ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI

SCUOLA DOTTORALE INTERNZIONALE DI DIRITTO ED ECONOMIA "TULLIO ASCARELLI"

SEZIONE DIRITTO AMMINISTRATIVO

XXIII CICLO

Le azioni di cognizione nel processo amministrativo

Docente Tutor:

Chiar.ma Prof.ssa

Maria Alessandra Sandulli

Dottorando:

Francesco Pignatiello

Anno Accademico 2010/2011

Indice generale

Capitolo I.....5

Dalle azioni alle tecniche di tutela.....5

Il codice del processo amministrativo.....5

Dalle azioni processuali alle tecniche di tutela.....7

Il ruolo nello studio delle azioni dell'evoluzione della nozione di interesse legittimo.....13

Qualificazione delle azioni in funzione del provvedimento giurisprudenziale che ne deriva.....14

Le azioni nella tradizione dottrinale del processo civile.....15

Il testo definitivo del codice e la possibilità di ammettere azioni atipiche.....16

La non esaustività della disciplina codicistica trova riscontro nella positiva previsione di ulteriori azioni di cognizione in altre disposizioni anche extra codice.....19

Sull'evoluzione del processo amministrativo verso l'effettività della tutela.....21

L'effettività della tutela nell'ordinamento interno.....24

Il principio di effettività nella dimensione europea.....30

Il principio di effettività nel codice del processo amministrativo.....35

Giustizia ``effettiva'' e tutela ``sostanziale'' dell'interesse legittimo.....37

La lettura della disciplina delle azioni alla luce del principio dell'effettività della tutela.....41

Principio di atipicità delle forme di tutela quale corollario dell'effettività della tutela.....44

Dalla atipicità delle azioni all'atipicità delle pronunce giurisdizionali.....46

Capitolo II.....49

L'azione di annullamento.....49

L'azione di annullamento nel codice.....49

Premessa metodologica per analisi tutela di annullamento.....51

Sugli effetti della sentenza di annullamento.....55

L'art. 21 octies della legge n. 241/1990.....56

Limitazioni alla tutela caducatoria.....58
Sull'oggetto del giudizio amministrativo di legittimità.....58
Il problema del riesercizio del potere.....61
Sull'effetto conformativo.....62
L'oggetto del giudizio di annullamento nell'ottica dell'effettività della tutela…63
Sull'atipicità del contenuto della tutela di annullamento.....65
L'azione di annullamento, superamento della retroattività degli effetti e del principio dell'automatismo.....67
Dubbi sistematici e critiche dottrinali.....72
La mancata previsione di legge e la violazione del principio di legalità.....75
Retroattività degli effetti della sentenza di annullamento e diritto europeo.....79
Possibilità di esiti contrari alle esigenze di effettività della tutela.....82
Limite del contenuto tipico dell'azione di annullamento.....84
Sulle condizioni per adottare una pronuncia ex art. 34, comma 3, c.p.a., di accertamento dell'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori. 86
Ulteriori critiche alla atipicità in concreto degli effetti della sentenza di annullamento dal punto di vista sistematico e di coerenza del sistema.....88
La tutela costitutiva nel processo civile. Differenze con il processo amministrativo.....92
Possibilità di superare le critiche mosse. Dall'azione di annullamento alla tutela di annullamento.....93
Sulla violazione del principio della domanda.....94
La graduabilità degli effetti della tutela di annullamento.....94
La possibilità di una tutela di annullamento attraverso una pronuncia di accertamento dell'illegittimità non caducante l'atto impugnato con effetto conformativo sulla riedizione del potere.....96

Capitolo II.....99

L'azione di condanna.....99

L'art. 30 del codice del processo amministrativo.....99
L'azione di condanna nel quadro delle tutele.....102
La prima versione del codice predisposta dalla Commissione di esperti.....103

L'assetto codicistico attuale e la possibilità di un'azione di condanna atipica..105

L'azione di condanna ad un facere specifico.....107

Problemi e limiti relativi all'ammissibilità di un'azione di condanna atipica ed in particolare ad un facere specifico.....111

La decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 3/2011.....112

Dubbi sulla configurabilità di un'azione di condanna ad un facere specifico....117

Ammissibilità di un'azione di condanna pubblicistica nell'ottica dell'effettività della tutela e condizioni per la proponibilità di tale azione.....120

Ruolo del giudice e precedenti giurisprudenziali.....121

Limite di carattere processuale. Contestuale proposizione dell'azione di condanna ad altra azione di cognizione.....125

Possibilità di un'azione di adempimento autonoma nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva.....132

Necessità della domanda di parte.....136

Sulla possibilità della nomina del commissario ad acta ex art. 34, lett. e).....138

Sul limite sostanziale dei poteri amministrativi non ancora esercitati.....139

Condizioni per ritenere "esaurita" la discrezionalità.....142

Individuazione della mancanza di ulteriori margini di discrezionalità attraverso la fase istruttoria e la tecnica del remand.....145

Capitolo IV.....151

L'azione di accertamento.....151

L'azione di accertamento nella bozza del codice elaborata dalla commissione. 151

La tutela di mero accertamento nell'ordinamento giuridico.....152

La possibilità di ammettere un'azione di accertamento nel processo amministrativo.....154

L'azione di accertamento nel processo amministrativo.....157

Conferme giurisprudenziali.....162

Le azioni di accertamento tipiche (cenni).....168

Conclusioni sull'ammissibilità di un'azione autonoma di accertamento.....180

Conclusioni.....183

Bibliografia.....187

Capitolo I

Dalle azioni alle tecniche di tutela

Il codice del processo amministrativo.

Il codice del processo amministrativo, approvato con il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 ed entrato in vigore il 16 settembre 2010, ha introdotto per la prima volta nello scenario normativo della giustizia amministrativa la disciplina sistematica delle azioni esperibili nei confronti della Pubblica Amministrazione (artt. 29-32) e delle pronunce giurisprudenziali (artt. 33-37), tracciando nel complesso la portata delle tutele fornite al privato e dei poteri attribuiti al giudice amministrativo per garantire l'effettività e la satisfattività della tutela.

Con il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 è stato introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento un codice del processo amministrativo[1] che racchiudesse e superasse la precedente normativa contenuta in più fonti legislative in gran parte risalenti nel tempo il cui contenuto normativo è stato nel corso degli anni integrato ed arricchito dall'interpretazione giurisprudenziale.

All'interno del complessivo riassetto della disciplina del processo operato dal Codice, un ruolo di particolare importanza è ricoperto dalla positiva previsione delle azioni esperibili dinanzi al giudice amministrativo[2].

Il Legislatore delegato era stato espressamente investito del compito di tracciare la sistematica delle azioni e delle funzioni del giudice "*disciplinando,*

---

[1] Nel prosieguo della trattazione si useranno anche le abbreviazioni "Codice" o "cpa".

[2] Tra i primi commenti al codice, Sandulli M. A., *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*, in Foro amministrativo TAR, 2010, pp. LXV ss.; Tassone A. R., *Così non serve a niente*, in Giustamm.it, 2010; Travi A., *Osservazioni generali sullo schema di decreto legislativo con un 'codice' del processo amministrativo*, in www.giustamm.it, maggio 2010, 5; Chieppa R., *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010; larich M., *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in Giornale di diritto amministrativo, 2010, 1121 ss.; Merusi F., *In viaggio con Laband..,* in www.giustamm.it, aprile 2010.

ed eventualmente riducendo, i termini di decadenza o prescrizione delle azioni esperibili e la tipologia dei provvedimenti del giudice" e "*prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa*", da armonizzare con l'esigenza di "*assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo*" (art. 44, co. 2, lett. a) e b) della legge delega)[3].

L'ampiezza della delega sul punto aveva consentito alla Commissione insediata presso il Consiglio di Stato di licenziare un testo fortemente innovativo, che traduceva in termini concreti l'ormai riconosciuta natura di posizione giuridica di diritto sostanziale dell'interesse legittimo ed il principio costituzionale di effettività della tutela, vista la previsione, accanto alle tradizionali azioni, delle azioni di accertamento e di adempimento ed attesa la possibilità di richiedere la condanna dell'amministrazione "*all'adozione di ogni altra misura idonea a tutelare la posizione giuridica soggettiva, non conseguibile con il tempestivo esercizio delle altre azioni*".

Il Governo, invece, ha ritenuto di eliminare gli articoli sull'azione di accertamento e di adempimento, nonchè di limitare il Capo II del Titolo III del Libro I alle sole azioni di cognizione, disciplinando in modo autonomo l'azione di esecuzione e l'azione cautelare rispettivamente nel Libro II e nel Libro IV (ai cui relativi commenti si rinvia per approfondimenti).

Gli approdi raggiunti, tuttavia, anche se in parte frutto del timore delle ripercussioni che un intervento sulla disciplina dei rimedi esperibili avrebbe inevitabilmente avuto su aspetti sostanziali del diritto amministrativo e sulla complessiva tutela garantita dall'ordinamento, devono essere apprezzati se non altro per aver fatto chiarezza su temi fondamentali per l'operatore del diritto, quali l'azione di condanna e la c.d. pregiudiziale amministrativa.

---

[3]In passato già l'art. 1, terzo comma lett. n), disegno di legge delega per la riforma del processo amministrativo n. 1912 del 1989 pubblicato in foro it. 1990, V 302, che affidava al legislatore delegato il compito di "*disciplinare organicamente il sistema delle pronunce sul ricorso in relazione al loro contenuto, rispettivamente di accertamento, costitutivo o di condanna*".

Dalla relazione allegata al codice è possibile trarre un'indicazione, quantomeno formale, del perchè il legislatore allo stato attuale abbia deciso di non utilizzare la facoltà concessa dalla delega, ritenendo adeguata e completa la tutela apprestata delle azioni già previste dal capo II.

In breve, la disciplina delle azioni di cognizione contempla, accanto alla tradizionale azione di annullamento (art. 29), l'azione di condanna (art. 30), comprensiva dell'azione risarcitoria, l'azione avverso il silenzio e l'azione di accertamento della nullità (entrambe previste all'art. 31). Chiude il Capo l'art. 32 sulla possibilità di cumulare più domande nello stesso giudizio e sulla conversione delle azioni. Anche nel giudizio amministrativo, dunque, al pari di quanto avviene nel processo di cognizione civile, è possibile riscontrare l'esistenza di azioni di accertamento (nullità), di azioni costitutive (annullamento) e di azioni di condanna, fermo restando la possibilità di esperire azioni specifiche contro l'inerzia della pubblica amministrazione o in materia di accesso agli atti amministrativi.

La disciplina delle azioni, tuttavia, non si limita agli articoli espressamente dedicati dal Codice alle stesse ma può e deve essere integrata con le disposizioni concernenti le pronunce adottabili ed in particolare l'art. 34 cpa sulle sentenze di merito, nonché alla luce dei principi di effettività e del giusto processo (art. 1 cpa).

Dalle azioni processuali alle tecniche di tutela.

La dottrina, invero, aveva già affrontato lo studio delle azioni processuali tentando di ricondurre ad unità e sistema le norme contenute nelle leggi sulla giustizia amministrativa[4].

[4] A. M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963; il Maestro aveva distinto tra le azioni di impugnazione, le azioni di accertamento, l'azione di esecuzione, l'azione cautelare di sospensione.

Lo studio delle azioni, in generale, e quello delle azioni di cognizione, in particolare, non può prescindere dall'analisi dai provvedimenti adottabili dal giudice.

Azioni ammissibili e pronunce giurisdizionali sono strettamente correlate tra di loro in un gioco di specchi che consente di delineare un quadro completo della tutela delle posizioni giuridiche di cui è portatore il privato nei confronti dell'amministrazione.

La legge di delega (art. 44, l. 18 giugno 2009, n. 69), nei criteri direttivi aveva demandato al legislatore delegato di "*disciplinare le azioni e le funzioni del giudice*" (art. 2, lett. *b*), "*prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa*" (art. 2, lett. *b*) n. 4).

Le disposizioni sulle azioni e quelle sulle pronunce giurisdizionali devono, a loro volta, essere lette in combinato disposto con l'art. 1 del Codice sul principio di effettività e l'art. 7 comma 7, secondo cui "*il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e nelle particolari materie indicate dalla legge dei diritti soggettivi"*.

Nello schema elaborato dall'apposita commissione presso il Consiglio di Stato venivano previste: l'azione di accertamento, l'azione avverso il silenzio, l'azione di annullamento, l'azione di condanna, l'azione di adempimento, le azioni esecutive e l'azione cautelare (artt. 36-42).

L'azione di accertamento concepita come possibilità di chiedere l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle conseguenziali pronunce dichiarative.

L'azione di condanna volta ad ottenere la condanna dell'amministrazione al pagamento di somme di denaro, o all'adozione di ogni altra misura idonea a tutelare la posizione giuridica soggettiva, non conseguibile con il tempestivo esercizio delle altre azioni. L'azione di adempimento, strutturata come l'azione di condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento richiesto o

denegato, proponibile contestualmente a quella di annullamento, o avverso il silenzio, entro i termini previsti per tali azioni[5].

Il codice rappresenta una tappa importante verso un sistema il più possibile orientato a fornire un'adeguata tutela al ricorrente.[6]

L'effettività della tutela, infatti, costituisce il punto di partenza ed il punto di arrivo della presente indagine, nella quale proveremo ad analizzare le azioni di cognizione dal punto di vista delle tecniche di tutela che offre al privato nei confronti della pubblica amministrazione.

Come avremo modo di analizzare nelle pagine che seguiranno, anche alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale e delle "fughe in avanti" dell'elaborazione pretoria più recente, appare più coerente per un'interpretazione sistematicamente più coerente parlare di tecniche di tutela dell'interesse legittimo e non di azioni.

Non a caso il codice di procedura civile non elenca e non tipizza le azioni.

Di azioni parla, invece, il codice civile ad evidenziare che le azioni confomano la posizione giuridica soggettiva ed hanno una natura sostanziale.

Quelle che chiamiamo azioni sono tecniche di tutela che come vedremo saranno inevitabilmente atipiche perchè sostanziano azioni non determinabili in astratto.

Bisogno di tipizzare le azioni nel Codice può ritenersi dovuto solo a ragioni pratiche, ma non si può ritenere che la disciplina positiva esaurisca il ventaglio delle tutele[7].

---

[5]S. Raimondi, L*e azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2011, 03, 913.

[6] Ramajoli M., *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in Caranta R. (diretto da), Il nuovo processo amministrativo, Zanichelli, 573 ss.

[7] Torchia L., Le nuove pronunce del codice del processo amministrativo, in Giornale Dir. Amm., 2010, 12, 1319, in cui l'Autore evidenzia che "*La giurisdizionalizzazione è un fenomeno dei nostri tempi, che tocca sia gli ordinamenti nazionali, sia quelli sopranazionali e produce un arretramento del diritto legislativo e un avanzamento del diritto giurisprudenziale. In un quadro caratterizzato da un crescente grado di incertezza e di imprevedibilità, le decisioni dei giudici assicurano almeno la certezza nel caso concreto e sono dotate di specifica efficacia. Rispetto ad un diritto legislativo sempre più frammentato, complesso e, allo stesso tempo, rigido, il diritto giurisprudenziale è più flessibile, più pronto e rapido nel rispondere alle aspettative di tutela e, anche, più capace di autocorreggersi rispetto alle esigenze che di volta in volta vengono in gioco. Il Codice del processo amministrativo allo stesso tempo riflette e*

La ricerca sulle azioni potrebbe essere condotta anche attraverso un'immedesimazione nella *weltanshaung* di un giurista romano o di un avvocato anglosassone, interrogandosi su quali siano i bisogni di tutela più ricorrenti nell'ambito del diritto amministrativo e quali di conseguenza i rimedi e le azioni rinvenibili a tutela del privato.[8]

Ci accorgeremo così che bisogni e rimedi, interessi sostanziali e posizioni processuali, sono due aspetti di un identico problema e che in fondo, la riflessione sui mezzi di tutela è momento indefettibile e necessario di ogni sistema giuridico che non si limiti meramente a riconoscere l'astratta titolarità di diritti e posizioni giuridiche di vantaggio, ma voglia approdare all'affermazione forte di un principio di civiltà, prima ancora che di tecnica giuridica, quale quello di effettività (art. 24, 103 e 113 cost.)[9].

Sul diverso piano delle posizioni dei soggetti coinvolti dall'attività amministrativa, si ha l'emersione di esigenze di tutela assai vaste e diffuse, tipiche del diritto amministrativo, nel quale non ricorrono, come nel diritto civile, solo interessi soddisfatti in puntuali rapporti giuridici interprivati, ma situazioni soggettive di vantaggio e svantaggio più complesse che coinvolgono, attraverso l'esercizio del potere amministrativo, inteso quale forma di realizzazione del diritto obiettivo e degli interessi pubblici normativamente rilevanti, l'intero ordine giuridico unitamente agli interessi generali della collettività.

---

promuove questa tendenza. La riflette, perché stabilizza e consolida i risultati che la giustizia amministrativa ha già raggiunto in termini di pienezza della tutela. La promuove, perché amplia lo spazio di decisione del giudice e, soprattutto, enfatizza il nesso fra poteri del giudice ed effettività della tutela. Il Codice costituisce allora un passo significativo verso la soluzione di quello che M. Nigro ha definito il "problema dei problemi" della giustizia amministrativa: giungere alla processualizzazione dei mezzi di tutela pur in presenza di una stretta connessione fra diritto sostanziale e tutela del cittadino (M. Nigro*, Giustizia amministrativa*, Bologna, 4 ed. 1976, 19, sempre sulla giurisdizionalizzazione v. S. Cassese, *I tribunali di Babele*, Roma, 2009.

[8] Montedoro G., *La tutela dell'interesse legittimo dall'annullamento all'accertamento*, in Caringella F., Garofoli R., Montedoro G. (a cura di), *Le tecniche di tutela nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2006.

[9] Montedoro G., *La tutela dell'interesse legittimo dall'annullamento all'accertamento*, in Caringella F., Garofoli R., Montedoro G. (a cura di), *Le tecniche di tutela nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2006

Ciò spiega anche come mai nell'ordinamento amministrativo, il sistema della tutela[10] si presenti allo stato diffuso, e non sia necessariamente incentrato sulla giurisdizione; la competenza a somministrare tutele è "deconcentrata" tra i vari organi di potere i quali possono esercitarla in via di autotutela, cioè direttamente sui propri atti, oppure attraverso strumenti differenti azionabili anche dai privati, come i ricorsi giurisdizionali o amministrativi[11].

Le intrinseche e proprie caratteristiche dell'ordinamento amministrativo determinano e plasmano l'armamentario dei rimedi che l'ordinamento amministrativo mette a disposizione del privato, in un costante tentativo di mediazione e contemperamento tra esigenze private e pubbliche, che vede protagonisti la discrezionalità amministrativa da una parte e il principio di legalità dell'azione amministrativa dall'altra: quest'ultimo è fondamentale garanzia e limite esterno di un potere discrezionale che rimane sindacabile nei confini di quel particolare vizio dell'eccesso di potere.

Il problema delle tecniche di tutela ha dunque alla sua base una riflessione più ampia sui rapporti tra diritto sostanziale e processo: la storica contrapposizione fra sostanza e forma può essere ridimensionata ragionando proprio sul piano dei rimedi, perchè se è la legge sostanziale che qualifica i bisogni di tutela, è tuttavia il processo il luogo in cui taliscelte sono destinate a tradursi in strumenti volti a ripristinare la legalità violata, contemperando adeguatamente gli interessi in gioco[12].

---

[10]Il concetto di tutela comprende ogni specie di attività posteriore alla acquisto del diritto necessaria a garantirne la conservazione e la pratica efficacia. Alla tutela dei diritti non provvede solo il processo; lo stesso Libro VI del codice civile dedicato alla "tutela dei diritti" regola istituti che non riguardano l'attivazione di rimedi giudiziali. Si pensi, ad esempio, alle forme di tutela attuate con gli strumenti pubblicitari della trascrizione, e si pensi all'istituto della prescrizione: tutte attività necessarie a garantire la conservazione o la realizzazione pratica di un diritto. Il concetto di tutela subisce una caratterizzazione tecnica e una delimitazione funzionale quando si accompagna ad aggettivi come "giurisdizionale" o "processuale": tutela giurisdizionale è la tutela assicurata da organi della giurisdizione e secondo le forme previste dalle leggi di procedura. Mezzi e strumenti afferenti al momento della realizzazione dei diritti possono dunque appartenere al diritto sostanziale o possono appartenere al diritto processuale.

[11] Montedoro G., La tutela dell'interesse legittimo dall'annullamento all'accertamento, in Caringella F., Garofoli R., Montedoro G. (a cura di), Le tecniche di tutela nel processo amministrativo, Giuffrè, Milano, 2006

[12] A. Di Majo, La tutela civile dei diritti, giuffrè, milano, 1993, 7

Si tratta di un modo di pensare tipico dei giuristi di *common law* quello di porre maggior attenzione al momento della lesione di un interesse ed alla predisposizione dei relativi rimedi, mentre nel nostro sistema il punto di partenza rimane invece l'individuazione a monte di situazioni soggettive degne di interesse per il diritto a cui solo in un secondo momento l'ordinamento collega determinati rimedi. "*Questa apparente rigidità del sistema è mitigata dall'intervento giurisprudenziale teso ad "inventare" nuovi diritti per soddisfare bisogni di tutela (si pensi al diritto all'identità personale) non ancora contemplati dall'ordinamento; e tale ruolo è ancora più incisivo in quei settori non ancora completamente normati, oppure che non hanno ricevuto una codificazione sistematica, come nel diritto amministrativo*.[13]

Al contrario invece se si ragiona in termini di *actio* romana, o di *cure for wrong* anglosassone quello che conta è la disponibilità del rimedio, a cui segue la qualificazione dell'interesse leso.

Tutto ciò non comporta che un ordinamento improntato sui rimedi sia necessariamente più efficace in termini di effettività di tutela, valore, come abbiamo visto, cardine di ogni sistema giuridico.

L'analisi deve infatti spostarsi sulle capacità di reazione di ogni ordinamento di fronte alle istanze di tutela che nascono dai rapporti socio economici; a tal fine poco importa che il sistema qualifichi prima il diritto, o consideri in primo luogo il rimedio: lo sguardo al rimedio consentendo solo di cogliere il diritto nella sua dimensione realistica[14].

---

[13]Alpa G., L'arte di giudicare, Laterza, 1996, 5 ss.

[14] A. Di Majo, La tutela civile dei diritti, giuffrè, milano, 1993, 15. Si pensi all'analisi economica del diritto, dove il problema della tutela è fondamentale, tradizione di pensiero ormai radicatasi anche nella giurisprudenza italiana, che si propone di cogliere le ricadute dell'applicazione delle norme sulla dinamica di gunzionamento dei mercati, (tra tutti R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, il mercato delle regole, Bologna, 1999.)

Il ruolo nello studio delle azioni dell'evoluzione della nozione di interesse legittimo

Nel Codice vi è dunque un capo specificamente dedicato alle azioni di cognizione con un'impostazione totalmente diversa da quella a suo tempo adottata dal codice di procedura civile: quest'ultimo infatti a parte l'intitolazione del titolo IV del libro I "*dell'esercizio dell'azione*" e il richiamo alle azioni possessorie, non ha un capo autonomamente dedicato alle azioni[15].

L'azione è il diritto ad una pronuncia sul merito o il diritto alla tutela giurisdizionale mediante la cognizione[16]. Essa rappresenta un diritto autonomo dalla situazione sostanziale che con essa si fa valere anche se strumentale rispetto a quest'ultima.

Il dibattito sulle azioni nel processo amministrativo non è stato fervido come quello avvenuto in diritto processuale civile atteso che l'interesse legittimo ha tardato ad affermarsi come situazione giuridica di natura sostanziale, protetto in via diretta e specifica.

La nozione matura di interesse legittimo si ha con il superamento dell'idea della sua tutela solo occasionale o solo riflessa e quindi con il rifiuto del suo collegamento ancillare con l'interesse pubblico; con il riconoscimento della sua appartenenza al patrimonio giuridico dell'amministrato, e con il suo collegamento (diretto o strumentale) con beni della vita, che il privato vuole conservare o vuole conseguire per il tramite dell'azione (necessaria) dell'amministrazione.

L'interesse legittimo può essere "*inteso (ed ormai in tal senso viene comunemente inteso) come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul*

[15] Denti, Azione (diritto processuale civile), voce in Enc Giur V, Roma, 1988, 1, parla di "agnosticismo consapevole" del codice di procedura civile a proposito dell'azione.
[16] Mandrioli C., Manuale di diritto processuale civile I, 20 ed, Torino, 2009, 68

corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene"[17].

Sussiste una stretta correlazione tra lo studio delle azioni e l'evoluzione della nozione di interesse legittimo.

Non solo. Ancor prima lo studio dell'interesse legittimo aveva influenzato la tipologia delle pronunce adottabili dal giudice.

Pertanto non si può prescindere da un esame parallelo delle azioni unitamente allo studio delle sentenze.

Qualificazione delle azioni in funzione del provvedimento giurisprudenziale che ne deriva.

Le azioni vengono a identificarsi e a qualificarsi in funzione del tipo di provvedimento giurisdizionale che rappresenta lo scopo e l'oggetto della relativa domanda di tutela. Esistono tanti tipi di azioni quanti sono i tipi di attività di tutela giurisdizionale.

Nel presente elaborato l'indagine sarà condotta esclusivamente sulle azioni di cognizione e al loro interno solo su quelle maggiormente significative ai fini del nostro percorso verso la ricerca dell'effettività della tutela e sulle quali si è maggiormente concentrata l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza all'indomani dell'approvazione del codice.

La dottrina classica, ragionando con riferimento (soprattutto anche se non esclusivamente) al contenuto e all'oggetto delle pronunce del giudice amministrativo e prendendo in considerazione l'intero esercizio della giurisdizione amministrativa ordinaria, distingueva "*a somiglianza di quanto si fa per il giudizio civile e ricorrendo alla terminologia di questo giudizio non*

[17] Corte di Cassazione, Sezioni Unite 22 luglio 1999, n. 500). Tale definizione dell'interesse legittimo che riecheggia lda presso la nota tesi esposta da M. Nigro in Giustizia amministrativa 6 ed. Bologna 1976 p. 103 è stata da ultimo ripresa da Cons. St. Ad. Plen. 23 marzo 2011, n. 3.

sempre però perfettamente adeguata" il processo di cognizione, il processo cautelare e il processo di esecuzione[18].

Per quanto attiene ai nostri fini, "*nel processo di cognizione, si giudica intorno alla pretesa dell'attore (ricorrente) per stabilire, circa l'attività dell'amministrazione, quale sia la volontà dell'ordinamento nel caso concreto. Gli altri due tipi di processo hanno invece una funzione accessoria e strumentale rispetto al processo di cognizione essendo diretti ad assicurare in vario modo la effettività della tutela accordata dal giudice amministrativo con le pronunce di cognizione"*.

Più che ad una distinzione in base ai tipi di azione o di pronuncia, l'Autore preferiva una suddivisione basata sul diverso di tipo di processo, considerato nella sua interezza, "*perché mentre il processo civile di cognizione rimane normalmente lo stesso nel suo modello astratto e generale, quale che sia la pronuncia giudiziale in cui è destinato a sboccare (di accertamento di condanna o costitutiva) nella giurisdizione amministrativa lo stesso procedimento muta con il mutare della pronuncia giudiziale*". La differenza cioè non è solo fra le sentenze (e le azioni), ma addirittura tra i processi. Processi di accertamento, di condanna e costitutivi.

Le azioni nella tradizione dottrinale del processo civile

Nel processo civile l'archetipo è il processo di condanna, nell'amministrativo è il processo costitutivo. Mentre nel processo civile il processo costitutivo può assumere varie forme perché vario, anche se pure sempre tipico, contenuto può assumere la pronuncia costitutiva (art. 2908 c.c. costituire modificare od

[18] Nigro M., *Giustizia Amministrativa*, VI ed., Cardi E. – Nigro A. (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2002., p. 223

estinguere rapporti giuridici) il contenuto della pronuncia costitutiva del giudice amministrativo può essere solo uno, l'annullamento di un atto amministrativo.

Dato questo presupposto la tradizione dottrinale del processo civile ha distinto le azioni di cognizione in azioni di accertamento, di condanna e costitutive, a seconda dell'effetto scaturente dalla pronuncia giudiziale[19].

Le azioni costitutive introducono un processo di cognizione destinato a concludersi con una sentenza costitutiva e cioè con una sentenza che costituisce modifica od estingue rapporti giuridici (art. 2908 c.c.); le azioni di condanna introducono un processo di cognizione destinato a chiudersi con una sentenza di condanna, ossia con una sentenza che solitamente accorda una tutela mediante esecuzione forzata; le azioni di mero accertamento introducono un processo di cognizione destinato a concludersi con una sentenza dichiarativa dell'esistenza o dell'inesistenza di rapporti giuridici, attività prestazioni comportamenti assolvendo ad un'esigenza di certezza.

Il testo definitivo del codice e la possibilità di ammettere azioni atipiche

Il testo definitivo del cpa ha soppresso sia l'azione generale di accertamento sia l'azione di adempimento, con una scelta che è già stata ampiamente criticata dalla dottrina[20].

---

[19]Osserva Denti, op.cit. che il codice civile enuncia una disciplina lacunosa in quanto regola i soli effetti costitutivi delle sentenze, di qui la tipicità della tutela costitutiva (art. 2908 c.c.) mentre parla in senso generico dell'accertamento come contenuto della sentenza idoneo a fare stato cioè a divenire immutabile.

[20] Sandulli M. A., *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*, in Foro amministrativo TAR, 2010, pp. LXV ss.; Tassone A. R., *Così non serve a niente*, in Giustamm.it, 2010; Travi A., *Osservazioni generali sullo schema di decreto legislativo con un 'codice' del processo amministrativo*, in www.giustamm.it, maggio 2010, 5; Chieppa R., *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010; larich M., *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in Giornale di diritto amministrativo, 2010, 1121 ss.; Merusi F., *In viaggio con Laband..,* in www.giustamm.it, aprile 2010; Gisondi R., *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010.

Seppur vero che sparsi nel codice sono ravvisabili "*frammenti*"[21] di azione di accertamento, ad esempio nel caso di giudizio avverso il silenzio e contro il provvedimento nullo, e di adempimento, come nel caso di condanna atipica all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, oppure ancora nel caso di giudizio avverso il silenzio qualora il giudice si spinga a valutare la fondatezza della pretesa, o nello speciale giudizio in materia di pubblici appalti, ciò non toglie che nel silenzio del codice sarà compito della giurisprudenza ricavare nelle pieghe dell'ordinamento le azioni soppresse facendo leva sui principi di carattere generale quali quello dell'effettività della tutela.

Sarebbe stato di certo preferibile il ricorso allo strumento della codificazione proprio per evitare eventuali degenerazioni della giurisprudenza, troppo appiattita sulle peculiarità del caso concreto e tendente a variare le regole di decisione a seconda di chi sta in giudizio. Il senso ultimo di una codificazione del processo consistente nella necessità di fornire un sistema è mancata.

La struttura sistematica non compare nella disciplina delle azioni costringendo l'interprete e la giurisprudenza ad uno sforzo ricostruttivo e magari innovativo, destinato in ogni caso a raggiungere risultati per loro natura non dotati del carattere della generalità e della costanza nel tempo.

Nonostante i silenzi del codice, confermati da un correttivo che ha rinunciato a priori ad interventi di carattere strutturale, l'esperibilità delle azioni non più riproposte in modo esplicito dalla legge delega non può essere revocata in dubbio.

Si può dire che, a seguito della penetrazione dei cogenti precetti costituzionali comunitari e Cedu, dal vocabolario del processo amministrativo è scomparsa la parola tipicità, incompatibile con la parola "effettività".

Non si può infatti accedere ad una visione tutte processualistica dell'interesse legittimo secondo cui la tipicità delle azioni proponibili e delle sentenze conseguentemente pronunciabili finisce per frustrare i bisogni di tutela non

[21] Ramajoli M., *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in Caranta R. (diretto da), Il nuovo processo amministrativo, Zanichelli, 573 ss.

efficacemente placabili con dette azioni e, quindi, per incidere negativamente, dimidiandola, sulla struttura della posizione soggettiva.

Al contrario, l'adesione ad una nozione sostanziale dell'interesse legittimo precede e condiziona l'enucleazione dei bisogni di tutela passibili di soddisfacimento e, quindi, il novero nonché il contenuto delle azioni proponibili e delle sentenze adottabili. Ne deriva che, a fronte di un interesse legittimo che vede al centro della sua architettura il bene della vita, o meglio l'interesse materiale ad un bene della vita, devono essere esperibili tutte le azioni che siano necessarie per tutelare in concreto l'interesse sostanziale[22]. Ciò in coerenza con il precetto di cui all'art. 44, comma 2, lett. b, n. 4, della legge delega, che prevede l'emanazione di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa sostanziale.

Se ne ricava che sono proponibili tutte le azioni atipiche che siano necessarie per soddisfare esigenze di protezione che le tutele regolate non sono in grado di placare in modo adeguato (si pensi all'azione di accertamento atipica reputata ammissibile dalla decisione n. 15/2011 del Consiglio di Stato).

La dottrina ritiene che il codice abbia favorito una maggiore pienezza della tutela giurisdizionale offerta. Se da un lato abbiamo un elenco di azioni, che possono anche ritenersi tipiche, dall'altro sussiste un sistema di atipicità delle sentenze, o comunque della tutela. Basti pensare all'art. 34, co. 1, lett. C e E. a ciò deve aggiungersi la possibilità per il giudice di qualificare l'azione proposta "in base ai suoi elementi sostanziali" disponendo anche la conversione delle azioni qualorasussistano i presupposti (art. 32, co. 2).

Così facendo si valorizza il contenuto sostanziale delle azioni a prescindere dal *nomen* utilizzato dalle parti e ci si affida alla libera interpretaizione da parte del giudice del contenuto dell'azione proposta, anche in mancanza di espresse indicazioni del ricorrente. Del resto in tal senso opera già il principio jura novit curia al fine di consentire una maggiore e più elestica tutela.

---

[22] Caringella F., *Il sistema delle tutele dell'interesse legittimo alla luce del codice e del decreto correttivo*, in Urbanistica e appalti, 2012, 1

Sul punto, l'art. 32 del codice ammette nello stesso giudizio il cumulo di domande connesse, proposte in via principale o incidentale. Ciò per una ragione di opportunità e nel rispetto del principio di concentrazione, esplicitamente indicato dall'art. 44, co. 2, lett. A l 69/2009, come criterio per il legislatore delegato, ma viene in rilievo altresì l'art. 7, co. 7, cpa ai sensi del quale il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e nelle particolari materie indicate dalla legge dei diritti soggettivi.

Non sempre è ammissibile il cumulo tra azioni, è ad esempio stato escluso dal Cons. St. sez. IV, 12 febbraio 2010, n. 773 relativo alla contemporanea richiesta di annullamento di un diniego di sanatoria edilizia e di dichiarazione del silenzio serbato dall'amministrazione, azioni ritenute incompatibili tra di loro.

L'art. 32 disciplina il cumulo di azioni precisando che in caso di soggezione a riti differenti si applica il rito ordinario salvo che si tratti del processo abbreviato e di quello sugli appalti pubblici.

La non esaustività della disciplina codicistica trova riscontro nella positiva previsione di ulteriori azioni di cognizione in altre disposizioni anche extra codice.

Prima di passare al prosieguo della trattazione, occorre precisare che le azioni di cognizione esperibili davanti al giudice amministrativo non sono contemplate unicamente nel Capo a ciò dedicato.

Nel libro IV dedicato ai riti speciali compaiono un'azione ordinatoria in materia di accesso ai documenti amministrativi e un'azione riguardante la sorte del contratto in materia di appalti pubblici.

Senza dimenticare l'azione collettiva per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari dei pubblici servizi contenuto nel d.lgs. 150/2009 e che al pari

delle azioni in materia di appalti pubblici avrebbe potuto essere "impanciata"[23] nel codice del processo amministrativo.

L'azione per l'efficienza amministrativa[24] costituisce un nuovo strumento che estende la tutela processuale alla valutazione dell'attività amministrativa, consentendo un controllo dell'attività amministrativa in relazione a paramtri ritenuti standard e a correggerla, qualora le prestazioni rese siano insufficienti rispetto agli stessi parametri. È stata introdotta con il d. lgs. 20 dicembre 2009, n. 198 in attuazione dell'art. 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15 (c.d. legge Brunetta) in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici. La relativa disciplina è dettata da soli otto articoli, pertanto, per quanto non espressamente previsto si ritiene possa farsi riferimento alla disciplina comune del processo amministrativo contenuta del codice. L'azione è finalizzata a ripristinare il "*corretto svolgimento della funzione*" o "*la corretta erogazione di un servizio*", nel caso di alcune fattispecie indicate dalla stessa norma e consistenti nella violazione di termini, nella mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento, nella violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi e nella violazione di standard qualitativi ed economici. La legittimazione all'azione è concessa ai "*titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogeneri per una pluralità di utenti e consumatori*", qualora per gli stessi derivi una "*lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi*", ovvero ad "*associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati, appartenenti alla pluralità di utenti e consumatori di cui al comma 1" ed è esercitabile contro le pubbliche amministrazioni e i concessionari di servizi pubblici con l'espressa esclusione delle autorità amministrative indipendenti, degli organi giurisdizionali, delle assemblee*

[23] L'espressione è di M.A. Sandulli, Il nuovo rito sugli appalti pubblici, in federalismi.it

[24]Fidone G., L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività, Giappichelli, 2012, p. 61

legislative e degli altri organi costituzionali, della Presidenza del Consiglio dei Ministri". Tale azione estende la tutela processuale alla valutazione dell'attività amministrativa, consentendo un controllo a posteriori sul risultato di tale attività, nei casi previsti dalla legge. Costituisce la riprova di uno spostamento del giudizio amministrativo da un giudizio sull'atto ad un giudizio sul rapporto: il giudice non è più chiamato a conoscere dell'invalidità del provvedimento, ma sull'attività amministrativa.

Occorre precisare tuttavia che tale azione non è oggi contenuta nel Codice ma resta nel decreto che l'aveva inizialmente introdotta. La prima bozza del codice elaborata dalla Commissione in realtà faceva confluire anche tale disciplina nel codice e precisamente nel titolo IV sui riti abbreviati relativi a speciali controversie. Il legislatore però, quasi a dimostrare come tale azione sia vista con diffidenza, come una specie di "corpo estraneo"[25] al processo amministrativo, ha ritenuto di lasciarla fuori dal Codice.

Sull'evoluzione del processo amministrativo verso l'effettività della tutela

E' opinione diffusa che il nostro sistema di tutela giurisdizionale amministrativa non sia idoneo a soddisfare compiutamente le posizioni giuridiche che hanno ingresso in giudizio.

Le lacune e le carenze di siffatto sistema sono state da più parti evidenziale ed analiticamente individuate, soprattutto ai fini di una attesa riforma del processo[26]

Una delle più evidenti lacune e carenze del processo amministrativo, che pregiudica gravemente l'effettività della tutela degli interessi legittimi, era

[25]Fidone G., L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività, Giappichelli, 2012, p. 61.

[26]Nigro, Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo, in Riv. Dir. proc. 1978, p. 249 e ss. e anche gli Atti del Congresso sui Problemi del nuovo processo amministrativo, pubblicati in Impresa, Ambiente, Pubblica Amministrazione, 1977, II, pag. 1 e ss. e la Relazione illustrativa allo schema di disegno di legge concernente "Delega al Governo per l'emanzazione di norme sul procedimento dinanzi ai TAR e al Consiglio di Stato" (Senato, Legislatura VIII, doc. n. 583

rappresentata dagli angusti limiti, entro i quali sono circoscritti i poteri cognitori e decisori riconosciuti al Giudice amministrativo di legittimità.

La constatazione critica dianzi riferita riguarda, viceversa, i limiti che tradizionalmente vengono ricollegati ai poteri cognitori e decisori del giudice di legittimità, in relazione alla funzione tipica che detto giudice è chiamato ad esercitare e che consiste nel sindacato giurisdizionale (di legittimità) degli atti amministrativi oggetto di ricorso. Si tratta di limitati poteri cognitori, perché hanno come essenziale punto di riferimento l'atto amministrativo e solo attraverso il sindacato sull'atto possono (talvolta) giungere ad accertare il rapporto tra Pubblica Amministrazione ed amministrato; si tratta altresì di limitati poteri decisori, perché sono circoscritti – almeno quanto a forma di decisione – al solo annullamento dell'atto amministrativo impugnato.

Ora, siffatti poteri cognitori forniscono una tutela giurisdizionale soddisfacente soltanto per quegli interessi legittimi che si trovano in correlazione con i poteri ablatori[27] della p.a.. Infatti con l'annullamento dell'atto e con il ripristino della preesistente situazione di vantaggio si può ben dire che l'interesse legittimo fatto valere in giudizio dal ricorrente risulti sufficientemente tutelato[28].

I richiamati poteri cognitori e decisori non forniscono, viceversa, adeguata e soddisfacente tutela a quegli interessi legittimi che si trovano in correlazione con i poteri concessori, autorizzatori e simili della p.a.; con i poteri, cioè, preordinati all'eventuale emissione di provvedimenti ampliativi della sfera del destinatario. In questi casi, infatti, l'annullamento del provvedimento negativo dell'Amministrazione non produce, ancora, l'emissione del provvedimento

[27]provvedimenti ablatori intesi in senso ampio e dunque comprensivi di tutti i provvedimenti restrittivi della sfera dei destinatari cfr. M.S. Giannini, Diritto amministrativo, Milano, 1970, vol. II, pag. 1181 e ss.

[28]per una compiuta tutela giurisdizionale sarebbe necessario, però, che fosse preclusa all'amministrazione ogni possibilità di reiterare il provvedimento ablatorio annullato: il giudicato amministrativo, cioè dovrebbe realizzare un assetto dei rapporti tra Pubblica Amministrazione e privati tendenzialmente immutabile – cfr. M. S. Giannini – A. Piras Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione, voce in Enc. dir., vol. XIX, Milano, 1970, pag. 229 e ss. in particolare p. 255)

ampliativo richiesto e, dunque, la soddisfazione della pretesa insita nell'interesse legittimo, in ipotesi fondata.

Vero è che l'accoglimento del ricorso contro il provvedimento negativo comporta una certa qual costrizione delle successive manifestazioni della potestà amministrativa; e vero è, altresì, che tale costrizione è più o meno ampia a seconda della teorica accolta in tema di oggetto del giudizio e, soprattutto, a seconda del tipo di vizio, che l Giudice ha riconosciuto nel precedente provvedimento negativo. Tuttavia siffatte constatazioni non infirmano la precedente osservazione: l'annullamento di un provvedimento negativo non fornisce il soddisfacimento degli interessi legittimi correlati a poteri autorizzatori, concessori e simili ma semmai rappresenta una prima tutela – che necessita di completamento - di quegli interessi[29].

Interessi legittimi statici e interessi legittimi dinamici, i primi correlati alla potestà ablatoria che si pretende non venga esercitata, mantenendo viceversa lo status quo ante mentre i secondi sono correlati alla potestà autorizzato ria concessoria che si pretenda invece venga esercitata.[30]

Gli interessi legittimi dinamici proprio perché non possono mai essere soddisfatti dal mero giudizio di annullamento, necessitano di una cognizione del rapporto amministrativo quanto più completa possibile, pur nell'ambito del giudizio di legittimità.

Trova così conferma una tendenza dell'evoluzione della giustizia amministrativa nel segno dell'ampliamento della tutela verso l'effettività[31] della stessa.

---

[29]F. Ledda, Il rifiuto di provvedimento amministrativo, Torino, 1964 p. 254 e ss.

[30]A. Gleijeses, Profili sostanziali del processo amministrativo, Napoli, 1962, pag. 47; P. Virga, La tutela giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione, Milano, 1976, ed. II, pag. 36 e ss.). O. Ranelletti, Le guarentigie della giustizia nella Pubblica Amministrazione, Milano, 1934, pag. 161 e ss. invece parlatva di diritti affievoliti ed interessi occasionalmente protetti, che non si può più condividere. M. Nigro, La giustizia amministrativa, Bologna, 1979, p. 131e ss. parlava invece di interessi oppositivi ed interessi pretensivi.

[31] Sul principio di effettività della tutela nel processo si vedano tra gli altri: G. Gavazzi, voce Effettività (principio di), in Enc. Giur. Treccani, vol. XII, Roma, 1989; G. Greco, L'effettività della giustizia amministrativa italiana nel quadro del diritto europeo, in Riv. it. Dir. Pubbl. comunit., 1996, 797.

L'effettività della tutela nell'ordinamento interno

Il principio di effettività della tutela "*non consente una rigida predeterminazione connotativa, essendo molteplici le applicazioni che contribuiscono a delinearlo, sicché nell'osservazione sono coinvolte, in un complessivo quadro d'insieme, garanzie costituzionali di tutela del privato e profili funzionali*"[32].

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale può, infatti, essere considerato un'articolazione del giusto processo *ex* art. 111 Cost. ed una esplicazione del diritto di difesa sancito nell'art. 24 Cost. e si ramifica in ulteriori corollari quali il diritto al giudice naturale, alla ragionevole durata del processo ed alla garanzia di una concreta esecuzione del provvedimento giurisdizionale.

Tale principio trova piena affermazione a livello internazionale con le previsioni contenute nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (*diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*), nell'art. 6 della CEDU (*diritto a un equo processo*) e, sempre più, sembra assumere un ruolo influente negli ordinamenti nazionali[33]. In tale direzione va letta la significativa modifica contenuta nell'art. 117, primo comma, Cost. secondo cui «*la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*».

Il Codice del processo amministrativo, nel recepire tale impianto complessivo a livello di principi, nell'art. 1 stabilisce che «*la giurisdizione*

[32]Cocozza G., Effettività della tutela e giudizio di ottemperanza. Nuove prospettive alla luce del codice del processo amministrativo, in Dir. proc. Amm. 2011, 04, 1321. S. Tarullo, *Il giusto processo amministrativo: studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004, 42 ss

[33]Sull'art. 6, Chiavario, in Bartole, Conforti, Raimondi, *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 155 ss

amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo» e nel successivo art. 2 prevede il *«giusto processo»*[34].

E ciò in risposta a quel classico principio sempre attuale che correla l'effettività della tutela giurisdizionale alla necessità che si ottenga con il processo ««tutto quello e proprio quello» cui si ha diritto[35].

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale consacrato dall'art. 24 Cost. contiene uno dei principi cardine dell'ordinamento[36].

La norma fa espresso riferimento sia alla tutela dei diritti soggettivi, quanto a quella degli interessi legittimi, operando pertanto un importante riconoscimento della rilevanza istituzionale della tutela degli interessi legittimi che non può considerarsi accessoria a quella dei diritti soggettivi, acquistando piena dignità di tutela ugualmente inviolabile e necessaria[37].

L'interesse legittimo assurgerebbe al rango di autonoma posizione giuridica sostanziale, superando la vecchia identità di mera posizione processuale o mero riflesso di un interesse pubblico al corretto esercizio del potere da parte dell'amministrazione.

Dalla lettura combinata degli artt. 24 e 113 Cost. emerge chiaramente come le due disposizioni siano strettamente connesse, ponendosi l'una a completamento della tutela generale prevista dall'altra.

L'art. 24 si caratterizza per la generalità e completezza della tutela giurisdizionale, mentre l'art. 113 garantisce la stessa tutela "*contro gli atti della pubblica amministrazione*" sia con riguardo a posizioni di diritto soggettivo che

---

[34]L. Maruotti, in G. Leone, L. Maruotti, C. Saltelli (a cura di), *Codice del processo amministrativo commentato e annotato con giurisprudenza*, cit., 3 ss., in part. 19 ss

[35]R. Oriani, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008, 11, il quale ricorda l'insegnamento di G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935 (rist. 1965), 41.

[36]cfr. Corte Cost. 2.2.1982 n. 18, per cui il principio espresso dall'art. 24 cost "*va ascritto tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con il principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio*".

[37]A. Travi Lezioni di giustizia amministrativa, Torino, 2011

a quelle di interesse legittimo, costituendo così ulteriore specificazione del principio più generale espresso dall'art. 24 cost.[38]

Le due norme insieme costituiscono la garanzia del più generale principio dell'effettività e pienezza della tutela giurisdizionale di tutti i soggetti.

Con il codice del processo amministrativo si afferma per la via legislativa la piena tutela dell'interesse legittimo inteso come situazione giuridica soggettiva equiparabile al diritto soggettivo.

L'affermazione costituzionale generalizzata del diritto alla tutela giurisdizionale, anche per l'interesse legittimo, implica, da un lato, la necessità di differenziare la tutela a seconda della situazione giuridica soggettiva azionata, dall'altro la garanzia di una tutela piena ed effettiva non essendo ammissibili ingiustificate disparità di trattamento.

L'esercizio del diritto di azione richiede la possibilità di esercitare i relativi istituti in modo effettivo, da un lato attraverso l'eliminazione di qualsiasi limitazione che ne renda impossibile o difficile l'esercizio da parte dell'interessato[39]. Dall'altro il diritto di azione non deve essere vanificato da termini eccessivamente brevi e che ogni tipo di procedimento deve avere termini processuali congrui con riguardo alla situazione sostanziale tutelata[40].

Il diritto di azione va inteso quale diritto costituzionale non solo di libertà ma anche di prestazione, venendo così a ricomprendere sia l'azione di cognizione che quelle cautelari ed esecutive, oltre a tutti i poteri e le facoltà successivi alla domanda giudiziale.

---

[38]La dottrina si è interrogata sul rapporto tra le due norme al fine di comprendere se la tutela *ex* art. 113 debba considerarsi più ristretta di quella prevista dall'art. 24 cost. e/o ricompresa nella stessa tale da determinarne l'inutilità della previsione. L'elemento di differenza tra le due disposizioni è stato individuato da Cannada Bartoli, La tutela giurisdizionale del cittadino verso la pubblica amministrazione, Milano, 1964, nel riferimento contenuto nell'art. 113 agli "*atti della pubblica amministrazione*" per distinguerli dai comportamenti, mentre l'art. 24 parla di cittadini. L'art. 113 designerebbe una giurisdizione sugli atti, quindi se ogni comportamento della p.a fosse atto non sussisterebbe diversità tra l'art. 24 e l'art. 113 viceversa se vi fosse la possibilità che la p.a agisca con un comportamento non definibile come atto, l'art. 113 non sarà applicabile trovando invece applicazione l'art. 24 cost (Cannada Bartoli p. 32).

[39]Corte Cost. 31 marzo 1988 n, 372 e Id. 16 maggio 1968, n. 48 secondo un'interpretazione conforme al principio del giusto processo espresso dall'art. 111 Cost

[40]Corte Cost. 4 luglio 1979 n. 56, corte cost. 22 novembre 1962 n. 93

L'art. 24 cost. ed il principio in esso espresso assumono connotati peculiari con riferimento alla tutela giurisdizionale degli interessi legittimi nell'ambito di un processo quale quello amministrativo tradizionalmente costruito come giudizio sull'atto o più correttamente sulla legittimità dell'azione amministrativa e oggi proteso verso la garanzia di nuove forme di tutela che rendono il processo amm un giudizio sul rapporto (amministrativo) tra pubblica amministrazione e cittadino.

Innanzitutto la tutela risarcitoria di cui non ci occuperemo nella presente indagine. Anche il potere risarcitorio di cui dispone il giudice amministrativo è anch'esso connaturato all'art. 24 cost. come sottolineato dalla corte cost. nella 204/2004, per cui il nuovo strumento attribuito al g.a. "*affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 cost., il quale garantendo alle situazioni soggetti devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri*".

L'effettività della tutela è raggiunta nel momento in cui la stessa diviene completa, nel senso che "*l'ordinamento interno deve assicurare l'azionabilità di tutte le pretese possibili nei confronti della pubblica amministrazione e le corrispondenti ripologie di pronunce giurisdizionali*", piena, ovverosia "*efficace e quindi assicurare il pieno e completo soddisfacimento delle pretese azionate in giudizio, se riconosciute meritevoli di tutela*", e caratterizzata da una ragionevole durata del processo e da un costo altrettanto ragionevole dello stesso.

L'effettività appare ben rappresentata dalla nota affermazione chiovendiana secondo cui "*il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*"[41]. Del pari la nota sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004, ha evidenziato che l'art. 24 della Carta "*costituzionalizza anzitutto il carattere strumentale del processo rispetto al diritto sostanziale*"[42].

[41]Chiovenda G., Principi di diritto processuale civile, Napoli, 1912 (ristampa inalterata, Napoli, 1965), p. 81.

A partire dagli anni 90 del secolo scorso il processo amministrativo ha subito un'evoluzione nel senso dell'effettività della tutela da intendersi come effettiva realizzazione per il ricorrente vittorioso della pretesa ritenuta dal giudice legittima e che aveva determinato il ricorso. Da un modello di giudizio strutturato prevalentemente se non esclusivamente, sull'azione di annullamento, la giurisprudenza ed il legislatore hanno avviato un cammino volto a superare i limiti strutturali di tale azione che pregiudicano l'effettività della tutela in tutti quei casi in cui l'interesse del ricorrente non sia meramente oppositivo ma abbia invece carattere pretensivo. In passato la posizione del cittadino di fronte alla potestà amministrativa appariva compressa e limitata ai soli aspetti di legalità degli atti amministrativi senza che la lesione eventualmente subita possa essere effettivamente riparata.[43] Del resto non sono così lontani i tempi in cui il Maestro affermava che la l. 2248/1865 all. E abolitiva del contenzioso amministrativo ponesse l'accento più che sulle "*guarantigie del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*", sulle "*guarantigie dell'amministrazione nei confronti del potere giudiziario*", evidenziando che "*in un ordinamento democratico non è con l'indiscriminato sacrificio degli interessi privati che si attua nel modo migliore l'interesse pubblico*"[44]. La tendenza era verso l'accentuazione della garanzia che attraverso il ricorso il privato potesse mirare sempre più ad ottenere il bene della vita, maturando l'esigenza di nuove forme di tutela e l'ampliamento dei poteri del giudice. Inoltre la crescente influenza del diritto comunitario e dei principi di cui è portatore, improntati alla sostanza più che alla forma, hanno determinato un necessario adeguamento del Legislatore nazionale, unitamente ad una presa di coscienza di tipo culturale, sulla necessità di nuovi modelli di tutela per assicurare la giustizia nell'amministrazione. Senza pretesa di esaustività basti

[42] Clarich M., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in Diritto processuale amministrativo, 2005, 557 ss.

[43]Sull'evoluzione della giustizia amministrativa, oltre i noti manuali, si segnala V. Caianiello, voce Consiglio di Stato, in Noviss.Dig. it., Appendice, vol II, Torino, 1981, 449; R. Chieppa, voce Consiglio di Stato, in Enc. Giur. Treccani, vol. VIII, Roma, 1988..

[44] F. Benvenuti, Per un diritto amministrativo paritario, in Studi in memoria di Guicciardi, Padova, 1975.

pensare alla conquista dell'azione risarcitoria, all'introduzione di discipline e riti speciali come quello avverso il silenzio inadempimento serbato dall'amministrazione ovvero per assicurare l'accesso agli atti, o ancora in settori delicatissimi dell'economia nazionale quale quello degli appalti e delle commesse pubbliche. In tale direzione vanno annoverate anche l'introduzione di nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva, l'ampliamento delle misure cautelari e degli strumenti consentiti per l'esecuzione delle sentenze.

Nel lessico giuridico il termine "effettività" è riferito alla concreta attuazione degli effetti postulati nelle situazioni giuridiche (effetti giuridici di fatto), attuandosi così la valutazione di una esistenza giuridica nella concretezza dei comportamenti praticati[45].

Il significante ha la sua radice in "effetto", dal latino *effectus*, che propriamente è il participio perfetto di *efficere* fare, produrre. Significa ciò che è prodotto da una causa, e la stessa cosa fatta o cagionata.

Allo stesso ambito semantico appartengono gli aggettivi "efficace" ed "efficiente". Il primo qualifica ciò che ha la capacità di produrre un effetto, il quale si produce con l'atto che ne è causa, indipendentemente dalla commissione od omissione di altri atti (effetti giuridici di diritto). "*Efficiente*" aggiunge al nucleo originario un giudizio di adeguatezza e di dipendenza diretta nei confronti dello scopo preposto.

L'esercizio dell'azione (attività delle parti) e della giurisdizione (attività del giudice) mirano, attraverso un uso regolato di strumenti coercitivi, a ristabilire l'ordine violato; a far ottenere, in altri termini, gli stessi risultati che si sarebbero prodotti dalla cooperazione spontanea agli strumenti di garanzia primaria, consistenti nell'imposizione di obblighi di prestazione e divieti di lesione.

I rimedi che consentono la protezione giurisdizionale di un interesse trovano origine e disciplina nel diritto sostanziale, in forza del quale l'interesse acquista rilevanza giuridica, essendo la fase processuale lo strumento indispensabile che,

[45] Sul punto, fondamentale è lo studio di P. Piovani, Il significato del principio di effettività, Milano, 1953, il quale ammonisce (71 ss.) sulla necessità di individuare l'ordinamento cui riferire il principio di effettività.

sul piano tecnico, rende effettiva quella protezione. L'effettività della garanzia (secondaria) offerta dalla macchina processuale è proporzionale alla capacità dei rimedi giurisdizionali somministrati di soddisfare gli interessi giuridicamente qualificati[46].

Effettività significa rimuovere in concreto dalla disciplina del processo i rischi specifici di un esercizio discriminato del potere di azione[47].

Elementi costitutivi della garanzia sono, da un lato, il potere di proporre una domanda introduttiva con cui chiedere la tutela e quello derivato dal primo di poter compiere nel processo tutte quelle attività le quali siano necessarie al concreto ottenimento della richiesta tutela e, dall'altro, il diritto di ottenere dal giudice un provvedimento tecnicamente idoneo ad assicurare una tutela adeguata ed effettiva alla situazione sostanziale azionata di cui si lamenta e si allega l'intervenuta lesione.

Il principio di effettività nella dimensione europea

La Corte di Giustizia è giunta gradualmente ad affermare la vigenza, sul piano comunitario, di un principio di effettività della tutela giurisdizionale.

---

[46] Sui concetti di garanzia primaria e garanzia secondaria e su quello di effettività, cfr. L. Ferrajoli, Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, I, Bari, 164-173 e 668 ss. La tutela giurisdizionale rientrerebbe tra quelle che Luigi Ferrajoli definisce "garanzie secondarie", "le quali sono volte ad assicurare quanto meno un'effettività secondaria, o giurisdizionale o di secondo grado" ai diritti soggettivi nel caso in cui vengano violate le garanzie primarie volte a realizzare la loro effettività in prima battuta mediante la previsione di obblighi di prestazione o divieti di lesione, L. Ferrajoli, Principia Juris.Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto, Bari, 2007, 669. Osserva in seguito l'autore (696-697): «L'effettività dei diritti altro non è che l'effettività delle loro garanzie primarie, che di essi rappresentano, per così dire l'altra faccia. Diremo perciò che i diritti sono effettivi o inefettivi a seconda non solo che siano o non siano esercitati, ma anche, e soprattutto, a seconda che si ottemperi o non si ottemperi agli obblighi (se si tratta di diritti positivi) e ai divieti (se si tratta di diritti negativi) che ne formano le corrispondenti garanzie primarie. In caso di loro violazione, poi, parleremo parimenti di effettività o di ineffettività, ma in un senso del tutto diverso: ne parleremo a seconda che si ottemperi o meno alle garanzie secondarie predisposte a sostegno dell'annullabilità o della responsabilità prodotte dagli atti invalidi o illeciti in cui le loro violazioni consistono».

[47] Comoglio L. P., Ferri C. Taruffo M., *Lezioni sul processo civile – I - Il processo ordinario di cognizione*, Bologna, Il Mulino, 2011

Un primo passo in questa direzione viene compiuto con la sentenza Rewe del 1976: la sentenza individua due limiti invalicabili da parte delle regole procedurali interne chiamate a dare attuazione ai diritti d'origine comunitaria.

Tali regole non possono essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale, pena la violazione del principio di non discriminazione e non devono rendere "*praticamente impossibile l'esercizio di diritti d'origine comunitaria che i giudici nazionale sono tenuti a tutelare*".

Questi "standard minimi" vengono affinati e precisati in successive pronunce della Corte: in particolare, la sentenza von Colson del 1984 afferma l'obbligo dei giudici nazionali di proteggere i singoli contro eventuali violazioni di disposizioni comunitarie direttamente applicabili "*garantendo loro la tutela diretta e immediata dei loro interessi*"; e la sentenza Bozzetti nel 1985, che affianca all'esigenza di una tutela "diretta e immediata" quella di una tutela effettiva.

Con la sentenza Johnston del 1986, la Corte precisa che l'effettività della tutela giurisdizionale è espressione di un "*principio giuridico generale*" che trova ingresso e assume rilievo nell'ordinamento comunitario attraverso due distinte vie: da una parte, in quanto principio su cui sono basate le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri; dall'altro, in quanto diritto sancito dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Nel diritto europeo è dunque riconosciuto il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo[48].

[48]C.G.C.E., 26 gennaio 2010, procedimento C 118/08, da ultimo ha evidenziato che "*Il diritto dell'Unione osta all'applicazione di una regola di uno Stato membro in forza della quale un'azione di responsabilità dello Stato fondata su una violazione di tale diritto da parte di una legge nazionale, constatata da una sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee pronunciata ai sensi dell'art. 226 CE, può avere esito positivo solo qualora il ricorrente abbia previamente esaurito tutti i rimedi interni diretti a contestare la validità dell'atto amministrativo lesivo adottato sulla base di tale legge, sebbene una regola siffatta non sia applicabile ad un'azione di responsabilità dello Stato fondata sulla violazione della Costituzione da parte di tale stessa legge, constatata dal giudice competente"*. La Corte di Giustizia, 15 aprile 2008, in causa C-268/06, *Impact*, ha stabilito che "*il principio di tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale di diritto comunitario*"; analogamente

L'effettività della tutela giurisdizionale è comunemente intesa come la capacità del processo di conseguire risultati nella sfera sostanziale, vale a dire di garantire la soddisfazione dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio dal ricorrente il cui ricorso, rivelandosi fondato, sia stato accolto. L'applicazione dei principi sulla effettività della tutela giurisdizionale, desumibili dagli articoli 6 e 13 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo impongono agli Stati di prevedere una giustizia effettiva e non illusoria in base al principio 't*he domestic remedies must be effective*'. L'effettività della tutela,

Intesa in senso ampio, descrive l'attitudine dell'ordinamento processuale a consentire la soddisfazione piena, puntuale e integrale (oltre che tempestiva), dell'interesse protetto dalla norma sostanziale e leso dal comportamento o dall'atto contestato in giudizio. La valutazione di effettività deriva, inoltre, dal confronto con le regole generali ordinarie del processo e dalla loro concreta capacità di realizzare la pienezza della tutela.

Nella dimensione transnazionale tale principio rileva sotto tre diverse direttrici di pensiero. La prima, di grande attualità, traduce la garanzia di effettività nelle istanze di semplificazione ed accelerazione dei procedimenti; la seconda via favorisce la circolazione dei provvedimenti giurisdizionali verso nuovi ambiti e con l'impiego di sempre più frequenti automatismi, mentre la terza direttrice di pensiero valorizza la tutela provvisoria e cautelare.

Corte di giustizia, 13 marzo 2007, in causa C-432/05, *Unibet*, ove si afferma che "*il principio di tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale di diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che è stato sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, (...) ed è stato ribadito anche all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*". Oltre alle sentenze citate alla nota precedente, sul principio di effettività si vedano sentenze Corte di Giustizia, 9 luglio 1985, in causa 179/84, *Bozzetti*; Corte di Giustizia, 15 maggio 1986, in causa C-222/84, *Johnston*; Corte di Giustizia, 17 settembre 1997, in causa C-54/96, *Dorsch*, in *Urb. app.*, 1998, p. 441; Corte di giustizia, 7 giugno 2007, cause riunite C-222/05-C-225/05, *Van der Weerd*; Corte di giustizia, 8 luglio 2010, in causa C-246/09, *Bulicke*; Corte di giustizia, 8 settembre 2011, in causa C-177/10, *Santana*. Per la giurisprudenza della CEDU, si veda da ultimo la sentenza 10 aprile 2008, su ric. n. 21071/05. Per l'applicabilità dei principi CEDU si veda Corte cost., nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007; n. 1 del 5 gennaio 2011; n. 80 dell'11 marzo 2011; n. 181 del 10 giugno 2011; n. 257 del 30 settembre 2011; n. 303 dell'11 novembre 2011.

La garanzia fondamentale della tutela giurisdizionale dei diritti opera nell'assicurare un prodotto di giustizia connotato dai caratteri dell'adeguatezza della tutela in relazione al bene della vita oggetto del giudizio, affinché se ne assicuri l'attuazione.

Ad ogni modo, qualsiasi considerazione relativa alle libertà fondamentali ed all'effettività che deve connotarne la tutela sarebbe priva di fondamento se non si operasse un rinvio all'ordinamento internazionale e comunitario ed all'attività ermeneutica promossa dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e dalla Corte di Giustizia.

Nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo troviamo (dopo l'elencazione dei diritti dell'individuo, quelli sostanziali e quelli che hanno creato il modello del c.d. "giusto processo"), all'art. 13, il diritto ad un ricorso effettivo, il quale stabilisce che "*ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali*".

La norma, dunque, ribadisce in questo modo, che lo Stato, assumendo tutela dei diritti fondamentali, si è obbligato non solo a non lederli con azioni dirette, ma anche, positivamente, a modificare la propria legislazione ove questa presenti lacune di tutela o determini essa stessa delle lesioni.

Per soddisfare i dettami dell'art. 13, il mezzo di ricorso davanti alla giurisdizione nazionale che gli Stati hanno l'obbligo di creare deve essere effettivo.

Questo vuol dire, innanzitutto, che deve essere accessibile, nel senso che l'esercizio dell'azione non può essere disciplinato in modo da essere eccessivamente gravoso per il ricorrente e deve essere in grado di riparare la violazione subita, intendendosi con ciò che deve poter rimuovere efficacemente le conseguenze dell'illecito, scopo cui il meccanismo è funzionale.

Grazie all'attività condotta dalla Suprema Corte la garanzia di effettività è stata elevata a canone ermeneutico della tutela giurisdizionale del cittadino, esaltando l'integrazione tra il piano della tutela interna e quello della protezione comunitaria ed imponendo al giudice domestico, in assenza di esplicita disciplina comunitaria, di applicare le norme processuali e procedimentali dell'ordinamento interno nella misura in cui garantiscano i canoni della proporzionalità, dell'adeguatezza e dell'effettività, assurti ad elementi indefettibili del modello europeo di tutela giurisdizionale voluto dalla Corte. L'esplicito riferimento operato dalla Corte di Giustizia nella sua giurisprudenza al principio di effettività, ci consente, difatti, di meglio specificarne la portata, ricostruendone l'essenza.

Per la Corte di Giustizia l'effettività della tutela giurisdizionale si traduce: nella concreta protezione delle posizioni giuridiche, anche ove essa non venga contemplata dagli ordinamenti nazionali; nell'esclusione di prove eccessivamente gravose ed onerose per le parti; nell'inderogabile dovere di motivare gli atti e di darne comunicazione alle parti; nell'esigenza di assicurare esecuzione effettiva e non simbolica ai provvedimenti; nel diritto all'impugnazione degli atti.

La Corte con la sua giurisprudenza ha delineato meglio il principio in esame, dettando comuni regole di garanzia, volte ad uniformare i meccanismi di tutela.

Il principio di tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed è stato sancito dall'art. 6 CEDU. Quale diritto fondamentale, essendo stato recepito dall'art. 47 CDFUE, il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva ha acquistato, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, «lo stesso valore giuridico dei Trattati», come enuncia l'art. 6, n. 1, TUE, e deve pertanto essere rispettato dagli Stati membri quando applicano il diritto dell'Unione (art. 51, n. 1, CDFUE).

Il principio di effettività nel codice del processo amministrativo

L'art. 1 del Codice, rubricato Effettività, secondo cui "l*a giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo", è conforme al disposto dell'art. 47 della Carta Fondamentale dei diritti fondametali dell'unione europea che riconosce il "diritto ad un ricorso effettivo*".

Il nuovo codice del processo conferma che l'evoluzione della giustizia amministrativa ha comportato la necessità di abbandonare il modello unico del giudizio di annullamento che come si è detto appare per sua struttura inadeguato a garantire l'effettività della tutela del ricorrente. Ad esso si sono affiancati diversi tipi di azioni atipiche e riti speciali, più idonei a garantire la soddisfazione attraverso il giudizio della pretesa del ricorrente. Tuttavia il superamento del modello dell'azione di annullamento si è rivelato troppo timido e molte sono le resistenze opposte che hanno portato al mancato recepimento generale dell'azione di adempimento.

Non pare meravigliare, perciò, la circostanza che all'art. 1 del codice, rubricato con il termine «Effettività», si richiami in modo estremamente sintetico, ma non per questo meno efficace e rilevante, la strumentalità delle regole processuali al valore della tutela piena ed effettiva, assicurata dai principi di rango costituzionale e del diritto europeo, con chiaro riferimento alla Carta europea dei diritti dell'uomo (CEDU)[49].

Recita l'articolo citato: ««*La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*..», correttamente individuando i principi cardini di rango legislativo nella effettività e nella pienezza della tutela da assicurarsi nell'ambito del sistema processuale proprio della giurisdizione amministrativa.[50]

---

[49] Terracciano G., Il principio di effettività e la tutela delle posizioni giuridiche soggettive negli appalti pubblici, in Foro amm. TAR, 2011, 11, 3791.

[50] Per una prima lettura dell'articolo in questione, Pietrosanti A.G., Il principio di effettività, in L'Amministrativista, Giuffrè, Milano, 2010.

I ”principi generali” del processo amministrativo sono disciplinati all'interno del Capo I che, a sua volta, contenuto nel Titolo I (relativo ai “principi ed organi della giurisdizione amministrativa”) del Libro I (inerente alle disposizioni generali).

Diversamente dalla versione iniziale del Codice (che al tema in questione dedicava ben 7 articoli), la disciplina che si prospetta prevede solo tre articoli, riguardanti, rispettivamente, l'effettività della tutela giurisdizionale (art. 1), il giusto processo (art. 2) e il dovere di motivazione e sinteticità degli atti (art. 3).

Con riferimento all'art. 1, il Codice – ispirandosi ai “principi e criteri direttivi” contenuti al riguardo nella legge delega n. 69/2009 (art. 44, comma 2, lett. a) – enuclea l'assunto in forza del quale la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo.

L'esigenza di garantire una simile ``tutela'' trova, quindi, una sua prima e fondamentale fonte normativa nei ``principi della Costituzione e del diritto europeo''.

La Costituzione ha, infatti, delineato una serie di principi essenziali per la realizzazione di un sistema processuale che sia volto ad assicurare l'effettività della tutela delle situazioni giuridiche soggettive, siano esse di diritto soggettivo o di interesse legittimo.

Ciò emerge da un complesso di norme fondamentali, quali, ad esempio, l'art. 24, comma 1, (secondo cui tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi) e comma 2 (che definisce la difesa in giudizio alla stregua di un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento), nonchè l'art. 113, il quale, al comma 1, enuncia il diritto alla tutela giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione e, al comma successivo, ne specifica la portata, affermando che essa non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. Tali norme vanno poi lette alla luce della riforma costituzionale dell'art. 111 Cost. che ha consacrato il principio del ``giusto processo'' secondo cui la giurisdizione si attua mediante il

giusto processo regolato dalla legge (comma 1); esso, a sua volta, si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a Giudice terzo e imparziale, con la precisazione che la legge ne assicura la ragionevole durata (comma 2).

Giustizia ``effettiva'' e tutela ``sostanziale'' dell'interesse legittimo

Oltre che mediante il rinvio a tali principi di rango costituzionale, il Legislatore delegato ha inteso attribuire al principio di ``effettività'' (e alle relative garanzie processuali) una ulteriore copertura normativa attraverso il richiamo, contenuto nello stesso articolo in esame, ai ``principi del diritto europeo''.

L'effettività della tutela trova invero una chiara e consolidata enunciazione in diverse fonti del diritto europeo, tra cui può senz'altro richiamarsi la ``Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali'', la quale, non solo disciplina i connessi strumenti necessari per assicurare il diritto ad un ``equo processo'' (art. 6), ma stabilisce anche – e soprattutto – il diritto ad un ``ricorso effettivo'', rilevando che ogni persona i cui diritti e le cui libertà (...) siano stati violati, ha diritto di presentare un ricorso avanti ad una magistratura nazionale (art. 13).

Si tratta di disposizioni che, per costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo, impongono agli Stati di prevedere una giustizia effettiva e non illusoria in base al principio *the domestic remedies must be effective* (CEDU, Sez. III, 28 settembre 2006, Prisyazhnikova c. Russia); disposizioni la cui fondamentale importanza stata pure ribadita dalla giurisprudenza costituzionale (C. Cost. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349) che ne ha riconosciuto il carattere ``vincolante'' e la prevalenza sulla legge interna incompatibile, ma non per questo ha legittimato la possibilità di una disapplicazione immediata di quest'ultima da parte del Giudice, potendosi in tal caso intervenire soltanto

attraverso un normale giudizio di legittimità costituzionale per violazione di una norma interposta (id est la CEDU che integra il parametro di cui all'art. 117, comma 1, Cost.).

In questa cornice normativa, il principio fondamentale dell'effettività nell'ambito della giurisdizione amministrativa (che, come noto, volta a garantire la ``giustizia nell'amministrazione''), oltre a richiedere una doverosa attenzione nei confronti di tutti gli interessi coinvolti nel processo, impone la predisposizione (e la relativa realizzazione) di un apparato processuale che, in tutte le sue fasi, metta in risalto la ``natura sostanziale'' dell'interesse legittimo e l'inclusione del bene della vita nella struttura dello stesso, predicando così la tendenziale equivalenza, sia in termini di mezzi che di risultati, tra la tutela fornita dal Giudice ordinario e quella ottenibile dal Giudice amministrativo.

In tal senso appare, altresì, indirizzata la stessa ``relazione'' al Codice del processo amministrativo che, nel definire ``l'effettività'' in termini di capacità del processo di conseguire risultati nella sfera sostanziale e ciò per quanto più possibile (quindi quando non vi ostino sicure preclusioni processuali), sembra ispirarsi al noto insegnamento chiovendiano secondo il quale il processo deve dare, per quanto possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire.

Proprio in ragione di tali assunti, l'effettività della tutela non può non spingere anche verso l'elaborazione di soluzioni che permettano di contemperare l'esigenza di predisporre strumenti di accelerazione del giudizio (volti a garantire una stabilità giuridica in tempi brevi), con la necessità di evitare compressioni temporali talmente forti da pregiudicare l'effettivo esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale. Occorre, pertanto, impedire che il valore della giustizia celere si trasformi nel disvalore della giustizia affrettata (Cass. civ., Sez. I, 27 settembre 2006, n. 21020); ovvero, in altri termini, evitare che la rapida definizione di un processo possa comportare la vanificazione degli altri valori costituzionali che in esso sono coinvolti, primo fra i quali il diritto di

difesa, che l'art. 24, comma 2, Cost. proclama inviolabile in ogni stato e grado del procedimento (C. Cost. 19 novembre 2002, n. 458).

Lo stesso principio di ``effettività'' risulta, infine, strettamente connesso a quello della ``certezza del diritto''. Da ciò si comprende ulteriormente l'esigenza di ricondurre ad unità, attraverso la redazione di un insieme ordinato e coerente di norme (Codice), l'eterogeneo e frammentario complesso di disposizioni relative al processo amministrativo: solo una consapevole percezione delle norme che regolano il processo potrà invero fornire una migliore tutela giurisdizionale, che sarà tanto più effettiva quanto più sarà elevato il grado di conoscenza e comprensione del funzionamento del ``servizio'' giustizia conseguito da parte dei suoi utenti.

Definire in termini di complementarietà o di continenza il rapporto o il collegamento tra effettività e pienezza rischia di non consentire di cogliere appieno la scelta consapevole del legislatore delegato, privando l'espressione di principio contenuta nell'art. 1 del suo significato, a dir così, più rivoluzionario, che prescinde e supera i reciproci ed innegabili condizionamenti tra i due principi.

Il principio di effettività non deve caratterizzare solo la disciplina del processo o meglio non estende la sua portata solo al processo in quanto, come sostenuto da più parti, il sistema di giustizia amministrativa, volto alla realizzazione dell'interesse pubblico attraverso il controllo dell'esercizio del potere amministrativo, nel rispetto delle posizioni soggettive interessate, non si esaurisce nell'esercizio del potere giurisdizionale, rappresentando la giurisdizione solo una parte, non altrimenti evitabile, di esso.

Se la finalità del sistema giustiziale è garantire un corretto equilibrio nel rapporto che sussiste tra amministrazione e amministrato, di modo che il potere amministrativo non straripi in sopruso, comprimendo ambiti di libertà e ledendo posizioni giuridiche soggettive, non può prescindersi dal considerare gli aspetti giustiziali insiti nelle regole sull'esercizio del potere amministrativo procedimentalizzato, così come deve essere valorizzato il sistema dei ricorsi in

via amministrativa; potrebbe affermarsi che accanto al sistema processuale proprio della giustizia in sede giurisdizionale, esercitata *sull*'Amministrazione, è rinvenibile una giustizia *nell*'Amministrazione ed una giustizia *dell*'Amministrazione.[51]

La giustizia amministrativa è, in primo luogo, quella che si ottiene curando e controllando che l'azione amministrativa sia corretta, in modo da garantire che l'interesse pubblico conviva con gli interessi privati coinvolti, consentendo il perseguimento dell'interesse pubblico specifico con il minore sacrificio possibile degli altri interessi, anche soggettivi, presi in considerazione (art. 97 Cost.).

La possibilità di difendersi in ambito procedimentale, facendo valere le proprie posizioni in chiave egoistica, attraverso istituti analoghi a quelli previsti in ambito processuale, sebbene il decisore sia il soggetto che ha la cura dell'interesse pubblico, rappresenta la prima frontiera del sistema di giustizia amministrativa, quella appunto della giustizia nell'Amministrazione.

In altri termini, si può valorizzare l'effettività quale idoneità astratta al perseguimento delle finalità ordinamentali oppure, diversamente, quale capacità concreta di perseguimento delle finalità stesse.

Quanto alla prima prospettiva, l'indagine dovrebbe essere diretta a verificare se in linea di principio le regole processuali proprie del codice del processo amministrativo risultino astrattamente idonee e funzionali al perseguimento della giustizia amministrativa o, comunque, contribuiscano a garantire un corretto esercizio del servizio pubblico giustizia al cittadino, attraverso un sufficiente controllo sull'esercizio del potere pubblico[52].

Lo stretto collegamento tra procedimento e processo sembrerebbe avvalorare l'idea che una completa tutela presupponga che l'ordinamento attribuisca ai

[51]Terracciano G., Il principio di effettività e la tutela delle posizioni giuridiche soggettive negli appalti pubblici, in Foro amm. TAR, 2011, 11, 3791

[52] Quanto al diverso approccio, che evidenzia quale essenza del principio di effettività in esame la capacità concreta delle regole processuali di perseguire le finalità per le quali esiste il processo, sembra che esso possa essere foriero di interessanti sviluppi e certamente consegna agli interpreti un ambito di possibili significati e risvolti pratici e teorici, al tempo stesso, che implicano una certa ampiezza della portata applicativa del principio stesso.

giudici poteri ed ampiezza di oggetto tali da consentire di regolare il rapporto tra amministrazione ed amministrato, sia pure in chiave giustiziale, in modo da eliminare ogni distorsione dell'attività amministrativa, con sostanziale riesercizio del potere amministrativo, anche discrezionale.

Ma, ancora una volta, si deve evidenziare come tale approccio finisca per accomunare caratteristiche del processo che attengono alla giustezza dello stesso, alla pienezza di oggetto e di poteri, alla sua efficacia, non solo alla sua effettività.

La lettura della disciplina delle azioni alla luce del principio dell'effettività della tutela.

È, allora, conseguente tentare di svolgere qualche riflessione sulle recenti linee di trasformazione normativa per cercare di cogliere spazi per profili di rilettura di istituti classici e verificare quanto, sotto la spinta di esigenze di garanzia, riceva nuova luce il principio di effettività della tutela giurisdizionale, con una maggior elasticità delle categorie dogmatiche.

Il ripensamento in senso sostanziale dell'interesse legittimo e la sua ormai condivisa configurazione quale posizione avente dignità non inferiore a quella da sempre riconosciuta al diritto soggettivo hanno implicato un graduale ma significativo ripensamento delle forme di protezione sperimentabili dinanzi al giudice deputato a tutelarlo ai sensi dell'art. 103 Cost., Tale trasformazione ha portato al contempo ad una evoluzione del giudizio amministrativo volta ad assicurare che per il suo tramite il titolare della posizione soggettiva possa ottenere non già una risposta solo parziale e spesso insufficiente alle sue istanze di tutela, ma piena e sostanziale, idonea nella giusta misura ad orientare lo svolgersi dell'agere amministrativo successivo alla pronuncia, tempestiva ed effettiva.

La presente indagine, dunque, si concentrerà sulle tecniche di tutela sperimentabili a protezione dell'interesse legittimo e sulle tendenze evolute del

sistema di giustizia amministrativa, partendo non solo dal dato normativo ma anche dagli importanti approdi pretori.

Due dati sono certi: vi è una piena parificazione tra diritti soggettivi e interessi legittimi quanto a possibilità di farli valere in giudizio ad effettività di tutela ad adeguatezza dei poteri del giudice; il giudice amministrativo è il giudice naturale dell'interesse legittimo ed a lui la costituzione attribuisce il dovere di potrezione piena e globale di tale posizione giuridica soggettiva. In tal senso la sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 ha sottolineato come l'art. 24 Cost. assicuri agli interessi legittimi "*le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare*". Nella stessa sentenza, laddove si chiarisce che l'attribuzione al g.a. del potere di disporre il risarcimento del danno ingiusto anche nell'ambito della competenza generale di legittimità non costituisce una nuova "materia", ma solo uno strumento di tutela ulteriore rispetto a quello demolitorio (e/o conformativo), la Corte evidenzia come tale assunto si fondi anch'esso sull'art. 24 Cost. "*il quale garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri*".

La gran parte delle azioni previste a tutela delle situazioni protette nelle controversie di diritto pubblico sono previste espressamente dalla legge e sottoposte a discipline proprie (termini, modalità procedurali, provvedimenti giurisdizionali conseguenti in caso di accoglimento), ed in tal senso possono definirsi tipiche[53]. Tipica è l'azione di annullamento, l'azione di nullità, la particolare azione (di accertamento e di condanna) avverso il silenzio dell'Amministrazione, l'azione risarcitoria nelle sue diverse forme. Ma sono ammesse anche azioni atipiche, quali richieste da particolari esigenze di tutela. E tali sono le azioni di condanna diverse da quella risarcitoria, che sono esperibili, come s'è visto, ai sensi dell'art. 30, 1° co., contestualmente all'azione

[53] Cerulli Irelli V., Intervento al convegno di studi per la Presentazione degli Scritti in onore di Alberto Romano, svoltosi a Roma, presso l'Università La Sapienza.

di annullamento; il cui oggetto varia a seconda delle diverse esigenze di tutela della situazione sostanziale.

Come vedremo nei capitoli che seguiranno nel processo amministrativo possono oggi ritenersi ammissibili non solo le azioni tipiche, per le quali valuteremo la possibilità di una atipicità in concreto, ma anche azioni atipiche, quali quella di condanna ad un facere specifico, anche detta di adempimento ed azioni di mero accertamento.

Questa gamma di azioni, rese disponibili nel nuovo ordinamento a tutela delle situazioni protette nei rapporti di diritto pubblico (qui delineate solo in alcuni aspetti) rende la tutela amministrativa sostanzialmente conforme ai principi costituzionali ed europei di pienezza ed effettività, tutela ormai tendenzialmente equiparata alla tutela giurisdizionale nei rapporti di diritto comune.

Il carattere particolare dei rapporti di diritto pubblico, è dato dal fatto che si tratta dell'esercizio del potere e non dell'adempimento di obblighi.

Il Cons. St. (A.P. nn. 3/11, 15/11, sulle quali torneremo nel prosieguo) ha affermato che "*la mancata previsione, nel testo finale del codice, di una norma esplicita sull'azione generale di accertamento, non è sintomatica della volontà legislativa di sancire una preclusione di dubbia costituzionalità, ma è spiegabile, anche alla luce degli elementi ricavabili dai lavori preparatori, con la considerazione che le azioni tipizzate, idonee a conseguire statuizioni dichiarative, di condanna e costitutive, consentono di norma una tutela idonea ed adeguata che non ha bisogno di pronunce meramente dichiarative*". Ma "*ove dette azioni tipizzate non soddisfino in modo efficiente il bisogno di tutela, l'azione di accertamento atipica, ove sorretta da un interesse ad agire concreto ed attuale ex art. 100 c.p.c., risulta praticabile in forza delle coordinate costituzionali e comunitarie richiamate dallo stesso art 1 del codice oltre che dai criteri di delega di cui all'art. 44 della legge n. 69/2009*"[54].

[54] Sul punto si veda M.A.Sandulli, Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzioni di vecchi problemi e nascita di nuove questioni, in www.giustamm.it.

Principio di atipicità delle forme di tutela quale corollario dell'effettività della tutela

Un corollario dell'effettività della tutela è rappresentato dal principio dell'atipicità e della molteplicità delle forme di tutela.[55] È stato osservato, infatti, che "*effettività e tipicità delle forme di tutela si pongono in tendenziale conflitto, e che la prima risulta strettamente collegata con l'opposto principio di atipicità*"[56].

Nell'ambito del diritto civile è ormai pacifico che l'effettività della tutela possa dirsi soddisfatta laddove l'ordinamento consenta un rimedio giurisdizionale che assicuri in modo specifico l'attuazione del diritto in funzione del contenuto che gli è proprio e delle specifiche prestazioni che ne discendono come dovute. Tale adeguatezza della tutela non può essere valutata in astratto ma va riferita alla situazione concreta dedotta in giudizio e si ha ineffettività nel momento in cui il provvedimento giurisdizionale attua solo in parte tale diritto, modificandone il contenuto, trasformando o riducendo le prestazioni originariamente dovute. Il processo deve "*far ottenere ai titolari delle situazioni di vantaggio gli stessi risultati (o, se questo impossibile, risultati equivalenti) che avrebbero dovuto ottenere attraverso la cooperazione spontanea da parte dei consociati*"[57]

Lo stesso dovrebbe avvenire nel processo amministrativo.

Il bisogno di tutela dell'amministrato nei confronti della pubblica Amministrazione non e` sempre stato un principio immanente nel nostro

[55]Sul principio di atipicità delle azioni Torchia L., Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010, Clarich. M, Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del codice e apertura a nuove tutele, secondo cui "l'accoglimento del principio dell'atipcità delle azioni nel processo amministrativo nel Codice non deve far velo al fatto che l'azione di annullamento continua a essere la regina delle azioni".

[56]Orsi Battaglini A., Alla ricerca dello Stato di diritto – Per una giustizia non amministrativa, Milano, 2005, 54.

[57]Proto Pisani A., Appunti preliminari su rapporti tra diritto sostanziale e processo, in Dir. Giur., 1978, 6.

ordinamento. La maggiore preoccupazione del Legislatore postunitario, lungi dall'essere quella di assicurare la tutela del cittadino nei confronti dell'autorita` amministrativa, era, infatti, quella di dettare le "*guarentigie dell'amministrazione nei confronti del potere giudiziario*".[58]

Prima che si giungesse all'attuale tutela dell'interesse legittimo, lo stesso è stato considerato quale posizione meramente processuale o quale oggetto di tutela solo indiretta ed occasionale da parte dell'ordinamento.

Il cammino successivo della giustizia amministrativa si è svolto sempre più nella direzione del principio della pienezza e dell'effettività della tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo.

Grazie anche al cpa, le cui disposizioni devono necessariamente essere lette in combinazione, a monte; con il dettato della legge delega (in particolare l'apertura suggellata dall' art. 44., comma 2, lett. b, n. 4, della legge n. 69/2009 a tutele anche dichiarative e di condanna, oltre che costitutive, volte a soddisfare la pretesa sostanziale della parte vittoriosa) e, a valle, con la giurisprudenza

[58] Caringella F., Il sistema delle tutele dell'interesse legittimo alla luce del codice e del decreto correttivo, in Urb. e app., n. 1, 2012. L'Autore evidenzia la scarsa considerazione del Legislatore post unitario alla tutela degli interessi legittimi richiamando la celebre frase di Stanislao Mancini, pronunciata in occasione dei lavori parlamentari che hanno portato, nel 1865, all'approvazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo: "[...] *sia pure che l'autorità amministrativa abbia fallito la sua missione, che non abbia provveduto con opportunità e saggezza,* [...] *sia pure che essa abbia, e forse anche senza motivi, rifiutato ad un cittadino una permissione, un vantaggio, un favore, che ogni ragione di prudenza e di buona economia consigliasse di accordargli ... sia pure che questo cittadino è stato di conseguenza ferito, e forse anche gravemente, nei propri interessi: che perciò?* [...] *che cosa ha sofferto il cittadino in tutte le ipotesi testé discorse? Semplicemente una lesione degli interessi? Ebbene, che vi si rassegni*". Quel "*si rassegni*" finale rappresenta la sintesi perfetta della posizione in cui si trovava il privato dinanzi al potere pubblico. Non ci si può, dunque, meravigliare se la struttura del giudizio amministrativo sia stata concepita, anche dalla legge n. 1034/1971, in chiave impugnatoria e rigorosamente tipica. Nell'alveo di sistema imperniato su di una rigida tipicità delle tecniche di tutela, l'unica azione concessa era quindi quella tesa all'annullamento del provvedimento in relazione ai vizi riscontrati in base ad un controllo estrinseco che non consentiva, in omaggio al principio di separazione dei poteri, una sostituzione nella verifica della fondatezza della pretesa sostanziale. Del pari anche le sentenze pronunciabili dal giudice amministrativo, quanto meno con riferimento agli interessi pretensivi, servivano esclusivamente a verificare la presenza dei vizi denunciati in seno all'atto impugnato, senza traguardare la bontà sostanziale dell'aspirazione del privato: si *verificava se l'amministrazione avesse torto piuttosto che stabilire se il privato avesse ragione.*

dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e dei Giudici territoriali che hanno dato linfa operativa alle novità positive[59].

Pertanto, la ricerca che sarà svolta nei capitoli successivi potrà partire dalle seguenti premesse.

L'interesse legittimo, non più considerato quale posizione meramente processuale o quale oggetto di tutela solo indiretta ed occasionale da parte dell'ordinamento, costituisce una posizione sostanziale direttamente tutelata dall'ordinamento giuridico, al cui interno occupa ormai una rilevanza centrale l'interesse materiale al bene della vita.

Il giudizio amministrativo non è più solo un processo sull'atto o all'atto, ossia un giudizio sull'atto teso a verificarne la rispondenza estrinseca al paradigma normativo, con salvezza del riesercizio del potere autoritativo ma, ove non vi osti il residuare di sacche di discrezionalità amministrativa o tecnica, assurge a giudizio sul rapporto, teso a scrutinare la relazione regolata dall'atto e, quindi, a valutare la fondatezza della pretesa sostanziale onde regolare la questione controversa.

In seguito agli approdi raggiunti nelle decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3 e 15 del 2011 (sulla cui valenza nomofilattica in seguito all'introduzione dell'art. 99 del Codice molti autori sono ormai d'accordo), la tutela innanzi al giudice amministrativo conosce oggi anche le azioni atipiche, ove necessarie per conferire idonea e piena a protezione alla situazione soggettiva.

Dalla atipicità delle azioni all'atipicità delle pronunce giurisdizionali.

Il legislatore, nel prevedere un'azione, non può predeterminare in astratto il contenuto delle risposte che il giudice potrà fornire a tutela di una determinata posizione, contenuto ricavabile solo in ragione della specificità della lesione che

[59]Caringella F., *Il sistema delle tutele dell'interesse legittimo alla luce del codice e del decreto correttivo*, in Urbanistica e appalti, 2012, 1

viene in rilievo nel caso singolo e del bisogno di tutela che deve essere correlativamente appagato.

Il principio di atipicità non concerne, quindi, solo il novero delle azioni proponibili, ma anche, e forse soprattutto, il contenuto concreto delle azioni tipizzate in modo astratto, e quindi necessariamente incompleto, dal legislatore.

Già nella dottrina processualcivilistica vi è chi sostiene superato il principio della tipicità delle azioni e configura un'azione unica per più forme di tutela o se si preferisce più tipi di rimedio giurisdizionale[60].

L'impostazione è in parte analoga a quella adottata nel diritto inglese in cui il "*sistema chiuso delle forms of action ha lasciato il posto all'atipicità della cause of action*". In esso la situazione giuridica sostanziale esiste in quanto siano disponibili le forme di tutela ossia i *remedies*, mentre l'interesse protetto ne rappresenta soltanto il *posterius*[61].

Anche alcuni ordinamenti di civil law hanno adottato soluzioni simili: si pensi all'ordinamento tedesco in cui vige il principio di atipicità delle azioni, in virtù del quale esiste un sistema articolato e aperto di azioni da esperire davanti al giudice amministrativo a seconda che il cittadino sia leso da un'attività o da un'inattività dell'amministrazione, che questa sia giuridica oppure materiale che si manifesti in atti reali, amministrativi o normativi; senza poi dimenticare che in tale ordinamento sussiste altresì la possibilità di convertire l'azione già proposta in un'altra che si dimostri maggiormente efficace[62].

Pertanto, partendo dalle premesse esposte nel presente capitolo ci interrogheremo sulla possibilità di ritenere l'attuale sistema processuale amministrativo aperto:

---

[60]Comoglio Ferri Taruffo 225 e Liebmann 58 e clarich Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrrativo in dir. Proc. Amm. 2005, 557 ss.

[61]Trocker Civil law e common law nella formazione del diritto processuale europeo, in riv it dir pubbl comunitario, 2007, 421, ss. p. 431 432

[62]G.F. Ferrari, voce, Giustizia amministrativa in diritto comparato, in Digesto pubbl. VII Torino, 1991, 577 ss; Carrà, Atipicità del diritto di azione ed effettività della tutela nel processo amministrativo tedesco, in D. Sorace (a cura di) Discipline processuali differenziate nei diritti amministivi europei, Firenze 2009, 25 ss.)

ad un'azione di annullamento "a geometrie variabili", in cui posta la tipicità del mezzo, divengono atipiche le pronunce adottabili dal giudice, nei cui poteri potrebbe rientrare anche quello di graduare gli effetti dell'annullamento; una sentenza a contenuto non più tipizzato, ossia nella sola eliminazione *ex tunc* dell'atto, essendo possibile che in concreto il giudice reputi idonea a soddisfare la pretesa sostanziale un annullamento *ex nunc* o solo parzialmente retroattivo o, infine, un accertamento dell'illegittimità a fini meramente conformativi e senza esiti demolitori;

all'esperimento di azioni di condanna al conseguimento del bene della vita la cui spettanza sia stata previamente accertata;

all'esperimento di azioni di mero accertamento, tese alla dichiarazione giudiziaria in ordine a situazioni di fatto e di diritto, ammissibili quando ricorra una *res dubia* e sussista l'interesse alla sua chiarificazione.

Capitolo II

L'azione di annullamento

L'azione di annullamento nel codice.

Il processo amministrativo è stato modellato essenzialmente come un processo di annullamento di provvedimenti illegittimi lesivi di interessi legittimi oppositivi[63].

La disciplina della tutela di annullamento è contenuta agli artt. 29 e 34, co.1, lett. a) del Codice. La prima disposizione recita che "*l'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di dacadenza di sessanta giorni*". La seconda prevede inoltre che "*in caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda: a) annulla in tutto o in parte il provvedimento impugnato*".

Le fonti normative ante codice erano ravvisabili nell'art. 45, T.U. 26 giugno 1924, n. 1054, che riprendeva l'art. 38, r.d. 2 giugno 1889, n. 6166, secondo cui in caso di accoglimento del ricorso il giudice "*annulla l'atto o provvedimento, salvo gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa*", disposizione poi ripresa anche dall'art. 26, l. 6 dicembre 1971, n. 1034.

In ordine all'azione di annullamento, il Codice non innova rispetto al passato, confermando il ruolo principe della tutela costitutiva e demolitoria all'interno del giudizio amministrativo attraverso l'esperibilità di una azione generale di

[63] Zanobini, Corso di diritto amministrativo, Vol. II, La giustizia amministrativa, VIII ed, Milano, 1958, 320, secondo cui la decisione di accoglimento nel giudizio amministrativo "*ha sempre carattere costitutivo, in quanto distrugge o modifica la situazione creata con l'atto amministrativo impugnato. Del tutto escluse sono le decisioni di condanna: il richiamato art. 45 non contempla provvedimenti con cui le Sezioni giurisdizionali possano imporre all'amministrazione un obbligo di fare o di dare*"; in senso analogo Guicciardi, La giustizia amministrativa, Padova, 1942, 218, secondo cui "*in ogni caso, è escluso che le decisioni del giudice amministrativo possano contenere pronunce di condanna, salvo quella meramente accessoria relativa alle spese di giudizio*".

annullamento, entro il termine decadenziale di sessanta giorni, per i vizi di annullabilità classici del provvedimento amministrativo di cui all'art. 21 *octies*, co. 1, della legge n. 241/1990, violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere.

La disposizione nulla dice sui termini e sulle condizioni dell'azione[64].

La tradizionale tripartizione delle azioni di cognizione in costitutive, di accertamento e di condanna ha incontrato i minori problemi applicativi proprio con riferimento alla disposizione in commento, che si limita a codificare la tradizionale azione di annullamento quale azione di carattere costitutivo.

L'azione di annullamento costituisce tuttora la tipologia principale di ricorso, se non altro in termini statistici, atteso che la gran parte del contenzioso instaurato dinanzi ai Tribunali amministrativi regionali ha ad oggetto la richiesta di annullamento di un provvedimento amministrativo.

La presente ricerca non si soffermerà sui profili più tradizionali legati a tale azione, quali le condizioni dell'azione, i termini di proposizione, l'individuazione dei controinteressati, i rapporti col ricorso incidentale, ma avrà ad oggetto la disciplina e le questioni interpretative emerse da ultimo sulla portata della tutela costitutiva di annullamento e sugli effetti della pronunce adottabili dal giudice in risposta a tale domanda.

In particolare l'attenzione sarà posta sulla portata conformativa e sulla graduabilità degli effetti dell'annullamento, questione quest'ultima che ha dato vita ad un acceso dibattito in dottrina in seguito alla decisione del Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755. Il tutto con l'attenzione sempre rivolta all'effettività della tutela, nell'ottica illustrata nel primo capitolo.

La natura dell'azione di annullamento ed i suoi effetti sono connessi al dibattito sull'oggetto del giudizio amministrativo di legittimità.

---

[64] Con riferimento alla decorrenza del termine, l'art. 41 sulla *Notificazione del ricorso e suoi destinatari* prevede come momento iniziale la notificazione, comunicazione o piena conoscenza, ovvero, per gli atti di cui non sia richiesta la notificazione individuale, il giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge.

La tesi storica del giudizio sull'atto già precedentemente al codice del processo amministrativo non era più in linea con le trasformazioni subite dallo stesso, sussistendo varie ipotesi in cui il privato non otterrebbe alcuna soddisfazione dei propri interessi in seguito ad una pronuncia con contenuto unicamente demolitorio.

Premessa metodologica per analisi tutela di annullamento.

L'azione di annullamento disciplinata dall'art. 29 del Codice sarà di seguito esaminata dal punto di vista della tutela di annullamento secondo la premessa metodologica illustrata nel primo capitolo, al fine di testare se ed in che misura tale tutela è oggi in grado di assicurare l'effettività della tutela dell'interesse legittimo.

Studi in tal senso non sono di certo nuovi. In passato l'annullamento dell'atto amministrativo è stato esaminato anche in chiave di analisi economica del diritto, intesa in tale ambito come studio dei rimedi e degli incentivi. Così impostata la ricerca, l'annullamento e la relativa azione giurisdizionale rivelano "*un significato di tecnica di tutela*"[65], caratterizzante il nostro sistema di giustizia, volta a "*massimizzare il risultato utile dell'azione amministrativa, a conservarne gli effetti, a tutelare le certezze giuridiche prodotte dallo Stato amministrativo, a consentire alla sfera pubblica lo svolgimento ottimale delle funzioni di coordinamento dei fattori produttivi che, qualora ben spiegate, possono portare al superamento delle diseconomie legate alla presenza di alti costi transattivi, non superabili quindi dalla negoziazione, ma solo dall'intervento dei poteri autoritativi dell'amministrazione*".[66]

---

[65]Montedoro G., *La tutela dell'interesse legittimo dall'annullamento all'accertamento*, in Caringella F., Garofoli R., Montedoro G. (a cura di), *Le tecniche di tutela nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2006

[66] Montedoro, op. cit..

L'eliminazione dal mondo giuridico dell'atto illegittimo è coessenziale ad un'attività amministrativa efficiente, ma, nello stesso tempo, pone il tema dell'effettività della giustizia amministrativa, dell'effettiva giustiziabilità delle posizioni giuridiche dei privati, della tutelabilità efficace delle situazioni giuridiche soggettive vantate nei confronti dell'amministrazione, in presenza di limitazioni volte, al contrario, ad assicurare la certezza dei rapporti giuridici, quali il termine decadenziale[67].

Il principio guida ancora una volta è quello di effettività[68]

Nella dimensione comunitaria è infatti forte l'anelito all'effettività della giustizia, ma l'effettività della giustizia si presenta come causa di riduzione della sfera pubblica, e ciò sintomaticamente si accompagna ad una ridimensionamento della tecnica di tutela mediante annullamento dell'atto a tutto vantaggio di altre tecniche di protezione dei privati quali la disapplicazione ed il risarcimento.

Il giudice ordinario non poteva garantire un'effettività di tutela contro il potere pubblico con il solo strumento della disapplicazione dell'atto amministrativo, in particolar modo verso gli atti di carattere generale. Per ovviare a ciò fu istituita la IV sezione del Consiglio di Stato nel 1889, il cui carattere giurisdizionale venne riconosciuto solo con la legge del 1907.

---

[67] Non è un caso che l'amministrazione comunitaria, stia costruendo un sistema di tutela imperniato sulla disapplicazione, ossia sulla prevalenza del diritto obiettivo, rispetto al provvedimento, sulla certezza del diritto legata all'applicazione datane spontaneamente dagli operatori del mercato (ivi compresa la p.a., soggetto fra i soggetti del mercato) piuttosto che sulla certezza del diritto costruita per effetto dell'inoppugnabilità dell'atto amministrativo. (nota: in sede di diritto interno v giurisprudenza sulla non disapplicabilità delle clausole illegittime dei bandi di gara, cons. st. sex. V, 20 maggio 2002, n. 2717, mentre nel diritto europeo si guardi Corte di Giustizia CE VI 27 febbraio 2003, Santex spa c Unità Sanitaria Locale di Pavia, in lexitalia.it che svincola il giudice nazionale dal dovere di rispettare le caratteristiche della giurisdizione di annullamento una volta che si accerti che l'amministrazione aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da un atto di tale autorità.)

[68] . Romeo, *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?* In dir proc amm. 2004, 653 ss., in cui l'autore in chiave critica affronta tale principio talvolta vissuto come prospettiva utile al fine di far prevalere concezioni sostanzialistiche della giustizia, che concedono uno spazio eccessivo alla giurisdizione r rischiano di dequotare l'autonomia dell'amministrazione, con alcune illuminanti e corrosive intuizioni sulla correlazione esistente fra effettività della giustizia ed autonomia dell'amministrazione

Sia gli interessi legittimi che i diritti soggettivi trovano il proprio riconoscimento in un dato normativo. Tuttavia mentre per i primi la tutela giurisdizionale passa necessariamente attraverso un giudizio sulla correttezza, sotto il profilo della legittimità e, ove previsto, anche del merito[69]. della scelta operata dall'amministrazione attraverso la ponderazione degli interessi in gioco ognuno legato necessariamente ad un dato legislativo di riferimento.

Qualora invece ci si trovi di fronte ad un diritto soggettivo, questa esigenza di mediazione non sussiste, in quanto il privato troverà una protezione esaustiva nella norma attributiva del diritto. Nell'ambito della giurisdizione esclusiva quindi il giudizio è solo eventualmente rivolto al sindacato sul corretto esercizio del potere, in quanto nel caso di diritti soggettivi non è richiesta nessuna intermediazione da parte dei pubblici poteri. Il processo sui diritti si svolge indipendentemente dall'impugnazione di un atto e il ricorrente può adire il giudice semplicemente per chiedere l'accertamento della spettanza, la dichiarazione giudiziale dell'esistenza del diritto passa per la disapplicazione dell'atto lesivo.

Bisogna chiedersi se il sistema dei rimedi è ancora incentrato sul processo di annullamento o se invece questo non presenti uno iato con gli effettivi bisogni di tutela. In altre parole occorre valutare l'adeguatezza in termini di effettività degli strumenti di tutela ai nuovi bisogni.

Il divario tra bisogni di tutela e rimedi è stato in passato piuttosto netto nelle ipotesi di silenzio inadempimento, a fronte di un comportamento inerte della p.a., dove per la difficoltà di staccarsi dal modello tradizionale di giudizio impugnatorio si è arrivati a teorizzare l'esistenza di un atto, nella realtà fattuale inesistente. Tale esigenza è stata superata con l'introduzione dell'attuale azione avverso il silenzio, che arricchisce la tutela del privato con uno strumento che tuttavia non fa venir meno l'esigenza di mantenere una sfera riservata al potere pubblico, e che, come è stato acutamente osservato[70], può assurgere a rimedio

[69] Caianello V., Diritto processuale amministrativo, Utet Torino 2003, 89

[70] Caianiello V., diritto processuale amministrativo, Utet Torino 2003, 525-533, e Caringella F. Corso di diritto amministrativo, Giuffrè Milano, 2001, 1169

principale contro la lesione di quelle posizioni giuridiche soggettive, come gli interessi pretensivi, che trovano soddisfazione solo tramite l'emanazione di un provvedimento positivo. La successiva attività amministrativa, infatti, dovrà necessariamente essere espressione di un potere non originario, ma vincolato al contenuto della pronuncia in relazione all'assetto giuridico del rapporto.

Sussistono casi problematici in cui sembrerebbe venir meno lo stesso principio di economia processuale, non in linea con un ordinamento che si ispiri al principio di effettività della tutela.

Ad esempio si pensi alle ipotesi di annullamento dell'atto per difetto di motivazione, dove mentre il giudice è vincolato ai soli motivi di illegittimità proposti dalle parti, l'amministrazione, al contrario, ha ampi margini di azione potendo emettere il medesimo provvedimento seppure con motivazione diversa.

Si potrebbe pensare che simili effetti siano fisiologici nel sistema amministrativo dove la realizzazione della posizione di interesse legittimo si attua necessariamente tramite l'intermediazione del potere pubblico. Oppure in un'ottica chiovendiana[71], con parte della dottrina e della giurisprudenza[72], potrebbe darsi una lettura sostanziale del contenuto dell'oggetto del processo con riflessi importanti come vedremo in seguito sul contenuto della sentenza.

Il solo effetto dell'annullamento non sarebbe in grado di garantire il rispetto del principio di effettività, aprendo un'antinomia profonda nel sistema tra bisogni di tutela e rimedi.

Tuttavia, occorre precisare che nel muoversi in questa direzione equivale a percorrere un crinale particolarmente scosceso in cui il rischio di scivolare verso una "*giurisdizionalizzazione dell'attività amministrativa*"[73], o meglio di un esercizio del potere giurisdizionale in funzione di supplenza del ruolo svolto dai pubblici poteri, è molto alto. I giudici sono chiamati ad essere quindi molto cauti, "prudenti" (dall'etimologia del lemma "giurisprudenza") nell'esercitare

[71] . Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, Napoli 1953
[72] Caianiello, 519, Nigro e A.M. Sandulli Manuale p. 1343 e ss.
[73] A. Police, Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo, Padova, 2000, vol. I, 261.

tali poteri, al fine di non invadere quella sfera riservata di potere amministrativo garantita dalla Costituzione e confermata dal Codice all'art. 34, co. 2, secondo cui "*in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*".

Sugli effetti della sentenza di annullamento.

In ossequio alla originaria concezione del giudizio amministrativo come "processo all'atto", in passato si riteneva che gli unici effetti della sentenza amministrativa di annullamento fossero quello demolitorio e quello ripristinatorio. La tutela giurisdizionale amministrativa assumeva in tale caso un carattere meramente parentetico.: il giudicato amministrativo non costituiva alcun limite alla riedizione dell'attività amministrativa, non precludeva alla p.a la possibilità di reiterare sostanzialmente sine die il provvedimento sfavorevole, in palese violazione del principio di effettività della tutela del privato.

Tuttavia La dottrina aveva già da tempo evidenziato come fosse "impresentabile"[74] un'azione di annullamento siffatta, esaltando altre caratteristiche dell'emergente sistema di tutela quali il suo carattere di piena giurisdizione, la centralità del giudizio sulla spettanza[75], la c.d. pretesa di provvedimento[76], il parallelismo fra la posizione procedimentale del privato ed il diritto di credito, le nuove valenze dell'ottemperanza, fino alla costruzione di un'inedita, ed invero normativamente e positivamente non affermata, anche se brillantemente costruita, azione di condanna della p.a.[77].

Da qui peraltro gli studi compiuti sull'effetto conformativo della pronuncia giurisdizionale.

---

[74] A. Police, Il ricorso di piena giurisdizione innanzi al giudice amministrativo Padova, 2001-2001

[75] G..D. Falcon il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza, in riv dir. Proc amm. 2001, 287 ss.

[76] D. Vaiano, Pretesa di provvedimento e processo amministrativo, Giuffrè, Milano 2002

[77] L. Tarantino, L'azione di condanna nel processo amministrativo, Giuffrè, Milano, 2003

Così facendo attualità dell'interesse legittimo come strumento di controllo della funzione amministrativa è rimasta intatta. In questi termini si può affermare la permanente validità e centralità del rimedio di annullamento nel processo amministrativo, seppure arricchito dai nuovi strumenti di tutela previsti.

L'art. 21 octies della legge n. 241/1990.

L'art. 21 octies costituisce riprova del fatto che può ritenersi superata l'equazione tra riscontro del vizio di legittimità e sanzione dell'annullamento del provvedimento illegittimo.

L'art. 21 octies riprende in qualche misura la disciplina tedesca dettata dall'art. 46 della legge tedesca sull'azione amministrativa (VwVfG) prima della riforma operata nel 1996 stabiliva che a parte i casi in cui il provvedimento sia affetto da vizi sostanziali o formali tali da renderlo inidoneo allo scopo, è esclusa la sanzione dell'annullamento ogniqualvolta il provvedimento sia affetto da vizi derivanti da violazione relative alla forma, al procedimento ed alla competenza territoriale, nei casi in cui "*non sarebbe stato possibile adottare nessun'altra decisione*". La riforma del legislatore tedesco del 1996 ha introdotto la seguente dicitura "*ove risulti in maniera palese che la violazione non abbia influito sul contenuto della decisione*".

La norma sancisce la scissione tra le regole del comportamento e le regole dell'atto, tra illiceità ed invalidità dello stesso. Questa scissione oltre ad essere conosciuta da altri ordinamenti ed essere aderente alla ricostruzione com,unitaria delle c.d. forme formali, è anche in linea coni principi di diritto privato. Il codice civile in ossequio al principio di conservazione degli atti, prevede ipotesi in cui la violazione di norme comportamentali quali ad esempio il principio di buona fede non comporta l'annullabilità del contratto ma dà la

possibilità al danneggiato di ottenere una tutela risarcitoria (si pensi ad esempio al caso di dolo incidente previsto dall'art. 1440 c.c.

Il 21 octies limita la sanzione dell'annullamento alle violazioni realmente incidenti sul contenuto della statuizione terminale; si lascia ferma per il resto l'illiceità comportamentale denunziata dal vizio formale o procedimentale, illiceità suscettibile di adeguata stigmatizzazione sul crinale risarcitorio.

La logica è quella di evitare che qualunque violazione di legge debba sempre tradursi nell'annullamento dell'atto impugnato vincendo un'equazione più che secolare tra riscontro del vizio di legittimità dell'atto e sanzione dell'annullamento.

Ma la restrizione dei casi di annullamento dell'atto non comporta una riduzione delle garanzie e delle tutele suscettibile di censura sul versante comunitario o costituzionale.

Secondo parte della dottrina, soppesando le garanzie ottenute con i rimedi negati, il privato non risulta essere stato defraudato di reali mezzi di tutela; pare anzi che lo spostamento del baricentro del giudizio sul rapporto, sancito dalla norma, faccia sì che la tutela dell'amministrato risulti addirittura migliorata nel duplice senso di evitare annullamenti inutili, come nel caso in cui l'atto annullato debba essere seguito da atti sicuramente identici emendati dai vizi formali e procedimentali, e di affiancare all'annullamento utile l'accertamento della spettanza del bene della vita agognato. Occorre rilevare che non avendo il privato interesse all'annullamento del provvedimento ove la successiva azione amministrativa non possa accordargli il bene della vita al quale anela, l'atto amministrativo non potrà comunque essere annullato ove si dimostri che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto che essere ugualmente negativo.

La tendenza è verso un sindacato giurisdizionale sulla spettanza del bene della vita. Quindi nel caso di vizi formali o procedimentali lo stesso oggetto del giudizio non è più l'atto impugnato ma il rapporto sottostante.

Limitazioni alla tutela caducatoria

Le nuove limitazioni alla tutela caducatoria, sostituita dalla tutela risarcitoria, sono conseguenza di un concetto di tutela di derivazione comunitaria il cui ambito di elezione è la materia dei contratti pubblici[78].

Il legislatore comunitario prevede la possibilità che in talune circostanze il legislatore degli Stati membri determini in misura minore gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto che resta in vita. Basti pensare all'art. 121 cpa, secondo cui il giudice può stabilire anche sulla scorta delle deduzioni delle parti e della gravità del comportamento della p.a. e della situazione di fatto se l'inefficacia del contratto opera *ex nunc* o *ex tunc*. Il contratto resta efficace qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. O ancora all'art. 122 cpa "*Fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta*".

Sull'oggetto del giudizio amministrativo di legittimità

La natura dell'azione di annullamento e gli effetti del giudicato sono strettamente connessi alle diverse concezioni elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza in tema di oggetto del giudizio amministrativo di legittimità.

[78] Art. 2 quinquies par. 3 dir. 2007/66

La sentenza amministrativa di annullamento, secondo l'opinione risalente, mai potrebbe accogliere un contenuto di accertamento pieno del rapporto, ma avrebbe natura costitutiva con effetti unicamente eliminativi dell'atto e preclusivi nei confronti della P.A. All'emanazione di un provvedimento di identico contenuto rispetto a quello annullato.

Tale modo di vedere nasce dalla preoccupazione di assicurare una sfera riservata alla p.a.: le posizioni giuridiche tutelate nel giudizio di legittimità non sono infatti paritarie, ma l'assetto sostanziale del rapporto è demandato dalla legge al soggetto che si trova in una posizione di supremazia.

Questa impostazione non è più in linea con le recenti trasformazioni subite dal processo amministrativo, tanto che parte della dottrina non condivide ormai simili argomentazioni: di fronte infatti ad una serie di ipotesi, in cui il privato non otterrebbe alcuna soddisfazione dei propri interessi in seguito ad una pronuncia con contenuto unicamente demolitorio, un giudizio di annullamento come sopra concepito, fallirebbe il suo intento di assicurare l'effettività di tutela.

L'insegnamento classico è in posizione intermedia[79], attribuendo al giudice il potere di spingersi fino all'accertamento del rapporto sottostante all'atto impugnato ai soli fini della pronuncia di annullamento; l'accertamento non avrebbe dunque mai funzione autonoma, ma sarebbe strumentale a verificare se il pregiudizio lamentato sia riconducibile al provvedimento impugnato.

In dottrina sono state numerose le voci di quanti hanno spinto per garantire l'effettività della tutela, in particolare da autori che individuano l'oggetto del giudizio proprio nel rapporto amministrazione amministrato su cui incide l'atto impugnato, nell'ambito sempre delle doglianze avanzate dal ricorrente; la sentenza si arricchiesce dunque di nuovi contenuti e subentra il problema di verificare come ed in che limiti il rapproto sottostante rimane pregiudicato dalla caducazione dell'atto[80].

---

[79] A.M. Sandulli, Il giudizio davanti al Consiglio di Stato, Napoli, 1963, 52 ss.

[80] V. Caianiello, Manuale, 2003, p. 514, M.S. Giannini – A. Piras, voce Giurisdizione amministrativa, i Enc. Dir. XIX, Milano, 229 e ss, 254; A. Piras, Interesse legittimo e giudizio amministrativo, Milano, 1962, 2 vol.

In quest'ottica l'atto amministrativo impugnato, allora non è l'oggetto del giudizio ma solo l'occasione di esso in quanto è la stessa Costituzione agli artt. 24, 103, 113, a demandare al giudice amministrativo la tutela della posizione sostanziale di interesse legittimo. Quest'ultima, infatti, risulterebbe inevitabilmente frustrata dalla sola impugnativa dell'atto illegittimo e dalla possibilità dell'amministrazione di emanare nuovi provvedimenti nel corso del processo, costringendo così il privato a defatiganti giudizi.

In questa prospettiva il giudizio non può limitarsi ad un'attività di mero controllo[81]. La differenza tra attività giurisdizionale e attività di controllo risiede nel fatto che mentre la seconda si limita ad un effetto eliminativo dell'atto, in quanto preordinata alla verifica di legittimità in vista dell'interesse pubblico senza alcun limite, nella prima, al contrario, il giudice procede in base alle doglianze prospettate dal ricorrente ai fini della tutela di quest'ultimo, anche laddove sia richiesta necessariamente una ulteriore attività esecutiva da parte dell'amministrazione del comando contenuto nella sentenza.

Il giudizio amministrativo di legittimità ha in se stesso un carattere di "*incompiutezza*": la decisione del giudice amministrativo si inserisce in un processo di definizione della regola del caso concreto che coinvolge, tramite l'effetto conformativo della sentenza, l'ulteriore attività della p.a.e nel momento patologico di questa sequenza, anche il giudizio di ottemperanza[82].

Nel giudizio amministrativo la motivazione della sentenza assume un'importanza centrale, in quanto contiene non solo il perchè della decisione, come avviene nel processo civile, ma anche il profilo ricostruttivo della successiva attività della p.a.. ed è proprio questo contenuto propositivo che fa assumere all'azione costitutiva di annullamento i caratteri dell'azione di

[81] Nigro, il giudicato amministrativo ed il processo degli atti di ottemperanza, in Atti del XXVII convegno sugli studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 1983, 63 ss.
[82] C. Calabrò, L'ottemperanza come prosecuzione del giudizio amministrativo, in Riv, trim. dir. Pubb., 1981, 1167 ss; S. Murgia, Crisi del processo amministrativo e azione di accertamento, in Dir. Proc. Amm., 2/1996, 244 ss.

condanna ad un *facere* specifico,cioè all'emanazione di un determinato atto, tutte le volte in cui si sia in presenza di un effetto conformativo stringente[83].

Il problema del riesercizio del potere.

A questo punto si pone il problema della possibilità che l'amministrazione successivamente alla pronuncia di annullamento eserciti nuovamente il proprio potere, di per sé inesauribile a meno che non venga meno la norma attributiva dello stesso.

Sul punto non mancano orientamenti volti a restringere i poteri dell'amministrazione a seguito di una pronuncia giurisdizionale di annullamento, escludendo sia che l'amministrazione possa emanare nuovamente lo stesso atto con motivazione diversa, sia che possa procedere in via di autotutela nei confronti di un atto il cui provvedimento di annullamento d'ufficio sia stato dichiarato a sua volta illegittimo[84].

L'azione di annullamento avrebbe natura composita, racchiudendo tre contenuti: l'eliminazione del provvedimento, l'effetto conformativo nei confronti dell'ulteriore attività dell'amministrazione, l'accertamento dell'illegittimità dell'atto.

Validità ed efficacia dell'atto sono due predicati distinti del provvedimento che derivano il primo dal perfezionamento del procedimento, il secondo dal completamente dell'attività di controllo e dall'attitudine in concreto dell'atto alla produzione di effetti giuridici.

---

[83] F.G:Scoca, Giustizia Amministrativa Torino, 2003, 184.

[84] In termini si erano già avute pronunce giurisprudenziali: suill'esauribilità del potere amministrativo Cons. St. sez. VI, 6 febbraio 1999, n. 134, secondo cui l'amministrazione non può respingere per la terza volta la richiesta del privato qualora il giudice abbia già per due volte accolto il ricorso. La seconda pronuncia di accoglimento comporta dunque un accertamento della spettanza del bene della vita, dando così soddisfazione alla pretesa sostanziale del privato, TAR Lecce sez I, 27 febbraio 2002, n. 842).

L'azione di annullamento non deve essere considerata come una sanzione all'illegittimità degli atti ma quale strumento di riequilibrio delle posizioni soggettive lese.

Ecco allora che si può predicare l'invalidità di una dichiarazione di scienza o di una dichiarazione di volontà, come accade per i provvedimenti amministrativi, ma ciò non significa mancanza di operatività, quanto piuttosto carenza di intangibilità e di forza irresistibile nell'atto, il quale può essere quindi oggetto di resistenza passiva da parte dei destinatari, di disapplicazione da parte del giudice ordinario nelle materie rientranti nella sua giurisdizione, o di caducazione di fronte al giudice amministrativo[85].

Il provvedimento amministrativo è il momento di emersione degli interessi pubblici e privati coinvolti nella fattispecie. L'ordinamento quindi pur qualificando negativamente l'atto annullabile gli attribuisce effetti giuridici provvisori che il soggetto titolare dell'interesse può decidere se porre nel nulla con effetti retroattivi o rendere definitivi.

Sull'effetto conformativo.

L'annullamento comporta conformazione dell'azione amministrativa: il processo si fa parentesi fra un'azione amministrativa pregressa ed un'azione futura.

La decisione del giudice, tuttavia, non ha l'attitudine a cristallizzare il rapporto giuridico con le stesse modalità della sentenza civile, che scolpisce il rapporto senza, normalmente, modellare poteri.

La decisione di annullamento non demolisce e basta, ma demolendo costruisce, grazie all'effetto conformativo.

Perciò è fondamentale il peso della motivazione nella sentenza amministrativa. La demolizione dell'atto, *pars destruens* del processo non è

[85] A.M. Sandulli, Manuale di diritto amministrativo, Napoli, 1989, 689; Nigro, M., Manuale di giustizia amministrativa.

l'unico effetto della sentenza ma essa si accompagna all'inevitabile *pars costruens*, ossia alla enucleazione dei principi di diritto e delle regole di buona tecnica amministrativa che costituiranno la guida per il futuro dell'azione amministrativa, l'attività dalla quale il privato attende la soddisfazione dell'interesse azionato.

La pronuncia del giudice, in ogni caso, non potrà mai entrare nella sfera di discrezionalità propria dell'amministrazione. L'insegnamento tradizionale da sempre sottolinea come l'attività amministrativa possa suddividersi in due momenti: un momento interpretativo delle norme nel quale l'amministrazione chiarisce a se stessa quali sono i suoi poteri legalmente stabiliti e come essi vanno esercitati ed un momento di esercizio della discrezionalità amministrativa secondo la concreta applicazione del principio di proporzionalità e di congruenza del mezzo al fine. Questo secondo momento contiene in sé un nucleo di valutazioni che rappresentano il merito amministrativo, insindacabile dal giudice fatta eccezione per i casi di giurisdizione di merito normativamente previsti. Qui risiede la divisione dei poteri e di fronte a questo limite non c'è effettività della giustizia ovvero effetto conformativo che tenga.

L'oggetto del giudizio di annullamento nell'ottica dell'effettività della tutela

L'obiettivo è sempre quello di assicurare attraverso la tutela di annullamento l'effettività della tutela dell'interesse legittimo.

Proprio in omaggio a tale principio si deve fare un passo in avanti ed individuare l'oggetto del giudizio proprio nel rapporto amministrazione amministrato su cui incide l'atto impugnato, sempre nell'ambito dei vizi sollevati dal ricorrente, nel rispetto del principio della domanda che uniforma anche il processo amministrativo.

Di conseguenza anche la sentenza che sarà adottata all'esito di tale giudizio si arricchisce di contenuti di accertamento non più strumentali ma autonomi rispetto all'esito di annullamento.

L'atto amministrativo impugnato allora non è l'oggetto del giudizio ma solo l'occasione di esso in quanto è la stessa costituzione a demandare al giudice amministrativo la tutela della posizione sostanziale di interesse legittimo.

La tutela deve arricchirsi al fine di anticipare alla cognizione statuizioni ordinatorio-sostitutive tradizionalmente riservate all'ottemperanza.

Il giudizio sull'interesse pretensivo diventa un giudizio sulla spettanza, sulla fondatezza della pretesa al provvedimento positivo. Il giudice amministrativo nell'annullare l'atto stabilisce quali siano i principi cui deve attenersi la p.a.

Tale soluzione si avvicina al modello tedesco dell'azione di condanna e non pare in contrasto con il principio della separazione dei poteri se si limita il giudizio al solo caso di attività vincolata.

Vi erano già precedenti in tal senso. Cons. St. sez. VI, decisioni nn. 2367 e 2368 del 22 aprile 2004, secondo cui "*una lettura sostanzialistica dello spettro dei poteri del g.a. Che lo sincronizzi con le stesse coordinate costituzionali e comunitarie in punto di effettività della tutela giurisdizionale, consente al giudice amministrativo uno scrutinio sostanziale in sede di cognizione del rapporto quante volte l'annullamento dell'atto non lasci sul tappeto profili di discrezionalità tecnica o amministrativa e , per l'effetto, non venga in rilievo il rischio di debordare in aree riservate alla riedizione dell'azione amministrativa ai sensi della clausola di salvaguardia criastallizzata dall'articolo 26 della legge n. 1034/1971*"

in caso di attività vincolata l'interesse legittimo non deve essere inteso come posizione di vantaggio consistente nell'attribuzione di poteri idonei a realizzare in via indiretta e mediata attraverso il corretto esercizio dell'azione amministrativa l'interesse al bene, bensì a fronte di un'azione vincolata l'interesse legittimo si pone come interesse al bene della vita direttamente accertabile ossia come pretesa al provvedimento amministrativo, avvicinandosi

al modulo privatistico del rapporto obbligatorio. Il bene della vita non è più esterno all'interesse legittimo ma vi si compenetra per la non necessità di una intermediazione amministrativa in tema di attività vincolata.

A ben vedere, conferme normative dell'evoluzione in senso sostanzialistico del giudizio amministrativo sono ravvisabili nel rito sull'accesso che ammette una pronuncia di condanna ad un *facere* dell'amministrazione, nell'istituto dei motivi aggiunti, nell'ampliamento delle prove ammissibili, per non parlare del giudizio sul silenzio inadempimento e della possibilità di ottenere un risarcimento in forma specifica.

Sull'atipicità del contenuto della tutela di annullamento

Riallanciandoci a quanto evidenziato nel primo capitolo sulla rinnovata vitalità dell'interesse legittimo, non più considerato quale posizione meramente processuale o quale oggetto di tutela solo indiretta ed occasionale da parte dell'ordinamento, ma posizione sostanziale direttamente tutelata dall'ordinamento giuridico, al cui interno occupa ormai una rilevanza centrale l'interesse materiale al bene della vita, occorre ora esaminare nello specifico le possibilità che la protezione dell'interesse legittimo si emancipi dal monopolio della tutela impugnatoria e dell'annullamento ex tunc del provvedimento impugnato, per conquistare non solo la tutele dichiarativa e quella di condanna, ma anche una nuova tutela costitutiva a geometrie variabili, dai confini e dagli effetti diversificati a seconda del raggiungimento della soddisfazione quanto più piena ed effettiva della domanda proposta dalla parte.

Atteso che è ormai definitivamente assodato che il giudizio amministrativo non è più solo un processo sull'atto o all'atto, ossia un giudizio sull'atto teso a verificarne la rispondenza estrinseca al paradigma normativo, con salvezza del riesercizio del potere autoritativo ma, ove non vi osti il residuare di sacche di discrezionalità amministrativa o tecnica, assurge a giudizio sul rapporto, teso a

scrutinare la relazione regolata dall'atto e, quindi, a valutare la fondatezza della pretesa sostanziale onde regolare la questione controversa.

Considerato inoltre che in seguito agli approdi raggiunti nelle decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3 e 15 del 2011 (sulla cui valenza nomofilattica in seguito all'introduzione dell'art. 99 del Codice molti autori sono ormai d'accordo), la tutela innanzi al giudice amministrativo conosce oggi anche le azioni atipiche, ove necessarie per conferire idonea e piena a protezione alla situazione soggettiva.

Si deve allora opinare nel senso che il sistema processuale amministrativo sia ormai aperto all'atipicità delle azioni e delle pronunce.

Tuttavia, l'atipicità non riguarda solo il novero delle azioni proponibili (cd. *atipicità astratta,* nel senso che le domanda in astratto proponibili non sono un *numerus clausus*) ma anche il contenuto delle decisioni adottabili anche con riferimento alle azioni tipizzate dal legislatore (c.d. *atipicità concreta,* nel senso che la portata dell'effetto della pronuncia va sempre sincronizzata con i cromosomi del caso concreto in guisa da realizzare un a sintesi armonica tra l'utilità del ricorrente da un lato e, dall'altro, la sfera giuridica di amministrazione resistente e controinteressati)[86].

In questa seconda declinazione del concetto di atipicità, anche le azioni tipiche presentano un profilo di atipicità in quanto il legislatore, nel prevedere un'azione, non può predeterminare in astratto il contenuto delle domande proponibili a tutela di una determinata posizione, contenuto ricavabile solo in ragione della specificità della lesione che viene in rilievo nel caso singolo e del bisogno di tutela che deve essere correlativamente appagato.

Il principio di atipicità non concerne, quindi, solo il novero delle azioni proponibili, con conseguente superamento del dogma del *numerus clausus,* ma anche, e forse soprattutto, il contenuto concreto delle azioni tipizzate in modo astratto, e quindi necessariamente incompleto, dal legislatore.

---

[86] Caringella F., *Il sistema delle tutele dell'interesse legittimo alla luce del codice e del decreto correttivo*, in Urbanistica e appalti, 2012, 1

A questa stregua anche l'azione di annullamento può tradursi in una sentenza a contenuto non più tipizzato, ossia nella sola eliminazione *ex tunc* dell'atto, essendo possibile che in concreto il giudice reputi idonea a soddisfare la pretesa sostanziale un annullamento *ex nunc* o solo parzialmente retroattivo o, infine, un accertamento dell'illegittimità a fini meramente conformativi e senza esiti demolitori

L'azione di annullamento, superamento della retroattività degli effetti e del principio dell'automatismo.

Uno dei caratteri peculiari dell'annullamento per illegittimità del provvedimento amministrativo risiede nella caducazione del provvedimento con efficacia *ex tunc*, ed il conseguente travolgimento di tutti gli effetti *medio tempore* prodotti dall'atto.

Tale impostazione, data ormai per acquisita dalla giurisprudenza assolutamente pacifica e consolidata, è stata revocata in dubbio, in adesione alla nozione concreta di atipicità di cui si è detto, dalla pronuncia del Consiglio di Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, alla quale hanno successivamente aderito alcune decisioni dei Tribunali di primo grado[87] - la quale, in applicazione dei principi di giustizia sostanziale di effettività e proporzionalità della tutela giudiziaria, di derivazione comunitaria, ha sfatato il dogma della necessaria retroattività dell'annullamento dell'atto illegittimo.

In particolare, il Consiglio di Stato ha evidenziato che l'annullamento *ex tunc* del provvedimento impugnato rinviene le sue radici non già in una disposizione di legge, ma in una prassi, suscettibile di essere derogata tutte le volte in cui l'annullamento retroattivo dell'atto costituisce una misura eccessiva -e pertanto non satisfattoria - delle istanze di tutela del ricorrente (o addirittura lesiva della sua sfera di interesse).

[87] Tar Abruzzo, Pescara, 13 dicembre 2011, n. 700

E' quanto accade nelle ipotesi in cui il ricorrente impugna l'atto al fine di giovarsi dell'effetto conformativo del giudicato *pro futuro*, ove si lamenti l'insufficienza di determinate misure adottate con il provvedimento.

Nella specie, una associazione ambientalista aveva impugnato un piano faunistico venatorio, il quale avrebbe dovuto contenere determinate prescrizioni ed essere soggetto a specifici incombenti procedimentali.

Orbene il Consiglio osserva che, dinnanzi a fattispecie di tal fatta, *"non è utilizzabile la regola secondo cui "l'accoglimento della azione di annullamento comporta l'annullamento con effetti ex tunc del provvedimento risultato illegittimo, con salvezza degli ulteriori provvedimenti della autorità amministrativa, che può anche retroattivamente disporre con un atto avente effetti "ora per allora" [...].*

Quando la sua applicazione risulterebbe incongrua e manifestamente ingiusta, ovvero in contrasto col principio di effettività della tutela giurisdizionale, ad avviso del Collegio la regola dell'annullamento con effetti ex tunc dell'atto impugnato a seconda delle circostanze deve trovare una deroga, o con la limitazione parziale della retroattività degli effetti (Sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488), o con la loro decorrenza ex nunc ovvero escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi".

Il Consiglio di Stato, inoltre, osserva che la legislazione ordinaria non preclude al giudice amministrativo l'esercizio del potere di determinare gli effetti delle proprie sentenze di accoglimento. Anzi, un implicito riconoscimento alla possibilità di caducare gli atti amministrativi solo per l'avvenire è rinvenibile nell'art. 21-*nonies* L. 241/1990 così come modificata in seguito alla novella del 2005, il quale, nel richiamare il legittimo affidamento del destinatario del provvedimento quale limite al suo annullamento d'ufficio, consente di lasciare intatti gli effetti già prodotti da un provvedimento illegittimo.

Pertanto, *"il giudice amministrativo, nel determinare gli effetti delle proprie statuizioni, deve ispirarsi al criterio per cui esse, anche le più innovative, devono produrre conseguenze coerenti con il sistema (e cioè armoniche con i principi generali dell'ordinamento, e in particolare con quello di effettività della tutela) e congruenti (in quanto basate sui medesimi principi generali, da cui possa desumersi in via interpretativa la regula iuris in concreto enunciata)".*

Tali conclusioni sono indotte anche dall'applicazione dei principi nazionali, comunitari e CEDU sulla effettività della tutela giurisdizionale.

"Quanto al principio di effettività della tutela giurisdizionale, desumibile dagli articoli 6 e 13 della CEDU, dagli artt. 24, 111 e 113 della Costituzione e dal codice del processo amministrativo, si deve ritenere che la funzione primaria ed essenziale del giudizio è quella di attribuire alla parte che risulti vittoriosa l'utilità che le compete in base all'ordinamento sostanziale", con la conseguenza che *"il giudice può emettere le statuizioni che risultino in concreto satisfattive dell'interesse fatto valere e deve interpretare coerentemente ogni disposizione processuale".*

Anche la giurisprudenza comunitaria, peraltro, ha da tempo affermato che il principio dell'efficacia *ex tunc* dell'annullamento, seppur costituente la regola, non ha portata assoluta e che la Corte può dichiarare che l'annullamento di un atto (sia esso parziale o totale) abbia effetto *ex nunc* o che, addirittura, l'atto medesimo conservi i propri effetti sino a che l'istituzione comunitaria modifichi o sostituisca l'atto impugnato[88].

La giurisprudenza comunitaria ha da tempo affermato che il principio dell'efficacia *ex tunc* dell'annullamento, seppur costituente la regola, non ha portata assoluta e che la Corte può dichiarare che l'annullamento di un atto (sia esso parziale o totale) abbia effetto *ex nunc* o che, addirittura, l'atto medesimo

[88] Parodi, *Gli effetti temporali delle sentenze di annullamento e di invalidità della Corte di giustizia delle comunità europee*, in *Quaderni regionali*, 2007, 319; Manzini, *Ricorso di annullamento: riforma e controriforma*, in *Dir. Unione europea*, 2002, 717; Nocerino Grisotti, *Effetti* ex nunc *dell'annullamento di atti comunitari e principi dell'ordinamento italiano*, in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 1988, 421

conservi i propri effetti sino a che l'istituzione comunitaria modifichi o sostituisca l'atto impugnato[89].

Tale potere valutativo prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona era previsto espressamente nel caso di riscontrata invalidità di un regolamento comunitario (art. 231 del Trattato istitutivo della Comunità Europea), ma era esercitabile - ad avviso della Corte - anche nei casi di impugnazione delle decisioni[90], delle direttive e di ogni altro atto generale[91].

La Corte di Giustizia è dunque titolare anche del potere di statuire la perduranza, in tutto o in parte, degli effetti dell'atto risultato illegittimo, per un periodo di tempo che può tenere conto non solo del principio di certezza del diritto e della posizione di chi ha vittoriosamente agito in giudizio, ma anche di ogni altra circostanza da considerare rilevante.

Tale giurisprudenza, come sopra segnalato, ha ormai trovato un fondamento testuale nel secondo comma dell'art. 264 (ex 231) del Trattato di Lisbona sul funzionamento della Unione Europea, che non contiene più il riferimento delimitativo alla categoria dei regolamenti[92].

In applicazione del sopra richiamati principi consegue pertanto che "*anche il giudice amministrativo nazionale possa differire gli effetti di annullamento degli atti impugnati, risultati illegittimi, ovvero non disporli affatto, statuendo solo gli effetti conformativi, volti a far sostituire il provvedimento risultato illegittimo".* Il Consiglio conclude affermando che *"ove il Collegio annullasse ex tunc ovvero anche ex nunc il piano"* in ragione della mancata attivazione di determinati incombenti procedurali, *"sarebbero travolte tutte le prescrizioni del piano, e ciò sia in contrasto con la pretesa azionata col ricorso di primo grado, sia con la gravissima e paradossale conseguenza di privare il territorio*

[89] Corte di Giustizia, 10 gennaio 2006, in C-178/03; 3 settembre 2008, in C-402/05 e 415/05; 22 dicembre 2008, in C-333/07; Corte di Giustizia, 5 giugno 1973, Commissione c. Consiglio, in C-81/72; Corte di Giustizia, 25 febbraio 1999, Parlamento c. Consiglio, in C-164/97 e 165/97

[90] Corte di Giustizia, 12 maggio 1998, Regno Unito c Commissione, in C-106/96

[91] Corte di Giustizia, 7 luglio 1992, Parlamento c. Consiglio, in C-295/90; 5 luglio 1995, Parlamento c Consiglio, in C-21-94

[92] "*Se il ricorso è fondato, la Corte di giustizia dell'Unione europea dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato. Tuttavia la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi*"

pugliese di qualsiasi regolamentazione e di tutte le prescrizioni di tutela sostanziali contenute nel piano già approvato (retrospettivamente o a decorrere dalla pubblicazione della presente sentenza, nei casi rispettivamente di annullamento ex tunc o ex nunc). In altri termini, l'annullamento ex tunc e anche quello ex nunc degli atti impugnati risulterebbero in palese contrasto sia con l'interesse posto a base dell'impugnazione, sia con le esigenze di tutela prese in considerazione dalla normativa di settore, e si ritorcerebbe a carico degli interessi pubblici di cui è portatrice ex lege l'associazione appellante".

L'orientamento del Consiglio di Stato è stato seguito dal Tar Abruzzo, Pescara, che, con la sentenza 13 dicembre 2011, n. 700, ha osservato che quando l'applicazione della regola dell'efficacia retroattiva della sentenza costituiva può risultare incongrua e ingiusta, ovvero in contrasto col principio di effettività della tutela giurisdizionale, occorre accedere ad una deroga che si sostanzi o nella la limitazione parziale della retroattività degli effetti (Sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488), o nella loro decorrenza *ex nunc* ovvero nella produzione dei soli effetti conformativi.

A sostegno di tale indirizzo il Tribunale ha soggiunto, da un lato, che la normativa sostanziale e quella processuale non dispongono l'inevitabilità della retroattività degli effetti dell'annullamento di un atto in sede amministrativa o giurisdizionale (cfr. l'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 e l'art. 34, comma 1, lettera a), del Codice del processo amministrativo); dall'altro, che dagli articoli 121 e 122 del Codice emerge che la rilevata fondatezza di un ricorso d'annullamento può comportare l'esercizio di un potere valutativo del giudice, sulla determinazione dei concreti effetti della propria pronuncia.

Tale potere valutativo, attribuito per determinare la perduranza o meno degli effetti di un contratto, va riconosciuto al giudice amministrativo in termini generali, quando si tratti di determinare la perduranza o meno degli effetti di un provvedimento.

Dubbi sistematici e critiche dottrinali.

L'orientamento sopra richiamato è stato oggetto di aspre critiche da parte di autori illustri[93].

La dottrina richiamata ha criticato la fuga in avanti della giurisprudenza censurando il sapore pretorio[94] dell'operazione ermeneutica, che si porrebbe in contrasto con la tipicità del contenuto dell'azione e della sentenza di annullamento oltre che con la riserva di legge prevista dall'art. 113, co. 3, Cost, che attribuisce solo alla legge il compito di stabilire gli effetti dell'annullamento dell'atto, con conseguente impossibilità che il giudice deroghi in via interpretativa alla regola dell'efficacia retroattiva della pronuncia costitutiva.

E' stato sottolineato, inoltre, che il principio della domanda osta ad una decisione che, a fronte di un ricorso teso alla demolizione retroattiva dell'atto, si limiti all'accertamento non demolitorio o alla caducazione non retroattiva del provvedimento impugnato.

---

[93] In primis Travi A., *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, in Urb. e App., 2011, 8, 927; ma anche Villata, e in un recente convegno Police e Corso

[94] Sull'apporto della giurisprudenza all'evoluzione del diritto processuale amministrativo, spesso vista in maniera negativa, si pensi all'introduzione dell'ottemperanza come opera di 'bruta normazione giurisprudenziale', secondo la nota espressione usata da M. Nigro, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, p. 1523. Sul carattere 'pretorio' della giurisprudenza amministrativa, insuperata è la nota pagina di M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, I, in *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 536, ove si legge che "quando si parla di funzione pretoria della giurisprudenza nella materia del diritto amministrativo, non si usa una figura retorica, non si vuol dire solo (…) che è essa a elaborare quei costrutti che rendono possibile l'applicazione degli istituti. Si vuol dire invece qualcosa di più e di significato specifico: che è essa a creare il corpo delle norme sostanziali generali del diritto amministrativo, cioè degli atti e dei procedimenti amministrativi, poiché il legislatore non si è mai occupato di fissarle". Analogamente, Id., *La giustizia amministrativa*, Roma, 1963, pp. 98 e 100-101. Contrario a questa impostazione, che eleverebbe l'interpretazione giurisprudenziale a funzione normativa, secondo il principio anglosassone del *judge made law*, non ammissibile nel nostro ordinamento, era A. Klitsche de la Grange, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Padova, 1961, pp. 138 e 165.

Il giudice amministrativo non può valutare, nei termini espressi dalla decisione richiamata, la coerenza fra le finalità perseguite dalla parte con la sua impugnazione e gli effetti della sentenza di accoglimento[95].

Secondo autorevole dottrina "*la sentenza sollecita a due ordini di rilievi, il primo di ordine pratico e il secondo di ordine più generale*"[96].

Secondo l'autore, il rilievo di ordine pratico è rappresentato essenzialmente dalla scarsa utilità, ai fini degli interessi generali che si vorrebbero proteggere, di una sentenza che, una volta accertata l'illegittimità di un atto amministrativo (nel nostro caso, di un atto generale) non proceda però al suo annullamento. Fermo restando, d'accordo con quanto affermato dalla sentenza, che l'accertamento della illegittimità dell'atto costituisce un contenuto imprescindibile della sentenza di accoglimento del ricorso proposto contro un provvedimento amministrativo, tuttavia una volta, però, che sia stata accertata l'illegittimità dell'atto, la circostanza che il giudice non proceda al suo annullamento non realizza le esigenze invocate per limitare la portata della sentenza amministrativa[97], così che non appare ragionevole introdurre una deroga tanto grave ai principi sugli esiti dell'azione di annullamento nel processo amministrativo.

---

[95] Secondo Travi, "*il sindacato del giudice può estendersi fino alla verifica delle cd. condizioni dell'azione, come l'interesse a ricorrere; invece quanto rilevato nella sentenza attiene a un profilo diverso, attinente all'opportunità dell'azione proposta; la valutazione di tale profilo è riservata all'autonomia della parte e si esprime nella decisione della parte di proporre l'impugnazione*".

[96] Travi A., *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, in Urb. e App., 2011, 8, 927

[97] In particolare, nel caso in esame è evidente la volontà del giudice amministrativo di evitare che l'accoglimento del ricorso possa consentire la ripresa della caccia in ambiti meritevoli invece di tutela. Va però osservato che l'esercizio della caccia in tali ambiti finirà col non essere sanzionabile, perché - come insegna la Cassazione - ai fini della applicazione di una sanzione per la violazione di un divieto elemento della fattispecie è anche la legittimità del divieto (Cfr. Cass. civ., sez. I, 29 maggio 2009, n. 12679;Cass. civ., Sez. Un., 20 ottobre 2006, n. 22518, in Giust. Civ., 2007, I, 2778; Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2006, n. 21173, in Arch. circolaz., 2007, 662; Cass. civ., sez. II, 30 ottobre 2007, n. 22894.; Cass. civ., Sez. Un., 29 aprile 2003, n. 6627). Se il divieto è stato posto da un atto illegittimo, la sua violazione non è sanzionabile. E nel nostro caso lo stesso Consiglio di Stato ha accertato l'illegittimità dell'atto. La frana che il giudice amministrativo intendeva evitare sembra quindi destinata a prodursi (e non avrebbe senso mettere in discussione, per evitarla, una giurisprudenza della Cassazione che in definitiva attinge a una concezione elevata del principio di legalità e della garanzia della libertà)

Il rilievo di ordine generale attiene, invece, alla correttezza della soluzione adottata dal Consiglio di Stato.

Secondo l'Autore, infatti, i precedenti stranieri[98] e di diritto comunitario richiamati nella pronuncia non impongono in alcun modo che ai giudizi nazionali sia precluso annullare atti amministrativi in presenza di altri interessi meritevoli di tutela: "*che la Corte di giustizia possa modulare la decorrenza degli effetti delle sue sentenze non implica nulla rispetto all'esercizio della potestà giurisdizionale da parte del giudice nazionale. Le affinità con un altro ordinamento non costituiscono di per sé un titolo giuridico*".

Ma anche laddove le considerazioni sopra invocate non si ritenessero condivisibili, la decisione dei giudici di Palazzo Spada appare criticabile laddove dimentica che "*nel nostro ordinamento l'azione di annullamento ha un contenuto "tipico", che si esprime proprio nella circostanza che gli effetti dell'accoglimento della domanda sono quelli previsti dalla legge*".

A prescindere dalla condivisione o meno della tesi per cui in seguito all'entrata in vigore del Codice nel processo amministrativo viga un principio di tipicità o di atipicità delle azioni, l'azione di annullamento comunque mantiene il suo carattere tipico con riferimento agli effetti che può comportare, in coerenza con i principi generali sulle azioni costitutive e con i principi costituzionali.

La c.d. atipicità in concreto, con riferimento agli effetti delle pronunce adottabili dal giudice, non varrebbe con riferimento all'azione di annullamento: anche tra chi ha sostenuto la tesi della atipicità delle azioni ha precisato che

[98] La possibilità di limitare gli effetti retroattivi dell'annullamento è stata affermata dal Consiglio di Stato francese nella decisione 11 maggio 2004 n. 255886, Association AC! e altri (il cui testo si legge anche sul sito internet *www.conseil-etat.fr*), "quando le conseguenze dell'annullamento retroattivo sarebbero manifestamente eccessive per gli interessi pubblici e privati". Il Consiglio di Stato francese ritenne quindi di escludere gli effetti retroattivi dell'annullamento di una convenzione sull'assicurazione contro la disoccupazione involontaria. Si tenga presente, però, che il Consiglio di Stato francese ritenne di poter "modulare" soltanto la decorrenza degli effetti dell'annullamento; invece, nel caso della sentenza che si annota, il Consiglio di Stato italiano non ha disposto l'annullamento dell'atto, pur ritenuto illegittimo

l'azione di annullamento mantiene il suo carattere tipico, in coerenza con i principi generali sulle azioni costitutive e con i principi costituzionali[99].

Il dibattito sulla atipicità riguarderebbe l'ammissibilità di azioni ulteriori rispetto a quelle codificate negli artt. 29, 30 e 31 c.p.a. ed essenzialmente ha ad oggetto l'esperibilità di un'azione di adempimento o di condanna atipica e di un'azione autonoma di accertamento.

Non rileverebbe in senso opposto neppure la circostanza che il codice non definisca puntualmente gli effetti dell'azione di annullamento, potendosi al più interpretare tale silenzio come la riprova del fatto che il risultato dell'azione di annullamento fosse chiaro e non richiedesse alcuna precisazione.

La mancata previsione di legge e la violazione del principio di legalità.

Il potere di precisare gli effetti dell'atto annullato non è previsto dalla legge e come tale non sembrerebbe avere cittadinanza nel processo amministrativo, in quanto viola la regola della predeterminazione delle norme attinenti ai modi di procedere nell'attività giurisdizionale. Inoltre, si presenta come contrario rispetto alla tipicità dell'azione di annullamento, in base alla quale essa è preventivamente prefigurata dalla legge.

Ferma restando la possibilità che in determinate ipotesi l'azione di annullamento possa non determinare la caducazione dell'atto illegittimo, ciò non toglie che "*la Costituzione, all'art. 113, comma 3, richiede che questi casi siano individuati dal legislatore* […] *è compito del legislatore, e non del giudice, stabilire se possa ammettersi un bilanciamento fra le ragioni della pretesa annullatoria ed esigenze divergenti: l'intermediazione della legge appare irrinunciabile*" [100].

---

[99] Clarich M.,*Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm*., 2005, 557.

[100] Travi A., *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, in Urb. e App., 2011, 8, 927.

Sarebbe dunque invalicabile il principio in base al quale, in assenza di particolari disposizioni di legge, l'annullamento dell'atto impugnato costituisse una conseguenza imprescindibile dell'accoglimento dell'impugnazione[101].

L'autore (Travi) ipotizza altresì che laddove il giudice amministrativo rifiutasse di annullare l'atto illegittimo impugnato si potrebbe ipotizzare in tale decisione un rifiuto di esercitare i propri poteri giurisdizionali e sotto tale profilo proporre ricorso in cassazione per motivi di giurisdizione ex art. 110 c.p.a. e 111, co. 8, della Costituzione, secondo la nota giurisprudenza elaborata sul punto dalla Corte di Cassazione con riferimento alla c.d. pregiudizialità amministrativa[102].

[101] Negli ordinamenti giuridici è la legge a fissare i poteri del giudice amministrativo. Solo per citare qualche esempio, in Cina i poteri di decisione del giudice sono fissati dall'art. 54 della legge 4 aprile 1989: il giudice può ordinare all'amministrazione l'emanazione di un atto che sia dovuto e per il quale si sia svolta la corrispondente procedura, il potere di annullare gli atti quando non sono basati su fatti adeguati, quando fanno erronea applicazione della legge, quando violino le regole sul procedimento, quando eccedono l'autorità o abusano del potere affidato all'amministrazione, il potere di fissare un termine per lo svolgimento di attività (Yu Lingyun, *Judicial Review on abuse of power by administrative authority*, in *Frontiers of Law in China*, 2009, 61; Chen Jianfu, *Chinese Law: Context and Transformation*, The Hague, 2008). Un elenco molto simile si può riscontrare all'art. 113 del *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO) dedicato a definire i poteri del giudice amministrativo tedesco, oppure alla sez. 706 dell'*Administrative Procedure Act* (Apa) sullo *scope of review* davanti alle corti federali americane. Lo stesso avviene in Italia, giacché il codice del processo amministrativo, sebbene appaia ancorato al giudizio impugnatorio e all'azione di annullamento, pone al centro i bisogni di tutela e in conformità a ciò ordina, più che i poteri del giudice, gli strumenti ossia le azioni a tutela delle situazioni giuridiche soggettive. A prescindere però da tale tentativo di interpretazione sistematica, nel c.p.a. non vi sono disposizioni che autorizzano il giudice a determinare gli effetti della pronuncia di annullamento. Non vi sono norme che permettono di annullare l'atto amministrativo con effetti *ex nunc*, invece che *ex tunc*. Non vi sono regole che legittimano il giudice a disporre solo effetti conformativi senza annullare il provvedimento impugnato. Secondo il codice, la sentenza di annullamento può consistere solamente nell'eliminazione integrale degli effetti dell'atto lesivo per il ricorrente. La sentenza che si commenta intende invece discostarsi dal dato codicistico ed afferma che, giacché in ipotesi ben determinate tale regola può essere "incongrua e manifestamente ingiusta", essa può essere derogata. Il che implica, secondo il Consiglio di Stato, che il giudice a seconda delle circostanze può annullare l'atto con effetti *ex nunc* ovvero escludere del tutto gli effetti dell'annullamento e disporre esclusivamente gli effetti conformativi. Nel caso di specie, infatti, l'associazione ambientalista impugnando il piano faunistico venatorio regionale, mancante della valutazione ambientale strategica, ambisce a misure protettive per la fauna più rigorose di quelle che sono state in concreto disposte. Per questa ragione il giudice si preoccupa di evitare quell'effetto paradossalmente opposto di vuoto di tutela, che segue all'azione demolitoria, in assenza di una normativa suppletiva di salvaguardia. A tal fine, quest'ultimo fa salvo l'effetto conformativo e contestualmente dispone che gli atti impugnati, accertati come illegittimi, "conservino i propri effetti sino a che l'amministrazione li modifichi o li sostituisca".

[102] Cass., Sez. Un., 13 giugno 2006, n. 13659, in questa *Foro amm, TAR*, 2006, 1174, con nota di Lamorgese.

Come attentamente messo in evidenza, non vi è in questa ipotesi solo un mancato rispetto della regola della legalità, ma anche un'infrazione ad una disposizione costituzionale. L'art. 113, infatti, prevede che "*la legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa*".

Pertanto, si sovrappone alla legalità una riserva costituzionale di legge, che individua questo come l'unico strumento idoneo a disciplinare il potere annullatorio.

Rispetto a queste obiezioni, gli argomenti del Consiglio di Stato sembrano deboli.

Non vi è dubbio che il limite della riserva costituzionale non è facilmente superabile. Eppure occorre ricordare che, nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, quella formula è stata impiegata per un diverso scopo, ossia per trovare una difficile composizione tra chi, come Calamandrei, sosteneva che "*della lesione dei diritti fosse unico giudice quello ordinario*", e chi, come Ruini, avanzò la preoccupazione che "*ogni autorità giudiziaria, anche un Pretore, potesse annullare gli atti dell'amministrazione*", ma che allo stesso tempo non si poteva nemmeno "*escludere l'annullamento per violazione di diritti*". Nella difficoltà di individuare un punto di congiunzione tra le opposte posizioni, si decise allora di rinviare al legislatore la decisione sugli organi legittimati ad annullare "*nei casi e con gli effetti previsti dalla legge*"[103].

Se tale formula è stata dunque introdotta per ripartire i compiti tra le giurisdizioni, senza edificare monopoli in capo alla giustizia amministrativa, deve aggiungersi inoltre che, sotto un profilo sostanziale, un potere di governo degli effetti non sembra sconfessarla appieno. Qualora si consideri che la funzione del giudizio è "*attribuire alla parte che risulti vittoriosa l'utilità che le compete in base all'ordinamento sostanziale*", la legge è chiamata a determinare i casi in cui è possibile annullare, mentre resta indifferente definire quando tale annullamento non è necessario. O meglio, ciò significa che al giudice è rimesso

[103] Ricostruisce in questi termini il dibattito in Assemblea Costituente, G. Berti, *Commento all'art. 113*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Bologna-Roma, 1987, 93

il compito di chiarire nel concreto *quando* impiegare la tutela annullatoria ovvero *da quando* far partire gli effetti dell'annullamento, calibrandosi sulle particolari esigenze della controversia e del ricorrente.

Non è una caso, d'altronde, se un tale potere di precisazione degli effetti risulta storicamente opera di una auto-attribuzione delle corti giurisdizionali. Così è stato per il Consiglio di Stato francese, il quale nel 2004 ha inaugurato una giurisprudenza diretta a limitare gli effetti retroattivi dell'annullamento, nei casi in cui la retroattività si presenti come "*manifestamente eccessiva per gli interessi pubblici e privati*"[104].

Così è stato per la nostra Corte costituzionale, alla quale nessuna norma espressa attribuisce il potere di determinare gli effetti dell'annullamento delle leggi, giacché *l'art. 136 Cost. pre*vede che le sentenze "*abbiano efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione*" e l'*art. 30 della l. n. 87/1953* dispone che "*la legge dichiarata incostituzionale non può più avere applicazione*". L'integrazione di tale quadro normativo, ad opera della Consulta, è poi avvenuta sulla base di motivi di opportunità costituzionale[105]. Così è stato, infine, anche per la Corte di giustizia, nel senso che è mancata in origine un'attribuzione normativa di tale potere per i casi di atti diversi dai regolamenti oppure per le pronunce pregiudiziali sulla validità degli atti comunitari[106].

Ampliando lo sguardo alle esperienze straniere di giustizia costituzionale, riscontriamo allo stesso modo che il potere di modulare gli effetti nel tempo delle decisioni di annullamento, senza il supporto di un'esplicita abilitazione legislativa, ha trovato luogo anche in Germania e in Spagna. Anzi, l'esperienza spagnola è tributaria di quella tedesca, poiché a partire dal 1989 il giudice costituzionale, rivisitando la sua precedente giurisprudenza, ha affermato la

[104] *Conseil d'Etat*, 11 maggio 2004, n. 255886

[105] Su tale tema una pronuncia importante, che peraltro inaugura un parallelo con le sentenze e i poteri della Corte di giustizia, è Corte cost. 13 aprile 1989, n. 232

[106] Ricordiamo, infatti, che l'art. 174 del Trattato di Roma attribuiva alla Corte di giustizia il potere di disporre dell'efficacia della sentenza di accoglimento solo in un'unica ipotesi, quella dell'impugnazione diretta dei regolamenti. Mentre l'art. 177 sulle pronunce in via pregiudiziale taceva sul punto, tanto che solo per via interpretativa si è dedotto che compito della Corte fosse precisare la portata della norma a partire dal momento della sua entrata in vigore, salvo casi che meritassero deroghe.

possibilità di dichiarare l'incostituzionalità della legge, senza pronunciarne contestualmente la nullità, fornendo in questo modo "sentenze dichiarative dell'incostituzionalità, ma non della nullità, della disposizione impugnata o di un'omissione del legislatore"[107].

In definitiva, sembra di poter affermare che la mancata previsione di legge rappresenti un profilo non originale, giacché le corti hanno tradizionalmente seguito un medesimo percorso, auto-attribuendosi questa particolare competenza, che prende forma in una diversa modulazione del procedimento di annullamento, all'interno del quale al giudice è rimessa la regolazione sull'efficacia delle proprie pronunce. Ciò è coerente con il ruolo creativo del giudice amministrativo, il quale ha consentito in passato e consente tuttora di perfezionare e integrare gli strumenti processuali, aprendo la strada al principio di atipicità[108].

Retroattività degli effetti della sentenza di annullamento e diritto europeo

Ricapitolando, tre sono gli argomenti impiegati per giustificare tale potere di governo degli effetti della sentenza. Primo, la normativa sostanziale e processuale non sancisce espressamente la retroattività degli effetti dell'annullamento. Secondo, ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a. il giudice può esercitare un potere valutativo per determinare "la perduranza o meno degli effetti di un contratto", per cui allo stesso modo sembra poter determinare "la perduranza o meno degli effetti di un provvedimento". Terzo, la materia ambientale è soggetta ad una competenza concorrente dell'Unione e degli Stati e gli standard della tutela non possono essere disuguali, per cui se la Corte di giustizia può dichiarare che "*l'annullamento di un atto abbia effetto ex tunc o*

[107] Tali cenni di giustizia costituzionale comparata sono contenuti in G. Parodi, *Gli effetti temporali delle sentenze di annullamento e di invalidità della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Quad. reg*., 2007, 324.

[108] Sul superamento del principio di tipicità delle azioni nel processo amministrativo, *Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139*. Sul tema si rinvia a L. Torchia, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in *questa Rivista*, 2010, 1319 ss.

che l'atto conservi i propri effetti sino a che l'istituzione comunitaria modifichi o sostituisca l'atto impugnato"[109], lo stesso si ritiene che possa fare il giudice nazionale.

Nella pronuncia in commento, il Consiglio di Stato richiama a sostegno delle proprie conclusioni i precedenti della Corte di Giustizia delle Comunità Europee. Tale richiamo da alcuni è stato definito una prova di imitazione mal riuscita[110].

Di fronte all'impugnazione di un atto che ha un contenuto regolamentare, a portata generale, i giudici amministrativi hanno preso in prestito il potere del giudice dell'Unione europea di precisare gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi, ai sensi dell'art. 264 Tfue[111].

Si tratta di un potere affine a quello di cui dispone la Corte Costituzionale nel momento in cui decide sull'efficacia temporale delle sentenze di accoglimento.

Il Consiglio di Stato non utilizza il potere eliminatorio ed emette una pronuncia ad effetti differiti, poiché afferma che gli atti illegittimi impugnati conservano i loro effetti sino ad un nuovo esercizio del potere. Si tratta di una decisione che ha un vincolo pro futuro, simile a quello che èdato riscontrare nelle sentenze di condanna ad un obbligo di fare, giacché in tale ipotesi il "valore d'uso" della sentenza è rappresentato dalla sua destinazione all'azione esecutiva[112].

---

[109] Tale potere di decisione sugli effetti dell'atto annullato, previsto solo per i regolamenti comunitari, è stato prima sancito in modo esteso dalla giurisprudenza europea, Corte giust. Ce 5 giugno 1973, in C-81/72, *Commissione c. Consiglio*, che ha contemplato la possibilità di escludere l'annullamento, e poi ampliato alle decisioni, alle direttive e ad atti di altro genere (Id., 12 maggio 1998, in C-106/96, *Regno Unito c. Commissione*; Id., 5 luglio 1995, in C-21/94,*Parlamento c. Consiglio*; Id., 22 dicembre 2008, in C-333/07). Con il Trattato di Lisbona il potere di statuire la perduranza degli effetti dell'atto illegittimo ha trovato esplicito riconoscimento nell'art. 264 Tfue.

[110] Macchia M., *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione* in *Giornale di diritto amministrativo,* n. 12/2011, 1310, commento a Consiglio di Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, in Giornale dir. amm., 2011, 12, 1310

[111] In base all'art. 264 Tfue, "se il ricorso è fondato, la Corte di giustizia dell'Unione europea dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato. Tuttavia la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi".

[112] Macchia M., *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione* in *Giornale di diritto amministrativo,* n. 12/2011, 1310, commento a Consiglio di Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, in Giornale dir. amm., 2011, 12, 1310

Ma osservata la pronuncia sotto questo profilo, secondo l'Autore l il giudice amministrativo sembra imitare la Corte costituzionale, piuttosto che la Corte di Giustizia, ricalcando sia la potestà di modulare l'efficacia temporale della pronuncia di accoglimento, sia la sequenza tra sentenza monitoria e sentenza di accoglimento[113]. Difatti, facendo ricorso alla tecnica della sequenza, il giudice costituzionale prima, per via della pronuncia monitoria, rigetta la questione e indica le modifiche che si presentano necessarie, lasciando altrimenti presagire una futura declaratoria di incostituzionalità. Successivamente, qualora il legislatore non si attivi, pur avendo avuto nel frattempo la possibilità di intervenire per sanare il vizio, vi sarà una sentenza di incostituzionalità su un'identica questione.

Secondo quanto prefigurato dal Consiglio di Stato, nel processo amministrativo potrebbe accadere lo stesso con la differenza che la prima sentenza nel merito non interviene in modo costitutivo a sanare il vizio, ma solo in modo conformativo ad indicare all'amministrazione la strada che deve essere percorsa, facendo da preludio ad una seconda sentenza costitutiva che avviene all'interno del giudizio di ottemperanza.

Mentre nel processo costituzionale abbiamo una sequenza di pronunce che derivano da processi diversi, nel giudizio amministrativo il processo è lo stesso, ma le pronunce sono prima di cognizione e poi di esecuzione. La sostanza comunque non cambia: il giudice intima al pubblico potere di rimuovere il vizio, segnalandolo ma senza intervenire, pena altrimenti un intervento che troverà luogo in sede esecutiva.

Tuttavia, all'interno del processo amministrativo l'introduzione del potere di precisare gli effetti dell'atto annullato comporta molteplici problemi, tra cui la

[113] L'efficacia temporale delle sentenze è un tema classico degli studi costituzionalistici, su cui C. Esposito, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 269 ss., nonché i contributi raccolti nel volume *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1989. Per un quadro aggiornato, si rinvia a C. Giunta, *L'efficacia temporale delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale tra tecniche processuali e collaborazione istituzionale*, in *Archivio giuridico*, 2005, 335 ss. Sull'efficacia delle sentenze nelle procedure delle corti dei diritti, P. Tanzarella, *Gli effetti delle decisioni delle Corte dei diritti: Europa e America a confronto*, in *Quad. cost.*, 2009, 323 ss.

violazione del principio di legalità, il surrettizio ingresso per questa via dell'azione di accertamento, e infine le questioni di ordine pratico che la decisione solleva, poiché alcuni esiti sembrano contrari a quelle esigenze di effettività della tutela che ne sono il presupposto.

Possibilità di esiti contrari alle esigenze di effettività della tutela.

In merito alla possibilità di modulare e graduare gli effetti di una decisione di annullamento, se, in linea teorica, i risvolti connessi a tale potere non sembrano che positivi, è da un punto di vista di ricadute pratiche che si registrano invece alcuni interrogativi.

Osservata dal versante dell'effettività della tutela, la sentenza del Consiglio di Stato n. 2755/2011 appare idonea a garantire un elevato standard di protezione giurisdizionale rispetto alle istanze di giustizia, in linea con le regole applicate dal giudice dell'Unione europea.

Eppure, secondo alcuni, nell'approfondire gli esiti, il regime, nonché l'efficacia degli atti amministrativi conseguenti, potrebbero emergere tra le pieghe della decisione questioni problematiche non semplici da risolvere, forse ancora più impegnative del problema a cui il giudice si è proposto in origine di far fronte.

Prendendo ad esempio la fattispecie esaminata nel caso concreto, non vi è chi non veda come nell'ipotesi in cui un atto di pianificazione sia ritenuto illegittimo e venga annullato dal giudice amministrativo, ciò non rappresenta un rischio per le aspettative di protezione dei ricorrenti, giacché, durante il periodo di assenza del piano medesimo, ogni attività privata che deve essere esercitata in conformità ad esso è in genere vietata, mancando la normativa di salvaguardia che ne autorizza il relativo esercizio.

Mentre la pronuncia che accerta l'invalidità del piano, senza procedere al relativo annullamento, lascia in vigore viceversa gli effetti del provvedimento

illegittimo. In attesa della rinnovata emanazione del piano - la quale, come specificato nella sentenza, non ha effetti retroattivi, essendo in tutti i sensi una nuova manifestazione del potere - l'amministrazione potrebbe adottare atti di attuazione del piano medesimo, magari di singole porzioni dello stesso, oppure potrebbero esserci delle sopravvenienze che vengono a complicare ulteriormente il quadro.

A quel punto, non è chiara quale sia la sorte di tali provvedimenti attuativi del piano illegittimo non annullato, i quali, per un verso, non sono inficiati da questa pronuncia - per espressa ammissione del Consiglio di Stato[114] - per l'altro, sono prodotti sulla base di una pianificazione illegittima, dunque sono viziati, la cui efficacia può chiaramente essere messa in discussione. Si può discutere se essi necessitino di una apposita pronuncia di annullamento o di nullità, in ragione di un'autonoma impugnazione, che può avvenire nell'ambito del giudizio di cognizione o di ottemperanza, oppure meritino una caducazione automatica.

Propendendo per la prima delle due ipotesi, non si può tacere ad ogni modo che per assicurare al ricorrente un livello di tutela maggiore, che sia conforme alla sua istanza di giustizia, si rischia così facendo di procurare una serie di problemi a cascata, che possono rivelarsi all'opposto più dispendiosi per i privati e per il settore pubblico, risultando necessario adire di nuovo la giustizia amministrativa, oppure forieri di nuove questioni, perché producono risultati giuridicamente poco certi per i destinatari. Ciò dipende pure dall'assenza di un'apposita previsione legislativa sugli effetti temporali della sentenza di annullamento.

[114] Come chiarito nella sentenza che si commenta al punto 19, "resta comunque inteso che, in attesa della rinnovata emanazione (con effetti di per sé non retroattivi) del piano faunistico regionale, nel rispetto dei procedimenti previsti dalle leggi, rimangono ferme tutte le prescrizioni contenute nella deliberazione n. 217 del 21 luglio 2009 del consiglio regionale della Puglia, così come resta inteso che la presente sentenza non produce ulteriori conseguenze, sulla legittimità e sulla efficacia di qualsiasi atto o provvedimento che sia stato emesso in applicazione o a seguito della medesima deliberazione, ovvero che sia emesso fino a quando sia approvato il nuovo piano faunistico venatorio regionale efficace sino all'anno 2014".

In conclusione, se, da un punto di vista teorico, l'ingresso nel processo amministrativo del potere di precisare l'efficacia della sentenza di annullamento, sotto le due forme dell'annullamento *ex nunc* ovvero della dichiarazione di perduranza degli effetti di un atto invalido, sembra a chi scrive un percorso del tutto naturale e in linea con i processi di maturazione degli strumenti a tutela dei privati, la cui paternità è tradizionalmente delle corti giurisdizionali, da un punto di vista pratico, si registrano viceversa maggiori perplessità.

Limite del contenuto tipico dell'azione di annullamento

Parte della dottrina[115] ha criticato la sentenza del Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755 nella parte in cui sembra operare una dequotazione dell'azione (o meglio della domanda) d'annullamento, la cui presunta centralità sarebbe frutto di una concezione superata, ritenendo, invece, "*che siffatta centralità sia la conseguenza ineliminabile della circostanza che spetta all'Amministrazione disporre in ordine al caso concreto dettandone la disciplina alla luce dell'interesse pubblico in attribuzione alla stessa, sicchè necessariamente la tutela piena e satisfattiva dell'interessato passa attraverso l'eliminazione (anche se non si esaurisce in questa) dell'atto precettivo*".

L'Autore si interroga, in particolare, sulle ragioni che spingono gran parte degli interpreti ad "*invocare come traguardo da raggiungere l'azione unica e atipica anche per il processo amministrativo*". Invero, le domande proponibili attraverso la c.d. azione "atipica" sembrano essere sempre e comunque quelle classiche di annullamento, di condanna e di accertamento, nei limiti fissati sia dalle norme processuali, per i termini di proposizione, sia dalle disposizioni sostanziali, che non garantiscono sempre il "risultato" a cui aspira il ricorrente,

[115] Villata R., *Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo?*, in Dir proc. amm. 4/2011

ritenendo non condivisibile il voler identificare nell'annullamento dell'atto una sorta di risarcimento in forma specifica[116].

Secondo l'Autore, le buone intenzioni che stanno alla base della soluzione accolta sono palesi, ma ben più forti risultano le ragioni che impongono un sommesso dissenso, in disparte il rilievo per un verso che (la tutela del) l'interesse pubblico deve restar fuori, superata l'eventuale fase cautelare, dallo spettro delle valutazioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, e per altro verso che quello della parte è affare esclusivo della medesima una volta positivamente accertata la sussistenza dell'interesse processuale: si finisce infatti altrimenti con il valutare l'opportunità dell'azione proposta, in tal modo non rispettando il principio fondamentale della domanda di parte[117] e il contenuto "tipico"costituzionalmente garantito[118].

Situazione differente (questa condivisibile) si sarebbe avuta laddove la decisione del giudice di limitarsi a una sentenza dichiarativa dell'illegittimità del provvedimento impugnato dipende dalla circostanza che il provvedimento medesimo ha nelle more esaurito i suoi effetti e la tutela può ormai porsi sul piano risarcitorio, anche se la relativa azione non risulta ancora proposta dall'interessato.

Su tale aspetto, peraltro nello stesso mese di maggio, si è pronunciato il Cons. St. sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817[119].

---

[116] Villata R., Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo?, in dir proc. amm. 4/2011. diversamente Franco Scoca p. 292 ma in senso conforme L. Mazzarolli nel saggio di apertura del medesimo fascicolo, molto nettamente a p. 1220.

[117] Conforme F. G. Scoca, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in dir proc. amm. 2/2011 p. 379 (rilettura e integrazione della relazione avente lo stesso titolo presentata al Convegno di Varenna del settembre 2009 ed è destinato agli studi in onore di Alberto Romano.

[118] Quanto meno con la previsione di una riserva di legge: A. Travi , in Urb. app., 2011, 937-938) dell'azione di annullamento

[119] Cons. St. sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817, in Urb. app. 2011, 1347 ss. con nota di Proietti R., Inutilità dell'annullamento dell'atto e accertamento dell'illegittimità del provvedimento, in Urb. e app., 2011, 11, 1347. Nel caso di specie, un operatore economico del settore, avendo partecipato ad una procedura aperta per l'affidamento del servizio di manutenzione, conduzione e gestione di impianti elettrici ed essendosi classificato al sesto posto in graduatoria, ha impugnato gli atti di tale procedura e quelli mediante i quali la stazione appaltante aveva affidato in via temporanea il servizio in questione con procedura negoziata, chiedendo la rinnovazione della gara. In primo grado il ricorso era stato respinto.

Sulle condizioni per adottare una pronuncia ex art. 34, comma 3, c.p.a., di accertamento dell'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori.

Nell'ambito di un giudizio di tipo impugnatorio, il Consiglio di Stato, rivelatasi inutile per la parte ricorrente l'eliminazione degli atti contestati, ha ritenuto che, a prescindere da una specifica domanda di parte, fosse possibile adottare una decisione di mero accertamento dell'invalidità dei provvedimenti emanati dalla pubblica amministrazione, in quanto sussisteva un interesse risarcitorio della parte ricorrente. Nel caso di specie, il Consiglio di Stato si è posto il problema della pronuncia da rendere, posto che: la ricorrente si era classificata sesta nella graduatoria formata all'esito della gara; il ricorso era stato proposto in ragione dell'esclusivo interesse strumentale teso ad ottenere, tramite l'annullamento degli atti impugnati, l'indizione di una nuova gara; nell'atto introduttivo del giudizio ed in corso di causa non era stata avanzata alcuna istanza di risarcimento danni e/o di declaratoria di inefficacia del contratto stipulato dall'aggiudicataria; comunque, l'interesse pubblico induceva a mantenere fermo il contratto in quanto in stato di avanzata esecuzione.

Il problema è stato risolto dal giudice amministrativo facendo perno sull'art. 34, comma 3, c.p.a., secondo cui "*quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori*", al quale è stato attribuito il carattere di principio generale, teso, da una parte, a precludere l'inutile annullamento di atti che abbiano esaurito i loro effetti nel corso del giudizio, e, dall'altra, a tutelare l'interesse all'accertamento dell'illegittimità degli stessi in vista della proposizione di possibili azioni risarcitorie.

In sostanza, secondo il Consiglio di Stato, in ipotesi del genere è consentito adottare pronunce di mero accertamento, a condizione che sussista un interesse di carattere risarcitorio, in linea con quanto stabilito dal quinto comma dell'art.

30 c.p.a., secondo il quale, quando sia stata proposta azione di annullamento, la domanda risarcitoria può essere formulata anche sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza.

Tale ultima disposizione, sempre secondo quanto affermato dal Consiglio di Stato con sentenza n. 2817/2011, si riferisce ad un "*interesse risarcitorio*" e non ad una domanda risarcitoria azionata in giudizio.

Ed è proprio sulla base di tali premesse che il giudice amministrativo, ha concluso nel senso che la normativa processuale indicata può essere applicata a prescindere da una specifica istanza dell'interessato, in quanto:

- il giudice, in presenza dei presupposti fissati dalla normativa di riferimento, è tenuto ad accertare l'illegittimità dell'atto;

- l'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato è contenuto nella domanda di annullamento come un presupposto necessario.

Quando manca l'interesse all'annullamento, ma sussiste un interesse risarcitorio, il giudice potrebbe dunque emanare una pronuncia di mero accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato, previa valutazione d'ufficio dell'interesse all'accertamento dell'invalidità dell'atto ai fini risarcitori[120].

L'art. 34, co 3, c.p.a. configurerebbe la possibilità per il giudice, nel caso in cui sia stata formulata solo una domanda di annullamento e questa sia divenuta improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse, di accertare l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori a prescindere dalla proposizione di una domanda risarcitoria, potendo poi la parte proporla nel termine di 120 giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza (art. 30, co. 5, c.p.a.).

Gli approdi raggiunti dalla decisione n. 2817/2011 del Consiglio di Stato appare in linea e sviluppa il sistema tracciato dall'Adunanza Plenaria 23 marzo 2011 n. 3, fondato sulla ribadita natura sostanziale dell'interesse legittimo come "*posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita interessato dall'esercizio del potere pubblicistico, che si compendia nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto*

[120] Proietti R., Inutilità dell'annullamento dell'atto e accertamento dell'illegittimità del provvedimento, in Urb. e app., 2011, 11, 1347

esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione o la difesa dell'interesse al bene", e sul "*superamento della centralità della tutela di annullamento ove siano percorribili altre e più appropriate forme di tutela, che l'art. 21-octies, comma 2, della L. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'art. 14 della L. 11 febbraio 2005, n. 15, ha statuito che il provvedimento amministrativo non è suscettibile di annullamento ove sia affetto da vizi procedimentali o formali che non abbiano influito sul contenuto dispositivo dell'atto finale*", proprio facendo perno sull'art. 34, comma 3, c.p.a..

In sostanza, secondo quanto ha chiarito l'Adunanza Plenaria, deve ritenersi superata "*l'impostazione tradizionale che vedeva l'annullamento quale sanzione indefettibile a fronte del riscontro di un vizio di legittimità, dandosi vita ad un sistema delle tutele duttile, che consente un accertamento non costitutivo dell'illegittimità, a fini risarcitori*".

Ulteriori critiche alla atipicità in concreto degli effetti della sentenza di annullamento dal punto di vista sistematico e di coerenza del sistema.

È stato evidenziato come, a ben vedere, la pronuncia tanto discussa non costituisca una sentenza di annullamento. Leggendo il dispositivo della decisione emerge, infatti, che accerta l'illegittimità degli atti impugnati, "*mantiene fermi, come precisato in motivazione, tutti gli effetti dei provvedimenti impugnati*" e "*dichiara il dovere della Regione Puglia di procedere alla rinnovata emanazione – con effetti ex nunc – del piano faunistico venatorio regionale ... e di concludere il relativo procedimento entro il termine di dieci mesi*". Non vi è affatto una decisione di annullamento con effetto *ex nunc*, come i primi commentatori hanno salutato la sentenza.

Tale dispositivo ordina il riesercizio del potere in presenza di una sentenza che non annulla un provvedimento, dispone una valenza ultrattiva di un provvedimento illegittimo: ma questa non è una pronuncia di annullamento.

Attenta dottrina[121] ha osservato come in questo caso non si possa più parlare di annullamento del provvedimento. Seppur corrette le intenzioni ed i presupposti invocati dai giudici, la forma per raggiungere l'obiettivo prefissato non è, tuttavia, e non potrebbe essere una pronuncia di annullamento. Anche perché, a ben vedere, l'ordinamento comunitario non fa distinzione tra annullamento con efficacia ex tunc e revoca con efficacia ex nunc.

Le maggiori perplessità sorgerebbero, infatti, sotto il profilo teorico: perché mai lasciare in piedi un provvedimento illegittimo rispetto al quale l'amministrazione dovrebbe poi necessariamente conformarsi nella prospettiva della giustizia nell'amministrazione.

Più che di una sentenza con efficacia ex nunc, si tratta di una decisione di accertamento dell'illegittimità del provvedimento nella parte in cui non provvede su qualcosa, utilizzando gli approdi dottrinari e giurisprudenziali già raggiunti con riferimento all'annullamento in parte *qua* che già esisteva ed esiste nell'ordinamento.

Differente ma parimenti sostenibile, infatti, può essere l'interpretazione da darsi ai silenzi ed alle omissioni del dato testuale contenuto nel codice del processo. Appaiono fondati, infatti, i dubbi di quanti[122] ritengono che tali silenzi non sarebbero stati meditati e coerentemente conservati da parte del legislatore, come dimostrerebbero i lavori della commissione in cui non si parla di scelte omissive consapevoli a garanzia di tutela nell'ottica del rapporto.

L'unico modo per condividere la ricostruzione pretoria potrebbe essere quello di ipotizzare che l'annullamento non sia più un'azione ma uno dei contenuti della tutela giurisdizionale, che in tal modo può essere graduato dal giudice nel suo giusto apprezzamento, con pieno potere quanto alla definizione

---

[121] Sandulli M.A., intervento al recentissimo convegno su "*L'azione di annullamento nel codice del processo amministrativo e nelle sue applicazioni giurisprudenziali*", tenutosi a Roma, presso l'Università degli Studi Roma Tre, il 26 aprile 2012.

[122] Police A., intervento al recentissimo convegno su "*L'azione di annullamento nel codice del processo amministrativo e nelle sue applicazioni giurisprudenziali*", tenutosi a Roma, presso l'Università degli Studi Roma Tre, il 26 aprile 2012.

della giusta tutela. Quindi intendere l'annullamento come uno dei contenuti della sentenza e non come azione.

Il problema sarebbe quello di una mancata condivisione del punto di partenza nel senso di una diversa concezione sulla giustizia amministrativa di tipo politico nel senso alto e ideale del termine[123].

Il rischio sarebbe quello di degenerare (*rectius* tornare) ad una giurisdizione oggettiva.

Se l'annullamento costituisce una tecnica di tutela al pari del risarcimento del danno (come evidenziato sul punto dalla Corte Costituzionale, sentenza n.

[123] Dal discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato Giancarlo Coraggio. "*[...] Va subito soggiunto, tuttavia, che non può costituire una valida alternativa la generalizzata estensione al merito della nostra cognizione, come contraddittoriamente ci invita a fare il legislatore del procedimento amministrativo e non di rado la dottrina. Appartiene alla tradizione della giustizia amministrativa l'esclusione, salvo talune note eccezioni, di un tal genere di sindacato. Quella di salvaguardare l'autonomia decisionale dell'amministrazione e la responsabilità delle sue scelte è una esigenza pratica prima ancora che teorica: una cognizione invasiva la delegittima e sostituisce ad una visione, che è – o dovrebbe essere – globale, la frammentarietà connaturata all'intervento giudiziale. L'esercizio accentuato di una giurisdizione estesa al merito, poi, porrebbe in crisi la tecnicità del ruolo del giudice, oggi assicurata anche dalla garanzia costituzionale del pubblico concorso, minandone l'indipendenza e la terzietà. Al tempo stesso va sottolineato con forza che il controllo dell'eccesso di potere non deve essere considerato con sospetto e come un'invasione nelle sfere proprie dell'amministrazione. E' vero che il progressivo avanzamento della cognizione verso il merito, impone un'attenzione costante nell'uso di strumenti logici (si pensi alla "proporzionalità" di derivazione comunitaria) e di strumenti istruttori (la consulenza tecnica, in particolare), che possono facilmente far sconfinare la cognizione nel merito, se non utilizzati con saggezza. Ma tutto ciò non può mettere in discussione questo fondamentale istituto giustiziale. Si impone dunque un suo uso ampio ma prudente che consideri la natura dell'atto amministrativo, la sfera di discrezionalità attribuita all'amministrazione, la varietà degli interessi pubblici in discussione, la natura dell'organo decidente e la sua eventuale rilevanza costituzionale. Insomma, un sindacato serio e approfondito che sottoponga a verifica la decisione amministrativa, valutando la coerenza e la ragionevolezza delle scelte effettuate, ma non un momento di sostanziale sostituzione del giudice all'amministratore. Un giudice-amministratore che fa proprie le scelte dei valori, come già osservava Carl Schmitt, potrebbe essere chiamato a rispondere ad un corpo elettorale, non essendo ammissibile in nessun sistema una assoluta autoreferenzialità. Non possiamo dunque non accogliere, e non soltanto per l'autorevolezza della fonte, l'invito, che Lei, Signor Presidente, ci ha rivolto, ad "evitare un improprio sindacato che lede il potere decisionale". Allo stesso modo, non possiamo non tener conto delle pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione, quando, in via di principio, ribadiscono una linea di demarcazione tra il giudicare e l'amministrare. Tale demarcazione, del resto, fa parte del diritto amministrativo europeo. Come è noto è solo una opinione dissenziente (mi riferisco a quella espressa nella causa Menarini contro Italia) quella secondo cui, ai sensi dell'articolo 6 Cedu, non sarebbero più giustificabili limiti del sindacato giurisdizionale nei confronti del "merito amministrativo", il fatto cioè che il giudice non possa sostituire la propria valutazione a quella dell'amministrazione. Questo tipo di cognizione, dunque, anche nel diritto europeo rappresenta una eccezione legata ad esigenze impellenti di effettività del rispetto delle norme e insieme della tutela dell'interesse pubblico*".

204/2004) e non un'azione allora potrebbe ammettersi la disponibilità degli effetti della pronuncia da parte del giudice, il quale potrebbe modellare gli effetti, ad esempio, con una tutela di annullamento in parte qua e con una tutela risarcitoria per equivalente.

Il problema, però, è che la sentenza del Consiglio di Stato non ha questo presupposto di base, né questa finalizzazione, né la consapevolezza dell'annullamento come tecnica di tutela. E ciò emerge chiaramente dal dispositivo sopra richiamato.

Esportare gli approdi raggiunti in altre situazioni, per altre fattispecie, potrebbe portare conseguenze "*aberranti*"[124]. Nel caso di specie l'atto ritenuto illegittimo e non annullato è viziato per violazione di una norma di matrice europea. Ebbene, può il g.a. conservare efficacia ad un provvedimento in contrasto con l'ordinamento europeo una volta accertato come illegittimo?

Il rischio è quello di determinare effetti contrari a quelli voluti: che un mezzo, nato per assicurare maggiore effettività, si trasformi nel concreto in una fonte di complessità e incertezza giuridica per l'amministrato.

L'effetto tipico dell'annullamento non è nella disponibilità del giudice.

Peraltro il richiamo effettuato dai giudici alle disposizioni in materia di appalti non appare persuasivo. Da un lato, quelle richiamate sulla possibilità per il giudice di conoscere dell'efficacia del contratto riguardano appunti gli effetti del contratto e non del provvedimento (nel caso l'aggiudicazione, della quale viene disposto l'annullamento "classico") sono norme speciali che provebbero troppo laddove dalla loro interpretazione si volessero trarre conclusioni valide per l'intero ordinamento.

Seppur condivisibile l'obiettivo di graduare gli effetti di annullamento, tuttavia appare pericoloso estendere questa possibilità a quei giudizi che hanno caratteristiche oggettive e che hanno come cardine l'azione tipica di annullamento intesa come azione atipica.

---

[124] Police A., intervento al recentissimo convegno su "*L'azione di annullamento nel codice del processo amministrativo e nelle sue applicazioni giurisprudenziali*", tenutosi a Roma, presso l'Università degli Studi Roma Tre, il 26 aprile 2012

La tutela costitutiva nel processo civile. Differenze con il processo amministrativo

La tutela costitutiva nel processo amministrativo ha una valenza centrale per il tramite dell'azione di annullamento, al contrario di quanto avviene nel giudizio civile, dove la tutela costitutiva ha carattere residuale o eccezionale.

L'art. 2908 c.c. prevede, infatti, che l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici solo "nei casi previsti dalla legge". La tutela costitutiva nel processo civile è tipica perché conferisce al giudice un potere esorbitante nei rapporti tra soggetti privati. Pertanto, secondo un principio di libertà e di autonomia contrattuale, l'intervento costitutivo del giudice è limitato alle ipotesi tassativamente previste dalla legge. Nel processo amministrativo le cose stanno in senso opposto. L'annullamento rappresenta la forma tipica ed esclusiva di pronuncia, in quanto costituisce la forma di tutela più efficace nei confronti del potere: contro l'abuso del potere il rimedio più efficace è quello di annullare l'atto e tale annullamento non può che avere efficacia retroattiva.

Secondo la dottrina tradizionale, non è vero che non sarebbe ravvisabile nel nostro ordinamento una norma sulla retroattività degli effetti dell'annullamento. Tale norma infatti è individuabile tra quelle sui contratti civilistici attraverso un'interpretazione a contrario. Il codice civile, infatti, ogni volta che intende disporre un annullamento con effetti non retroattivi lo prevede espressamente, dando per scontata la regola della retroattività[125].

Occorre precisare che l'annullamento nel processo amministrativo è qualcosa di diverso rispetto all'annullamento del contratto. La sentenza che annulla l'atto

[125] si pensi alla disciplina della risoluzione del contratto per sopravvenuta onerosità nel momento in cui gli artt. 1467 e 1458 c.c. precisa in maniera esplicita l'esclusione della retroattività per le prestazioni in caso di contratti periodici (art. 1458, co. 1, c.c. "*la risoluzione del contratto ... ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite*").

amministrativo produce effetto demolitorio, effetto ripristinatorio e un effetto di conformazione, di orientazione della successiva attività amministrativa[126]. Non è la stessa cosa dell'annullamento del contratto, in cui manca l'effetto conformativo. La sentenza che annulla contratto produce la ricostituzione in capo alle parti di una situazione di libertà. Non è così nei rapporti con l'amministrazione, dove l'atto annullato è esercizio di un potere che dovrà riesercitarsi[127].

Possibilità di superare le critiche mosse. Dall'azione di annullamento alla tutela di annullamento.

Le critiche sopra ripercorse non persuadono del tutto.

Innanzitutto non risulta agevole individuare (salvo ricorrere alla disciplina dei contratti di per sé tuttavia differenti nei presupposti rispetto al provvedimento amministrativo) una norma di carattere sostanziale o processuale che sancisca la regola della retroattività degli effetti della pronuncia di annullamento, con la conseguenza che, in coerenza con la generale atipicità delle azioni e delle pronunce, non può che spettare al giudice il compito di distillare gli effetti della propria decisione in guisa da offrire la tutela migliore all'interesse del ricorrente, tale essendo quella necessaria e sufficiente a soddisfare in modo pieno l'interesse azionato, senza frustrare in modo inutile l'interesse pubblico e la sfera giuridica dei controinteressati.

Il silenzio del legislatore (artt. 29 e 34 del codice del processo in tema di annullamento giurisdizionale al pari dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990 in materia di annullamento d'ufficio) in ordine all'effetto della sentenza di annullamento si sostanzia in una delega, tacita, ma chiara, al giudice del

[126] Celebre la definizione di Nigro in un saggio del 1981 frutto della relazione tenuta a Varenna per il tradizionale annuale appuntamento sull'ottemperanza.

[127] Corso G.., Conclusioni del convegno su "*L'azione di annullamento nel codice del processo amministrativo e nelle sue applicazioni giurisprudenziali*", tenutosi a Roma, presso l'Università degli Studi Roma Tre, il 26 aprile 2012.

compito di dosare gli effetti, normativamente atipici, della propria pronuncia[128]. Di qui l'ammissibilità, in deroga alla regola della retroattività, di sentenze- a seconda dei casi, di annullamento, in tutto o in parte, non retroattivo o di mero accertamento dell'illegittimità perpetrata- che, in coerenza con l'ammissione di pronunce di condanna pubblicistica, vedono accentuata la componente conformativa del *decisum* e superano di slancio l'idea della natura ineluttabilmente costitutiva della sentenza che riscontra l'esistenza del denunciato vizio di legittimità.

Sulla violazione del principio della domanda

In merito all'asserita violazione del principio della domanda, in quanto la pronuncia del giudice risulterebbe esorbitante rispetto a quanto chiesto dalle parti, occorre evidenziare che la domanda di annullamento contiene sempre, e per definizione, come il più reca il meno, il *quid minus* della domanda di mero accertamento dell' illegittimità con effetti non retroattivi o non eliminatori.

E' quindi coerente con il principio della domanda di cui all'art. 112 c.p.c. una decisione che effettui questo accertamento adottando una misura che eviti di concedere un *quid pluris* rispetto a quanto sia necessario per gratificare in modo pieno il bisogno di tutela. E tanto in omaggio alla regola processualistica secondo cui l'interesse a ricorrere, ex art. 100 c.p.c., è una condizione dell'azione, che, come tale, non solo la permea sul piano dell'*an* ma la limita sul versante della portata delle pronunce conseguibili.

La graduabilità degli effetti della tutela di annullamento

[128]Caringella F., *Il sistema delle tutele dell'interesse legittimo alla luce del codice e del decreto correttivo*, in Urbanistica e appalti, 2012, 1

La soluzione della graduabilità degli effetti della pronuncia adottabile dal giudice a fronte di un ricorso di annullamento è supportata dalle seguenti considerazioni.

Innanzitutto dal *principio di effettività della tutela* che impone di evitare all'amministrazione o ai controinteressati sacrifici non utili e non necessari al fine di garantire una piena tutela dall'interesse del ricorrente (in questa prospettiva può considerarsi praticabile la limitazione ella portata dell'effetto costitutivo al momento della notifica del ricorso, frangente a partire dal quale l'affidamento del terzo e della stessa amministrazione non può più considerarsi legittimo alla luce della conosciuta denuncia dei vizi che affliggono il provvedimento gravato);

Dall'argomento di teoria generale secondo cui, anche nel diritto privato, la regola della retroattività reale della sentenza di annullamento del contratto è passibile di deroghe finalizzate alla tutela dell'incapace (art. 1443 c.c.) e del terzo subacquirente (artt. 1445 e 2038 c.c.).

Dalla considerazione sistematica secondo cui l'attribuzione al giudice del potere di decidere quando annullare l'atto illegittimo (vedi art. 34, comma 3, c.pa.) implica anche, per continenza, il potere, meno incisivo, di stabilire da quando far decorrere la portata della sentenza che decapita l'atto;

Dal rilievo concettuale secondo cui la centralità assunta, nell'architettura dell'interesse legittimo, dell'interesse alla spettanza del bene della vita comporta che la pronuncia debba limitarsi a concedere tutto e solo quello che è necessario per soddisfare tale pretesa sostanziale.

Dall'analisi comparatistica e comunitaria, che, sia per l'annullamento o giurisdizionale che per quello in autotutela (si pensi all'abrogatiòn francese e all'annullaciòn spagnola), evidenzia i temperamenti apportati alla regola della retroattività dell'annullamento dell'atto quando questa misura risulti manifestamente eccessiva ai fini della tutela dell'interesse del privato in rapporto alle posizioni rivali ed antagoniste.

La possibilità di una tutela di annullamento attraverso una pronuncia di accertamento dell'illegittimità non caducante l'atto impugnato con effetto conformativo sulla riedizione del potere.

Appare maggiormente condivisibile la tesi di coloro che ritengono che il giudice amministrativo possa disporre nei limiti della domanda (così come intesa nella ricostruzione appena richiamata) degli effetti delle proprie pronunce, chiamato come tale al non agevole compito di calibrare la misura della tutela, necessaria e sufficiente.

Il dosaggio degli effetti temporali della sentenza di accertamento della illegittimità trova giustificazione nella nozione attuale dell'interesse legittimo che è interesse alla tutela di un bene della vita quindi a condizionare il potere al fine di tutelare un bene della vita facente parte del patrimonio. Pronuncia non può avere contenuto tipizzato ma dosare interessi in modo elastico al fine di attuare interessi.

Quanto sopra alla luce delle novità introdotte dal codice del processo, raggruppabili in novità "omissive" e novità "positive".

Dall'analisi comparata delle norme che disciplinano oggi l'azione di annullamento (artt. 7, 29 e 34 c.p.a.) con le precedenti disposizioni (art. 26 T.U. delle norme sul Consiglio di Stato e art. 26 legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali) emergono in particolare tre silenzi, per così dire, "*significativi*". Sono state espunte rispetto al passato le locuzioni che prevedevano che la sentenza di annullamento fa salvo l'esercizio del potere; che il vizio di incompetenza è prioritario ed assorbente; che il riscontro della fondatezza del vizio di legittimità produce per forza l'annullamento del provvedimento amministrativo *ex tunc*. Questi tre aspetti sono legati da un filo conduttore unico: il passaggio da un giudizio sull'atto avente compito di stabilire il vizio ad un giudizio sul rapporto volto a scandagliare il rapporto.

Dalla disciplina dell'azione di annullamento risulta, infatti, espunta la formula "*salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa*",

contenuta nell'art. 45 del T.U. del 1924. Questo a riprova del fatto che spesso le disposizioni legislative sono più interessanti per quello che non dicono che per quello che dicono.

Pertanto, rispetto alla precedente disciplina, volendo dare un senso a tale operazione di sottrazione, si potrebbe sostenere che: a) sembra valorizzato l'effetto conformativo della pronuncia di annullamento; b) sembra ridursi la deferenza verso il potere amministrativo, lo spazio ad esso riservato e la sua continuità, sostituita dall'ingresso della pronuncia di condanna all'emanazione del provvedimento richiesto; c) sembra necessario ripensare il contenuto della sentenza di accoglimento "come "ineluttabilmente" costitutiva".

Nel giudizio sul rapporto il provvedimento non è più oggetto del giudizio ma è lo strumento per raggiungere il fine rappresentato dalla soddisfazione della pretesa sostanziale. L'impugnazione del provvedimento è il presupposto processuale. Quindi ecco perchè non ha più senso la salvezza del potere . Non ha più senso parlare di valenza assorbente del vizio di incompetenza avendo il giudice dovere di analizzare i motivi che possono portare all'annullamento.

Queste sono dunque le novità omissive del codice si inscrivono in una logica che vuole il giudizio sull'atto non come fine ma come mezzo. Le novità in positivo, invece, sono ravvisabili nell'evoluzione pretoria[129] (si vedano le decisioni sopra richiamate, Cons. St. sez. VI, 2755/2011, sez. V, 320/2012) e nel dato normativo.

Principio di atipicità, pertanto, non concerne solo il novero ma il contenuto delle azioni proponibili. Anche che le domande tipizzate nella forma non lo

[129] L'attività pretoria è stata definita, con un esempio tratto dall'informativa, come un'operazione di soprascrittura del programma rappresentato dal codice al fine di riempirlo e di modularne i contenuti per pervenire ad un assetto di tendenziale definitività che allo stato non potrà mai esserci. Quindi aumenta l'opera e la responsabilità del giudice chiamato ad individuare in relazione all'assetto degli interessi in gioco, sia pubblici che privati, e senza violare il principio della domanda, l'effettiva decorrenza dell'annullamento nell'ottica del principio di effettività della tutela. Decidendo sulla migliore effettività di tutela degli interessi privati, anche dei terzi non controinteressati, il giudice viene a decidere anche sul migliore assetto dell'interesse pubblico. Questo è un problema su cui interrogarsi. Per arrivare ad una imprescindibilità dell'azione di annullamento, ma al tempo stesso ad un'inutilità della pronuncia costitutiva laddove lo stesso interesse possa essere realizzato da pronuncia di accertamento dell'illegittimità dell'atto.

sono nei contenuti. L'annullamento diviene formula incompleta da riempire in base al contenzioso ed al bisogno di tutela che deve assicurare il giudice.

La chiave di lettura che può consentire di superare le critiche sopra illustrate può ravvisarsi nella possibilità di una tutela di annullamento attraverso una pronuncia di accertamento dell'illegittimità non caducante l'atto impugnato con effetto conformativo sulla riedizione del potere.

Anche una sentenza di accertamento dell'illegittimità costituisce una pronuncia che obbliga, al pari di una decisione di annullamento, l'amministrazione nel riesercizio del proprio potere, con un effetto conformativo.

Non è detto che l'obbligo di riedizione del potere debba passare necessariamente attraverso l'annullamento. Si tratta a ben vedere di un'azione di condanna che non elimina il provvedimento perchè quell'eliminazione sarebbe stata dannosa per il ricorrente.

Il provvedimento ritenuto illegittimo ha una perduranza provvisoria degli effetti per il tempo necessario all'adozione del provvedimento emendato dai vizi accertati.

Nell'ordinamento tedesco, infatti, per i vizi procedimentali non c'è l'annullamento ma la ripetizione del procedimento come tipologia di pronuncia di condanna a ripetere il procedimento.

All'esito di un ricorso in cui si chiede la tutela costitutiva di annullamento sembra dunque, possibile ammettere una pronuncia di accertamento dell'illegittimità non caducante l'atto impugnato con effetto conformativo sulla riedizione del potere.

Capitolo II

L'azione di condanna

L'art. 30 del codice del processo amministrativo

L'art. 30 del Codice detta la disciplina dell'azione di condanna nel processo amministrativo, riportando alcune delle principali novità apportate dalla riforma.

In particolare, il Legislatore delegato sembra aver risolto l'annosa questione sulla c.d. pregiudizialità di annullamento, assicurando, da un lato, la possibilità di una proposizione anche in via autonoma dell'azione di condanna, nei casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria, ma prevedendo un termine decadenziale di centoventi giorni entro cui avviare tale azione, a tutela delle esigenze di certezza dei rapporti giuridici di diritto pubblico. Se, infatti, al comma 1 è affermata la possibilità di proporre l'azione di condanna contestualmente ad altra azione o, "nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo" anche in via autonoma - recependo così la tesi dell'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento, affermata dalla sentenza delle Sezioni Unite 23 dicembre 2008, n. 30254 - il comma 3 dispone che la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi deve essere proposta entro il termine decadenziale di centoventi giorni, decorrente dal momento in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo.

Facendo un passo indietro, occorre sottolineare che nell'economia dell'articolo, grande spazio è riservato all'azione di condanna al risarcimento del

danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria, ovvero, in caso di giurisdizione esclusiva, per la lesione di diritti soggettivi.

Eccezion fatta per il primo comma, che parla in termini generali dell'azione di condanna, i restanti sono tutti incentrati su tale forma di tutela, essendo stato eliminato dalla versione finale quello che era originariamente il primo comma sulla condanna dell'amministrazione "*all'adozione di ogni altra misura idonea a tutelare la posizione giuridica soggettiva*" fatta valere in giudizio, non conseguibile con il tempestivo esercizio delle altre azioni.

Tuttavia, ad una prima lettura, la possibilità di tale domanda appare ancora ammessa dal Codice, dal momento in cui all'art. 34, comma 1, lett. c), è prevista, tra le sentenze di merito adottabili, accanto alla *"condanna al pagamento di una somma di denaro, anche a titolo di risarcimento del danno*", anche la condanna "*all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*".

Sembra, dunque, che sia esperibile un'azione volta alla condanna in termini generali ad un *facere* specifico dell'amministrazione, quantomeno laddove sia stata accertata la fondatezza della pretesa e non sussista la necessità di ulteriore attività valutativa da parte dell'amministrazione, anche senza l'espressa previsione di un'azione di adempimento, come detto eliminata dalla bozza iniziale del Codice.

Per quanto concerne l'azione di condanna al risarcimento del danno, sulla quale non ci soffermeremo nel presente elaborato, le principali novità sono contenute al terzo ed al quinto comma dell'art. 30, sui termini dell'azione e sulla determinazione del quantum del risarcimento. Circa i termini, è stato previsto che l'azione di risarcimento per la lesione di interessi legittimi derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa proposta in via autonoma è soggetta al termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo (comma 3), mentre nel caso in cui sia stata

proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata in qualunque momento nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza (comma 5). Per il risarcimento del danno conseguente alla lesione di diritti soggettivi, invece, varranno i normali termini di prescrizione previsti dal codice civile. In merito alla determinazione del risarcimento, il secondo periodo del comma 3 prevede che il giudice è tenuto a valutare tutte le circostanze di fatto ed il comportamento complessivo delle parti, dovendo in ogni caso escludere (la dicitura "*comunque esclude*" depone in tal senso, non lasciando pertanto margini di discrezionalità) i danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso la proposizione delle azioni previste, prima fra tutte l'impugnazione, nel termine di decadenza, degli atti lesivi illegittimi. In relazione alla nota questione della c.d. pregiudiziale amministrativa, dunque, è stato raggiunto un compromesso con l'autonoma esperibilità della tutela risarcitoria attraverso la previsione di un termine decadenziale e l'obbligo di applicazione di principi analoghi a quelli previsti dall'art. 1227 c.c. (già prospettati e utilizzati dalla giurisprudenza amministrativa e la cui chiave di lettura è oggi stata fornita dalla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011).

Degno di nota risulta anche l'ultimo periodo del comma 2, il quale nel confermare la possibilità della tutela risarcitoria in forma specifica ha, tuttavia, chiarito che tale forma di risarcimento potrà essere chiesta solo qualora sussistano i presupposti dell'art. 2058 c.c., ossia nel caso in cui sia possibile e non eccessivamente onerosa per il debitore-amministrazione. Tale rimedio non costituisce un'azione diretta ad ottenere la condanna dell'amministrazione ad un adempimento coercitivo (come sostenuto da autorevole dottrina con riferimento all'inciso sulla reintegrazione in forma specifica già previsto dall'art. 7 della legge 1034/1971, secondo cui la possibilità di una condanna in forma specifica poteva essere equiparata alla *Verpflichtungsklage* dell'ordinamento tedesco), ma rappresenta solo l'estensione al processo amministrativo dello stesso rimedio, di

natura risarcitoria, di cui all'art. 2058 c.c., al fine di ottenere la diretta rimozione delle conseguenze derivanti dall'evento lesivo attraverso la realizzazione della situazione materiale e giuridica che si sarebbe verificata se non fosse intervenuto il fatto illecito produttivo del danno.

Completano la disciplina dell'azione di condanna la conferma (comma 4) dell'ammissibilità di chiedere il risarcimento del c.d. danno da ritardo, che il ricorrente comprovi di aver subito per l'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento (sul punto si rinvia ai paragrafi dedicati al rito sul silenzio), e l'espressa attribuzione (comma 5) alla giurisdizione amministrativa di tutte le domande di condanna al risarcimento di danni sia conseguenti alla lesione di interessi legittimi, atteso il ruolo del giudice amministrativo quale giudice naturale degli interessi legittimi (v. A.P. 3/2011), prescindendo dalla proposizione in via autonoma o congiunta alla tutela demolitoria, sia per la lesione di diritti soggettivi, nelle materie di giurisdizione esclusiva. Come evidenziato dalla Corte Costituzionale (sent. 204/2004), la tutela risarcitoria non costituisce una nuova materia ma rappresenta una forma di tutela ulteriore dell'interesse legittimo nella disponibilità del giudice amministrativo, al fine di una piena attuazione del principio di effettività della tutela costituzionalmente garantito.

L'azione di condanna nel quadro delle tutele

L'art. 30 del Codice svolge un ruolo fondamentale nel sistema del codice in quanto, in attuazione dei criteri direttivi della delega contenuta nell'art. 44 co.2 lett. b) n. 3 della l. 18 giugno 2009, n. 69 introduce nel processo strumenti di tutela prima inediti completando l cammino di avvicinamento delle forme di protezione giurisdizionale dell'interesse legittimo a quelle del diritto soggettivo avviato con l'affermarsi della risarcibilità della lesione di tale posizione giuridica soggettiva.

Prima dell'introduzione del codice del processo mancava la previsione di un'azione di condanna ad un *facere* che consentisse al giudice di puntualizzare in un preciso comando il comportamento dovuto dall'amministrazione in esecuzione del giudicato. La struttura impugnatoria del giudizio di cognizione comportava che l'amministrazione rimanesse vincolata solo in relazione ai motivi di ricorso accolti dalla sentenza lasciando per il resto impregiudicata la possibilità di emanare un nuovo atto di contenuto identico a quello annullato per motivi diversi da quelli posti a fondamento della pronuncia. Di conseguenza per la soddisfazione del bene della vita sotteso all'interesse legittimo il ricorrente era costretto ad instaurare un nuovo giudizio, questa volta di ottemperanza, nel quale il g.a. investito di poteri di merito, poteva addentrarsi nella definizione del rapporto tra cittadino ed amministrazione. Proprio l'assenza di una tutela celere ed effettiva, in particolare laddove l'interesse legittimo fosse correlato ad un potere interamente vincolato assumendo nel diritto sostanziale la consistenza di una vera e propria pretesa provvedi mentale suscettibile di essere autonomamente definita senza dover passare per il filtro della critica avverso un atto lesivo, hanno portato parte della dottrina, già nel quadro legislativo anteriore al codice, ad ipotizzare l'ammissibilità di azioni diverse da quella di annullamento, come quella di accertamento autonomo del rapporto o quella di adempimento[130].

Nel presente capitolo ci soffermeremo su quest'ultima, rinviando per l'esame dell'altra al successivo capitolo.

La prima versione del codice predisposta dalla Commissione di esperti.

Il codice accanto alle preesistenti azioni di condanna al risarcimento del danno, per equivalente o in forma specifica, e di condanna al pagamento ad altro titolo di somme di danaro, ha introdotto un'azione di condanna "atipica"

[130] Tra tutti, Greco G.., L'accertamento autonomo del rapporto amministrativo, Milano, 1980; Clarich M. Tipicità delle azioni ed azione di adempimento nel processo amministrativo.

che consente al giudice di adottare tutte le misure idonee a tutelare la posizione giuridica dedotta in giudizio, ricavabile dal combinato disposto degli artt. 30, co. 1, e 34, co. 1, lett. c) del codice.

La prima versione del codice del processo amministrativo predisposto dalla Commissione insediata presso il Consiglio di Stato ed approvato l'8 febbraio 2010, aveva provveduto ad implementare lo spettro delle azioni esperibili innanzi al giudice amministrativo, recependo in pieno la delega del legislatore.

Il testo era strutturato sul modello della pluralità delle azioni al fine primario di assicurare all'interesse legittimo la pienezza della tutela. E tanto in piena coerenza con l'auspicio formulato dal legislatore delegante, il quale aveva espressamente inteso positivizzare *"le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa"* (art. 44, co. 2, n. 4, della L. 69/09).

L'azione di adempimento era invece prevista e disciplinata all'art. 42 del testo predisposto dalla Commissione in base al quale "*il ricorrente può chiedere la condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento richiesto o denegato. Le parti allegano in giudizio tutti gli elementi utili ai fini dell'accertamento della fondatezza della pretesa. L'azione è proposta contestualmente a quella di annullamento o avverso il silenzio entro i termini previsti per tali azioni*". Inoltre, l'art. 47, co. 2 della bozza predisposta dalla Commissione specificava che il giudice poteva pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio non solo in presenza di attività vincolata, ma anche quando non residuassero ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non fossero necessari adempimenti istruttori di competenza dell'amministrazione.

Anche in questo caso il modello di riferimento era la disciplina tedesca il cui § 42 VwGO prevede che attraverso l'azione giudiziaria si possa richiedere la condanna all'emanazione di un atto amministrativo rifiutato od omesso (Verpflichtungsklage)[131] Diversamente dalla Verpflichtungsklage, l'azione di

[131] Caponi, La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione, in www.giustamm.it, 6 ss

adempimento prevista nella proposta originaria di codice non era configurata come azione autonoma, incentrata sulla pretesa del cittadino a ottenere un provvedimento positivo, bensì come azione integrativa rispetto all'azione di annullamento o a quella avverso il silenzio, entro i termini previsti per tali azioni. Si trattava di una tipologia di azione di condanna, ma speciale, in quanto indirizzata al rilascio di un atto amministrativo[132], altrimenti definibile come azione di accertamento di una situazione già in parte esistente e derivante dalla previsione di provvedimenti a presupposto vincolato o semivincolato o legato soltanto all'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati.

L'assetto codicistico attuale e la possibilità di un'azione di condanna atipica

Le disposizioni del Codice in realtà, anche nella versione ridotta approvata, non impediscano del tutto la configurazione di un'azione di condanna all'emanazione di un provvedimento, seppur in mancanza di un'espressa previsione[133]. Il suo fondamento potrebbe infatti rinvenirsi nel comma 1 dell'art. 30, c.p.a., secondo cui "*l'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma*".

---

[132] Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht. Mit Verwaltungsprozessrecht, Munchen, 2007, 516.

[133] A. Carbone, *Azione di adempimento e codice del processo amministrativo*, in *Giust. amm*, n. 3-4/2010, pp. 134 ss.; nonché R. Gisondi, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010; E. Follieri, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2010; M. Clarich, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 1121 ss.. Più in generale, per una disamina delle azioni esperibili dopo l'entrata in vigore del Codice si vedano R. Chieppa, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; F. Patroni Griffi, *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; P. Zerman, *L'effettività della tutela nel Codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; L. Torchia, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; M.A. Sandulli, *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*, in *Foro amm. TAR*, 2010, pp. LXV ss.

La norma in esame presupponga un'azione generica di condanna – sul modello della *allgemeine Leistungsklage*tedesca[134] o del *mandatory order* britannico – che in tanto può essere esperita in quanto sia stata proposta anche una delle altre azioni previste dal Codice.

Questa disposizione andrebbe poi letta congiuntamente a quella dell'art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a., secondo cui, tra le pronunce che il g.a. è legittimato ad adottare nel merito, vi è la condanna dell'Amministrazione "*all'adozione di misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*". Che queste non si limitino alla tutela risarcitoria in forma specifica si evince da una lettura completa della stessa lett. c), per cui il giudice, oltre a condannare appunto "*all'adozione di misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*", può disporre anche "*misure di risarcimento in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 del codice civile*": il legislatore, in altri termini, ha ritenuto di dover differenziare le due ipotesi, tenendo distinte le misure idonee a tutelare in giudizio la situazione giuridica soggettiva da quelle di r.f.s., così presupponendo che le prime non abbiano carattere risarcitorio.

Il combinato disposto degli artt. 30, comma 1, e 34, lett. c), c.p.a. permette dunque di configurare un'*azione generica di condanna dal contenuto atipico*, che abbia lo scopo di assicurare la tutela della situazione giuridica fatta valere in giudizio[135]. Su tali basi può trovare cittadinanza, anche nel nostro processo amministrativo, l'azione di adempimento, in quanto la condanna all'emanazione

[134] Tale azione viene utilizzata nell'ordinamento germanico per qualsiasi condanna ad un *facere* diverso dall'adempimento. Stante la sua natura residuale, nulla osterebbe a che nel nostro ordinamento, questa possa essere utilizzata anche per la condanna all'emanazione del provvedimento richiesto, proprio per la mancanza di un'espressa azione di adempimento. D'altro canto, anche nel sistema tedesco, i limiti tra *allgemeine Leistungsklage* con la *Verpflichtungsklage*, se chiari in teoria, lo sono meno nella pratica, ove tali azioni tendono a volte a sovrapporsi.

[135] M. Lipari, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, cit., p. 29, secondo cui "a stretto rigore, si potrebbe ritenere che l'ampia formulazione dell'art. 34, priva di limitazioni o specificazioni, introduca, addirittura, un vero e proprio *principio di atipicità* delle statuizioni adottabili dal giudice, anche "oltre" lo stesso accoglimento dell'azione di adempimento. Quest'ultima, infatti, potrebbe essere riguardata come una, ancorché tra le più incisive e rilevanti) delle tante e diverse determinazioni satisfattive pronunciabili dal giudice".

del provvedimento richiesto rappresenta – come più volte ripetuto – il rimedio tipico a tutela dell'interesse legittimo pretensivo del ricorrente.

La circostanza, inoltre, che azioni di condanna diverse dal risarcimento non possano essere proposte in via autonoma risulta non in contrasto, ma anzi perfettamente in linea con il sistema dell'adempimento: poiché infatti l'insoddisfazione della posizione di carattere pretensivo del privato deriva o da un diniego espresso ovvero da una mera inerzia della P.A., l'azione in esame dovrà essere proposta congiuntamente con l'azione avverso il silenzio ovvero con quella di annullamento, a seconda dei casi[136].

L'azione di condanna ad un facere specifico

L'azione di condanna atipica è preordinata sia alla protezione dei diritti soggettivi che degli interessi legittimi con l'unico limite che in quest'ultimo caso non può essere proposta autonomamente dall'azione di annullamento. La proposizione in via autonoma, al contrario, è ammissibile nei casi di giurisdizione esclusiva.

Si tratta di un rimedio distinto dal risarcimento del danno in forma specifica, in quanto non mira alla eliminazione materiale del danno attraverso una prestazione diversa e succedanea rispetto a quella originaria, ma tende a dare diretta soddisfazione alla posizione soggettiva lesa dall'atto illegittimo consentendo al giudice di formulare un comando puntuale in ordine al modo in cui l'amministrazione deve comportarsi per restituire o attribuire al ricorrente la specifica utilità che gli doveva essere garantita sul piano sostanziale.

L'azione di condanna pubblicistica non è un'azione di condanna al risarcimento in forma specifica ma è un'azione tesa ad una reintegrazione in forma specifica, non ci vuole danno, ingiustizia o colpa, ma solo lesione

[136] Ciò può trovare una corrispondenza nel modello, già analizzato, presente in Germania, ove la *Verpflichtungsklage* si distingue in due sottocategorie di azioni a seconda dell'adozione o meno di un provvedimento negativo esplicito (rispettivamente, *Weigerungsgegenklage* e *Unätigkeitsklage*)

interesse pretensivo con dimostrazione della spettanza del provvedimento satisfattorio, quindi siamo fuori dall'area del risarcimento del danno[137].

All'interno dell'azione di condanna atipica può ritenersi compresa anche l'azione ad un facere coincidente con l'azione di adempimento inizialmente prevista nella bozza del codice e poi stralciata. Ciò tuttavia non significa che tale azione non sia in astratto configurabile nel nostro ordinamento, quanto piuttosto che in un'ottica di semplificazione e di ricompattamento del testo del codice si è ritenuta superflua la sua previsione espressa, potendo tale azione rientrare tra i contenuti dell'azione di condanna atipica[138].

Il pericolo, paventato da molti, che attraverso tale azione il giudice amministrativo possa travalicare i limiti della giurisdizione di legittimità e sostituirsi all'amministrazione non sussiste nel momento in cui tale azione è limitata alle ipotesi in cui quest'ultima abbia esaurito le proprie valutazioni discrezionali o si tratti di attività vincolata, al pari di quanto avviene nel rito sul silenzio, fermo restando il divieto di pronunciarsi in relazione a poteri amministrativi non ancora esercitati (art. 34, co. 2, c.p.a.).

Altro elemento a suffragio della impostazione appena delineata può ritrovarsi nelle nuove disposizioni concernenti il commissario *ad acta*. Si consideri infatti che l'art. 34, lett. e), prevede la possibilità per il giudice, al fine di assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronuncie non sospese, di nominare un commissario *ad acta* "*anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza*".

---

[137] Al pari secondo alcuni autori di quanto avviene con l'art. 124 c.p.a, dove è previsto che se il giudice non dichiara inefficacia del contratto, dispone il risarcimento del danno per equivalente subito e provato. A ben vedere in tale disposizione, non si parla di ingiustizia del danno, non si parla di domanda, ma si tratta di un meccanismo automatico. Il giudice deve risarcire il danno quando non dichiara inefficacia. La pronuncia che ne deriva pertanto non è una sentenza sulla domanda risarcitoria ma di reintegrazione per equivalente, perchè il giudice decide di non far conseguire il bene in forma reale, quindi reintegra per equivalente.

[138] In tale senso depone anche la relazione di accompagnamento al testo definitivo del codice che giustifica la mancata previsione della azione di adempimento non sualla base della sussistenza di ragioni ostative di carattere pratico o sistematico ma sulla scorta del faatto che le azioni previste dal nuovo testo sarebbero di pèer sé "adeguate e complete" al fine di consentire una tutela piena e satisfattiva alle posizioni soggettive dedotte in giudizio.

Tale norma introduce un'importante innovazione, in quanto consente di anticipare la (eventuale) fase sostitutiva dell'attuazione della sentenza – attraverso la sua forma più comune, vale a dire la nomina di un commissario *ad acta* – senza necessità di esperire il giudizio di ottemperanza.

Vi sarebbe, cioè, un'anticipazione dell'esecuzione, la quale consentirebbe un più veloce accesso da parte del ricorrente alla realizzazione effettiva della sua pretesa, senza possibilità di "rimettere in termini" l'Amministrazion. Ciò non andrebbe, peraltro, a limitare l'ambito di applicabilità dell'ottemperanza, in quanto questa resterebbe comunque imprescindibile laddove sorgano contestazioni sulle concrete modalità di attuazione della pronuncia di merito, o sull'effettivo adempimento da parte dell'autorità amministrativa, ovvero ancora nel caso in cui la P.A. abbia emanato un atto in violazione o elusione del giudicato, che necessita di una dichiarazione di nullità da parte del giudice[139]. In tal senso, l'art. 112, comma 5, c.p.a., ha del resto specificato che il ricorso ai sensi del Libro IV, Titolo I, c.p.a. "*può essere proposto anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza*", così sottolineando il contenuto variegato che il giudizio di ottemperanza assume nell'ambito della procedura esecutiva: nulla vieta, allora, la possibilità di esperire tale giudizio ad esecuzione già iniziata per mezzo del commissario *ad acta* previamente nominato. Possibilità, peraltro, che non dovrebbe ritenersi preclusa nemmeno alla stessa P.A.[140].

Inoltre, è opportuno notare come la norma di cui all'art. 34, lett. e), c.p.a., generalizzi ciò che era già previsto dall'art. 21 *bis* L. n. 1034/71 per il ricorso avverso il silenzio, ora confermato dall'art. 117, comma 3, c.p.a. La possibilità di nomina immediata del commissario *ad acta* diventa così elemento comune

[139] Sul punto A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 372.

[140] Si deve infatti ritenere che in forza del combinato disposto dei commi 1 e 2, lett. a) e b), dell'art. 112 c.p.a. – secondo cui i provvedimenti del g.a. devono essere eseguiti dalla'Amministrazione "*e dalle altri parti*", e l'azione di ottemperanza nei confronti di sentenze amministrative non è limitata all'adempimento dell'obbligo della P.A. a conformarsi al *dictum* giudiziale – anche l'Amministrazione sia legittimata ad esperire il ricorso *ex* art. 112 c.p.a. Sarebbe allora possibile, anche per l'autorità amministrativa, esperire il giudizio di ottemperanza per chiedere chiarimenti sulle modalità di esecuzione di modo da evitare di essere sostituita dal commissario *ad acta* eventualmente nominato in sede di cognizione.

della condanna ad un *facere* conseguente sia al giudizio a fronte dell'inerzia della P.A., sia a quello di annullamento di un atto illegittimo. La sentenza di condanna nel processo amministrativo assumerebbe, allora, un profilo peculiare proprio in ragione di questa sorta di 'clausola di esecuzione anticipata', rappresentata dalla immediata nomina del commissario.

Si è, dunque, in presenza di una novità importante che potrebbe consentire al ricorrente di conseguire la modificazione della realtà materiale in seguito al positivo esercizio dell'azione di annullamento.

La atipicità dell'azione di condanna trova conferma nell'art. 34, comma 1, lett. c) del Codice, che prevede, tra i poteri del giudice, quello di condannare "*all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*".

Tale atipicità apre la porta all'introduzione di una tutela analoga a quella che si voleva introdurre con l'azione di adempimento, che era stata proposta nel testo del Consiglio di Stato e che trova nell'ordinamento processuale tedesco una disciplina legislativa compiuta[141].

Se da un lato il Governo ha espunto l'azione di adempimento, tuttavia ne ha lasciato traccia in altre disposizioni. In primo luogo, nella disciplina dell'azione avverso il silenzio (art. 31, comma 3), dove è stata confermata la (già vigente) possibilità per il g.a., di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in un giudizio avverso il silenzio ed è stato previsto che il giudice possa pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della

[141] Il Par. 42 del *Verwaltungsgerichtsordnung* la annovera tra le azioni ammissibili innanzi al giudice amministrativo accanto all'azione di annullamento e all'azione di accertamento (per il testo tradotto dell'ordinamento processuale amministrativo tedesco, v. G. FALCON-C. FRAENKL (a cura di), *Ordinamento processuale amministrativo tedesco (VwGO)*, Trento, 2000). Il legislatore tedesco ha previsto l'azione di condanna quale azione non costitutiva, ma di prestazione, diretta non all'annullamento di un atto amministrativo, ma all'emanazione di un atto rifiutato o di un atto omesso dalla amministrazione. Cfr., A. MASUCCI, *La legge tedesca sul processo amministrativo*, Milano, 1991; M. CLARICH, *L'azione di adempimento del sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamento giurisprudenziale*, in *DP AMM.*, 1985, 60.

discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

La presenza di un'azione di condanna all'adozione delle misure idonee a tutelare il ricorrente mostra come la formale eliminazione dal codice dell'azione di adempimento ad un *facere* specifico non abbia fatto venire meno la possibilità di sostituzione diretta del giudice all'amministrazione, al di fuori dei tassativi casi di giurisdizione di merito e di quella particolare ipotesi di pronuncia ordinatoria che si ha in materia di accesso ai documenti amministrativi.

L'accertamento della fondatezza della pretesa non è, quindi, limitato all'attività vincolata, ma si estende ai casi in cui non residuano margini di discrezionalità per la p.a..

L'azione di adempimento era, peraltro, una specificazione dell'azione di condanna e la già descritta atipicità dell'azione di condanna consente che il giudice amministrativo possa condannare la p.a. "*all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*" (art. 34, comma 1, lett, b).

È già stato ricordato che il disallineamento formale tra le azioni disciplinate dal Codice e le categorie di pronunce di accoglimento di cui all'art. 34 non può condurre alla riduzione della tipologia delle misure adottabili dal giudice, in quanto non avrebbe senso prevedere poteri decisori del giudice molto estesi, ma non esercitabili per la assenza della facoltà di chiederne l'esercizio.

L'atipicità di tali misure non esclude che tra esse possa rientrare anche la condanna all'adozione di un determinato provvedimento, come domanda aggiuntiva rispetto all'azione di annullamento o avverso il silenzio.

Problemi e limiti relativi all'ammissibilità di un'azione di condanna atipica ed in particolare ad un facere specifico

Per definire i limiti dell'azione di condanna occorre utilizzare ancora una volta il criterio interpretativo dell'effettività della tutela giurisdizionale.

I limiti per tale richiesta di condanna si possono dedurre dall'ordinamento e dallo stesso Codice, traendoli dalla disposizione sul silenzio[142] sopra ricordata (art. 31, comma 3), che non ha fatto altro che codificare un principio già applicato dal g.a. per procedere all'accertamento della pretesa in caso di azione di annullamento. "*Difficilmente si potrebbe spiegare l'ammissibilità di una sorta di azione di adempimento tipica, prevista nel rito del silenzio e la contraria soluzione in caso di diniego espresso, dove la condanna all'adozione di un determinato provvedimento potrebbe invece risultare più agevole per il giudice, potendo questi valutare l'istruttoria svolta dalla p.a.*"[143].

Del resto, è stato osservato come la domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto di cui all'art. 124 costituisca già un'azione di adempimento tipica, che proverebbe l'ammissibilità e la configurabilità di tali pronunce.

L'azione di adempimento è soggetta a due limiti fondamentali.

Un limite sostanziale, rappresentato dalla non utile esperibilità di detto rimedio ove residuino sacche di discrezionalità amministrativa o tecnica o siano necessarie attività istruttorie riservate alla p.a..

Un limite processuale, dato dalla necessità che detta azione di condanna, non esperibile in via autonoma, si accompagni ad altra azione di cui rappresenti il completamento nell'ambito dello stesso processo.

La decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 3/2011

L'ammissibilità di un'azione di condanna atipica in cui può rientrare anche un'azione di adempimento è peraltro confermata dalla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 3/2011, sulla cui valenza "nomofilattica" in seguito all'introduzione dell'art. 99 del cpa.

---

[142] Gisondi R, Le nuove tecniche di tutela, in www.giustizia-amministrativa.it
[143] Chieppa R., op. cit.; Lopilato V., op. cit.; Caringella F., op. cit..

Esaminando la questione del superamento della c.d. pregiudizialità amministrativa, l'Adunanza Plenaria ha riconosciuto la esperibilità, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, dell'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto.

Secondo la Plenaria, ciò è desumibile dal combinato disposto dell'art. 30, comma 1, che fa riferimento all'azione di condanna senza una tipizzazione dei relativi contenuti e dell'art. 34, comma 1, lett. c), ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio.

Ad avviso del Consiglio l'ammissibilità, in via generale, di un'azione di condanna pubblicistica (c.d. azione di esatto adempimento) tesa ad una pronuncia che, per le attività vincolate, costringa la P.A. ad adottare il provvedimento satisfattorio, è ricavabile dall'applicazione dei principi costituzionali e comunitari in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, dall'interpretazione della portata espansiva delle specifiche ipotesi previste dall'art. 31 comma 3 del codice, in materia di silenzio, dall'art. 124 in materia di contratti pubblici, oltre che dall'art. 4 del decreto legislativo n. 198/2009, in materia di azione collettiva di classe, e, soprattutto, dalla dizione ampia dell'art. 30, comma 1 del codice, che non tipizza i contenuti delle pronunce di condanna, e, soprattutto, non limita dette pronunce ai soli casi privatistici del risarcimento del danno e della lesione di diritti soggettivi nelle materie di giurisdizione esclusiva.

Nell'Adunanza Plenaria n. 3 del 23 marzo 2011, già richiamata, ove ha trovato riscontro la costruzione della condanna all'adempimento secondo linee non dissimili da quelle da noi descritte. Tale sentenza infatti, in un lungo *obiter dictum*[144], non soltanto ha chiarito che il rito avverso il silenzio consiste in

[144] Cons. St., ad. plen., n. 3 del 23 marzo 2011, avente ad oggetto il rapporto tra azione risarcitoria e azione di annullamento, si esprime anche in ordine all'azione di adempimento, affermando che "deve, inoltre, rilevarsi che il legislatore, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l'azione di condanna

un'azione di adempimento, ma ha anche espressamente evidenziato come il legislatore – sia pure in maniera non esplicita, ma comunque desumibile dal combinato disposto degli artt. 30, comma 1, c.p.a. e 34, comma 1, lett. c), di cui si è detto – abbia ritenuto esperibile, "*anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica*", l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto.

A seguito di questa presa di posizione della Plenaria – che, si ricordi, in forza dell'art. 99, comma 3, c.p.a. non può più essere disattesa dalle singole Sezioni senza previa rimessione – le perplessità relative alla mancanza di una norma espressa in tal senso e i problemi, sopra evidenziati, di ricavare tale azione in via interpretativa, non sono più sembrati decisivi a quella parte della giurisprudenza che, seppur non del tutto univocamente[145], ha ritenuto

volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto. Ciò è desumibile dal combinato disposto dell'art. 30, comma 1, che fa riferimento all'azione di condanna senza una tipizzazione dei relativi contenuti (sull'atipicità di detta azione si sofferma la relazione governativa di accompagnamento al codice) e dell'art. 34, comma 1, lett. c), ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio. In definitiva, il disegno codicistico, in coerenza con il criterio di delega fissato dall'art. 44, comma 2, lettera b, n. 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69, ha superato la tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo modello impugnatorio, ammettendo l'esperibilità di azioni tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa". Ritiene peraltro N. PAOLANTONIO, *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo*, cit., che la parte in cui "attraverso una disamina delle azioni a sostegno del c.d. interesse pretensivo, l'adunanza plenaria afferma senza mezzi termini – ed a mio avviso giustamente – che il codice del processo amministrativo "ha superato la tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo modello impugnatorio, ammettendo l'esperibilità di azioni tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa" non può qualificarsi come *obiter dictum*: "la sentenza riprende e rafforza il concetto laddove afferma che "viene confermata e potenziata la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo in una con la centralità che il bene della vita assume nella struttura di detta situazione soggettiva".

[145] Così Cons. St., sez. IV, n. del aprile 2011, secondo cui "il fatto che, nell'attuale testo del codice amministrativo, sia stato espunto l'originario art. 40, il quale contemplava l'esperibilità di una specifica "azione di adempimento", con la quale poteva essere chiesta al giudice, contestualmente all'azione di annullamento o avverso il silenzio, la condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento richiesto o denegato, non implica che l'art. 34, comma 1, lett. c) cod. proc. amm. – entrato per contro in vigore e in forza del quale (…) il giudice condanna l'amministrazione soccombente "all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio" – assuma in sua vece la valenza di clausola generale del sistema processuale amministrativo". La pronuncia ha riformato la sentenza emessa in primo grado dal TAR del Lazio che, in merito al diniego di trasferimento di

ammissibile la condanna dell'Amministrazione all'adempimento nel caso in cui fosse stato illegittimamente negato il trasferimento di un funzionario o di un magistrato, ovvero, altrettanto illegittimamente, fosse stato adottato un provvedimento di diniego del permesso a costruire[146].

La portata generale del principio sotteso a tali norme è desumibile dal disposto dell'art. 34 del codice del processo che, nello stabilire il contenuto in via generale delle pronunce adottabili dal G.A., fa riferimento, al comma 1 lett. c), alle misure idonee a soddisfare la situazione giuridica dedotta in giudizio. Detto riferimento contenutisticamente atipico va riempito con la considerazione che con riferimento agli interessi pretensivi la sentenza di condanna all'adozione del provvedimento negato è l'unica idonea a soddisfare effettivamente e sostanzialmente la situazione soggettiva.

Si staglia, netta e limpida, l'idea, figlia dei richiamati principi costituzionali, comunitari e comparati, che la tutela in forma specifica di una posizione schiettamente sostanziale quale l'interesse legittimo, costituisce la tecnica gerarchicamente primaria di protezione.

L'azione di adempimento si distingue dalla domanda risarcitoria, compreso il risarcimento in forma specifica, in quanto non si prefigge l'obiettivo di riparare, per equivalente –e cioè con un surrogato economico- o in natura - e cioè ripristinando lo *status quo* violentato dell'attività illecita- un pregiudizio, ma mira all'attribuzione diretta, senza la mediazione di un successiva riedizione dl potere amministrativo, del bene della vita agognato. Siamo, in definitiva, al cospetto di una tutela reale, o reintegratoria o, ancor meglio satisfattoria, dell'interesse legittimo, caratterizzata, come consustanziale all'azione di esatto adempimento nel campo civilistico, da una perfetta identità tra condotta imposta

un magistrato adottato dal CSM, aveva ritenuto di poter condannare *ex* art 34 c.p.a. a porre in essere l'attività richiesta.

[146] Rispettivamente, TAR Lombardia, Milano, sez. III, n. 1428 dell'8 giugno 2011, con nota di A. Carbone, *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, in *Foro amm. TAR*, 2011, pp. 1499 ss.; TAR Lazio, sez. I, n. 472 del 19 gennaio 2011; TAR Puglia, Bari, sez. III, n. 1807 del 25 novembre 2011. Aderisce in via generale all'orientamento che ammette la configurabilità dell'azione di adempimento Cons. St., ad. plen., n. 15 del 29 luglio 2011, su cui diffusamente *infra*.

dalla legge trasgredita e condotta imposta dalla sentenza di accoglimento della domanda giudiziale.

E' stato osservato[147] che con detta azione il soggetto anticipa dal giudizio di ottemperanza al giudizio di cognizione la condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento favorevole, determinando la consumazione dei poteri discrezionali di cui l'amministrazione possa per avventura disporre nella fase di rinnovazione del provvedimento e di esecuzione del giudicato. Di conseguenza, vale nel giudizio di adempimento la regola secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile: esso è il luogo processuale in cui l'amministrazione ha l'onere di eccepire ogni fatto impeditivo ed estintivo, anche connesso a poteri discrezionali, in mancanza di che non potrà farlo successivamente.

Sia per quanto concerne il ricorso avverso il silenzio, sia per l'annullamento di un atto di diniego, in tanto potrà procedersi alla nomina di un commissario, in quanto il giudice abbia condannato l'Amministrazione, in forza del combinato disposto degli artt. 30, comma 1, e 34, lett. c), c.p.a., all'adozione del provvedimento richiesto.

In conclusione, l'art. 34, lett. e), c.p.a. da un lato conferma la correttezza della tesi volta a configurare un'azione di adempimento fondata su quella generale di condanna, dall'altro conferisce a questa uno strumento di particolare efficacia per assicurarne l'effettività.

Il riconoscimento dell'ammissibilità dell'azione di condanna atipica è stato poi consolidato dalla già citata decisione della Plenaria sulla tutela terzo avverso la d.i.a. (o la s.c.i.a.), con cui è stato affermato che l'azione di annullamento proposta dal terzo può essere ritualmente accompagnata, ai fini del completamento della tutela, dall'esercizio di un'azione di condanna dell'amministrazione all'esercizio del potere inibitorio, alla stregua del combinato disposto dell'art. 30, comma 1 e dell'art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a..

[147] Baccarini S, cit., 1279-1280.

È rilevante sottolineare come la Plenaria abbia fatto espresso riferimento all'azione di adempimento, così definendo l'azione di condanna pubblicistica tesa ad ottenere una pronuncia che imponga all'amministrazione l'adozione del negato provvedimento inibitorio ove non vi siano spazi per la regolarizzazione della d.i.a. ai sensi del comma 3 dell'art. 19 della legge n. 241/1990; pertanto, in materia di d.i.a. (o anche di s.c.i.a.), il terzo è legittimato all'esercizio, a completamento ed integrazione dell'azione di annullamento del silenzio significativo negativo, dell'azione di condanna pubblicistica (c.d. azione di adempimento).

L'azione di adempimento ha, infatti, come implicito presupposto quello di costituire il rimedio che più si attaglia alla posizione del privato che chiede alla P.A. di accordargli un vantaggio, una posizione cioè rivolta verso il positivo svolgimento dell'azione amministrativa, in relazione alla quale lo strumento dell'annullamento può concedere una satisfazione solo parziale. Di fronte ad un diniego, infatti, la venuta meno dello stesso rimuove solo la lesione, ma non è idonea ad assicurare all'interessato il bene della vita a cui aspira, come invece accade laddove la situazione fatta valere sia di carattere oppositivo.

Il necessario rapporto tra questi due termini, interesse pretensivo e struttura del processo amministrativo costituisce quindi la base necessaria su cui ricercare la *ratio* della condanna all'adempimento, sempre tenendo come punto di riferimento la piena tutela della pretesa del ricorrente.

Dubbi sulla configurabilità di un'azione di condanna ad un facere specifico.

Non sono mancate critiche volte ad evidenziare, da un lato, l'inconfigurabilità di tale azione, osservando che l'interesse legittimo, per sua natura, non è a soddisfazione necessaria e, quindi, non potrebbe portare ad una condanna in forma specifica, dovendosi confrontare con l'esercizio di un potere discrezionale, e dall'altro l'inutilità dello stesso laddove si pensi alle

potenzialità della pronuncia di annullamento e della portata dell'effetto conformativo, senza dimenticare la possibilità di agire per l'ottemperanza della sentenza non eseguita.

Parte della dottrina ha dubitato della ammissibilità di una siffatta ricostruzione: si è infatti ritenuto che il fondamento di un istituto tanto complesso quale l'azione di adempimento non potrebbe ricavarsi da alcuni "frammenti di norme", che costituiscono probabilmente il "frutto di un coordinamento impreciso nella fase finale di redazione del testo legislativo". In questo quadro, ciò a cui bisogna dare valore pregnante è la volontà del legislatore, la quale "si ricava in modo chiaro dalla soppressione dell'azione di adempimento"[148].

Un'azione di condanna dal contenuto atipico era prevista anche nella versione originaria del progetto del Codice e non è venuta meno nel teso definitivo[149]. Che questa sia l'interpretazione più corretta si ricava dalla stessa Relazione finale al Codice, ove si legge che "il Codice detta un'articolata disciplina per l'azione di condanna quando (…) debba comunque provvedersi mediante l'adozione di ogni altra misura idonea a tutelare la posizione giuridica soggettiva. Il carattere residuale della condanna atipica ("all'adozione di ogni altra misura idonea a tutelare la posizione giuridica soggettiva") è esplicitato dalla previsione secondo cui deve trattarsi di una misura 'non conseguibile con il tempestivo rimedio delle altre azioni'"[150].

Non sembra allora potersi revocare in dubbio che il legislatore abbia voluto esplicitamente prevedere un'azione residuale di condanna, dal contenuto del

---

[148] A. Travi, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo,* cit., p. 11.

[149] Peraltro si noti che nella versione provvisoria il riferimento fosse ad "*ogni altra misura idonea a tutelare la posizione giuridica*", mentre, nel testo definitivo dell'art. 34 c.p.a. si considerano semplicemente le "*misure idonee a tutelare la posizione giuridica*". Tale modifica, seppure di lieve entità, potrebbe essere interpretata nel senso che, una volta espunta l'azione di adempimento dal testo del Codice, si sia voluto dare una maggior ampiezza alla previsione della condanna ad un *facere* specifico, di modo da potervi ricondurre anche la condanna all'emanazione del provvedimento richiesto.

[150] *Relazione al Codice del processo amministrativo*, p. 23.

tutto generico, purché funzionale alla tutela della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio.

Le dispute registratesi intorno alla condanna all'adempimento non sono di certo terminate in seguito alle pronunce dell'Adunanza Plenaria sopra richiamate, sperando che possano giungere conferme o smentite dal lavoro che la Commissione incaricata di redigere il testo del c.d. Secondo correttivo del Codice sta svolgendo.

Tuttavia, ciò non toglie come, nell'esaminare la portata applicativa delle prime pronunce intervenute sul punto, sia emerso che l'azione di condanna all'adempimento può svolgere la funzione di rimedio tipico per la soddisfazione in forma specifica dell'interesse legittimo pretensivo del ricorrente che richieda l'emanazione di un provvedimento a lui favorevole.

L'azione di condanna atipica va nella direzione dell'effettività ed "*esalta ancor più il carattere soggettivo della tutela offerta dal processo amministrativo*", sottendendo l'idea che la vera funzione del processo amministrativo non sia tanto "*di verificare una realtà sostanziale esterna e definita (il diritto soggettivo*", quanto piuttosto di "*concorrere a creare l'oggetto stesso della verifica (...) fissando la regola del concreto operare dell'amministrazione in relazione all'interesse sostanziale dell'amministrato, stabilendo così il giusto rapporto tra interesse sostanziale e potere amministrativo*"[151].

In altri termini la situazione giuridica soggettiva del ricorrente trova una sua precisa consistenza solo nel corso del giudizio: l'interesse legittimo non ha una fattispecie costitutiva propria, la sua fattispecie è "*la disciplina del corretto esercizio di un potere già esercitato, ricostruita dal giudice alla luce dell'esigenza di tutela concretamente manifestatasi in capo al singolo titolare dell'interesse legittimo*"[152].

[151] Nigro 213-314
[152] Tonoletti, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in www.giustamm.it.

Ammissibilità di un'azione di condanna pubblicistica nell'ottica dell'effettività della tutela e condizioni per la proponibilità di tale azione.

Superata la questione dell'ammissibilità in astratto di tale strumento di tutela nel nostro ordinamento occorre soffermarsi sulle condizioni che ne permettono la sua esperibilità in concreto[153].

Del resto, della configurabilità di tale istituto non sembra più lecito dubitare a seguito delle modifiche apportate dal D. Lgs. n. 195 del 15 novembre 2011, c.d. Correttivo al Codice del processo amministrativo, il quale, pur non introducendo una norma espressa concernente l'azione di adempimento, ha inserito una disposizione che implicitamente – oseremmo dire, quasi surrettiziamente – sembra recepire tale strumento processuale. All'art. 117 c.p.a. è stato infatti aggiunto il comma 6 *ter*, secondo cui "*le disposizioni di cui ai commi 2, 3, 4 e 6*" del medesimo articolo "*si applicano anche ai giudizi di impugnazione*". Poiché, in particolare, il comma 2 prevede che, in caso di accoglimento del ricorso, "*il giudice ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni*", ben potrebbe ritenersi che con l'estensione di siffatta disposizione anche ai giudizi di annullamento si sia voluto dare *un oggetto tipico al contenuto atipico della sentenza di condanna* previsto dall'art. 34, lett. c), c.p.a.

Certo è che anche quest'ultima precisazione legislativa fornisce soltanto un elemento ulteriore all'interprete, ma non deroga esplicitamente alla struttura annullamento/silenzio, come avveniva invece nella versione provvisoria del Codice. E l'impressione è che ancora una volta il legislatore abbia preferito lasciare a giurisprudenza e dottrina il compito di conformare il dato normativo alla

Anche se ricavabile soltanto attraverso uno sforzo interpretativo, tuttavia, non può negarsi che il dato innovativo proposto dal D. Lgs. n. 104/10 sia notevole. Peraltro, quanto fin qui considerato assume rilievo non soltanto per

[153] Secondo le linee già tracciate nel nostro *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, cit., pp. e secondo quanto si approfondirà *infra* paragrafo 3.

quanto concerne l'azione di adempimento, ma, più in generale, permette di abbracciare la concezione di un processo amministrativo fondato sull'effettiva tutela della situazione giuridica dedotta in giudizio in funzione della pretesa richiesta, che, come si ricorderà, è stato il punto di partenza del presente studio [154]. La formula dell'art. 34, lett. c), prevedendo la condanna "*all'adozione di misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*", rende infatti possibile costruire un'azione di condanna atipica di natura residuale in grado di fornire alla posizione giuridica soggettiva una forma di tutela ulteriore e non conseguibile mediante le altre azioni. Ciò, si badi, non solo in relazione agli interessi legittimi pretensivi, ma anche per quelli oppositivi[155].

La configurazione di uno strumento di condanna 'pubblicistica' nel processo amministrativo rende quindi veramente effettiva la tutela del privato per qualsiasi posizione egli possa vantare nei confronti dell'esercizio di un potere amministrativo. E il g.a., non più limitato dagli strumenti processuali a disposizione, è ora in grado di realizzare pienamente il dettato dell'art. 24 Cost., non inteso in una lettura meramente formale, quale "generico principio di uguaglianza e di azionabilità delle situazioni giuridiche, con ampia libertà del legislatore processuale a fronte delle scelte di tutela che si rinvengono nell'ordine sostanziale"[156], ma piuttosto come norma che richiama uno standard massimo di protezione che assicuri al titolare del diritto o dell'interesse legittimo "un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela da cui sia motivato il provvedimento del giudizio"[157].

Ruolo del giudice e precedenti giurisprudenziali

---

[154] Sul giudizio amministrativo come giudizio sulla pretesa si veda *supra* capitolo primo.

[155] Si pensi ai casi in cui all'annullamento del decreto di esproprio debba conseguire la restituzione del bene illegittimamente occupato, ipotesi che, specularmente a quanto era successo per l'azione di adempimento, la giurisprudenza aveva ascritto al rimedio della reintegrazione in forma specifica.

[156] I. Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, p. 67.

[157] I. Pagni, *Tutela specifica*, cit., p. 67.

Anche in questo caso, al pari di quanto evidenziato per l'azione di annullamento, il giudice amministrativo è chiamato ad affinare la tecnica per accertare la fondatezza della pretesa e ad utilizzare meglio e più frequentemente i propri poteri istruttori, ma è innegabile che con tali pronunce si sia fatto un netto passa avanti verso l'effettività della tutela.

In giurisprudenza vi sono già stati riscontri positivi e pronunce in tal senso, che avremo modo di approfondire ed esaminare nei prossimi paragrafi[158].

---

[158] Da ultimo, TAR Lombardia, Milano, 10 aprile 2012, n. 1045, nella quale si richiama il precedente del medesimo Tribunale n. 1428/2011 e si chiariscono quali sono i presupposti dell'azione di adempimento, evidenziando in particolare "*in ordine a quali vincoli conformativi astringano la pubblica amministrazione a seguito dell'annullamento giurisdizionale di due successivi dinieghi sulla medesima istanza pretensiva; nonché se, ed in presenza di quali presupposti, sia possibile condannare la pubblica amministrazione all'adozione dell'atto cui il ricorrente aspira. Sotto il primo profilo, la Sezione, pur partendo dalla considerazione che il nuovo Codice consente ora di esplicitare "a priori", ovvero nel dispositivo della sentenza, gli effetti conformativi e ripristinatori da cui discende la regola del rapporto, e non più "a posteriori", in sede di scrutinio della condotta tenuta dall'amministrazione dopo la sentenza di annullamento con la possibilità di concentrare in un solo episodio giurisdizionale tutta quella attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza (le misure attuative, talvolta, saranno limitate alla sola definizione dei modi di riesercizio del potere; altre volte, invece, quando l'accoglimento della questione di legittimità non lasci residuare margine alcuno per soluzioni alternative, potranno spingersi a statuire in via satisfattiva sulla spettanza del provvedimento richiesto; all'occorrenza, con la nomina del commissario, le misure potranno anche essere esecutive e sostitutive), ha specificato che il disegno normativo non consente certo di ritenere che all'accoglimento del ricorso possa sempre e comunque conseguire la fissazione della regola del caso concreto; ciò sarà consentito solo in presenza di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità. Il principio, stabilito dall'art. 31, comma 3, deve ritenersi di ordine generale dal momento che l'interesse pretensivo, sia che l'amministrazione rimanga inerte sia che emani un provvedimento espresso di diniego, ha la stessa consistenza e lo stesso bisogno di tutela. Mentre nei casi anzidetti la pronuncia potrà estendersi a tutti gli aspetti del potere determinandone i successivi svolgimenti, ove per contro, nonostante l'operatività degli istituti di concentrazione, permanga un nucleo di valutazioni discrezionali riservate, il giudice, anche nel nuovo assetto, rimane di certo non autorizzato a spostare dal procedimento al processo la sua definizione. E' ben possibile, però, che anche una attività "in limine litis" connotata da discrezionalità possa, a seguito della progressiva concentrazione in giudizio delle questioni rilevanti (ad esempio, mediante il combinato operare di ordinanza propulsiva e motivi aggiunti), risultare, all'esito dello scrutinio del Giudice, oramai "segnata" nel suo sviluppo. Anche il caso che ci occupa in concreto ne offre un cospicuo esempio. Se pure non può dirsi attualmente condivisa dalla comunità giuridica l'opinione secondo cui l'amministrazione esaurirebbe con il primo provvedimento di rigetto la propria discrezionalità (è la tesi autorevolmente proposta da quanti interpretano il preavviso di rigetto ex art. 10 bis l. 241/90 come norma obbligante l'amministrazione ad indicare, in sede di preavviso di rigetto e con il finale diniego, tutti i motivi ostativi), essendo dai più riconosciuta (anche dopo un primo annullamento) la possibilità di emettere un nuovo atto di diniego per motivi diversi da quelli indicati, tuttavia, deve ritenersi vincolata l'attività amministrativa successiva al secondo annullamento sulla medesima istanza pretensiva. Quest'ultimo assunto si riallaccia a quell'orientamento pragmatico e ragionevole della giurisprudenza amministrativa secondo il*

La decisione di primo grado più importante in ordine alla ammissibilità di una azione di esatto adempimento è sicuramente quella del Tar Lombardia, sez. III, con sentenza dell'8 giugno 2011, n.1428[159].

I giudici hanno dato atto dell'evoluzione dell'ordinamento processuale amministrativo "*che si è progressivamente affrancato dal paradigma del mero accertamento giuridico di validità dell'atto*".

Questi i passaggi fondamentali dell'iter logico del Collegio.

La combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti avverso l'atto di riesercizio del potere possono consentire di focalizzare l'accertamento, per successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere.

Il giudice può spingersi "oltre" la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento, nella convinzione che quella degli apprezzamenti tecnici non sia un'area istituzionalmente "riservata" alla pubblica amministrazione.

---

quale, in tali casi, il punto di equilibrio fra gli opposti interessi va determinato imponendo all'amministrazione (dopo un giudicato da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo) di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati (cfr. Cons. Stato, V, 134/99; Cons. Stato, VI, 7858/04). Le argomentazioni sopra ampiamente svolte sull'evoluzione del processo consentono di applicare il medesimo principio anche nella consimile ipotesi in cui l'amministrazione venga reinvestita della questione a seguito di "remand" (tecnica cautelare che si caratterizza proprio per rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto gravato, restituendo quindi all'amministrazione l'intero potere decisionale iniziale).".

TAR Veneto, sez II, 14 febbraio 2012, n. 234, in cui i giudici concludono per l'insussistenza dei presupposti per la pronuncia di una condanna ad un facere specifico, ritenendo che residuino ancora margini di discrezionalità in capo all'amministrazione.

TAR Puglia, Bari, Sez. III, 25 novembre 2011, n. 1807, secondo cui "*in seguito dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, approvato con D.Lgs. 2 luglio 2010 n. 104, deve ritenersi possibile per il Giudice Amministrativo, anche in sede di giurisdizione generale di legittimità, la emanazione di pronunce di condanna (adempimento), allorché non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa o tecnica. In tal senso, invero, nonostante l'apparente silenzio del Codice al riguardo, gli artt. 30, comma primo, e 34 lett. c) c.p.a., consentono al Giudice Amministrativo, nei limiti della domanda, di emanare sentenze di condanna all'adozione di misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e disporre misure di risarcimento in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 c.c. Tale norma, la quale si pone in stretta correlazione con il generale principio di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale amministrativa, sancisce, dunque, l'ingresso nell'ordinamento processuale dell'azione tipica di adempimento (cd. condanna pubblicistica) nell'ottica della soddisfazione completa della posizione sostanziale di interesse legittimo di cui si chiede tutela, pur nel limite della necessaria contestualità con l'azione di annullamento, nonché dell'assenza di profili di discrezionalità amministrativa o tecnica.*".

[159] In *Giornale di diritto amministrativo,* n. 11/2011, 1187, con commento di L. TORCHIA, *Condanna e adempimento nel nuovo processo amministrativo.*

Le nuove tecniche di sindacato, punto di emersione della "amministrazione di risultato" e della acquisita centralità che il bene della vita assume nella struttura dell'interesse legittimo, hanno indotto il giudice ad un vaglio di ragionevolezza più penetrante rispetto al mero riscontro di illogicità formale, in cui la qualificazione di invalidità dipende, più che dalla difformità rispetto ad un parametro normativo, dalla devianza rispetto all'obiettivo il cui solo perseguimento legittima il potere della Autorità.

L'iscrizione tra i valori giuridici ordinanti del principio di concentrazione e di ragionevole durata (art. 111 cost.) osta a che una controversia sulla medesima pretesa sostanziale possa essere frazionata in più giudizi di merito in spregio al diritto di difesa ed alle esigenze di efficiente impiego delle risorse della giustizia.

Da ultimo, l'approvazione del Codice del Processo Amministrativo ha avuto "*il merito di avere abbandonato definitivamente ogni residuo della concezione oggettiva del giudizio amministrativo di annullamento come strumento di controllo dell'azione amministrativa, e di aver consolidato lo spostamento dell'oggetto del giudizio amministrativo dall'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, al rapporto regolato dal medesimo, al fine di scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata, sempre che non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione*".

Secondo il Tar, "*la nuova "visione" del processo sta, soprattutto, nell'aver radicato tra le attribuzioni del giudice della cognizione il potere, una volta spendibile solo nella successiva sede dell'ottemperanza, di disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, ivi compresa la nomina di un commissario ad acta (art. 34 comma 1 lettera e). La previsione, con tutta evidenza, consente di esplicitare "a priori", ovvero nel dispositivo della sentenza, gli effetti conformativi e ripristinatori da cui discende la regola del rapporto, e non più "a posteriori", in sede di scrutinio*

della condotta tenuta dall'amministrazione dopo la sentenza di annullamento".[160]

Limite di carattere processuale. Contestuale proposizione dell'azione di condanna ad altra azione di cognizione.

Come sopra evidenziato, l'art. 30, comma 1 stabilisce che, salvi i casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (segnatamente, con riferimento alle azioni di condanna a tutela di diritti soggettivi) ed i casi di cui al medesimo articolo (relativi proprio alle domande di risarcimento del danno ingiusto di cui ai successivi commi 2 e seguenti), la domanda di condanna può essere proposta solo contestualmente ad altra azione in guisa da dar luogo ad un *simultaneus processus* che obbedisce ai principi di concentrazione processuale ed economia dei mezzi giuridici. Ne deriva che la domanda tesa ad una pronuncia che imponga l'adozione del provvedimento satisfattorio non è ammissibile se non accompagnata dalla rituale e contestuale proposizione della domanda di annullamento del provvedimento negativo (o del rimedio avverso l'atto nullo ex art. 31, comma 4).

In definitiva, al fine di evitare l'elusione del termine decadenziale che permea il rimedio costitutivo, la legge impone che il soggetto che abbia subito un provvedimento illegittimo di diniego impugni tempestivamente detto diniego per essere legittimato a proporre, nello stesso processo, la domanda di condanna all'adozione dell'atto satisfattorio.

[160] A sostegno dell' ammissibilità di un'azione di esatto adempimento il Tar ha richiamato, infine, il contesto sistematico dei principi (di ascendenza costituzionale e comunitaria) in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale (richiamati dall'art. 1 c.p.a.) e i dati testuali offerti dal Codice stesso. Infine, "le conclusioni cui si è giunti sulla portata generale dell'art. 34 c.p.a. consentono di assegnare alle azioni di adempimento tipiche il ruolo non di disposizioni eccezionali ma di esemplificazioni di un'azione ammessa in via generale. In particolare, ci si riferisce: all'art. 124 che menziona espressamente la domanda di conseguire l'aggiudicazione, il cui accoglimento è però condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto, nei casi in cui questa sia consentita; al potere del giudice di ordinare l'esibizione dei documenti richiesti (art. 116, comma 4); al d.lgs. 198/2009, sulla cosiddetta "*class action*" contro la pubblica amministrazione, che prevede il potere del giudice di ordinare all'amministrazione soccombente di porre rimedio alla violazione accertata (art. 4).

Peraltro, è stato osservato come proprio la necessaria connessione della domanda di condanna pubblicistica a quella principale di annullamento (o di nullità) spiega perchè detta azione di condanna non conosca un suo termine decadenziale, visto che mutua il termine che governa la domanda principale rispetto alla quale si pone in chiave complementare ed integrativa[161].

L'art. 30, co. 1, del Codice prevede che "*l'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma*".

Non si tratta, pertanto, di una azione residuale per ottenere misure non conseguibili con il tempestivo esercizio delle altre azioni, ma di una azione complementare alle altre azioni[162].

Tale condanna richiede gli elementi della fattispecie illecita come descritta dall'art. 2043 o prescinde da essi trattandosi di azione che solo in senso atecnico è definibile come di condanna[163].

Invece se l'azione di condanna dovesse intendersi come succedaneo alla soppressa azione di adempimento dovrebbero valere per essa gli stessi limiti che la commissione speciale presso il consiglio di Stato aveva introdotto per l'azione di adempimento a un facere specifico: esperibilità dell'azione nei confronti dei soli atti vincolati, e l'esperibilità unitamente ad altra azione.

I tratti peculiari di tale azione si possono ricavare anche dall'art. 41, co. 2, secondo alinea, dove si dispone che il ricorso per l'azione di condanna debba essere notificata "*agli eventuali beneficiari dell'atto illegittimo*", ammettendosi così che la condanna possa avere per oggetto la rimozione di un provvedimento amministrativo illegittimo[164].

---

[161] Caringella F., *Il sistema delle tutele dell'interesse legittimo alla luce del codice e del decreto correttivo*, in Urbanistica e appalti, 2012, 1

[162] L'azione di adempimento nella bozza del codice aveva carattere residuale "non doveva essere conseguibile con il tempestivo esercizio delle altre azioni" (art. 41, co. 1 prima bozza).

[163] Se l'azione in questione poi costituisce una specie del genere azione di condanna a essa si dovrà applicare la clausola di salvezza per il debitore della eccessiva onerosità prevista dall'art. 2058 c.c. contemperando così la soddisfazione comunque perseguibile in via risarcitoria dell'interesse privato con la tutela dell'interesse pubblico.

[164] Ramajoli M., *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in Caranta R. (diretto da), Il nuovo processo amministrativo, Zanichelli, 573 ss.

Se la disposizione facesse riferimento all'azione risarcitoria, che riguarda unicamente un rapporto obbligatorio tra ricorrente e amministrazione, non avrebbe senso parlare di litisconsorzio necessario. Questo invece si configura nei casi in cui la posizione del beneficiario possa essere toccata dalla misura richiesta dal ricorrente, come laddove sia chiesta una tutela specifica, quale l'annullamento dell'atto oppure, appunto, l'adempimento[165].

L'analisi compiuta nei paragrafi precedenti ha dimostrato come, attraverso un'azione generale di condanna dal contenuto atipico (artt. 30, comma 1, e 34, lett. c), c.p.a.), sia possibile configurare l'azione di adempimento nel nostro processo amministrativo.

Si è però sottolineato che requisito imprescindibile per la sua esperibilità, ai sensi dello stesso art. 30, comma 1, è la contestuale proposizione di altra azione. Tale schema si ritrovava, del resto, anche nell'art. 42, comma 2, del testo provvisorio del Codice, secondo cui l'azione di adempimento sarebbe stata proponibile "*contestualmente a quella di annullamento o avverso il silenzio entro i termini previsti per tali azioni*".

L'azione di adempimento si configura, pertanto, come formata da una prima fase volta ad accertare l'illegittimità del diniego o dell'inerzia ed una seconda relativa invece alla fondatezza della spettanza del provvedimento richiesto (azione di condanna in senso stretto).

In altri termini, rispetto al corrispondente istituto previsto nell'ordinamento tedesco, l'azione *ex* art. 30, comma 1, c.p.a. non ha struttura unitaria, e le due azioni (presupposta e di condanna) rimangono distinte, ancorché connesse[166]. Tuttavia, è proprio nel collegamento tra le stesse che si forma la domanda

---

[165] In tal senso lo stesso A. Travi, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, cit., p. 10, pur non condividendo, come visto, l'impostazione generale sull'ammissibilità dell'azione di adempimento. Secondo M. Clarich, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, cit., p. 1231, costituisce "un'anomalia la previsione secondo la quale il ricorso con il quale si propone l'azione di condanna, anche in via autonoma, deve essere notificato anche agli eventuali beneficiari dell'atto illegittimo (art. 41, comma 2), quasi che la condanna al risarcimento del danno possa incidere nella sfera giuridica di soggetti diversi dalla pubblica amministrazione".

[166] Ciò, come si vedrà, rileverà al fine di stabilire i requisiti di ammissibilità della domanda: cfr. *infra* paragrafo 2.4.

giudiziale: la richiesta di annullamento o di accertamento dell'inerzia, infatti, si perde per andare a costituire *un'unica pretesa "complessa"*, che costituisce l'oggetto del giudizio.

L'azione *generale* di adempimento è perciò azione di condanna, necessariamente connessa ad un'azione di annullamento o ad un ricorso avverso il silenzio. In considerazione di tale peculiarità, è allora necessario risolvere alcune problematiche di ordine processuale relative al rapporto tra la condanna all'emanazione del provvedimento favorevole e l'azione presupposta.

In primo luogo una constatazione comune ad entrambe le ipotesi: l'art. 30, comma 1, c.p.a., dispone non soltanto la pregiudizialità di altra azione rispetto a quella atipica di condanna, ma anche la loro necessaria contestualità. Questa statuizione, che implicitamente conferma la struttura complessa dell'azione di adempimento, comporta una serie di conseguenze. La prima è che il termine per far valere l'azione di adempimento è necessariamente quello previsto per l'annullamento (sessanta giorni) o per il ricorso avverso il silenzio (un anno), a seconda dei casi[167], salvo tuttavia non si sia in presenza di giurisdizione esclusiva, perché allora, secondo quanto disposto dallo stesso art. 30, l'azione è autonoma e nessun termine decadenziale deve considerarsi applicabile.

Inoltre, la contestualità, rispetto alla mera pregiudizialità, impone che la domanda *ex* art. 30, comma 1, c.p.a., debba essere contenuta già nel ricorso introduttivo, insieme alla richiesta di annullamento o di accertamento *ex* art. 31, comma 1, c.p.a.. Una volta concluso il giudizio di legittimità, sarebbe inutile proporre una domanda di adempimento, potendo la parte ricorrere al giudizio di ottemperanza.

L'azione presupposta non necessariamente deve consistere in una domanda di annullamento o di un ricorso *ex* art. 117 c.p.a.: l'art. 30, comma 1, c.p.a.,

[167] Il che peraltro trova una certa corrispondenza con il prevalente orientamento precedente all'entrata in vigore del Codice, secondo cui laddove fosse richiesta le reintegrazione in forma specifica (da intendersi come condanna all'adempimento), sarebbe stata comunque necessaria la previa impugnazione dell'atto, a prescindere dall'adesione o meno alla tesi della pregiudizialità. Sul punto si veda F.F. Tuccari, *Annullamento dell'atto e processo amministrativo risarcitorio*, cit., pp. 235 ss.

infatti, a differenza dell'art. 42, comma 2, del testo provvisorio approvato dalla Commissione, non specifica quale debba essere l'azione da proporre contestualmente a quella di adempimento. Questa maggiore elasticità consente di andare oltre il binomio silenzio/annullamento per costruire un'azione di adempimento che abbia a fondamento anche una domanda volta a far valere la nullità dell'atto di diniego. Anche in questo caso, a ben vedere, l'esigenza di tutela dell'interesse legittimo pretensivo del ricorrente non è dissimile dall'ipotesi in cui il provvedimento negativo sia meramente annullabile, cambiando solo la gravità della forma di invalidità (e il termine per proporre l'azione, di centottanta giorni secondo l'art. 31, comma 4, c.p.a.).

Di regola l'azione di condanna atipica ad un facere specifico avrà come azione presupposta un'azione di annullamento.

In merito, si deve ricordare quanto in precedenza considerato in ordine al processo amministrativo come giudizio sulla spettanza. La dottrina che ha proposto una siffatta ricostruzione, infatti, ha preso le mosse da una concezione di interesse legittimo pienamente rispettosa dei canoni costituzionali, vale a dire quale interesse al bene della vita e, in particolare per l'interesse legittimo pretensivo, quale interesse alla spettanza del provvedimento richiesto.

La struttura 'complessa' della domanda di adempimento costituisce, in definitiva, l'elemento determinante per concludere che l'interesse legittimo pretensivo ben possa essere soddisfatto (seppur parzialmente) anche attraverso una nuova possibilità di ottenere il provvedimento dalla P.A., e quindi con il mero annullamento del diniego[168].

Vi è peraltro un ulteriore argomento a sostegno di tale impostazione. Si consideri infatti che laddove il legislatore è voluto intervenire per limitare l'esperibilità dell'azione di annullamento in ragione dell'infondatezza della pretesa sostanziale, l'ha fatto espressamente, come nel caso dell'art. 21 *octies*, secondo comma. Secondo l'impostazione che ravvisa in questa norma non tanto

[168] Che la soddisfazione dell'interesse si possa ricavarsi anche da una nuova possibilità di ottenere il bene della vita si ricava implicitamente da G. FALCON, *op. ult. cit.*, p. 319.

la degradazione di vizi di illegittimità nella mera irregolarità[169], quanto piuttosto un limite processuale alla domanda di annullamento[170], il ricorrente nelle ipotesi descritte dal dettato della disposizione sarebbe infatti carente di interesse ad impugnare, sulla base della constatazione che comunque il contenuto sostanziale dell'atto non avrebbe potuto essere diverso. Se ne deduce, *a contrario*, che ulteriori limitazioni all'annullamento dell'atto sulla base della *spettanza o meno* del provvedimento richiesto non sarebbero ammissibili, in quanto non supportate da elementi idonei a configurare un'insussistenza dell'interesse a ricorrere.

Se non sussistono dubbi in merito alla proponibilità di un'azione di condanna atipica unitamente ad un'azione di annullamento, dubbi sorgono invece laddove l'azione presupposta sia quella avverso il silenzio[171].

Il problema deriva dalla circostanza che il ricorso *ex* art. 31, comma 1, c.p.a., è soggetto al rito speciale di cui al successivo art. 117 c.p.a., per cui occorre valutare se una domanda di adempimento connessa a quella avverso il silenzio comporti una conversione del rito previsto per quest'ultima. In merito sono possibili diverse opzioni interpretative: potrebbe infatti ritenersi che il rito rimanga immutato; ovvero che si converta in quello ordinario; ovvero ancora accedere alla diversa impostazione secondo cui la conversione sarebbe rimessa alla discrezionalità del giudice.

Sul punto bisogna tenere presente in primo luogo quanto previsto dall'art. 32 c.p.a., secondo cui, salva l'ipotesi del rito speciale in materia di contratti pubblici, "*se le azioni sono soggette a riti diversi, si applica quello ordinario*". Sebbene tale norma non sembri lasciare spazio a dubbi su quale sia il rito applicabile, appare possibile, ad avviso di chi scrive, tentare una diversa ricostruzione.

---

[169] Cons. St., sez. V, n. 1307 del 19 marzo 2007. Per l'analisi delle diverse tesi sulla natura della norma di cui all'art. 21 *octies* si rimanda a C. Volpe, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, pp. 319 ss..

[170] Cons. St., sez. VI, n. 4614 del 4 settembre 2007; Cons. St., sez. VI, n. 2763 del 16 maggio 2006.

[171] Perplessità che la dottrina rilevava già riguardo al teso provvisorio del Codice: in questo senso D. De Pretis, *Intervento al seminari di studio S.P.I.S.A.*, cit., pp. 3-4.

Vi è infatti un dato positivo che non appare del tutto compatibile con la conversione automatica del rito: l'art. 30, comma 3, c.p.a., infatti, fa espressamente riferimento alla possibilità per il g.a. di pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza. La componente di adempimento è quindi già prevista, seppur come eventuale, all'interno della stessa disciplina dell'azione avverso il silenzio. La norma però non contempla alcuna conversione del rito per il caso in questione. Se ne dovrebbe dedurre l'applicabilità in ogni caso del rito *ex* art. 117 c.p.a.[172]

Potrebbe allora ritenersi opportuno ricercare una soluzione intermedia, attraverso la valorizzazione delle ulteriori statuizioni dell'art. 117 c.p.a. In particolare, all'ultimo comma, tale norma prevede, per il caso di domanda risarcitoria proposta contestualmente all'azione avverso il silenzio, la possibilità per il giudice di definire quest'ultima con il rito camerale e di fissare l'udienza pubblica per la trattazione della prima. Si lascia cioè al g.a. il potere di valutare se l'istanza risarcitoria possa essere immediatamente decisa, ovvero se sia opportuna una più approfondita disamina dei profili controversi, da svolgersi mediante il rito ordinario. Tale esigenze si ritrovano, a ben vedere, anche nell'accertamento della fondatezza dell'istanza e nella conseguente condanna all'emanazione del provvedimento richiesto. Si potrebbe proporre, pur con tutte le cautele derivanti dalla mancanza di giurisprudenza sul punto, un'applicazione analogica del meccanismo di cui all'art. 117, ultimo comma, c.p.a., sulla base della identità di *ratio*.

In questo modo, l'azione avverso il silenzio di cui all'art. 31 c.p.a. costituirebbe azione di adempimento per l'ipotesi di inerzia della P.A. solo laddove la fondatezza o meno della pretesa sostanziale del ricorrente possa essere decisa in sede di rito semplificato, mentre, nelle altre ipotesi, l'azione *ex*

[172] Ad ulteriore fondamento di tale impostazione, si potrebbe notare come nel testo provvisorio del Codice approvato dalla Commissione, l'art. 128 (corrispondente all'art. 117 c.p.a.), stabiliva, al comma 5, che "quando è chiesto, ai sensi dell'art. 42 [azione di adempimento], l'accertamento della fondatezza della pretesa, il giudice può disporre, su istanza di parte, la conversione del rito camerale in ordinario. In tal caso fissa l'udienza pubblica per la discussione del ricorso". La mancata riproduzione di siffatta previsione confermerebbe l'opzione interpretativa da ultimo proposta.

art. 31 c.p.a. dovrebbe accompagnarsi ad una domanda di condanna ai sensi dell'art. 30, comma 1, c.p.a., che il g.a. dovrà esaminare dopo aver convertito il rito in quello ordinario. Peraltro, il testo provvisorio del Codice approvato dalla Commissione, il cui art. 128, come detto, rimetteva alla discrezionalità del g.a. la scelta sulla conversione o meno del rito camerale in ordinario laddove fosse chiesto l'accertamento non soltanto dell'inadempimento, ma anche della fondatezza dell'istanza.

Seguendo questa impostazione, verrebbero meno, ad avviso di chi scrive, le principali problematiche che hanno impedito al ricorso avverso il silenzio, anche dopo la riforma del 2005, di assurgere a vera e propria azione di adempimento, svalutandone l'effettiva portata a causa di un rito inadatto ad un penetrante sindacato sulla fondatezza della pretesa[173]. Portata che invece, come si vedrà, sarà possibile apprezzare pienamente attraverso la valorizzazione dell'attività istruttoria nel giudizio di adempimento[174].

Possibilità di un'azione di adempimento autonoma nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva.

La necessità della contestuale proposizione dell'azione di adempimento unitamente ad altra azione di cognizione è, invece, derogata nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva del g.a.: in conformità con la previsione di cui all'art. 30, comma 1, c.p.a., infatti, l'azione di adempimento in tali casi può infatti considerarsi esperibile a prescindere dalla contestuale impugnazione del provvedimento di diniego o della proposizione del ricorso avverso il silenzio.

La portata della deroga appare di tutto rilievo. L'ampiezza della giurisdizione esclusiva – come ora delineata dalla sistematica prevista dall'art. 133 c.p.a. –

[173] Si tenga presente quanto costantemente affermato dalla giurisprudenza: *ex multis* Cons. St., sez. V, n. 3487 del 3 giugno 2010, secondo cui "il giudizio sul silenzio ha pur sempre carattere semplificato, sicché, ove siano necessari complessi accertamenti istruttori, il Giudice non può che limitarsi a verificare l'esistenza di un obbligo di provvedere e a dare impulso ai successivi adempimenti di competenza dell'Amministrazione".

[174] Cfr. *infra* paragrafo 4.

potrebbe quasi far ritenere che l'azione autonoma costituisca la regola e quella complessa l'eccezione.

Tuttavia non può tacersi come la generalità dell'art. 30 c.p.a. ponga alcuni dubbi interpretativi che necessariamente si riversano sulla concreta applicabilità dell'istituto. In disparte infatti l'inopportunità di una differenziazione dei mezzi di tutela che si basi su un'asettica distinzione tra giurisdizione esclusiva e giurisdizione di legittimità, i cui caratteri tendono a sfumare nel nuovo assetto della giustizia amministrativa delineatosi con l'adozione del Codice, rimane da chiarire, nel silenzio della norma sul punto, se in presenza di giurisdizione esclusiva l'azione di adempimento possa considerarsi in ogni caso autonoma, ovvero se ciò consegua all'atteggiarsi della situazione del ricorrente quale diritto soggettivo.

Una differenziazione delle modalità di esperibilità dell'azione in presenza di analoghe situazioni giuridiche troverebbe difficile giustificazione nella circostanza che per alcune, e non per altre, il legislatore abbia previsto la giurisdizione esclusiva, la quale, di per sé, è idonea a conferire al g.a. la cognizione sui diritti connessi.

Tuttavia, il problema è di poca rilevanza, atteso che anche nei casi di giurisdizione esclusiva, laddove sia emanato un provvedimento, la proposizione di un'azione di adempimento, sebbene possa essere autonoma, sarà necessariamente e logicamente accompagnata da un'azione di annullamento. Non può infatti revocarsi in dubbio che ammettere un mezzo di tutela in forma specifica senza subordinarlo alla previa eliminazione dell'atto negativo comporterebbe, oltre ad un serio rischio di elusione dei termini impugnatori, conseguenze inaccettabili sulla certezza dei rapporti giuridici, in ragione della possibile contemporanea sussistenza di due provvedimenti dal dispositivo incompatibile.

Per quanto concerne, invece, la mancanza di un provvedimento espresso, delle due l'una: o l'istanza non è stata ancora presentata, ma allora, come si è detto, il potere non può considerarsi ancora esercitato e, pertanto, ai sensi

dell'art. 34, comma 2, c.p.a., nessun ricorso è proponibile; ovvero è decorso infruttuosamente il termine stabilito in capo alla P.A. per provvedere, e in tal caso il contestuale esperimento dell'azione avverso il silenzio è questione solo formale.

In ragione di queste considerazioni, si potrebbe ritenere che l'elemento che giustifica l'autonomia dell'azione di adempimento vada ricercato nella situazione giuridica fatta valere, che, se di diritto soggettivo, sarebbe idonea ad improntare l'azione di adempimento su canoni diversi da quelli ordinari. Tale impostazione sarebbe suffragata dall'orientamento tradizionale in materia di azioni esperibili nell'ambito della giurisdizione esclusiva, per cui l'esplicazione di maggiori strumenti di tutela rispetto alla giurisdizione di legittimità (ad es., l'azione di accertamento) sarebbe ammissibile non tanto in ragione del tipo di giurisdizione, quanto per la presenza di diritti soggettivi[175].

[175] Si veda, soprattutto in merito all'azione di accertamento, F. MANGANO, *L'azione di accertamento nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: analisi della giurisprudenza*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, a cura di U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, Rimini, 1987, pp. 602-603, secondo cui "anche nell'ambito della giurisdizione esclusiva, dove l'attribuzione di competenze per materie tassativamente indicate prescinde dalla considerazione delle situazioni giuridiche dedotte, assume rilievo la distinzione tra diritti soggettivi e interessi, perché da essa discende il diverso tipo di tutela processuale che può accordare il giudice amministrativo". Anche S. MURGIA, *Crisi del processo amministrativo e azione di accertamento*, cit., pp. 270-271, afferma che "dalla lettura della giurisprudenza in materia, risulta evidente che l'azione di accertamento viene introdotta nel giudizio amministrativo in stretta e puntuale connessione con la esigenza di tutela del diritto soggettivo di fronte al giudice amministrativo. (…) Il percorso logico che il g.a. compie ai fini dell'esame di ammissibilità dell'azione di accertamento prende le mosse immancabilmente dalla verifica sulla *natura* della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, e porta il g.a. a negare sistematicamente l'esperibilità del mezzo di tutela ogniqualvolta si trovi di fronte ad una controversia che coinvolga posizioni definite di interesse legittimo". Analogamente, A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione*, cit., II, pp. 146 ss.. In giurisprudenza si vedano Cons. St., ad. plen., n. 17 del 26 ottobre 1953, in *Cons. St.*, 1953, I, p. 865; Cons. St., sez. VI, n. 261 del 15 maggio 1984, in *Giur. it.*, 1985, III, 1, p. 102; Cons. St., sez. V, n. 1343 dell'11 ottobre 1999, in *Urb. app.*, 1999, p. 1348. Critico verso questo orientamento era R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990, p. 301, il quale rileva che "se la distinzione delle posizioni soggettive è difficile, pressoché impossibile, ai fini del riparto, non può che esserlo altrettanto anche ai fini della determinazione dei poteri del giudice, e se, istituendo la giurisdizione esclusiva i problemi di distinzione si vollero evitare, i poteri del giudice, e tutti i caratteri del giudizio in materia di competenza esclusiva, non potranno che essere sempre gli stessi", indi per cui il potere "di pronunciare sentenze di mero accertamento, di cui dispone nell'ambito della giurisdizione esclusiva il giudice amministrativo siano utilizzabili in tutte le fattispecie, quelle in cui tale giudice conosce o pare conoscere di diritti soggettivi e quelle nelle quali pare conoscere di diritti soggettivi"; in realtà lo stesso A. è poi costretto a riconoscere che tale orientamento "è in contrasto con decenni di pratica

Tuttavia appare difficile immaginare una fattispecie in cui a fondamento di una pretesa del privato all'emanazione di un provvedimento via sia un diritto soggettivo e sussista la giurisdizione, ancorché esclusiva, del g.a. L'interesse pretensivo, volto all'ottenimento dell'atto favorevole, di per sé, è sempre stato caratterizzato per non avere alla base alcun diritto soggettivo. Se può esservi un'azione di condanna autonoma anche in presenza di diritti soggettivi, questa avrà allora presumibilmente ad oggetto un *facere* diverso dall'emanazione del provvedimento.

Si dovrebbe in sostanza ammettere, aderendo a questa seconda tesi, che l'azione generica di condanna esperibile in via autonoma faccia riferimento unicamente ad un'attività materiale che non si sostanzi in un diretto esercizio del potere e quindi nell'adozione di un provvedimento amministrativo: l'autonomia dell'azione, in altri termini, riguarderebbe soltanto la condanna diversa dall'adempimento.

Pertanto, sembrano molto ristretti gli effettivi spazi che può trovare un'azione di adempimento autonoma nel nostro ordinamento processuale. Questi potrebbero al limite essere ricercati, a nostro avviso, e sempreché si acceda all'impostazione che non distingue tra il tipo di situazione giuridica sussistente in capo al privato, nelle ipotesi di atto negativo annullato in sede di ricorso straordinario ovvero in via di autotutela. Rimarrebbe tuttavia da chiarire perché a tale soluzione possa accedersi solo in presenza di giurisdizione esclusiva del g.a. e non anche per quella generale di legittimità.

Invero un caso in cui si sia in presenza di un esercizio del potere senza un provvedimento da impugnare, né un silenzio-inadempimento contro cui agire, può ravvisarsi nelle controversie in materia di SCIA (devolute alla giurisdizione esclusiva del g.a. *ex* art. 133, lett. a), n. 1), c.p.a.). In tale ipotesi, per i terzi

---

giurisprudenziale la quale costantemente, pur in materia di competenza esclusiva, applica le regole previste per il giudizio di sola legittimità quando il destinatario del provvedimento sia titolare di un semplice interesse legittimo". Tale impostazione, invero, è stata superata attraverso la configurazione dell'azione di accertamento a tutela degli interessi legittimi (Cons. St., sent. n. 717/09, cit.; ad. plen. nn. 3/11 e 15/11, cit.), a prescindere dalla presenza o meno della giurisdizione esclusiva.

controinteressati il rimedio di maggiore utilità è costituto dalla condanna dell'Amministrazione all'emanazione del provvedimento di divieto di prosecuzione dell'attività e rimozione degli effetti, senza che via sia necessità di una previa richiesta in tal senso alla P.A. al solo fine di far maturare il silenzio-inadempimento (in modo del tutto fittizio, attraverso una procedura che appare piuttosto un ritorno al regime della diffida ad adempiere[176]), né la possibilità di far annullare alcun provvedimento, avendo la SCIA natura di atto privato[177]. La condanna della P.A. ben potrebbe allora essere richiesta, senza incorrere nelle problematiche sopra rilevate, attraverso l'esperimento di un'azione autonoma di adempimento. Tuttavia, come si vedrà, il recente intervento legislativo del D.L. n. 138 del 13 agosto 2011, limitando i mezzi di tutela esperibili al ricorso avverso il silenzio, non permette più di accedere a tale ricostruzione.

Necessità della domanda di parte

Da ultimo si deve esaminare la possibilità che la condanna all'emanazione del provvedimento favorevole sia disposta in mancanza della relativa domanda. In altri termini, poiché l'art. 34, lett. c), c.p.a., statuisce che il g.a. può condannare "*all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*" in caso di accoglimento del ricorso, potrebbe ritenersi che tali misure possano essere disposte anche laddove sia stata richiesta la sola declaratoria di illegittimità del provvedimento.

Tale tesi non sembra convincente. Lo stesso art. 34, comma 1, c.p.a., infatti, statuisce che i provvedimenti che il giudice può adottare sono comunque sottoposti ai limiti della domanda, così dimostrando di fare proprio il più generale principio della domanda (art. 99 c.p.c.), nonché quello di

[176] Il potere amministrativo, infatti, in questo caso dovrebbe considerarsi "esercitato" ai fini dell'art. 34, comma 2, c.p.a. con il decorso del tempo per l'accertamento dei requisiti di cui all'art. 19 L. n. 241/90: cfr. in tal senso Cons. St., ad plen., n. 15 del 29 luglio 2011.

[177] In questo senso da ultimo Cons. St., ad. plen., n. 15 del 29 luglio 2011.

corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (art. 112 c.p.c.) [178] – che peraltro devono considerarsi pacificamente vigenti in generale nel processo amministrativo in forza del rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a.[179]. Nella domanda di annullamento non può ritenersi compresa anche la condanna della P.A. ad un *facere* specifico.

Vero è che nel nostro processo amministrativo i risultati sottesi a quest'ultima pronuncia sono stati perseguiti proprio attraverso l'azione impugnatoria, ma ciò è comunque avvenuto sempre in maniera indiretta e soltanto attraverso lo strumento del giudizio di ottemperanza. Vi era, del resto, la necessità di sopperire alla mancanza dell'azione di adempimento, idonea a trasferire sul piano processuale la pretesa sostanziale del ricorrente.

Una volta però che il Codice ha concepito un processo amministrativo improntato sulla pluralità delle azioni, non può più ritenersi ammissibile una pretesa alla piena soddisfazione della situazione giuridica fatta valere ricompresa nell'azione di annullamento: con la conseguenza che, laddove non sia stata oggetto di specifica domanda, il giudice non potrà pronunciare sentenza di condanna all'adempimento.

La giurisprudenza intervenuta ha comunque mostrato di non intendere tale requisito in maniera troppo rigida: così è stata reputata equivalente anche la domanda di accertamento di una determinata situazione giuridica del ricorrente [180], al limite disponendosi la conversione in azione di condanna in forza dell'art. 32, comma 2, c.p.a.[181].

---

[178] Sui principi *ne procedeat iudex ex officio* e *ne eat iudex ultra petita partium* si veda soprattutto A. Proto Pisani, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario al codice di procedura civile* diretto da E. Allorio, I, Torino, 1973, pp. 1049 ss.; E.T. Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, pp. 555 ss.; G. Verde, *Domanda (principio della: dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, 1989. Per una distinzione del principio secondo cui *ne eat iudex ultra petita partium* e *ne procedeat iudex ex officio* e per la loro applicazione nel processo amministrativo si veda, su tutti, F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., pp. 187 ss.

[179] Art. 39 c.p.a., comma 1: "*Per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali*".

[180] TAR Puglia, Bari, sez. III, n. 1807 del 25 novembre 2011.

[181] TAR Lazio, sez. I, n. 472 del 19 gennaio 2011.

Sulla possibilità della nomina del commissario ad acta ex art. 34, lett. e)

L'art. 34, lett. e) del codice prevede la possibilità per il g.a. di nominare, già con la sentenza che definisce il giudizio di cognizione, un commissario *ad acta* per il caso in cui la P.A. rimanga inadempiente. L'assetto delineato dal Codice del processo amministrativo, in particolare a seguito delle modifiche introdotte dal Correttivo, sembra conferire alla previsione di cui all'art. 34, lett. e), c.p.a. una particolare centralità all'interno della struttura della pronuncia di condanna.

La circostanza che il commissario possa essere nominato "*anche in sede di cognizione*", secondo il disposto della norma appena richiamata, va letta infatti congiuntamente all'art. 117, commi 2 e 3, c.p.a. che, sia per i giudizi sul silenzio-inadempimento, sia (in forza del comma 6 *ter* aggiunto dal Correttivo) per quelli di impugnazione, prescrive che "*il giudice ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni*" e "*nomina, ove occorra, un commissario ad acta con la sentenza con cui definisce il giudizio*". Il Codice, in altri termini, dà atto di considerare la nomina anticipata alla cognizione quale contenuto tipico della sentenza di condanna, ancorché non essenziale e derogabile dal giudice ove non ne ravvisi la necessità.

Essa può così assumere un ruolo fondamentale nella dinamica dell'adempimento: laddove disposta, permetterebbe infatti di evitare quell'ulteriore e gravoso passaggio che, come più volte rilevato, non ha altro effetto che quello di rimettere in termini l'Amministrazione. Ci si riferisce alla prassi seguita dal giudice dell'ottemperanza di limitarsi, in prima battuta, a conferire alla P.A. un termine entro il quale adempiere, per lo più senza precisare le statuizioni della sentenza di annullamento, così in sostanza reiterando il comando già rimasto inadempiuto. Tale impostazione, che trovava giustificazione in un sistema ove il processo amministrativo rappresentava un

'incidente' nell'esercizio del potere, non è più ammissibile in un giudizio improntato alla tutela diretta della pretesa fatta valere dal ricorrente, ove non sono più fatti "*salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa*" (art. 45 del T.U. Cons. St, abrogato dal D. Lgs. n. 104/10).

In questo quadro, la nomina del commissario nella pronuncia di cognizione non rappresenta nient'altro che un corollario della configurazione di una sentenza di condanna in senso proprio e della rivalutazione della fase esecutiva del giudizio, di cui si è detto.

Occorre sottolineare, tuttavia, come questa profonda innovazione non sembra essere stata finora recepita dalla giurisprudenza. Nelle prime sentenze che hanno disposto la condanna dell'autorità amministrativa all'adozione del provvedimento richiesto, il g.a. ha infatti omesso qualsiasi riferimento sia in ordine alla nomina del commissario *ad acta*, sia in relazione alla fissazione di un termine entro il quale adempiere[182]. In attesa di ulteriori sviluppi sul punto, deve per l'intanto rilevarsi che, laddove tale indirizzo trovasse definitivo consolidamento, le potenzialità dell'azione di adempimento risulterebbero grandemente ridotte.

Sul limite sostanziale dei poteri amministrativi non ancora esercitati.

Al pari di quanto disposto in merito al rito sul silenzio, anche per l'azione di condanna atipica ad un facere vale il limite disposto dall'art. 34, comma 2, c.p.a., secondo cui "*in nessun caso il giudice può pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*".

Ma cosa deve intendersi per un potere *non ancora esercitato*. Tale disposizione potrebbe infatti essere interpretata nel senso che, nel caso di ricorso avverso il silenzio, attesa la mancanza di un'espressa determinazione

[182] TAR Lazio, sent. n. 472/11, cit.; TAR Lombardia, Milano, sent. n. 1428/11, cit. e TAR Puglia, Bari, sent. n. 1807/11, cit.

della P.A., sarebbe preclusa qualsiasi possibilità di sindacato sull'esplicarsi della successiva azione amministrativa.

Sennonché, a tale impostazione osterebbe la stessa lettera dell'art. 31, comma 3, c.p.a., sull'azione avverso il silenzio, secondo cui, in presenza di particolari requisiti, il g.a. può decidere sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio.

Quest'ultima disposizione impone di interpretare l'art. 34, comma 2, c.p.a., in termini diversi. Non può cioè ammettersi che, una volta maturati i presupposti per il giudizio contro l'inerzia della P.A., si sia di fronte ad un potere non ancora esercitato, ché, altrimenti, le due norme richiamate si porrebbero in aperto contrasto tra loro. Tale assunto del resto è coerente con il disposto dell'art. 7 c.p.a. che, nel delineare in via generale l'ambito della giurisdizione amministrativa, fa riferimento alle controversie "*concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo*". L'equiparazione delle due ipotesi, infatti, mette in evidenza come non è la mancanza di determinazione espressa a fondare il *discrimen* tra esercizio del potere e potere *non ancora* esercitato[183].

Il divieto di cui all'art. 34, comma 2, c.p.a., deve essere allora inteso nel senso dell'impossibilità per il g.a. di sindacare le modalità di una possibile e futura azione dell'autorità amministrativa. Non sarebbe quindi ammissibile, nel nostro ordinamento, un'azione simile alla *Unterlassungsklage* tedesca, volta cioè ad ottenere una condanna preventiva della P.A.[184]. L'azione di condanna, ai

[183] N. PAOLANTONIO, *Art. 7 Giurisdizione amministrativa*, in *Codice del processo amministrativo* a cura di R. GAROFOLI e G. FERRARI, Roma, 2010, p. 81, secondo cui si deve "escludere che la locuzione "mancato esercizio del potere" possa riferirsi ad ipotesi in cui sia del tutto mancato il fenomeno di produzione di un provvedimento; il che induce a ritenere che detta locuzione faccia riferimento a tutte le ipotesi in cui detto mancato esercizio del potere si traduca in una incisione della sfera soggettiva tutelata dal privato e, quindi, all'unica ipotesi in cui, su tale vicenda, è prospettabile la giurisdizione amministrativa: quella del silenzio-rifiuto".

[184] Ipotizzava invece questa azione L. TARANTINO, *L'azione di condanna nel processo amministrativo*, pp. 282 ss., il quale (p. 285) sostiene che "non vi è un reale ostacolo al ritenere che l'azione di condanna si rivolga a sterilizzare il potere dell'amministrazione, in quanto il suo fondamento a fronte dell'assenza di una disposizione *ad hoc*, quale l'art. 21-*bis*, L. TAR per la condanna ad un *facere*, può trovare conforto oltre che nei citati istituti di diritto comparato, più in generale nel principio di effettività della tutela giurisdizionale ai sensi dell'art. 24 Cost.". Infatti (p. 289) la particolare rilevanza del procedimento amministrativo farebbe sì che la lesione dell'interesse legittimo maturi già con l'emanazione di atto endoprocedimentale sfavorevole, in quanto "tale posizione giuridica sorge ben prima della lesione infertale dal provvedimento

sensi del Codice del processo amministrativo, riguarda necessariamente un potere già effettivamente esercitato, o comunque un'inadempienza al dovere di provvedere concretizzatasi in una violazione del termine procedimentale di cui all'art. 2 L. n. 241/90, in entrambi i casi sussistendo il requisito dell'attualità dell'azione amministrativa.

In questi termini, l'art. 34, comma 2, c.p.a. può essere letto non come un limite, imposto dal legislatore, alla tutela della situazione giuridica del privato (se così fosse, del resto, sarebbe lecito dubitare della sua costituzionalità in rapporto con l'art. 24 Cost.), quanto piuttosto come una precisa indicazione normativa del requisito dell'attualità della lesione e, quindi, dell'interesse a ricorrere[185].

---

sfavorevole". Ora, (p. 290) "se la struttura delle azioni costitutive di annullamento preclude la possibilità di intervenire su atti dell'amministrazione che, pur lesivi dell'interesse legittimo, non siano dotati di efficacia esterna, quindi, esclude si possa positivamente rinvenire un interesse da parte del privato, discorso diverso deve farsi per le azioni di condanna", perché la condanna preventiva è idonea a rimuovere la lesione. Tali argomenti non convincevano (e non convincono, a prescindere dal divieto testuale dell'art. 34, comma 2, c.p.a.) in quanto, se è vero che l'interesse legittimo sorge prima della sua lesione, e quindi dell'adozione del provvedimento, ciò non significa che la lesione vada anticipata al momento in cui tale situazione soggettiva diventi rilevante nel mondo del diritto. Piuttosto, seguendo quest'impostazione, implicitamente si continua a sostenere che l'interesse legittimo sorga con la sua lesione, solo anticipando quest'ultima. Invero, non sembra che la dottrina in esame, seguendo tali argomentazioni, riesca a dimostrare che la lesione possa considerarsi attuale e perfetta prima dell'esercizio dell'azione amministrativa. Può comunque concludersi che, ancorché l'art. 34, lett. c), c.p.a., non sembra negare cittadinanza, attraverso la sua ampia formula, ad una condanna ad un *non facere*, quest'ultima, se intesa quale azione inibitoria, non può essere ammessa in forza del disposto dell'art. 34, comma 2, c.p.a.

[185] Del resto è da dire come in mancanza di una espressa indicazione legislativa si sarebbe dovuto dubitare dell'ammissibilità di una condanna preventiva. Infatti, come incidentalmente analizzato trattando della reintegrazione in forma specifica, la tutela inibitoria deve essere ammessa solo in caso di espressa determinazione normativa, atteso che, in mancanza non sarebbe prospettabile una lesione attuale e conseguentemente l'interesse a ricorrere. Dottrina minoritaria, ancorché autorevole (M. Libertini, *La tutela civile inibitoria*, cit., pp. 42 ss.) ritiene possibile fondare una forma di tutela inibitoria atipica sulla previsione dell'art. 2058. Tale indirizzo, sconfessato dalla prevalente dottrina (R. Scognamiglio, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, cit., p. 215), deve essere ricondotto a quelle teorizzazioni volte ad allargare l'ambito della r.f.s. a rimedio generale in f.s., oltre cioè la sua natura risarcitoria. Impostazione che, come detto, è stata fatta propria anche da parte della dottrina amministrativista. Per l'azione inibitoria cfr. in particolare la nota precedente.

Condizioni per ritenere "esaurita" la discrezionalità.

Occorre ora interrogarsi sulle modalità attraverso le quali il giudice può arrivare a considerare esauriti gli spazi valutativi riservati all'Amministrazione, dal cui accertamento consegue la possibilità di condannare ad un facere specifico l'amministrazione anche nelle ipotesi in cui non si tratti di attività vincolata.

Tale principio corrisponde a quello, sopra accennato, del tutto conosciuto nell'ordinamento tedesco, dell'*Ermessensreduzierung auf Null*[186], dell'azzeramento della discrezionalità per assenza di alternative nel caso concreto, peraltro già accolto da parte della nostra giurisprudenza amministrativa[187].

Nel caso in cui gli accertamenti di fatto o le risultanze del procedimento non lascino spazi per possibili esiti differenti dell'azione amministrativa, infatti,

---

[186] Sul punto si veda F. SCHOCH, E. SCHMIDT-ARβMANN, R. PIETZNER (cur.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, München, 2009, Rn. 27. Al riguardo, si noti come in Germania il sindacato sulla discrezionalità presenta uno scenario in parte diverso da quello italiano. Sul punto C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa*, cit., p. 62, rileva una certa "ritrosia dei giudici tedeschi (…) nel riconoscere all'amministrazione un autonomo spazio di valutazione"; ed in effetti si registra "in Germania e in Austria la tendenza a delimitare il potere discrezionale condizionandolo fortemente al dato normativo secondo un'interpretazione rigida del principio di legalità, concepito non come mero obbligo dell'amministrazione di conformarsi al dettato legislativo, quanto come vero e proprio dovere del legislatore di emanare norme sufficientemente determinate". L'origine di queste differenze è nota, e risiede nelle teorie sulla discrezionalità proprie della dottrina tedesca (Tra gli altri, F. TETZNER, *Zur Lehre von den freien Ermessen der Verwaltungsbehörde*, Wien, 1888; W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäβigkeitserwägung*, Tübingen, 1913) secondo cui l'attività discrezionale sarebbe stata interamente riconducibile a quella di interpretazione e specificazione della norma, priva di ogni autonomia valutativa. Tale impostazione era stata recepita, in Italia, da C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, Roma, 1936, nonché da V. OTTAVIANO, *Merito*, cit., pp. 575 ss., ma prese piede la differente teorizzazione di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, secondo cui l'attività discrezionale sarebbe stata invece riconducibile ad una ponderazione dell'interesse, a tutela del quale il potere era stato conferito dalla norma, con gli altri interessi secondari. Sul punto si vedano le ricostruzioni di A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, pp. 67 ss., nonché dello stesso C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. ital.*, II, 1958.

[187] Il principio dell'*Ermessensreduzierung auf Null* si ritrova infatti nella sentenza TAR Trento, n. 305 del 16 dicembre 2009, ove si afferma che la discrezionalità di cui la P.A. dispone, ai sensi dell'art. 21 *nonies*, in merito all'annullamento d'ufficio, può di fatto venire meno in relazione al concreto atteggiarsi della fattispecie, che potrebbe non lasciare alcuno spazio per una decisione alternativa alla dichiarazione di invalidità.

ancorché la natura del potere (e dell'atto adottato) rimanga discrezionale, il sindacato del giudice potrà atteggiarsi allo stesso modo che se si fosse in presenza di un atto vincolato, subentrando alla pienezza della potestà discrezionale "*una sorta di pseudo-discrezionalità*"[188].

Ciò non soltanto laddove la vincolatezza in concreto dell'azione amministrativa emerga indirettamente dalla declaratoria di illegittimità del provvedimento impugnato tramite l'esperimento della tradizionale azione di annullamento. L'azione di condanna all'adempimento è idonea infatti ad estendere l'accertamento compiuto dalla sentenza di modo da coprire completamente l'oggetto dell'effettiva pretesa del ricorrente. Si pensi ad esempio al caso in cui ad un primo diniego dichiarato illegittimo ne segua un altro fondato su differenti aspetti, anch'esso ritenuto invalido dal g.a.

Se a seguito dell'annullamento del primo atto residuava una scelta discrezionale in capo all'autorità amministrativa, tale margine di discrezionalità potrebbe in ipotesi venire meno a seguito della seconda declaratoria di illegittimità.

Attraverso l'azione di adempimento sarebbe allora possibile compiere direttamente l'accertamento necessario a valutare la spettanza o meno del provvedimento favorevole, senza necessità di provocare un'ulteriore sindacato sulla successiva azione amministrativa.

L'estensione dell'oggetto del giudizio, che in tal modo si realizzerebbe, permetterebbe al giudice di emanare una sentenza di condanna ad un *facere* senza invadere la sfera di autonomia dell'autorità amministrativa: si supereranno, in questo modo, le difficoltà di un sindacato in positivo sulla discrezionalità, che, di fatto, rischiano di ridurre enormemente le potenzialità applicative dell'azione di adempimento, così come è avvenuto per il ricorso avverso il silenzio. Al contrario, si propone un modello ove l'attività

[188] M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, cit., p. 1534, secondo cui vi può essere una riduzione dello spazio di discrezionalità o perché lo stesso potere per come è stato esercitato la prima volta "chiude" alcune possibilità, ovvero perché "la sentenza, accertando alcuni fatti, crea dei presupposti, per così dire, giudiziali al riesercizio del potere".

discrezionale dell'autorità amministrativa sia in ogni caso sindacabile, sia in relazione ad un provvedimento già emanato sia per quanto concerne il successivo esercizio del potere.

Punto centrale della questione risiede pertanto nell'effettiva applicazione del principio della discrezionalità esaurita, in quanto se esso si mantiene solo su un piano teorico, il risultato non può che essere quello di una perdurante insoddisfazione delle ragioni del ricorrente. Ed invero, si è ricordato sul punto, come tale formula, timidamente apparsa nella giurisprudenza relativa al ricorso avverso il silenzio, non avesse portato in definitiva a conclusioni positive in relazione all'accertamento della fondatezza della pretesa.

Con l'entrata in vigore del Codice, il giudice amministrativo si è mostrato più propenso a rivedere le sue tradizionali posizioni anche in termini di concreta applicazione dell'istituto della discrezionalità esaurita. La recente sentenza del TAR Lombardia sopra illustrata ha infatti accolto nel merito la pretesa del ricorrente, ordinando alla P.A. di emanare l'atto richiesto, sul presupposto che non sarebbero stati presenti nel caso di specie spazi residui di valutazione in capo all'autorità amministrativa[189].

[189] TAR Lombardia, Milano, sez. III, n. 1428 dell'8 giugno 2011, in *Foro amm. TAR*, 2011, pp. 1491 ss., con la nostra già citata nota *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*. Tale pronuncia, in riferimento al processo impugnatorio, opportunamente ha evidenziato che "anche quando il contenuto ordinatorio della sentenza di accoglimento (di per sé variabile in relazione al tipo di vizio riscontrato ed al tratto di potere dedotto in giudizio) consentiva una ampia definizione della fattispecie sostanziale (giungendo, talvolta, finanche a prefigurarne l'assetto finale), esso mai poteva tradursi in un espresso dispositivo di condanna, e ciò pur ammettendosi l'insorgere di un obbligo pubblicistico in capo alla p.a. di ripristinare lo status quo ante e di conformarsi alle regole di azione statuite. La 'regola implicita, elastica, incompleta' della pronuncia sarebbe potuta divenire titolo esecutivo (ovvero, statuizione concreta dei tempi e modi per adempiere all'obbligo) soltanto "progressivamente" nella successiva sede del giudizio di ottemperanza. (…) Spetta al codice del processo amministrativo il merito di avere abbandonato definitivamente ogni residuo della concezione oggettiva del giudizio amministrativo di annullamento come strumento di controllo dell'azione amministrativa, e di aver consolidato lo spostamento dell'oggetto del giudizio amministrativo dall'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, al rapporto regolato dal medesimo, al fine di scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata, sempre che non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione".

In tale pronuncia, il g.a. non si è quindi limitato ad un asettico riconoscimento dell'ammissibilità dell'azione di adempimento in ragione dei nuovi strumenti previsti dal Codice del processo amministrativo, secondo l'impostazione dell'Adunanza Plenaria n. 3/2011 già richiamata, ma si è spinto fino all'accoglimento nel merito dell'istanza. Inoltre, ciò che appare maggiormente rilevante è come a tale conclusione si sia giunti in una fattispecie caratterizzata da profili di discrezionalità, sulla base del principio secondo cui "*anche una attività in limine litis connotata da discrezionalità possa, a seguito della progressiva concentrazione in giudizio delle questioni rilevanti (ad esempio, mediante il combinato operare di ordinanza propulsiva e motivi aggiunti), risultare, all'esito dello scrutinio del Giudice, oramai 'segnata' nel suo sviluppo*"[190].

La sentenza in esame sembra dunque condividere la tesi per cui sarebbe permesso al g.a. di valutare la mancanza di ulteriori margini di discrezionalità anche in ragione delle risultanze processuali al fine di decidere sulla domanda di condanna nei confronti della P.A.

Individuazione della mancanza di ulteriori margini di discrezionalità attraverso la fase istruttoria e la tecnica del remand.

La piena valorizzazione della tutela sopra illustrata si potrà avere anche attraverso un'attività istruttoria particolarmente accurata e volta a far emergere l'esaurimento o meno dei profili di discrezionalità in capo alla P.A..

Il momento fondamentale per l'accertamento della fondatezza della richiesta del ricorrente volta all'adozione del provvedimento favorevole è costituito dall'istruttoria processuale. Ciò in quanto è in questa sede che il giudice potrà verificare se la causa risulta istruita e pronta per la decisione, ovvero necessità di ulteriori attività che possano far esaurire la discrezionalità.

[190] TAR Lombardia, sent. n. 1428/11, cit.

Quanto sopra potrebbe invero trovare un ostacolo nel disposto dell'art. 31, comma 3, c.p.a. secondo cui, proposta l'azione avverso il silenzio, il giudice può pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza solo laddove non siano "*necessari ulteriori adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione*".

Tale limite, piuttosto che connaturato alla figura del silenzio, sarebbe da ricondurre alla natura sommaria del rito speciale previsto dall'art. 117 c.p.a.[191] – impostazione supportata dalla giurisprudenza[192] e a cui ha aderito parte della letteratura[193]. Conseguentemente, l'impossibilità di espletare un'attività istruttoria che non sia meramente documentale potrebbe facilmente superarsi ammettendo la possibilità per il g.a., laddove siano necessari ulteriori adempimenti istruttori per accertare la fondatezza della richiesta di condanna all'adozione del provvedimento, di convertire il rito speciale in quello ordinario *ex* art. 32 c.p.a.[194] al fine di pronunciarsi sull'azione di adempimento, secondo quanto sopra considerato.

Laddove invece si ritenesse che l'art. 31, comma 3, ultima parte, c.p.a., nel fare riferimento agli adempimenti istruttori *che debbano essere compiuti dall'amministrazione*, intenda soltanto escludere la possibilità per il g.a. di compiere autonomamente accertamenti che richiedano un complesso *iter* procedurale, i quali trovano la loro sede naturale nel procedimento amministrativo, allora si avrebbero pochi margini per un intervento in sede giudiziaria. Ciò peraltro evidenzierebbe le maggiori potenzialità dell'azione di

[191] A. Carbone, *Dubbi e incertezze sull'art. 31 del Codice del processo amministrativo*, cit., pp. 1110 ss.; Id., *Azione di adempimento e codice del processo amministrativo*, cit., p. 140.

[192] In tal senso Cons. St., sez. V, n. 3487 del 3 giugno 2010, già richiamata, l'impossibilità per il g.a. di sindacare la fondatezza dell'istanza nel caso di complessi accertamenti istruttori sarebbe legata al carattere semplificato del rito sul silenzio.

[193] M. Occhiena, F. Fracchia, *Art. 31 Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità*, in *Codice del processo amministrativo*, cit., p. 527.

[194] Ciò potrebbe sembrare smentito dalla circostanza che la previgente disciplina sul ricorso avverso il silenzio, contenuta nell'art. 21 *bis* L. n. 241/90, prevedeva, nonostante la natura semplificata del rito, la possibilità di adempimenti istruttori. Si noti però che la giurisprudenza è stata però sul punto particolarmente restrittiva: secondo TAR Lazio, sez. I, n. 13528 del 18 dicembre 2007, secondo cui la delibazione del merito della pretesa è possibile solo quando "la fattispecie esaminata riguardi attività strettamente vincolata che non necessiti di particolari adempimenti istruttori".

adempimento collegata ad un'azione di annullamento per il caso in cui un provvedimento sia stato emesso, e, quindi, il procedimento sia stato svolto, rispetto al ricorso avverso il silenzio, ove, mancando una previa attività procedimentale, con maggiori difficoltà il g.a. potrebbe concludere nel senso dell'esaurimento dei profili di discrezionalità nel caso concreto, e quindi condannare la P.A. all'adozione del provvedimento richiesto.

Anche ammettendosi questa seconda interpretazione, tuttavia, non sembra doversi escludere la possibilità, per il g.a., di 'provocare' la maturazione della causa, soltanto prescrivendosi a quest'ultimo di non sostituirsi direttamente all'Amministrazione nell'adempiere questo compito.

Laddove il giudice debba compiere valutazioni che riguardino profili per cui venga in esame un'attività non ancora svolta da parte della P.A., il solo modo che avrà per effettuare il suo giudizio sarà quello di provocare il compimento di tale attività. Se dunque in un sindacato rivolto all'annullamento dell'atto l'istruttoria deve concretizzarsi in ogni caso in un accesso diretto al fatto da parte del g.a.[195] in ragione dell'esaurimento dell'azione amministrativa in una determinata direzione (che il ricorrente contesta), in un esame volto alla condanna dell'Amministrazione ad un *facere* ciò potrà invece avvenire solo laddove non vengano in questione valutazioni complesse non ancora compiute dalla P.A., per le quali il giudice dovrà necessariamente entrare in rapporto dialettico con quest'ultima.

A tal proposito il Codice del processo amministrativo mette a disposizione del g.a. tutta una serie di mezzi processuali che gli consentono di instaurare un dialogo dinamico con l'autorità amministrativa: l'art. 63 c.p.a. permette infatti l'assunzione di tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile,

[195] Per l'accesso diretto al fatto e la valorizzazione di tutti i mezzi di prova consentiti al g.a. (tra cui soprattutto la prova testimoniale), si veda, tra gli altri, A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, cit., II, pp. 51 ss. L'A. faceva riferimento, invero, alla sola giurisdizione esclusiva, ma l'estensione non solo dei mezzi di prova, ma anche delle azioni proponibili nel giudizio di legittimità, rendono le soluzioni proposte in quella sede, ad avviso di chi scrive, valevoli per tutti i tipi di giurisdizione del g.a.

esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento[196], ma compresa la CTU, la prova testimoniale, nonché la più tradizionale verificazione.

Tra questi, una grande importanza, ai fini della possibilità per il giudice di provocare l'esaurimento della discrezionalità, risiede nei poteri istruttori esercitabili d'ufficio da parte del g.a., ai sensi dell'art. 63, comma 1, c.p.a., concernenti la facoltà di richiedere alle parti documenti o chiarimenti. Si pensi infatti ad es. al caso in cui, dichiarata l'illegittimità del diniego, il giudice deve valutare se sussistano altri motivi che impediscano la condanna all'emanazione dell'atto richiesto: in tale situazione potrebbe appunto utilizzarsi, come peraltro suggerito già precedentemente all'entrata in vigore del Codice[197], l'istituto della richiesta dei chiarimenti alla P.A., da non intendersi semplicemente quale precisazione delle memorie difensive, quanto piuttosto come una modalità per il giudice di ottenere informazioni su profili rilevanti dell'azione amministrativa che non si siano concretizzati nell'atto.

Allo stesso modo, potrebbe ritenersi utile l'esperimento della prova testimoniale, ad esempio nei confronti del responsabile del procedimento[198].

Un'importanza fondamentale, inoltre, potrebbero rivestire i c.d. *remand*, non utilizzati come misure cautelari, quanto piuttosto a fini istruttori: si è detto infatti come provvedimenti di tal genere non costituiscano un'anticipazione della tutela richiesta, ma servano piuttosto a provocare una riconsiderazione della fattispecie da parte della P.A.; a causare, in altre parole, una emersione dei fatti che non erano stati oggetto di analisi (o comunque non erano stati opportunamente tenuti presenti) dall'autorità amministrativa. Più correttamente si dovrebbe allora concludere nel senso di considerare i *remand*, perlomeno in alcune particolari tipi di controversie, come ordinanze aventi funzione, per così dire, istruttoria; provvedimenti, cioè, attraverso i quali il giudice perviene ad

[196] Sostanzialmente estendendosi in tal modo anche alla giurisdizione generale di legittimità i mezzi processuali già previsti dal D. Lgs. n. 80/98 e dalla L. n. 205/00 per la giurisdizione esclusiva.

[197] D. Vaiano, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, cit., p. 576.

[198] Così A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione*, cit., II, p. 63. In termini non dissimili, M. Sica, *Prova testimoniale e processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2001, pp. 902 ss.; D. Vaiano, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, cit., pp. 573 ss.

una più completa cognizione della fattispecie concreta provocando una nuova valutazione da parte dell'Amministrazione sui profili da lui ritenuti rilevanti ai fini della decisione, al fine di addivenire ad un esaurimento del potere discrezionale attraverso l'ottenimento di una pronuncia amministrativa su tutti gli aspetti controversi della questione.

L'utilizzo del *remand* al fine di provocare un esaurimento del potere valutativo della P.A. è stato esercitato dal g.a. nella pronuncia, già richiamata, con cui si è ammessa la condanna della P.A. all'adozione del provvedimento di trasferimento richiesto dal ricorrente. In particolare, il giudice ha ritenuto che attraverso il combinato operare di motivi aggiunti e ordinanza propulsiva, erano stati sollevati tutti i profili meritevoli di attenzione della fattispecie, cosicché, non avendo la P.A. fornito alcun motivo legittimo per negare la richiesta, l'istanza non poteva che essere accolta[199].

Le potenzialità di tale istituto, come si è avuto modo di rilevare in precedenza, sono notevoli, in quanto l'ordinanza propulsiva presenta l'elasticità necessaria per permettere al giudice un dialogo con l'Amministrazione proprio in relazione agli aspetti che rivestono maggiore importanza ai fini di una completa definizione del rapporto amministrativo.

Maggiori perplessità potrebbe invece destare l'eventualità che il g.a. sostituisca una valutazione tecnica non ancora effettuata con una consulenza tecnica d'ufficio. Ciò non tanto per la presenza di una presunta sfera di intangibilità dell'Amministrazione in tale ambito, tradizionalmente definita come 'discrezionalità tecnica'[200], quanto piuttosto per la struttura stessa del

[199] TAR Lombardia, Milano, sez. III, n. 1428 dell'8 giugno, per cui l'esaurimento dei profili di discrezionalità può verificarsi anche nelle "ipotesi in cui l'amministrazione venga reinvestita della questione a seguito di "remand" (tecnica cautelare che si caratterizza proprio per rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto gravato, restituendo quindi all'amministrazione l'intero potere decisionale iniziale)", come appunto era avvenuto nel caso di specie.

[200] In proposito si veda l'opera fondamentale di V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967. L'utilizzo della nozione di discrezionalità tecnica si ritrova ampiamente nelle difese dell'Avvocatura erariale dell'inizio del XX secolo: come evidenziato da P. LAZZARA, *"Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 219, l'esclusività del potere dell'Amministrazione si faceva derivare dalle norme che affidavano ad organi appositi i giudizi di carattere tecnico, cosicché (*Relazione della Regia Avvocatura Erariale*, 1911, 1912-1925) "le verificazioni e i giudizi compiuti da tali

sindacato effettuato dal g.a., nonché in ragione delle modalità attraverso le quali sarebbe possibile provocare l'esaurimento della discrezionalità amministrativa.

Perché si arrivi all'esaurimento della discrezionalità, allora, il g.a. potrebbe ricorrere ad una verificazione ovvero ad un *remand*. Così facendo si lascerebbe all'Amministrazione procedente, quantomeno in prima battuta, l'apprezzamento del fatto complesso, anche al fine di evitare un'alterazione dell'ordine di competenze previste dall'ordinamento[201].

---

organi esprimono delle attribuzioni proprie dell'amministrazione pubblica e non possono essere soggetti a sindacato giudiziario, il quale non potrebbe svolgersi se non attraverso relazioni di testimoni o di periti privati, con l'effetto di un'assurda sostituzione alle competenze all'uopo istituite e regolate con particolari cautele nel pubblico interesse". Scettico su questa posizione era già F. Cammeo, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, III, nota a Cons. St., Sez. IV, 13 giugno 1902, cc. 275 ss. il quale riteneva che il g.a. dovesse accertare tutti i fatti, ancorché complessi, cioè conoscibili solo facendo riferimento a particolari criteri di ordine tecnico. Infatti, la differente tipologia del fatto, se semplice o complesso, non andava a mutare la natura del giudizio compiuto dalla P.A.: l'A., in *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., p. 134, affermava in proposito che "se questo elemento subbiettivo del giudizio non corrisponde alla nozione di discrezionalità la quale (…) attiene *alla volontà e non all'intelligenza*, quando si tratti di un giudizio semplice, non vi corrisponde neppure quando si tratti di un giudizio complesso". Nota in proposito V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., pp. 489 ss., n. 92, che il Cammeo assume una posizione antitetica alle precedenti nel *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960 (rist. ed. 1911-1914), p. 193, ove afferma che quando l'attività dell'Amministrazione è disciplinata da norme imprecise, la cui valutazione presuppone fatti complessi, "siamo in un campo alquanto diverso da quello della discrezionalità pura, perché qui la norma regolatrice c'è, mentre nella discrezionalità pura mana (…) però anche diverso da quello dell'attività vincolata, perché nell'attività vincolata la norma è precisa, c'è un criterio immutabile di riferimento, l'accertamento dei fatti", cosicché (p. 197) "nei rapporti con gli interessati la sua attività non è vincolata, ma rimane rispetto ad essi discrezionale come se quelle norme non vi fossero": il g.a., sfornito di competenze tecniche ed inoltre irresponsabile dei propri errori, non avrebbe infatti avuto i mezzi per sindacare tali valutazioni. Giusto il rilievo di P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, p. 161, secondo cui "i confini logici della discrezionalità tecnica si colgono, da una parte, nell'attività di interpretazione della legge, e, dall'altra, nella discrezionalità amministrativa".

[201] Sul punto si veda inoltre lo studio di D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, *passim* spec. pp. 312 ss. e 370 ss. L'A. configura un potere di valutazione riservata in capo all'autorità amministrativa, laddove sia espressamente previsto in tal senso dalla legge, in quanto ritenuta dall'ordinamento il soggetto più adatto da un punto di vista organizzativo, a compiere dette valutazioni tecniche.

Capitolo IV

L'azione di accertamento

L'azione di accertamento nella bozza del codice elaborata dalla commissione.

L'ultimo capitolo della presente ricerca concerne l'ammissibilità nel processo amministrativo di un'azione di accertamento autonoma.

Anche in questo caso occorre partire dal testo del codice elaborato dalla commissione di esperti che tentava di conciliare la tripartizione classica delle azioni con la posizione incline al superamento del principio di tipicità delle azioni[202]: la bozza prevedeva un ventaglio chiuso ma completo di azioni e di forme di tutela giurisdizionale.

L'originario art. 38 della bozza del c.p.a. stabiliva che "*chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle consequenziali pronunce dichiarative*".

Ad eccezione dell'azione di nullità l'accertamento "*non può comunque essere chiesto (...) quando il ricorrente può o avrebbe potuto far valere i propri diritti o interessi mediante l'azione di annullamento o di adempimento e (...) con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*", escludendosi così che l'azione di accertamento potesse consentire un'elusione del termine di decadenza previsto per l'azione di annullamento oppure un orientamento dell'azione amministrativa pro futuro.

L'ispirazione si traeva dal § 43, 1 comma VwGO tedesco, ai sensi del quale "*attraverso azione si può chiedere l'accertamento dell'esistenza o della inesistenza di un rapporto giuridico o la nullità di un atto amministrativo, qualora l'attore abbia un giustificato interesse ad un pronto accertamento*"[203].

---

[202] Ramajoli M., *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in Caranta R. (diretto da), Il nuovo processo amministrativo, Zanichelli, 578.

[203] Caponi, Azione di nullità (profili di teoria generale), in Riv. Dir civ. 2008, suppl. 59

La tutela di mero accertamento nell'ordinamento giuridico.

Lo stato di incertezza giuridica[204], pur non manifestando la violazione di alcun diritto soggettivo, rappresenta comunque una forma d'inattuazione della legge. La funzione giurisdizionale di mero accertamento interverrebbe quindi, nell'impostazione di Giuseppe Chiovenda, a garantire l'attuazione processuale della legge nei casi in cui, concretandosi uno "*stato di fatto contrario al diritto» non sarebbe tuttavia rinvenibile la «violazione o [...] non soddisfacimento di un diritto"*[205]. La tutela di mero accertamento si presenta dunque come una forma di attuazione della legge stessa: *«fa parte dell'attuazione della volontà della legge anche la sua semplice affermazione come volontà certa nel caso concreto, quando essa è incerta*[206]»".

Incertezza giuridica si avrebbe per Chiovenda tutte le volte in cui intervenga «*un atto o fatto esteriore obbiettivo tale da rendere incerta la volontà concreta della legge alla mente di una persona normale*»[207] tale da produrre un danno ingiusto[208] a determinati soggetti, non altrimenti evitabile o riparabile che con l'accertamento giurisdizionale vincolante «*indipendentemente dall'effettiva realizzazione, dalla condanna, dall'esecuzione forzata*». Andrea Proto Pisani,

---

[204] «Lo stato d'incertezza giuridica può derivare dal fatto di un terzo che abbia stragiudizialmente contestato il diritto dell'attore o si sia vantato di un diritto a suo carico, ma può anche derivare da altri fatti svariati, che, senza colpa dell'attore, diano luogo ad una dannosa incertezza, creando l'interesse ad agire, di cui tocca al giudice discrezionalmente valutare la serietà e l'urgenza», G. Chiovenda, Azioni e sentenze di mero accertamento, in Riv. dir. proc. civ, 1933, 1 ss.

[205] G. Chiovenda, L'azione nel sistema dei diritti, in Saggi di diritto processuale civile, Roma, 1930, I, 81; cfr. anche L. Lanfranchi, op. cit., 47-48.

[206] G. Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, Napoli, 1957, I, 23, il quale nei Principi del diritto processuale civile, 177 specifica: "Non occorre solo che il diritto sia soddisfatto dall'obbligato, ma anche che sia certo come diritto nella società".

[207] G. Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, Napoli, 1957, I, 196.

[208] Il "danno ingiusto", fonte - per Chiovenda - dell'azione di accertamento, si identifica con l'«incertezza obbiettiva», senza alcuna correlazione necessaria con il danno patrimoniale attuale (che può esistere, e allora potrà dare luogo ad un risarcimento, ma può anche non esistere, senza però far venire meno l'interesse ad agire in mero accertamento; interesse che, in definitiva, va rapportato all'«incertezza nell'opinione comune»); L'azione nel sistema dei diritti, Saggi di diritto processuale civile, Roma, 1930, I, 76, 86.

dopo un'attenta analisi delle ipotesi nelle quali il nostro diritto ammette esplicitamente azioni di mero accertamento[209], conclude in senso positivo sull'ammissibilità di forme atipiche di tutela meramente dichiarativa[210].

L'Autore prosegue poi la propria indagine chiedendosi se l'ammissibilità in concreto di azioni di accertamento sia da sottoporre a dei limiti generali di ammissibilità o se invece l'unico setaccio sia costituito dal potere del giudice di verificare, sulla base dell'art. 100 c.p.c., l'interesse ad agire, come sosteneva la dottrina precedente[211]. Tali limiti vengono individuati nei principi generali di economia dei giudizi e di effettività della tutela giurisdizionale. Peraltro, l'analisi di entrambi i principi condurrà l'indagine alla medesima conclusione, e cioè «*di escludere l'ammissibilità della tutela di mero accertamento ogni qual volta l'attore sia in grado di ottenere forme di tutela di condanna, come tali più incisive*»[212].

La giurisprudenza è d'accordo con l'opinione tendente ad individuare l'interesse ad agire con lo stato di incertezza oggettiva, che deve derivare da fatti concreti e non mere supposizioni e che inoltre deve porsi in rapporto di potenziale lesività rispetto al diritto[213].

---

[209] Si tratterebbe del 1 comma dell'art. 949 c.c., che prevede un'azione di accertamento dell'inesistenza dei diritti affermati da altri sulla cosa oggetto di proprietà dell'attore; dell'art. 1079 c.c. nella parte in cui disciplina l'azione di mero accertamento della servitù, esercitabile dal titolare contro chi ne contesta l'esercizio; l'art. 1012, comma 2, c.c. estende all'usufruttuario la legittimazione a proporre le due azioni appena nominate; dell'art. 2653, n. 1, c.c., che implicitamente riconosce l'azione di mero accertamento con riferimento a tutti i diritti reali di godimento su beni immobili; dell'art. 34 c.p.c. che riconosce in via generale la proponibilità di domande di mero accertamento su rapporti pregiudiziali (in senso logico).

[210] «Pur non trattandosi di ipotesi molto numerose, mi sembra che il carattere paradigmatico di alcune di esse (art. 949, art. 2653, n. 1) e il carattere tutto formale di altre (art. 34 c.p.c.), consenta con sufficiente sicurezza di potere concludere nel senso che la tutela di mero accertamento possa essere considerata come una forma atipica di tutela ammessa nel nostro ordinamento per tutte le situazioni di vantaggio e non solo limitatamente ad alcune ipotesi tipiche», A. Proto Pisani, Appunti sulla tutela di mero accertamento, in Riv. dir. proc., 1978, 629.

[211] A. Proto Pisani, op. loc. cit.

[212] A. Proto Pisani, op. cit., 631, 635.

[213] È il caso della sentenza della Cassazione, sez. Lavoro, n. 6356 del 14 luglio 1997 (Cass., sez. Lav., sent. 14 luglio 1997, n. 6356, in Foro it., 1998, I, 900 ss., con nota di E. Fabiani; citata anche da C. Punzi, Il processo civile. Sistema e problematiche, Torino, 2008, 16). In questo caso il giudice di legittimità ebbe modo di affermare che poiché l'impugnazione stragiudiziale del lavoratore «una situazione di incertezza circa l'idoneità dell'accordo transattivo (la cui validità è stata contestata) a conseguire la piena e duratura definizione dell'assetto di interessi fra le parti,

La possibilità di ammettere un'azione di accertamento nel processo amministrativo

Anticipando le conclusioni del presente capitolo possiamo osservare come, sulla scorta delle osservazioni fin qui svolte sull'effettività della tutela e sull'atipicità delle azioni ed in particolare delle pronunce adottabili dal giudice amministrativo, non possa essere revocata in dubbio neanche l'ammissibilità dell'azione di accertamento atipico, la quale si inscrive a pieno titolo nel novero degli strumenti processuali azionabili dal ricorrente nel processo amministrativo [214].

A tale risultato non può del resto opporsi il principio di tipicità delle azioni, in quanto corollario indefettibile dell'effettività della tutela è proprio il principio della atipicità delle forme di tutela.

In questo quadro la mancata previsione, nel testo finale del codice, di una norma esplicita sull'azione generale di accertamento, non è sintomatica della

---

situazione la cui persistenza fino al compimento del termine di prescrizione dell'azione di annullamento può risultare pregiudizievole per il datore di lavoro, non è precluso a quest'ultimo di agire in mero accertamento [. . .] per chiedere nei confronti del lavoratore, una pronuncia dichiarativa da cui risulti la validità dell'accordo». La stessa Corte aveva avuto modo di precisare, in un'occasione precedente, che l'interesse a proporre azione di mero accertamento sussiste solo qualora il risultato voluto non sia conseguibile senza l'intervento del giudice. La questione riguardava la richiesta, avanzata dal datore di lavoro, di accertare la sussistenza della giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento in relazione ad alcuni gravi inadempimenti del lavoratore. La Cassazione ha dichiarato ammissibile il ricorso, sovvertendo il giudizio della Corte d'Appello che invece aveva giudicato la domanda carente di interesse, sulla base della considerazione che l'accertamento giudiziale della giusta causa o giustificato motivo non è necessario ai fini del licenziamento. La Suprema Corte ha invece ritenuto come, nel caso di specie, l'intervento del giudice «non può considerarsi surrogabile dall'esercizio di un diritto potestativo di recesso che, pur legittimandosi in base a modificazioni del rapporto di cui si chiede l'accertamento, produce un risultato giuridico diverso e ulteriore, rispetto a quello che deriverebbe dall'accertamento richiesto al giudice, suscettibile di contestazione giudiziaria tanto in ordine alla situazione giuridica della quale si è chiesto l'accertamento quanto in ordine a ulteriori e diversi profili di diritto o di fatto». L'incertezza oggettiva della configurazione del rapporto, non altrimenti eliminabile che attraverso l'azione di mero accertamento, sarebbe altrimenti valsa ad esporre il datore di lavoro al rischio di dover corrispondere un gravoso risarcimento nel caso in cui si sarebbe successivamente accertata l'insussistenza del requisito necessario al risarcimento.

[214] Sul tema ci si permetta di richiamare F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo,* Roma, 2012, parte I, sez. II, cap. 4.

volontà legislativa di sancire una preclusione di dubbia costituzionalità, ma è spiegabile, anche alla luce degli elementi ricavabili dai lavori preparatori, con la considerazione che le azioni tipizzate, idonee a conseguire statuizioni dichiarative, di condanna e costitutive, consentono di norma una tutela idonea ed adeguata che non ha bisogno di pronunce meramente dichiarative in cui la funzione di accertamento non si appalesa strumentale all'adozione di altra pronuncia di cognizione ma si presenta, per così dire, allo stato puro, ossia senza sovrapposizione di altre funzioni.

Ne deriva, di contro, che, ove dette azioni tipizzate non soddisfino in modo efficiente il bisogno di tutela, l'azione di accertamento atipica, ove sorretta da un interesse ad agire concreto ed attuale ex art. 100 c.p.c., risulta praticabile in forza delle coordinate costituzionali e comunitarie richiamate dallo stesso art 1 del codice oltre che dai criteri di delega di cui all'art. 44 della legge n. 69/2009.

Il soggetto che non ha più interesse, per effetto di impedimenti o sopravvenienze, al conseguimento del bene della vita, ben può limitarsi a chiedere il *minus* dell'accertamento invece del *quid pluris* dato dalla sentenza di annullamento o di condanna.

La soluzione è suffragata anche da un'interpretazione sistematica delle norme dettate dal codice del processo amministrativo che, pur difettando di una disposizione generale sull'azione di mero accertamento, prevedono la definizione del giudizio con sentenza di merito puramente dichiarativa agli artt. 31, comma 4 (sentenza dichiarativa della nullità), 34, comma 3 (sentenza dichiarativa dell'illegittimità quante volte sia venuto meno l'interesse all'annullamento e persista l'interesse al risarcimento), 34, comma 5 (sentenza di merito dichiarativa della cessazione della materia del contendere), 114, comma 4, lett. b (sentenza dichiarativa della nullità degli atti adottati in violazione od elusione del giudicato).

Soprattutto, l'azione di accertamento è implicitamente ammessa dall'art. 34, comma 2, del codice del processo amministrativo, secondo cui "*in nessun caso*

il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati".

Detta disposizione, che riproduce l'identica formulazione contenuta nella soppressa norma del testo approvato dalla Commissione del Consiglio di Stato, dedicata all'azione generale di accertamento, vuole evitare, in omaggio al principio di separazione dei poteri, che il giudice si sostituisca alla pubblica amministrazione esercitando una cognizione diretta di rapporti amministrativi non ancora sottoposti al vaglio della stessa. Detta disposizione non può che operare per l'azione di accertamento, per sua natura caratterizzata da tale rischio di indebita ingerenza, visto che le altre azioni tipizzate dal codice sono per definizione dirette a contestare l'intervenuto esercizio (od omesso esercizio) del potere amministrativo.

Tracciate queste premesse, va riconosciuta la proponibilità di un'azione meramente dichiarativa quando l'esercizio del potere amministrativo, necessario ai sensi del citato art. 34, comma 2, del codice del processo, sia idoneo ad ingenerare situazioni di incertezza sulle quali si fonda l'interesse ad ottenere una pronuncia che dissipi le nubi e spazzi via una *res dubia, ex se* pregiudizievole.

Si pensi al caso in cui, dopo l'adozione di provvedimenti amministrativi autorizzatori anche a contenuto complesso (come l'autorizzazione alla realizzazione di strutture sanitarie, l'autorizzazione alla gestione di nuovi impianti di smaltimento o recupero rifiuti, l'autorizzazione alla costruzione e all'esercizio di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili) sorga, in seguito ai comportamenti o ad atti strumentali dell'amministrazione, incertezza sui limiti del contenuto autorizzatorio del provvedimento.

Un'ulteriore ipotesi in cui sembrerebbe ammissibile un'azione autonoma di accertamento potrebbe ravvisarsi con riferimento alla formazione o ai limiti di operatività del silenzio assenso di cui l'articolo 20 della legge n. 241/1990.

Il titolare dell'autorizzazione non deve attendere per agire in giudizio un eventuale provvedimento restrittivo che escluda sul piano dell' *an* o limiti la

portata del provvedimento ampliativo ma può esercitare un'azione di accertamento, alla quale ha indubbio interesse in relazione all'attività che intende esercitare, tesa ad ottenere una pronuncia che dichiari l'esistenza e la portata del provvedimento permissivo. Del resto sfugge la ragione per cui il privato, che ai sensi dell'articolo 112, comma 5, del codice del processo, è legittimato proporre l' *actio iudicati* al fine di ottenere chiarimenti in merito alle modalità di ottemperanza, non possa agire per ottenere l'accertamento in ordine non ad un provvedimento giurisdizionale ma ad un provvedimento amministrativo.

L'azione di accertamento nel processo amministrativo

Come già ricordato, l'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69 conteneva, una «*delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo*»[215]. Tra i principi e criteri direttivi ai quali il Governo avrebbe dovuto ispirarsi nel riordinare l'ordinamento processuale amministrativo, il n. 3 del comma 2, prescriveva la previsione «*pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa*».

L'azione di accertamento prevista nel testo provvisorio del codice del processo amministrativo all'art. 38 era così formulata: "*1. Chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle consequenziali pronunce dichiarative. 2. Può essere chiesto nel termine di centottanta giorni l'accertamento della nullità di un provvedimento amministrativo. 3. Ad eccezione dell'azione di nullità, l'accertamento non può comunque essere chiesto, salvo quanto disposto dall'articolo 41, comma 4, quando il ricorrente può o avrebbe potuto far valere*

[215] La legge delega autorizzava il Governo a demandare la predisposizione dell'articolato al Consiglio di Stato e attribuiva a tal fine al Presidente dell'istituto il potere di costituire, allo scopo, un'apposita commissione speciale a composizione mista. La composizione della commissione ha registrato la presenza di consiglieri di Stato, magistrati di Tar, magistrati della Cassazione, un rappresentante dell'Avvocatura dello Stato ed esponenti del mondo accademico e forense.

i propri diritti o interessi mediante l'azione di annullamento o di adempimento; l'accertamento non può altresì essere chiesto con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati"[216].

La disposizione, come il resto della sistematica delle azioni, era ispirata chiaramente all'ordinamento processuale amministrativo tedesco, nel quale al § 41 43, abs. 1 del VwGo è stabilito: «mediante azione può essere domandato l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico, o della nullità di un atto amministrativo, qualora l'attore abbia un giustificato interesse a un sollecito accertamento»[217].

Il progetto di codice redatto dalla commissione è stato abbondantemente rimaneggiato dal Governo[218], giustificando la necessità di procedere ad una rielaborazione del testo «d'intesa con il Ministro della economia e delle finanze, al precipuo fine di non introdurre istituti che, anche indirettamente o mediatamente ed in prospettiva temporale di medio periodo, potessero essere suscettibili di determinare incremento di oneri per la finanza pubblica, evidentemente insostenibili nell'attuale fase congiunturale»[219].

---

[216] Dalla relazione predisposta dalla commissione: «E' stata generalizzata l'azione di accertamento, che mira a risolvere situazioni di incertezza relative all'esercizio di poteri pubblici, ad accertare l'esistenza o l'inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle consequenziali pronunce dichiarative. L'azione non è stata limitata alla sola tutela delle posizioni di diritto soggettivo e la sua estensione alle posizioni di interesse legittimo, finalizzata anche a chiarire la portata della regola concretamente posta dal provvedimento amministrativo dopo l'esercizio del potere pubblico, ha richiesto alcuni accorgimenti, già sperimentati e codificati da altri ordinamenti. In particolare, è stato escluso che per le posizione di interesse legittimo l'azione di accertamento possa essere esercitata in modo da eludere il termine di decadenza previsto per l'azione di annullamento (norma simile all'art. 43, comma 2, del Verwaltungsgerichtsordnung nel sistema tedesco). E' stato poi escluso che la nuova azione possa riguardare poteri amministrativi ancora non esercitati e ciò al fine di evitare domande dirette ad orientare l'azione amministrativa pro futuro, con palese violazione del principio della divisione dei poteri. Nella disposizione sull'azione di accertamento è anche esplicitato che può essere chiesto l'accertamento della nullità di un provvedimento amministrativo. Con riferimento sia alla generale azione di accertamento che a quella di nullità non sono stati indicati i termini per il relativo esercizio, considerata la diversità delle fattispecie riferibili alla tipologia di azioni in esame».

[217] La traduzione della VwGo è di G. Falcon-C. Fraenkel, Ordinamento processuale amministrativo tedesco (VwGo), Trento, 2000.

[218] Sulla formazione del codice cfr. R. Chieppa, Il codice del processo amministrativo, Milano, 2011, 32 ss.

[219] Comunicato del Consiglio dei Ministri n. 98 del 24 giugno 2010, riportato da R. Chieppa, op. cit., 41-42.

È stato osservato come la principale preoccupazione per la quale dal testo definitivo è scomparsa la previsione generale sull'azione di accertamento potrebbe essere stata l'eventualità che per il suo tramite il ricorrente potesse eludere il termine decadenziale previsto per l'impugnazione di un atto, attraverso l'esperimento di un'azione volta a far valere l'illegittimità del provvedimento, "mascherata" da azione di accertamento[220], nonostante l'art. 38 del progetto di codice escludesse chiaramente questa ipotesi al comma 4.

La giurisprudenza, dal canto suo, continua a propugnare la validità dell'atipicità delle azioni proponibili, anche nella giurisdizione di legittimità. Sul punto si dimostra chiarissimo un passo della recente pronuncia del TAR Lombardia, Milano, n. 1428 dell'8 giugno 2011: «Il Codice, superando l'assunto della tipicità delle azioni nel processo amministrativo (peraltro già messo in discussione dalla giurisprudenza), prefigura un sistema "aperto" di tutele, in cui sono ammesse pronunce dichiarative (art. 31), costitutive (art. 29), condannatorie (art. 30). Per tale via, nalmente anche per il processo amministrativo, si invera la garanzia costituzionale (art. 24 cost.) che, riconoscendo la giuridicità del potere d'azione e la sua autonomia rispetto alla situazione giuridica sostanziale alla quale pure è correlata, preclude al legislatore di rendere impossibile o comunque difficoltosa la tutela delle posizioni soggettive manovrando la disciplina del processo. Garanzia, sul cui fondamento, la dottrina processualcivilistica ha da tempo tratto il corollario del superamento di un sistema rigido di rimedi tipici in favore di un principio di generale azionabilità degli interessi protetti, con tutti i mezzi dall'ordinamento consentiti. Il richiamo (contenuto nel codice) all'esigenza di una tutela piena ed effettiva[221], in tal senso, conferma che anche il giudice amministrativo è dotato di tutti i poteri necessari alla soddisfazione dei bisogni differenziati. Se l'effettività della tutela giurisdizionale è la capacità del processo di far

[220] In questi termini A. Carbone, Dubbi e incertezze sull'art. 31 del codice del processo amministrativo, in Foro amm. TAR, 2011.
[221] Con espressione ridondante, art. 1, c.p.a.: «La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo».

conseguire i medesimi risultati garantiti dalla sfera sostanziale, anche l'interesse legittimo abbisogna della predisposizione dei rimedi idonei a garantire il conseguimento dell'utilità "primaria" specificatamente oggetto dell'aspettativa riconosciuta dall'ordinamento[222]».

Dell'originaria disciplina sull'azione di accertamento rimangono quattro commi che costituiscono il vigente art. 31 c.p.a.: i primi tre regolano l'azione avverso il silenzio, mentre l'ultimo si occupa della declaratoria di nullità.

Del resto, l'azione di accertamento viene esercitata nel processo amministrativo da tempo e senza dubbi con riferimento ai diritti soggettivi.

Con riferimento agli interessi legittimi il dibattito si è aperto soprattutto da quando il Consiglio di Stato ha ammesso l'azione di accertamento in relazione alla tutela dei terzi avverso la d.i.a. (oggi s.c.i.a.)[223].

Tra gli argomenti portati in quel precedente a favore dell'azione di accertamento con riguardo agli interessi legittimi vi è la non ostatività della mancanza di una norma espressa che preveda l'azione di accertamento nel processo amministrativo.

Sotto questo profilo ricorre nel processo amministrativo una situazione del tutto analoga a quella del processo civile, nel quale pure manca un esplicito riconoscimento normativo generale dell'azione di accertamento (specifiche azioni di accertamento sono previste nel codice civile solo per i diritti reali).

Ciò nonostante, nel processo civile l'azione di accertamento è pacificamente ammessa.

A tale pacifico riconoscimento dell'azione di accertamento nel giudizio civile si giunge partendo dalla premessa concettuale che il potere di accertamento del giudice sia connaturato al concetto stesso di giurisdizione, sicché si può dire che non sussista giurisdizione e potere giurisdizionale se l'organo decidente non

[222] TAR Lombardia, Milano, sent. 8 giugno 2011, n. 1428, in www.giustizia-amministrativa.it.
[223] Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009 n. 717, con riferimento all'ammissibilità dell'azione di accertamento, da proporre nel termine di decadenza, per contestare una d.i.a. edilizia e per sentire pronunciare che non sussistevano i presupposti per svolgere l'attività sulla base di una semplice denuncia di inizio di attività

possa quanto meno accertare quale sia il corretto assetto giuridico di un determinato rapporto.

L'azione di accertamento nel nostro ordinamento non è quindi un'azione "tipica" (come lo è, ad esempio, nel diritto processuale civile l'azione costitutiva ex art. 2908 c.c.), in quanto non è necessario un espresso riconoscimento normativo per ammetterne la vigenza.

L'ammissibilità di tale azione discende di per sé dall'esistenza della giurisdizione che implica appunto lo "ius dicere".

Il silenzio del codice sul punto non può determinare l'inammissibilità dell'azione di accertamento anche perché nello stesso Codice sono presenti diversi tipologie di azioni di accertamento: l'art. 34, comma 5 (pronuncia di merito dichiarativa della cessazione della materia del contendere); l'art. 114, comma 4 (il giudice dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato); gli art. 121 e 122 (il giudice dichiara l'inefficacia del contratto); l'art. 34, relativo alle pronunce del giudice.

Si pensi inoltre alla possibilità positivamente prevista che nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulti più utile per il ricorrente e, in questo caso, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori.

È, quindi, previsto che l'azione di annullamento, non più utile per il ricorrente, possa essere convertita in azione di accertamento dell'illegittimità di un atto (pertanto, anche con riferimento a interessi legittimi), da far valere a fini risarcitori.

L'azione di accertamento è, inoltre, presente nell'art. 31, co. 4 del Codice relativo alla nullità, riguardo al quale, ci si limita in questa sede a rilevare la problematicità dell'introduzione di un discutibile termine di decadenza per l'azione di nullità, con una disposizione che prevede anche che la nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice[224].

[224] Quindi, se il privato ricorrente chiede l'accertamento della nullità di un atto deve rispettare il termine di decadenza di 180 giorni, ma se l'accertamento della nullità viene chiesto dalla parte

Pertanto, all'indomani dell'entrata in vigore del Codice si era concluso che l'azione di accertamento resta ammissibile anche nel processo amministrativo, spettando alla giurisprudenza delimitarne i contenuti anche con riguardo agli interessi legittimi[225].

Conferme giurisprudenziali

Tali conclusioni sono state confermate dalla giurisprudenza.

In particolare l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011, esaminando la questione della tutela del terzo avverso la d.i.a. (o s.c.i.a.) ha affermato che il terzo può agire chiedendo l'annullamento del provvedimento per silentium con cui la p.a., esercitando in senso negativo il potere inibitorio, riscontra che l'attività è stata dichiarata in presenza dei presupposti di legge e, quindi, decide di non impedire l'inizio o la protrazione dell'attività dichiarata.

Secondo il Consiglio di Stato, l'assenza di una previsione legislativa espressa non osta all'esperibilità di un'azione di tal genere quante volte, detta tecnica di tutela sia l'unica idonea a garantire una protezione adeguata ed immediata dell'interesse legittimo.

Sviluppando il discorso già avviato dall'Adunanza Plenaria con la richiamata decisione n. 3/2011, si deve, infatti, ritenere che, nell'ambito di un quadro

---

resistente (che in genere è l'amministrazione) tale limite temporale non si applica, come non si applica se il giudice rileva d'ufficio la nullità. Il sistema non è chiaro e non sembra essere simmetrico: l'atto nullo è inefficace di diritto, ma in questo caso l'invalidità non può essere fatta valere da chi ha interesse a contestare l'atto, decorsi 180 giorni, ma se la stessa nullità viene invocata - ad esempio - dall'amministrazione per sottrarsi dall'applicazione di un atto nullo favorevole ad un privato, non vi è alcun termine di decadenza per far valere il vizio. Peraltro, il termine di decadenza di 180 giorni assomiglia di più al termine di decadenza per l'azione di annullamento, che non ai tre anni che ad esempio l'art. 2379 c.c. fissa per l'esercizio dell'azione di nullità in materia di delibere societarie.

[225] R. CHIEPPA, *Disciplina delle azioni, azione di accertamento e azione di condanna nel Codice del processo amministrativo*, Relazione tenuta al convegno di Lecce sul Nuovo processo amministrativo del 12-13 novembre 2010, in www.dirittoeformazione.it/speciali *e in* AA.VV., *Il «meritevole di tutela»: scenari istituzionali e nuove vie di diritto*, a cura di G. DE GIORGI CEZZI, P.L. PORTALURI, F.F. TUCCARI, F. VETRÒ, Napoli, 2012

normativo sensibile all'esigenza costituzionale di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, la mancata previsione, nel testo finale del codice del processo, dell'azione generale di accertamento non precluda la praticabilità di una tecnica di tutela, ammessa dai principali ordinamenti europei, che, ove necessaria al fine di colmare esigenze di tutela non suscettibili di essere soddisfatte in modo adeguato dalle azioni tipizzate, ha un fondamento nelle norme immediatamente precettive dettate dalla Carta fondamentale al fine di garantire la piena e completa protezione dell'interesse legittimo (artt. 24, 103 e 113).

Anche per gli interessi legittimi, infatti, come pacificamente ritenuto nel processo civile per i diritti soggettivi, la garanzia costituzionale impone di riconoscere l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo, con particolare riguardo a tutti i casi in cui, mancando il provvedimento da impugnare, una simile azione risulti indispensabile per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente.

Con riferimento all'arco di tempo anteriore al decorso del termine perentorio fissato dalla legge per l'esercizio del potere inibitorio relativo alla d.i.a. (o alla scia), non essendosi ancora perfezionato il provvedimento amministrativo tacito e non venendo in rilievo un silenzio-rifiuto, la Plenaria ha chiarito che è esperibile l'azione di accertamento atipica (ammissibile nel processo amministrativo) tesa ad ottenere una pronuncia che verifichi l'insussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto della denuncia, con i conseguenti effetti conformativi in ordine ai provvedimenti spettanti all'autorità amministrativa.

Oggetto dell'accertamento invocato con l'azione iniziale non può essere solo la mera sussistenza o insussistenza dei presupposti per svolgere l'attività sulla base di una semplice denuncia ma, in coerenza con i caratteri della giurisdizione amministrativa come giurisdizione avente ad oggetto l'esercizio del potere amministrativo ai sensi dell'articolo 7, comma 1, del codice, la sussistenza o l'insussistenza dei presupposti per l'adozione dei provvedimenti interdittivi

doverosi, e, quindi, la fondatezza dell'interesse pretensivo all'uopo azionato del terzo.

Al di là della validità della soluzione individuata per la tutela del terzo avverso la d.i.a. o la scia assume importanza generale il riconoscimento dell'ammissibilità dell'azione di accertamento anche in relazione a posizioni che la stessa Plenaria qualifica come interessi legittimi.

Viene affermato che, ove altre azioni tipizzate non soddisfino in modo efficiente il bisogno di tutela, l'azione di accertamento atipica, ove sorretta da un interesse ad agire concreto ed attuale ex art. 100 c.p.c., risulta praticabile in forza delle coordinate costituzionali e comunitarie richiamate dallo stesso art 1 c.p.a..

Il riconoscimento dell'ammissibilità in termini generali dell'azione di accertamento mantiene la sua importanza, nonostante anche in questo caso vi sia stato un intervento definito "*restauratore*"[226] da parte del Governo, poi confermato dal legislatore.

Infatti, con l'art. 6 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148, è stato aggiunto il comma 6-ter all'articolo 19, della legge 7 agosto 1990, n. 241, che prevede che "*La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'articolo 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. "104*".

Dopo tale intervento normativo la tutela del terzo avverso la d.i.a. o la s.c.i.a. torna indietro di qualche anno e torna a consistere nella possibilità di chiedere all'amministrazione di esercitare i propri poteri inibitori, con l'eventuale esercizio del ricorso avverso il silenzio in caso di inerzia o con l'eventuale impugnazione del diniego espresso.

[226] Chieppa R., Sull'effettività della tutela, in www.giustizia-amministrativa.it

Ciò, tuttavia, non incide sulla questione dell'ammissibilità dell'azione di accertamento anche con riferimento a posizioni di interesse legittimo.

Sebbene la disciplina delle azioni non contenga una disposizione generale sulle azioni di accertamento, l'espressa previsione della possibilità di chiedere l'accertamento delle nullità (art. 31 ultimo comma), lascia propendere per la tesi di quanti, a prescinderne dalla positivazzazione, ritengono non in contrasto con le peculiarità del processo amministrativo la proposizione di un'autonoma azione di accertamento. Da più parti, infatti, si è sostenuto che nella tutela piena dell'interesse legittimo possa rientrare anche l'esigenza di eliminare l'incertezza giuridica. D'altronde anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha confermato l'ammissibilità di un'azione autonoma di accertamento, svincolata dall'impugnazione dell'atto seppur sottoposta al medesimo termine decadenziale di 60 giorni (ex multis v. Cons. St. sez. VI, n. 717/2009, in materia di dichiarazione di inizio attività).

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 717 del 2009[227], ha affermato come "*sulla base dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha investito, nell'ultimo decennio, la nozione di interesse legittimo deve ammettersi l'esperibilità, anche nel processo amministrativo, di un'azione di mero accertamento*".

Il ragionamento muove dalla considerazione dei cambiamenti concettuali che hanno investito la figura dell'interesse legittimo, ammorbidendo l'atteggiamento di rigida chiusura nei confronti della tutela dichiarativa[228], che, da figura «utilizzata originariamente per contrassegnare situazioni sostanziali che non raggiungevano la soglia di tutela propria del diritto soggettivo, serve oggi anche a contrassegnare il nucleo di facoltà che, all'interno del diritto soggettivo,

[227] Cons. Stato, sez. VI, sent. 9 febbraio 2009, n. 717, in Giur. it., 2009, 1812.

[228] La decisione fa esplicito riferimento alla sentenza della Cassazione n. 30254 del 23 dicembre 2008, secondo la quale «sono ormai definitivamente tramontate precedenti ricostruzioni della figura dell'interesse legittimo e della giurisdizione amministrativa, che il primo configuravano come situazione funzionale a rendere possibile l'intervento degli organi di giustizia amministrativa, e della seconda predicavano la natura di giurisdizione di tipo oggettivo, e dunque di mezzo volto a rendere possibile, attraverso una nuova determinazione amministrativa, il ripristino della legalità violata e solo indirettamente a realizzare l'interesse del privato».

possono essere esercitate solo a seguito del positivo esercizio da parte della P.A. dal suo potere conformativo»[229].

Dunque, a seguito di questi mutamenti anche agli interessi legittimi debbono essere assicurate le medesime garanzie previste per i diritti soggettivi, come del resto espressamente sancito dall'art. 24 della Costituzione[230].

D'altronde sarebbe da registrare un cambiamento dell'oggetto del giudizio amministrativo, che non rigurda più semplicemente la legittimità del singolo atto impugnato, ma abbraccia l'intero rapporto instaurato tra privato ed amministrazione[231].

---

[229] «In questi casi, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario sulla titolarità del diritto, quello amministrativo giudica del suo contenuto, del suo grado di tutela, a seconda che venga o meno in conitto con interessi di rilevanza pubblicistica (urbanistica, ambiente, paesaggio ecc.)».

[230] Cons. Stato, sent. 717/2009, in www.giustizia-amminisrtativa.it : «In tal senso si è chiaramente espressa la Corte Costituzionale con la sentenza 6 luglio 2004, n. 204. La Corte ha sottolineato che l'art. 24 della Costituzione assicura agli interessi legittimi "le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice e alla effettività della tutela che questi deve loro accordare". La stessa attribuzione al Giudice amministrativo del potere di disporre il risarcimento del danno ingiusto anche nell'ambito della competenza generale di legittimità (ex art. 7 delle Legge n. 205 del 2000) affonda le sue radici, secondo la Corte, nell'art. 24 della Costituzione "il quale garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri"». Sull'equiparazione, proprio sul terreno della tutela giurisdizionale, fra interesse legittimo e diritto soggettivo, M. Clarich, Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 2005, 557 ss. e, con riferimento all'introduzione del codice del processo, Id., Il nuovo codice del processo amministrativo. Le azioni, in Giorn. dir. amm., 2010, 1123 ss. In questi termini si era già espresso anche G. Greco, L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo, Milano, 1980, 174: «quando l'Autorità amministrativa omette di operare nel senso anzidetto o provvede in modo variamente illegittimo deve ovviamente soccorrere il sistema giurisdizionale che, in tanto può dirsi dotato di effettività, in quanto riesce a realizzare - attraverso strumenti processuali magari diversi - un assetto di rapporti che sia conforme a quello astrattamente previsto dall'ordinamento: a questo scopo, il problema dell'accertamento giurisdizionale del rapporto amministrativo assume un ruolo fondamentale».

[231] «Citando ancora la recente sentenza delle Sezioni Unite n. 30254/2008, più indici normativi testimoniano la trasformazione in atto dello stesso giudizio sulla domanda di annullamento, da giudizio sul provvedimento a giudizio sul rapporto. Basti pensare: all'impugnazione con motivi aggiunti dei provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso (art. 21, primo comma, l. Tar, modificato dall'art. 1 l. n. 205/2000); al potere del giudice di negare l'annullamento dell'atto impugnato per vizi di violazione di norme sul procedimento, quando giudichi palese, per la natura vincolata del provvedimento, che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (art. 21-octies l. n. 241/1990, introdotto dall'art. 21 bis l. n. 15/2005); al potere del giudice amministrativo di conoscere la fondatezza dell'istanza nel giudizio avverso il silenzio-rifiuto (art. 2, comma 5, l. n. 241/1990, come modificato dalla l. n. 80/2005 in sede di conversione del d.l. n. 35/2005). Il giudizio amministrativo, rimane perciò, un giudizio sull'atto, ma in una versione diversificata a seguito della normativa sopravvenuta, nella quale va inclusa quella in esame, nel senso che il

Sempre a giudizio del Consiglio di Stato, nemmeno l'ostacolo derivante dalla mancanza di una norma espressa che preveda l'azione di accertamento nel processo amministrativo sarebbe decisivo. Nel processo civile, infatti, pur non essendo esplicitamente regolata l'azione di accertamento nel codice di rito, questa, come si è visto, è pacificamente ammessa ed è opinione comune che si tratti di una forma di tutela atipica: «[l]'ammissibilità di tale azione discende di per sé dall'esistenza della giurisdizione che implica appunto lo *ius dicere*»[232].

Ad esigere l'esperibilità dell'azione dichiarativa sarebbe poi il principio di effettività e strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale, ricavabile dall'art. 24 della Costituzione, né tantomento «a tale risultato può opporsi il principio di tipicità delle azioni, in quanto, come è stato di recente rilevato, uno dei corollari dell'effettività della tutela è anche il principio di atipicità delle forme di tutela, non diversamente da quello che accade nel processo civile»[233].

---

rapporto di cui il giudice amministrativo accerta la legittimità o è quello già riflesso nell'atto impugnato o è quello di cui il ricorrente pretende la trasfusione in un successivo atto della p.a., mediante l'esecuzione del giudicato nel caso di perdurante inerzia della p.a.».

[232] Cons. Stato, sent. 717/2009, che prosegue: «La tipicità dell'azione di annullamento era coerente con la visione originaria del processo amministrativo come un processo impostato sulla tutela degli interessi legittimi oppositivi ai quali corrispondeva una pretesa a un "non facere" in capo all'amministrazione, cioè un dovere di astensione dall'emanare il provvedimento restrittivo della sfera giuridica dell'interessato. L'art. 45 del T.U. e l'art. 26, comma 2, della legge istitutiva dei T.A.R. che individuano come unico dispositivo di accoglimento la sentenza di annullamento rispecchiavano perfettamente tale visione. Una siffatta visione non corrisponde più all'evoluzione legislativa e giurisprudenziale che ha attribuito rilevanza e pari dignità agli interessi legittimi pretensivi». Tuttavia già G. Abbamonte, Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza, in Scritti in onore di Massimo Severo Giannini, Milano, 1988, I, 9: «la norma che accorda la tutela giudiziaria agli interessi dei singoli e degli enti nei confronti della p.a. è posta in termini generali nello stesso ordinamento del processo amministrativo (art. 26 del t.u. 26 giugno 1924 n. 1054 e art. 4 della l. 6 dicembre 1971 n. 1034); sicché le formule previste dalla legge per le disposizioni che il giudice amministrativo può emettere, non possono essere invocate per limitarne i poteri cognitori né quelli decisori (cfr. Cons. St., Sez. IV, 8 maggio 1986 n. 326; Sez. V, 4 marzo 1985 n. 127), ma sono, come si vedrà, moduli aggiuntivi che non impediscono particolari tipi di pronunce da parte del giudice amministrativo, tanto che nello stesso ordinamento processuale amministrativo non mancano norme che hanno espressamente escluso l'esame di determinate questioni (art. 30, comma 2, t.u. n. 1054)».

[233] Cons. Stato, sent. 717/2009; il principio è stato poi nuovamente affermato in Cons. Stato, sez. VI, sent. 15 aprile 2010, n 2139. Secondo M. Clarich, Tipicità delle azioni e azione di adempimento, in Dir. proc. amm., 2005, 570, per la tutela di condanna e la tutela di accertamento «non si rinviene né in Costituzione, né in altre disposizioni del legislatore ordinario, alcuna norma che sembri assoggettarle ad un principio di stretta tipicità».

Le azioni di accertamento tipiche (cenni).

All'interno del codice sono presenti azioni di accertamento tipiche.

L'art. 31, co. 1 del codice, rubricato "Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità" prevede infatti che "*Decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere*"

È stato messo in evidenza come il solo elemento discriminante tra il giudizio sul silenzio e il giudizio sull'annullamento sarebbe rappresentato dal tipo di pronuncia: «il giudice del silenzio-inadempimento [. . .] non procede più all'annullamento di ciò che atto non è, ma conclude il giudizio con una sentenza meramente dichiarativa dell'obbligo di procedere o dell'obbligo di provvedere» [234].

Senonché, come già ampiamente evidenziato, il tratto distintivo della sentenza di mero accertamento e la sua funzione si condensano nella chiovendiana eliminazione dello stato di incertezza o, come più recentemente osservato, nella circostanza per la quale «il bisogno di tutela giurisdizionale è soddisfatto [. . .] dalla sola immutabilità dell'accertamento contenuto nella sentenza», in quanto l'attore «senza l'accertamento giudiziale del suo diritto o dell'inesistenza del diritto altrui non potrebbe eliminare quel danno consistente

[234] G. Greco, L'accertamento autonomo del rapporto, Milano, 1980, 15-16, mette in evidenza come «il disegno complessivo che emerge è quello di un giudizio di accertamento modellato sul tipo del consueto giudizio di annullamento», cosicché «la innovazione relativa al tipo di pronuncia non incide sull'oggetto del giudizio. Tale innovazione ha soltanto il merito di eliminare definitivamente l'incongruenza logica - ampiamente denunciata dalla dottrina - di una sentenza cassatoria applicata ad un mero fatto omissivo». Secondo F. G. Scoca, Il silenzio della pubblica amministrazione, Milano, 1971, 294-295, «il giudice amministrativo, adito in seguito alla formazione del silenzio, deve, a mio avviso, centrare la sua attenzione, non tanto sull'accertamento dell'obbligo di provvedere, quanto su tutti gli aspetti del rapporto amministrativo, e deve fornire all'Amministrazione che dovrà provvedere, l'adattamento puntuale al caso concreto della disciplina giuridica risultante, in astratto e in generale, dalle diverse fonti normative. L'oggetto del giudizio non è pertanto l'obbligo di provvedere, ma il concreto rapporto amministrativo: il sopraggiungere di un provvedimento non fa venir meno, pertanto, l'oggetto del giudizio, ma, essendo portatore della disciplina concreta del rapporto, semmai lo amplia».

negli effetti pregiudizievoli della contestazione o affermazione del convenuto» [235].

Il semplice accertamento del silenzio-inadempimento non sarebbe di per sé sufficiente a soddisfare l'interesse del ricorrente, che invece aspira ad ottenere il "bene della vita", oggetto del suo interesse legittimo. In particolare, quanto enunciato nel comma 3 dell'art. 31, c.p.a., secondo il quale «il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità», condurrebbe a ragionare maggiormente in termini di azione di adempimento piuttosto che di accertamento.

Rimarrebbe così all'ambito delle pronunce dichiarative solo il caso in cui, per la natura discrezionale del potere non ancora esercitato, non sarebbe consentito al giudice amministrativo di pronunciare il giudizio di spettanza sul bene della vita che interessa al ricorrente.

Sempre all'art. 31, comma 4, il codice prevede espressamente la possibilità di ottenere una pronuncia dichiarativa della nullità del provvedimento amministrativo, per le ipotesi previste all'art. 21 septies della legge n. 241/1990. Peraltro, l'intervento del legislatore sul punto era auspicato non tanto con riferimento all'ammissibilità dell'azione (pacifica, in seguito alla positivizzazione delle ipotesi generali di nullità del provvedimento accanto alle nullità testuali già previste in specifiche materie) quanto piuttosto per i contrasti sorti in merito all'imprescrittibilità dell'azione, alla rilevabilità d'ufficio ed ai confini con l'azione di ottemperanza. La soluzione normativa ha previsto un termine decandenziale di 180 giorni per la proposizione della domanda, stabilendo quindi la prevalenza delle esigenze di stabilità e certezza dell'azione amministrativa sull'imprescrittibilità riconosciuta, invece, per le nullità tipiche dell'ordinamento civile (non mancano tuttavia anche in tale ambito nullità atipiche sottoposte a termini decadenziali). Tale carattere, tuttavia, riacquista forza nel momento in cui si ammette l'imprescrittibilità dell'eccezione di

[235] A. Proto Pisani, La tutela di mero accertamento, in Riv. trim dir proc. civ., 1979.

nullità, opponibile dalla parte resistente, e della rilevabilità d'ufficio da parte del giudice. Sul punto, tuttavia, restano i dubbi in merito ai limiti del potere di rilevamento del giudice, oggetto di copiosa giurisprudenza da parte del giudice ordinario (secondo cui la rilevabilità deve essere coordinata con il principio della domanda ex art. 112 c.p.c.) e che dovrebbe essere circoscritto anche nel processo amministrativo alle nullità che emergano dagli atti di causa senza necessità di ulteriori indagini. Nell'ultimo periodo l'art. 31 stabilisce che le disposizioni dettate in tema di declaratoria di nullità non si applicano alle ipotesi di nullità per violazione o elusione del giudicato, che seguiranno il regime del giudizio di ottemperanza.

La giurisprudenza si rifiutava in passato di ammettere un'azione di nullità proponibile dall'interessato in via principale, motivando tale presa di posizione affermando la mancanza di effetti lesivi per l'interessato[236]. Si cercava tuttavia di soddisfare ugualmente l'interesse di chi aveva agito per l'accertamento della nullità dichiarando il ricorso inammissibile per carenza di interesse di fronte ad un provvedimento inefficace[237].

Il giudice amministrativo, poi, nonostante una sentenza così formulata vedrebbe formalmente solo il privato soccombente, ha generalmente considerato l'amministrazione come soggetto legittimato ad appellare la sentenza di rito: «*la sentenza di primo grado contiene un giudizio sull'efficacia dell'atto impugnato [di tal che] la sentenza appare idonea a fare stato - qualora passi in giudicato non solo riguardo all'inammissibilità del ricorso ma, altresì, riguardo alla causa di tale inammissibilità e cioè alla attuale inefficacia del*

[236] L'opinione è riscontrabile già in Cons. Stato, sent. 28 gennaio 1949, n. 23, citata da F. Luciani, Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo, Torino, 2010, 180; P. Stella Richter, Per l'introduzione dell'azione di mero accertamento nel giudizio amministrativo, in Giust. civ., 1988, 388 ss.

[237] Tra le tante TAR Puglia, Bari, sez. III, sent. 19 ottobre 2006, n. 3740: nella fattispecie era stato impugnato un provvedimento con il quale l'amministrazione aveva sospeso un provvedimento già annullato in sede giurisdizionale. Il giudice amministrativo ha ritenuto il provvedimento nullo per mancanza dell'oggetto, ne ha rilevato d'ufficio la nullità ed ha dichiarato inammissibile il ricorso per carenza di interesse, «stante la declaratoria di nullità dell'atto gravato che, in quanto tale, non è produttivo di alcun effetto lesivo».

provvedimento [. . .]. Per effetto di quella sentenza l'amministrazione non potrà dare esecuzione al provvedimento»[238].

L'orientamento giurisprudenziale del quale ci si sta occupando attribuiva sostanzialmente valore di pronuncia principale con efficacia di cosa giudicata a statuizioni che sarebbero formalmente incidentali; con un utilizzo "atipico" della sentenza di inammissibilità si sarebbe mascherata una pronuncia di accertamento[239].

Il sillogismo inefficacia dell'atto - assenza di lesione - mancanza di interesse attuale all'azione - inammissibilità del ricorso, non appare del tutto convincente. In verità, proprio quell'«*apparenza di efficacia*» dell'atto nullo, così forte nel caso in cui si tratti di atto amministrativo, concorre ad attribuire rilevanza collaterale all'atto nullo, in fattispecie diverse da quella normativamente prevista, nelle quali si ha la produzione di tutti gli effetti atipici dei quali l'atto è capace.

Rimane quindi il problema della qualifica da attribuire al rimedio di tutela giurisdizionale assegnato al privato titolare di un interesse legittimo di fronte al provvedimento nullo[240].

Il d. lgs. n. 104 del 2010 ha codificato per la prima volta l'azione di nullità nel processo amministrativo. Rimangono comunque attuali le notazioni di chi, prima dell'entrata in vigore del codice, affermava: «*di fronte ad un provvedimento nullo, il privato invoca anche una tutela "costitutiva": nel senso che lo stesso privato ha necessità che il giudice intervenga (oltre che per*

[238] Cons. Stato, sez. IV, sent. 10 novembre 1981, n. 866, con nota di G. Vacirca, Sentenze di ritto e cosa giudicata, in Foro amm., 1982, 390.

[239] F. Luciani, Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo, Torino, 2010, 181.

[240] Prima del codice del processo si giungeva a conclusioni diverse nel caso in cui si trattasse di interessi legittimi pretensivi od oppositivi. Nel primo caso, si affermava, «la decisione nulla, priva di e-cacia (tipica), rappresenta l'inadempimento all'obbligo di provvedere. Di fronte ad un atto nullo può dunque ritenersi attivabile l'azione ex art. 21-bis, l. TAR (che è azione di accertamento), volta a dichiarare la nullità dell'atto e conseguentemente ad imporre all'amministrazione l'adozione di un atto (valido ed) efficace», F. Luciani, Inefficacia e rilevanza dell'atto amministrativo nullo. Considerazioni sull'azione di nullità di fronte al giudice amministrativo nullo, in www.giustamm.it. «Viceversa, i titolari di interessi oppositivi hanno interesse ad agire (anche) per far dichiarare la nullità dell'atto», F. Luciani, Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo, Torino, 2010, 182.

dichiarare la mancanza degli effetti tipici) per rimuovere l'energia giuridica che l'atto nullo è comunque in grado di sviluppare; a pensarci bene, si tratta proprio di quell'accertamento costitutivo (e satisfattivo) che il giudice amministrativo ha ritenuto di attribuire indirettamente all'interessato, mediante la sentenza di inammissibilità del ricorso[241]».

Tracce di questo ragionamento sarebbero rinvenibili nello schema predisposto dalla Commissione per il riordino del processo amministrativo, all'art. 45, comma 1, lett. d): «il giudice [. . .] dichiara la nullità del provvedimento, ordinando la rimozione degli eventuali effetti».

Sul punto si segnala come la giurisprudenza[242] di recente abbia adottato, all'esito di un giudizio sull'accertamento della nullità di un provvedimento amministrativo per mancata sottoscrizione, nel dispositivo della sentenza la formula "*annulla il provvedimento impugnato*".

Il TAR in questione, distaccandosi dall'impostazione tradizionale favorevole ad una pronuncia di inammissibilità per difetto di interesse, non si è limitato ad un accertamento dichiarativo della nullità dell'atto ma ha operato un accertamento costitutivo idoneo a rimuovere le eventuali modificazioni già intervenute nell'assetto di interessi tra le parti[243].

Un'ulteriore pronuncia dichiarativa è quella prevista all'art. 34, co. 5, del codice secondo cui "*qualora nel corso del giudizio la pretesa del ricorrente*

---

[241] F. Luciani, Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo, Torino, 2010, 183.

[242] TAR Sicilia, Catania, sez. I, 2 dicembre 2011, n. 2833

[243] in tal senso TAR Puglia, Bari, sez. III, 26 ottobre 2005, n. 4581, secondo cui accanto all'accertamento il giudice può "*emettere una statuizione di annullamento*", venendo incontro all'esigenza che "*l'atto venga eliminato anche sul piano formale*". Sulla pronuncia di inammissibilità del ricorso in caso di provvedimento nullo per mancanza di sottoscrizione, v. TAR Puglia, Lecce, sez. I, 12 maggio 2011, n. 825, in Foro amm. TAR, fasc. 5, 2011. In dottrina A. Carbone, *Dubbi e incertezze sull'art. 31 del Codice del processo amministrativo*, in questa *Rivista*, 2011, pp. 1089 ss.; F. Luciani, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, Torino, 2010; A. Carbone, *Nullità e azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2009, 795 ss.; N. Paolantonio, *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, 2007, 865 ss.; V. Caianiello, *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in questa *Rivista*, 1980, 855 ss.

risulti pienamente soddisfatta, il giudice dichiara cessata la materia del contendere"[244].

Per completezza di esposizione, qualche cenno verrà dedicato agli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo, che sembrano prevedere la pronuncia dichiarativa dell'inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione.

[244] Tale disposizione innova rispetto al passato, ponendo fine al dibattito in merito alla natura di merito o di rito di una pronuncia sulla cessata materia del contendere.

Tralasciando l'evoluzione del dibattito dottrinario e giurisprudenziale sulla

sorte del contratto[245], ci soffermeremo solo sulla configurabilità o meno in termini di accertamento di tali pronunce.

Il d.Lgs. n. 53/2010 ha provveduto a recepire in Italia la Direttiva n. 66/2007 CE introducendo alcune modiche alla disciplina dei contratti pubblici (nuove norme per l'accesso agli atti di gara, previsione del c.d. stand still nonché di un termine dilatorio per la stipulazione del contratto nel caso di ricorso giurisdizionale, diverse regole sulla comunicazione degli atti di gara, avviso

[245] Il tradizionale insegnamento della Cassazione riteneva annullabile il negozio stipulato a conclusione di una procedura di aggiudicazione successivamente dichiarata illegittima dal giudice amministrativo. Gli atti amministrativi che avevano preceduto la stipulazione del contratto venivano considerati strumenti di integrazione della capacità e della volontà dell'ente pubblico»; coerentemente con il disposto dell'art. 1444 c.c., veniva offerta all'amministrazione la facoltà di convalidare il contratto a condizione che, oltre a conoscere la specifica causa di invalidità, avesse compiuto un atto di esecuzione del contratto stesso. La stessa giurisprudenza precisava anche che, in accordo con l'art. 1441 c.c., l'azione (o l'eccezione) potesse essere esperita (o sollevata) unicamente dal soggetto che aveva manifestato la volontà viziata, quindi dalla stessa amministrazione, e che l'invalidità non poteva essere dedotta per la prima volta in sede di legittimità (Cass., sez. II, sent. 8 maggio 1996 n. 4269, in Nuova giur. civ. comm., 1996, 518 ss.). Al privato - non aggiudicatario e ricorrente vittorioso innanzi al giudice amministrativo - era preclusa quindi la possibilità di chiedere la dichiarazione di invalidità del contratto, mancando della necessaria legittimazione ad agire per l'annullamento del negozio. Nel tentativo di superare questa obiezione, si proponeva il ricorso alla categoria della nullità per contrarietà a norme imperative (art 1418, comma 1, c.c.), della nullità del contratto per mancanza di accordo (art. 1418, comma 2, e 1325 c.c.) oppure per illiceità della causa. Per un primo indirizzo, infatti, la disciplina sulle procedure di evidenza pubblica doveva qualicarsi come imperativa con conseguente applicazione dell'art. 1418, comma 1, c.c. e relativa dichiarazione di nullità . Tale ricostruzione, per un verso, appariva coerente con il principio della c.d. nullità virtuale (consentendo di superare l'obiezione basata sulla violazione della regola dell'annullabilità testuale prima ricordata) e, per altro verso, permetteva anche al privato, e non solo alla pubblica amministrazione, di intraprendere il giudizio per ottenere la rimozione del contratto, spettando la legittimazione all'azione di nullita' a chiunque avesse interesse (art. 1421 c.c.). Per un secondo indirizzo il contratto andava qualificato come nullo per mancanza di accordo: poiché la procedura tende a selezionare la migliore offerta contrattuale, una volta annullati dal giudice amministrativo gli atti di gara con efficacia retroattiva, non poteva considerarsi esistente la volontà dell'amministrazione diretta alla formazione del contratto e, dunque, mancava il requisito dell'accordo. Per altro orientamento ancora il negozio era da considerarsi nullo per illiceità della causa in considerazione del fatto che la violazione delle disposizioni relative alla corretta selezione del contraente privato alteravano la funzione economico-sociale svolta dall'atto di autonomia negoziale imponendone la declaratoria di nullità. La ragione principale per cui la tesi della nullità non e' riuscita ad imporsi andava ricercata nel fatto che chiunque avrebbe potuto proporre la relativa azione in ogni tempo anche a prescindere da una rituale e tempestiva impugnazione del provvedimento viziato nel termine di decadenza proprio del giudizio amministrativo. In altri termini, vi era il rischio che potesse essere chiesta la dichiarazione di nullita' del contratto anche a distanza di anni e senza il preventivo annullamento della procedura di evidenza pubblica. In giurisprudenza era anche stato proposto di considerare il contratto concluso dopo una gara illegittima automaticamente caducato, per il rapporto di stretta consequenzialità esistente tra la procedura di evidenza pubblica e il negozio. La soluzione più seguita era comunque quella che si focalizzava sull'inefficacia del contratto. La direttiva

volontario per la trasparenza preventiva, ecc) e riformando complessivamente il processo nelle controversie in materia di appalti (ampliamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale, eliminazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato, coordinamento dei termini di proposizione del ricorso con quello di stand still, accelerazione complessiva del processo, ecc.).

Gli artt. 9 e 10, in particolare, hanno introdotto nel Codice dei contratti pubblici gli artt. 245-bis e 245 ter - ora confluiti negli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo - che disciplinano, rispettivamente, l'«inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni» e l'«inefficacia del contratto negli altri casi».

L'inefficacia del contratto è la traduzione di diritto interno, operata dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato, della locuzione "privazione di effetti" contenuta nella direttiva n. 2007/66/CE, e mantenuta nella norma di delega (art. 44, comma 3, lett. h, della L. n. 88 del 2009).

L'art. 121 c.p.a. regola l'inefficacia a seguito della commissione di "violazioni gravi". In queste ipotesi il giudice è tenuto a dichiarare l'inefficacia, precisando se questa debba operare ex tunc o ex nunc «*in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto*»[246].

Giova sottolineare come l'art. 2-quinquies, par. 1 della direttiva, nel prevedere l'inefficacia del contratto, specifica che lo stesso sia considerato privo di detti da un organo di ricorso indipendente, o che la sua privazione di effetti

66/2007 CE ha modicato le direttive 89/665/CEE (sui settori ordinari) e 92/13/CEE (sui settori speciali) mediante l'inserimento in entrambe di un art. 2-quinquies rubricato "Privazione di effetti".

[246] La declaratoria nel caso di violazioni gravi si configurerebbe come un vero e proprio dovere, M. Lipari, Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto, in www.federalismi.it, 2010: «in tali eventualità l'inefficacia è obbligatoria, salvo l'eccezionale potere del giudice di conservare gli eetti del contratto»; cfr. anche E. Sticchi Damiani, Annullamento dell'aggiudicazione e ine-cacia funzionale del contratto, in www.giustamm.it ; R. De Nictolis Il recepimento della direttiva ricorsi, in www.giustizia-amministrativa.it ; V. Lopilato, Categorie contrattuali, contratti pubblici e nuovi rimedi previsti dal decreto legisslativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi, in www.giustizia-amministrativa.it.

sia la conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso», enucleando un'alternativa che evoca la distinzione tra una pronuncia (meramente) dichiarativa ed una pronuncia costitutiva.

Il tredicesimo considerando, inoltre, precisa che «la carenza di effetti non dovrebbe essere automatica, ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente o dovrebbe essere il risultato di una decisione di quest'ultimo» (conformemente il ventitreesimo considerando parla chiaramente di "annullamento dell'appalto").

Il comma 2 dello stesso art. 121 prevede il mantenimento dell'efficacia del contratto «anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti».

Così sintetizzata la norma, è senz'altro condivisibile, l'affermazione secondo cui «la norma esprime indubbiamente un criterio di forte rigore, rafforzando l'idea che l'inefficacia rappresenta il principio, mentre la conservazione puo' affermarsi solo in seguito all'accertamento puntuale di particolari situazioni di fatto»[247].

Non ci si può peraltro esimere dal rilevare come la portata della pronuncia di inefficacia possa risultare condizionata dal contenuto delle allegazioni difensive svolte dalle parti, come dimostra, su piani chiaramente differenti, il riferimento, contenuto nel secondo comma, alla mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto, come possibile ragione di conservazione del contratto, e soprattutto la disposizione del primo comma che rimette al giudice di stabilire la portata retroattiva o meno dell'inefficacia in funzione delle deduzioni delle parti, oltre che della valutazione della gravita' della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto.

Quest'ultima disposizione, che rimette ad una valutazione del caso concreto operata dal giudice la determinazione dell'efficacia retroattiva, od, al contrario,

[247] In questi termini si esprime M. Lipari, Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto , in www.federalismi.it, 2010.

limitata alle prestazioni da eseguire dell'inefficacia, pur indubbiamente ispirata ad un sano pragmatismo, ha indotto una parte della dottrina a parlare di "inefficacia flessibile", od "a geometria variabile" del contratto[248] .

Tali considerazioni consigliano una rimeditazione del significato giuridico da attribuire all'inefficacia del contratto tanto che, nonostante la disposizione parli di declaratoria di inefficacia, non manca chi sostenga la natura costitutiva della pronuncia di inefficacia[249].

L'opinione pare avallata anche dalla giurisprudenza: per effetto della direttiva ricorsi nr. 2007/66/CE, il cui termine di recepimento è scaduto il 20 dicembre 2009, e del suo recepimento nell'Ordinamento nazionale avvenuto con il Dlgs 53/2010, il rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto medio tempore stipulato è regolato in termini di inefficacia, da dichiararsi da parte del giudice con sentenza costitutiva. [...] Pertanto, quantomeno in relazione agli appalti pubblici, la sorte del contratto in seguito all'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione non può più congurarsi nei termini di quella particolare figura di patologia che era stata individuata nella c.d. "caducazione automatica" del negozio e dunque va escluso ogni automatismo sul piano del mantenimento o meno del contratto, in relazione all'annullamento dell'aggiudicazione»[250].

---

[248] M. Lipari, op. ult. cit.

[249] A. Bartolini - S. Fantini - F. Figorilli, Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi, in Urb. app., 2010, 654.

[250] TAR Lazio Roma, sez. III-bis, sent. 8 marzo 2011, n. 2122, in www.giustizia-amministrativa.it. La sentenza fa riferimento alla ricostruzione alla situazione vigente prima della emanazione della direttiva 2007/66 CE operata da Cons. Stato, sez. V, sent. 8 maggio 2010, n. 3410, in www.giustizia-amministrativa.it : «anteriormente alla direttiva 2007/66/CE riguardante le procedure di ricorso in materia di appalti pubblici, recepita con d.lgs. 20 marzo 2010 n. 53, la giurisprudenza civile richiamata dalle appellanti ha ritenuto che nella fase dell'esecuzione del rapporto, successiva agli atti di evidenza pubblica ed in cui sussistono diritti ed obblighi delle parti derivanti dallo stipulato contratto, sia operante la giurisdizione non del giudice amministrativo, bensì del giudice ordinario quale giudice dei diritti cui spetta vericare la conformità alle norme positive delle regole attraverso le quali i contraenti hanno disciplinato i loro contrapposti interessi e delle relative condotte attuative, a nulla rilevando che specifiche disposizioni legislative attribuiscano all'amministrazione committente la facoltà di incidere autoritativamente sul rapporto o di risolverlo, atteso che tali atti amministrativi non hanno natura provvedimentale e non cessano di operare nell'ambito delle paritetiche posizioni contrattuali (cfr. la richiamata Cass., ss. uu. 28 dicembre 2007 n. 27169). Dunque, è stata affermata la competenza del giudice civile a conoscere della domanda giurisdizionale del

L'art. 122 c.p.a., invece, si occupa delle violazioni "ordinarie", quelle più frequenti dal punto di vista strettamente statistico. Qui l'inefficacia del contratto rimane subordinata alla valutazione «degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta»[251].

In questa seconda evenienza l'Autorità decidente è chiamata a valutare tutte le circostanze rilevanti (e non solo, dunque, l'esistenza di esigenze imperative connesse ad un interesse generale), potendo verosimilmente assumere in tale giudizio rilievo anche la buona fede dell'aggiudicatario, irrilevante, invece, nell'ambito di operatività della inefficacia del contratto nel caso di gravi violazioni. L'art. 122 configura una sorta di inefficacia facoltativa del contratto in caso di violazione non grave; questo signica che l'inefficacia «non è conseguenza necessaria, ma nemmeno ordinaria dell'annullamento dell'aggiudicazione», mentre, come si è cercato di evidenziare in precedenza, nel caso delle violazioni gravi «l'inefficacia flessibile potrebbe meglio definirsi cedevole: di norma il contratto resta efficace, ma è possibile salvarlo, in tutto o in parte»[252].

In questo caso si ripropone, con maggior vigore, il ragionamento proposto a favore dell'art. 121 c.p.a.[253] essendo attribuito al giudice un potere di apprezzamento molto più ampio, definito dalla giurisprudenza amministrativa "discrezionale"[254]. La pronuncia del giudice si inserirebbe quindi come

---

privato concorrente volta a far accertare la sorte del contratto la cui aggiudicazione in favore di terzi sia stata annullata su suo ricorso, mentre non è stato affatto negato, anzi è stato espressamente ammesso, che l'amministrazione pubblica possa rimuovere essa stessa il contratto, in virtù dei propri poteri autoritativi e perciò senza rivolgersi al giudice ordinario»

[251] «In tali eventualità il ruolo del giudice nella decisione diretta a dichiarare l'inefficacia del contatto o a conservarne gli eetti è determinante, perché il legislatore colloca le due soluzioni esattamente sullo stesso piano, senza alcuna preferenza per l'una o per l'altra: manca qualsiasi espresso riferimento all'esistenza di un principio e alla sua derogabilità», M. Lipari, op. cit..

[252] M. Lipari, op. cit.

[253] A. Bartolini - S. Fantini - F. Figorilli, op. loc. cit.

[254] In questi termini TAR Calabria Catanzaro, sez. II, 10 giugno 2010, n. 1107, in www.giustizia-amministrativa.it : «Ai sensi dell'art. 245-ter del D. Lgs n. 163/2006 (Codice dei

elemento indispensabile per caducare l'efficacia del contratto, assumendo quindi la sentenza innegabile carattere costitutivo. La disposizione, in altri termini, non esprime una preferenza per l'inefficacia, o, al contrario, per la conservazione del contratto; in essa «manca qualsiasi espresso riferimento all'esistenza di un principio e alla sua derogabilità»[255].

Conclusioni sull'ammissibilità di un'azione autonoma di accertamento

Alla luce di quanto sopra, a seguito dell'entrata in vigore del codice deve ritenersi parimenti ammissibile nel processo amministrativo, pur non essendo stata espressamente codificata, un'azione di accertamento.

In particolare, l'ammissibilità di detta azione si fonda sul rinvio esterno di cui all'art. 39, comma 1 c.p.a. ai principi generali del codice di procedura civile ed in considerazione del fatto che il nuovo codice contempla azioni sicuramente dichiarative quali l'azione avverso il silenzio e l'azione volta alla declaratoria della nullità.

D'altra parte la circostanza che il codice del processo amministrativo non abbia disciplinato in generale l'azione di accertamento, non può deporre nel senso di doversi desumere dal tessuto della nuova codificazione un divieto implicito nel giudizio amministrativo di azioni di accertamento non espressamente previste (ovvero un principio di tipicità delle azioni), poiché un ostacolo di tal fatta ad esperire in generale azioni di accertamento si porrebbe in stridente contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost.

Inoltre l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, che all'art. 1 (rubricato "Effettività") espressamente sancisce il principio in virtù del quale il giudizio amministrativo assicura una tutela piena ed effettiva secondo i

contratti pubblici), il g.a., annullato il provvedimento illegittimo di aggiudicazione definitiva, ha un potere discrezionale di valutazione in ordine all'opportunità, o meno, di dichiarare l'inefficacia del contratto».

[255] M. Lipari, op. cit.

principi della Costituzione e del diritto europeo, non può evidentemente comportare una dimidiazione ed un arretramento della tutela giurisdizionale del singolo rispetto alle acquisizioni della precedente giurisprudenza amministrativa con riferimento all'ammissibilità dell'azione di accertamento atipica nell'ambito del processo amministrativo e rispetto agli stessi criteri direttivi contenuti nella legge delega, pena l'incostituzionalità di una differente interpretazione delle disposizioni del nuovo codice.

Peraltro più disposizioni del codice del processo amministrativo (cfr. artt. 31, 34, comma 1, lett. c), 34, comma 3) depongono nel senso del superamento del tradizionale principio di tipicità delle azioni nel processo amministrativo e nella direzione della affermazione dell'opposto principio di atipicità delle azioni medesime.

In conclusione dovendosi interpretare il sistema del codice del processo amministrativo in un'ottica costituzionalmente orientata in linea con il combinato disposto di cui agli artt. 3 e 24 Cost. si deve ritenere ammissibile l'azione generale di accertamento a tutela degli interessi legittimi nel nuovo processo amministrativo.

Del resto, come osservato, l'intera disciplina delle azioni, improntata alla massima informalità ed effettività. *Massimamente significativa dell'assoluta informalità che permea ormai il regime delle azioni è poi la dibattutissima sentenza n. 15/2011 resa dalla stessa adunanza plenaria sulla scia. Con una costruzione da "cattedrale gotica" drasticamente (e, a mio avviso, poco coerentemente) demolita dalla manovra legislativa di agosto, la pronuncia è di estrema rilevanza sul piano processuale. Accanto alla conferma dell'azione di adempimento (ad opportuno completamento dell'azione impugnatoria del silenzio diniego di provvedimenti inibitori), la sentenza, per riuscire a garantire la tutela cautelare prima della formazione dei provvedimento implicito di rigetto nonostante i limiti di cui all'art. 34, comma 2 (che, come noto, salvo il caso di silenzio inadempimento, preclude la tutela quando il potere non sia stato ancora esercitato) costruisce, sulla scorta della distinzione tra condizioni*

dell'azione e condizioni della decisione, un'azione di accertamento dell'inutilizzabilità della scia, che, pur ammissibile, non sarebbe poi procedibile, ma, che, qualora nelle more intervenga il silenzio diniego, si converte in azione di annullamento e di adempimento.[256]

[256] Sandulli M.A., *La semplificazione del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012.

Conclusioni

Ogni manifestazione giuridica è il frutto di un seme che deve inevitabilmente attecchire nell'humus della realtà sociale cui si riferisce. Ogni istituto ha il suo "archè" in un'esigenza reale e concreta, esternata scientemente dalla società cui dovrà servire o prevista da un legislatore attento ai cambiamenti latenti.

Il diritto amministrativo ed il diritto processuale amministrativo non fanno eccezione. "*La giustizia amministrativa – qualunque giustizia amministrativa, non solo quella italiana – è storia e problema, anzi è storia in quanto problema (o complesso di problemi) ed è problema in quanto storia. Da una parte, infatti, la giustizia amministrativa è legata ad un certo tipo di stato e ad un certo modo di essere delle relazioni fra questo stato e i membri della comunità politica, ed è quindi strettamente e decisamente dipendente da siffatte condizioni sostanziali le cui modificazioni è destinata a seguire*"[257].

In passato si è sempre potuto fare a meno della disciplina positiva delle azioni, o meglio, è riuscito a soddisfare alcune esigenze e spinte verso una tutela che non fosse soltanto quella dell'annullamento dell'atto illegittimo, con soluzioni giurisprudenziali, in alcuni casi, o con interventi mirati del legislatore, in altri. Ora, all'indomani del codice del processo all'azione di annullamento sono state affiancate altre azioni tipiche e sono configurabili ulteriori domande di tutela atipiche.

L'intervento normativo, anche se da tanti auspicato, in molti casi non ha centrato l'obiettivo voluto e non ha risolto i dubbi e le incertezze che un intervento positivo dovrebbe comunque sedare. Al riguardo si attende con ansia il nuovo correttivo che dovrebbe giungere prima dell'estate.

Al termine di questo studio sulle azioni di cognizione nel processo amministrativo sono certamente maggiori gli spunti per una riflessione futura

[257]Nigro M., Manuale di Giustizia amministrativa, 1973, dalla prefazione.

che le certezze dell'elaborazione presente, ma questo, forse, denota che la strada imboccata è quella giusta.

La disciplina delle azioni che emerge dall'analisi effettuata risulta configurabile in termini di atipicità sia con riferimento alle tutele esperibili che alle pronunce adottabili dal giudice, nonché con riferimento agli effetti di quest'ultime, di per se stessi graduabili.

Ciò che sembra ormai assodato è che l'interesse legittimo si giova ormai delle stesse tutele da sempre godute dal diritto soggettivo. La dilatazione della tutela accordata all'interesse legittimo lascia, tuttavia, intatta l'essenza di tale posizione soggettiva, che continua ad essere una posizione dialettica che dialoga con il potere precettivo, ad esercizio unilaterale, della pubblica amministrazione. Detto in altre parole, il soddisfacimento dell'interesse al conseguimento (o alla protezione) del bene della vita non è accordato in via immediata dall'ordinamento giuridico, essendo sempre necessaria l'intermediazione dell'attività amministrativa a ciò deputata.

Ne deriva che l'interesse legittimo, pur se tutelato in modo pieno, resta posizione che dialoga con l'esplicazione del pubblico potere.

A conferma di tali considerazioni si pone, a livello positivo dall'art. 34, co. 2, del Codice più volte richiamato, il quale prevede, quale limite generale alla tutela giurisdizionale degli interessi legittimi, che il giudice non possa pronunciarsi su poteri non ancora esercitati. Il giudice amministrativo, alla stregua dell'art. 103 Cost. e prima ancora del principio della separazione dei poteri, non è una pubblica amministrazione deputata all'esercizio del potere ma un organo volto a verificare la correttezza dell'esercizio del potere stesso.

Pertanto, il sindacato giurisdizionale non potrà mai essere volto all'attribuzione immediata del bene della vita, mediante l'inammissibile esercizio diretto e sostitutivo del potere amministrativo, ma riguarderà sempre l'esercizio del potere pubblicistico, sia pure con un'intensità che, in caso di potere vincolato, si può tradurre nel riconoscimento della spettanza del bene della vita ingiustamente negato dall'amministrazione

Alla luce di ciò, emerge come la riflessione sull'ammissibilità di nuove forme di tutela oscilli tra due poli: l'effettività della tutela, da un lato, e il perdurare delle peculiarità di un diritto centrato sul continuo fluire del potere amministrativo e sul divieto di sostituzione del giudice all'amministrazione, tranne nei casi tassativamente previsti, dall'altro.

Nella rincorsa verso un equilibrio tra l'effettività della tutela e la separazione dei poteri un risultato soddisfacente per tutti sarà difficilmente raggiungibile. Più riusciremo ad avvicinarci alla pienezza di uno dei due termini, più l'altro inevitabilmente si allontanerà. Uno dei più grandi fisici del secolo scorso, sicuramente il più affascinante per i risvolti che le sue intuizioni hanno avuto anche nelle discipline umanistiche, Heisenberg, è conosciuto anche dai non addetti ai lavori per il "*principio di indeterminazione*"[258]. Nel modo più intuibile possibile, la velocità e la posizione di un elettrone in un atomo non potranno mai essere misurate contemporaneamente e con un piccolo margine di errore per entrambe, in quanto ogni misurazione inevitabilmente comporterà una perturbazione dell'altra grandezza, impedendone l'apprezzamento. Tale legge pone un limite invalicabile alla possibilità di conoscenza umana, riconoscendo l'impossibilità teorica di determinare contemporaneamente e con precisione arbitraria due parametri fisici importanti di una particella quali sono la posizione spaziale e il momento. Questa legge della fisica può risultare utile per intuire le difficoltà sopra illustrate.

Si è soliti comportarsi come un moderno Procuste, il brigante della mitologia greca che sottoponeva i malcapitati viandanti a strazianti sofferenze pur di renderli adeguati alle dimensioni del suo letto. Ebbene lo studio sulle azioni e sulle tutele giurisdizionali ci offre la possibilità di riflettere sul diritto amministrativo e sull'effettività della tutela per il privato in un'altra ottica, con un altro "letto".

[258] Principio fondamentale della meccanica quantistica, in base al quale specifiche grandezze fisiche osservabili di un sistema non possono essere determinate simultaneamente e con precisione arbitraria. Un esempio del principio di indeterminazione è l'impossibilità di misurare contemporaneamente e con precisione arbitrariamente grande la posizione e il momento di una particella (ad esempio, un elettrone).

Sia consentito ricordare il monito del Maestro, "*dove la giustizia nell'amministrazione non è completa e perfetta, la libertà e la democrazia non possono ancora considerarsi conquistate*" (A.M. Sandulli, 1961).

Bibliografia

AA. VV., *La effettività della tutela giurisdizionale tra la pluralità delle giurisdizioni e la disciplina della finanza pubblica: atti del convegno, Napoli, 11-12 novembre 1983, Salerno, 13 novembre 1983*, Milano, Giuffrè, 1985

Abbamonte G., *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in Scritti in onore di Massimo Severo Giannini, Milano, Giuffrè, 1988

Aimo P., *La giustizia nell'amministrazione dall'Ottocento ad oggi*, Bari, Laterza, 2000

Albini A., *Un'interessante azione di mero accertamento contro la pubblica amministrazione*, in Giurisprudenza italiana, 1952, disp. 9, parte 1, sez. 2.

Alpa G., *L'arte di giudicare*, Bari, Laterza, 1996

Amorth A., *Il merito dell'atto amministrativo,* Milano, Giuffrè, 1939

Andreis M., *Tutela Sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996

Andrioli V., *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, Jovene, 1957

Andrioli V., *Prova (dir. proc. civ.)*, in Novissimo Digesto italiano, XIV, Torino, Utet, 1967, 260 ss.

Attardi A., *L'interesse ad agire*, Padova, Cedam, 1993

Baccarini S., *"Scelta" delle azioni e valutazione della "necessità" dell'annullamento per la tutela del ricorrente*, in Diritto processuale amministrativo, 2011, 4, 1260 ss.

Baccarini S., *Posizione giuridico-soggettiva dell'aspirante all'accesso amministrativo: natura giuridica e implicazioni applicative*, in Sandulli M. A. (a cura di), Codice dell'azione amministrativa, Milano, Giuffrè, 2011, 1034 ss.

Bachelet V., *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1967

Bartoli, Conforti, Raimondi, *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001.

Bartolini A. - Fantini S. - Figorilli F., *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, in Urbanistica ed appalti, 2010, 654 ss.

Benvenuti F., *Giudicato (diritto amministrativo)*, in Enciclopedia del diritto, Milano, Giuffrè, 1969, 901 ss.

Benvenuti F., *Istruzione del processo amministrativo*, in Enciclopedia del diritto, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 205 ss.

Benvenuti F., *Per un diritto amministrativo paritario*, in Studi in memoria di Guicciardi, Padova, Cedam, 1975

Betti E., *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. II ed., Napoli, Jovene, 1994

Borsi U., *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1938

Brugi B., *Azione di semplice accertamento*, Milano, Vallardi, 1915

Cafagno M., *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi, fini pubblici e reazioni di mercato*, Milano, Giuffrè, 1996.

Caianiello V., *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, Utet, 1979

Caianiello V., *Consiglio di Stato* (voce), in Novissimo Digesto italiano, Appendice, vol II, Torino, 1981, 449 ss.

Calamandrei P., *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, in Studi sul processo civile, Padova, Cedam, 1934, III

Cammeo F., *Corso di diritto amministrativo*, rist. Padova, Cedam, 1960

Cammeo F., *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici* - nota a Cons. St., Sez. IV, 13 giugno 1902, in Giurisprudenza italiana, 1902, III, 275 ss.

Cammeo F., *Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa*, in Giurisprudenza italiani, 1916, 109 ss.

Cannata Bartoli E., *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova*, in Foro amministrativo TAR, 2011

Cannata Bartoli E., *La tutela giurisdizionale del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1964

Cannata Bartoli E., *Annullabilità e annullamento (dir. amm.),* in Enciclopedia del diritto, II, 496 ss.

Caponi R., *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*, in Il foro italiano, 2010, V.

Caponigro R., *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in Giustamm.it, 2012

Caranta R., *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1990

Caranta R., *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, Milano, Giuffrè, 2001

Carbone A., *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento* – nota a TAR Lombardia, Milano, sez. III, n. 1428 dell'8 giugno 2011, in Foro amministrativo TAR, 2011, 1499 ss.

Carbone A., *Dubbi e incertezze sull'art. 31 del codice del processo amministrativo*, in Foro amministrativo TAR, 2011, 1099 ss.

Carbone A., *Azione di adempimento e codice del processo amministrativo*, in Giustizia amministrativa, 2010, 3-4, 134 ss.

Carbone A., *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova.* Intervento alla X edizione delle giornate di studi sulla giustizia amministrativa dedicate a E. Cannada Bartoli, in Foro amministrativo TAR, 2011, 2959 ss

Caringella F., *Il sistema delle tutele dell'interesse legittimo alla luce del codice e del decreto correttivo*, in Urbanistica e appalti, 2012, 1.

Carrà, *Atipicità del diritto di azione ed effettività della tutela nel processo amministrativo tedesco*, in D. Sorace (a cura di) Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei, Firenze 2009, 25 ss.

Sandulli A., *Corso di diritto amministrativo, Diritto Processuale amministrativo*, Cassese S. (a cura di), Milano, Giuffrè, 2007

Cavallo Perin R., *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, in Diritto processuale amministrativo, 2010, 1168 ss.

Cerulli Irelli V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in Diritto processuale amministrativo, 1984, 516 ss.

Cerulli Irelli V., *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2008, 2, 433 ss.

Chieppa R., *Art. 30, Azione di condanna*, in Quaranta A. – Lopilato V. (a cura di), Il processo amministrativo, Milano, Giuffrè, 2011

Chieppa R., *Disciplina delle azioni, azione di accertamento e azione di condanna nel Codice del processo amministrativo*, cit..

Chieppa R., *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010

Chieppa R., *Il Codice del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2010

Chieppa R., *Il processo amministrativo dopo il correttivo al Codice,* Milano, Giuffrè, 2012

Chieppa R., *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità antitrust*, in Diritto processuale amministrativo, 2004, 1019 ss.

Chieppa R., *Consiglio di Stato (voce),* in Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. VIII, Roma, 1988

Chiovenda G., *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in Rivista di diritto processuale civile, 1933, 1 ss.

Chiovenda G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1957

Chiovenda G., *Principi di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*, 4 ed, Napoli, Jovene, 1928

Chiovenda G., *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in Rivista di diritto processuale civile, 1933, 1 ss.

Chiti M. P., *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in Diritto processuale amministrativo, 1998, 499 ss.

Cintioli F., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, Giuffrè, 2005

Cintioli F., *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in Caringella F. – Protto M. (a cura di), Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000, n. 205, Milano, Giuffrè, 2001, 930 ss.

Cipriani F., *Nel centenario del regolamento di Klein (il processo civile tra autorità e libertà)*, in Rivista di diritto processuale, 1995, 972 ss.

Cirillo G. P., *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio*, Padova, Cedam 2001

Clarich M., *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, in Diritto processuale amministrativo, 1985, 66 ss.

Clarich M., *L'azione di adempimento del sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamento giurisprudenziale*, in *DP AMM*., 1985, 60 ss.

Clarich M., *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in Giornale di diritto amministrativo, 2010, 1121 ss.

Clarich M., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in Diritto processuale amministrativo, 2005, 557 ss.

Clarich M., *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in Giornale di diritto amministrativo, 2010, 1121 ss.

Cocozza G., *Effettività della tutela e giudizio di ottemperanza. Nuove prospettive alla luce del codice del processo amministrativo*, in Diritto processuale amministrativo, 2011, 4, 1321 ss.

Comoglio L. P., Ferri C. Taruffo M., *Lezioni sul processo civile – I - Il processo ordinario di cognizione*, Bologna, Il Mulino, 2011

Comoglio L. P. - Vaccarella R., *Codice di procedura civile commentato*, Torino, Utet, 2010

Comoglio L. P., *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in Rivista di diritto processuale, 2008, 1516

Comporti G. D., *Il Codice del processo amministrativo e la tutela risarcitoria: la lezione di un'occasione mancata*, in Rivista di diritto processuale, 2011, 535 ss.

Consolo C., *La tutela del terzo contro una sentenza non passata in giudicato del giudice amministrativo di primo grado: sviluppi giurisprudenziali a cavallo fra opposizione ed appello del terzo (nota a Cons. Stato, Sez. IV, 11 febbraio 1998 n. 263 e C.G.A. 13 giugno 1996 n. 196)*, in Diritto processuale amministrativo, 1999, 254 ss

Corletto D., *La tutela dell'interesse al provvedimento e i terzi*, in Diritto processuale amministrativo, 2001, 928 ss

Corletto D., *La tutela dei terzi nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1992

Corletto D., *Opposizione di terzo nel diritto processuale amministrativo*, in Digesto delle discipline pubblicistiche, XIV, 1999, 576 ss.

D'Alberti M., *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2008

Dallari G., *Il sistema delle prove nel giudizio amministrativo*, in Studi senesi, 1919, 43 ss.

De Leonardis F., Sui presupposti del risarcimento del danno per lesione di interesse pretensivo, in Giornale dir. amm., 2009, 2, 147.

De Lise P., *Profili generali*, in La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del LVI Convegno di Studi amministrativi di Varenna del 23-25 settembre 2010, Milano, 2011, 23 ss.

De Nictolis R., *Il recepimento della direttiva ricorsi*, in www.giustizia-amministrativa.it

Denti, *voce Azione (diritto processuale civile),* in Enciclopedia giuridica, V, Roma, 1988, 1 ss.

De Pretis D., *Intervento al seminari di studio S.P.I.S.A.*, cit., 3 ss.

De Pretis D., *I vari usi della nozione di discrezionalità tecnica*, in Giornale di diritto amministrativo, 1998, 331 ss.

Atti del convegno celebrativo Cento Anni di Giurisdizione Amministrativa, per il centenario dell'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato Torino , 10-12 novembre 1989, Jovene, 1996. In particolare Mazzarolli Leopoldo, Profili evolutivi della tutela giurisdizionale amministrativa, p. 201, Azzariti Giorgio Profili evolutivi del processo amministrativo,p. 177; Caianiello Vincenzo, Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali, p. 225.

De Valles A., *La validità degli atti amministrativi*, Padova, Cedam, 1916 (rist. 1986)

Di Majo A., *L'affidamento nei rapporti con la P.A.*, in Corriere Amministrativo Giuridico, 2011, 940 ss.

Di Majo A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 1993

D'Orsogna M., *L'intervento nel processo amministrativo: uno strumento cardine per la tutela dei terzi*, in Diritto processuale amministrativo, 1999, 443 ss

Domenichelli V., *Le azioni nel processo amministrativo*, in Diritto processuale amministrativo, 2006, 1 ss.

Domenichelli V., *Le parti del processo*, in Cassese V. (a cura di), Trattato di diritto amministrativo, Il processo amministrativo, Milano, Giuffrè, 2003, 4311 ss.

Donato L., *Sulla disponibilità degli effetti dell'annullamento giurisdizionale: il caso del ricorso incidentale c.d. "autolesivo"*, in Diritto processuale amministrativo, 2011, 2, 511 ss.

Fabiani E., *Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato*, in Rivista di diritto processuale, 1998, 545 ss.

Fagiolari _, *L'atto amministrativo nella giustizia amministrativa*, in Scritti in onore di Santi Romano, Padova, Cedam, 1940, II, 287 ss.

Falcon G. - Fraenkl C. (a cura di), *Ordinamento processuale amministrativo tedesco (VwGO)*, Trento, 2000

Falcon G. D., *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in Rivista di diritto processuale amministrativo, 2001, 287 ss.

Falzea A., *Apparenza*, in Enciclopedia del diritto, II, Milano, Giuffrè, 1958

Ferrajoli L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, Bari, 2007

Ferrari E., *La decisione giurisdizionale amministrativa: sentenza di accertamento o sentenza costitutiva*, in Diritto processuale amministrativo, 1988, 571 ss.

Ferrari G.F., *Giustizia amministrativa in diritto comparato*, in Digesto pubbl., VII Torino, 1991, 577 ss.

Fidone *G., L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Milano, Giappichelli, 2012

Follieri E., *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 2010

Follieri E., *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in Diritto processuale amministrativo, 2010, 1067 ss.

Forlenza O., *In assenza di un potere conformativo della Pa l'istanza andrebbe proposta al giudice ordinario*, in Guida al diritto, 2009, 13, 106 ss.

Fracchia F. – Occhiena M., *Art. 31 Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità*, in Codice del processo amministrativo, cit.,

Franco I., *Gli strumenti di tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 2003.

Gaffuri F., *I ripensamenti giurisprudenziali in merito alla questione relativa alla natura della denuncia di inizio attività e alla tutela del terzo controinteressato dopo le riforme del 2005 alla l. n. 241/1990*, in Diritto processuale amministrativo, 2008, 272 ss.

Gallo C. E., *La prova nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1994

Garcìa de Enterrìa E., *Le trasformazioni della giustizia amministrativa, trad. it.*, Milano, Giuffrè, 2010

Gavazzi G., *Effettività (principio di)*, in Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. XII, Roma, 1989

Giannini M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè.

Giannini M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, vol. II

Giannini M. S., *Gli atti amministrativi di adempimento e la giurisdizione esclusiva, nota a Cons. St., IV, 21.2.1945 n. 9*, in Giur. compl. cass. civ., 1945, I, 389 ss.

Giannini M. S. – Piras A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, voce in Enciclopedia del diritto, vol. XIX, Milano, 1970, 229 ss.

Giovagnoli R., *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, Milano, Giuffrè, 2010

Gisondi R., *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010

Gisondi R., *Nuovi strumenti di tutela nel codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it

Gisondi R., *L'azione di condanna*, in Caringella F. - Protto M. (a cura di), Codice del nuovo processo amministrativo, Trento, Lavis, 2010

Giulietti W. – Longobardi N., *SCIA: un ventaglio di azioni si apre a tutelare il terzo. Osservazioni alla sentenza n. 15 del 2011 dell'Adunanza Plenaria*, in www.giustamm.it, 2011

Greco G., *Effettività della giustizia amministrativa nel quadro del diritto europeo*, in Rivista italiana di diritto pubblico commerciale, 1996, 997 ss.

Greco G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980

Greco G., *La SCIA e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza Plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in www.giustamm.it, 2010

Guicciardi E., *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1941

La Valle F., *Azione di impugnazione ed azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*,

Lanfranchi L., *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, Giuffrè, 1969

Lazzara P., *"Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive*, in Diritto processuale amministrativo, 2000, 219 ss.

Lazzara P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001

Lazzara P., *Discrezionalità tecnica*, in Digesto delle discipline pubblicistiche, Agg., 2010, 146 ss.

Ledda F., *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in Scritti giuridici, Padova, Cedam 2002, 394 ss.

Ledda F., *Potere, tecnica e sindacato sull'amministrazione pubblica*, in Diritto processuale amministrativo, 1983, 422 ss.

Ledda F., *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1964, 254 ss.

Ledda F., *Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi*, in *Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace*, Milano, Giuffrè, 1993

Leone G., Maruotti L., Saltelli C. (a cura di), *Codice del processo amministrativo commentato e annotato con giurisprudenza,* Padova, 2011.

Liebman E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1961, I

Liguori F., *Il sindacato "debole" sulle valutazioni riservate delle Amministrazioni indipendenti*, in Giornale di diritto amministrativo, 2003, 597 ss.;

Lipari L., *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza,* in www.federalismi.it.

Lipari M., *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto* , in www.federalismi.it, 2010

Lopilato V., *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in www.giustamm.it, giugno 2010.

Luciani F., *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, Torino, Utet, 2010

Luciani F., *Inefficacia e rilevanza dell'atto amministrativo nullo. Considerazioni sull'azione di nullità di fronte al giudice amministrativo nullo*, in www.giustamm.it.

Luciani F., *Processo amministrativo e disciplina delle azioni*, in Diritto processuale amministrativo, 2011

Macchia M., *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione* -commento a Consiglio di Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, in Giornale di diritto amministrativo, 2011, 12, 1310 ss.,

Maffezzoni M., *Il commissario ad acta organo del giudice dell'ottemperanza*, in Foro amministrativo, 1986, II, 308 ss.

Mandarano A., nota a Cons. Stato, sez. VI, sent. 4 settembre 2002, n. 4453, in Urbanistica ed appalti, 2003, 837 ss.

Mandarano A., *Denuncia di inizio attività e sindacato del giudice amministrativo* – nota a TAR Abruzzo, Pescara, sent. 23 gennaio 2003, n. 197, in Urb. app., 2003, 836 ss.

Mandrioli C., *Diritto processuale civile*, Torino, Utet, 2009, I

Mandrioli C., *L'azione esecutiva*, Milano, Giuffrè, 1956

Mangano F., *L'azione di accertamento nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: analisi della giurisprudenza*, in Allegretti U., Orsi Battaglini A., Sorace D. (a cura di), Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza, II, Rimini, 1987

Marra A., *Accertamento del rapporto controverso e termine di decadenza (con uno sguardo all'azione di nullità nel nuovo Codice del processo amministrativo)* - Nota a sentenza Cons. St., sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498, in ___??? o dir proc amm o riv dir processuale

Maruotti Saltelli L., *Codice del Processo amministrativo,* Padova, Cedam, 2010

Marzuoli C. - Travi A., *La riforma della giustizia amministrativa*, in Foro italiano, 1990, V, 298 ss.

Marzuoli C., *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in Parisio V. (a cura di), Potere discrezionale e controllo giudiziario, Milano, Giuffrè, 1998, 101 ss.

Masera S. R., *Danni da atto amministrativo positivo, ma illegittimo, e giudice competente*, in Urbanistica e appalti, 2011, 916 s.s.

Masucci A., *La legge tedesca sul processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991

Mazzarolli L. *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo, dopo l'emanazione del codice del processo amministrativo* (a margine di un pluridecennale, ma non esaurito, profittevole dialogo con Alberto Romano), in Diritto processuale amministrativo, 2011, 4

Mengozzi M., *Giusto processo e processo amministrativo. Profili costituzionali*, Milano, Giuffrè 2009

Merusi F, *Il Codice del giusto processo amministrativo - Relazione presentata al 56º Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 23 settembre 2010*, in Diritto processuale amministrativo, 2011, 1, 1 ss.

Merusi F. - Romagnosi G. D., *Fra diritto e processo amministrativo*, in Diritto processuale amministrativo, 2011, 4, pag.

Merusi F., *Principi generali*, in Lopilato V. - Quaranta A. (a cura di), Il processo amministrativo, Milano, Giuffrè, 2011, 71 ss.

Merusi F., *In viaggio con Laband..,* in www.giustamm.it, aprile 2010

Migliorini L., *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, Cedam, 1977

Montedoro G., *La tutela dell'interesse legittimo dall'annullamento all'accertamento*, in Caringella F., Garofoli R., Montedoro G. (a cura di), *Le tecniche di tutela nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2006

Montesano L., *Sentenze endoprocessuali nei giudizi civili di merito*, in Rivista di diritto processuale, 1971, 30 ss.

Montesano L., *Questioni preliminari e sentenze parziali di merito*, in Rivista di diritto processuale, 1969, 599 ss.

Mortati G., *Note sul potere discrezionale*, Roma, 1936

Nasi A., *Interesse ad agire*, in Enciclopedia del diritto, 1988, 44 ss.

Neri V., *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia del contratto*, in Corriere del merito, 2010, 999 ss.

Nicodemo G. F., *La scia prende il posto della dia?* in Giornale di Diritto Amministrativo, 2011, 5, 568 ss.

Nigro M., *Giustizia Amministrativa*, VI ed., Cardi E. – Nigro A. (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2002.

Nigro M., *La giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1979

Nigro M., *Scritti giuridici,* Milano, Giuffrè, 1996

Nigro M., *La giurisdizione amministrativa di merito*, in Foro italiano, 1969, 859 ss.

Nigro M., *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*, in Foro italiano, 1985, V, 124 ss.

Nigro M., *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in Foro it., 1967.

Nigro M., *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in Rivista di Diritto processuale, 1978, 249 e ss

Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali, Giuffrè, Milano 2004. Atti di un incontro di studi organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuspubblicistiche "T. Martines, Messina 26 settembre 2003, in particolare la relazione di F. G. Scoca, La prospettiva amministrativistica, p. 3 e ss.

Oriani R., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale,* Napoli, Editoriale scientifica, 2008

Orsi Battaglini A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile., 1988, 3 ss.

Orsi Battaglini A., *Alla ricerca dello Stato di diritto – Per una giustizia non amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2005

Ottaviano V., *Studi sul merito degli atti amministrativi* in Scritti giuridici, I, Milano, 1992

Ottaviano V., *Merito*, in Novissimo Digesto italiano, X, Torino, Utet, 1964, 575 ss.

Ottaviano V., *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in Scritti giuridici, I, Milano, 1992, 237 ss.

Pagni I., *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, Giuffrè, 2004

Pajno A., *Il Codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al libro II*, in Diritto processuale amministrativo, 2011, 1, 100 ss.

Pajno A., *Il Codice del processo amministrativo tra cambio di paradigma e paura della tutela*, in Giornale di Diritto Amministrativo, 2010, 9, 885 ss.

Paolantonio N., *Art. 7 Giurisdizione amministrativa*, in Garofoli R. e Ferrari G. (a cura di), *Codice del processo amministrativo,* Roma, 2010, 81 ss.

Paolantonio N., *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in Diritto amministrativo, 1996, 416 ss.

Paolantonio N., *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000

Patroni Griffi F., *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, in www.giustizia-amministrativa.it

Patroni Griffi F., *Brevi riflessioni sul regime d'impugnazione degli atti del commissario ad acta*, in Foro amministrativo, 1988, 369 ss

Pavoni F., *La sesta Sezione attribuisce alla D.I.A. natura provvedimentale*, in Giurisprudenza italiana, 2007, 2588 ss.

Perini M., *Sull'azione di accertamento nei confronti della p.a.*, in Il Foro padano, 1951, 11 pagine.

Pescatore G, *Attualità dell'interesse legittimo tra ripensamenti della dottrina e indicazioni della giurisprudenza*, in Studi per il Centenario della Quarta Sezione, vol. II, Roma, 1989, 549 ss.

Picozza E., *L'influenza del diritto comunitario nel processo amministrativo*, in Picozza E. (a cura di), Processo amministrativo e diritto comunitario, Padova, Cedam, 1997, 10 ss.

Piovani P., *Il significato del principio di effettività*, Milano, Giuffrè, 1953

Piras A., *Discrezionalità amministrativa*, in Enciclopedia del diritto, XIII, 1964, 67 ss.

Police A., *Il ricorso di piena giurisdizione innanzi al giudice amministrativo*, Padova, Cedam, 2001

Police A., *Il ricorso di piena giurisdizione innanzi al giudice amministrativo*, Padova, Cedam, 2001

Ponticelli P. G., *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Milano, Giuffrè, 1958

Porrini R., *La giurisdizione amministrativa di annullamento nella sua natura e nelle sue relazioni colla giurisdizione ordinaria e con quelle amministrative speciali*, in Arch. giur. "Filippo Serafini", 1891, 510 ss.

Pototschnig U., *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1969, 499 ss.

Proietti F., *Nota a Consiglio di Stato, sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817,* in Urbanistica e appalti, 2011, 1347 ss.

Proto Pisani A., *Appunti preliminari su rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in Diritto e Giurisprudenza, 1978, 6 ss.

Proto Pisani A., *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in Rivista di diritto processuale, 1978, 62 ss.

Proto Pisani A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 2006

Proto Pisani A., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, Jovene, 2003

Proto Pisani A., *Appunti sulla tutela di condanna*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1978, 1202 ss

Proto Pisani A., *Dell'esercizio dell'azione*, in E. Allorio (diretto da) Commentario del codice di procedura civile, Torino, Utet, 1973, I, 2

Protto M., *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti : studio sull'influsso dell'integrazione europea sulla tutela giurisdizionale degli operatori economici*, Milano, Giuffrè, 1997

Punzi C., *Il processo civile. Sistema e problematiche, I, I soggetti e gli atti*, Torino, Utet, 2009

Quaglia G., *Novità sostanziali e processuali in tema di inizio attività*, in Diritto processuale amministrativo, 2011, 888 ss.

Raimondi S., *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel Codice del processo amministrativo*, in Diritto processuale amministrativo, 2011, 3, 913 ss.

Ramajoli M., *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in Caranta R. (diretto da), Il nuovo processo amministrativo, Zanichelli, 573 ss.

Ranelletti O., *Le guarentigie della giustizia nella Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1934,

Ricci E. F., *Accertamento giudiziale*, in Digesto delle discipline privatistiche, I, 25 ss.

Romano A., *L'intervento iussu iudicis nel giudizio amministrativo, nota a TAR Marche, n. 162 del 20 luglio 1976*, in Giurisprudenza di merito, 1977, III, 940 ss.

Romano Tassone A., *Così non serve a niente*, in www.giustamm.it, 2010

Romeo G., *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in Diritto processuale amministrativo, 2004, 653 ss

Saitta N., *Il codice che poteva essere*, in www.giustamm.it, 2010

Sambataro S., *Preliminari di giustizia amministrativa I, Atti della pubblica amministrazione e processo amministrativo, Preliminari di giustizia amministrativa II, Forme processuali e tutele sostanziali*, Padova, Cedam, 2008.

Sandulli A. M, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in Foro amministrativo TAR, 2008, 3533 ss.

Sandulli A. M, *Attualità del pensiero giuridico del Maestro,* Milano, Giuffrè, 2004

Sandulli A. M, *Manuale di Diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, Jovene, 1989, vol 1 e 2.

Sandulli A.M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici sottordinati*, Napoli, Morano, 1963.

Sandulli M. A., *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*, in Foro amministrativo TAR, 2010, pp. LXV ss

Sandulli M. A.,*Diritto europeo e processo amministrativo*, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2008, 1, 37 ss.

Sandulli M. A., *Fonti e principi*, Relazione al Convegno su La Codificazione del processo amministrativo nel terzo millennio - Roma, 20 maggio 2008, Palazzo Spada, in www.giustizia-amministrativa.it.

Sandulli M.A., *La semplificazione del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012.

Satta S., *Interesse e legittimazione*, in Foro italiano, 1954, IV, 169 ss.

Sassani B., *Arbor actionum, l'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, in Rivista di diritto processuale, 2011, n. 6.

Sassani B., *Riflessioni sull'azione di nullità*, in Diritto processuale amministrativo, 2011, 1, 269 ss.

Satta F., *Procedimenti amministrativi in itinere e azione di mero accertamento nella giurisprudenza germanica e italiana*, in Il Foro italiano, 1964, fasc. 5/6, 20 ss.

Scoca F. G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971

Scoca F, *Nota a Consiglio di Stato, sez. VI 10 maggio 2011 n. 2755*, in Corriere Giuridico, 2011, 988 ss.

Scoca F. G., *Attualità dell'interesse legittimo?*, in Diritto processuale amministrativo, 2011, 2, 379 ss.

Scoca F. G., *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in Nuova Rass., 1981, 1387 ss.

Scognamiglio A., *Appunti per una prima lettura dell'art. 34, comma 1, lett. c), d) ed e): le sentenze di condanna e condanna al risarcimento dei danni*, in www.giustizia-amministrativa.it

Sica M., *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza nei confronti della Pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1991

Sica M., *Prova testimoniale e processo amministrativo*, in Urbanistica e appalti, 2001, 902 ss

Sorace D., *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze, 2009.

Sprung, *Le basi del diritto processuale civile austriaco*, in Rivista di diritto processuale, 1979, 27 ss.

Stella Richter P., *L'inoppugnabilità,* Milano, Giuffrè, 1970

Stella Richter P., *Per l'introduzione dell'azione di mero accertamento nel giudizio amministrativo*, in Giustizia civile, 1988, 388 ss.

Sticchi Damiani E., *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in www.giustamm.it

Sticchi Damiani E., *Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale*, in Diritto processuale amministrativo, 2010, 1 ss.

Sticchi Damiani E., *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988

Tarantino L, *L'azione di condanna nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003

Tarullo S., *Giusto processo (dir. proc. amm.)*, in Enciclopedia del diritto, Ann., II, 1, Milano, Giuffrè, 2008, 377 ss.

Tarullo S., *Il giusto processo amministrativo: studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, Giuffrè, 2004

Tarullo S., *Il giudizio di ottemperanza*, in Scoca F. G. (a cura di), Giustizia amministrativa, Torino, Utet, 2011, 589 ss.

Tassone A. R., *Così non serve a niente*, in Giustamm.it, 2010

Terracciano G., *Il principio di effettività e la tutela delle posizioni giuridiche soggettive negli appalti pubblici*, in Foro amministrativo TAR, 2011, 11, 3791 ss.

Torchia L., *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it

Travi A., *L'opposizione di terzo e la tutela del terzo nel processo amministrativo*, in Foro italiano, 1997, 26 ss.

Travi A., *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo* - commento a Consiglio di Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755., in Urbanistica e Appalti, 2011, 8, 927 ss,

Travi A., *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in Atti del Convegno di Varenna 2010, Milano, Giuffrè 2011, 75 ss.

Travi A., *Osservazioni generali sullo schema di decreto legislativo con un 'codice' del processo amministrativo*, in www.giustamm.it, maggio 2010, 5

Travi A., *La DIA e la tutela del terzo: fra pronunce del g.a. e riforme legislative del 2005*, in Urbanistica ed appalti, 2005, 1334 ss.

Travi A., *Ancora sulla denuncia di inizio attività e la tutela dei terzi* – nota a TAR Liguria, sent. 22 gennaio 2003, n. 113, in Urb. app., 2003, 581 ss.

Trocker N., *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2007, 35 ss.

Tuccari F. F., *Annullamento dell'atto e processo amministrativo risarcitorio*, pp. 235 ss

Vaiano D., *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002

Vacirca G., *Sentenze di ritto e cosa giudicata* – nota a Cons. Stato, sez. IV, sent. 10 novembre 1981, n. 866, in Foro amministrativo, 1982, 390 ss.

Vacirca G., *L'impugnazione dei provvedimenti adottati dal commissario giudiziale ad acta*, in Foro amministrativo, 1982, I, 257 ss.

Vaiano D., *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, cit

Valguzza S., *La DIA, l'inversionne della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come strumento di tutela del terzo*, in Diritto processuale amministrativo, 2009, 1260 ss.

Varone S., *Azioni di cognizione*, in Sanino M. (a cura di), Codice del processo amministrativo, Torino, 2011

Veltri G., *Le azioni di accertamento, adempimento, nullità ed annullamento nel codice del processo amministrativo* - Intervento al seminario di studi su: "Prospettive e problemi nell'applicazione delle norme del primo libro del Codice del processo amministrativo" – Reggio Calabria, 8 febbraio 2011, in www.giustizia-amministrativa.it

Verde G., *Domanda (principio della: dir. proc. civ.)*, in Enciclopedia giuridica Treccani, XII, 1989

Verde G., *Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice*, in Diritto processuale amministrativo, 2010, 797 ss.

Villata R., *Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo?*, in Diritto processuale amministrativo, 2011, 4.

Villata R., *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, in Studi in onore di Antonio Amorth, Milano, Giuffrè, 1982, 705 ss.

Vinti S. Capotorto, *L'azione di nullità nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008

Virga P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1976, ed. II

Vizzari G., *Abusi edilizi, silenzio della p.a. e controinteressato*, in Foro amministrativo TAR, 2004, 3856 ss.

Volpe C., *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in Diritto processale amministrativo, 2008, 319 ss.

Zanobini G., *Corso di diritto amministrativo. II - La giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1958

Zerman P., *L'effettività della tutela nel Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.