento di incarichi di progettazione e delle connesse attività tecnico-amministrative, e delle procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche e di servizi pubblici e forniture).

Per le controversie elencate sono dimezzati tutti i termini processuali ordinari, ad eccezione di quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti. Altra novità riguarda la pubblicazione anticipata del dispositivo: se prima, con l'articolo 23-*bis*, doveva essere obbligatoriamente pubblicato entro sette giorni dalla data dell'udienza, col nuovo rito la pubblicazione ha luogo soltanto nel caso in cui almeno una delle parti ne faccia richiesta nell'udienza di discussione dichiarando di averne interesse.

Negli articoli 120-125, invece, dedicati al contenzioso sugli appalti pubblici (affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture) sono confluite le disposizioni del decreto legislativo n. 53 del 2010 (non modificate), quanto a termini, non proponibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, inderogabilità della competenza territoriale del TAR (rilevabile anche d'ufficio), casi di inefficacia, sanzioni alternative, subentro e risarcimento.

Non rientra tra i riti abbreviati la procedura (già prevista dal legislatore con l'introduzione dell'articolo 140-*bis* del codice del consumo) per l'efficienza nelle pubbliche amministrazioni (c.d. *class action* pubblica).



**XVI legislatura, fascicoli pubblicati**  
(disponibili anche sul sito internet del Senato)

**n. 1**

*I temi della qualità della regolamentazione. Riepilogo della XV legislatura* (maggio 2008)

**n. 2**

*La semplificazione normativa* (maggio 2008; nuova ed. giugno 2008)

**n. 3**

*Stato di avanzamento del 'taglia-leggi'* (giugno 2008; in collaborazione con l'Osservatorio legislativo e parlamentare della Camera dei deputati)

**n. 4**

*Tagliar leggi con decreto-legge* (giugno 2008)

**n. 5**

*Analisi di impatto della regolamentazione. Là dove funziona: il Regno Unito* (luglio 2008)

**n. 6**

*Ancora sul Regno Unito: un codice per i regolatori* (luglio 2008; in collaborazione con il Servizio Studi)

**n. 7**

*Stato-Regioni e qualità della regolamentazione* (settembre 2008; in collaborazione con l'Osservatorio legislativo e parlamentare della Camera dei deputati)

**n. 8**

*Novità in tema di analisi tecnico-normativa* (settembre 2008)

**n. 9**

*La semplificazione nella legge n. 133 del 2008* (ottobre 2008)

**n. 10**

*Semplificazione e pubblica amministrazione nel disegno di legge A.S. n. 1082* (ottobre 2008)

**n. 11**

*Riflessioni della Corte dei Conti sulla semplificazione* (novembre 2008)

**n. 12**

*Novità in tema di analisi di impatto della regolamentazione* (novembre 2008)

**n. 13**

*AIR entro un'Autorità indipendente: energia elettrica e gas* (dicembre 2008)

**n. 14**

*Ancora un decreto-legge per abrogare leggi* (dicembre 2008)

**n. 15**

*Su un profilo dell'abrogazione collettiva di fonti disposta dal decreto-legge n. 200 del 2008* (febbraio 2009)

**n. 16**

*Stato di avanzamento del 'taglia-leggi' ex legge n. 246 del 2005 (difesa; interno; politiche agricole)* (febbraio 2009)

**n. 17**

*Valutare le politiche pubbliche. Spagna: un'agenzia* (marzo 2009)

**n. 18**

*Valutare le politiche pubbliche. Francia: rilancio del Parlamento?* (marzo 2009)

**XVI legislatura, fascicoli pubblicati**  
(disponibili anche sul sito internet del Senato)

*(SEGUE DALLA TERZA DI COPERTINA)*

**n. 19**

*Valutare le politiche pubbliche. Italia: indicazioni da un'iniziativa delle Presidenze di Senato, Camera, CNEL, su: "Il Lavoro che cambia" (marzo 2009)*

**n. 20**

*Semplificazione: frammenti bibliografici (2005-2008) (aprile 2009)*

**n. 21**

*Istruttoria degli atti normativi entro il Governo (aprile 2009)*

**n. 22**

*AIR: un'applicazione, a cura di un dipartimento universitario (su: concessioni di demanio marittimo ad uso turistico balneare) (maggio 2009)*

**n. 23**

*Qualità della normazione ed ordinamenti regionali (maggio 2009)*

**n. 24**

*Semplificazione e pubblica amministrazione nella legge n. 69 del 2009 (giugno 2009)*

**n. 25**

*Costituzionalisti a Parlamento (sul 'taglia-leggi') (luglio 2009)*

**n. 26**

*Sullo schema di decreto legislativo 'salva-leggi': cenni introduttivi (ottobre 2009)*

**n. 27**

*Sul procedimento 'taglia-enti': cenni introduttivi (novembre 2009)*

**n. 28**

*Enti di ricerca: tra riordino e 'taglia-enti' (novembre 2009)*

**n. 29**

*Decreto legislativo 'salva-leggi': raffronto con il parere della Commissione bicamerale per la semplificazione (dicembre 2009)*

**n. 30**

*Codificazioni in corso: ordinamento militare e attività agricola (febbraio 2010)*

**n. 31**

*Riassetto normativo, codificazione, delegificazione (marzo 2010)*

**n. 32**

*Valutare le politiche pubbliche. Gli sviluppi in Francia (aprile 2010)*

**n. 33**

*Ancora in tema di codificazione. Il parere del Consiglio di Stato sullo schema di codice dell'attività agricola (maggio 2010)*

**n. 34**

*Semplificazione e pubblica amministrazione nel disegno di legge A.S. n. 2243 (giugno 2010)*

**n. 35**

*Il codice del processo amministrativo: cenni introduttivi (luglio 2010)*