

Mariano Protto

Le garanzie di indipendenza ed imparzialità del giudice nel processo amministrativo

1. L'importanza delle garanzie nel processo. – 2. Indipendenza ed imparzialità e la loro sovrapposizione nel processo amministrativo. La terzietà del giudice amministrativo e la tutela delle situazioni soggettive. – 3. I termini del problema della terzietà del giudice amministrativo nel processo amministrativo: spinte e contropinte. – 4. La prima disarmonia: le lacune del codice del processo amministrativo. 5. La seconda disarmonia: giusto processo, poteri del giudice e rapporto processuale. 5.1. Il giudice amministrativo, interesse pubblico e potere sanzionatorio. – 5.2 La parità delle armi e il tempo del processo. – 5.3 Il principio della domanda. – 5.4. L'iniziativa officiosa nell'istruttoria. – 5.5. Il principio del contraddittorio. – 6. Conclusioni: non basta più sapere che a Berlino ci sono i giudici.

1. *L'importanza delle garanzie nel processo*

In una nota decisione dei primi anni Settanta, la Corte costituzionale ha ritenuto che, a fronte del sistema delle nomine governative dei giudici amministrativi, il loro *status* di indipendenza ed imparzialità potesse essere garantito dalle norme che regolano lo svolgimento della funzione¹ e, quindi, anche e soprattutto dalle norme sul processo, che altro non è che il concretizzarsi della giurisdizione intesa come funzione².

¹ Corte cost., 19 dicembre 1973, n. 177. Per un commento alla sentenza, nell'ambito di una più ampia ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in punto di organizzazione della giustizia amministrativa, cfr. M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e «civilizzazione»*, in G. DELLA CANANEA, M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Costituzione*, Napoli, 2006, 505 ss.

² F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 1126 ss. e 1133. Più di recente si segnala M. PROTTO, M. BELLAVISTA, *La giurisdizione in generale*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2011, 113 ss.

In tale decisione si rinviene la specificità del problema dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice amministrativo³: più che per il giudice ordinario e, quindi, più che per i processi civile e penale, le garanzie nel processo amministrativo rappresentano l'imprescindibile elemento di bilanciamento di un sistema che, per quanto riguarda lo *status* del giudice, consente l'instaurarsi di rapporti di contiguità e vicinanza con l'amministrazione.

Si è osservato che mentre per la magistratura ordinaria il costituente ha voluto un modello forte, prevedendo direttamente una serie di garanzie poste a presidio dell'indipendenza ad essa riconosciuta (artt. 104 e 105), per le altre magistrature si è accontentato di una indipendenza sufficiente, essenzialmente fondata sulla riserva di legge (artt. 108, comma 2 e 100, comma 3)⁴.

Il dato di sistema si frange in una serie di ipotesi in cui la legge consente l'instaurarsi di un rapporto privilegiato tra giudice amministrativo e p.a., già oggetto di approfonditi studi e che in questa sede merita solo richiamare: la nomina governativa dei magistrati amministrativi, gli incarichi extragiudiziali dei magistrati amministrativi, la compresenza di funzioni consultive e giurisdizionali in capo al Consiglio di Stato⁵.

Si tratta di un sistema molto articolato, con rinvii alla fonte regolamentare e costituito da meccanismi di deleghe e subdeleghe⁶.

³ Si è altresì rilevato che «per stato giuridico, per garanzie di indipendenza e per articolazione di carriera i magistrati amministrativi non possono assimilarsi a quelli ordinari». Corte cass., sez. un., 29 settembre 2000, n. 1049, in *Foro it.*, 2001, I, 2322 ss., la Suprema Corte prosegue osservando che «le funzioni e l'articolazione del procedimento disciplinare con riguardo al Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa rispetto al C.S.M. (e, quindi, alla Sezione disciplinare di quest'ultimo), a differenza del Consiglio della magistratura militare, le cui attribuzioni e procedure, come si è visto, sono state invece definite mediante una chiara assimilazione con l'organo di autogoverno della magistratura ordinaria Corte Cost. n. 71-95). E pur essendo auspicabile, come riconosciuto dallo stesso P.G. in udienza, che anche il procedimento disciplinare a carico dei magistrati amministrativi venga giurisdizionalizzato, allo stato deve escludersi la natura giurisdizionale del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, ed avendo quindi, carattere amministrativo i provvedimenti da tale organo emessi anche in sede disciplinare, non vi è possibilità di sollevare la questione di costituzionalità prospettata dal ricorrente sull'erroneo presupposto che la citata pronuncia della Corte Costituzionale possa estendersi ai magistrati amministrativi».

⁴ G. VERDE, *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del costituente*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 343 ss., 346.

⁵ Su come tali rapporti possano incidere sull'indipendenza, imparzialità e terzietà del giudice amministrativo, rimangono fondamentali le pagine di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, 73 ss.

⁶ Il regime degli incarichi extragiudiziari dei magistrati amministrativi è definito da

Sullo *status* del giudice amministrativo si è sviluppato a più riprese un serrato e vivace dibattito tra la dottrina più critica in merito alle numerose deviazioni dai principi di indipendenza ed imparzialità determinate dalle collaterali tra il giudice e la pubblica amministrazione⁷ e la dottrina più incline ad osservare che, storicamente, l'impiego dei magistrati amministrativi in attività esterne e, principalmente, nei gabinetti ministeriali, in uffici consultivi e di alta amministrazione, è un dato costante nella vita del plesso, tale da diventare un aspetto strutturale e caratteristico dello *status* di questi ultimi⁸ e,

una disciplina piuttosto complessa ed articolata, sia per fonte – leggi, regolamenti, atti amministrativi generali, – sia per oggetto – norme di sistema e interventi settoriali. L'art. 53 d.lgs. n. 165/2001 contiene la disciplina generale sull'incompatibilità e sul cumulo di impieghi e incarichi, applicabile a tutti i funzionari pubblici; in particolare, il comma 3, che trova specifica applicazione ai magistrati di ogni ordine, rinvia alla fonte regolamentare, limitandosi a definire una particolare garanzia procedurale, consistente nel coinvolgimento dell'organo di autogoverno. Neanche il regolamento attuativo – per la magistratura amministrativa il d.P.R. 6 ottobre 1993 n. 418 – tuttavia, contiene una disciplina compiuta della materia: esso, infatti, individua criteri di massima destinati ad essere ulteriormente specificati da successive delibere del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa. Emerge, dunque, un complesso meccanismo di deleghe e subdeleghe a cascata. Ricostruendo il quadro, ne risulta una normativa molto articolata: sono presenti, anzitutto e in via astratta, elenchi di incarichi vietati ed ammessi; in secondo luogo, un'ampia serie di criteri sostanziali a carattere generale, alcuni ad applicazione automatica, altri che lasciano una certa discrezionalità operativa; in terzo luogo, criteri specifici, legati a singole categorie di incarichi o alla posizione dei singoli magistrati interessati; in ultimo, due diverse procedure di autorizzazione in base alla natura – fiduciaria o meno – dell'incarico. Il rinvio del legislatore alla fonte regolamentare, per la definizione di una compiuta disciplina degli incarichi extragiudiziali, ha sollevato dubbi di legittimità costituzionale; le censure di costituzionalità della delega *ex art. 53, c. 3, cit.*, non hanno trovato accoglimento nella giurisprudenza amministrativa; in sede consultiva il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'indipendenza della magistratura possa essere efficacemente garantita anche da una serie graduata di fonti e di principi, purché accompagnata da un modulo procedimentale che coinvolga l'organo di autogoverno (Cons. Stato, ad. gen., 7 giugno 1993 n. 58/93). La Corte costituzionale non è stata ancora investita direttamente della questione, per quanto, in un *obiter dictum*, relativo al d.P.R. n. 388/1995, in materia di incarichi esterni dei magistrati della Corte dei conti, abbia lasciato trapelare talune riserve (Corte cost, 3 giugno 1999 n. 224, in *Foro it.*, 1999, I, 2781).

⁷ A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, V, 21, G. SCARSELLI, *La terzietà e l'indipendenza dei giudici del Consiglio di Stato*, *ivi*, 2001, III, 269, con risposta di C. CALABRÒ, *A proposito dell'indipendenza del Consiglio di Stato*, *ivi*, 2001, III, 555 e successiva replica di A. PROTO PISANI, R. ROMBOLI, G. SCARSELLI, *Ancora sull'indipendenza dei giudici del Consiglio di Stato*, 556.

⁸ V. POLI, *Astenzione e ricsusazione*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO, *Il processo amministrativo, Commentario al D.Lgs. 104/2010*, Milano, 2011, 194 ss.

comunque non è idonea a mettere in dubbio la loro indipendenza ed imparzialità⁹.

Se pertanto, al di là delle polemiche e assumendo come dato invariabile di sistema la presenza di ipotesi di vicinanza del giudice amministrativo all'esecutivo, pare indiscutibile che la disciplina del processo rappresenti la garanzia che, dal punto di vista "dinamico", dovrebbe controbilanciare e colmare il *deficit* di indipendenza ed imparzialità che emerge sul piano "statico" e strutturale¹⁰.

2. Indipendenza ed imparzialità e la loro sovrapposizione nel processo amministrativo. La terzietà del giudice amministrativo e la tutela delle situazioni soggettive

Con riferimento al nuovo art. III Cost. e alla garanzia di un giudice «terzo ed imparziale», la dottrina si è interrogata sulla possibilità di attribuire un diverso ed autonomo significato ai termini «indipendenza» ed «imparzialità»¹¹.

Si tratta di termini strettamente connessi ma non del tutto coincidenti.

La garanzia di indipendenza implica l'assenza di vincoli per gli organi giudicanti con riguardo a qualsiasi altro potere esterno, forma di gerarchia o elemento idoneo a costituire un vincolo giuridico diverso da quello della legge¹², ma non sembra esaurire il novero delle situazioni che possono minare la posizione di equidistanza dalle parti, la serenità ed obiettività del giudizio.

⁹ Cfr. ancora recentemente F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, 4 ed., Torino, 2011, 167 ss. Per una recente valutazione dello *status* del giudice amministrativo in relazione ai principi costituzionali e sovranazionali di imparzialità ed indipendenza, V. CERULLI IRELLI, *Federalismo e giustizia amministrativa*, Relazioni al 56° Convegno di Studi Amministrativi di Varenna, 23-24-25 Settembre 2010 "La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali".

¹⁰ Per la distinzione tra profili dinamici e statici dei principi di indipendenza ed imparzialità cfr. ancora M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela*, cit., 529.

¹¹ N. ZANON, F. BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, Milano, 2002, III ss.; M. CECCHETTI, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, V agg., Milano, 2002, 610 ss.

¹² A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 9° ed., Torino, 2010, 90; F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, cit., 167.

La garanzia di imparzialità sembra quindi avere un significato più ampio e pregnante rispetto a quello di indipendenza, con riguardo all'esigenza di distacco dalle parti e dai loro interessi¹³.

Se peraltro tali considerazioni valgono in generale e certamente per la magistratura ordinaria, per il giudice amministrativo e il processo amministrativo deve osservarsi che i due profili si trovano perfettamente sovrapposti.

Essendo per natura ed istituzione i giudici dell'amministrazione, i rapporti dei giudici amministrativi con l'esecutivo rilevano non solo sotto il profilo dell'indipendenza, sia funzionale che istituzionale, ma anche sotto il profilo dell'imparzialità e dei rapporti con le parti, dal momento che la pubblica amministrazione è parte necessaria del processo amministrativo.

Ciò non solo conferma quanto appena detto circa l'importanza delle garanzie nel processo amministrativo, ma impone anche di valutare la sufficienza ed idoneità della disciplina che ordinariamente è prevista per salvaguardare l'imparzialità del giudice (in particolare delle norme sull'astensione e ricusazione del giudice)¹⁴.

In altri termini, il fatto che una parte necessaria del processo sia quella con riferimento alla quale il giudice ha rapporti di vicinanza, rende essenziale estendere il discorso dalle garanzie che lo riguardano soggettivamente a quelle che riguardano la sua posizione nell'ambito del rapporto processuale con riferimento al suo oggetto e alle situazioni soggettive delle parti.

Tale passaggio è imprescindibile per giungere a considerare la terzietà del giudice quale ultimo approdo della sequenza funzionale che principia dalle garanzie di indipendenza ed imparzialità «perché un giudice imparziale non è necessariamente terzo se le situazioni soggettive delle parti non si collocano nei suoi confronti in posizione di parità; e la parità-terzietà ci riconduce ancora una volta al criterio ordinante, al punto logico di partenza che abbiamo assunto: la tutela delle situazioni soggettive»¹⁵.

È stato altrimenti detto, ricorrendo alla metafora della bilancia quale rappresentazione della giustizia, che «la bilancia non significa, o non significa soltanto parità delle armi, parità processuale, e neppure il suo significato

¹³ A. TRAVI, *op. loc. ult. cit.*; F.G. SCOCA, *op. loc. ult. cit.*, 168.

¹⁴ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 90.

¹⁵ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto per una giustizia non amministrativa*, cit., 71.

si esaurisce nella terzietà del giudice, esclusiva bocca della legge; la parità delle armi e la terzietà del giudice non vogliono dire molto se non si assume che ciò che le parti difendono ha lo stesso valore: mentre ciò che è difeso può avere lo stesso valore solo se è lo stesso bene»¹⁶.

3. I termini del problema della terzietà del giudice amministrativo nel processo amministrativo: spinte e contropinte

In ragione delle particolarità sopra evidenziate non sembra che il problema delle garanzie di terzietà del giudice nel processo amministrativo possa essere affrontato esclusivamente in termini astratti e con riferimento al solo sistema interno di giustizia amministrativa.

La prospettiva comparata induce a due considerazioni preliminari: il giusto processo e, più in generale, una tutela giurisdizionale effettiva nei confronti dei pubblici poteri non comportano necessariamente l'unicità della giurisdizione né un modello unico di processo¹⁷.

In particolare, portando lo sguardo al di là dei confini nazionali, ci si convince che il riconoscimento ai privati di diritti soggettivi verso la p.a., la concezione paritaria del rapporto e, in definitiva, il governo del principio dell'unicità della giurisdizione non comportano necessariamente la terzietà del giudice e l'effettività della tutela giurisdizionale: lo dimostrano i sistemi di tutela anglosassoni, in cui, a fronte dell'applicazione del *common law* e del ripudio della specialità della giurisdizione amministrativa, la tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della p.a. è risultata piuttosto insoddisfacente in ragione della condizione di *deference* del giudice ordinario nei confronti della p.a.¹⁸.

¹⁶ L. FERRARA, *Orsi Battaglini e la ricerca dell'unità*, in www.grupposanmartino.it, e, prima ancora, ID., *Giudice amministrativo e diritto dei privati*, *ivi*.

¹⁷ A. TRAVI, *Verso una convergenza dei modelli di processo amministrativo*, in G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010, 7 ss.

¹⁸ Sul punto di rinvia alle considerazioni di D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, 283 ss. Sul sistema di giustizia amministrativa nel Regno Unito cfr. le illuminanti considerazioni di G. DELLA CANA-NEA, *Per uno studio storico e comparato della giustizia amministrativa*, in G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, cit., 23 ss.

Nel sistema italiano di giustizia amministrativa, come in tutti i sistemi *a droit administratif*, sono ravvisabili evidenti spinte nel senso dell'attenuazione della specialità della giurisdizione amministrativa che collocano il giudice in posizione di terzietà.

Il problema dell'indipendenza ed imparzialità era meno avvertito nell'ambito della tradizionale concezione del processo amministrativo come giudizio di tipo cassatorio in ragione di vizi formali e in cui l'eccesso di potere era praticato dalla giurisprudenza amministrativa nell'ambito di un sindacato più aderente alla funzione di controllo che all'esercizio della giurisdizione¹⁹.

La centralità del provvedimento impugnato e della tutela costitutiva di annullamento, l'inammissibilità di un accesso diretto ai fatti, le limitazioni ai mezzi di prova, erano i corollari di un sindacato assai ridotto da parte del giudice amministrativo, di talché era diffusa l'insoddisfazione per tale configurazione del giudizio, ma era conseguentemente attenuata la riflessione sull'imparzialità ed indipendenza del giudice amministrativo.

Anzi, la "particolare" posizione del giudice amministrativo, anche in relazione al principio di terzietà rispetto alla p.a., è stato alla base della scelta di istituire una giurisdizione speciale per le controversie amministrative²⁰.

Se si riconosce, quasi unanimemente, che il giudizio amministrativo è un processo di parti che ha ad oggetto il rapporto amministrativo²¹, il problema dell'indipendenza ed imparzialità del giudice diventa centrale²².

Infatti, a prescindere dalla sopravvivenza, dopo le sforbiciature mini-

¹⁹ Sulle scaturigini del sistema italiano, nel particolare contesto storico-ideologico, A. ANGELETTI, *Le origini del sistema di giustizia amministrativa*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 1 ss.

²⁰ S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, 6° ed., Milano, 2000, 355 e più recentemente R. GUASTINI, «Un soggetto, un diritto, un giudice» *I fondamenti teorici di una giustizia non amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 38.

²¹ Non si può che rinviare alle autorevoli Relazioni di F. MERUSI, *Giurisdizione e amministrazione: ancora una separazione dopo il codice sul processo amministrativo?* e L. TORCHIA, *Le nuove pronunce e l'ambito di decisione del giudice* al 56° Convegno di Studi Amministrativi di Varenna, 23-24-25 Settembre 2010 "La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali".

²² Si intende qui approfondire lo spunto di riflessione offerto da Carlo Marzuoli nel corso del Convegno "Indipendenza, terzietà ed efficienza del giudice amministrativo in Italia e in Europa" organizzato dall'Associazione art. III, Roma, 18 febbraio 2011.

steriali²³, delle azioni di accertamento e di condanna nelle pieghe del codice²⁴, non può più revocarsi in dubbio che l'oggetto del giudizio debba essere individuato nel rapporto controverso e nella spettanza del bene della vita²⁵.

Se richiesto di annullare l'atto (vincolato) impugnato per vizi di forma o procedimento, il giudice amministrativo non può più limitarsi al riscontro dell'esistenza del vizio ma deve valutare se il contenuto dispositivo avrebbe o meno potuto essere diverso da quello adottato (art. 21 *octies*, l. n. 241 del 1990), il sindacato e i poteri del giudice risultano assai più ampi di quelli di un giudizio cassatorio e non possono che riguardare la spettanza del bene²⁶, rendendo impellente la garanzia che il giudice chiamato a decidere sia effettivamente terzo ed indipendente.

Se l'eccesso di potere può essere assorbito (almeno per molte delle figure sintomatiche) nell'alveo della violazione di legge²⁷, ovvero alla violazione di clausole generali (come quella di buona fede)²⁸, risulta notevolmente relativizzato il ruolo dell'interesse pubblico nell'ambito del processo amministrativo²⁹ e il giudice amministrativo può diventare effettivamente il

²³ Sulla vicenda rimane fondamentale F. MERUSI, *In viaggio con Laband*, in www.giustamm.it.

²⁴ Favorevole al riconoscimento del principio di atipicità delle azioni nel processo amministrativo, M. CLARICH, *Le azioni*, in *Il nuovo processo amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, 1221 ss., più propenso ad individuare un principio di «tipicità moderata», A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, Relazione al 56° Convegno di Studi Amministrativi di Varenna, 23-24-25 Settembre 2010 «*La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*».

²⁵ Anche G. ROSSI, *L'incertezza sui principi del processo amministrativo*, in www.giustamm.it che ha recentemente riaffermato la specialità del processo amministrativo, ne individua la ragione esclusiva nella circostanza che nel processo amministrativo si «decide la controversia sulla base di una valutazione della legittimità dell'esercizio di un potere».

²⁶ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, 432 secondo cui «Anche posizionandosi, in definitiva, all'interno del processo amministrativo e continuando a parlare di interessi legittimi, in linea generale non si può negare la sussistenza di un "diritto" ad ottenere una specifica misura per l'adempimento dell'amministrazione. Entro questo discorso, come ripetutamente osservato, l'art. 21 *octies*, rinforza ulteriormente tale tipo di conclusione, proprio perché concentra tutta l'energia del processo di cognizione avente ad oggetto provvedimenti vincolati sugli elementi sostanziali, sull'accertamento della regola concreta desunta a partire da una disposizione».

²⁷ C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionali: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 148 ss., in part. 150 ss.

²⁸ C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, 2008, 327 ss.

²⁹ Come osserva G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, 2° ed., Padova, 2009, 160-

giudice di un rapporto in cui le situazioni soggettive del cittadino e della pubblica amministrazione si collocano nei suoi confronti in posizione di parità.

Tale ricollocazione del giudice amministrativo in posizione di terzietà attraverso le nuove acquisizioni sui temi dell'eccesso di potere e delle situazioni soggettive richiede che, dal punto di vista soggettivo, sia garantita l'indipendenza ed imparzialità del giudice.

Tanto è vero che chi ha dedicato la sua vita di studioso e il suo testamento scientifico per una giustizia "non amministrativa" ma effettiva del cittadino nei confronti della p.a., ha rilevato proprio nel *deficit* di indipendenza ed imparzialità dello *status* del giudice amministrativo un elemento di potenziale alterazione della parità intrinseca del rapporto controverso³⁰.

Peraltro, devono registrarsi "contropinte" nel senso dell'attribuzione al giudice amministrativo di funzione di giurisdizione di diritto oggettivo in nome della cura dell'interesse generale, al di fuori della domanda del ricorrente.

Particolare evidenza assume l'influenza comunitaria, che, come si avrà modo di vedere, al fine di massimizzare i modi di attuazione dei principi e delle norme comunitarie, ha determinato un potenziamento del ruolo "oggettivo" del giudice amministrativo, che, una volta investito di una grave violazione delle regole concorrenziali, procede, anche a prescindere dalle posizioni e dagli interessi particolari delle parti, verso l'adozione di misure idonee alla migliore tutela, immediata o futura, dell'interesse generale che tali regole mirano a curare³¹.

161, la categoria dell'eccesso di potere «nella sua indeterminatezza, essa ha consentito al giudice amministrativo un imponente lavoro di analisi delle fattispecie e di individuazione delle categorie di vizi. Al tempo stesso, essa ha perduto oggi la sua ragione: giunti al punto di arrivo, essa risulta un contenitore privo di significato e privo di punti di unificazione. L'eccesso di potere non è che una formula di carattere residuale per indicare tutti i vizi – diversi tra di loro – che non si esauriscono nella mera trasgressione di una specifica norma».

³⁰ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto per una giustizia non amministrativa*, cit., 67 ss. e 73 ss.

³¹ Cfr. *infra* par. 5.1.

4. *La prima disarmonia: le lacune del codice del processo amministrativo*

In ragione di quanto appena considerato, se il neonato codice del processo amministrativo rappresenta il nuovo statuto della giurisdizione amministrativa, non si può fare a meno di rilevare una duplice disarmonia: una tra i principi codificati e il resto del sistema, l'altra tra i principi generali enunciati nella prima parte e la restante disciplina del processo.

La disarmonia, per così dire, extracodicistica riguarda la formulazione dei principi generali e lo *status* del giudice amministrativo.

È stato osservato che l'imparzialità e la terzietà del giudice costituiscono l'essenza stessa del giudizio e sono valori fondamentali del *due process of law* oggi esplicitamente sanciti dal nuovo art. III, c. 2, Cost. e che relativamente al processo amministrativo, gli artt. 1, 2 e 3 del codice, hanno operato la ricognizione espressa dei principi sopra menzionati, costituendo una novità sconosciuta agli altri codici di procedura³².

Si tratta di una valutazione non pienamente condivisibile, ove si consideri che le garanzie previste dai richiamati articoli sono riferite al "processo" e non al "giudice" e che nessuna delle disposizioni garantisce l'indipendenza ed imparzialità del giudice amministrativo.

Tale lacuna era stata peraltro evidenziata nel corso dei lavori preparatori³³ e, prima ancora, osservando che le diverse ipotesi in cui la legge consente l'instaurarsi di rapporti di contiguità con l'esecutivo sono suscettibili di mettere in dubbio la posizione «indipendente ed imparziale» che il giudice amministrativo dovrebbe assumere alla stregua dell'art. 6 della CEDU³⁴.

Rispetto a quello che è stato definito un «assordante silenzio» del codice³⁵, la garanzia di indipendenza ed imparzialità è rimessa ad alcune previsioni dei codici etici dei magistrati amministrativi che richiamano l'esigenza

³² V. POLI, *Astensione e ricasazione*, cit. In termini meno categorici, R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, 32.

³³ A. TRAVI, Audizione informale dinnanzi la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati il 3 giugno 2010. Più in generale sull'influenza della CEDU sul sistema italiano di giustizia amministrativa, S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007, in part. 219 ss.

³⁴ A. TRAVI, *L'influenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sull'evoluzione del controllo giurisdizionale*, 3 e 4.

³⁵ R. CAPONI, *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*, in *For. it.*, 2010, V, 267 ss.

di indipendenza ed imparzialità del giudice³⁶ e il divieto di accettare incarichi di contenuto generico o di collaborazione in posizione subordinata presso strutture amministrative o incarichi che siano, comunque, in disarmonia con attività istituzionali svolte dal magistrato³⁷.

Ma come noto, i codici etici non hanno natura ed efficacia di norme giuridiche, la violazione delle regole etiche non comporta l'applicazione di sanzioni e, in definitiva, la loro forza risiede soltanto nella spontanea adesione di ciascuno degli appartenenti alla categoria alle regole in esso contenute.

Di fronte alla replica che la previsione di indipendenza ed imparzialità è scontata ed è comunque contenuta nella Costituzione, si è evidenziato che un codice del processo amministrativo non può omettere, per il suo valore simbolico, una previsione che costituisce l'epilogo di uno sviluppo cardinale della storia della giustizia amministrativa nell'Europa continentale³⁸.

In realtà non si tratta semplicemente di un'operazione di valore simbolico, in quanto la recente Raccomandazione agli stati membri CM/Rec (2010)12 del Comitato dei Ministri su indipendenza, efficacia e responsabilità dei giudici³⁹ stabilisce che «l'indipendenza del giudice e della magistratura deve essere sancita nella costituzione o al più alto livello possibile delle fonti del diritto negli stati membri, nonché formare oggetto di disposizioni più specifiche al livello della legislazione» (cap. I, par. 7).

Basti osservare che nell'ordinamento tedesco, a fronte del principio costituzionale di indipendenza del giudice (art. 97 GG), riferibile anche al giudice amministrativo⁴⁰, il § 1 *VwGO* esordisce con la previsione che «la giurisdizione amministrativa è esercitata da giudici indipendenti, separati dalla pubblica amministrazione»⁴¹.

³⁶ Regola 3 del Codice etico dei Magistrati del Consiglio di Stato (adottato il 28 aprile 1994 e modificato il 6 giugno 2007 dall'Assemblea generale dell'Associazione magistrati del Consiglio di Stato) e Regola 1 del Codice etico dei magistrati amministrativi dei tribunali amministrativi regionali (adottato il 13 maggio 1994).

³⁷ Regola 4 del Codice etico dei Magistrati del Consiglio di Stato e Regola 7 del Codice etico dei magistrati amministrativi dei tribunali amministrativi regionali.

³⁸ R. CAPONI, *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*, cit.

³⁹ Adottata dal Comitato dei Ministri il 17 novembre 2010 in occasione della 1098ª riunione dei Delegati dei Ministri.

⁴⁰ F. HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, 2° ed., München, 1996, 55 ss.

⁴¹ Per la traduzione di cui al testo, G. FALCON, C. FRAENKEL, *Ordinamento processuale am-*

A fronte della mancanza di una norma di principio, le uniche disposizioni a salvaguardia dell'imparzialità del giudice rimangono quelle sull'astensione e ricusazione di cui agli artt. 17 e 18⁴² ovvero le norme del codice di rito che, costituendo principi generali (*rectius*, comuni)⁴³, potrebbero trovare applicazione nel processo amministrativo in virtù del rinvio esterno di cui all'art. 39.

Peraltro si deve constatare che le norme sull'astensione e ricusazione non sono sufficienti a garantire l'indipendenza ed imparzialità del giudice amministrativo rispetto all'amministrazione.

In primo luogo perché le norme si riferiscono al singolo rapporto processuale e ad ipotesi puntuali che sono suscettibili di incrinare la posizione di imparzialità del giudice e, in secondo luogo, perché non sono idonee a colmare il *deficit* di indipendenza che deriva dal particolare *status* del giudice amministrativo. A meno di non giungere alla conclusione paradossale e paralizzante secondo cui il giudice amministrativo deve astenersi ogni qual volta è parte la pubblica amministrazione.

Né sembra rinvenibile nel codice di procedura civile una norma o principio suscettibile di colmare la lacuna proprio perché è estranea a quel processo l'ipotesi in cui una parte costante e necessaria del giudizio è quella con riferimento alla quale il giudice è legato da rapporti che, a livello di sistema, sono suscettibili di mettere in discussione la sua indipendenza.

5. *La seconda disarmonia: giusto processo, poteri del giudice e rapporto processuale*

Si è detto che la perfetta sovrapposizione tra indipendenza ed imparzialità nel processo amministrativo determinata dalla presenza della p.a. come parte necessaria, comporta la necessità che le garanzie di tali principi

amministrativo tedesco, Quaderni del Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università di Trento, 2000, 3.

⁴² Sulla nuova disciplina cfr. O.M. CAPUTO, *Astensione e ricusazione*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 223 ss. Sui profili generali, cfr. R. ROMBOLI, *Astensione e ricusazione del giudice*, voce dell'*Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. III.

⁴³ Per l'opinione che non esistano principi generali a prescindere dal loro impiego in un determinato processo, ma «principi comuni a diversi tipi di processo» R. CAPONI, *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*, cit.

pervadano ed innervino anche gli aspetti più strettamente processuali in relazione al rapporto processuale e all'oggetto del giudizio.

Anche sotto questo profilo non può sottacersi la disarmonia, interna al codice, tra i principi che ne costituiscono l'*incipit*, in particolare la garanzia del giusto processo in tutte le sue articolazioni, e la disciplina del processo contenuta nei libri successivi.

Pure con riferimento alla prima parte del codice deve evidenziarsi il mancato richiamo espresso alla garanzia del principio del contraddittorio, questa volta dovuto alle sforbiciate governative nel corso dell'iter di approvazione del decreto legislativo.

Alla luce delle coordinate teoriche e generali sopra brevemente tratteggiate può quindi ora prendersi in considerazione l'attuazione che il principio del giusto processo e i collegati principi di indipendenza ed imparzialità del giudice trovano nell'ambito della disciplina codicistica del rapporto processuale.

Ciò con l'avvertenza che il rapporto processuale è multipolare (ovvero almeno triangolare), ossia non rileva solo il rapporto che separatamente le parti instaurano con il giudice, ma anche quello tra le parti direttamente e nel rapporto con il giudice: questa è l'indicazione della più recente dottrina processualcivilistica che, per una volta, ha ritenuto di attingere dalla dottrina amministrativistica il concetto di rapporto amministrativo multipolare per superare la concezione unilateralistica del processo come procedimento⁴⁴.

D'altronde, come già ricordato, la terzietà del giudice impone la parità del rapporto tra le parti e l'equivalenza delle situazioni soggettive e dei poteri a queste riconosciuti.

Ancora un considerazione preliminare si impone, con particolare riferimento al modello del processo civile: il principio del giusto processo non impone un solo modello di possibile di processo, trattandosi di un insieme di garanzie (terzietà ed imparzialità, diritto alla difesa e contraddittorio nella parità delle parti, durata ragionevole del processo) che possono essere realizzate ciascuna in forma ed anche in misura diversa, se pure necessariamente al di sopra di una soglia minima⁴⁵.

⁴⁴ R. CAPONI, *Quanto sono normativi i fatti della vita: il rapporto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 159 ss., in part. 170.

⁴⁵ D. SORACE, *I giudici di Berlino, le tutele differenziate e l'equo processo*, in D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze, 2009, VIII.

5.1. Il giudice amministrativo, interesse pubblico e potere sanzionatorio

La condizione di terzietà del giudice amministrativo è suscettibile di essere messa in dubbio dalla sopravvivenza nel nuovo codice della giurisdizione di merito⁴⁶ e di particolari norme che sembrerebbero configurare un vero e proprio coinvolgimento del giudice amministrativo nelle valutazioni che attengono all'esercizio del potere amministrativo, giacché, in passato tale coinvolgimento e partecipazione nella determinazione dell'interesse pubblico era vista come la ragione della "particolare indipendenza" del giudice amministrativo rispetto a quello ordinario⁴⁷.

Se storicamente la giurisdizione di merito è nata ed è stata mantenuta come ambito nel quale era consentita al giudice amministrativo la piena ed autonoma cognizione del fatto, oggi deve ritenersi che il suo *proprium* sia venuto meno: da un lato la Costituzione e i principi di imparzialità e terzietà impediscono che il giudice sia coinvolto nell'esercizio di poteri amministrativi (per di più discrezionali); dall'altro la cognizione del fatto è ormai non solo ammessa ma necessitata dalla soluzione di qualsiasi controversia con la p.a., anche quindi in sede di giurisdizione di legittimità⁴⁸.

Tali considerazioni valgono in particolare modo per la complessa disciplina introdotta dal legislatore con il d.lgs. n. 53 del 2010 (adesso trasfuso negli artt. 120 ss. del codice), in virtù della quale il giudice può essere chiamato a compiere valutazioni di interessi: ad esempio deve tener conto delle «esigenze imperative connesse ad un interesse generale» (art. 121, c. 2); ovvero

⁴⁶ Sull'ambito della giurisdizione come ridisegnato dal codice, D. DE PRETIS, *Il riparto di giurisdizione*, in *Il nuovo processo amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, 1229 ss.

⁴⁷ In quanto il giudice amministrativo «non avrebbe forse neppure ragione d'esservi se esso fosse indipendente del tutto o in via assoluta, in quanto la sua funzione deve essere in qualche modo idonea a realizzarsi e ad incidere in quell'universo che è l'amministrazione» G. BERTI, *L'interpretazione costituzionale*, Padova, 1990, 661. Ancora recentemente è stato riconosciuto al giudice amministrativo il potere di «pervenire a una soluzione giusta (sostanzialmente, di merito) sacrificando la fattispecie legale in omaggio a una visione che sostituisce quella del legislatore» e che «il quid proprium del processo amministrativo è la determinazione degli interessi, per via giurisdizionale, in capo a un soggetto, e non la soluzione di un conflitto tra contrapposti interessi»: G. ROMEO, *Figure di verità della giurisprudenza amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁸ EG. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo* (Relazione tenuta a Lecce il 9 luglio 2010), in www.giustamm.it.

deve valutare gli «interessi delle parti» (art. 122); o ancora prendere in considerazione il «preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera» (art. 125, c. 2).

A qualche Autore è parso che queste valutazioni richiedano al giudice di esercitare poteri di merito, trascinando dalla funzione giurisdizionale propriamente intesa⁴⁹.

Deve invece ritenersi che ogni qual volta il giudice sia chiamato dal legislatore ad applicare un parametro vago ed impreciso nelle valutazioni (anche di interessi), proprio in quanto il parametro o clausola generale sono previsti dalla legge egli non sconfina dalla sua funzione giurisdizionale: non è ipotizzabile alcuna sostituzione della p.a. perché il giudice non deve curare interessi, nemmeno l'interesse pubblico, ma deve risolvere controversie che gli vengono prospettate⁵⁰.

Certamente estraneo alla posizione di terzietà del giudice e alla stessa funzione giurisdizionale si appalesa invece il potere sanzionatorio riconosciuto al giudice amministrativo dall'art. 123 del codice in attuazione della Direttiva 2007/66/CE (art. 245 *quater* del d.lgs. n. 163 del 2006, introdotto dal d.lgs. n. 53 del 2010 e trasfuso nell'art. 123 cit.)⁵¹.

⁴⁹ M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'efficacia "flessibile" del contratto nel d.lgs. n. 53 del 2010*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1, 98 ss.

⁵⁰ Come rileva G. ROSSI, *L'incertezza sui principi del processo amministrativo*, cit., «il carattere sempre più penetrante del sindacato sull'eccesso del potere, che comprende ormai anche il criterio di proporzionalità e ragionevolezza, avvicina certamente il giudizio del giudice amministrativo a quello di equità», ma «mentre il "merito" implica una scelta fra gli interessi, l'"equità" ne individua l'assetto più giusto nel quadro di un assetto normativo determinato [...] L'eccesso di potere resta comunque un vizio di legittimità e lo stesso criterio equitativo (se lo si voglia sostenere) si svolge sempre all'interno del diritto positivo, sia pure spingendosi fino al confine cui può arrivare l'interpretazione evolutiva e la ricerca di una ratio normativa che libera l'amministrazione, prima del giudice, da vincoli che abbiano solo carattere formalistico (come da tempo hanno chiarito il *Conseil d'Etat* francese e il nostro giudice amministrativo)». È diffuso l'invito ad approfondire il tema dell'equità nel diritto amministrativo, cui ha aderito con una innovativa proposta di sistematizzazione L. PERFETTI, *Per una sistematica dell'equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, destinato agli scritti in onore di A. Romano (si ringrazia l'A. per la disponibilità del manoscritto).

⁵¹ Sul punto cfr. il parere del n. 368 del 2010 dalla Commissione speciale appositamente istituita presso il Consiglio di Stato, in cui si esprimono dubbi circa la coerenza con il nostro ordinamento della previsione del potere del giudice di irrogare sanzioni alternative e si prospetta come soluzione in astratto ipotizzabile l'attribuzione della suddetta competenza all'Au-

Si tratta di un potere, sganciato dal principio della domanda, ispirato a finalità *lato sensu* punitive, deterrenti, di reintegrazione della legalità oggettiva e in qualche caso sostitutive delle determinazioni della p.a. che in nulla possono conciliarsi con la posizione di terzietà del giudice amministrativo.

A scapito dell'indipendenza ed imparzialità, il giudice amministrativo, quale giudice dell'economia, si appalesa sempre più quale "potere" esterno e speciale teso ad indirizzare ed orientare la pubblica amministrazione nell'ulteriore esercizio della propria attività, non soltanto attraverso la risoluzione di controversie, ma attraverso l'adozione di misure deterrenti di ulteriori abusi⁵².

5.2 La parità delle armi e il tempo del processo

Con riferimento a tale profilo, in cui appunto si dovrebbe sostanziare la parità del rapporto processuale tra le parti, non può non rilevarsi uno squilibrio tra la posizione della p.a. e quella del ricorrente in ordine al "tempo" del processo, in buona parte determinata dalla mancanza di termini preclusivi a scandire l'attività difensiva dell'amministrazione intimata.

L'art. 46, c. 1 e 2 del codice prevedono che «nel termine di sessanta giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso, le parti intimare possono costituirsi, presentare memorie, fare istanze, indicare i mezzi di prova di cui intendono valersi e produrre documenti» e «l'amministrazione, nel termine di cui al comma 1, deve produrre l'eventuale provvedimento impugnato, nonché gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio».

A prescindere, per ora, dai poteri officiosi riconosciuti al giudice dall'art. 65, c. 3, il termine per il deposito dei documenti di cui all'art. 46, c. 2 non ha carattere perentorio⁵³.

torità di vigilanza sui contratti pubblici, a seguito della trasmissione delle sentenze di accertamento dell'illecito da parte del giudice amministrativo.

⁵² Così conclude, in senso assolutamente condivisibile, M.A. SANDULLI, *Inefficacia del contratto e sanzioni alternative*, in corso di pubblicazione.

⁵³ Sul punto, v. BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, 2005, il quale ritiene che i termini per la produzione di documenti e memorie sia perentorio per le parti, con l'unica eccezione dei documenti al cui deposito sia tenuta l'am-

Si potrebbe replicare che anche il termine per il deposito da parte del ricorrente del provvedimento impugnato e dei documenti a corredo del ricorso non è perentorio (art. 45, c. 3).

Ma tale obiezione non coglie nel segno in ragione dell'asimmetria tra ricorrente e p.a. in ordine alla disponibilità degli atti del procedimento.

Ciò consente che l'amministrazione provveda al deposito dei documenti, e si tratta di una evenienza piuttosto frequente, solo in prossimità dell'udienza di merito⁵⁴ determinando non solo la violazione del principio del contraddittorio, ma molto spesso l'esigenza di proporre motivi aggiunti avverso i provvedimenti fino allora non ancora conosciuti.

Tale circostanza, implicando un ampliamento del *thema decidendum*, comporta il rinvio dell'udienza già fissata per la discussione del ricorso. In altri termini, in contrasto con il principio di parità delle armi, si riconosce alla p.a. la possibilità di incidere sui tempi del giudizio centellinando le produzioni documentali che la legge pone a suo carico.

5.3 Il principio della domanda

Come noto, il principio della domanda costituisce il necessario e naturale corollario del principio del giusto processo e della configurazione del giudizio amministrativo come processo di parti.

Anche sotto questo profilo, indotte dall'oggettivazione imposta dal diritto comunitario sui sistemi di tutela in materia di appalti, si ravvisano consistenti deroghe al principio della domanda.

Le più rilevanti paiono essere quella della pronuncia di inefficacia del contratto e dell'applicazioni della sanzioni alternative che si configurano come conseguenze doverose a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, perché esse non necessitano di apposita domanda ad opera delle parti (in particolare, del ricorrente)⁵⁵.

ministrazione, ben potendo questi essere depositati oltre il termine o fatti oggetto di un ordine presidenziale o collegiale di esibizione.

⁵⁴ Secondo alcuni A. non sarebbe nemmeno perentorio il termine di 40 gg. precedenti l'udienza di discussione di merito fissato dall'art. 73: v. P. CHIRULLI, *L'istruttoria*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 521 ss., 530.

⁵⁵ Almeno nel caso di "violazioni gravi".

Ciò si desume non solo dal tenore e dalla lettera dell'art. 121 («il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto [...]»), ma anche dai presupposti della pronuncia medesima.

Tra tali presupposti, infatti, ricorre – almeno in talune fattispecie di invalidità grave – quella, secondo cui detta invalidità “abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento”. E se, nonostante ciò, si impone al giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto, quest'ultima pare prescindere da una apposita domanda del ricorrente, che potrebbe non avere alcun interesse in proposito, visto che la sua possibilità di ottenere l'affidamento risulta ormai pregiudicata.

Ne scaturiscono conseguenze piuttosto rilevanti. A cominciare dall'abbandono – limitatamente a tale profilo – del principio dispositivo. E, inoltre, dall'abbandono della concezione strettamente soggettiva della giurisdizione amministrativa: in questo caso, infatti, il giudice non solo interviene d'ufficio, ma anche interviene per soddisfare l'interesse oggettivo dell'ordinamento e, così, in funzione di tutela e ripristino della concorrenza, che rappresenta l'interesse primario tutelato dalla normativa di settore.

Si potrebbe ritenere che la riferita configurazione contrasti con la disciplina costituzionale, fortemente ancorata – almeno per quel che concerne il giudizio amministrativo – al principio dispositivo. E in realtà si tratta di un marcato scostamento dai modelli tradizionali: anche perché la pronuncia d'ufficio si innesta su un ricorso ad iniziativa di parte⁵⁶.

5.4 L'iniziativa officiosa nell'istruttoria

Pur attribuendo rilevanza al principio dispositivo, il codice non abbandona la “correzione” in senso acquisitivo che tradizionalmente ha caratterizzato il giudizio amministrativo⁵⁷.

Infatti, accanto al principio dispositivo enunciato dall'art. 64, c. 1, se-

⁵⁶ Così G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d. lgs. 53/2010*, in corso di pubblicazione. In senso critico su tale oggettivazione del processo amministrativo anche F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti (note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul “nuovo” processo amministrativo sui contratti pubblici)*, in www.giustamm.it.

⁵⁷ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 148 ss., a cui si deve la più importante teorizzazione del “principio dispositivo con metodo acquisitivo”. V. anche A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, 1963, 374 ss.

condo cui «spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni»⁵⁸, sono numerose le ipotesi in cui si riconosce l'iniziativa officiosa del giudice amministrativo nel corso dell'istruttoria (art. 63, c. 1, 2 e 3, art. 64, c. 3, art. 65, c. 3).

Se quindi risulta confermata l'operatività del principio dispositivo con metodo acquisitivo, diverse sono le motivazioni addotte a fondamento della sua necessaria applicazione al giudizio amministrativo e non pacifiche sono in concreto le sue modalità applicative.

Il metodo acquisitivo si renderebbe necessario, secondo una parte della dottrina, per compensare la posizione di disuguaglianza processuale⁵⁹ e sostanziale⁶⁰ tra le parti, o la possibile frequente assenza di un effettivo contraddittorio⁶¹, mentre altri hanno fondato i poteri officiosi del giudice sulla natura indisponibile dell'oggetto del giudizio⁶², ovvero sulla necessità di massima ricerca della verità connessa alla natura pubblica degli interessi coinvolti⁶³.

Altri Autori, infine, hanno invece enfatizzato la natura peculiare dell'accertamento affidato al giudice amministrativo e segnatamente il ruolo creativo di quest'ultimo nel produrre la regola del caso concreto⁶⁴.

In ragione del principio di parità delle parti deve ritenersi che la *ratio* e insieme il limite della correzione in senso acquisitivo del principio dispo-

⁵⁸ Per una prima applicazione del principio dispositivo "puro" previsto dall'art. 64 si veda T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 1 dicembre 2010, n. 26440, in *Urb. e app.*, 2011, 473 ss. con nota critica di G. MANFREDI, *Il regime probatorio nel codice del processo amministrativo*.

⁵⁹ Cfr. per tutti F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 282. Sulla necessità di un'interpretazione rigorosa della tesi benvenutiana del "metodo acquisitivo" e sulla possibilità di ricondurre i poteri officiosi del giudice amministrativo ad analoghe previsioni del codice di rito (123 c.p.c., cfr. L. PERFETTI, *Prova (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir. - Annali*, I, Milano, 2008, 934.

⁶⁰ V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 18.

⁶¹ In questo senso A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, cit., 376.

⁶² C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo-Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2003, IV, 4398.

⁶³ L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977, 85; ID., *Istruzione (istruzione del processo amministrativo)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, XVIII.

⁶⁴ Cfr. M. NIGRO, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in *Foro it.*, 1967, V, 9, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1996, 693.

sitivo debba individuarsi unicamente nella necessità di riequilibrare l'asimmetria (più che la disparità) tra le parti in ordine alla disponibilità del materiale probatorio⁶⁵.

Si tratta di un'operazione di riequilibrio peraltro non ignota al nostro ordinamento, essendo stato osservato che analoghi meccanismi il legislatore introduce anche nel processo civile, nell'ambito di riti speciali caratterizzati dalla presenza di una parte debole, come il processo del lavoro⁶⁶.

Tutte le altre argomentazioni, che rinviano ad aspetti estranei al rapporto processuale (indisponibilità dell'oggetto, rilevanza dell'interesse pubblico, etc.), sono incompatibili con la configurazione del processo amministrativo come processo di parti⁶⁷ e finiscono per connotare i poteri del giudice in modo incompatibile con il principio di terzietà.

Se questa è l'unica *ratio* del potere officioso essa rappresenta, come si è detto, anche il suo preciso limite. In definitiva, il giudice può eventualmente ribilanciare a favore del ricorrente la predetta asimmetria, ma non può, ad esempio, colmare, con il suo intervento officioso (disponendo d'ufficio l'acquisizione di documenti *ex art.* 64, c. 3 o attraverso la richiesta di chiarimenti alla stregua dell'art. 63, c. 1), la mancata dimostrazione da parte dell'amministrazione dell'inutilità della partecipazione ai fini dell'applicazione dell'art. 21 *octies* della l. n. 241 del 1990, o disporre l'inversione dell'onere della prova spettante all'amministrazione nell'ipotesi prevista dal comma 2 della citata disposizione⁶⁸.

⁶⁵ Come osserva L. TORCHIA, *I principi generali*, in *Il nuovo processo amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, 1117 ss., «spetterà ancora una volta al giudice assicurare che l'asimmetria, ormai inattuale e costituzionalmente inaccettabile, non riemerge dietro lo schermo di una parità delle parti solo formale, utilizzando anche a pieno le disposizioni in materia di disponibilità, onere e valutazione della prova che ora si trovano nell'art. 64».

⁶⁶ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 257.

⁶⁷ Sulla necessità di rimanere ancorati all'oggetto del giudizio nell'interpretazione dei poteri officiosi del giudice amministrativo v. G. ROSSI, *L'incertezza sui principi del processo amministrativo*, cit., che rileva come «i maggiori poteri del giudice, anche nella ricostruzione del fatto e nella acquisizione delle prove, si giustificano per la caratteristica che ha il processo che tende a dichiarare quale fra le parti abbia "ragione" ma lo fa verificando la legittimità dell'agire amministrativo. Anche il giustamente apprezzato codice tedesco del processo amministrativo, costruito sull'idea del rapporto amministrativo e non sulla supremazia dell'Amministrazione, mantiene al processo un carattere inquisitorio che non condiziona la decisione del giudice solo alle prove fornite dalle parti».

⁶⁸ Il tema non può essere qui approfondito, ma è stato oggetto di dibattito in dottrina: v., per posizioni diverse, L. FERRARA, *L'allegazione dei fatti e la loro prova nella disciplina dell'ammi-*

Al proposito, deve rilevarsi che nella prima applicazione del nuovo codice del processo amministrativo, accanto ad alcune pronunce che rilanciano il pieno principio dispositivo⁶⁹, sono considerevoli le nuove aperture ai poteri ufficiosi del giudice amministrativo.

A proposito dell'annosa questione della pregiudiziale amministrativa, rilevato che anche la scelta del legislatore (art. 30 c.p.a.) va nel senso dell'abbandono del previo annullamento inteso come condizione di ammissibilità sul piano processuale dell'azione di risarcimento, l'Adunanza Plenaria ha confermato «la rilevanza causale dell'omessa impugnazione tempestiva che abbia consentito la consolidazione dell'atto e dei suoi effetti dannosi»⁷⁰.

Al di là della condivisibilità della soluzione, lascia perplessi che si riconosca il potere d'ufficio del giudice di verificare, anche in assenza di eccezione da parte dell'amministrazione, se ed in quale misura il mancato esperimento dell'azione di annullamento incida *ex art. 1227 c.c.* sul risarcimento del danno.

5.5 Il principio del contraddittorio

Deve riconoscersi al codice il merito di aver risolto alcuni dei profili che, in passato, hanno rappresentato un *vulnus* del principio del contraddittorio, a partire dalla dubbia applicabilità della regola di cui agli artt. 183, comma 3 e 184, c. 3, c.p.c. in merito alle questioni rilevabili d'ufficio⁷¹. L'art.

libilità non pronunciabile: problematiche processuali e trasformazioni sostanziali, in www.giustamm.it, e C. CONTESSA, *L'art. 21-octies fra tutela delle garanzie procedurali e rischi di "partecipazione inutile"*, in *Urb. e app.*, 2009, 1112 ss.

⁶⁹ T.A.R. Sicilia, Catania, I, 1° agosto 2011, n. 2044, ove si afferma che «nel caso in cui l'Amministrazione, costituitasi in giudizio, non contesti i fatti allegati dal ricorrente, il Giudice non può procedere d'ufficio alla ricerca della prova, sopperendo alle carenze difensive dell'Amministrazione stessa, dovendo, al contrario, ritenere dimostrati i fatti così come dedotti dal ricorrente»; T.A.R. Campania, Napoli, VIII, 1° dicembre 2010, n. 26440, in *Urb. e app.*, 2011, 473 ss. con nota di G. MANFREDI, *Il regime probatorio nel codice del processo amministrativo*, ove si precisa che, anche in ragione dell'art. 64, 1 c., c.p.a., «il tema probatorio nel giudizio amministrativo è ora essenzialmente assegnato alle parti, sicché il giudice non deve supplire con propri poteri istruttori ad incumbenti cui la parte può diligentemente provvedere».

⁷⁰ Cons. Stato, ad. pl., 23 marzo 2011, n. 3, in *Urb. e app.*, 2011, 694 ss. con nota di C.E. GALLO, *Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità per le controversie ante codice*.

⁷¹ La necessità di instaurare il contraddittorio in relazione alle questioni rilevabili d'uf-

73, c. 3, oggi prevede che «se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice la indica in udienza dandone atto a verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie».

Con altrettanto favore vanno salutate l'estensione del contraddittorio al giudizio di ottemperanza (art. 114, c. 1), la piena realizzazione del contraddittorio nelle fase cautelare⁷² e la codificazione dell'istituto dell'opposizione di terzo (artt. 108 e 109), già innestata dal processo civile nel processo amministrativo dall'intervento creativo della Corte costituzionale a garanzia del diritto di difesa e del contraddittorio nei confronti dei terzi pretermessi⁷³.

Accanto alle luci permangono le ombre, che ancora rendono incerto il perfetto allineamento della disciplina del processo amministrativo al principio del giusto processo.

Ad esempio, nella formazione della prova, non sussiste alcuna garanzia del contraddittorio nell'ambito della verifica (art. 66)⁷⁴, il mezzo di prova tecnico più frequentemente utilizzato dal giudice amministrativo per l'accertamento dei fatti e l'acquisizione di valutazioni tecniche.

Altresì evidente il deficit di contraddittorio nell'ambito dell'applicazioni delle sanzioni alternative di cui all'art. 123.

La garanzia di contraddittorio è infatti ridotta allo strumento dell'apposita informativa alle parti interessate prevista dall'art. 73 c. 3 del c.p.a., il quale, nella logica del giusto processo, stabilisce che, se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice deve comunque darne previa notizia alle parti al fine di riceverne le eventuali osservazioni. In particolare, tale obbligo di informazione viene assolto attraverso

ficio era escluso nel processo amministrativo o subordinato ad un giudizio di opportunità del giudice: cfr. ad es., Cons. Stato, sez. VI, 24 giugno 2006, n. 4041, in *Foro amm. CDS*, 2006, 6, 1942.

⁷² Sottolineato giustamente come uno degli aspetti più innovativi del codice da A.M. SANDULLI, *La fase cautelare*, Relazione al 56° Convegno di Studi Amministrativi di Varenna, 23-24-25 Settembre 2010 "La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali".

⁷³ Corte cost., 17 maggio 1995, n. 177, in *Giur. cost.*, 1995, 1429, in *Foro amm.*, 1995, 1815, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2018, in *Giur. it.*, 1995, I, 504 con nota di A. Police.

⁷⁴ Non va tuttavia sottovalutata la prassi del giudice amministrativo di accompagnare la disposizione della verifica con una serie di prescrizioni volte ad assicurare un minimo di contraddittorio, ma il problema rimane e riguarda l'assenza di una specifica previsione nel codice.

la relativa indicazione in udienza (dandone atto a verbale), ovvero, se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, attraverso il rinvio di quest'ultima e l'assegnazione (con ordinanza) alle parti di un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie sulla nuova questione prospettata.

La disposizione implica dunque semplicemente che, prima di comminare le sanzioni alternative il giudice deve darne avviso alle parti in modo da fornire loro la possibilità di controdedurre.

È evidente che il contraddittorio nell'applicazione delle sanzioni alternative deve essere garantito nei confronti della stazione appaltante nell'ipotesi in cui il giudice intenda applicare la sanzione pecuniaria, nonché nei confronti di tutte le altre parti in causa, e in particolare del ricorrente e dell'affidatario controinteressato, laddove il giudice decida di applicare la sanzione della riduzione della durata del contratto. A tali considerazioni, si aggiunge il non irrilevante problema della potenziale irrogazione di sanzioni nei confronti di parti non costituite, alle quali, non rimane altro che il rimedio dell'opposizione di terzo⁷⁵.

Viene nuovamente in considerazione l'assenza di termini preclusivi per l'attività delle parti ed in particolare della pubblica amministrazione.

A partire dall'art. 64, c. 2 che prevede che il giudice ponga «a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite». A fronte della non perentorietà del termine di cui all'art. 46 per la costituzione delle parti, appare difficile stabilire quando matura la "non contestazione" del fatto, potendo questa intervenire in qualsiasi momento del processo.

Ma più in generale, a fronte del termine decadenziale a carico del ricorrente in ordine alla determinazione del *thema decidendum* nell'ambito del ricorso introduttivo, la p.a. e le altre parti possono rinviare la presentazione di documenti e delle proprie difese fino al momento dell'udienza di merito secondo i termini di cui all'art. 73, c. 1⁷⁶.

Ciò consente il perpetrarsi di gravi violazioni del principio del contraddittorio sia sul piano probatorio – si pensi al deposito di documenti da parte della p.a. nel termine ultimo disponibile al quale il ricorrente non può replicare con contraria produzione – sia in merito al *thema decidendum*, con-

⁷⁵ M.A. SANDULLI, *Inefficacia del contratto e sanzioni alternative*, cit.

⁷⁶ Tale criticità era già stata evidenziata da E. PICOZZA, *Il "giusto" processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, 1074.

sentendo la proposizione di eccezioni nell'ultima memoria alle quali il ricorrente si trova nuovamente nell'impossibilità di replicare⁷⁷.

6. Conclusioni: non basta più sapere che a Berlino ci sono i giudici

Si è rilevata l'assenza nel codice del processo amministrativo di una espressa disposizione sull'indipendenza ed imparzialità del giudice amministrativo e si sono riscontrate alcune deviazioni rispetto alle garanzie (parità delle armi, principio della domanda, principio dispositivo e contraddittorio) che compongono il principio del giusto processo.

La questione non è se le differenziazioni sono astrattamente compatibili con il principio del giusto processo: la risposta sarebbe certamente positiva, perché il richiamato principio non postula un unico modello di processo.

La questione si pone invece con riferimento alla giustificazione di tali differenziazioni e alla necessità che esse vadano a colmare esigenze particolari di giustizia che non trovano soddisfazione nel modello generale di processo.

Allora non può che concludersi rilevando che «per quanto riguarda specificamente l'attuazione del diritto alla tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, alcune particolarità non si spiegano tanto con peculiarità delle esigenze di giustizia nei confronti del potere pubblico ma piuttosto con ben note ragioni storico-ideologiche, in relazioni alle quali non si può non osservare che, se alle origini anche una tutela imperfetta poteva essere apprezzata come evoluzione positiva a fronte di una totale assenza di tutela, in un mutato contesto storico-ideologico, la mancata piena e completa attuazione dell'equo/giusto processo non potrebbe avere giustificazione»⁷⁸.

Parafrasando il titolo di un recente saggio⁷⁹, se al mugnaio di Postdam poteva bastare sapere che, per la tutela contro gli atti del Re di Prussia, a Berlino c'erano dei giudici, oggi tale consapevolezza non basta più.

⁷⁷ F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, cit., 171 osserva che «il Codice non ha posto rimedio a questo inconveniente, dato che il termine per la costituzione delle "parti intime" non ha carattere perentorio e la sua scadenza non determina alcuna decadenza. È questo uno degli aspetti del processo amministrativo che dovrebbe essere più attentamente disciplinato».

⁷⁸ D. SORACE, *I giudici di Berlino, le tutele differenziate e l'equo processo*, cit., IX.

⁷⁹ D. SORACE, *I giudici di Berlino, le tutele differenziate e l'equo processo*, cit.