

SEZIONE II • IL PROCESSO

8. Le regole del processo in sede di giurisdizione esclusiva.

In mancanza di un'espressa disciplina normativa, all'individuazione e definizione delle tecniche di svolgimento del processo e delle azioni esperibili in sede di giurisdizione esclusiva del G.A., si è a lungo atteso in via pretoria.

In un primo tempo le regole applicate erano quelle proprie del giudizio generale di legittimità: oggetto del giudizio doveva essere pertanto un provvedimento amministrativo da impugnare nel termine di decadenza quale che fosse la qualificazione giuridica della posizione soggettiva asseritamente lesa.

Per effetto delle note sentenze del Cons. St., 1 dicembre 1939, n. 795 e Corte Cost., 28 giugno 1985, n. 190 e Corte Cost., 23 aprile 1987, n. 146, il giudizio in sede di giurisdizione esclusiva ha iniziato ad assumere connotazioni proprie e conseguente autonomia rispetto al giudizio generale di legittimità, con regole diverse a seconda che la tutela chiesta al giudice amministrativo involgesse situazioni giuridiche di diritto soggettivo o di interesse legittimo.

In questo secondo caso il processo resta tendenzialmente assoggettato ai principi e alle regole del giudizio di legittimità, mentre nel primo caso le regole sono quelle proprie del processo celebrato innanzi al giudice ordinario.

Il quadro delle regole è radicalmente mutato per effetto dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 80/1998, il cui art. 35 ha previsto che il G.A., nelle materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, conosce anche delle questioni relative a diritti, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno ingiusto, con conseguente implicita abrogazione di tutte le disposizioni che devolvevano al G.O. le controversie aventi ad oggetto il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi nelle materie oggetto di giurisdizione esclusiva.

A tale ampliamento dell'ambito cognitorio del G.A. in sede esclusiva, ha fatto seguito un rafforzamento dei poteri istruttori riconosciuti allo stesso.

Lo stesso art. 35, comma 3, ha previsto che il G.A. nelle controversie attratte alla sua giurisdizione esclusiva, potesse disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal c.p.c., nonché della consulenza tecnica d'ufficio, con esclusione dell'interrogatorio formale e del giuramento.

Con il successivo art. 7, l. n. 205/2000, i poteri cognitivi e decisivi riconosciuti al G.A. dal citato art. 35, d.lgs. n. 80/1998, sono stati estesi anche al di fuori delle materie assegnate alla sua giurisdizione esclusiva, essendo gli stessi ormai previsti con riferimento all'intero ambito della sua giurisdizione.

Le disposizioni sopracitate sono ora confluite negli artt. 7 e 30 c.p.a..

Per quel che attiene ai mezzi di prova, rileva invece l'art. 63 C.p.a. che rinvia agli strumenti probatori previsti dal c.p.c., (ribadendo l'esclusione dell'interrogatorio formale e del giuramento) senza limitare siffatta previsione ai soli casi di giurisdizione esclusiva.

9. L'azione di accertamento.

In merito dell'azione di accertamento fondamentale è stata la pronuncia con cui l'Adunanza plenaria ha ammesso l'esperibilità della stessa anche in relazione a questioni non aventi contenuto patrimoniale, riconoscendo l'esercizio dell'azione di accertamento a protezione di diritti soggettivi lesi dall'operato della P.A. (Cons. St., A.P., 26 ottobre 1979, n. 25)

Pertanto nella giurisdizione esclusiva - ferma la necessaria proponibilità dell'ordinario rimedio impugnatorio nei casi in cui l'esigenza di tutela involga un interesse legittimo lesa da un provvedimento amministrativo - è anche riconosciuta l'esperibilità di una generale azione di accertamento a protezione di diritti soggettivi.

L'azione di accertamento può essere esercitata, senza necessità di previo ricorso allo speciale rimedio previsto per il caso di "silenzio della P.A." dall'art. 21 bis, l. n. 1034/1971 (ora dall'art. 117 c.p.a.), anche ove l'amministrazione rimanga inerte a fronte della richiesta con cui il privato chiede il riconoscimento di un diritto soggettivo.

Per i soli diritti soggettivi aventi natura patrimoniale è ammissibile anche l'azione di condanna della P.A. al pagamento delle somme di cui la stessa risulti debitrice.

In giurisprudenza si ritiene che la disciplina di cui all'art. 21 bis, l. n. 1034/1971 (ora all'art. 117 c.p.a.), non sia applicabile quando si tratta di controversie che solo in apparenza abbiano ad oggetto una situazione di inerzia, come nel caso di giudizi incentrati sull'accertamento di diritti soggettivi di credito attribuiti alla giurisdizione esclusiva del G.A. e soggetti al termine di prescrizione.

(*ex multis*: Tar Campania, Napoli, sez V, 25 gennaio 2012, n. 335, Tar Lazio, Roma, sez I, 5 dicembre 2011, n. 9540)

10. L'azione costitutiva.

Anche in sede di giurisdizione esclusiva è certamente ammessa l'azione costitutiva intesa ad ottenere l'annullamento di atti e provvedimenti illegittimi, lesivi di posizioni di interesse legittimo.

A tutela di diritti soggettivi, è stata, inoltre, riconosciuta, l'ammissibilità dinanzi al G.A. della domanda di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c., o ancora di domande di annullamento o risoluzione di contratti di cui sia parte l'amministrazione.

Trattandosi tuttavia di azioni volte ad incidere su un rapporto di tipo paritetico tale assunto va coordinato con quanto statuito nella sentenza della Corte cost. n. 204/2004 che, come noto, ha imposto di sottrarre a monte, alla giurisdizione esclusiva del G.A., controversie nelle quali non sia in discussione l'esercizio del potere.

11. L'azione di condanna.

In sede di giurisdizione esclusiva sono esperibili anche azioni intese ad ottenere sentenze di condanna della P.A. al risarcimento del danno ingiusto cagionato, al pagamento di somme dovute e non corrisposte, azioni aventi carattere inibitorio.

L'azione risarcitoria, introdotta nel processo amministrativo dall'art. 35, d.lgs. n. 80/1998 (e ora prevista dall'art. 30 c.p.a.), può essere volta ad ottenere tanto una condanna in forma specifica, con effetti di reintegrazione nella situazione *quo ante*, quanto una condanna per equivalente.

In tema di pagamento di somme non corrisposte dalla P.A., l'art. 118 c.p.a. (e prima l'art. 8, l. n. 205/2000) ha previsto che il G.A., in sede esclusiva, nei giudizi aventi ad oggetto diritti soggettivi di natura patrimoniale, possa emettere decreto ingiuntivo ex art. 633 c.p.c.. L'art. 118 c.p.a. non ha tuttavia riprodotto la possibilità ad opera del G.A. di adottare le ordinanze provvisoriale in corso di giudizio di cui agli artt. 186 *bis* e 186 *ter* c.p.c.

Per l'azione inibitoria, l'art. 3 dello Statuto dei consumatori e degli utenti, approvato con la l. n. 281/1998, ha previsto la possibilità per il G.A., in sede di giurisdizione esclusiva nella materia dei servizi pubblici, di adottare provvedimenti inibitori a tutela degli interessi collettivi fondamentali degli utenti individuati dall'art. 1.

12. I mezzi di prova e la loro acquisizione nel corso del processo amministrativo.

L'art. 35, d.lgs. n. 80/1998, come riscritto dalla l. n. 205/2000, prevedeva che il G.A., nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, potesse disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal c.p.c. nonché della consulenza tecnica d'ufficio, con l'esclusione dell'interrogatorio formale e del giuramento, non ammessi attesa l'indisponibilità dell'interesse pubblico e la non assoggettabilità del libero convincimento del giudice a prove legali.

Prima del varo del c.p.a. ci si chiedeva se il sistema probatorio così introdotto per la giurisdizione esclusiva potesse riferirsi, oltre che ai casi in cui si lamentasse la lesione di diritti soggettivi, anche ai giudizi in cui fosse in contestazione la lesione di interessi legittimi. La tesi prevalente sul punto era di segno negativo: si sosteneva, infatti, che la lettura estensiva della norma avrebbe generato una ingiustificata e irragionevole discriminazione tra la tutela dell'interesse legittimo in sede di legittimità, connotata dai tradizionali limiti probatori e la tutela del medesimo interesse in sede di giurisdizione esclusiva, caratterizzata invece dall'avvento dei nuovi mezzi di prova.

La materia è ora disciplinata dagli artt. 63 e seguenti del Codice del processo amministrativo che sul punto detta una disciplina uniforme per il giudizio di legittimità e in sede esclusiva. In particolare, l'art. 63 prevede:

1. Fermo restando l'onere della prova a loro carico, il giudice può chiedere alle parti anche d'ufficio chiarimenti o documenti.
2. Il giudice, anche d'ufficio, può ordinare anche a terzi di esibire in giudizio i documenti o quanto altro ritenga necessario, secondo il disposto degli articoli 210 e seguenti del codice di procedura civile; può altresì disporre l'ispezione ai sensi dell'articolo 118 dello stesso codice.
3. Su istanza di parte il giudice può ammettere la prova testimoniale, che è sempre assunta in forma scritta ai sensi del codice di procedura civile.
4. Qualora reputi necessario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche, il giudice può ordinare l'esecuzione di una verifica ovvero, se indispensabile, può disporre una consulenza tecnica.
5. Il giudice può disporre anche l'assunzione degli altri mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento.

1. La posizione della giurisprudenza prima di Cass. civ., Sez. Un., n. 4109 del 2007 e di Corte cost. n. 77 del 2007.

L'art. 50 c.p.c. prevede che, in caso di sentenza che abbia pronunciato sulla competenza, il processo possa essere riassunto, entro il termine previsto dalla decisione o, in mancanza, entro sei mesi dalla comunicazione della decisione. Si tratta della c.d. *translatio iudicii* che il legislatore del 1940 ha previsto espressamente con riferimento ai soli giudizi sulla competenza. Ciò posto il problema da tempo al centro di un importante dibattito dottrinale, è quello riguardante l'applicabilità della regola sulla trasmigrabilità del processo anche al caso di pronunce sulla giurisdizione. La questione è di non poco conto se si considera il rischio che il privato, per effetto di una non corretta individuazione del giudice, vada incontro, dinanzi al giudice ridivenuto titolare del potere giurisdizionale, ad una pronuncia di irricevibilità per tardività dell'azione. Sul punto si sono formati nel corso degli anni due orientamenti, il primo ostile all'estensione della *translatio* alle ipotesi di pronunce sulla giurisdizione, il secondo, al contrario, favorevole.

TESI OSTILE ALLA *TRANSLATIO*

Secondo i fautori della tesi ostile alla estensione dell'istituto della *translatio*, la trasmigrabilità della causa da una giurisdizione ad un'altra doveva ritenersi esclusa dallo stesso legislatore, non avendo questi introdotto una disposizione simile a quella di cui all'art. 50 c.p.c. In secondo luogo, l'impossibilità di tale trasmigrazione del giudizio da un giudice ordinario ad uno speciale, trovava fondamento nell'eterogeneità delle situazioni giuridiche tutelate davanti ai due giudici. (Cass. civ., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7039)

TESI FAVOREVOLE ALLA *TRANSLATIO*

Altra tesi, partendo dal principio chiovendiano secondo cui il processo deve tendere ad una sentenza di merito (e non ad una pronuncia purchessia) era necessario assicurare, unitamente alla conservazione degli effetti della domanda proposta innanzi al giudice privo di giurisdizione, la trasmigrabilità della causa al giudice che ne fosse fornito. Inoltre, si era adottata l'esigenza di evitare che la declaratoria di difetto di giurisdizione del G.O. potesse dar luogo, essendo intanto maturato il termine decadenziale per la proposizione del ricorso al giudice speciale, alla definitiva stabilità dell'atto impugnato. (Cass. Civ., Sez. Un., 5 marzo 2001, n. 88)