

ORDINE DEGLI AVVOCATI DI MILANO

20122 MILANO - VIA FREGUGLIA - PALAZZO DI GIUSTIZIA

TELEFONO 02.5492921 - FAX 02.54101447 - 02.55181003

www.ordineavvocatimilano.it

Disegno di legge di modifica del codice del processo amministrativo

Relazione

Estensione alla giurisdizione di merito delle materie per le quali è attribuita al GA la giurisdizione esclusiva

1. Il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Milano, con il supporto di alcuni componenti della Commissione Giustizia Amministrativa, ha esaminato una proposta di modifica del Codice del Processo Amministrativo (di seguito cpa) nelle proprie valutazioni relativamente alle proposte di legge per il miglioramento del sistema giudiziario e per l'efficiamento della giustizia, anche in applicazione delle normative sul PNRR ai fini della velocizzazione dell'amministrazione pubblica per quanto concerne l'utilizzazione delle risorse finanziarie messe a disposizione per le opere pubbliche ed i servizi, le forniture, l'esercizio delle attività di pubblica utilità e gli interventi di edilizia ed urbanistica programmati.

2. Uno degli aspetti valutati è stato quello delle tempistiche legate ai contenziosi che si determinano in ordine ai provvedimenti della PA ed alla possibilità che i predetti contenziosi possano avere ricadute di ritardi ed impedimenti sull'esecuzione dei provvedimenti stessi nonché sull'effettività della decisione emessa in sede giurisdizionale che ha evidenti conseguenze sulla velocizzazione delle attività soggette ad autorizzazione, concessioni o contratti, in connessione con la necessità della ragionevole durata del processo che deve essere il più celere possibile per essere efficace ed effettivo.

Al fine di supplire a tale situazione si ritiene che si debba velocizzare la fase di esecuzione dei provvedimenti amministrativi evitando che il giudizio amministrativo relativo possa rimettere in gioco l'esecuzione degli stessi senza pervenire ad una rapida, efficiente e definitiva decisione di merito.

Si ritiene che l'attribuzione in determinate materie delle potestà decisorie finali, attraendo la fase decisionale di merito già nel giudizio amministrativo, possa avere l'effetto di velocizzazione ed efficacia in tal senso.

3. Con il codice del processo amministrativo, come emerge dall'art. 7 cpa, è stata prevista l'articolazione della giurisdizione amministrativa in giurisdizione generale di legittimità, esclusiva ed estesa al merito.

I commi 4, 5 e 6 prevedono che:

- 4. Sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma.

- 5. Nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'articolo 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi.

ORDINE DEGLI AVVOCATI DI MILANO

20122 MILANO - VIA FREGUGLIA - PALAZZO DI GIUSTIZIA

TELEFONO 02.5492921 - FAX 02.54101447 - 02.55181003

www.ordineavvocatimilano.it

- 6. Il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie indicate dalla legge e dall' articolo 134. Nell'esercizio di tale giurisdizione il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione.

Le materie individuate dall'art. 134 cpa sono attualmente le seguenti:

- a) l'attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato nell'ambito del giudizio di cui al Titolo I del Libro IV;
- b) gli atti e le operazioni in materia elettorale, attribuiti alla giurisdizione amministrativa;
- c) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti e quelle previste dall'articolo 123;
- d) le contestazioni sui confini degli enti territoriali;
- e) il diniego di rilascio di nulla osta cinematografico di cui all' articolo 8 della legge 21 novembre 1962, n. 161

4. Perché il processo assuma in pieno le caratteristiche indicate all'art. 1 cpa secondo cui *“La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”* e dell'art. 2 secondo cui *“Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall' articolo 111, primo comma, della Costituzione. 2. Il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo”*, appare necessaria una revisione della disciplina della giurisdizione di merito che prevede, come indicato nella norma, una casistica eterogenea ed eccessivamente limitata.

Sul punto si richiamano anche gli artt. 6 e 13 CEDU che, nel prevedere i principi del giusto processo e dell'effettività della tutela, di fatto sanciscono una sostanziale equivalenza tra le garanzie di tutela approntate dall'ordinamento comunitario e quelle dell'ordinamento interno.

L'art. 6 CEDU, così come anche l'art. 2, comma 2 cpa, ritiene inoltre indispensabile che un giusto processo abbia una durata ragionevole, tenendo in tal modo a limitare il più possibile i ritardi nell'amministrazione della giustizia al fine di non comprometterne efficienza e credibilità.

La possibilità di sostituzione, dunque, da parte del giudice amministrativo nell'esercizio della giurisdizione di merito, comporterebbe una notevole riduzione dei tempi che la parte vincitrice, sia esso un operatore privato o la stessa PA laddove questa si qualifichi come ricorrente o anche quando essa tuteli il provvedimento assunto, è obbligato ad attendere (quando non deve sollecitare l'adempimento), potendo il giudice esprimere un sindacato idoneo a verificare la concreta rispondenza del provvedimento impugnato agli interessi pubblici concreti, attuali ed in ordine ai quali non risultino margini ulteriori discrezionalità nell'emanazione di provvedimenti attuativi riformando l'atto impugnato, ove necessario.

Da considerare anche l'importanza della CEDU, oltre che per l'art. 6, anche dell'art. 13, sotto il profilo della effettività della tutela.

5. La normativa italiana e la relativa giurisprudenza, che di fatto impediscono la valutazione di merito delle questioni sottoposte a causa dei limiti sussistenti nell'ordinamento italiano che estende

ORDINE DEGLI AVVOCATI DI MILANO

20122 MILANO - VIA FREGUGLIA - PALAZZO DI GIUSTIZIA

TELEFONO 02.5492921 - FAX 02.54101447 - 02.55181003

www.ordineavvocatimilano.it

la valutazione del merito a limitatissime ed eterogenee materie, non consentono un ricorso effettivo che possa considerarsi adeguato rispetto alle sentenze CEDU.

Si pensi, in tal senso, come indicato in premessa, al caso delle aggiudicazioni nei contratti pubblici o al caso della tutela sull'esecuzione delle opere, che, secondo alcune tesi, risulterebbe ostacolata dalle tempistiche di svolgimento del giudizio amministrativo.

Tale limitazione è in violazione degli artt. 6 e 13 in materia di effettività della tutela.

La giurisprudenza della CEDU ha stabilito infatti che il tribunale deve avere piena giurisdizione, che un controllo limitato alla sola motivazione non basta (*Obermeier c/ Austria* 28 juin 1990) e deve essere esteso al fatto (*Zumtobel c/ Austria* 21 sept. 1993).

6. Se è, quindi, evidente la caratterizzazione della giurisdizione di merito per il giudizio di ottemperanza di cui alla lett. a) dell'art. 134 cpa, considerato che tale giudizio è proprio diretto ad ottenere l'adempimento da parte della PA alle decisioni del GA, gli altri casi risultano essere limitati a particolari materie, senza un'apparente ragione logica della limitazione.

Tale limitazione dipende probabilmente dal fatto che la legge delega n. 69/2009 (come risulta anche dai lavori parlamentari) attribuiva al Governo unicamente il compito di riprendere nel testo del cpa le materie già attribuite alla giurisdizione di merito, senza individuarne di nuove, fermo restando la valutazione di costituzionalità dell'attribuzione al GA di decisioni di merito per le quali quindi non si pongono problemi di interferenza tra poteri dello Stato, che sono già state risolte a monte, poiché la giurisdizione di merito sussiste ed è pacificamente considerata compatibile con la carta costituzionale (vedi sul punto Corte Cost. sent. n. 162/12 e ord. n. 122/14).

Per quanto riguarda il giudizio elettorale, di cui alla lett. b) dell'art. 134 cpa, trattandosi, per la giurisdizione attribuita al TAR, di verifica e conteggio delle schede elettorali, la *ratio* del potere di sostituirsi alla PA dipende dal fatto che l'attività del GA concerne verifiche sulle modalità di espressione del voto che non riguardano questioni di discrezionalità amministrativa.

Per quanto riguarda le sanzioni pecuniarie di cui alla lett. c) dell'art. 134 cpa, si tratta di una materia che sicuramente contempla l'esercizio di poteri discrezionali con i quali è il GA che stabilisce il *quantum* della sanzione direttamente nella sentenza.

Si tratta di una valutazione degli elementi di fatto che caratterizzano il comportamento considerato illecito, nonché della gravità dello stesso, commisurando proporzionalmente alla sanzione pecuniaria una valutazione puramente discrezionale.

Gli altri casi contemplati dalle lett. d) ed e) dall'art. 134 cpa e cioè le contestazioni sui confini degli enti territoriali e il rilascio del nullaosta cinematografico riguardano materie che da un lato devono essere considerate residuali e dall'altro (si veda in particolare il caso dei nullaosta cinematografici) nelle quali è evidente lo svolgimento di attività accertative, costitutive e di piena amministrazione attiva da parte del GA.

7. Vi sono altri casi, oltre all'art. 134 cpa, che hanno previsto la giurisdizione di merito.

Rientrerebbero nella giurisdizione di merito anche il rito appalti (in forza dell'art. 44, comma 3, lett. h della legge delega secondo cui era affidato al Governo il compito di "*recepire gli articoli 2, paragrafo 7, 2-quinquies, 2-sexies e 3-bis della direttiva 89/665/CEE e gli articoli 2, paragrafo 6,2-*

ORDINE DEGLI AVVOCATI DI MILANO

20122 MILANO - VIA FREGUGLIA - PALAZZO DI GIUSTIZIA

TELEFONO 02.5492921 - FAX 02.54101447 - 02.55181003

www.ordineavvocatimilano.it

quinquies, 2-sexies e 3-bis della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, nell'ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito"), ma attualmente tale direttiva risulta disattesa dal cpa, nonché la *class action* pubblica (art. 4, comma 2, lett. 1, n. 2 L. 15/2009).

Un ulteriore caso di giurisdizione di merito è previsto dall'art. 13 bis, d.l. 28 dicembre 2013, n. 149, recante "*Abolizione del finanziamento pubblico diretto, disposizioni per la trasparenza e la democraticità dei partiti e disciplina della contribuzione volontaria e della contribuzione indiretta in loro favore*" (in Gazz.Uff. 28 dicembre 2013, n. 303), aggiunto dalla legge di conversione 21 febbraio 2014, n. 13 – che ha introdotto un nuovo caso di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo relativamente alle controversie concernenti l'applicazione delle disposizioni dettate dallo stesso d.l. n. 149 del 2013.

Infine è attribuita alla giurisdizione di merito l'attività giurisdizionale svolta tramite il ricorso straordinario al Capo dello Stato di cui al DPR n. 1199/1971.

8. Visto quanto sopra è da ritenere che non si possa considerare la giurisdizione estesa al merito come eccezionale e non ampliabile ad altre casistiche.

L'estensione proposta dovrebbe riguardare, trattandosi di materie nella quale il GA ha giurisdizione su diritti e interessi, tutto quanto previsto nell'art. 133 cpa.

L'obiettivo è quello di arrivare ad una piena cognizione per queste materie nonché ad un processo effettivo.

9. Infatti il processo amministrativo, così come attualmente disciplinato, risulta limitato, quanto all'accesso al fatto da parte del Collegio giudicante, più che dall'esercizio dei poteri istruttori, dal fatto che la decisione si conclude in termini di annullamento di un provvedimento, laddove questo sia qualificato come illegittimo, mentre l'assunzione del provvedimento legittimo è rimessa alla PA.

La possibilità di sostituzione della PA da parte del GA nei casi già previsti dall'ordinamento è pacificamente ritenuta attributiva di un potere costituzionalmente legittimo, non risultando alcuna violazione del principio di separazione dei poteri dello Stato.

Ed anzi risulterebbe incostituzionale proprio la mancanza di tali poteri che contrasterebbe con la tutela giurisdizionale effettiva prevista dall'art. 113 Cost.

Sul punto si richiama l'illustre dottrina (U. Pototschnig, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969 - ora in *Scritti scelti*, Padova, 1999; M.S. Giannini - A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica Amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970; P.G. Ponticelli, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Miano, 1958) secondo cui un dubbio di legittimità costituzionale, che si riferisce al sistema di giustizia amministrativa *latu sensu*, potrebbe semmai sorgere in relazione all'art. 113 Cost., posto che una tutela giurisdizionale effettiva sembra richiedere la predisposizione di strumenti giurisdizionali di merito.

10. La tempistica stessa del processo, in termini di rispetto dei principi di ragionevole durata del giudizio nonché della parità delle parti e della tutela piena ed effettiva, depongono a favore della necessità dell'estensione delle materie soggette al giudizio di legittimità, nel quale il GA già conosce di diritti soggettivi e interessi legittimi, al giudizio di merito considerato che la materia nella quale al GA è attribuita la tutela dei diritti soggettivi non vi è altro organismo giudiziario che

ORDINE DEGLI AVVOCATI DI MILANO

20122 MILANO - VIA FREGUGLIA - PALAZZO DI GIUSTIZIA

TELEFONO 02.5492921 - FAX 02.54101447 - 02.55181003

www.ordineavvocatimilano.it

possa dare piena tutela giurisdizionale alle situazioni soggettive di spettanza dei cittadini e della PA stessa.

La possibilità del GA di emettere il provvedimento legittimo è quindi volta anzitutto a tutela della stessa PA che vede emendato l'aspetto patologico del proprio provvedimento, ove ne sussistano i presupposti e nel rispetto dei limiti della discrezionalità amministrativa, direttamente in sede giurisdizionale nella piena valutazione di ogni aspetto dell'interesse pubblico, proprio nei casi nei quali, nonostante l'assenza di poteri discrezionali o la circoscrizione degli stessi ad elementi minimi, la PA comunque non abbia emesso il provvedimento dovuto.

La norma che si propone nella modifica del cpa è quindi la seguente: all'art. 134, comma 1, cpa è aggiunta la seguente lettera "*f) le controversie di cui all'art. 133*".