

25 SETTEMBRE 2015

Poteri dei giudici e poteri delle parti nei
processi sull'attività amministrativa.
Dall'unificazione al codice

di **Maria Alessandra Sandulli**
Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Roma Tre



*“Poteri dei giudici e poteri delle parti nei
processi sull’attività amministrativa.
Dall’unificazione al codice^{*}*

di Maria Alessandra Sandulli

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Roma Tre

Ringrazio il magnifico Rettore, Annamaria Angiuli e gli amici baresi per avermi invitato a presentare questo incontro, organizzato in questa splendida cornice da un’Università che mi è particolarmente cara, avendovi prestato all’inizio della mia carriera due anni di servizio quale assistente incaricato.

Ma li ringrazio soprattutto per avermi dato l’occasione di intervenire in un dibattito estremamente delicato e importante.

Il ruolo della dottrina è di primaria importanza in questo delicato momento storico.

Il primo compito dei giuristi è adoperarsi per la costruzione di un sistema coerente e garantista, ispirato al principio di legalità e ai valori della Costituzione.

Oggi discutiamo dell’evoluzione della giustizia amministrativa a 150 dalle leggi di unificazione del nostro Paese: la tutela contro gli atti e i comportamenti della pubblica Amministrazione è una delle principali conquiste dello Stato costituzionale di diritto: essa trova riconoscimento negli artt. 24, 100, 103, 111, 113 e 125 Cost., che ci ricordano che **tutti** devono poter **agire in giudizio** per la tutela dei diritti soggettivi **e** degli interessi legittimi e che tale diritto **non può conoscere eccezioni per alcun atto o comportamento costituente esercizio di potere amministrativo** e assegnano al Consiglio di Stato il compito di garantire "**la giustizia nell’amministrazione**", prescrivendo **l’istituzione nelle Regioni di “organi di giustizia amministrativa di primo grado”**, come realizzato nel 1971 con l’istituzione dei TAR.

* Presentazione del Convegno di studi su “Poteri dei giudici e poteri delle parti nei processi sull’attività amministrativa. Dall’unificazione al codice”, Bari – Polignano, 21-22 settembre 2015.



La CEDU (che, come chiarito dalla Corte costituzionale, ha valore di norma costituzionale interposta) e le istituzioni UE hanno poi sottolineato l'esigenza che tale tutela sia **effettiva** e in questa direzione nel 2010 è stato approvato il primo c.p.a..

La Direttiva ricorsi n. 2007/66 (relativa alle controversie in materia di appalti pubblici, ma dichiaratamente espressiva di principi generali), come ricordava anche Guido Greco nella magistrale relazione tenuta venerdì scorso a Varenna, ha chiarito a tale proposito che, per assicurare una tutela effettiva contro le violazioni delle norme UE, gli Stati membri devono adottare **misure idonee a impedire che gli atti assunti dalle p.A. in violazione di tali norme raggiungano i loro effetti** (sancendo in tal modo l'**imprescindibilità** della tutela caducatoria e della tutela cautelare immediata e il divieto di portare ad esecuzione gli atti di aggiudicazione delle gare pubbliche nel tempo concesso per adire gli organi giurisdizionali)

Nonostante tali, nettissime, indicazioni, la giustizia amministrativa è sempre più spesso additata come un limite allo sviluppo economico del Paese: **come se il male fossero le terapie e non le malattie**.

Al tempo stesso, le forze politiche, come recentemente confermato dalla l. n. 124 del 2015 (c.d. l. Madia) sottolineano però, **giustamente**, l'esigenza di dare fiducia agli investitori, mediante la creazione di un sistema di regole certe e la garanzia di un'amministrazione più efficiente e più sana; e dedicano grande attenzione alla lotta alla corruzione.

È importante allora individuare quale sia il vero obiettivo e, nel rispetto delle garanzie e dei principi costituzionali (tra i quali rientrano il primato del diritto dell'UE e il rispetto degli obblighi internazionali, ivi compresi quelli derivanti dalla Convenzione EDU), cercare gli strumenti più idonei a raggiungerlo.

Lo Stato di diritto non può tollerare che la legalità sia sacrificata all'esigenza di realizzare a ogni costo in breve tempo le opere pubbliche: come ben chiaro alle forze politiche, il contrasto della corruzione e della "mala amministrazione" passa necessariamente per la chiarezza, la stabilità e il rispetto delle regole; la fiducia degli investitori, indispensabili per una **vera** ricrescita passa necessariamente per la **percezione** di un sistema **prevedibile** e di una **tutela effettiva**.

Non può essere però prevedibile né dare idonee garanzie di efficienza e imparzialità un sistema in cui le regole sono instabili e incerte e possono essere liberamente infrante. E dunque: le regole devono essere stabilite da organi rappresentativi della volontà popolare o, previa investitura di questi, sulla base di procedure che ne garantiscano la legittimità (come cerca di fare la l. 400 del 1988 per i regolamenti governativi, sottoposti a previ pareri del Consiglio di Stato). La certezza del diritto è un obiettivo molto difficile, ma la "fuga" dalle garanzie offerte dalle procedure



legislativa regolamentare e la sua sostituzione con regole di c.d. *soft law* accresce il rischio di incertezza. Esenti da prelieve verificazioni di legittimità, le norme “leggere” sono più facilmente esposte al rischio di annullamento (che, si è già detto e come, sin dalle sue prime sentenze, ci ha insegnato la Corte costituzionale, non può essere escluso per nessuna categoria di atti amministrativi), provocando, per l’effetto, nuovi contenziosi e nuova instabilità. Per non parlare dei rischi connessi alla loro probabile continua “revisione” (con i conseguenti problemi di individuazione delle regole applicabili alle procedure in corso, legati, tra l’altro, alla natura – innovativa o interpretativa – che le varie parti cercheranno di dare alle nuove norme a seconda dei rispettivi interessi) e alle stesse incertezze sulla loro precettività (che è diversa dalla mera “vincolatività”, suscettibile di deroga motivata).

Come ho detto, la certezza delle regole, strettamente legata alla loro effettività, richiede un’adeguata reazione alla loro violazione. Come ricordava il Presidente della Corte dei conti al convegno tenutosi qualche giorno fa a Varenna, una parte dei nostri problemi di mala amministrazione è legata alla riduzione dei controlli preventivi di legittimità. Per tornare al nostro tema, per dare ai cittadini e agli operatori economici la percezione di un sistema “legale” è comunque essenziale una adeguata tutela giurisdizionale contro la violazione delle sue regole. Anche e soprattutto da parte di chi esercita pubblici poteri.

E allora, possiamo davvero ritenere effettiva una tutela puramente risarcitoria, che, peraltro, farebbe ricadere sulla collettività (attraverso le tasse) e sui beneficiari incolpevoli (chiamati a condividere l’obbligo risarcitorio) le incertezze del sistema normativo e gli errori dell’amministrazione?

Si può davvero assicurare l’efficienza dell’amministrazione (che non può disgiungersi dalla legalità della sua azione) e contrastare la corruzione se il giudice che deve garantirne la legittimità è messo continuamente sotto pressione dalla stampa ed è additato come il responsabile dei ritardi nella esecuzione di provvedimenti che sono in realtà frutto di scelte illegittime?

Gli ultimi provvedimenti sulla giustizia amministrativa vanno purtroppo inevitabilmente in senso opposto alla garanzia della buona amministrazione e alla lotta alla corruzione. Proprio nella materia dei contratti pubblici, in contraddizione con l’istituzione dell’ANAC e con l’attribuzione all’AGCM della legittimazione a ricorrere anche contro gli atti di gara a tutela della concorrenza, si scoraggia l’accesso alla g.a. da parte delle imprese illegittimamente pretermesse con l’imposizione di oneri economici insostenibili (solo i contributi unificati dei due gradi di giudizio, per i contratti di un qualche rilievo, ammontano ad almeno 15 mila euro), si costringe la difesa in



tempi e spazi (pagine e battute) ridottissimi, si nega l'effetto soprassessorio e caducatorio del contratto alle pronunce che riscontrano vizi di aggiudicazione delle grandi opere.

I risultati purtroppo si vedono.

In un articolo apparso venerdì scorso (18.9) sul Sole 24 ore sono riportate le parole della relazione dell'ANAC sugli affidamenti delle commesse pubbliche tra il 2011 e 2014: si denuncia la frequente omissione della verifica dei casellari giudiziari delle imprese da parte delle stazioni appaltanti. Ma l'ANAC non riesce, evidentemente, a “controllare” tutti gli affidamenti e, come ho potuto personalmente verificare, neppure a verificare la fondatezza di tutte le segnalazioni (anche quelle relative alle grandi opere). Un'unica Autorità non può concentrare ed assolvere i compiti di regolazione e di vigilanza su un settore così complesso e delicato.

Limitando i controlli preventivi e ostacolando il ricorso alla tutela giurisdizionale, in disparte i problemi di compatibilità costituzionale e eurounitaria, i fenomeni di corruzione e cattiva amministrazione hanno inevitabilmente libero sfogo.

Come si giustificano, allora, le manifestazioni di disfavore verso la giustizia amministrativa? I processi amministrativi, complici anche le già criticate disposizioni sui contributi unificati e sulla costrizione dei tempi e degli spazi di difesa, sono ormai rapidissimi. Nelle materie politicamente o economicamente sensibili (art. 119 c.p.a.) e, soprattutto, in materia di contratti pubblici, l'intero giudizio (in entrambi i gradi) si celebra in un arco temporale che va dai sei ai diciotto mesi. Non si può quindi negare che la giustizia amministrativa sia, oggi, efficiente.

Gli attacchi, nondimeno, continuano. Si cercano, in spregio alla Costituzione e al diritto UE e CEDU, rimedi “alternativi” a quelli giurisdizionali, che, proprio perché tali, non possono però offrire le stesse garanzie di indipendenza. E si cerca con ogni mezzo di ostacolare e scoraggiare l'accesso agli organi giurisdizionali, soprattutto in materia di contratti pubblici, con il risultato che, sempre più spesso, gli affidamenti delle commesse pubbliche sono di fatto *legibus soluti* ed esposti soltanto al controllo dei giudici penali.

Ma è davvero questo che vogliamo? I giuristi certamente non possono volerlo. Ma non possono volerlo nemmeno gli imprenditori e gli investitori: a fronte dell'aggiudicatario (magari illegittimo) che vuole realizzare l'opera o il servizio, c'è sempre almeno un controinteressato (magari illegittimamente pretermesso o escluso) che ha gli stessi diritti economici e che fugge dall'Italia se non è adeguatamente tutelato (perché, ad esempio, ingiustamente escluso o scavalcato e magari ingiustamente costretto all'escussione di macroscopiche cauzioni).

E sappiamo bene che ridurre la tutela al risarcimento per equivalente, oltre a contrastare con i surrichiamati criteri di **effettività** enunciati dalla Direttiva 66/2007 e a creare nuovi aggravati per la



finanza pubblica, implica il rischio che i giudici, preoccupati e intimoriti da tali conseguenze, evitino di condannare le pp. AA. a pagare e favorisca gli accordi collusivi tra vincitori e controinteressati.

A ciò si aggiunga che l'esperienza dimostra che spesso le pp. AA., pur condannate a restituire quanto indebitamente percepite o a risarcire i danni arrecati non ottemperano a tali pronunce, generando oltretutto nuovo contenzioso e aggravando le delusioni degli operatori. Dunque, quale sarebbe il vantaggio dell'economia? Impedire la tutela soprassessoria e caducatoria contro gli (illegittimi) affidamenti di contratti pubblici è davvero uno strumento idoneo a superare la crisi? Le regole economiche non si piegano alla politica e prima o poi presentano il conto: se un affidamento è davvero sbagliato, l'opera può crollare, i servizi e le forniture non danno garanzie di efficienza e di qualità, le amministrazioni pagano in eccesso, gli imprenditori indebitamente pretermessi fuggono o provano a corrompere, gli imprenditori indebitamente avvantaggiati e *legibus soluti* continuano a corrompere, ecc..

Un Governo che, giustamente, pone ai primi posti della sua agenda la buona amministrazione e la lotta alla corruzione non può, evidentemente, rinunciare a un'adeguata tutela giurisdizionale contro gli atti amministrativi. Del resto, se gli organi di informazione, invece di dipingere la giustizia amministrativa come un ostacolo all'economia, dessero correttamente conto del fatto che la tutela cautelare e caducatoria costituiscono l'unico strumento imprescindibile per assicurare un'effettiva garanzia contro gli affidamenti illeciti, i permessi di costruire illegittimi, i concorsi pubblici corrotti, ecc., i cittadini e gli imprenditori (che spesso si trovano a subire i danni derivanti da una "mala amministrazione") saprebbero sicuramente apprezzare una valorizzazione di tali strumenti da parte delle forze politiche.

Credo pertanto che sia compito e dovere dei giuristi cercare una sana e leale interlocuzione con il legislatore, che, senza preoccuparsi di "seguire l'onda", abbia il coraggio di illustrare perché gli obiettivi dell'agenda governativa sono incompatibili con l'introduzione di ulteriori ostacoli e limiti all'accesso alla tutela giurisdizionale contro gli atti amministrativi e impongono invece di adoperarsi per migliorare il servizio giustizia, sfruttando al meglio le competenze e l'efficienza degli organi di giustizia amministrativa e garantendone un'azione sempre più indipendente e libera da condizionamenti e per costruire un sistema di **regole sostanziali** chiare, certe, prevedibili e stabili, che gli operatori (pubblici e privati) e possano facilmente comprendere e applicare e di cui i giudici possano, altrettanto facilmente, e, **dunque, rapidamente e prevedibilmente**, accertare o negare la violazione.



Anche i funzionari pubblici ne sarebbero avvantaggiati: l'art. 21-*nonies* l.n. 241 del 1990 s.m.i. li chiama comunque responsabili dell'adozione e del mancato annullamento di atti illegittimi. Il sistema ha pertanto individuato un capro espiatorio: ma siamo così certi che sia giusto farlo pagare per tutti se le norme che è chiamato ad applicare non erano chiare e se viene meno anche la possibilità di vederle interpretare dai giudici di legittimità?

I giudici penali non aspettano altro per attaccare amministratori pubblici e imprenditori privati e hanno già dato ampia dimostrazione di non fermarsi davanti agli atti amministrativi se li ritengono illegittimi.

In un convegno su contratti pubblici e anticorruzione tenutosi una settimana fa a Catania, un Gip osservava che in Italia non è possibile attribuire poteri discrezionali alle stazioni appaltanti perché sono troppo spesso corrotte. I giudici penali non si fermano dunque davanti agli affidamenti che ritengono illegittimi e non si fermeranno neppure davanti alle regole di c.d. *soft law*, perché prive della forza e del valore delle leggi (alle quali soltanto il potere giurisdizionale deve attenersi). Perché allora, gli operatori economici dovrebbero rischiare investimenti nel nostro Paese?

La dottrina ha una buona occasione per intervenire più attivamente nel dibattito, a proposito dell'attuazione delle direttive 2014 sui contratti pubblici.

Non perdiamola e non lasciamoci attirare dall'onda e dagli slogan "meno giustizia/maggiore efficienza", né lasciamoci scoraggiare dal timore di spendere inutilmente le nostre energie per entrare in un dibattito al quale non siamo stati espressamente invitati.

Valorizziamo l'obiettivo della lotta alla corruzione e dell'esigenza di un'amministrazione sana e affidabile. Le ingiustizie nell'Amministrazione, non gli strumenti di tutela giurisdizionale contro la loro perpetrazione impediscono la crescita del Paese. Le analisi economiche dimostrano che la percezione della corruzione costituisce una "tassa" indiretta sulle imprese esistenti e una barriera all'ingresso delle nuove iniziative. Le imprese che operano in ambienti ad alto tasso di corruzione crescono in media dal 25 al 40% in meno rispetto a quelle che operano in un ambiente sano. Filippo Patroni Griffi in una recente relazione sul tema, ha ricordato che la corruzione, attentando al rispetto del diritto, "scarnifica" la società.

Per combatterla davvero, però, occorrono leggi chiare e stabili e sistemi di controllo e di tutela adeguati.

Se peraltro, come è giusto che sia, non si può e non si vuole che il costo della corruzione sia pagato con la rinuncia all'efficienza e dunque non si vuole, né si può, ingessare l'amministrazione, frustrando i pregi della sua discrezionalità, non si può rinunciare a un sistema giurisdizionale idoneo a sindacarla e ad evitare che essa trasmodi in arbitrio.



Il tentativo di rinunciare a un giudice del potere amministrativo è stato fatto nel 1865 e non ha funzionato. E, come ci ha ben ricordato la Corte costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004, il nostro ordinamento costituzionale ha preso e dato atto di questa realtà, rafforzando il sistema giurisdizionale di garanzia contro tutti gli atti e i comportamenti delle pubbliche amministrazioni. Una conquista che, a tacer d'altro, è comunque **ormai irrinunciabile** alla luce del diritto UE e delle norme CEDU: nessuna riforma, neppure costituzionale, potrebbe dunque privarcene. Sono certa che queste brevi considerazioni riflettono il pensiero di molti di noi e mi piacerebbe sentire il pensiero dei relatori su questi temi.