

PROPOSTE DI RIFORMA DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

Introduzione

Il pacchetto delle proposte di riforma della giustizia Amministrativa sottoposto all'Assemblea comprende sette elaborati. Ne abbiamo iniziato a parlare nel 2016, in una riunione congiunta fra il Consiglio Direttivo di UNAA e il Comitato Tecnico Scientifico organizzata a Firenze dal Prof. Morbidelli.

Le proposte, elaborate da distinti gruppi, sono state dapprima sottoposte all'Assemblea di UNAA del 4 aprile 2017, poi esaminate, in particolare, nella riunione del Consiglio Direttivo del 28 settembre 2017 e pubblicate sul sito di UNAA (www.uneamministrativisti.it), sub "documenti", al fine di consentire su di esse una consultazione da parte delle Associazioni territoriali aderenti e, ovviamente, dei singoli iscritti ad esse.

Le materie sulle quali abbiamo lavorato sono eterogenee. Alcune proposte riguardano profili di organizzazione (governance) della giustizia amministrativa (Consigli giudiziari, indipendenza del giudice amministrativo, ridefinizione competenze del TAR Lazio), altre concernono modifiche del processo amministrativo per renderlo più efficace (giudice monocratico, valorizzazione dell'udienza cautelare), altre ancora riguardano l'introduzione di alternative al sistema del contenzioso giudiziale (mediazione amministrativa; mediazione in materia di appalti).

Queste sette proposte, salvo gli aggiustamenti che potranno scaturire dalle mozioni e dalla discussione assembleare, sono giunte ad uno stato di elaborazione avanzata, tale da consentirci di presentarle pubblicamente, sottoponendole in particolare agli interlocutori istituzionali.

Altre tematiche potranno in ogni caso emergere da esigenze sentite come di impellente interesse (e una base per la discussione potrà essere offerta anche dalle risposte al questionario sullo "stato della giustizia amministrativa", diffuso tramite UNAA e le Associazioni territoriali).

Per agevolare la comprensione e per focalizzare l'argomento, sono predisposte le schede di sintesi (abstract) che seguono, riguardanti ciascuna proposta.

Sull'indipendenza del giudice amministrativo

(abstract)

Tale proposta, mediante limitate modifiche alla legge sull'ordinamento della giustizia amministrativa e sul processo amministrativo, intende perseguire l'obiettivo di una maggior garanzia dell'indipendenza del giudice amministrativo rispetto al potere esecutivo.

E' noto che, per tradizione storica, il Consiglio di Stato ha competenze non solo giudiziarie, ma anche consultive. E l'alta competenza tecnico-giuridica dei Consiglieri di Stato li ha da sempre resi destinatari di importanti incarichi extragiudiziari conferiti dal potere esecutivo.

Queste caratteristiche della giustizia amministrativa non impediscono, tuttavia, alcuni aggiustamenti al sistema, volti a renderlo maggiormente coerente con i tratti fondamentali della giurisdizione di cui all'art. 111 della Costituzione e al principio del giusto processo, garantendo l'effettiva parità tra le parti del giudizio.

Gli aspetti critici dell'attuale assetto risiedono: a) nella nomina governativa di un quarto dei Consiglieri di Stato; b) nella persistente possibilità che ai Consiglieri di Stato siano attribuiti incarichi fuori ruolo; c) nelle problematiche legate al cumulo tra funzioni consultive e funzioni giurisdizionali in capo al medesimo organo.

Anche senza pensare ad una riforma radicale (che imporrebbe la soppressione delle nomine governative, ad evitare ogni ipotesi di condizionamento), sia la limitazione della partecipazione dei Consiglieri di nomina governativa alle sezioni consultive, sia la riduzione temporale dell'esercizio successivo delle funzioni giudiziarie da parte di chi abbia ricevuto incarichi fuori ruolo paiono utili a limitare possibili condizionamenti della funzione giurisdizionale da parte del potere esecutivo.

Da qui, in specie, la proposta di precludere ai consiglieri di nomina governativa la partecipazione alle sezioni giurisdizionali, nonché di precludere ai magistrati - al termine del collocamento fuori ruolo - la partecipazione alle sezioni giurisdizionali per i successivi cinque anni.

Ridefinizione della competenza funzionale del TAR per il Lazio

(abstract)

Il Codice ha adottato un criterio dualistico di determinazione della potestà giurisdizionale dei TAR, basato sulla competenza territoriale (art.13) e sulla competenza funzionale (art.14).

Quest'ultima ha introdotto un meccanismo non legato all'efficacia dell'atto o alla sede dell'organo, ma imperniato sull'assegnazione di particolari materie a determinati TAR (*ratio*: la specializzazione del giudice e la tendenziale uniformità delle decisioni).

In realtà, la competenza funzionale riguarda una serie di casi assai eterogenei, riunendo in una norma disposizioni puntuali che nel precedente assetto avevano dato risposta ad una pluralità di esigenze particolari, anche relative a situazioni locali di emergenza. Di qui l'elencazione delle "controversie" devolute alla competenza funzionale inderogabile del TAR Lazio –Roma (14, co. 1 ed esplicitata nell'art. 135, c.p.a.) e di un'unica e determinata tipologia di controversie attribuita al TAR Lombardia, Milano (art. 14, co. 2).

Seri problemi di razionale giustificazione di tale scelta (non essendo evidente la *ratio legis* per l'attribuzione ad un unico giudice di ipotesi diverse di competenza), dubbi sulla sua conformità ai principi costituzionali (e al modello di distribuzione territoriale degli organi di giustizia amministrativa di cui all'art. 125 Cost.) e criticità che si riflettono sui sistemi di giustizia amministrativa e di amministrazione pubblica locale (concentrazione nel plesso giurisdizionale TAR Lazio – Consiglio di Stato del contenzioso sull'economia pubblica, che viene pertanto ad essere deciso da un giudice prossimo agli organi centrali dello Stato) consigliano una ridefinizione di tale ordine di competenze.

Da qui la proposta di modifica.

Accanto all'opzione più radicale, che vedrebbe l'abrogazione espressa dell'art.14 (e del connesso art.135), con l'individuazione del TAR competente sulla base degli ordinari criteri di competenza territoriale, un'altra prospettiva valorizza, invece, l'aderenza ai principi costituzionali della articolazione territoriale e pluralistica della giustizia amministrativa, in accordo con il criterio degli effetti, da cui consegue che ogni questione che non coinvolga autenticamente un assetto di interessi di dimensione nazionale non è suscettibile di essere avocata ad altro giudice con lo strumento della competenza funzionale.

Alla luce di tale criterio, si può sottoporre a revisione l'elencazione delle materie devolute alla competenza funzionale inderogabile del TAR Lazio, espungendo dal catalogo dell'art.135 co. 1 del Codice talune competenze che non hanno alcuna giustificazione.

L'introduzione del giudice monocratico

(abstract)

L'introduzione del giudice monocratico nel processo amministrativo si porrebbe in linea con quanto già è stato fatto nel processo civile, in quello penale e finanche in quello contabile.

Si tratterebbe di attribuire al giudice monocratico poteri decisori analoghi a quelli del giudice collegiale, seppur limitati a specifiche materie, ovvero a fasi particolari del processo.

Ciò risponde ad esigenze di semplificazione, di razionalizzazione, di celerità ed efficienza della giustizia.

In alcune specifiche e limitate materie - caratterizzate da ripetitività, ovvero dalla sussistenza di parametri oggettivi di valutazione, ovvero dalla esistenza di fatti o atti che hanno effetto automatico sulla decisione medesima e di cui il giudice non può che prendere atto - il confronto collegiale può divenire superfluo (senza che ciò penalizzi l'effettività della tutela). In queste ipotesi il criterio generale della collegialità delle decisioni può essere, quindi, alleggerito.

Un'ampia riflessione è stata svolta sulle materie da attribuire al giudice monocratico, non certo rappresentative di un "contenzioso minore", ma che, per le loro caratteristiche, possono consentire all'avvocato - il cui ruolo viene garantito - di ritenere sufficienti i propri scritti per la decisione giudiziale, senza la necessità del confronto in udienza collegiale.

Tali fattispecie possono essere quelle relative: all'esecuzione di condanna della p.a. al pagamento di somme di denaro in base alla c.d. legge Pinto; all'accesso; all'immigrazione sulle questioni avverso il diniego di permesso di soggiorno; alle perenzioni dei ricorsi ultraquinquennali, attribuendo al giudice monocratico (e non già al presidente) l'emissione del decreto di perenzione.

La governance della giustizia amministrativa - I Consigli giudiziari

(abstract)

I consigli giudiziari esistenti (previsti dal d.lgs. n. 25/2006 sull'ord. giudiziario) sono caratterizzati dalla presenza al loro interno, similmente a quanto previsto nel testo costituzionale per il CSM, sia di membri togati che di membri c.d. laici. L'intento è quello di coinvolgere nel governo della magistratura altri soggetti che quotidianamente entrano in contatto con l'ordinamento giudiziario (avvocati e professori), con un sistema di selezione dei membri che è affidato all'ente esponenziale della categoria degli avvocati e al CUN (organo afferente al Ministero dell'Istruzione). Si tratta di un organo a "geometria variabile". La composizione "allargata", cioè comprensiva dei membri laici, è prevista solo su certe materie (ad es. sui criteri per l'assegnazione degli affari e la sostituzione dei giudici impediti, sulla vigilanza sull'andamento degli uffici giudiziari del distretto, su pareri e proposte sull'organizzazione e il funzionamento degli uffici del giudice di pace). Per tutte le altre questioni (ad es. i pareri per la valutazione di professionalità dei magistrati, i pareri inerenti lo *status* dei magistrati) il Consiglio decide in forma "ristretta".

L'intento primario della riforma del 2006 consisteva nel rafforzare lo spirito di leale collaborazione tra tutte le categorie coinvolte nella pratica dell'ordinamento giudiziario e nel dotare il sistema di autogoverno degli strumenti giuridici necessari a tal fine.

L'esigenza di meglio attuare la collaborazione delle varie componenti all'interno dei consigli giudiziari è stata rappresentata, negli ultimi tempi, anche dal protocollo di intesa tra CNF e CSM, del 13 luglio 2016. Il CSM ha evidenziato la necessità di aumentare il grado di trasparenza nell'attività dell'organo e migliorare qualitativamente e quantitativamente l'apporto della componente dell'avvocatura.

La giustizia amministrativa, su questo, è rimasta indietro. Al di là di sporadiche esperienze, infatti, l'organizzazione del *sistema* ha sempre avuto quale unico riferimento il Consiglio di Presidenza (al cui interno non sono rappresentate le istanze dell'avvocatura).

Può quindi ravvisarsi al riguardo un deficit di democratizzazione, anche se si registrano oggi aperture nella realizzazione del principio di collaborazione fra le parti del giudizio. Esempio ne è il processo amministrativo telematico (PAT), la cui concreta attuazione (soprattutto con riferimento alla *scrittura* dei moduli) è stata progressivamente declinata di concerto con le associazioni maggiormente rappresentative dell'avvocatura, con la creazione di un tavolo permanente di confronto fra componente magistratuale e foro specialistico della materia.

Da qui la proposta di un organo che - sulla falsariga dei consigli giudiziari - possa dare adeguata rappresentanza, in una sede *istituzionale e permanente*, alle istanze dell'avvocatura.

Un organo da istituire presso ogni TAR (Sezioni staccate comprese) e presso il Consiglio di Stato, la cui composizione tenga in adeguata considerazione tutte le parti del processo amministrativo e che consenta alle stesse di concorrere, con pari dignità, alla programmazione giudiziaria.

La mediazione amministrativa

(abstract)

Questo è un istituto nuovo per il diritto amministrativo.

Si prevede che la mediazione sia strumento di deflazione del contenzioso e di celerità nella soluzione di controversie con la P.A., prendendo spunto dalla mediazione civile, ritenuta applicabile anche ai giudizi che coinvolgono le pubbliche amministrazioni ove non svolgano attività autoritativa.

Nella proposta questo limite viene superato: la mediazione può riguardare tutte le controversie nelle quali sia coinvolta una P.A. e si applica a tutte le P.A., sia davanti alla giurisdizione ordinaria, che davanti alle giurisdizioni speciali.

La disciplina della mediazione viene correlata alla partecipazione del procedimento con due soluzioni: a) la prima, modellata su quella prevista per il giudizio tributario, che presuppone l'intervenuta notifica del ricorso; b) la seconda che prescinde invece dal ricorso.

La prima può garantire meglio l'Amministrazione nella valutazione della fondatezza delle pretese vantate dalla controparte privata, avendo già di fronte un ricorso con la dispiegazione di tutte le doglianze. La seconda, invece, evita a colui che vuole ricorrere alla mediazione di dover predisporre un atto introduttivo del giudizio ed è, sotto tale profilo, più in linea con la prospettiva deflattiva del contenzioso.

E' previsto che il responsabile del procedimento, ricevute le deduzioni dell'interessato a seguito della comunicazione dei motivi ostativi, avvii, su domanda di quest'ultimo, un procedimento di conciliazione pre-giudiziale della questione controversa; che la domanda di mediazione da un lato produca sulla prescrizione gli effetti, interruttivi, della domanda giudiziale, dall'altro impedisca, per una sola volta, la decadenza (ma se il tentativo fallisce il giudizio deve essere proposto entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di mancato accordo presso la segreteria dell'organismo di mediazione); che la parte amministrativa competente a ricorrere alla mediazione, sia come parte istante, che come parte chiamata, sia individuata nel responsabile del procedimento, con il potere di agire o resistere in giudizio, ovvero, in mancanza nel titolare dell'ufficio competente per materia, che l'ufficio competente a ricevere le istanze di mediazione sia l'ufficio o servizio legale interno della P.A. oppure, in mancanza, il responsabile degli affari generali dell'Ente; che il termine per la conclusione della procedura di mediazione sia di 30 gg. e che l'istanza di mediazione possa essere già contenuta nel ricorso al TAR, valendo la presenza dell'istanza a far sospendere il termine del deposito del ricorso sino alla scadenza di trenta giorni dal perfezionamento della notifica del ricorso medesimo all'Amministrazione; che la presentazione di tale istanza non incida sulla possibilità per il ricorrente di procedere comunque al deposito del ricorso, ove intenda ottenere dal TAR provvedimenti cautelari; che la P.A. nella procedura di mediazione sia obbligatoriamente assistita da un avvocato; che l'accordo sia formalizzato in una delibera o una determina dell'organo competente; e che la sottoscrizione dell'accordo e della determina relativa non comporti responsabilità in capo ai soggetti intervenienti, se non per l'ipotesi di dolo. L'accordo sottoscritto dagli avvocati e dalle parti è titolo esecutivo.

Particolare approfondimento è dedicato all'individuazione della figura del mediatore, per la quale sono possibili scelte alternative.

Proposta di ADR in materia di appalti pubblici

(abstract)

La proposta mira a dare ai soggetti legittimati a proporre ricorso giurisdizionale nelle materie di cui agli artt.119, 1 comma lett.a) e 120 del d.lgs. n. 104/2010 la possibilità di presentare, in alternativa al ricorso, una richiesta di parere sulla soluzione della controversia, che tenga luogo del giudizio di primo grado.

L'intento è quello di offrire un'alternativa, come applicazione di istituto di ADR, al rimedio previsto dal Codice dei contratti (art.211) dei pareri di pre-contenzioso espressi dall'ANAC (procedura che non garantisce tempistica e contraddittorio adeguati).

Nel contempo, si punta a snellire il procedimento, riducendo i tempi di decisione, anche omettendo un grado di giudizio, ma nel rispetto delle prerogative costituzionali del diritto di difesa e del giusto procedimento, consentendo altresì di evitare il pagamento del contributo unificato, eccessivamente elevato in materia di appalti.

La procedura di ADR in questione è così concepita: nel caso di provvedimenti di ammissione, esclusione o aggiudicazione di un appalto, il soggetto legittimato a proporre ricorso può, in alternativa al mezzo giurisdizionale, presentare una istanza di parere entro il termine perentorio di 15gg dalla comunicazione dei predetti provvedimenti.

A quale organismo? Escluse sia la stazione appaltante (causa la non felice esperienza della informativa di pre-contenzioso prevista dal precedente codice) sia ANAC (già titolare del parere ex art. 211 Codice Contratti), si è pensato di utilizzare la soluzione dell'Albo presente presso il Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, in cui sono iscritti i magistrati amministrativi che si dichiarano disponibili a svolgere incarichi arbitrari ed altro. Analogo Albo, approvato dal C.P.G.A. potrebbe essere istituito presso i TAR.

Sono stabiliti tempi perentori per lo svolgimento della procedura.

Se la stazione appaltante non accetta il parere o se il parere è contrario alle ragioni del privato richiedente, questi potrà comunque impugnare i provvedimenti emessi dalla stazione appaltante ed il parere direttamente al Consiglio di Stato, con il pagamento del contributo unificato per questa sola fase del giudizio.

Si tratta comunque di una misura alternativa al ricorso al TAR, rimedio che l'interessato può in ogni caso preferire.

Il nuovo ruolo dell'udienza cautelare

(abstract)

La tutela cautelare è centrale nel giudizio amministrativo.

Dalla tutela prettamente inibitoria - consona al processo di impugnazione - si è via via passati ad una tutela cautelare più ampia e già satisfattiva.

Grazie anche all'effetto espansivo della giurisprudenza, che ha trovato recepimento nel CPA (art.55), l'ordinanza cautelare è divenuta una sorta di "contenitore" e non un tipo di provvedimento. Alle ordinanze classiche inibitorie si sono affiancate ordinanze a tempo, parziali, interpretative, propulsive, prescrittive di certi comportamenti.

Oggi il giudice amministrativo, sulla base di quello che anche il Codice gli consente, deve emettere le misure cautelari più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione del ricorso.

Certo il provvedimento cautelare non può di regola prescindere dal giudizio di merito, ma esistono casi in cui la pronuncia cautelare è autosufficiente, perché suscettibile di definire la lite.

Si può quindi delineare un nuovo ruolo dell'udienza cautelare. L'udienza in Camera di Consiglio può diventare il mezzo per una prima verifica della causa anche ai fini della decisione di merito.

L'esigenza di tutela invocata può essere soddisfatta dalla stessa misura cautelare atipica (che può essere autosufficiente) o può condurre ad una decisione di merito, ove vi sia la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite le parti sul punto.

In tale ottica è dunque proposta una riformulazione dell'art. 55 comma 10 del CPA volta a potenziare, nella prospettiva della celerità della giustizia e quindi dell'effettività della tutela, l'autonomia della prima fase del processo quale momento anche definitivo, ove ne ricorrano le condizioni.