

La giustizia amministrativa: un ostacolo per l'economia?

relazione alla giornata di studi su
Quale giustizia amministrativa?

Francesco Volpe

1. — Dalle ricadute delle sentenze amministrative sull'economia, tocca espungere alcuni fenomeni a loro riferiti in senso improprio.

È diffusa, perché alimentata da una propaganda faziosa e da una stampa poco perspicua, l'idea che il giudice amministrativo sarebbe d'ostacolo allo sviluppo di quei settori economici che dipendono dagli investimenti di denaro pubblico. Agli annullamenti dei T.A.R. si muove accusa di bloccare le opere pubbliche, d'intervenire su ogni gara d'appalto; d'impedire, insomma, la circolazione della liquidità erariale.

Fatta propria tale convinzione, l'apparato politico — non ha senso distinguere di quale famiglia — ha suscitato molte iniziative per limitare l'accesso alla giustizia amministrativa, soprattutto là dove l'intervento del giudice può cagionare le emergenze più gravi.

Se non mi soffermo sull'impennarsi del contributo unificato, sull'introduzione di nuove preclusioni e di abbreviati termini di decadenza, sulla sterilizzazione di alcuni vizi di legittimità e sulla progressiva difficoltà della tutela cautelare è solo per brevità. Perciò, non si ravvisi in questo catalogo un esercizio di stile. Le conseguenze, sull'ammontare complessivo del contenzioso e sull'andamento della singola lite, sono tali da far dubitare davvero dell'effettività del sistema di giustizia amministrativa.

Sarebbe, dunque, deludente se queste misure non fossero neppure giustificate.

Ma è proprio quel che accade.

2. — In astratto, l'accusa può essere sostenuta sulla base di due, alternative, ragioni.

La prima non può essere apprezzata per motivi intrinseci, la seconda esclude la responsabilità del giudice.

Il primo addebito che potrebbe essere spiegato contro le sentenze *bloccacantieri* è di contenuto, sì da opinare che le stesse siano diffusamente sbagliate.

L'ipotesi è in sè accettabile, ma non viene avanzata neppure da chi sollecita nuovi limiti alla giustizia amministrativa.

È, infatti, difficile dimostrare che il giudice amministrativo decida le controversie in modo oggettivamente scadente. Non fosse altro perché la verifica della correttezza delle pronunce è affidata allo stesso giudice, attraverso i rimedi delle impugnazioni, sì che manca un criterio di valutazione esterno. Anche la dottrina si è sottratta a tale compito: per indolenza, per convenienza o semplicemente per l'inutilità di una, pur pungente, nota a sentenza.

Del resto, è processualmente *giusta* la sentenza che non può più essere impugnata. Come tale, dovremo anche noi considerarla.

3. — Se, tuttavia, partiamo dall'assunto che le sentenze siano corrette, allora l'effetto limitativo dell'iniziativa economica pubblica può risalire solo a un'altra causa.

In effetti, la sentenza è giusta in quanto dia applicazione della legge. Questo, a maggior ragione, vale per il processo amministrativo, in cui il sindacato è di stretta legittimità e su un soggetto tenuto al principio di legalità.

Se, dunque, la sentenza è l'oracolo della legge, allora il vero freno all'iniziativa pubblica non è nella sentenza, ma proprio nella legge che l'amministrazione ha violato.

4. — È traluzio affermare, infatti, che non vi sarebbe procedimento d'appalto o di opera pubblica esente da vizi di legittimità. La massima ha un certo fondamento: l'azione amministrativa è sempre più complicata.

Della farraginoso disciplina dei procedimenti è causa la moltitudine di fonti del diritto da coordinare. Un procedimento di gara, avviato dal più minuscolo Comune, deve rispettare le fonti comunitarie, le sentenze della Corte di Giustizia, il codice dei contratti e il suo regolamento d'attuazione, la legislazione regionale, gli statuti e i regolamenti comunali, il bando, il capitolato di gara e gli eventuali chiarimenti. Si aggiungono poi le fonti informali, ma non meno incisive: la giurisprudenza del Consiglio di Stato

(che oggi pretende di stabilire addirittura i termini della propria *entrata in vigore*) e le deliberazioni dell'Autorità di vigilanza.

Le molte fonti, a loro volta, sono di confusa redazione, soggette come sono alla premura del caso concreto.

Al disordine concorre, inoltre, l'eccessiva ripartizione delle competenze tra le varie autorità pubbliche, a ciascuna delle quali è affidato uno dei sempre più numerosi interessi tutelati; di qui il titolo per prender parte ai procedimenti.

V'è quindi il vano desiderio di disciplinare nel dettaglio ogni fattispecie prospettabile, sì da creare una selva di norme eccezionali, trascurando però quale sia il rovescio della medaglia. Perché una norma eccezionale non si limita a stabilire la disciplina da applicare alla fattispecie a cui positivamente si riferisce. Essa, *per speculum*, indica anche la disciplina che *non si applica* a tutte le fattispecie diverse. Non è affatto vero, perciò, che la norma speciale sia priva di portata generale.

Per tutti questi motivi, stabilire il regime della singola fattispecie di diritto amministrativo è cosa impegnativa anche per un interprete raffinato.

Di contro, la c.d. *semplificazione* spesso è solo un palliativo. Lo sono la s.c.i.a. e il silenzio assenso, che scaricano sui privati la responsabilità del controllo amministrativo.

Anche la conferenza di servizi è un palliativo. Dalla sua introduzione, l'istituto è stato riformato almeno quindici volte, soprattutto per quanto attiene al superamento del dissenso. Basterebbe questo a dimostrare che lo strumento non è in grado di funzionare. Il fatto che, in Germania, esso non sia più contemplato depone ulteriormente a suo sfavore.

Soprattutto, è discutibile l'idea di superare il dissenso. Perché delle due l'una: o l'apporto partecipativo dell'autorità dissenziente non è decisivo e in tal caso non ha nemmeno senso prevederlo normativamente; oppure lo è, ma, allora, non va pretermesso.

5. — Tutte queste circostanze rendono inevitabile che l'amministrazione violi la legge.

Se le violazioni sono, poi, causa degli annullamenti, la responsabilità non è, però, da addebitarsi al giudice, ma a chi ha scritto la legge in quel dato modo.

Stupisce, dunque, che proprio chi ha il governo della cosa pubblica elevi gemiti per le sentenze amministrative: chi redige le leggi non può criticarne l'applicazione.

I rimedi approntati, del resto, sono contraddittori e ipocriti.

È contraddittorio limitare la possibilità di contestare alcuni vizi di legittimità, perché non ha senso prevedere l'adempimento di certi passaggi procedurali salvo negare che la loro omissione abbia qualsiasi incidenza. È intriso di farisaica virtù lasciar balenare che l'amministrazione sia tenuta al rispetto delle leggi, se, insieme, si pongono ostacoli tecnici, e di censo, alla possibilità di farne valere la violazione. E tanto vale anche per molte delle iniziative che militano contro il c.d. *abuso del processo*.

Questo metodo va contrastato anche per i pericoli che esso cagiona, quanto alla stabilità delle istituzioni.

Ci si professi normativisti o istituzionalisti, l'ordinamento si regge sulla fiducia che i consociati ripongono sulla capacità che il medesimo ordinamento ha di farsi applicare.

Dal canto suo, l'esistenza di norme che sono di tenue applicazione, perché tenue è la risposta giurisdizionale alla loro violazione, incrina quella fiducia, aprendo il varco a forme di disciplina più effettive, che riposano sulla capacità del singolo d'impor-si. Quanto tocca, anche ricorrendo al malaffare, che, anzi, viene favorito dalla mancanza di una risposta giurisdizionale efficiente.

Per tutti questi motivi, limitare l'accesso alla giustizia amministrativa non può essere un rimedio. La *soluzione* lascia inalterato il problema di fondo, dato dall'eccessiva complicazione della disciplina sostanziale.

Il problema va, piuttosto, affrontato *ex professo*. Ciò implica ridurre il numero delle fonti idonee a disciplinare le fattispecie; ciò porta a un *drafting* meno contorto; a ridurre gli interessi di rilievo, insieme alle correlate competenze amministrative, a quanto la contingenza economica consente, alleggerendo le funzioni di più recente emersione, perché meno essenziali. Ciò implica, in definitiva, incrinare il sistema dei decentramenti, delle autonomie e delle autorità con compiti speciali. Resta fermo che è ingenuo sperare di «governare la complessità», perché essa è di progressiva evoluzione e prenderà sempre il sopravvento.

6. — Espunto dall'indagine quello che non le pertiene, l'in-

cidenza delle sentenze amministrative sull'economia può essere valutata in modo diverso.

Qualche anno fa, un Presidente del Consiglio di Stato attribuì a quello amministrativo il ruolo, per antonomasia, di «giudice dell'economia».

Né sono mancate colte pubblicazioni in tal senso. Si segnalerà la collettanea su "*Giustizia amministrativa e crisi economica*", scritta in gran parte a Palazzo Spada.

Secondo questa tesi, il giudice amministrativo sarebbe vocato più di ogni altro a decidere sui rapporti aventi rilevanza economica, a lui spettando persino di orientarli.

Non vi è nulla, però, che attribuisca un tale ruolo a questo giudice.

Tanto sostengo, ancora una volta, perché il giudice è chiamato ad attuare la legge, non a dettare propri indirizzi. Egli, infatti, è privo di responsabilità politica, essendo la sua investitura non elettiva. Solo la responsabilità politica, tuttavia, legittima alla produzione di nuovo diritto.

Non ignoro, ovviamente, le spinte verso la costruzione di un diritto giurisprudenziale. Mi è difficile, tuttavia, comprendere perché ad un esperto di cose giuridiche vada riconosciuta competenza nel risolvere programmaticamente le questioni economiche. Inoltre, una tale concezione sottintende un'inclinazione per il governo degli ottimati; essa, dunque, è contraria all'impostazione democratica che tutti propugniamo.

Né – a giustificare il ruolo del giudice, quale guida dell'economia – serve richiamare il sindacato, oltre che sulle evidenze pubbliche, sulle autorità amministrative indipendenti, sull'urbanistica o sugli incentivi pubblici.

Anche in tali, pur «sensibili», materie, il giudice amministrativo non può essere una sorta di *super-amministrazione*. Il suo sindacato è di mera legittimità e non dovrebbe essere esteso al merito più di quanto valga per le controversie d'altro tipo.

È vero che le ricadute delle sentenze amministrative possono essere drammatiche per la singola iniziativa imprenditoriale.

In astratto, però, sono altrettanto pregiudizievoli le decisioni del giudice civile con cui si stabilisca l'ammissione alla massa passiva delle procedure concorsuali o con cui, più semplicemente, si accerti se il preteso credito vada soddisfatto.

Non vi è, dunque, nessun motivo per riconoscere al giudice amministrativo una peculiare influenza sui fenomeni economici.

Il punto merita di essere sottolineato, perché una tale vocazione recherebbe con sé un pericolo, dal quale è bene distanziarsi.

In effetti, il giudice amministrativo sindacava *anche* su controversie di modesto interesse economico, ma che rispondono a concrete esigenze di giustizia.

Il timore è che accogliere lo *slogan* implichi che davanti a quel giudice si trattino questioni non tutte di uguale dignità. Che alcune, in quanto di maggiore rilievo economico, meritino più cura delle altre.

Una tale tendenza va avversata, perché la domanda di giustizia ha, soggettivamente, un valore uguale per chiunque la ponga, sicché non esistono controversie importanti e controversie ancillari.

7. — Vero gli è, in ogni caso, che lo Stato sociale si è da lunga pezza affermato, imponendo sempre più numerosi scopi di protezione o di semplice precauzione, ai quali corrispondono altrettanti limiti per le imprese. Spetta all'amministrazione verificare il rispetto di tali limiti. E poiché questa è sindacata dal giudice amministrativo, anche quest'ultimo ne risulta interessato.

Ho già sostenuto che il giudice non dovrebbe esprimere una propria volontà.

Non di meno, sarebbe stolto negare che, pur nei limiti dell'applicazione formale della legge, valgano àmbiti di autonomia, forieri di conseguenze sui rapporti economici.

È con riguardo a questi àmbiti che si colgono le peculiarità del giudizio amministrativo, che sono legate alla specificità del processo e non dipendono dal diritto sostanziale applicato.

8. — In primo luogo, il giudice è *dominus* del tempo del processo.

Il giudizio amministrativo non si basa su una prima udienza fissata dall'attore; esso muove dal principio della *vocatio iudicis*. Sin dall'inizio, spetta perciò al giudice stabilire quando il processo sarà definito.

Sul punto, la risposta dell'apparato giurisdizionale è insoddisfacente, perché la fissazione dell'udienza pubblica, in genere, non è tempestiva. Eppure il processo amministrativo è destina-

to ad una conclusione sollecita, almeno per dare stabilità agli effetti del provvedimento impugnato. La celerità del giudizio amministrativo è implicita anche nei brevi termini fissati per la sua proposizione. Non avrebbe senso prevederli, se al giudice fosse consentito di tardare.

Il capitale, dal canto suo, non può attendere troppo, prima di capire se possa essere impegnato. La sua stasi è un danno per colui al quale appartiene, ma anche per l'intera società; perché un capitale inutilizzato non genera ricchezze né dirette né indirette.

Quando la risposta del giudice manca, il sistema economico cerca, perciò, forme diverse di risoluzione del problema, a questo punto non più regolate necessariamente dalla legge; in alternativa estrema, l'investitore abbandona l'iniziativa economica propugnata.

Nei tempi del processo, dunque, ben si può cogliere una forma d'intervento nell'economia direttamente imputabile al giudice.

9. — Circa i ritardi della giustizia amministrativa, ci si è spesso assolti invocando l'esistenza di un poderoso arretrato.

Questa giustificazione sarebbe meno attuale, se oggi fosse riproposta.

Citerò, a titolo esemplificativo, alcuni dati relativi al territorio che ci ospita. Analoghe considerazioni potrebbero ripetersi se guardassimo ad altre sedi.

In questo distretto opera un T.A.R. la cui struttura è in grado di ricevere quattromila nuovi ricorsi, quanti cioè erano introdotti una decina d'anni fa. In questo momento, il T.A.R. Veneto attrae circa milleottocento nuovi ricorsi e l'anno scorso ne ha definiti quasi tremila. Anche grazie all'assai discutibile perenzione quinquennale, l'arretrato del T.A.R. Veneto conta meno di settemila ricorsi. Ciò significa che, senza trascurare il contenzioso entrante, questo T.A.R. è in grado di definire tutto l'arretrato in pochi anni, sì da operare, successivamente, in pareggio rispetto al numero dei ricorsi proposti e con una forza lavoro capace di smaltirne di più.

Il contenzioso arretrato, pertanto, non è più un buon motivo per giustificare i ritardi, perché l'arretrato, in realtà, non c'è.

10. — Il ritardo nella decisione delle liti è fonte di fenomeni

collaterali, da cui dipendono altri modi con cui il giudice riesce ad imporre la sua influenza sull'economia.

Il primo attiene alla formazione dei ruoli.

Non che, sul punto, si avanzino specifiche critiche. È indubbio, tuttavia, che il giudice, chiamando all'udienza una controversia anziché un'altra, opera una scelta. E questa scelta si traduce nell'avvantaggiare una posizione economica a scapito di un'altra.

A tal riguardo, il sistema dei riti accelerati, pur comprensibile, palesa profili poco convincenti. Esso sottintende che vi siano categorie di controversie che meritano di avanzare a fianco di altre che, invece, devono attendere la definizione delle prime. Un po' come quei pigri treni locali che vengono fatti sostare nei binari di servizio, onde lasciar passare la «*freccia rossa*». Sono treni partiti prima, ma destinati ad arrivare dopo. Se mai arriveranno.

Anche su quei treni viaggiano, però, questioni di rilevante interesse economico. Sono controversie in cui l'economia non è alimentata dall'intervento pubblico – come sono invece quelle sugli appalti o sulle opere pubbliche – ma che possono riguardare piani di lottizzazione, autorizzazioni industriali o licenze commerciali. Si tratta di questioni, per certi aspetti, ancora più importanti di molte tra quelle dell'art. 119 c.p.a. Queste ultime attingono al denaro pubblico; cioè alla fiscalità. Esse, dunque, si riferiscono a ricchezza già generata e destinata, semplicemente, ad essere redistribuita. Le prime, invece, si riferiscono ad attività potenzialmente generatrici di ricchezza nuova.

11. – Un altro fenomeno collegato al ritardo nella decisione dei ricorsi si coglie nel predominio che ha assunto la fase cautelare.

Questa dovrebbe fornire una tutela provvisoria, destinata ad esaurirsi con la definizione del giudizio. Ma se la sentenza si fa attendere, la tutela cautelare diventa il vero momento in cui è amministrata la giustizia. Ottenuta o negata la *sospensiva*, poco importa della sentenza perché essa comunque arriverà tardi.

Tuttavia, nella valutazione della domanda cautelare, ha rilievo, con pari dignità di quella di diritto, la questione sul *periculum in mora*. Quest'ultima si traduce spesso in una comparazione tra il danno allegato dal ricorrente e quello che l'amministrazione subirebbe se la tutela cautelare fosse concessa. Il *periculum in mora* si riflette, in altri termini, in una valutazione di pura

discrezionalità, di cui è arbitro il giudice, e solo lui.

È in questi frangenti che l'incidenza del giudizio amministrativo sui rapporti economici si presta a diventare effettiva e svincolata dalla legge. Queste occasioni, però, dovrebbero essere limitate il più possibile.

12. — Una certa peculiarità è legata infine alla formazione e, soprattutto, allo *status* del giudice amministrativo.

È noto che il *milieu* da cui proviene l'interprete ne influenza l'operato.

Tuttavia, la formazione del giudice amministrativo appare troppo vicina a quella della parte resistente.

Promulgata centoventisei anni fa la legge Crispi, ancor oggi un congruo numero dei giudici d'appello è di designazione governativa.

La filiazione burocratica di questi magistrati non può non incidere su come i collegi, giudicanti o decidenti, pronunciano.

Ma è ancor più preoccupante che molti magistrati amministrativi siano investiti d'importanti incarichi extraforanei presso le amministrazioni o presso gli apparati di Governo.

Ivi, costoro assumono provvedimenti; stilano i testi dei regolamenti e dei disegni di legge. In futuro, però, spetterà ai loro colleghi valutare la legittimità di quegli stessi provvedimenti e interpretare quelle leggi e quei regolamenti.

L'osmosi tra una delle parti della lite e il giudice inquina fatalmente la decisione della controversia. Quando pure si voglia riconoscere onestà di pensiero (e in questa sede non s'intende negarla), ugualmente l'interpretazione del diritto e dei fatti di causa non potrà essere mai del tutto imparziale.

13. — In sunto, le specifiche attitudini del giudice amministrativo, sulla regolamentazione delle questioni economiche, derivano da come egli dirige il processo, nonché dalla sua formazione culturale e sociale.

Entrambi questi fattori vanno rideterminati, sia perché rispondono a parametri diversi dall'unico al quale il giudice deve rispondere (vale a dire la legge), sia perché si prestano ad una disciplina dei fenomeni economici in tesi arbitraria o parziale.

Suggerisco, dunque, i seguenti spunti per una possibile riforma.

Quanto all'andamento del processo, una soluzione potrebbe essere quella di trasformare il processo in una *vocatio ad iudicem*, con fissazione della prima udienza ad opera della parte proponente.

Meglio ancora, si segua il modello tedesco e, inalterata la struttura del ricorso, si preveda che la sua proposizione comporti l'automatica sospensione del provvedimento impugnato. Salva la tutela interinale che, a ruoli invertiti, spetterebbe all'amministrazione chiedere. La gravità dell'effetto sospensivo sarebbe tale che nessun giudice oserebbe procrastinare la definizione della controversia.

Quanto alla formazione del giudice, basterebbe stabilire che il Consiglio di Stato sia formato per intero da vincitori di concorso; che il suo presidente non sia nominato dall'Esecutivo; che i magistrati non siano adibiti a funzioni di amministrazione attiva o consultiva.

Ritengo che le riforme proposte siano forse per alcuni ingrate; non però difficili da attuare o cagione di particolari impegni per la spesa pubblica.

Padova, 27 marzo 2015

*Dedico questo intervento
alla memoria del prof. Leopoldo Mazzaroli.
Anche se non potrò averne la certezza,
ciò non mi impedisce di pensare
che Egli avrebbe condiviso
almeno una parte dei contenuti*