

IL GIUDICE AMMINISTRATIVO E LA TUTELA DELLA CONCORRENZA

Dott. Pasquale de Lise*

1. Negli anni in cui nel nostro Paese non esisteva ancora una legislazione a tutela della concorrenza, il Consiglio di Stato si è comportato come un vero e proprio “pioniere”, un antesignano di idee e di valori, che sono poi confluiti nel diritto antitrust. Esso, infatti, ha sempre perseguito il valore della “apertura” contro le tante chiusure corporative, economiche, burocratiche, culturali: chiusure a protezione di pochi e a svantaggio di molti, che gravavano sui cittadini, sui consumatori, sulle imprese, sull’economia del Paese. Questo valore era avvertito come un chiaro beneficio per l’interesse pubblico e quindi per la collettività; per cui spesso, pur in assenza di specifici riferimenti normativi, esso era riconosciuto dalla giurisprudenza, quale aspetto del principio generale di buona amministrazione, offrendo in tal modo un contributo *ante litteram* alla cultura della concorrenza.

Nell’ultima parte del secolo scorso, anche per il forte impulso proveniente dalla normativa europea, si è affermata la convinzione che la concorrenza fra le imprese in un libero mercato costituisce un fattore di sviluppo e di crescita. Il principio della libera concorrenza ha trovato, prima, riconoscimento con l’emanazione di una disciplina *ad hoc* e con la istituzione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato e, in una prospettiva più ampia, di altre Autorità indipendenti, e ha ricevuto poi, con la riforma del Titolo V, la

* Presidente Onorario G.A. - ex Presidente del Consiglio di Stato. Viene pubblicato il testo della relazione introduttiva presentata in occasione del Convegno “Giustizia amministrativa e crisi economica” organizzato il 25 e 26 settembre 2013 a Roma presso Palazzo Spada. Il testo è disponibile sul sito web www.giustizia-amministrativa.it.

consacrazione a livello costituzionale (art. 117, secondo comma, lett. e, che include la tutela della concorrenza fra le materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato), assurgendo a valore fondamentale del nostro ordinamento.

A tale riguardo, anche sulla base della copiosa giurisprudenza della Corte costituzionale, può affermarsi che la tutela della concorrenza presenta i tratti di una funzione esercitabile sui più diversi oggetti, configurandosi come “trasversale”. Essa include interventi regolatori, la disciplina *antitrust* e misure destinate a promuovere un mercato aperto, rappresentando una delle leve più rilevanti della politica economica.

Trattasi di un valore inteso non solo in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e di eliminazione di squilibri, ma anche in un’accezione dinamica, sì da consentire l’adozione di misure volte a favorire le condizioni per la instaurazione di assetti concorrenziali e quindi per lo sviluppo del mercato.

Ciò comporta che alla espressione “tutela della concorrenza” vanno ricondotti interventi di diversa natura: misure di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto i comportamenti delle imprese contrari alla concorrenza e ne disciplinano i controlli e le relative sanzioni, e misure di promozione, che mirano ad aprire i mercati o a consolidarne l’apertura, eliminando i vincoli al libero esplicarsi dell’attività imprenditoriale e della competizione fra le imprese, ivi incluse le azioni di liberalizzazione volte ad assicurare la concorrenza “nel mercato” e “per il mercato”, superando gli ostacoli che danneggiano sia gli operatori economici che i consumatori e i lavoratori e producendo, anche in tal modo, effetti virtuosi per il circuito economico.

2. L’inserimento nel quadro istituzionale delle Autorità indipendenti, quali organismi che esercitano funzioni pubbliche sulla base di

processi decisionali fondati sull'esperienza tecnica, in una posizione di (almeno tendenziale) indipendenza dal potere politico, ha trovato spazio nel nostro ordinamento pur in mancanza di una loro espressa previsione costituzionale (a mio avviso, non necessaria). La istituzione di molte delle Autorità è collegata alla liberalizzazione del mercato e alla privatizzazione dei settori economici, con la conseguente trasformazione dello Stato produttore di beni e gestore di servizi in un moderno Stato regolatore, che garantisce la *par condicio* fra i concorrenti e l'attuazione della democrazia economica.

Il ruolo determinante svolto dal diritto europeo, spesso ispirato ad una visione "sostanzialistica" dei rapporti giuridici, ha condotto ad una "ridislocazione" delle sfere tradizionali del pubblico e del privato. Si è al cospetto, quindi, di una situazione in cui le dinamiche dei rapporti di natura pubblicistica non si esauriscono nella dialettica autorità-libertà come un tempo, ma si sviluppano alla ricerca di un equilibrio plurale tra potere pubblico, poteri privati, libertà, autonomia, sussidiarietà, concorrenza e mercato.

La mancanza di copertura costituzionale accentua l'esigenza che siano garantite nel modo migliore la neutralità, la funzionalità e l'autorevolezza delle Autorità: l'assenza di responsabilità politica e l'indipendenza nei confronti del Governo debbono trovare, nel nostro sistema istituzionale, dei contrappesi, costituiti dalle garanzie del giusto procedimento e soprattutto dal controllo giurisdizionale.

3. La giustiziabilità degli atti delle Autorità, da tempo unanimemente condivisa, è da ritenersi immanente al sistema, in quanto, alla stregua degli artt. 24 e 113 Cost., gli atti adottati da ogni soggetto di natura anche solo latamente amministrativa non possono non essere sottoposti al controllo giurisdizionale. Infatti, la tutela giurisdizionale, prima ancora di essere una tecnica garantista, è configurata dalla nostra Costituzione come un diritto fondamentale, che ha ad oggetto, senza possibilità di deroghe, la sfera giuridica lesa.

Quanto alla individuazione del giudice fornito di giurisdizione per le relative controversie, la natura dei poteri attribuiti all’Autorità garante della concorrenza, che agisce in via autoritativa per la realizzazione di interessi pubblici, implica che i destinatari dei provvedimenti da essa adottati sono titolari di interessi legittimi.

La giurisdizione sugli atti dell’Autorità, pertanto, non può che appartenere al giudice amministrativo, che è deputato a stabilire se il potere pubblico sia stato esercitato legittimamente (cfr. art. 7 c.p.a.). Anche allorché i provvedimenti dell’Autorità incidono su situazioni soggettive di rango costituzionale (iniziativa economica, libertà di concorrenza), queste sono comunque soggette al potere pubblico di conformazione e quand’anche, in casi particolari, fossero configurabili come diritti soggettivi, rientrano, ai sensi dell’art. 103 Cost., nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (come del resto espressamente dispone l’art. 133, comma 1, lett. 1, c.p.a.).

In questa, come in altre materie, solo il giudice amministrativo per sua natura è in grado di conciliare due esigenze ugualmente rilevanti anche sul piano costituzionale: da un lato, la salvaguardia dell’apparato amministrativo, che è andato sempre più assumendo una connotazione marcatamente democratica, come interprete dei bisogni della comunità; dall’altro, la garanzia della tutela giurisdizionale, che comporta il controllo da parte del giudice della legittimità sull’operato dell’amministrazione, senza peraltro travalicare nel merito dell’azione amministrativa, nel sindacato dei fini e degli obiettivi perseguiti.

Infatti, ipotizzare in tale materia la giurisdizione del giudice ordinario – oltre ad essere in contrasto con il criterio di riparto previsto dalla Costituzione – comporterebbe il controllo giudiziario anche sul merito dell’attività dell’Autorità, sicché il giudice finirebbe per sostituirsi ad essa e, quindi, con l’assumere la titolarità del potere, mentre al giudice amministrativo è attribuito, a salvaguardia del principio costituzionale

della separazione dei poteri, un controllo di sola legittimità, non esteso al merito. Al giudice ordinario va tuttavia riconosciuta la giurisdizione sui singoli rapporti negoziali, pur dovendosi rilevare che in taluni casi si può porre un problema di coordinamento delle tutele pubbliche con quelle private.

In definitiva, il giudice amministrativo, da antesignano quasi inconsapevole dei predetti valori, con l'attribuzione alla sua giurisdizione della materia antitrust (come delle materie di competenza di quasi tutte le Autorità indipendenti), è divenuto il giudice della nuova economia, il giudice naturale dell'interesse pubblico nell'economia, svolgendo il ruolo di "garante dei garanti" della concorrenza e della regolazione economica nei settori produttivi fondamentali.

Due aspetti dell'operato del giudice amministrativo nei confronti dei provvedimenti dell'Autorità garante meritano, per la loro rilevanza, di essere ricordati, ancorché brevemente.

Come già detto, essa (ma il discorso vale anche per le altre Autorità) è tenuta ad osservare, nell'espletamento delle sue funzioni, le regole del giusto procedimento. In materia di concorrenza l'incidenza del diritto europeo è così forte che il giudice amministrativo ha mutuato canoni interpretativi propri di quel diritto, assolvendo il compito di "giudice comunitario" attribuito dai Trattati; di ciò si riscontra l'eco nelle sentenze che, combinando le norme e i principi del diritto europeo, anche sulla base dell'interpretazione e dell'applicazione contenute nelle pronunce della Corte di Giustizia, con quelli del diritto interno, hanno elaborato un complesso sistemico di regole, che vincolano l'azione dell'Autorità.

Ciò è avvenuto, per la corrispondenza tra contestazione e decisione; per la trasparenza e l'accesso agli atti, con particolare riguardo alla tutela della riservatezza dei terzi; per la garanzia del contraddittorio

nella fase istruttoria; per la separazione tra la funzione istruttoria e quella decisoria.

Sul piano processuale indico soltanto l'esempio del progressivo ampliamento dei titoli di legittimazione al processo, fenomeno al quale per affinità di discorso va ricondotta la particolare legittimazione ad impugnare dinanzi al giudice amministrativo i provvedimenti che appaiono contrastanti con la normativa in materia, che è stata recentemente prevista dal legislatore per l'Autorità garante della concorrenza e per l'Autorità di regolazione dei trasporti. In passato si è anche prospettata la possibilità, da parte dell'Autorità garante della concorrenza, di adire la Corte costituzionale in ordine alle leggi che incidono negativamente sulla concorrenza.

L'altro aspetto da menzionare, che rappresenta uno tra i più delicati problemi che negli ultimi tempi il giudice del pubblico potere si è trovato ad affrontare, è quello che concerne il tipo e i limiti del sindacato sui provvedimenti dell'Autorità.

Il giudice si trova a dovere utilizzare congiuntamente e sinergicamente competenze e principi di natura giuridica ed economica, per di più in presenza, nella normativa di settore, del riferimento a concetti giuridici indeterminati - quali l'intesa restrittiva della concorrenza, l'abuso di posizione dominante, il mercato rilevante - che introducono nell'ambito del potere esercitato dall'Autorità profili di discrezionalità tecnica cui si accompagna l'esercizio di discrezionalità amministrativa.

Con riguardo a quest'ultima restano fermi i criteri di valutazione che rientrano nell'ordinario sindacato del giudice amministrativo, particolarmente con riguardo al vizio di eccesso di potere nelle sue varie forme sintomatiche; acquista poi decisivo rilievo l'evoluzione del sindacato sulla discrezionalità tecnica - essendo ormai superata la equiparazione tra discrezionalità tecnica e merito insindacabile -, per

cui al giudice, è consentito, avvalendosi se necessario della consulenza tecnica (artt. 19, 63 e 67 c.p.a.), di conoscere dei fatti in modo pieno e di verificare, sulla base delle cognizioni tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata in sede amministrativa, l'attendibilità delle operazioni tecniche compiute, al fine di valutare la legittimità del provvedimento sotto gli aspetti della logicità, della congruità, della ragionevolezza, della proporzionalità e dell'adeguatezza (desta, pertanto, perplessità – sotto il profilo della costituzionalità, per contrasto con l'art. 113 – la disposizione contenuta nell'art.10 del d.d.l. di cui all' A.S. n. 70, recante norme generali in materia di autorità amministrative indipendenti, che limita il sindacato del giudice amministrativo alla conoscenza – oltre che, ovviamente, dell'incompetenza e della violazione di legge - “del palese errore di apprezzamento e della manifesta illogicità del provvedimento impugnato”).

Tuttavia, la cognizione piena dei fatti non può mai condurre ad un sindacato che trasmodi nel potere di determinazione in ordine ai fatti stessi, con l'indebita sostituzione del giudice all'Autorità, la quale soltanto è titolare del potere esercitato.

Sulla base dei predetti criteri, che hanno consentito alla giurisprudenza amministrativa di individuare un punto di equilibrio tra le diverse esigenze in gioco, non è rilevante stabilire se il controllo vada qualificato come “forte” o “debole”, ed emerge l'importanza di un sindacato tendente ad un modello comune a livello europeo, in cui la garanzia di una tutela giurisdizionale piena, certa, effettiva, soddisfattiva sia coniugata con la specificità delle controversie, sì da costituire un punto di riferimento per quanto possibile univoco per gli interventi dell'Autorità e per le scelte delle imprese.

4. In relazione alla rilevanza che nel nostro ordinamento ha assunto il diritto pubblico dell'economia, il giudice amministrativo ha

dimostrato - e sempre di più dovrà dimostrare - la capacità di porsi al crocevia dei rilevanti cambiamenti del sistema economico.

Quale giudice della nuova economia – nel tutelare i cittadini e le imprese dal non corretto esercizio di strumenti “forti”, in grado di ledere la sfera di libertà dei privati; nel garantire, laddove i ricorsi siano privi di fondamento, la rapida e sicura prosecuzione del perseguimento dell’interesse pubblico attraverso l’esercizio del potere; nell’assicurare al cittadino una tutela diretta a far sì che l’amministrazione agisca entro i parametri della legittimità, della imparzialità e del buon andamento, nonché nel rispetto di quelli dell’efficacia, dell’efficienza e della economicità – il giudice amministrativo contribuisce a realizzare quei fini di progresso economico e di coesione sociale che costituiscono alcuni degli aspetti più significativi del consolidamento della democrazia e della creazione di un rapporto di fiducia tra cittadini e pubblici poteri.

5. Quanto ho detto finora rispecchia il mio convincimento, e forse non soltanto il mio.

Sennonché, a partire dall’11 agosto scorso, una serie di interventi giornalistici – qualcuno anche di fonte autorevole – ha tentato di far vacillare questo convincimento, sostenendo che la giustizia amministrativa costituisce un freno per la competitività del Paese, per cui “se si abolissero i TAR e il Consiglio di Stato, il nostro Pil assumerebbe subito un cospicuo segno positivo...non solo senza spese ma con notevoli risparmi”; un concetto analogo è stato espresso da altra fonte, secondo cui non vi può essere il “governo del Consiglio di Stato dove ogni decisione si ferma o richiede tempi biblici mentre l’economia e la società soffrono come non mai”.

Ora, al di fuori di qualsiasi polemica e soprattutto senza alcuna intenzione di dare una risposta corporativa a tali affermazioni e, tanto meno, di svolgere una difesa di ufficio della giurisdizione

amministrativa, non posso non rilevare la superficialità e l'infondatezza di questi attacchi.

Essi dimostrano la mancanza di conoscenza delle disposizioni costituzionali che sanciscono la indefettibilità della tutela giurisdizionale, in aderenza ad un elementare principio di civiltà giuridica, nonché della normativa europea (in particolare, quella in materia di appalti, sulla quale maggiormente si incentra l'attenzione).

Altre volte le critiche derivano da veri e propri errori di ortografia giuridica, come quando si propone di vietare al giudice amministrativo di sindacare la sfera di discrezionalità dell'amministrazione, ovvero si basano su affermazioni eclatanti quanto infondate (3.970.000 ricorsi pendenti!), ovvero ancora prospettano soluzioni contraddittorie, sostenendo, da un lato, la limitazione ad un unico grado dei ricorsi in materia economica e lamentando, dall'altro, che il ricorso per Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato sia ammissibile solo per le questioni inerenti alla giurisdizione.

Infine, è stata riesumata la stravagante proposta di un sistema a due giurisdizioni, l'una relativa al giudice ordinario e l'altra, detta "amministrativa", del tutto eterogenea, in quanto riferita al giudice amministrativo, a quello contabile e a quello tributario, con la introduzione dell'ufficio del pubblico ministero.

In tal modo, peraltro, si trascura di considerare che le principali cause delle disfunzioni e degli inconvenienti, che pure si rinvengono – nessuno intende negarlo – nel sistema della giustizia amministrativa (anche se in misura minore rispetto agli altri apparati giudiziari del nostro Paese), derivano prevalentemente da cause esterne a tale sistema.

6. La disamina di queste cause richiederebbe un incontro ad hoc (o, forse, più di uno!); nondimeno, esse vanno almeno menzionate.

Un primo gruppo attiene alla legislazione: la produzione normativa diviene sempre più imponente, creando un diritto ricco di norme ma pressoché privo di principi; viene di solito adottata una tecnica legislativa del tutto inadeguata, con l'uso di rinvii a leggi precedenti, di sostituzione di articoli o di commi, di ripetizioni e di deroghe infinite; in contrasto con i più elementari principi della *better regulation*, le leggi sono irragionevolmente dettagliate o irragionevolmente lacunose (rimettendo ad atti successivi, regolamentari o non, la definizione di aspetti rilevanti); per non parlare delle leggi omnibus, disordinate e disomogenee nei contenuti, o delle leggi-provvedimento, che intervengono direttamente su specifici atti o rapporti giuridici ("la legalità usurpata dal legislatore", è stato detto).

L'ipertrofia, la parcellizzazione e la cattiva qualità della normativa finiscono per provocare un grave *vulnus* alla certezza del diritto. Le innumerevoli disposizioni sono sempre meno conosciute, applicate, osservate, sanzionate. Il "diritto inconoscibile" impedisce il calcolo economico, pregiudica le aspettative, blocca o ostacola gli investimenti e la loro convenienza.

Questo è il contesto entro il quale il giudice si trova ad operare, per cui anche in un sistema di *civil law* come il nostro egli, pur non essendo creatore delle regole, talvolta è chiamato ad una delicata attività di interpretazione, colmando lacune, resolvendo antinomie, chiarendo ambiguità, applicando a casi concreti norme che contengono solo proclami programmatici.

Del resto, il ruolo attivo (anche se non creativo) del giudice di oggi dipende non soltanto dalla quantità o dalla cattiva qualità delle disposizioni da applicare, ma anche da fattori oggettivi di complessità di un sistema aperto, pluralista, rispettoso delle autonomie locali e parte dell'ordinamento europeo.

In un sistema siffatto la “certezza del diritto” è divenuta “diritto alla certezza”, che il giudice è tenuto ad assicurare.

Un secondo gruppo di cause concerne la pubblica amministrazione e il suo operare. E' sotto gli occhi di tutti la condizione in cui versa la pubblica amministrazione italiana: il problema di fondo è quello di una cultura amministrativa che si evolve molto meno rapidamente di quanto sia necessario e che quindi andrebbe rimodernata.

E' diffusa la sensazione che l'amministrazione non sia in grado di far fronte con un servizio adeguato alle esigenze dei cittadini e del sistema produttivo. Questi, nelle democrazie moderne, non si accontentano più di atti formalmente ossequiosi di leggi e regolamenti, ma si chiedono se essi sono davvero utili, rispondenti allo scopo o se invece impongono oneri non necessari: occorre tendere alla prevalenza della legalità sostanziale su quella formale (seguendo la strada indicata dall' art. 21-octies della L. 241 del 1990).

Inoltre, le numerose riforme degli ultimi decenni non hanno prodotto risultati apprezzabili.

Se da una parte si semplifica, dall'altra si introducono nuovi appesantimenti procedurali: basti pensare alla conferenza di servizi che, da strumento di semplificazione, si è trasformata in tanti casi in una negoziazione infinita, senza che si sia riusciti finora ad introdurre nel nostro ordinamento un istituto simile al *débat public*, da molti anni operante con successo in quello francese.

Un discorso analogo può farsi per le liberalizzazioni, consistenti nella eliminazione degli oneri amministrativi (limiti numerici, autorizzazioni, licenze, atti di assenso preventivo, etc.), al fine di evitare che i ritardi o l'inerzia dell'amministrazione costituiscano un ostacolo all'avvio di attività economiche, nonché per quegli istituti

che, con modalità diverse, equiparano l'inerzia dell'amministrazione al permesso di esercitare l'attività (silenzio assenso, s.c.i.a., etc.).

Al riguardo deve peraltro considerarsi, da un lato, che le semplificazioni e le liberalizzazioni non possono comportare l'indebolimento della protezione degli interessi pubblici in settori essenziali e, dall'altro, che, soprattutto quando si tratti di operazioni importanti, chi investe vuole la sicurezza, per quanto possibile, di una decisione favorevole espressa (mentre spesso questi istituti hanno ambito e modalità di applicazione incerti: come è avvenuto per la s.c.i.a., per la quale la decisione dell'Ad. Plen. n. 15/2011 è stata immediatamente contraddetta dal legislatore).

Né, per risolvere tali problemi, appare idoneo l'indennizzo forfetario in caso di ritardo, recentemente previsto, peraltro in via sperimentale, e ciò sia per l'esiguità dell'importo (30 € al giorno fino al massimo di 2000 €), che per il limitato ambito soggettivo (ne possono godere solo le imprese), che per la complessità del procedimento per ottenerlo.

Occorre quindi il coraggio di riformare, anche radicalmente, passando da un'amministrazione "di procedure" ad un'amministrazione "di risultati" (al riguardo è stato recentemente richiamato il modello francese dell'amministrazione di missione), avendo peraltro ben presente che si deve operare per un'amministrazione migliore, ma non si può non avere una pubblica amministrazione perché essa svolge una funzione imprescindibile: quella di assicurare l'interesse generale della collettività contro le spinte egoistiche esistenti nella società.

Una forte ed efficiente pubblica amministrazione è la condizione necessaria per avere un autentico Stato di diritto, senza il quale non vi è una vita civile ordinata e non vi può essere neanche sviluppo sociale ed economico.

Il terzo gruppo di cause riguarda la politica e i suoi difficili rapporti con la giustizia: si avverte sempre più una sorta di insofferenza per il controllo da parte del giudice – ordinario, amministrativo e anche del giudice delle leggi, la Corte costituzionale -, che in realtà è una insofferenza per la cultura della legalità, che costituisce il fondamento dello Stato di diritto.

Considerare le sentenze come una “spada di Damocle”, affermare che l’immobilismo in cui versa l’Italia è “il frutto avvelenato dell’eccessivo potere di veto delle oligarchie giuridico-amministrative” significa obliterare che i controlli – e, in particolare, quelli giurisdizionali - sono elementi essenziali del sistema democratico e dell’efficienza delle istituzioni.

Il nostro assetto istituzionale è fatto di pesi e contrappesi; se un peso si sbilancia provoca inevitabilmente una reazione a catena degli altri. Allora, correggere questi sbilanciamenti, da parte del giudice, in nome e a tutela della legalità e in spirito di reciproco rispetto e di leale collaborazione tra i poteri dello Stato, non significa invadere il campo della politica, ma soltanto evitare che siano alterati equilibri che dovrebbero essere regolati dal diritto e non da scelte politiche, che implicano l’assenza di criteri oggettivi di valutazione e possono condurre all’arbitrio, contro il quale proprio il giudice amministrativo ha fatto da argine nel nostro Paese in diverse epoche storiche.

Per altro verso, non si può non segnalare la tendenza – indice di disagio istituzionale – a giurisdizionalizzare conflitti che hanno un’alta valenza politica o sociale, per la cui soluzione sarebbero più appropriate sedi diverse da quelle di un tribunale (o, per usare le parole del neo-presidente della Corte costituzionale, “scaricando sul potere giudiziario decisioni che il potere politico non riesce a prendere”).

7. E' unanimemente riconosciuta l'esigenza di intervenire sull'efficienza della giustizia, afflitta in Italia da numerose disfunzioni, prime fra tutte la durata dei processi e la massa delle controversie pendenti. E' questa un'autentica emergenza che arreca un pregiudizio gravissimo all'economia, diffondendo incertezza fra gli operatori, scoraggiando gli investitori esteri e minando la reputazione internazionale del Paese.

Occorrono, pertanto, rimedi seri e tempestivi, perché – come è stato bene rilevato nel corso del dibattito di agosto – “tempestività, uniformità, stabilità, certezza nell'applicazione delle norme sono gli architravi di una giustizia affidabile... e la giustizia affidabile assicura certezza al rendimento degli investimenti, genera fiducia per tutti gli attori del sistema economico, promuove la concorrenza rimuovendo gli ostacoli all'ingresso di nuove imprese”.

Va accolto l'invito ad affrontare i problemi senza pregiudizi e senza tabù, partendo anche dalle questioni generali, quale quella della doppia giurisdizione; ma, a tale riguardo - ricordato quanto avvenne in seno all'assemblea costituente, che concluse per la conservazione del sistema precedente sul rilievo che la giurisdizione amministrativa costituisce il completamento delle garanzie del cittadino nei confronti dell'amministrazione – va osservato che, dovendosi necessariamente escludere la soppressione della tutela giurisdizionale per le controversie amministrative, la revisione costituzionale nel senso della giurisdizione unica, con l'attribuzione di tali controversie alla giurisdizione ordinaria, appare una soluzione produttiva di inconvenienti maggiori di quanti con essa si vorrebbe risolvere.

Non senza considerare che negli ordinamenti dei principali Paesi occidentali esiste da tempo un sistema di giustizia amministrativa analogo al nostro (basti pensare alla Francia e alla Germania) e che, più recentemente, anche nei Paesi di *common law* sono stati introdotti strumenti speciali di controllo giudiziario sull'operato dell'apparato

pubblico (per cui è inesatto il rilievo, mosso di recente dal promotore del dibattito estivo, secondo cui la “sovrapposizione fra giustizia ordinaria e amministrativa...è inesistente in ogni altro ordinamento”).

Il sistema deve essere migliorato anche dall'interno (e lo è già stato): basti pensare al codice del processo, fortemente voluto dal Consiglio di Stato, superando molti ostacoli interni ed esterni, la cui adozione ha costituito di per sé un fattore di semplificazione con l'attribuzione di organicità e di sistematicità ad una normativa risalente nel tempo, a volte lacunosa e con molteplici difetti di coordinamento.

Il codice è valso a risolvere una serie di questioni, che non potevano continuare ad essere affidate esclusivamente alla giurisprudenza, fra le quali mi limito a ricordare: la inderogabilità della competenza territoriale, che evita la cattiva pratica della proposizione di ricorsi dinanzi ad un giudice incompetente (c.d. *forum shopping*); la più organica disciplina dell'azione cautelare (che prevede, fra l'altro, la generalizzazione della tutela *ante causam*) e quella del nuovo giudizio di ottemperanza; il principio della pluralità delle azioni.

E ancora, la implementazione dei mezzi istruttori, l'estensione della tipologia dei giudizi da definire con sentenze in forma semplificata, la rinnovata disciplina dei riti speciali (importanti, per la loro rapidità, soprattutto nelle controversie economiche), il processo telematico, le misure per l'abbattimento dell'arretrato, la nuova disciplina delle spese processuali, con l'attribuzione al giudice del potere di condannare al pagamento di una somma la parte soccombente che abbia agito o resistito temerariamente; il principio di sinteticità degli atti alla cui osservanza sono tenuti sia il giudice che le parti; l'obbligo per il giudice di motivare ogni provvedimento decisorio e di superare la prassi dell'assorbimento dei motivi (ammissibile soltanto quando dalla trattazione delle altre censure non potrebbe derivare alcuna utilità per il ricorrente).

Molti aspetti della nuova disciplina sono diretti ad evitare, valorizzando le regole della buona fede, il c.d. abuso del processo: più volte ho ricordato che la giustizia va considerata una risorsa, come tale non illimitata, per cui di essa va fatto un uso accorto.

Sul versante opposto, si colloca l'esigenza di evitare che la "giustizia diventi un bene di lusso", "un privilegio da ricchi", che il contenzioso diminuisca non in virtù del miglioramento della legislazione e dell'azione amministrativa, dell'applicazione di "buone pratiche" o di un mutamento di mentalità e di cultura dell'amministrazione, ma per effetto della spending review e, in particolare, dell'aumento abnorme del contributo unificato. Infatti, come è stato osservato, la "fuga dalla giustizia è uno dei peggiori sintomi di degrado di un ordinamento democratico".

Su un piano diverso, ma sempre nella prospettiva della accelerazione e della deflazione del contenzioso, un contributo rilevante potrebbe aversi se alla riforma organica della giustizia amministrativa realizzata con il codice seguisse la disciplina delle tecniche di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione.

E' evidente, infatti, come la previsione delle ADR, incentivata anche dall'Unione europea e ammissibile in relazione all'esercizio di vari settori dell'attività amministrativa, anche autoritativa, potrebbe costituire un efficace filtro per il processo amministrativo (sul tipo della mediazione civile, di recente reintrodotta nel nostro ordinamento dopo la dichiarazione di incostituzionalità per eccesso di delega di cui alla sentenza n. 272/2012), sempre che sia garantito che la decisione avvenga in modo del tutto autonomo rispetto alle ragioni dell'amministrazione, ad opera di soggetti indipendenti e imparziali.

Uno specifico discorso merita il tema dei tempi, dell'amministrazione e del processo.

Con riguardo ai primi, vorrei ricordare un'osservazione ascoltata in occasione di un incontro tenutosi qualche anno fa alla Sapienza, secondo cui "l'Amministrazione ha bisogno di tempo per provvedere" - di un tempo ragionevole, ovviamente -, perché sull'altare della rapidità non possono essere sacrificati i principi e gli istituti dello Stato di diritto.

In ordine ai tempi del processo, mi limito a rilevare - con riferimento alla recente sentenza della Corte di giustizia che, anche se in maniera "forse un po' sbrigativa" (come è stato scritto da un autorevole studioso), ha "sconfessato" la decisione n. 4 del 2011 dell'Adunanza plenaria sul ricorso incidentale - che questa decisione tendeva, fra l'altro, a conseguire un obiettivo di celerità, evitando che, a causa del tempo occorrente per la ripetizione della gara, andasse perduto, relativamente a quella controversia, un finanziamento comunitario.

E' importante, comunque, rilevare che i ritardi (almeno di solito) non sono addebitabili al processo amministrativo e al suo giudice (proprio nella materia degli appalti la durata del processo è ragionevolmente contenuta), ma si collocano a monte, nel tempo, spesso davvero abnorme, che impiega l'amministrazione per adottare le sue determinazioni.

8. Sui temi in precedenza sommariamente indicati, come su molti altri, occorre continuare a lavorare, da parte dei giudici amministrativi, supportati sia dal loro organo di autogoverno che dagli orientamenti della dottrina e dai suggerimenti del foro. Lavorare tanto ed essere orgogliosi di farlo: andare a "sporcarsi le mani" negli archivi per scovare i ricorsi "dimenticati" anche dalle parti e dai loro difensori o per fissare udienze monotematiche, fare un uso molto accorto dei provvedimenti cautelari, evitare l'eccesso di rimessioni all'Adunanza plenaria, pur in presenza del rafforzamento della sua funzione nomofilattica (art. 99 c.p.a.), osservare i termini prescritti per il

deposito delle decisioni, non considerare un “feticcio” le disposizioni sui carichi di lavoro.

Fra tutte le soluzioni proposte per fronteggiare la crisi devono essere privilegiate quelle che considerano la Giustizia come un servizio, da migliorare, e non quelle che guardano ad essa come all’esercizio di un potere, da rafforzare; in questa ottica occorre mirare a due obiettivi: la tempestività dell’erogazione del servizio e la “utilità” della risposta giurisdizionale.

Dobbiamo fare di tutto perché le nostre decisioni assicurino indirizzi univoci; operino una semplificazione giurisprudenziale della complicazione legislativa; valorizzino il tradizionale ruolo di guida e di impulso nei confronti di una pubblica amministrazione che stenta a modernizzarsi; costituiscano, in sintesi, un fattore di sviluppo e di competitività, di crescita e di modernizzazione del Paese.

Anche operando in questo modo possiamo respingere con sdegno l’accusa mossa ai magistrati amministrativi di avere una cultura giuridica di base datata, per cui spesso seguono schemi vecchi e interpretano e “manipolano” le norme di legge in un contesto superato.

E possiamo dimostrare che sono meritate le espressioni che il Presidente della Repubblica ci rivolse al Quirinale, il 31 ottobre 2011, in occasione della celebrazione del 180° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato. Il Presidente Napolitano, ricordata l’esigenza di una migliore legislazione di fronte al “sensibile scadimento del processo di formazione delle leggi”, si riferì – cito testualmente – alle “energie che per vari canali può dispensare il corpo dei Consiglieri di Stato... magnifica fucina e scuola di formazione di servitori della cosa pubblica, responsabili, professionali e indipendenti”, sottolineando come le funzioni giurisdizionali e consultive del Consiglio di Stato “appartengono entrambe alla sfera delle garanzie e degli equilibri

istituzionali, a tutela dei cittadini e del corretto operare di uno Stato che voglia restare ancorato a principi di libertà e democrazia”.