



Università degli Studi di Cagliari

DOTTORATO DI RICERCA

Scienze Giuridiche

Ciclo XXX

TITOLO TESI

Il processo amministrativo: dall'atto al rapporto

Settore scientifico disciplinare di afferenza

Diritto amministrativo IUS/10

Presentata da: Dott.ssa Emmanuela Usai

Coordinatore Dottorato: Chiar.mo Prof. Cristiano Cicero

Tutor: Chiar.ma Prof.ssa Paola Piras

Esame finale anno accademico 2016 – 2017
Tesi discussa nella sessione d'esame Giugno - Luglio 2018

INDICE

Introduzione

CAPITOLO PRIMO

RAPPORTO PUBBLICO E TUTELA GIURISDIZIONALE

- 1. Il rapporto pubblico tra democratizzazione del procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale*
- 1.1. Giusto procedimento e giusto processo: due rette che si incontrano?*
- 2. Il modello demolitorio*
- 3. La giurisdizione oggettiva e la (non) tutela degli interessi sostanziali*
- 4. Giudizio sul rapporto*

CAPITOLO SECONDO

AZIONI PROCESSUALI, TUTELA CAUTELARE E GIUDIZIO SUL RAPPORTO

- 1. Azioni tipiche e poteri del giudice*
- 2. Effettività della tutela e atipicità delle azioni*
- 2.1. Accertamento autonomo e pretese tutelabili*
- 2.2. Dall'atipicità delle azioni all'atipicità dei contenuti delle sentenze: la modulazione degli effetti della pronuncia di annullamento*
- 3. Cumulo di domande e motivi aggiunti*
- 4. Onere della prova e rapporto tra le parti*
- 5. Tutela cautelare atipica e propulsiva*
- 5.1 Remand: ammissibilità e limiti del potere giudiziale*

CAPITOLO TERZO
IL RAPPORTO AMMINISTRATIVO TRA EFFETTIVITÀ DELLA
TUTELA E SEPARAZIONE DEI POTERI

- 1. Sindacato sostanziale dei vizi formali*
- 2. Integrazione postuma della motivazione*
 - 2.1. Adozione di un nuovo e motivato provvedimento in corso di giudizio*
- 3. Assorbimento dei motivi del ricorso*
- 4. Giudicato a formazione progressiva e giudizio sul rapporto*
- 5. Tutela del privato dinanzi agli atti discrezionali*

Bibliografia

Introduzione

a- Oggetto e ragioni

Il presente lavoro intende analizzare i risvolti processuali dell'evoluzione del rapporto tra cittadino e Amministrazione osservato dalla dottrina nel corso dell'ultimo ventennio.

Sul terreno di una rinnovata visione dell'interesse perseguito dall'Autorità quale sintesi delle istanze individuali, la dottrina ha rivalutato il rapporto pubblico, concependolo non già quale relazione caratterizzata dallo squilibrio a favore del soggetto pubblico, bensì dalla parità delle parti.

Contemporaneamente, siffatto approccio si è tradotto nell'attribuzione normativa a favore dei cittadini di pretese sempre più incisive nei confronti dello Stato-amministrazione, *in primis* procedurali, contribuendo, in questo modo, ad attenuare progressivamente la distanza tra governanti e governati.

Sul terreno di tale premessa sostanziale, la ricerca si occupa di verificare se tale rinnovata concezione abbia prodotto la ricaduta processuale costituita dalla prospettata, da certi orientamenti dottrinali, introduzione del giudizio sulla spettanza nel processo amministrativo, intesa, in termini che meritano di essere più compiutamente definiti nel prosieguo, come facoltà per il giudice, lungi dall'arrestarsi alla mera verifica della legittimità del provvedimento amministrativo, di valutare la pretesa sostanziale del privato.

Sul punto, si anticipa che i riconoscimenti legislativi e giurisprudenziali di un ampio corredo di azioni processuali a favore del privato contribuiscono alla proliferazione di processi volti a tutelare situazioni giuridiche soggettive in vario modo correlate all'esercizio del potere, ma non finalizzate ad ottenere la mera caducazione del provvedimento, valorizzando, di tal guisa, il rapporto giuridico sostanziale sotteso. Ciò, beninteso, senza escludere la condivisa centralità, rilevata dai commentatori, detenuta senza rivali dall'azione di annullamento, sia in punto di prassi che di utilità pratica.

Tale riflessione impone l'analisi delle criticità di alcuni istituti del

modello processuale attualmente vigente.

In particolare, come verrà più ampiamente approfondito, la cennata valorizzazione del rapporto pubblico nel processo se, da un lato, comporta un'apertura più o meno marcata rispetto all'applicazione di esigenze di effettività della tutela, dall'altro crea nuove problematiche e, al contempo, ne acuisce altre tra quelle oggetto di già note discussioni dottrinali.

Segnatamente, l'esigenza di tutela sottesa alla valutazione del rapporto pubblico in sede processuale può collidere con le prerogative dell'Amministrazione derivanti dalla sua qualità di insostituibile titolare del potere/dovere di perseguire l'interesse pubblico mediante l'esercizio di attività amministrativa e che costituiscono fondamentale precipitato applicativo del principio di separazione dei poteri.

L'esito del bilanciamento tra i principi, entrambi di rango costituzionale, dell'effettività della tutela e della separazione dei poteri, si riversa nella concreta fisionomia degli istituti processuali e nei correlati confini dei poteri giudiziari, finendo con l'attendere al pieno esplicarsi della *ratio* sottesa alla costruzione dell'impianto processuale attualmente vigente.

b- Obiettivo e metodo

Come testé accennato, la ricerca si propone di verificare se l'attuale sistema di giustizia amministrativa non s'incentri più nell'originario obiettivo di ristabilire la legalità violata mediante l'adozione di provvedimenti illegittimi, ma, bensì, si diriga nell'accordare maggiore tutela giurisdizionale al rapporto giuridico sostanziale implementando così l'applicazione del principio costituzionale dell'effettività della tutela.

Inoltre, alla luce di tale riflessione, e tenuto conto del principio di separazione dei poteri, si intende tentare di configurare gli attuali confini del sindacato giudiziale.

Dal punto di vista metodologico, si porranno a confronto gli aspetti distintivi del sistema di giustizia amministrativa delineato dalla legge n. 2248

del 1865 all. E con quelli dell'attuale rito delineato dal codice del processo amministrativo.

Correlativamente, sulla scorta dell'individuazione di tale direttrice, la ricerca analizzerà più analiticamente i singoli istituti processuali e le questioni giuridiche più problematiche sulle quali dottrina e giurisprudenza si confrontano nella ricerca dell'equilibrio degli interessi rilevanti e tutelati dal Legislatore.

Il metodo scientifico che la ricerca si propone di utilizzare si sostanzia, pertanto, nella valorizzazione del filo conduttore delle modifiche legislative succedutesi nel tempo in materia processuale e il suo utilizzo quale chiave di lettura e possibile strumento di risoluzione delle criticità che pervadono l'attuale sistema di giustizia amministrativa.

c- Piano di lavoro

In prima istanza, la ricerca si propone di dar succintamente conto della premessa logico-giuridica e asse portante dell'intera riflessione, ossia l'evoluzione della tutela del privato dinanzi al pubblico potere, per giungere al cennato raffronto tra modello processuale fondato sull'esclusività dell'azione di annullamento con quello attualmente vigente.

Sulla scorta dell'esito di tale riflessione, nella seconda parte saranno vagliate le problematiche inerenti a specifici istituti processuali, che appaiono, secondo certi orientamenti dottrinali, maggiormente collegati alla rinnovata attenzione processuale del rapporto pubblico.

In primo luogo, si stagliano le criticità collegate alle azioni processuali che il privato non poteva esperire nella vigenza del modello incentrato sull'esclusività dell'azione di annullamento di cui alla legge 2248 del 1865 all. E. In particolare, tra le altre, quella inerente all'ammissibilità di un potere giudiziale di modulazione degli effetti della sentenza di annullamento, ai limiti entro i quali il giudice amministrativo può ordinare all'Amministrazione un preciso provvedimento in sede di vittorioso esperimento delle azioni di

condanna pubblicistica e avverso il silenzio, e, infine, all'ambito di ammissibilità dell'azione di accertamento autonomo.

Contigualmente alla tematica relativa all'aumento delle azioni processuali, si rifletterà sinteticamente sugli attuali connotati dell'istituto del cumulo di domande nel processo amministrativo, il quale, secondo parte della dottrina, permetterebbe in taluni casi di giungere, con un'unica sentenza, alla valutazione complessiva del rapporto tra privato e Amministrazione.

Inoltre, si tratterà della rinnovazione dell'*ubi consistam* dell'onere della prova derivante dai nuovi poteri del privato in ordine all'ottenimento, di regola senza l'ausilio giudiziale, dei documenti che potranno essere decisivi per la costruzione della propria difesa.

Da ultimo, nella seconda parte, verrà analizzata la relazione tra l'ammissibilità di misure cautelari diverse dalla sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato, pensata per l'azione di annullamento, e il giudizio di spettanza della pretesa del privato. Si individueranno, in particolare, i limiti dell'atipicità delle ordinanze, con particolare riferimento a quelle tipologie diffuse nella prassi, ma discusse in dottrina, in specie quelle propulsive e sostitutive.

L'ultima parte del lavoro sarà dedicata all'analisi di alcune questioni specifiche, le quali, non positivamente risolte, danno adito al dibattito dottrinale e giurisprudenziale, e delle quali, come anticipato, si proporranno delle chiavi di lettura fondate sulla valorizzazione di una rinnovata visione del rapporto pubblico.

Segnatamente, si tratterà delle tematiche relative all'individuazione dell'esatto ambito applicativo della valutazione giudiziale *ex art. 21 octies* della legge n. 241 del 1990, all'ammissibilità dell'integrazione postuma della motivazione (correlata a quella dell'adozione di un nuovo e motivato provvedimento in corso di giudizio) e alla prassi del cd. assorbimento dei motivi (che conduce inesorabilmente all'amputazione della valutazione di tutti gli aspetti prospettati dal privato inerenti al suo rapporto con l'Autorità).

Ulteriormente, sarà analizzata la possibile valorizzazione dell'ottemperanza quale fase per veder risolta ogni questione inerente al rapporto pubblico, mediante la formazione di un giudicato progressivo attraverso la stratificazione degli interventi giudiziali.

Infine, si tenterà di prospettare una soluzione all'annosa problematica della tutela del cittadino dinanzi all'eventuale riesercizio del potere discrezionale mediante adozione di più provvedimenti amministrativi negativi a seguito di caducazione. Sul punto, si segnala sin da ora il pronunciamento della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, la quale, per la prima volta in materia, ha affermato, senza ambiguità, la sussistenza di una causa di consumazione del potere a seguito di esercizio dell'adozione di provvedimento negativo poi successivamente annullato, avvalorando così alcune precedenti posizioni dottrinali sull'argomento.

CAPITOLO PRIMO
RAPPORTO PUBBLICO E TUTELA GIURISDIZIONALE

1. Il rapporto pubblico tra democratizzazione del procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale

1.1. Giusto procedimento e giusto processo: due rette che si incontrano?

2. Il modello demolitorio

3. La giurisdizione oggettiva e la (non) tutela degli interessi sostanziali

4. Giudizio sul rapporto

1. *Il rapporto pubblico tra democratizzazione del procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale.*

Il lungo percorso che ha condotto all'attuale livello di effettività della tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo ha conosciuto numerosi interventi, dottrinali e giurisprudenziali, orientati a dare coerenza e sistematicità alle frammentarie modifiche legislative volte ad attribuire crescenti tutele al privato dinanzi all'esercizio del potere autoritativo¹.

Tra le problematiche incidenti sullo sviluppo della pienezza della tutela del singolo, ha rivestito un ruolo centrale la definizione del concetto di interesse pubblico, in quanto condizionante il modo di concepire il rapporto tra l'Autorità e i destinatari dell'azione amministrativa.

Il dibattito ha radici antiche, ma ha mantenuto nel tempo la sua attualità, fino a giungere alle odierne elaborazioni dottrinali².

¹ S. CASSESE, *Grandezza e miserie dell'alta burocrazia italiana*, in *Politica del diritto*, 1981, settembre, n. 2-3, 219, secondo il quale tra le ragioni del successo del giudice amministrativo vi sarebbe un "incrementalismo", ossia l'aver proceduto "sempre passo dopo passo, per aggiustamenti progressivi". Sulla rilevanza, in punto di diritto amministrativo sostanziale, si veda G. GUARINO, *Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, vol. IV, Padova, CEDAM, 1974, 2671 ss., il quale afferma che i principi e le regole generali si sono formati "attraverso una lunga ed ormai più che secolare elaborazione giurisprudenziale"; G. MORBIDELLI, *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in *Scritti in onore di Guarino*, vol. III, Padova, CEDAM, 1998, 89 ss.; F. MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in AA.VV., *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, in *Quaderni della Scuola Europea*, Milano, Giuffrè, 1983, 124; M. S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, XI, 522 ss.; M. CLARICH, *La giustizia amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000, 2027; per G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 9 "È stata la giurisprudenza amministrativa, in buona sostanza, a definire ciò che la P.A. potesse o non potesse fare per restare entro i confini della legalità, perché l'agire in un certo modo avrebbe potuto costituire il sintomo di un eccesso di potere, e cioè un vizio di legittimità dell'atto amministrativo impugnato. Un'opera siffatta è stata compiuta, lentamente ma inesorabilmente, proprio da quel consiglio di Stato che veniva (e ancora viene) guardato con sospetto (anche da parte dei giudici ordinari), la giurisprudenza del quale, tuttavia, ha indubbiamente contribuito in maniera decisiva a 'creare' il diritto amministrativo su due cardini: quello dello Stato di diritto e del principio di legalità, da un lato, e quello della poc' anzi richiamata logica 'concettuale' dell'interesse pubblico, dall'altro".

² Senza ripercorrere il dibattito sociologico in ordine alla definizione di interesse pubblico, si evidenzia che chiunque abbia intrapreso un'analisi filosofica o politologica del concetto di interesse pubblico, ha sempre constatato la molteplicità e la proteiformità di questa espressione, evidenziando così una difficoltà analitica ardua a superarsi. Si veda, per tutti, L. ORNAGHI, *Il*

Fino ai primi del '900, l'impostazione accolta dal nostro ordinamento si basava sulla concezione di un interesse pubblico sovraordinato, autonomo e trascendente gli interessi dei singoli; la superiorità portava con sé l'insindacabilità e predicava la conseguente impossibilità di ammettere la soccombenza dell'interesse pubblico rispetto all'interesse particolare.

Ne derivava che il sindacato della legittimità dell'agire pubblico era confinato alla mera verifica del rispetto delle disposizioni legislative allora esistenti, dedicate solo alla distribuzione delle competenze e alle modalità di esercizio del potere.

Secondo tale approccio, l'Amministrazione era così non solo esclusiva titolare del potere di perseguire l'interesse pubblico, ma altresì della prerogativa di attuarlo senza raccordo con il singolo, quasi inerme dinanzi all'esecuzione del volere autoritativo.

È solo con l'affermazione dello Stato pluriclasse, fondato sul riconoscimento e sulla garanzia della pluralità di gruppi, di interessi, di idee, di valori che possono confrontarsi nella società, che si giunge all'accoglimento della concezione di un interesse pubblico immanente rispetto ai singoli³.

concetto di interesse, Milano, Giuffrè, 1984; L. ORNAGHI - S. COTELLESA, *Interesse*, Bologna, Il Mulino, 2000.

³ Sul punto, G. MELIS, *La storia del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, S. CASSESE (a cura di), Milano, Giuffrè, 2003, 156, "l'estensione del suffragio universale (e dunque il superamento delle costituzioni oligarchiche ottocentesche), l'avvento delle politiche pubbliche di tutela degli interessi particolari e di quelle riassumibili nel governo dell'economia, il coinvolgimento degli interessi stessi nell'attività dei pubblici poteri, il nuovo ruolo che ne era derivato alle pubbliche amministrazioni e la loro proliferazione e diversificazione, (...) la realizzazione dello stato pluriclasse in ogni sua implicazione, erano tutti elementi di una profonda trasformazione. (...) Da diritto "di privilegi e d'autorità di uno Stato borghese che pretendeva di anteporre se stesso a qualunque suo interlocutore, pubblico o privato" (...) da diritto delle garanzie dei cittadini verso gli abusi del potere (come era nella tradizione liberale della giustizia amministrativa), il diritto amministrativo tendeva a trasformarsi radicalmente, in parte anche a prezzo di perdere la sua unitarietà (e forse la sua stessa identità disciplinare): si allarga il campo del consenso, degli accordi, della contrattualità, dunque nei moduli propri del diritto privato, assieme al quale il diritto amministrativo tende a confluire in un diritto comune". Si veda inoltre S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, Milano, 2000, 79 ss., secondo il quale "divenuti gli ordinamenti politici pluriclasse, col suffragio universale, ogni interesse trova la sua voce in Parlamento; si moltiplicano le leggi che vanno a regolare l'amministrazione (...) le amministrazioni aumentano di numero e spesso confliggono, rappresentando interessi sociali in conflitto". Ancora, C. CALABRÒ, *Il giusto processo e la scommessa del nuovo diritto*, Relazione al convegno "Art. 111 Costituzione: rivoluzione dell'ordinamento?", Venezia, 6-8

In accoglimento di tale visione, l'interesse pubblico diventa sintesi degli interessi individuali, il punto di equilibrio e di riconoscimento della pluralità, e non risulta più contrapposto alle prerogative dei singoli, ad esso necessariamente subordinate, ma diviene esso stesso oggetto di specifica tutela in un dato contesto normativo e fattuale, in esito alla valutazione dell'Amministrazione operata in considerazione della situazione specifica⁴.

Durante lo svolgimento dell'attività procedimentale, l'Amministrazione conosce e valuta i fatti e gli interessi rilevanti della fattispecie concreta ed è questo il momento in cui l'interesse pubblico astratto individuato dalla norma giuridica viene calato nella realtà e specificato in una dimensione suscettibile di protezione. Di conseguenza, risulta meritevole di tutela non l'interesse pubblico astrattamente predeterminato dal Legislatore, ma bensì solo quello risultante dalla composizione di tutti gli interessi rilevanti nel singolo caso concreto.

Come accennato, l'individuazione della conformazione dell'interesse pubblico si ripercuote sulla concezione del rapporto pubblico, il quale, secondo una definizione fornita da autorevole dottrina, deve intendersi quale *“il sistema proiettato nel tempo delle relazioni giuridicamente rilevanti, bipolari e multipolari, esterne ed interne, che si instaurano tra pubbliche amministrazioni e privati in relazione all'esercizio della funzione amministrativa e alla tutela dei diritti fondamentali”*⁵. Più precisamente, dall'evoluzione dell'inquadramento dell'interesse pubblico è derivato il ripensamento della concezione della relazione tra cittadino e Amministrazione.

ottobre 2000, in www.giustamm.it, secondo l'Autore *“Il diritto amministrativo è nato in coincidenza con l'affermazione della sovraordinazione dello Stato, che allora si scriveva con s maiuscola e che oggi, nel progetto di riforma della Costituzione, diventa una delle componenti della Repubblica (il che, francamente, mi sembra un po' paradossale). Tuttavia la permanenza e lo sviluppo del diritto amministrativo sopravvivono alla trasformazione dello Stato borghese in Stato pluriclasse e al declino della funzione centrale dello Stato amministrativo”*.

⁴ F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli Editore, 2017, 16.

⁵ M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, 6. Nel testo si ripercorrono i tratti essenziali della concezione del rapporto giuridico applicato alla relazione tra Amministrazione e cittadino ora nell'ordinamento tedesco, ora nell'ordinamento italiano, con riferimento al quale vengono riferite le posizioni di Romagnosi, Santi Romano, Ranelletti, Cammeo, Forti, Vitta, D'Alessio, Miele, Zanobini, Guicciardi.

L'interferenza tra tali concetti si manifestava nell'affermazione di un interesse pubblico sovraordinato, slegato dagli interessi dei singoli, che si traduceva in un'idea di potere indifferente rispetto alla partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo.

In particolare, il potere di imperio veniva efficacemente realizzato mediante l'unilaterale determinazione di ciò che si reputava idoneo a integrare l'interesse pubblico, il quale giungeva ad avere sostanza aliena rispetto ai valori e alle prerogative dei privati⁶.

Viceversa, un interesse pubblico frutto di una condivisione di valori e di istanze degli amministrati diviene compatibile con la ricerca della sua consistenza tramite la partecipazione dei privati, in specie i destinatari diretti dell'azione, e si declina quindi in una maggiore democrazia⁷. Sulla base di tale

⁶ M. NIGRO, in *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in G. AMATO - A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1986, 702, osserva che l'interesse pubblico "non è più qualcosa di dato, di fissato da somme decisioni politiche (avvolte dalla veste solenne della legge), ma è qualcosa di costruito e cioè il risultato puntuale e mutabile di un processo concreto, di grande complessità (...) La mediazione tra i vari interessi che è pregio dell'attività politica non si opera più (o non si opera esclusivamente) tra pochi soggetti ed a livello delle decisioni politiche di vertice, ma coinvolge numerosi soggetti e si colloca contemporaneamente ad un livello più basso, cioè al livello dell'attività amministrativa".

⁷ Per M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1970, 105, "la norma organizzativa regolativa del potere (...) pone l'interesse pubblico come un'entità determinata (da determinare) anche mediante la considerazione e l'apporto dell'interesse privato". Sul legame tra partecipazione e democrazia cfr. in dottrina, *ex multis*, S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 ss., secondo il quale "La democrazia non ruota soltanto intorno all'aggregazione delle preferenze, ma anche intorno alla loro trasformazione. Questa può avvenire attraverso il dibattito tra tutti coloro che sono interessati alla decisione, o quelli che li rappresentano, e a mezzo della forza degli argomenti offerti da e ai partecipanti. La democrazia deliberativa potrebbe porre rimedio all'intrinseca debolezza della democrazia cosiddetta rappresentativa. Questa consiste nella delega del potere di decisione ad un'oligarchia soggetta a periodiche elezioni. (...) La consultazione dei privati da parte dell'amministrazione costituisce però un nucleo intorno al quale possono maturare scelte collettive autenticamente democratiche, che consentono cioè la partecipazione privata alle decisioni pubbliche. Perché questo possa accadere, vanno superate numerose difficoltà (...) La prima difficoltà è costituita dalla posizione dell'amministrazione. Se questa è in una posizione superiore, la decisione non è autenticamente collettiva". U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro It.*, 1984, V, 205 ss. "i principi della democrazia non possono limitarsi a reggere la funzione legislativa, quella di indirizzo o di governo, la funzione giurisdizionale, ma devono informare anche la funzione amministrativa (...) perché l'ordinamento abbia carattere democratico è necessario che l'amministrazione sia democratica (...) nel senso che non c'è democrazia senza che vi sia anche democraticità dell'amministrazione". M. A. SANDULLI, voce *Accesso alle notizie e documenti amministrativi*,

premesse, si è giunti all'idea secondo la quale *“in un ordinamento democratico non è con l'indiscriminato sacrificio degli interessi privati che si attua nel modo migliore l'interesse pubblico”*⁸.

Sul terreno della rinnovata visione dell'interesse pubblico, si è così sviluppata la concezione teorica del procedimento amministrativo quale momento di attuazione delle garanzie di partecipazione dei soggetti interessati dall'azione autoritativa al fine di contribuire alla concreta attuazione dell'interesse generale⁹.

In particolare, secondo la concezione teorica più risalente brevemente delineata, si riteneva che il procedimento dovesse essere inteso in senso funzionale e, in particolare, quale serie concatenata di atti, al pari del processo, finalizzata all'adozione di un provvedimento amministrativo autoritativo¹⁰. Si valorizzava, pertanto, il susseguirsi degli atti della sequenza procedimentale, intesa come mero meccanismo volto a produrre un risultato, senza porre l'accento sulle modalità di attuazione del potere.

Con il mutamento del rapporto tra Amministrazione e cittadino si è invece giunti a ritenere che non si possa focalizzare l'attenzione solo sull'aspetto della consequenzialità di atti prodromici e successivi, ma debba essere messo in luce il momento valutativo delle istanze dei privati coinvolti nella ponderazione degli interessi primari e secondari¹¹.

in *Enc. dir.*, agg., IV, Milano, 2000, 1, *“la trasparenza dell'azione amministrativa (nelle diverse forme in cui si realizza: motivazione del provvedimento, partecipazione al procedimento dei soggetti, pubblici e privati, che possono avervi interesse, pubblicità degli atti e dei documenti amministrativi e diritto di accesso ai medesimi da parte di chi ne faccia richiesta) costituisce un'esigenza assolutamente fondamentale degli ordinamenti democratici, ponendosi come strumento indispensabile a realizzare un effettivo e diretto rapporto tra governanti e governati, per il fatto di consentire a quest'ultimi una più consapevole partecipazione all'operato dei pubblici poteri e un più pieno controllo della relativa rispondenza agli interessi sociali e ai precetti legislativi e costituzionali”*; M. OCCHIENA, *La necessaria riforma del diritto di accesso: diffusione e accesso telematico alle informazioni amministrative*, in *Il diritto dell'economia*, 2008, 1, 177.

⁸ F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova, CEDAM, 1975.

⁹ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 126 ss.; M. S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, 259 ss.

¹⁰ A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940.

¹¹ M. NIGRO, *Giustizia*, cit., 92; M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela*

Da qui si è approdati alla svalutazione complessiva del momento conclusivo del procedimento amministrativo, quale mera adozione di un provvedimento, e all'esaltazione dell'esecuzione degli adempimenti dell'Autorità per garantire un'adeguata valutazione degli interessi nell'ottica del più efficiente ed efficace perseguimento dell'interesse pubblico¹².

Il mutamento che ha interessato il rapporto tra cittadino e Amministrazione si è realizzato sia a livello procedimentale che processuale.

I due piani sono estremamente connessi, se sol si considera che tradizionalmente la giustizia amministrativa è stata intesa, e si intende, in senso ampio, quale complesso di istituti, di qualunque natura, diretti ad assicurare l'osservanza da parte dell'Amministrazione dei limiti imposti all'esercizio della sua attività¹³.

Entrambi i mutamenti possono considerarsi figli del costituzionalismo moderno secondo il quale il principio della protezione degli individui contro l'Amministrazione sembra predominare e dove la giustizia amministrativa, consacrata a livello costituzionale, non è più solo uno strumento per assicurare una buona amministrazione, ma diventa un meccanismo di garanzia, difesa e protezione del cittadino contro un'Amministrazione con sempre maggiori poteri e sempre più onnipresente¹⁴.

giurisdizionale contro la Pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo), in *Riv. dir proc.*, 1980, 254 ss.

¹² Parallelamente si è svolta l'evoluzione del concetto di discrezionalità amministrativa sulla scia della valorizzazione della rilevanza degli interessi primari e secondari coinvolti nella fattispecie. In particolare, secondo una prima impostazione, la discrezionalità veniva inquadrata per la mera esistenza di una facoltà di scelta da parte del soggetto pubblico (in particolare, G. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1979) o per la sussistenza di uno spazio di scelta residuante allorché la normativa di azione non predetermini in modo completo tutti i comportamenti dell'Amministrazione (E. CASSETTA, che riprende una definizione di S. Romano, in *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007). Solo poi è stata valorizzata la fase di ponderazione degli interessi primari e secondari coinvolti nella fattispecie (M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939).

¹³ E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, CEDAM, 2012, 1. Si condivide la precisazione offerta da G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni*, cit., 1, secondo il quale l'espressione giustizia amministrativa include il versante giustiziale costituito dai ricorsi amministrativi, ma non anche l'insieme delle garanzie di partecipazione al procedimento, ovvero la giustizia *nella* amministrazione.

¹⁴ E. ROZO ACUNA, *Cittadino e Amministrazione nel nuovo millennio*, in *Procedura*, 15

Lo strumento mediante il quale si è sviluppata tale tendenza è il perseguimento dell'effettività della tutela, la quale, già prima dell'adozione del codice del processo amministrativo e grazie alla presenza di detto principio nel tessuto costituzionale, ha caratterizzato la storia stessa della giustizia amministrativa, segnandone le tappe più importanti¹⁵.

L'ispirazione al principio di pienezza della tutela si dimostra necessaria considerando che solo attribuendo una maggiore efficacia all'esercizio del potere giurisdizionale, in ordine alla verifica della legittimità dell'agire pubblico, potrà ritenersi soddisfatta l'adesione alla moderna concezione di interesse pubblico quale valore da tutelare con la partecipazione dei privati alle scelte amministrative.

E invero, solo con la verifica a valle del rispetto delle regole poste a presidio della tutela dei privati mediante l'intervento di un soggetto non più proteso alla soddisfazione dell'interesse pubblico, quale l'Amministrazione, ma questa volta terzo e imparziale, come il giudice, potrà essere data concretezza alla concezione dell'interesse pubblico condiviso e partecipato.

1.1. Giusto procedimento e giusto processo: due rette che si incontrano?

Nonostante la crescente valorizzazione delle istanze dei privati, ci si chiede se le garanzie procedurali discendenti dal principio del giusto procedimento possano essere assimilate a quelle derivanti dall'art. 111 Cost. e dirsi così provviste di copertura costituzionale.

procedimento e processo, Atti del Convegno, Urbino 14 e 15 giugno 2007, Padova, CEDAM, 2010.

¹⁵ R. GIOVAGNOLI, *Effettività della tutela e atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, Relazione al Convegno "Giustizia amministrativa e crisi economica", Roma, 25-26 settembre 2013. L'Autore ripercorre i passi dell'evoluzione della giustizia amministrativa riconducendoli al filo conduttore dell'aumento delle tutele del cittadino dinanzi al potere dell'Amministrazione. In particolare, individua il principio di effettività della tutela dell'interesse legittimo quale stella polare degli interventi legislativi e delle pronunce nomofilattiche che hanno segnato il percorso di costruzione della protezione giurisdizionale del privato dinanzi all'azione amministrativa.

In particolare, il giusto procedimento viene inteso come la regola secondo la quale i privati debbano essere messi nella condizione di esporre le proprie ragioni ancor prima che l'Amministrazione adotti provvedimenti autoritativi produttivi di effetti nei propri confronti.

Il principio in esame costituisce l'insieme dei valori sottostanti alla partecipazione procedimentale e può dirsi eluso ogni qualvolta l'Autorità adotti atti senza aver provveduto a interloquire con il privato¹⁶.

L'accoglimento del principio del giusto procedimento, inoltre, costituisce un risultato del cd. cambiamento amministrativo e rappresenta l'evoluzione della prospettiva con cui l'Amministrazione agisce: non più orientata a operare scelte unilaterali volte all'attuazione di un interesse pubblico astratto, alieno rispetto alle prerogative tutelabili del privato, quanto, piuttosto, finalizzata alla realizzazione di un interesse concreto, da perseguire alla luce delle istanze di soggetti esterni all'Amministrazione stessa.

La sovrapposibilità dei due principi, giusto procedimento e giusto processo, è stata sostenuta passando attraverso la valorizzazione di elementi costitutivi comuni, quale, in particolare, l'oggettiva realizzazione di una funzione, seppur esercitata da due soggetti diversi¹⁷. Tuttavia, alcune

¹⁶ Secondo Corte cost., 2 marzo 1962, n. 13, "Questo principio generale consiste nell'esigenza del giusto procedimento. Quando il Legislatore dispone che si apportino limitazioni ai diritti dei cittadini, la regola che il Legislatore normalmente segue è quella di enunciare delle ipotesi astratte, predisponendo un procedimento amministrativo attraverso il quale gli organi competenti provvedano ad imporre concretamente tali limiti, dopo avere fatto gli opportuni accertamenti, con la collaborazione, ove occorra, di altri organi pubblici, e dopo aver messo i privati interessati in condizioni di esporre le proprie ragioni sia a tutela del proprio interesse, sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico. (...) Vero è che il Legislatore statale ha derogato tante volte alla esigenza di stabilire un giusto procedimento (...) ma ciò non infirma il principio generale dianzi esposto. D'altra parte, il Legislatore statale non è tenuto al rispetto dei principi generali dell'ordinamento, quando questi non si identifichino con norme o principi della Costituzione, mentre il Legislatore regionale è vincolato al rispetto delle norme costituzionali e dei principi dell'ordinamento giuridico dello Stato".

¹⁷ Sul punto, S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1991, 239; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, *Dir. amm.* 1993, 1, 133 ss; C.E. GALLO, voce *Processo amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1996, 628.; V. CAIANIELLO, *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 2, 241; E. FAZZALARI, *La dottrina processualistica italiana; dall'azione al processo*, in *Dir. proc. amm.* 1994, 4, 911; F. BENVENUTI, voce *Processo amministrativo*, *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987; ID., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 1987, 114; A. CLINI, *La giusta procedura nella funzione amministrativa e giurisdizionale*, in *Procedura, procedimento e*

considerazioni si ritengono bastevoli per sostenere la non sovrapposibilità dei due principi e per non poter opinare nel senso di ritenere che nell'art. 111 Cost. sia rinvenibile l'affermazione anche del giusto procedimento.

Si accoglie in tal sede, infatti, l'autorevole dottrina la quale, prendendo posizione sul parallelismo tra processo e procedimento, distingue le due situazioni¹⁸.

La giustificazione teorica dell'impostazione qui accolta si fonda sul riconoscimento di un differente ambito di applicazione dei due principi, posto che l'art. 111 Cost. attiene solamente alle tutele giurisdizionali, che si collocano in una fase successiva rispetto alla realizzazione delle garanzie partecipative, le quali, a loro volta, si attuano nel precedente momento di svolgimento del procedimento¹⁹.

processo, Padova, CEDAM, 2010, 129. In particolare “Si ritiene ancora attuale la definizione, elaborata a suo tempo, sul concetto di funzione, mediante la quale si portava al superamento dell’approccio teleologico soggettivo confinato al rapporto tra una serie di atti ed il risultato a cui essi pervengono: essa appare ancora oggi una delle intuizioni teoretiche più illuminanti il complesso agire della pubblica amministrazione. (...) La forma attraverso la quale si manifesta la funzione viene individuata in quella determinata procedura che tendenzialmente ricollega uno specifico all’espressione di un singolo potere: così in estrema sintesi l’esercizio della funzione amministrativa si esterna nella forma procedimentale mentre l’esercizio della funzione giurisdizionale si esprime nella forma processuale. Viene prospettata una lettura in generale della procedura come storicizzazione della trasformazione del potere, nel quale si susseguono operazioni, elaborazioni, cooperazioni diacroniche indirizzate alla realizzazione concreta dell’atto, luogo ove il potere medesimo si risolve. Sotto il profilo oggettivo, dunque, processo e procedimento paiono fenomeni speculari che si attivano per assicurare la corretta esplicazione di una funzione riconducibile, nel nostro caso, ad un preordinato potere. Emergono invece delle differenziazioni se si svolge una lettura nel loro aspetto soggettivo”.

¹⁸ S. CASSESE, *Le basi*, cit., 227 ss. L'Autore distingue processo e procedimento sulla base della mancanza, nel secondo, dei caratteri di terzietà dell'Autorità pubblica procedente e del contraddittorio, e del differente modo in cui è regolata la sequenza delle fasi di iniziativa, di istruttoria e di decisione.

¹⁹ Secondo Cass., sez. un., 20 settembre 2009, n. 20935, in materia di procedimento sanzionatorio svolto dalla Banca d'Italia, “Il procedimento de quo non prescrive altro (...) né il difetto di previsione d’una tale ulteriore forma, di difesa, può essere colmata invocando una diretta applicazione dei precetti costituzionali riguardanti il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e il giusto processo (art. 111 Cost.), atteso che tali norme riguardano espressamente e solo il giudizio, ossia il procedimento giurisdizionale che si svolge avanti al giudice e non il procedimento amministrativo, ancorché finalizzato all’emanazione di provvedimenti incidenti su diritti soggettivi, sicché tale, mancata (completa) equiparazione del procedimento amministrativo a quello giurisdizionale non viola in alcun modo la Costituzione”. Ancora, per Cons. St., sez. IV, 26 marzo 2015, n. 1595, “Le norme della Costituzione che garantiscono il diritto di difesa e il giusto processo riguardano espressamente il giudizio cioè il procedimento in cui il giudice è chiamato ad esercitare funzioni giurisdizionali al fine di statuire su posizioni soggettive, e sono rivolte a garantire che, nel dibattito prodromico alla decisione, siano

L'art. 111 della Costituzione, infatti, si occupa di rendere imperativa l'esecuzione del principio di tutela giurisdizionale dei diritti e interessi legittimi di cui all'art. 113 dinanzi ad un organo terzo e imparziale, ma giammai l'Amministrazione potrebbe definirsi organo terzo e imparziale al pari del giudice.

A ciò osta in primo luogo l'esplicito richiamo dell'art. 97 Cost. al principio dell'imparzialità, che presuppone una non estraneità dell'Autorità rispetto alla vicenda oggetto di decisione, ma, soprattutto, la stessa natura dell'Amministrazione, soggetto volto a tutelare l'interesse pubblico anche qualora ciò voglia dire frustrare le aspettative dei privati, pur sempre fermo restando il rispetto dei principi di legalità e di proporzionalità. Per tali ragioni l'Autorità non può ontologicamente dirsi terza, ma è essa stessa parte, in quanto protesa al perseguimento dell'interesse affidato alle sue cure.

In tal senso, non può che ribadirsi l'attualità del principio in virtù del quale il potere trova giustificazione in quanto funzionalizzato alla cura concreta

presenti tutti gli interessati, in situazione di parità e con effettiva possibilità di formulare le deduzioni difensive ritenute opportune. Il procedimento amministrativo, ancorché sia finalizzato ad un provvedimento incidente su diritti soggettivi non è assimilabile al giudizio, sicché l'assenza di una totale equiparazione del procedimento amministrativo e giusto processo non autorizza ad ipotizzare un contrasto con i principi costituzionali propri esclusivamente del giudizio (Civ., Sez. Un., 20 settembre 2009, n. 20935). La nozione di "giusto processo", enunciata dall'art. 111, è dunque direttamente riferibile soltanto ai giudizi destinati a svolgersi dinanzi ad organi giurisdizionali, come inequivocabilmente conferma già l'intestazione della sezione II ("Norme sulla giurisdizione"), del titolo IV della Costituzione (a propria volta intestato alla "Magistratura"). Sotto il profilo costituzionale, la disciplina del procedimento amministrativo anche sanzionatorio è vincolata solo al rispetto dei più generici principi di eguale trattamento, imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, posti dagli artt. 3 e 97 della Costituzione, nonché al generalissimo principio di legalità che è sempre sotteso all'operare della pubblica amministrazione. (...) La considerazione secondo cui il provvedimento amministrativo sanzionatorio, in forza della sua immediata esecutività (...) potrebbe produrre effetti gravemente lesivi in danno al privato che ne sia destinatario ancor prima che quest'ultimo possa eventualmente invocare rimedi giurisdizionali, non basta, di per sé a giustificare sul piano costituzionale un obbligo di estendere le garanzie del giusto processo alla fase procedimentale sanzionatoria. Se così fosse, infatti, una tale estensione dovrebbe predicarsi non solo per i provvedimenti sanzionatori, ma per molti altri provvedimenti amministrativi, i quali, pur senza connotazione sanzionatoria, possono ugualmente essere fonte di gravissimi pregiudizi per il privato che ne è destinatario e dare parimenti luogo al pericolo di lesioni ingiustificate prima dell'intervento giurisdizionale. Tale pericolo non può essere però risolto invocando la giurisdizionalizzazione del procedimento amministrativo. Al contrario, la soluzione corretta e costituzionalmente compatibile è quella che passa attraverso un bilanciamento tra le esigenze di tutela del privato e il contrapposto interesse alla prontezza e alla efficacia dell'azione amministrativa".

dell'interesse pubblico, che ne costituisce sia il fondamento sia il consustanziale limite²⁰.

È noto, d'altra parte, che l'imparzialità non viene considerata principio informatore dell'attività nell'ambito delle funzioni svolte dalle Autorità indipendenti, in particolare laddove esercitino attività cosiddette paragiurisdizionali, più simili ad un'attività di risoluzione delle controversie rispetto alla tradizionale attività amministrativa, intesa come cura concreta di un interesse pubblico.

Differenziare la natura dell'Amministrazione, parte del procedimento e parziale nell'esercizio delle sue funzioni, rispetto a quella dell'organo giurisdizionale, terzo e imparziale, permette di superare le seppur pregevoli e innovative opinioni secondo le quali il giusto procedimento possa dirsi ormai elevato a principio di natura costituzionale in quanto desumibile dagli artt. 111 e 113 Cost.

La non costituzionalizzazione del principio del giusto procedimento è stata altresì confermata recentemente dalla Corte costituzionale, la quale, occupandosi della possibile violazione, da parte dell'art. 42-*bis* del D.P.R. n. 327/2001, degli artt. 97 e 113 Cost., parametri invocati come fondamento del giusto procedimento, ha espresso importanti considerazioni in ordine all'attuale valenza del principio²¹. In particolare, confermando precedenti pronunce, ha ritenuto di non poter qualificare il principio del giusto procedimento come assistito da garanzia costituzionale²².

²⁰ Sulla funzione del potere a seguito del cambiamento del rapporto tra Stato e Amministrazione vd., *ex multis*, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, 438 ss.; S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1930, 145.; S. CASSESE, *Le basi*, cit., 121 ss.

²¹ Corte cost. 30 aprile 2015, n. 71, con nota di G. MARI - G. STRAZZA, *L'acquisizione sanante (art. 42-bis D.P.R. 327 del 2001) alla luce della Corte Costituzionale 30 aprile 2015 n. 71*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 4, 612; G. GRISI, *L'acquisizione sanante supera il vaglio di costituzionalità*, in *Europa e diritto privato*, 2015, 4, 968; F. REGA, *Occupazioni illegittime: il difficile bilanciamento tra interesse pubblico, tutela della proprietà privata e giusto procedimento amministrativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 5, 1054; A. MOSCARINI, *Una sentenza interpretativa di rigetto sull'acquisizione sanante della proprietà del bene privato illegittimamente occupato dalla P.A.*, in *Giur. cost.*, 2015, 3, 1035.

²² In particolare, tra i precedenti interventi richiamati, rileva il noto caso Vezio Crisafulli, Corte cost., 12 luglio 1978, n. 23, occasione in cui la Consulta ha ricordato che "il cosiddetto

Tuttavia, la Consulta ha sottolineato che ciò non osta all'attribuzione di fondamentale importanza in seno all'azione amministrativa, in quanto il giusto procedimento, imponendosi quale principio generale di garanzia per il privato, è valevole a prescindere da un espresso richiamo.

Pertanto, secondo la giurisprudenza granitica della Corte costituzionale, peraltro non accolta unanimemente dalla dottrina, nonostante l'avvento della modifica del rapporto tra Stato e Amministrazione, non può quindi giungersi all'approdo ermeneutico secondo il quale la tutela procedimentale di natura partecipativa sia costituzionalmente tutelata²³.

La distinzione ontologica tra giusto procedimento e giusto processo, e la conseguente impossibilità di ritenerli sovrapponibili, non hanno impedito alla giurisprudenza di escludere un ambito di applicabilità delle garanzie ricavabili dall'art. 111 Cost. anche in ambito procedimentale.

Lo sviluppo si è registrato in materia di Autorità indipendenti, in specie per le delibere della Commissione Nazionale per la Società per la Borsa²⁴.

*principio del giusto procedimento (in vista del quale i soggetti privati dovrebbero poter esporre le proprie ragioni, prima che vengano adottati provvedimenti limitativi dei loro diritti) non può considerarsi costituzionalizzato". Ancora Corte cost., 19 marzo 1993, n. 103, ha ribadito che "la disciplina del procedimento amministrativo è rimessa alla discrezionalità del Legislatore nei limiti della ragionevolezza e del rispetto degli altri principi costituzionali, fra i quali, secondo la giurisprudenza di questa Corte (...) non è compreso quello del giusto procedimento amministrativo, dato che la tutela delle situazioni soggettive è comunque assicurata in sede giurisdizionale dagli artt. 24 e 113 della Costituzione". La Corte aveva accennato all'esigenza di garanzie per gli interessati "anche nello stadio di formazione degli atti", alla "facoltà di presentare istanze" preventive rispetto all'atto terminale, alla presenza di rappresentanti delle categorie interessate negli organi competenti a provvedere in due sentenze precedenti, n. 4 e 52 del 1958, in *Giur. cost.*, 17 ss. e 598 ss.*

²³ Sulle critiche della dottrina all'interpretazione della Corte costituzionale, vd., in particolare, U. ALLEGRETTI, *La Corte costituzionale e l'amministrazione: un bilancio al 1981*, in *Le Regioni*, 1981, 1181 ss., ora in ID., *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996, 135 ss.; ID., *Corte costituzionale e pubblica amministrazione*, in P. BARILE - E. CHELI - S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 269 ss.; ID., *Il controllo della pubblica amministrazione da parte della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di Luigi Galateria*, Rimini, 1987, 35 ss.; L. ARCIDIACONO, *L'organizzazione amministrativa nel disegno costituzionale e nella giurisprudenza della Corte*, in *Politica del diritto*, 1983, 3, 451 ss.; G. SALA, *Imparzialità dell'amministrazione e disciplina del procedimento nella recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 4, 433 ss.

²⁴ La questione non è nuova in dottrina. Sull'applicabilità del principio del giusto processo già in fase procedimentale, vd. L. MARUOTTI, *Il contraddittorio nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità Indipendenti*, in

In questo caso la soluzione è stata determinata dalla volontà legislativa trasfusa negli art. 187 *septies* e 195 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria e nell'art. 24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari".

Dall'interpretazione delle leggi regolatrici del potere in analisi, evocanti l'esigenza della parità delle parti, si è desunto che nella fase di adozione della sanzione il contraddittorio da attuare non potesse essere quello più flessibile previsto dalla legge generale del procedimento amministrativo, cd. contraddittorio verticale, ma quello più garantista ricavabile dall'art. 111 della Costituzione, ossia il cd. contraddittorio orizzontale²⁵.

Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, Giappichelli, 1999, 60 ss.; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, Relazione al Convegno "Le Autorità Amministrative Indipendenti", Roma, 9 maggio 2003, in www.giustizia-amministrativa.it, 2003. Secondo l'Autore "La garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità Amministrative indipendenti costituisce il tratto forse più qualificante del loro modo di essere e di agire. Le leggi istitutive delle principali Autorità delineano infatti un modello di contraddittorio che si pone su una linea più avanzata rispetto a quello generale prefigurato dalla legge 7 agosto 1990 n. 241 sul procedimento amministrativo. Anche i regolamenti sui procedimenti amministrativi delle singole Autorità prevedono modalità di attuazione del principio di contraddittorio non ammesse per i procedimenti amministrativi tradizionali: per esempio, l'audizione orale delle parti coinvolte nel procedimento o la richiesta ai soggetti interessati di formulare osservazioni sugli schemi di atti normativi e generali"; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 2, 181.

²⁵ Cons. St., sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595, secondo il quale "Giova a tal proposito evidenziare che quella di "contraddittorio" costituisce, in sé considerata, una nozione polisemica, che comprende una pluralità di livelli, più o meno alti, di tutele. In ogni ambito, le garanzie del contraddittorio non costituiscono un insieme predefinito e costante di poteri, doveri e facoltà attribuiti alle parti all'interno del procedimento amministrativo. Esse sono invece suscettibili di variazioni e adattamenti, in funzione del tipo di procedimento e degli interessi in gioco. (...) Diverse sono anche le funzioni del contraddittorio: funzione di garanzia del diritto di difesa, di partecipazione in funzione collaborativa, di rappresentanza degli interessi. Il più alto livello di contraddittorio è certamente quello di matrice processuale: il contraddittorio orizzontale e paritario (contraddittorio tra due parti in posizioni di parità rispetto ad un decidente terzo e imparziale), con il riconoscimento del diritto, in capo al soggetto interessato, di interloquire in ogni fase del procedimento. Il contraddittorio procedimentale (quello che si svolge nell'ambito dei procedimenti amministrativi) è, invece, normalmente di tipo verticale (contraddittorio tra l'interessato sottoposto e l'Amministrazione titolare del potere e collocata, quindi, su un piano non paritario) ed ha essenzialmente una funzione collaborativa e partecipativa, piuttosto che difensiva. Ha prevalentemente queste caratteristiche e questa funzione (più partecipativa che difensiva) il contraddittorio che trova la sua concreta disciplina nell'ambito della [legge 7 agosto 1990, n. 241](#) ("Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi"), che detta una disciplina generale destinata ad applicarsi, salvo discipline speciali, ad ogni

Tale fattispecie speciale deriva pertanto da precipue disposizioni, ma, oltre ad essa, non risultano estensibili ai singoli procedimenti le ulteriori garanzie del giusto processo ai singoli procedimenti, salvo il riscontro positivo di un'espressa *voluntas legis*, che attribuirebbe all'ipotesi il ruolo di eccezione rispetto alla regola generale.

Occorre precisare che non si intende nascondere i rilevanti vantaggi che porterebbe l'ancoraggio del principio del giusto procedimento a quello consacrato dall'art. 111 Cost. In particolare, si potrebbe individuare un nucleo forte del principio, sottratto all'eventuale volontà legislativa, legata dalla forza attiva della Carta Fondamentale.

Gli studi sull'argomento hanno permesso di elaborare varie soluzioni in ordine all'innesto del principio del giusto procedimento nel tessuto costituzionale al punto tale che l'attribuzione del rango costituzionale è stato definito "*assillo della dottrina amministrativistica e costituzionalistica sin dai desiderata di Vezio Crisafulli del lontano 1962*"²⁶.

procedimento amministrativo".

²⁶ L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del "giusto procedimento" e l'archetipo del "processo"*, in *Quad. cost.*, 2009, 2, 277. In particolare, si richiamano le riflessioni in ordine al legame tra partecipazione e trasparenza. Sul punto, G. ROHERSSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Atti del XXXII Convegno di Scienza dell'Amministrazione*, Varenna, 18-20 settembre 1986, Milano, Giuffrè, 1989; E. CARLONI, *L'amministrazione aperta: regole strumenti limiti dell'open government*, Rimini, Maggioli, 2014; P. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1997, 25, secondo il quale "*se scopo della disciplina del procedimento non è solo quello di consentire una verifica ed un controllo (sia interno che esterno) sull'attività dell'Amministrazione, ma è anche ormai – più modernamente – quello di consentire la evidenziazione degli interessi e, soprattutto, una cooperazione tra i vari soggetti alla esplicazione della funzione amministrativa, deve decorsi che il fondamento costituzionale del principio del contraddittorio e di partecipazione (che, al pari del diritto di accesso, ha carattere strumentale e non già finale) non è soltanto da rinvenirsi negli artt. 97, primo comma, 24 e 113 Cost. (costituendo le relative norme un efficace strumento per assicurare il buon andamento dell'amministrazione e la tutela delle posizioni giuridiche attive), ma anche nell'art. 3, comma secondo, della Costituzione il quale, quantunque riferito espressamente ai lavoratori (quale categoria più debole) garantisce a tutti i cittadini l'effettiva partecipazione alla organizzazione del Paese*". In tale ultima direzione anche C. E. GALLO, *La partecipazione al procedimento*, in AA.VV., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1992, 56, il quale rileva che l'art. 3 Cost. "*individua il momento e lo strumento della partecipazione come momento e strumento essenziale per tutta l'organizzazione pubblica e per tutta la vita della nazione (con il rilievo che il riferimento ai lavoratori significa soltanto che anche la categoria che poteva apparire di più debole forza doveva poter partecipare integralmente a tutta la vita del Paese*". M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, Giuffrè,

Tuttavia, si ritiene che la problematica maggiormente spinosa non consista nell'individuazione di riferimenti costituzionali diretti o indiretti al principio, quanto, piuttosto, permettere al cittadino di poter contare su garanzie più forti, in quanto non eliminabili, e un contenuto certo del principio *“sino ad oggi caratterizzato sì da una elevata potenza evocativa, ma anche da un'estrema evanescenza di contenuti”*²⁷.

La soluzione potrebbe essere quella di ancorare il giusto procedimento al principio generale di buona amministrazione, previsto dall'art. 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, la cui supremazia, *ex artt. 11 e 117 Cost.*, darebbe la possibilità di superare l'*impasse*.

Al fine di giungere a tale conclusione, si potrebbe riconoscere che concretamente le prerogative derivanti dalla buona amministrazione siano parzialmente le medesime di quelle costitutive del principio del giusto procedimento.

Il principio di buona amministrazione viene declinato dall'art. 41 della Carta di Nizza nel dovere di imparzialità, di equità e di conclusione del procedimento entro un termine ragionevole. Più analiticamente, viene sintetizzato nell'obbligo di motivazione e nel diritto del governato di essere ascoltato, di prendere visione di documenti che lo riguardano.

Accedendo alla nozione di giusto procedimento indicata, ossia l'insieme dei valori di partecipazione del cittadino, la sua attuazione concreta potrebbe dirsi coincidente con quella della buona amministrazione così come esplicitata dalla Carta di Nizza. Di conseguenza, si ritiene esistente un nucleo duro di partecipazione, e quindi del giusto procedimento, a prescindere della sua espressa previsione del testo costituzionale.

1991, 49. Per una ricostruzione della questione vertente la tutela costituzionale del giusto procedimento vd. G. MANFREDI, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in *Procedura, procedimento, processo*, Padova, CEDAM, 2010, 95; M. OCCHIENA, *Voce Accesso agli atti amministrativi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, I, 2006, 57.

²⁷ L. BUFFONI, *Il rango costituzionale*, cit., 3.

2. Il modello demolitorio.

L'effettività della tutela giurisdizionale del privato nei confronti dell'Amministrazione non è sempre stata una priorità per il nostro Legislatore. In specie, al momento della nascita del sistema di giustizia amministrativa, l'esigenza di pienezza della tutela veniva sostanzialmente svilita dalla necessità di evitare che il potere giurisdizionale potesse infrangere i propri confini invadendo il territorio dell'Amministrazione²⁸.

Difatti, il processo amministrativo trae le proprie origini dall'instaurazione di un modello incentrato sulla sola azione di annullamento e caratterizzato dalla preminente funzione di tutela degli interessi dell'Amministrazione²⁹. Ne derivava che l'eventuale caducazione del provvedimento era volta solo alla verifica in punto di legittimità dell'azione amministrativa esercitata e non anche alla valutazione della fondatezza della pretesa del ricorrente.

La mancata valutazione degli interessi del privato derivava dalla scarsa importanza ad essi attribuita all'interno dell'ordinamento, essendo opinione comune che avessero rilievo giuridico soltanto in relazione agli effetti processuali della legittimazione a ricorrere. In particolare, dal punto di vista di diritto sostanziale, le situazioni giuridiche soggettive in capo al singolo venivano qualificate come meri interessi di fatto, solo indirettamente tutelati dal giudice amministrativo attraverso la loro accidentale coincidenza con l'interesse pubblico³⁰.

Pertanto, colui che agiva in giudizio al fine di tutelare la propria sfera giuridica era obbligato ad utilizzare uno strumento giurisdizionale orientato

²⁸ Per una ricostruzione compiuta dell'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa vd. M. NIGRO, *Giustizia*, cit., e A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa*, in *Riv. proc. amm.*, 1994, 4, 636 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni*, cit.

²⁹ F. CARINGELLA, *La giurisprudenza amministrativa regala all'interesse legittimo l'atipicità della tutela*, in *Il Nuovo Diritto Amministrativo*, 2012, 1, ha posto in rilievo che la sentenza del giudice amministrativo, nel limitarsi a verificare la presenza dei vizi denunciati in seno all'atto impugnato senza tralasciare la bontà sostanziale dell'aspirazione del privato, verificava se l'Amministrazione avesse torto piuttosto che stabilire se il privato avesse ragione.

³⁰ E. GUICCIARDI, *La giustizia*, cit., Padova, CEDAM, 1942, 60.

verso la protezione di interessi della controparte resistente³¹.

Ciò, peraltro, era in linea con la visione dell'interesse pubblico come concetto alieno rispetto agli interessi dei singoli, sovraordinato rispetto ad essi e non comunicante con la realtà concreta, in quanto predefinito e interpretabile solo dalla Pubblica Amministrazione, unica titolare del potere di attuarlo.

L'originario modello demolitorio è cristallizzato dall'art. 17 della legge n. 5992 del 1889 istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato, secondo il quale *“Se la sezione riconosce infondato il ricorso, lo rigetta. Se accoglie il ricorso per motivo d'incompetenza, annulla l'atto o provvedimento e rimette l'affare all'autorità competente. Se accoglie il ricorso per altri motivi, nei casi previsti dall'art. 3, annulla l'atto o provvedimento, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa; e, nei casi previsti dall'art. 4, decide nel merito”*. La disposizione è stata poi confermata dal testo unico del Consiglio di Stato, art. 45 del Regio Decreto 26 giugno 1924 n. 1054, e ripresa dall'art. 26 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei T.A.R.

Pertanto, il processo amministrativo nasce modellato su un'unica azione, quella di annullamento, la quale, perlomeno nella prassi, tenderà a rimanere la principale³².

³¹ La posizione fu espressa già al momento dell'inaugurazione della quarta sezione del Consiglio di Stato dal Suo Primo Presidente, Silvio Spaventa, seppur non formalmente, nel discorso pubblicato da R. RICCI in *Dir. dir. pubbl.*, 1909, I, 310 ss. Spaventa sostenne, in piena adesione alla concezione dell'interesse legittimo quale interesse occasionalmente protetto dalla norma regolatrice del potere, che *“in questa giurisdizione non si tratta di definire controversie nascenti dalla collisione di diritti individuali e omogenei, ma di conoscere solamente, se il diritto obbiettivo sia stato osservato. Ciò può servire anche all'interesse dell'individuo, ma non ne è l'immediata conseguenza. Il diritto obbiettivo qui si realizza in sé e per proprio conto, senza che ne nasca in ogni singolo caso un diritto soggettivo, o, se può nascere, non è qui la sede dove possa farsi valere. L'interesse individuale offeso è solamente preso come motivo e occasione per l'amministrazione stessa per il riesame dei suoi atti; ma non è l'oggetto proprio della decisione, a cui tale riesame può metter capo. Il contenuto della decisione può essere duplice, come è duplice il diritto d'ispezione delle autorità superiori sulle inferiori: può essere la conferma o revoca dell'atto impugnato, o la emanazione di un atto nuovo in luogo di quello, di cui si chiede la riforma. La differenza dipende dalle norme e dalla qualità dell'interesse in relazione alle norme fondamentali di competenza”*.

³² Per la rilevanza dell'azione di annullamento anche a seguito dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011, secondo il quale *“In realtà, la centralità dell'azione di annullamento, nella sua configurazione tradizionale, nel processo amministrativo deriva dal fatto che la giurisdizione amministrativa,*

Per tale motivo si riteneva che nel processo amministrativo la domanda avesse un contenuto tipico, in particolare che il *petitum* riguardasse l'annullamento e la riforma dell'atto amministrativo, e che la *causa petendi* fosse costituita dalla denuncia dei vizi che invalidavano l'atto³³.

Il processo di impugnazione è stato tradizionalmente considerato quale unico modello di tutela processuale al punto tale che, secondo la nota teoria della pregiudizialità amministrativa, per ottenere un positivo esperimento dell'azione risarcitoria, sarebbe stato necessario il previo annullamento del provvedimento lesivo³⁴.

come chiarisce ora il codice anche sulla scorta delle indicazioni della sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004, ha ad oggetto le manifestazioni immediate e mediate del potere amministrativo (art. 7, comma 1). E se è vero che esse si esprimono principalmente attraverso provvedimenti autoritativi, idonei cioè a produrre in via unilaterale effetti costitutivi, modificativi o estintivi nella sfera giuridica del destinatario, è naturale che il rimedio specifico in capo a quest'ultimo sia rappresentato da un'azione atta anzitutto a elidere l'efficacia del provvedimento emanato. Al carattere costitutivo del provvedimento, sul versante sostanziale, corrisponde cioè simmetricamente, sul versante processuale, il carattere costitutivo della sentenza. In definitiva, l'accoglimento del principio della atipicità 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". O ancora per R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel Codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. Cds*, 2011, 1707 ss, l'azione di annullamento è "l'archetipo delle azioni". E. FOLLIERI, *Le azioni costitutive*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia*, cit., 188; F. G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 2011.

³³ A. LUGO, *Il potere dispositivo e l'onere della parte nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 3, 1068. In particolare "Il potere della parte si esplica appunto nella indicazione dell'atto o degli atti o delle parti dell'atto che debbono essere esaminati e dei vizi che debbono essere considerati al fine del giudizio sulla validità. Inoltre la parte può anche influire sull'ordine del giudizio proponendo con priorità domande più circoscritte di annullamento e la denuncia di vizi di minore rilevanza e chiedendo che le domande di annullamento più estese siano esaminate soltanto nell'ipotesi che le prime siano accolte. (...) La facoltà del ricorrente di proporre domande e motivi "condizionati", graduando il contenuto della domanda in relazione al proprio interesse (in modo analogo a quanto può essere fatto con il ricorso condizionato in Cassazione) è pacificamente ammessa dalla giurisprudenza, come manifestazione del potere dispositivo della parte nel quadro di un processo su impugnazione".

³⁴ Per l'analisi della problematica inerente la pregiudizialità amministrativa si rimanda a G. VERDE, *La pregiudizialità dell'annullamento nel processo amministrativo per il risarcimento del danno*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 4, 963; R. VILLATA, *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 2, 271; G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2, 287; F. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa: il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*, Padova, CEDAM, 2007, 526; ID., *L'Adunanza Plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 9, 962; F. CARINGELLA - G. DE MARZO, *La pregiudiziale amministrativa. Una storia infinita*, Roma, Dikè, 2008; R. GAROFOLI, *La*

Si ritiene che possa quindi affermarsi che il primo carattere del modello demolitorio sia l'esclusività dell'azione di annullamento e la conseguente inammissibilità di azioni di accertamento e di condanna. Tali ultimi strumenti processuali permettono al giudice di valutare la fondatezza della pretesa del privato e la loro inespugnabilità produceva l'esclusione dal sistema di giustizia amministrativa della rilevanza del rapporto sostanziale³⁵.

E invero, per giungere alla condanna ad adottare un dato comportamento (come il pagamento di una somma di denaro a titolo risarcitorio) o all'accertamento della sussistenza di una situazione giuridica soggettiva del privato, il giudice sarebbe dovuto passare per la valutazione del più o meno complesso rapporto pubblico instauratosi tra privato e Amministrazione³⁶.

Il processo di impugnazione si caratterizzava quindi per la mancanza della verifica giudiziale della sostanza del rapporto tra le parti, relegando la tutela alla sola analisi del binomio legittimità/illegittimità del provvedimento.

Parallelamente, in ossequio ai principi di interinalità e strumentalità rispetto alla decisione finale, la tutela cautelare poteva esplicarsi solo in una sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato³⁷. Pertanto, non venivano ammesse decisioni diverse, come le più moderne misure atipiche e propulsive, quali il cosiddetto *remand*, in quanto avrebbero realizzato un risultato differente, e in certi casi più ampio, rispetto alla possibile decisione

pregiudizialità: per un superamento regolato, in *Riv. Nel diritto*, 2009, 1338; R. CHIEPPA, *La pregiudiziale amministrativa*, in R. CHIEPPA - V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007, 655; L. GAROFALO, *Studi di diritto amministrativo*, Napoli, Torino, Giappichelli, 2017.

³⁵ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, *La giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1958, 320, secondo cui la decisione di accoglimento nel giudizio amministrativo "ha sempre base costitutiva, 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 (del T.U. del 1924) non contempla provvedimenti, con cui le Sezioni giurisdizionali possano imporre all'amministrazione un obbligo di fare o di dare"; E. GUICCIARDI, *La giustizia*, cit., 218, sostiene che "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".

³⁶ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, Dike, 2012, 111.

³⁷ A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, I, 2491 ss., definisce la limitazione della tutela cautelare alla sola sospensione degli effetti dell'atto impugnato come "intollerabilmente asfittica".

finale del giudice della cognizione. In altri termini, dato che il giudice avrebbe potuto solo dichiarare l'annullamento, il giudizio cautelare non poteva che risolversi in una sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato al fine di evitare la produzione di danni dovuti ai tempi della tutela giurisdizionale.

Le ricadute sostanziali dell'impianto meramente demolitorio del processo si riversavano altresì sull'istruttoria, in particolare sui mezzi di prova e sull'onere probatorio.

Sotto il primo aspetto, non essendo il processo di legittimità finalizzato a valutare la fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente, ma solo a verificare la legittimità dell'atto impugnato, i mezzi di prova necessari per il raggiungimento del fine erano limitati a quelli che permettevano una verifica *ex actis*, cartolare. Il Legislatore riteneva sufficienti le sole acquisizioni dei documenti e chiarimenti e non anche l'ampio e completo ventaglio accordato per il processo civile. E invero, l'art. 44 del testo unico del Consiglio di Stato, prevedeva, per il solo giudizio di legittimità, solo la possibilità per il giudice di disporre la consulenza tecnica, chiedere all'Amministrazione nuovi chiarimenti o documenti, o ordinare alla medesima di procedere a nuove verificazioni, autorizzando le parti ad assistervi e a produrre documenti.

Lo stesso onere probatorio, peraltro, era limitato al solo principio di prova, completato e colmato con il metodo acquisitivo, il quale a sua volta permetteva al giudice di poter ottenere autonomamente i documenti necessari per svolgere la propria valutazione. Tuttavia, la ricerca della verità era finalizzata a verificare la sussistenza di un'illegittimità dell'atto, e a tutelare le situazioni giuridiche coinvolte.

La soluzione era ispirata non solo dalla finalità del processo stesso, ma altresì dalla premessa logica della sussistenza di una posizione di disparità tra le parti in sfavore del privato³⁸, determinata dal fatto che l'Amministrazione

³⁸ La *ratio* del metodo acquisitivo è stata espressa da F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, CEDAM, 1953, e poi seguita dalla dottrina pressoché unanime. In particolare, tra gli altri, A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici*

possedeva i documenti che il ricorrente poteva utilizzare per provare e sostenere la propria pretesa³⁹.

Siffatta mancanza di disponibilità dei documenti conduceva a ritenere che l'Amministrazione si trovasse in una posizione di superiorità determinante uno squilibrio colmato dal Legislatore mediante l'attribuzione di un potere giudiziale di acquisizione del materiale probatorio.

È solo con il cambiamento amministrativo e l'introduzione degli istituti di democratizzazione del procedimento, in particolare il diritto d'accesso, che si supera tale premessa; si giunge alla consapevolezza della raggiunta parità delle parti, perlomeno processuale, da tradursi in regole precise, volte a escludere l'affidamento del privato sul metodo acquisitivo, essendo egli in grado di procurarsi i documenti necessari per la propria difesa in modo autonomo e preventivo rispetto al processo.

sottordinati, Napoli, Morano, 1963, 376; A. LUGO, *Il potere*, cit., 1076; P. STELLA RICHTER, *La riforma del sistema delle prove nel processo amministrativo*, in *Giust. civ.*, 1984, II, 421; R. LASCHENA, *L'istruzione nel processo amministrativo. Profili generali*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, Istituto Poligrafico, 1981, 1810; G. SANTANIELLO, *Il sistema probatorio nel processo amministrativo italiano*, in *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione*, Milano, Giuffrè, 1988; F. MERUSI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 1, 6; L. MIGLIORINI, *Brevi note sulla posizione del giudice e delle parti nel processo amministrativo*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, I, 461; ID., *I problemi dell'istruzione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 1, 30; G. VIRGA, *Le limitazioni probatorie nella giurisdizione generale di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 1990, 135; R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 2, 195 ss.; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, Utet, 1994, 317; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2003, 176; M. LIPARI, *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la legge n. 205/2000. Le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1, 116; F.G. COCA, *Caratteri*, in *Giustizia*, cit. 143.

³⁹ Secondo T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, ord. 6 aprile 2011, n. 904, *"Il previgente regime processuale (...) non contemplava, nel giudizio amministrativo di legittimità, le prove orali dell'interrogatorio libero o formale, del giuramento decisorio e delle testimonianze (...) Al di là dei condizionamenti derivanti dal timore delle possibili deviazioni che l'indiscriminato uso dei mezzi probatori orali avrebbero potuto determinare, tale assetto normativo rifletteva la realtà originaria di un processo la cui istruzione verteva prettamente su prove precostituite, ovvero su documenti che non si formavano innanzi al giudice nel processo in contraddittorio tra le parti, ma prima del processo nel momento stesso in cui il potere veniva tradotto in atto; un giudizio che "proseguiva" dal procedimento, in cui l'indagine probatoria sull'esercizio dei pubblici poteri era indiretta poiché incentrata essenzialmente sulle modalità mediante le quali era stata compiuta l'istruttoria nel procedimento amministrativo; dove il principio dispositivo, sia in punto di oneri di allegazioni dei fatti che di mezzi di prova, risultava fortemente attenuato dalle ricerche ufficiose del giudice"*.

Si precisa che, nonostante la raggiunta parità delle parti in seno al processo, si ritiene ancora presente l'asimmetria procedimentale, caratterizzata dal fatto che l'Amministrazione mantiene nei confronti del privato il tendenziale monopolio istruttorio e ponderativo dei fatti al fine di sintetizzarli nel provvedimento finale. Ciò in modo differente rispetto all'acquisizione del materiale probatorio nel processo amministrativo, in cui le parti indistintamente si presentano su un piano del tutto equiordinato e il giudice è chiamato civilisticamente ad assegnare il bene della vita conteso, alla stregua del materiale probatorio articolato da ciascun litigante⁴⁰.

La natura prettamente demolitoria del processo ha influenzato anche la questione involgente la natura dei motivi aggiunti proponibili dal privato.

In un modello finalizzato a verificare la sola legittimità del singolo provvedimento, i motivi aggiunti potevano essere utili solo per valutare la sussistenza di ulteriori profili di incompatibilità dell'azione amministrativa con il paradigma normativo di riferimento. Eventuali provvedimenti adottati dall'Amministrazione aventi come destinatario il ricorrente avevano vita propria, ossia non venivano considerati come parte del mosaico del rapporto tra privato e Autorità, e pertanto non vi era alcuna necessità di concentrazione dei processi.

In tale contesto, il giudice vagliava la legittimità del singolo oggetto del ricorso a prescindere dalla conoscenza della validità di altri provvedimenti, distinti e autonomi rispetto ad esso. Questi ultimi, in quanto successivi, dovevano essere impugnati con autonomo ricorso e non potevano essere introdotti nel giudizio in corso mediante lo strumento dei motivi aggiunti.

La proponibilità di motivi aggiunti consistenti in nuove vere e proprie impugnazioni di provvedimenti ulteriori oltre quelli oggetto del ricorso introduttivo, è stata espressamente prevista dall'art. 1 della legge n. 205 del 2000 che ha modificato l'art. 21, comma 1, oggi trasfuso nell'art. 43 cod. proc. amm., il quale recita "*I ricorrenti, principale e incidentale, possono introdurre*

⁴⁰ D. PAGANO, *Giudicato a formazione progressiva*, nota a Consiglio di Stato, sez. IV, ordinanza 17 luglio 2015, n. 3587, in www.lexitalia.it.

con motivi aggiunti nuove ragioni a sostegno delle domande già proposte, ovvero domande nuove purché connesse a quelle già proposte”.

La finalità dello strumento in esame è quella di ampliare il quadro conoscitivo del giudice e permettergli di valutare la fondatezza della pretesa azionata alla luce di tutti gli elementi costitutivi del rapporto tra privato e Pubblica Amministrazione.

È chiaro che l'ammissione di motivi aggiunti di un siffatto contenuto sia compatibile solo con un giudizio incentrato ad analizzare il rapporto complesso tra le parti, composto e inciso non necessariamente da un singolo provvedimento, ma eventualmente da più interventi amministrativi⁴¹.

Ulteriormente, occorre evidenziare che il modello demolitorio ha influenzato anche la questione, recentemente oggetto di un pronunciamento dell'Adunanza Plenaria, in ordine alla prassi dell'assorbimento dei motivi nell'ipotesi di incompetenza⁴².

Si consideri che, in un processo incentrato sulla sola azione di annullamento, volto solo a vagliare la legittimità del provvedimento, e non a valutare il rapporto pubblico nel suo complesso, non sussiste l'esigenza di conoscere tutti gli aspetti della relazione tra privato e Autorità. Ciò comportava che, una volta verificata la fondatezza del ricorso (anche solo) sul vizio di

⁴¹ C. CACCIAVILLANI, *Sul ricorso per motivi aggiunti di cui all'art. 21 della legge TAR, come modificato dalla legge n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1, 185, La quale, non accogliendo la tesi secondo la quale l'accertamento del rapporto rappresenti l'oggetto di ogni giudizio di legittimità, ma soltanto una conseguenza eventuale del suo esito, sostiene che “*Ciò che unicamente si può dire è che il Legislatore del 2000, consentendo la concentrazione ab origine delle impugnazioni di atti tra loro collegati, rende sindacabile in un unico processo l'insieme di attività amministrative poste in essere dall'amministrazione per conseguire un determinato risultato concreto, e rappresenta così il riconoscimento, nel diritto processuale, di una nozione - diversa da quella tradizionale - di operazione amministrativa, intesa appunto come insieme di attività amministrative preordinate ad un determinato risultato (19). Beninteso, dal sindacato sull'operazione amministrativa in tal modo intesa potrà derivare il sindacato (anche) sull'assetto sostanziale del rapporto che tra le parti del processo intercorra, o meglio l'accertamento di quale sia il corretto assetto di tale rapporto”*; F. SICILIANO, *Note sull'aggiunzione di motivi dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 4, 1445.

⁴² A.P., 27 marzo 2015, n. 5, con nota di L. BERTOLAZZI, *Il trattamento processuale dell'incompetenza e vizi ad essa assimilati*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 3, 831; L. PERFETTI - G. TROPEA, *Heart of darkness: l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1, 218.

competenza del provvedimento impugnato, non era rilevante analizzare ulteriori motivi, i quali venivano quindi assorbiti ed esclusi così dalla valutazione giudiziale.

Solo con l'emersione dell'interesse alla valutazione del complessivo rapporto si è sostenuto che il giudice non possa annullare il provvedimento mediante l'assorbimento dei motivi. In particolare, è necessario che l'organo giudicante, al fine di enucleare una regola del caso concreto maggiormente completa e puntuale, orientando in modo più stringente la successiva azione amministrativa, valuti l'intreccio della relazione tra privato e Amministrazione senza fermarsi all'analisi di un solo motivo del ricorso.

Inoltre, stante un modello processuale volto alla verifica della mera legittimità dell'*agere* pubblico trasfuso nel singolo provvedimento, a sua volta avulso dal composito rapporto tra le parti, non si affrontava l'esigenza di ovviare alle conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla non consumazione del potere amministrativo, specialmente in sede di esercizio di attività discrezionale, nel momento successivo all'annullamento giurisdizionale.

Considerato che, a seguito del giudicato, il rapporto pubblico rimane in vita, il privato necessitava protezione a fronte della riedizione, ipoteticamente infinita, dell'esercizio del potere anche, eventualmente, in termini analoghi a quelli del provvedimento annullato purché col conforto di un differente impianto motivazionale.

Al privato non residuava, pertanto, che una ulteriore e defatigante impugnazione risultando di tal guisa frustrate le esigenze di concreta attuazione delle posizioni giuridiche incise dall'agire dell'amministrazione, nella sede, quella giurisdizionale, costituente l'ultimo e, negli intenti della Carta fondamentale, più stringente presidio di tutela degli interessi.

Si aggiunga che, l'indifferenza al rapporto tra privato e Amministrazione del modello demolitorio comportava, sotto il versante del riesercizio del potere, la necessità di attendere la conclusione della fase dell'ottemperanza per ottenere un sindacato nel merito che permettesse al giudice di invadere il

recinto della discrezionalità ed entrare nel merito delle questioni proposte.

La natura dello stesso giudizio di esecuzione era influenzata dall'accoglimento di un modello demolitorio.

Poiché il giudice della cognizione poteva solamente valutare la sussistenza dei vizi del provvedimento prospettati dal ricorrente, il suo scrutinio non si estendeva alla fondatezza delle istanze di tutela del bene della vita sostanziale.

Ne derivava che, a fronte di una pronuncia di annullamento fondata sulla mera verifica dell'illegittimità dell'atto, indifferente rispetto alla fondatezza dell'aspirazione del privato a ottenere il bene della vita anelato, si dava luogo a un giudicato incompleto in quanto non valutativo del rapporto pubblico nel suo complesso⁴³.

Il giudice dell'ottemperanza, in questo caso, esercitava non solo attività di mera esecuzione del giudicato, ma anche di cognizione, in quanto solo entrando nel merito il giudice può sostituirsi a un'Amministrazione inadempiente, verificando l'opportunità dell'adozione di provvedimenti favorevoli al privato⁴⁴.

Il modello demolitorio ha contribuito, inoltre, a cristallizzare l'impostazione secondo la quale non è ammessa motivazione postuma, o una sua integrazione, durante lo svolgimento del processo.

Difatti, ritenendo che il processo abbia come oggetto solo il provvedimento impugnato, e non la valutazione del rapporto giuridico sottostante, sarebbe contraddittorio ammettere la modifica di un elemento dell'atto impugnato.

⁴³ V. LOPILATO, *Esecuzione e cognizione nel giudizio di ottemperanza*, in *Nuovo Diritto Amministrativo*, 2013, 1, ricostruisce i rapporti tra esecuzione e cognizione nel giudizio di ottemperanza osservando come la questione debba aver presente, quale criterio di analisi, la tipologia di azione di cognizione esercitata e, nell'ambito di talune azioni, la natura del potere pubblico e del vizio fatto valere.

⁴⁴ Cfr., *ex multis*, Cass., sez. un., 9 marzo 2015, n. 4683, secondo la quale l'ottemperanza "è connotata dalla coesistenza in capo al giudice di poteri di cognizione ed esecuzione, in quanto la tipicità dei suoi contenuti colliderebbe con i fondamentali principi di pienezza ed effettività della tutela"; T.A.R. Catania, sez. I, 5 agosto 2016, n. 2013; Cons. St., sez. IV, 27 gennaio 2015, n. 362; Cons. St., sez. V, 16 aprile 2014, n. 1937; Cons. St., Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2; Cons. St., IV sez., 23 aprile 2013, n. 2260.

Accedendo invece all'opinione secondo la quale il processo debba essere volto all'analisi del rapporto giuridico sottostante, si dovrebbe ammettere che la motivazione aggiungerebbe un elemento valutativo per il giudice, permettendo una ponderazione più completa e precisa dell'oggetto del giudizio⁴⁵.

⁴⁵ La giurisprudenza recente accoglie il divieto di motivazione quale regola generale. Sul punto, *ex multis*, Cons. St., sez. III, 9 settembre 2017, n. 24; Cons. St., sez. VI, 18 ottobre 2011, n. 5598; Cons. St., sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3882; Cons. St., sez. V, 27 gennaio 2016, n. 279. In particolare, Cons. St., sez. V, 20 agosto 2013, n. 4194, “*nel processo amministrativo la motivazione deve precedere e non seguire il provvedimento, a tutela oltre che del buon andamento e dell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario degli stessi principi di parità delle parti e giusto processo (art. 2 c.p.a.) e di pienezza della tutela secondo il diritto Europeo (art. 1 c.p.a.), i quali convergono nella centralità della motivazione quale presidio del diritto costituzionale di difesa*”. Tuttavia, ferma la regola del divieto di integrazione giudiziale della motivazione, la giurisprudenza afferma che tale divieto non ha carattere assoluto. Per Cons. St., sez. IV, 9 ottobre 2012, n. 5257, “*è il caso degli atti di natura vincolata di cui all'art. 21-octies L. n. 241 del 1990, nei quali l'Amministrazione può dare anche successivamente l'effettiva dimostrazione in giudizio dell'impossibilità di un diverso contenuto dispositivo dell'atto, oppure quello concernente la possibilità di una successiva indicazione di una fonte normativa non prima menzionata nel provvedimento, quando questa, per la sua notorietà, ben avrebbe potuto e dovuto essere conosciuta da un operatore professionale*”. Secondo Cons. St., sez. V, 20 agosto 2013, n. 4194, “*è insegnamento tradizionale e consolidato quello in base al quale, nel processo amministrativo la motivazione deve precedere e non seguire il provvedimento, a tutela oltre che del buon andamento e dell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario degli stessi principi di parità delle parti e giusto processo (art. 2 c.p.a.) e di pienezza della tutela secondo il diritto europeo (art. 1 c.p.a.) i quali convergono nella centralità della motivazione quale presidio del diritto costituzionale di difesa. Tuttavia, il divieto di integrazione giudiziale della motivazione non ha carattere assoluto, in quanto non sempre i chiarimenti resi nel corso del giudizio valgono quale inammissibile integrazione postuma della motivazione: è il caso degli atti di natura vincolata di cui all'art. 21 octies l. n. 2411990, nei quali l'Amministrazione può dare anche successivamente l'effettiva dimostrazione in giudizio dell'impossibilità di un diverso contenuto dispositivo dell'atto, oppure quello concernente la possibilità di una successiva indicazione di una fonte normativa non prima menzionata nel provvedimento, quando questa, per la sua notorietà, ben avrebbe potuto e dovuto essere conosciuta da un operatore professionale (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 9 ottobre 2012, n. 5257). Infatti, sebbene il divieto di motivazione postuma, costantemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, meriti di essere confermato, rappresentando l'obbligo di motivazione il presidio essenziale del diritto di difesa, non può ritenersi che l'Amministrazione incorra nel vizio di difetto di motivazione quando le ragioni del provvedimento siano chiaramente intuibili sulla base della parte dispositiva del provvedimento impugnato o si verta in ipotesi di attività vincolata (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 27 agosto 2012, n. 4610 e sez. IV, 7 giugno 2012, n. 3376). Inoltre, ed in particolare, la facoltà dell'Amministrazione di dare l'effettiva dimostrazione dell'impossibilità di un diverso contenuto dispositivo dell'atto, nel caso di atti vincolati, esclude in sede processuale che l'argomentazione difensiva dell'Amministrazione, tesa ad assolvere all'onere della prova, possa essere qualificata come illegittima integrazione postuma della motivazione sostanziale, cioè come un'indebita integrazione in sede giustiziale della motivazione stessa*”; v. anche Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2012, n. 3376; Cons. Stato, sez. IV, 7 luglio 2014, n. 3417; Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1018. In senso contrario, F. CINTIOLI, *Il nuovo codice del processo*

Il modello demolitorio e l'inquadramento del provvedimento impugnato quale oggetto del giudizio, comportavano, inoltre, l'impossibilità per il giudice di valutare la fondatezza della pretesa di fronte a una mera inerzia. Il giudizio poteva concludersi solo con una constatazione dell'inadempimento dell'obbligo di provvedere senza la possibilità di spingersi oltre, verificando quale tipo di provvedimento avrebbe potuto, o dovuto, adottare l'Amministrazione. Non si soddisfaceva quindi l'interesse del privato ad ottenere la disciplina del rapporto pubblico con l'Autorità⁴⁶.

Il risultato del sistema giurisdizionale incentrato sulla sola azione di annullamento è stato garantire la generalità della tutela dinanzi agli atti della Pubblica Amministrazione. Tuttavia, il processo non garantiva una tutela piena e completa, data l'impossibilità per il privato di cumulare i mezzi esperibili.

Si presentava evidente la differenza di tutela a seconda del tipo di situazione giuridica vantata dal privato se sol si considera che se la controversia fosse stata involgente diritti soggettivi, si sarebbero potute esperire le azioni di accertamento e di condanna al pagamento di somme di danaro, mentre se fosse stata concernente interessi, sarebbe stato possibile solo proporre l'azione costitutiva di annullamento.

La limitazione delle azioni comportava inevitabilmente una compressione della tutela e, per questo motivo, si è autorevolmente sostenuto che l'obiettivo della sua pienezza, ammesso che fosse nelle prospettive dei riformatori, concretamente non è stato centrato⁴⁷.

Non solo, ma si è incorsi in quello che è stato definito il "pregiudizio" della giurisdizione amministrativa, ossia ritenere che possa esplicarsi solo in via di annullamento e mai in via di precetti positivi che garantiscono al privato di conoscere già, al momento della cognizione, la disciplina del rapporto con

amministrativo: rileggendo Feliciano Benvenuti, in Amministrare, 2011, 1, 196; C. CACCIAVILLANI, Giudizio amministrativo e giudicato, Padova, Cedam, 2005; S. VALAGUZZA, Il giudicato, cit.

⁴⁶ Interpretazione accolta anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con orientamento poi ribaltato, con la nota sentenza del 9 gennaio 2002 n. 1, in ordine ai poteri del giudice nell'ipotesi di esperimento dell'azione di cui all'art. 21 *bis* della legge n. 1034 del 1971.

⁴⁷ F. G. Scoca, *Giustizia*, cit., 11.

l'Amministrazione, potendo contare su un giudicato attento ad una valutazione sostanziale della propria pretesa⁴⁸.

3. La giurisdizione oggettiva e la (non) tutela degli interessi sostanziali.

Fin dal riconoscimento della natura giurisdizionale della IV sezione del Consiglio di Stato, i commenti hanno ricondotto l'originaria struttura del processo amministrativo a un rimedio di giurisdizione oggettiva⁴⁹.

La componente distintiva di detti processi è stata individuata nel peculiare oggetto dell'accertamento giurisdizionale, consistente nel dovere giudiziale di provvedere solo nei casi in cui si presentino le specifiche situazioni delineate dalla legge. In tutti i casi in cui siano integrati gli elementi costitutivi di tali fattispecie tipiche, il Legislatore affida ai privati l'onere di

⁴⁸ F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, Vallardi, 1911. L'Autore, già all'inizio del secolo scorso, notava che *"Quando si tratta di rapporti di diritto amministrativo, la giurisdizione più perfetta e completa deve esplicitare i suoi comandi in modo diversi a seconda dei diversi casi. Se si tratta di atti non discrezionali sul fondo del rapporto giuridico, essa deve ordinare all'amministrazione di fare o di non fare, di revocare determinati atti, o di emetterne dei nuovi, secondoché il diritto subiettivo del cittadino ha contenuto positivo o negativo (...). Se il vizio è di aver emesso l'atto fuori dei casi previsti, o l'annullerà puramente e semplicemente allorché altro non c'è da fare o non ci siano altri casi in cui l'atto possa essere emanato: o, constatando che il caso comporti un diverso provvedimento in virtù di altra autorizzazione legislativa, provvederà in modo positivo, e come occorre"*.

⁴⁹ E. GUICCIARDI, *La giustizia*, cit. 60. Secondo l'Autore *"Il secondo corollario derivante da quanto si è detto in ordine alla causa petendi attiva nella giurisdizione amministrativa, pone in evidenza come tale giurisdizione trovi la sua ragion d'essere diretta ed immediata nella tutela dell'interesse pubblico e nella necessità di assicurare la conformità ad esso degli atti dell'Amministrazione; e come pertanto sia erroneo concepire tale giurisdizione come uno strumento rivolto direttamente alla tutela degli interessi individuali: interessi che, giova ripeterlo, sono qualificati giuridicamente soltanto agli effetti processuali della legittimazione a ricorrere, mentre dal punto di vista del diritto sostanziale rimangono interessi di fatto, che solo indirettamente ed in fatto risultano tutelati dal giudice amministrativo attraverso la loro accidentale coincidenza coll'interesse pubblico costituente la causa petendi attiva del giudizio"*. Cfr., inoltre, il discorso di S. Spaventa pronunciato al momento dell'inaugurazione della quarta sezione del Consiglio di Stato, pubblicato da R. RICCI in *Dir. dir. pubbl.*, 1909, I, 310 ss. La nozione di giurisdizione oggettiva viene distinta dalla legittimazione oggettiva, da intendersi quale ipotesi in cui determinati soggetti, in virtù di espressa norma positiva, ovvero della loro posizione istituzionale, possono adire il giudice amministrativo per la tutela di interessi pubblici generali di cui sono portatori. La distinzione è colta da V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 2, 341.

agire a tutela di interessi generali e la domanda introduttiva, come una sorta di “atto di impulso”, esprime non la proposizione di una domanda in senso tecnico, intesa come affermazione della situazione giuridica azionata, ma si esaurisce in una richiesta di provvedimento, sulla quale il giudice si deve pronunciare in attuazione dell’interesse generale oggettivamente tutelato e non al fine di accertare la titolarità degli interessi vantati dal ricorrente⁵⁰.

Si riteneva, coerentemente, che la legge n. 2248 del 1865, all. E, abolitiva del contenzioso amministrativo, ponesse l’accento più che sulle “*garanzie del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*”, sulle “*garanzie dell’amministrazione nei confronti del potere giudiziario*”⁵¹.

Come accennato, la preoccupazione sottesa del Legislatore era intesa nel senso di evitare che il giudice invadesse lo spazio riservato all’Amministrazione, creando un *vulnus* al principio di separazione dei poteri⁵².

A tale proposito, si ritiene che il carattere ineliminabile dei processi di diritto oggettivo possa essere ravvisato nell’ampiezza della cognizione del giudice, che travalica le domande di parte, alle quali è riservato un più limitato compito di impulso processuale, e investe la materia controversa nella sua oggettività⁵³.

Così, nei processi impugnatori, il giudice conosce della legittimità dei provvedimenti prodotti dall’attività contestata, ovvero l’esercizio o il non esercizio del potere, senza essere limitato dalle prospettazioni di parte.

Non venendo riscontrata la finalità di verificare la sussistenza di situazioni giuridiche lese, l’oggetto del processo amministrativo non veniva considerato il rapporto sottostante, ma solo la sede per valutare la compatibilità dell’atto impugnato con l’interesse pubblico di cui l’Amministrazione

⁵⁰ Così F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 1, 495.

⁵¹ F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo*, cit.

⁵² In relazione alla funzione di giurisdizione oggettiva nell’ambito della cautela, si rimanda al lavoro di C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, Padova, CEDAM, 2002, nel quale vengono trattate, tra l’altro, le elaborazioni dottrinali succedutesi nel tempo in merito all’evoluzione della giustizia amministrativa e, specificatamente, del collegamento, o meglio contemperamento, della tutela dell’interesse pubblico da un lato e interesse privato dall’altro.

⁵³ Così V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione*, cit., 341.

precedente era portatrice.

La funzione del processo non era quella di dare all'amministrato ciò che gli spettasse, per il solo che fatto che non gli spettava proprio nulla; il giudizio di spettanza era invece riservato solo ai diritti soggettivi tutelati dal giudice ordinario e non anche agli interessi legittimi⁵⁴.

L'impostazione era peraltro coerente con l'asserita natura non sostanziale dell'interesse legittimo⁵⁵. Quest'ultimo, all'indomani della legge n. 2248 del 1865, non veniva inizialmente qualificato come una posizione sostanziale, autonoma e distinta dal diritto, comunque meritevole di tutela al suo pari.

L'interesse legittimo veniva concepito talora come mero interesse a ricorrere⁵⁶, talora come interesse al ripristino della mera legalità⁵⁷, talora come interesse occasionalmente protetto⁵⁸.

Solo con il prevalere della concezione sostanziale, è stata avvalorata l'idea secondo la quale il processo amministrativo fosse volto non al mero

⁵⁴ G. FALCON, *Il giudice*, cit., 287.

⁵⁵ Per una ricostruzione del dibattito dottrinale sulla natura dell'interesse legittimo, su tutti, vd. F. G. COCA, *L'interesse legittimo*, Torino Giappichelli, 2017.

⁵⁶ G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale*, Napoli, Jovene, 1965, 43 ss.

⁵⁷ E. TOSATO, *L'impugnativa dei decreti reali di annullamento*, in *Arch. dir. Pubbl.*, 1937, 13 ss., secondo il quale l'interesse legittimo sarebbe un interesse strumentale ad un comportamento da parte dell'Amministrazione e cioè in definitiva un interesse alla legittimità degli atti amministrativi; per E. CASSETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 618, l'interesse legittimo è un interesse-mezzo, una situazione soggettiva di vantaggio, strumentale alla protezione giuridica di interessi materiali, attuata non direttamente ed automaticamente, ma attraverso la protezione indissolubile ed immediata di un altro interesse del soggetto (l'interesse, meramente strumentale, alla legittimità dell'atto amministrativo), con l'attribuzione al titolare stesso della potestà di ricorso alle giurisdizioni amministrative e nei limiti della realizzazione di quest'ultimo interesse.

⁵⁸ Secondo L. MEUCCI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Torino, Fratelli Bocca, 1909, 139 ss., il contenzioso amministrativo poteva distinguersi in tre gruppi di controversie, tra le quali vi erano tutte quelle di interessi lesi occasionalmente da atti illegittimi dell'Amministrazione e comprenderebbe gli interessi "che non sono direttamente e intenzionalmente ma solo occasionalmente ed accidentalmente protetti dalla legge, e quindi occasionalmente violati dall'atto illegittimo, perocché per gli interessi legalmente protetti andrebbe la competenza ordinaria. Codesta lesione e riparazione occasionale potrebbe avvenire in due modi, o nel caso di interessi privati accidentalmente congiunti a quell'interesse pubblico che solo ed esclusivamente volle la legge proteggere, o nel caso in cui l'interesse direttamente protetto dalla legge, epperò diritto, non fosse leso da un atto definitivo, ma solo preparatorio (...) la formula per determinare la materia di tale competenza (...) sarebbe quella di interesse legittimo, ammesso però che sia possibile questa mera occasionale congiunzione di un interesse privato col diritto pubblico".

ripristino della legalità violata dall'Amministrazione, ma, bensì, alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive lese dall'esercizio del potere⁵⁹.

Occorre considerare che l'impostazione secondo la quale la giurisdizione avesse natura oggettiva si fondava sulla pretesa coincidenza tra la protezione dell'interesse del privato assicurata dall'ordinamento, almeno sul piano processuale, e la legittimità del comportamento amministrativo⁶⁰.

Date tali premesse, risultava pressoché obbligato concludere che detta legittimità dell'agire amministrativo costituisse l'oggetto dell'interesse strumentale del privato azionato con il ricorso, fino a giungere a identificare l'utilità anelata dal singolo con l'affermazione della legalità oggettiva.

Siffatta posizione è stata messa in dubbio dalla dirimente considerazione per cui, inquadrando l'interesse legittimo quale interesse meramente strumentale alla legittimità dell'azione amministrativa, si confondono i limiti della soddisfacibilità della pretesa del privato con il suo oggetto.

Piuttosto, è necessario distinguere l'oggetto dell'interesse del privato, ovvero il bene sostanziale a cui aspira, dai casi, limitati, in cui l'ordinamento

⁵⁹ Si deve a M. Nigro l'elaborazione della teoria della natura sostanziale dell'interesse legittimo, accolta prima dalle Sezioni Unite, con la nota sentenza del 22 luglio 1999 n. 500, poi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza del 3 marzo 2011 n. 3. L'Autore, in *Giustizia*, cit., definì l'interesse legittimo quale "*posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad una utilità oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità*". E ancora F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, 379, sostiene che "*l'interesse legittimo è l'esatto contrario della soggezione: consente di influire sulle scelte del soggetto, nel nostro caso l'amministrazione, che è titolare del potere di disegnare unilateralmente l'assetto di interessi che coinvolge l'interesse finale del titolare dell'interesse legittimo*".

⁶⁰ È stata altresì autorevolmente sostenuta la tesi secondo la quale si dovrebbe negare la natura oggettiva della giurisdizione nonostante la natura sostanziale dell'interesse legittimo, seppur qualificato come diritto soggettivo all'annullamento. In particolare, E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1957, 113, "*Abbiamo pertanto, nell'interesse legittimo, la mera espressione anticipata, convenzionale del potere d'annullamento che sorgerà dall'inosservanza della norma; ma questo potere di annullamento, non l'interesse legittimo che l'ha preceduto, diviene oggetto del processo amministrativo, e così si qualifica come diritto all'annullamento. La disponibilità di questo potere consente, appunto, di caratterizzarlo come diritto soggettivo, più precisamente diritto potestativo; e non permette di aderire alle opinioni che profilano il processo amministrativo come esercizio d'una giurisdizione di puro diritto oggettivo, che si metta in moto sulla denuncia del soggetto pregiudicato in un interesse legittimo. No: il processo si risolve precisamente nel dibattito sull'esistenza, nel ricorrente, del potere di annullamento; accerta tale esistenza, l'annullamento è, con sentenza costitutiva, pronunciato*".

gli accorda la tutela⁶¹. La circostanza per cui l'interesse del privato possa essere concretamente soddisfatto solo qualora sia compatibile con l'interesse pubblico, non ne esclude l'autonomia rispetto a quest'ultimo che può tradursi in una posizione di indipendenza, alterità e distinzione oggettiva.

Il limite della soddisfacibilità, del resto, è giustificato dal consustanziale ed ineliminabile collegamento sussistente tra interesse legittimo e interesse pubblico che deriva dalla collocazione nello stesso contesto, operato dalla norma organizzativa del potere, tanto di detto potere quanto degli interessi privati.

In tal senso, può affermarsi che la tutela dell'interesse legittimo ha anche una funzione satisfattiva dell'interesse pubblico. Ciò non esclude la possibilità di considerare il processo amministrativo quale strumento di giurisdizione soggettiva.

Invero, la tensione a verificare il rispetto della legalità da parte dell'Amministrazione non elimina la preminente tutela delle situazioni giuridiche sottese vantate dal privato in quanto il giudice, nonostante debba verificare il rispetto delle norme attributive e regolative del potere, valuta la sussistenza dell'interesse meritevole di tutela del privato e solo nel limite della compatibilità con l'interesse pubblico attribuisce il bene della vita anelato⁶².

Pertanto, il modello demolitorio non esclude, nell'ottica evolutiva della natura sostanziale dell'interesse legittimo, la natura soggettiva della giurisdizione. Tale approdo concettuale poteva discendere già dalla

⁶¹ Così G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1987, 280 ss., secondo cui "si confonde il problema del concetto dell'interesse sostanziale protetto con il problema dei limiti entro cui l'ordinamento giuridico concede protezione": altro è infatti "l'interesse sostanziale che la legge intende tutelare attraverso l'esercizio del diritto di ricorso avanti alle autorità o giurisdizioni amministrative. Altra cosa è, invece, determinare i limiti entro cui l'interesse viene garantito". E ancora SCOCA F. G., *Contributo sulla figura di interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990, 20, il quale ha evidenziato che "lo strumento necessario per la soddisfazione dell'interesse effettivamente avvertito dal privato è il provvedimento amministrativo o, a seconda dei casi, la mancanza del provvedimento (...) Poiché lo strumento di soddisfazione dell'interesse effettivo è il comportamento dell'amministrazione, sembra logico ritenere che l'oggetto proprio di un interesse strumentale sia appunto tale comportamento"; SCOCA F. G., *L'interesse*, cit.

⁶² M. NIGRO, *Giustizia*, cit., 105.

riconosciuta possibilità per il ricorrente di far riferimento ad atti successivi al provvedimento impugnato al fine di dimostrare, ad esempio, la sussistenza di un vizio per eccesso di potere.

Il che significava ammettere che, seppure il provvedimento rappresenti l'oggetto dell'impugnativa, esso non costituisce, d'altra parte, il limite delle deduzioni se non nel ristretto senso che, con esse, il privato può contestare un vizio dell'atto impugnato, e solo di quello, giacché egli difende i propri interessi contro l'assetto disposto con detto provvedimento⁶³.

Tali lungimiranti visioni hanno avuto il merito di collocare l'azione di annullamento in una concezione sostanzialistica del processo che ha aperto la strada ai successivi mutamenti legislativi ampliativi degli strumenti processuali utilizzabili dal privato nell'ambito della giurisdizione amministrativa⁶⁴.

Il processo viene così evolutivamente inteso quale strumento di tutela delle situazioni giuridiche soggettive lese, diritti o interessi, nonostante permangano alcuni aspetti di diritto obiettivo⁶⁵. In altri termini, gli istituti di giustizia amministrativa sono chiamati ad assicurare la tutela giurisdizionale

⁶³ E. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo. Considerazioni introduttive*, in *Nov. dig. it.*, XIII, Torino, Giappichelli, 1966, 1078. Già G. ZANOBINI, *Corso*, cit. 204, sosteneva che la giurisdizione del Consiglio di Stato ha per fine "la tutela d'interessi soggettivi".

⁶⁴ R. DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1273. Nello stesso senso, vd. S. CASSARINO, *Manuale di Diritto Processuale Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1990, 102 ss., secondo il quale pur oscillando tra le due opposte concezioni del processo, rileva come sia "innegabile che taluni connotati del processo amministrativo, quali il ripudio dell'azione popolare (...), la piena disponibilità del giudizio da parte del ricorrente", oltre all'obbligo di notifica del ricorso ai controinteressati, "fanno legittimamente pensare ad un processo e ad una giurisdizione, rivolti alla tutela di un interesse del singolo" e, più in generale, alla tutela "di interessi individuali". Tuttavia, precisa l'Autore, il particolare oggetto su cui verte il processo "non consente una piena assimilazione con la funzione volta a dirimere i conflitti di interessi fra le parti...". Ancora, L. MIGLIORINI, *Disapplicazione e inapplicabilità*, in Atti del convegno su "Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti", Roma, 16 maggio 1997, Torino, Giappichelli, 1998, 238, "ormai il processo amministrativo è stato pienamente ricostruito come processo di parti, come tale volto a tutelare situazioni giuridiche soggettive parzialmente protette da una norma che disciplina congiuntamente anche le correlate potestà discrezionali dell'amministrazione".

⁶⁵ La problematica sulla natura oggettiva e soggettiva del processo amministrativo è stata recentemente rivisitata con l'introduzione di alcune specifiche ipotesi di legittimazione oggettiva. Sul punto, vd. P. DURET, *La legittimazione ex lege nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1, 40; L. MAZZAROLLI, *La giurisdizione amministrativa è di diritto oggettivo?*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 1, 3; G. DE GIORGI CEZZI, *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2013, 3, 401.

degli interessi legittimi, nella loro dimensione sostanziale, ossia quali pretese volte ad ottenere un concreto vantaggio, un bene della vita specifico⁶⁶.

Le osservazioni illustrate sono state confortate dal riconoscimento legislativo dell'accoglimento della giurisdizione soggettiva, il quale è rinvenuto in primo luogo nel tessuto costituzionale e, secondariamente, a livello di rango ordinario nel codice del processo amministrativo⁶⁷.

⁶⁶ Così M. S. GIANNINI - A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Giuffrè, Milano, 2016, 132, ritiene che "Il processo amministrativo, nel rispondere alla domanda di protezione di interessi individuali avanzata dal ricorrente, ha, contestualmente, una funzione che riteniamo di poter definire <<sociale>>, nel senso che si occupa sempre di questioni che riguardano provvedimenti o azioni o inadempimenti (...) di interesse pubblico, che facilmente interessano la comunità intera dei consociati. (...) il processo amministrativo, pur avendo i caratteri della giurisdizione soggettiva, incide sul provvedimento in senso, diremmo, oggettivo, perché lo elimina nei confronti di qualsiasi soggetto, pubblico o privato, interno o esterno alla causa". C. CACCIAVILLANI, *Giudizio*, cit., 77, secondo la quale "È innegabile che il giudizio amministrativo, secondo concezioni diffuse e fors'anche dominanti nell'epoca in cui venne forgiato dal Legislatore e sino alla metà del XX secolo, fosse preordinato alla tutela dell'interesse pubblico alla legalità dell'azione amministrativa, non riconoscendosi, in capo al ricorrente, una situazione giuridica soggettiva di vantaggio (...) La teoria della natura puramente oggettiva del giudizio amministrativo, con il corollario in termini di situazione giuridica soggettiva dell'interesse legittimo, pare oggi non più sostenibile a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, la quale riconosce che tale giudizio è preordinato alla tutela di interessi legittimi qualificabili come situazioni giuridiche soggettive al pari dei diritti soggettivi: conclusione, questa, che la dottrina ritiene imposta dalle norme recate dagli artt. 24 e 113. Sulla configurazione del giudizio amministrativo come strumento di tutela del titolare di una situazione sostanziale – sia esso un diritto soggettivo o un interesse legittimo – vi è oggi, in dottrina, pressoché generale consenso; ed eguale unanimità di consenso è stata raggiunta sulla sua qualificazione come processo di parti in senso sostanziale." L'Autrice, inoltre, ribadisce l'assunto sia in relazione all'orientamento che sostiene la preordinazione del processo alla giustizia dell'amministrazione sia all'impostazione dottrinale secondo la quale il giudice amministrativo svolge la funzione extraprocessuale consistente nell'individuazione di regole astratte di comportamento per l'ente pubblico. In estrema sintesi, l'Autrice sottolinea in primo luogo che la funzione di garantire la legalità è esercitabile dal Consiglio di Stato solo in sede consultiva e non anche giurisdizionale; in secondo luogo che la funzione del processo non può essere identificata nella creazione di regole cogenti, in quanto tale ascrivibile al potere esecutivo e non a quello giurisdizionale; infine, richiama il chiaro dettato della Carta fondamentale, la quale costituisce dirimente appiglio normativo in ordine all'attribuzione egualitaria al diritto soggettivo e all'interesse legittimo della prerogativa del diritto di azione e difesa in giudizio e, quindi, della funzione della giurisdizione generale di legittimità a tutelare situazioni giuridiche soggettive.

⁶⁷ L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, 617; L. MAZZAROLLI, *Diritto amministrativo*. Bologna, Monduzzi, 2005. La questione della natura oggettiva o soggettiva della giurisdizione è stata recentemente affrontata da due recenti interventi dell'Adunanza Plenaria, in particolare le sentenze nn. 4 e 5 del 2015; per un commento si veda M. TRIMARCHI, *Principio della domanda e natura del processo secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 4,

Il progressivo riconoscimento della natura soggettiva della giurisdizione amministrativa non ha comunque permesso, nella vigenza dell'esclusività dell'azione di annullamento, di tutelare tutte le situazioni giuridiche in gioco. Il sistema impugnatorio, volto solo all'eliminazione del provvedimento amministrativo pregiudizievole e illegittimo, poteva tutelare, in modo siffatto, solo alcune delle pretese del privato nei confronti della Pubblica Amministrazione. In particolare, secondo una tradizionale classificazione, solo gli interessi oppositivi⁶⁸.

1101, e E. FOLLIERI, *L'effettività della tutela innanzi al giudice amministrativo nei recenti arresti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, Relazione al convegno "Present-day Trends in the Development of National Legislation - A comparison between the Ukrainian and the Italian Systems", Kiev 4 novembre 2016, in www.giustizia-amministrativa.it. In particolare, con il primo intervento nomofilattico citato, l'Adunanza Plenaria ha affermato che "l'art. 34 esprime il principio dispositivo del processo amministrativo in relazione all'ambito della domanda di parte; si tratta, nel caso della giurisdizione amministrativa di legittimità, come noto, di una giurisdizione di tipo soggettivo, sia pure con aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo (ma che si manifestano in precisi, limitati ambiti come, per esempio, nella estensione della legittimazione ovvero nella valutazione sostitutiva dell'interesse pubblico in sede di ottemperanza o in sede cautelare, ovvero ancora nell'esistenza di regole speciali, quali quelle contenute negli artt. 121, 122 c.p.a., che, riguardo alle controversie in materia di contratti pubblici, consentono al giudice di modulare gli effetti della inefficacia del contratto)". Con il secondo intervento, decidendo una controversia in materia di procedura ad evidenza pubblica, il Supremo Consesso, non senza rischiare di cadere nella carenza di congruità, da un lato ha sostenuto che "Sul punto non può che ribadirsi quanto più volte enunciato da questa stessa Adunanza plenaria (cfr. da ultimo n. 4 del 2015; n. 9 del 2014, n. 7 del 213, n. 4 del 2011), in ordine all'impossibilità di considerare quella amministrativa una giurisdizione di diritto oggettivo e su come tale approdo sia coerente con il significato che assume il principio della domanda nel dettato dell'art. 24, co. 1, Cost. che affianca, sia pure prendendo atto per ciò solo della loro diversità, le due situazioni soggettive attive del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo quali presupposti per l'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale intesa come principio fondamentale costitutivo dell'ordine pubblico costituzionale (cfr. da ultimo le fondamentali conclusioni cui è pervenuta Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 238)", ma, dall'altro, che "Il principio dispositivo non può cancellare il dato di fatto che l'interesse pubblico di cui è portatrice una delle parti in causa rimane il convitato di pietra che impronta più o meno consapevolmente svariate disposizioni; la visione del processo amministrativo nella logica "parte privata contro parte pubblica", "interesse privato contro interesse pubblico", non considera, sullo sfondo, l'interesse generale dell'intera collettività da un lato ad una corretta gestione della cosa pubblica, e dall'altro ad una corretta gestione del processo, anche per le ripercussioni finanziarie che ricadono sulla collettività; il processo in cui sia parte una pubblica amministrazione deve consentire l'accertamento di una verità processuale vicina se non coincidente con quella storica perché è interesse della collettività la legittimità dell'azione amministrativa; si comprende così, alla fine, che effettività e giusto processo significano soddisfacimento della domanda di giustizia per i realmente bisognosi, senza incoraggiamento di azioni opportunistiche (specie sul piano risarcitorio come bene messo in luce dall'ordinanza di rimessione), emulative o pretestuose".

⁶⁸ R. CAPONIGRO, *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, in www.giustizia-amministrativa.it, ottobre 2012, sottolinea efficacemente come "La difficoltà ad

E invero, l'interesse finale non veniva soddisfatto quando il privato aspirava all'ottenimento di un'espansione vantaggiosa della propria sfera giuridica e non alla mera caducazione del provvedimento⁶⁹.

La sola tutela demolitoria, difatti, comportando, nella sua attuazione, il venir meno del provvedimento amministrativo impugnato, è totalmente inutile dinanzi a interessi legittimi di natura pretensiva, caratterizzati dall'esigenza di un dialogo con il potere volto ad ottenere non un mantenimento della propria dimensione, ma un ampliamento del patrimonio giuridico del privato⁷⁰.

L'annullamento, determinando un mero ritorno alla condizione preesistente l'adozione del provvedimento illegittimo, non produce l'unico

assicurare l'effettività della tutela, insomma, nascono dal fatto che la giurisdizione amministrativa di legittimità è stata storicamente strutturata come un giudizio incentrato sulla legittimità di un atto, rispetto al quale la pretesa sostanziale del privato si rivelava recessiva, per cui se la posizione lesa è di interesse legittimo oppositivo, in quanto aspira ad un non facere dell'amministrazione, l'annullamento del provvedimento affittivo si presenta solitamente attributivo del bene della vita sperato in quanto la sentenza è autoesecutiva, mentre, se la posizione lesa è di interesse legittimo pretensivo, che aspira ad un facere dell'amministrazione, l'annullamento del provvedimento quasi mai si presenta autonomamente soddisfacente, essendo necessaria la riedizione del potere amministrativo, solo in esito al quale il bene della vita potrà essere attribuito. La questione centrale, pertanto, è costituita dal rapporto tra l'interesse legittimo pretensivo e le azioni proponibili a sua tutela, attesa la constatata insufficienza della sola azione di annullamento a proteggere in modo esaustivo la posizione".

⁶⁹ Per una ricostruzione della questione dottrinale circa le configurazioni dell'interesse legittimo vd. G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, 4, 585. In particolare l'Autore illustra la differenziazione tra due diverse configurazioni di interesse legittimo dipendenti dal collegamento con il bene della vita sostanziale. Secondo una prima interpretazione, definita "strumentale", la pretesa del cittadino riguarda l'esercizio legittimo del potere amministrativo al fine ottenere il bene della vita consistente nell'acquisizione o nella conservazione del bene della vita. Secondo altra interpretazione, definita "finale", la pretesa riguarda direttamente l'acquisizione o la conservazione del bene e, di conseguenza, l'adozione o alla non adozione del provvedimento che gli permette di raggiungere il risultato anelato.

⁷⁰ Ad avviso di M. CLARICH, *Tipicità delle azioni di adempimento nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2005, "La tutela degli interessi legittimi pretensivi nelle ipotesi di silenzio della pubblica amministrazione stentò ad affermarsi nella giurisprudenza del Consiglio di Stato e fu inizialmente costruita come un'azione di annullamento di un provvedimento tacito di diniego. Ma sia nel caso del silenzio sia nel caso di provvedimento espresso di diniego, l'azione di annullamento non può soddisfare l'interesse pretensivo al conseguimento di un bene della vita. L'annullamento dell'atto illegittimo, espresso o tacito, non coincide infatti con la realizzazione dell'interesse sostanziale del ricorrente, poiché lascia impregiudicata l'azione amministrativa successiva. Il provvedimento emanato in sostituzione di quello annullato costituisce una nuova esplicazione del potere conferito all'amministrazione, giustificata in base al principio della doverosità dell'esercizio dei poteri amministrativi e non collegata in modo diretto alla sentenza di annullamento".

effetto che soddisfa l'interesse del privato, ossia l'adozione di un provvedimento favorevole modificativo del patrimonio giuridico in senso positivo.

Siffatta mancanza di effettiva tutela degli interessi pretensivi ha concorso a comportare l'ampliamento degli strumenti processuali utilizzabili dal privato per ottenere soddisfazione dall'attivazione del processo amministrativo⁷¹.

Il Legislatore ha così accolto forme di tutela analoghe a quelle previste per il processo civile, sia pure con le specificità necessarie per la sussistenza dell'esercizio di un potere pubblico, permettendo al privato di ottenere il bene della vita cui aspira anche nell'ipotesi in cui sia titolare di un interesse pretensivo il quale, mirando ad un *facere* da parte dell'Autorità, non è garantito dalla sola pronuncia di annullamento, ma richiede l'accertamento della pretesa sostanziale⁷².

Si è quindi giunti alla consapevolezza che gli interessi legittimi pretensivi possano trovare adeguata tutela giurisdizione solo in un giudizio di accertamento autonomo del rapporto. In un giudizio, cioè, che consenta di colmare le lacune del mero annullamento, per giungere all'accertamento della disciplina del caso concreto, nei limiti in cui questa scaturisce direttamente dalla normativa vigente⁷³.

⁷¹ La limitazione dei poteri decisorî perché circoscritti al solo annullamento dell'atto amministrativo impugnato, ha costituito una delle più evidenti lacune e carenze del processo amministrativo, che ha pregiudicato gravemente l'effettività della tutela degli interessi legittimi. Sul punto G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980. Secondo l'Autore "Siffatti poteri cognitori e decisorî forniscono una tutela giurisdizionale soddisfacente soltanto per quegli interessi legittimi che si trovano in correlazione con i poteri ablatori dell'Autorità Amministrativa. Infatti, con l'annullamento dell'atto e con il ripristino della preesistente situazione di vantaggio (per lo più di diritto soggettivo, con tutte le conseguenze che ne derivano, anche in ordine al risarcimento dei danni), si può ben dire che l'interesse legittimo, fatto valere in giudizio dal ricorrente risulti sufficientemente tutelato. I cennati poteri cognitori e decisorî non forniscono, viceversa, adeguata e soddisfacente tutela a quegli interessi legittimi che si trovano in correlazione con i poteri concessori, autorizzatori e simili della Pubblica Amministrazione; 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 ampliativo richiesto e, dunque, la soddisfazione della pretesa insita nell'interesse legittimo, in ipotesi fondata."

⁷² I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, 401.

⁷³ G. GRECO, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice*

4. Giudizio sul rapporto.

Dalla ricostruzione sommaria del modello demolitorio sin qui delineata, si evince che la struttura processuale accolta dalla legge n. 5992 del 1889 concepiva il provvedimento amministrativo quale esclusivo oggetto del processo e unico possibile strumento di compimento della funzione.

Inoltre, nella vigenza dell'esclusività dell'azione di annullamento, al giudice non era attribuito il potere di andare oltre la mera valutazione dell'eventuale legittimità o illegittimità dell'atto, e segnatamente di ordinare all'Amministrazione di adottare un preciso provvedimento, a prescindere dalla tipologia di attività, discrezionale o vincolata, esercitata dall'Autorità.

Di conseguenza, il processo risultava incentrato sulla verifica della conformità dell'agire pubblico con il paradigma normativo di riferimento e appariva avulso da qualsiasi valutazione delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte.

Come si è detto, su questo presupposto si è affermata la teoria della natura prettamente oggettiva della giurisdizione amministrativa. Siffatta visione era coerente con la concezione asimmetrica della relazione tra privato e Amministrazione, a sua volta derivante dalla visione di un interesse pubblico alieno e sovraordinato rispetto a quello dei singoli.

Tuttavia, con l'avvalorarsi, dapprima in sede dottrinale, della rilevanza della connotazione sostanziale dell'interesse legittimo, confermata dalla ricordata e nota sentenza delle Sezioni Unite n. 500 del 1999, si è giunti ad attribuire adeguata considerazione alla correlata e pregnante esigenza di tutela delle posizioni soggettive coinvolte nel processo⁷⁴.

amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 3, 481.

⁷⁴ Per G. GRECO, *L'accertamento*, cit., "Se il giudizio di annullamento - sorto in un'epoca storica (...) in cui il paradigma dell'atto amministrativo era rappresentato dal provvedimento ablatorio - non è in grado oggi di garantire tale risultato soprattutto con riferimento agli interessi legittimi dinamici, è ovvio che sorge l'esigenza impellente che il nostro sistema presenti un altro tipo di giudizio di legittimità, idoneo a colmare le lacune del primo. E tale giudizio non può essere, <<de jure condito>>, che il giudizio di accertamento autonomo del rapporto. Detto giudizio, come si è visto, può sicuramente essere riconosciuto come vigente nel

Il passaggio successivo è stato l'affermarsi della tesi circa la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, definitivamente assestata e rafforzata con l'evoluzione della struttura del processo, avvenuta con le modifiche legislative apportate in particolare dal codice del processo amministrativo⁷⁵.

L'accoglimento della concezione soggettiva della giurisdizione si è accompagnato a un progressivo cambiamento di visione dell'oggetto del processo: non più (esclusivamente) l'atto, ma il complessivo rapporto pubblico sotteso⁷⁶.

nostro ordinamento, una volta che la giurisdizione amministrativa ha assunto ad oggetto della propria tutela - per attribuzione di ordine costituzionale, oltre che di legge ordinaria - l'interesse legittimo in sé considerato e, dunque, la posizione giuridica dei consociati, indipendentemente dall'impugnazione degli atti amministrativi".

⁷⁵ M. CLARICH, *La giustizia*, cit., 1773, il quale pone in luce la crisi della visione tradizionale del processo amministrativo nel quale campeggia in primo piano l'atto amministrativo e l'affermarsi, quindi, di una nuova concezione del processo volto alla conformazione del modo di esercizio del potere ed alla disciplina dell'assetto degli interessi e del rapporto giuridico tra cittadino e Pubblica Amministrazione. F. G. COCA, *Attualità*, cit., 379. L'Autore sostiene che *"Tenendo conto delle notevoli aperture del c.p.a. sia a proposito delle azioni proponibili, sia a proposito degli aumentati poteri decisori del giudice, sia (strumentalmente) della rivoluzionata disciplina dell'istruzione probatoria, la domanda corretta sembra riguardare piuttosto se possa dirsi raggiunto l'obiettivo che buona parte della dottrina auspica da tempo, e cioè che oggetto della cognizione giudiziale sia ormai l'intero rapporto corrente tra l'amministrazione e il privato, con la sola esclusione dei tratti effettivamente discrezionali che spettano all'amministrazione (e le sono riservati) nella definizione dell'assetto degli interessi. A me sembra che, sommando tra loro le disposizioni di cui agli artt. 30, co. 4; 31, co. 3; e 34, co. 1, lett. c), il giudice amministrativo possa effettuare il giudizio di spettanza, conoscere di tutto ciò che ha già ottenuto una definizione giuridica sul piano del diritto sostanziale, conoscere della eventuale lesione dell'interesse finale (ossia di diritti e di aspettative tutelate): in definitiva conoscere in modo massiccio (se non totale) del rapporto amministrativo"*.

⁷⁶ Già M. NIGRO, *Giustizia*, cit., ha colto il divenire del passaggio inquadrando quale un'espansione *"anche se per ora resta confusa e misteriosa"*; Nella concezione di A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962, il processo amministrativo trova il suo oggetto nel rapporto tra l'Autorità e il destinatario dell'azione amministrativa. Oggetto dell'accertamento giudiziale sarebbe l'intero rapporto, l'onere probatorio avrebbe la consistenza di quanto necessario a verificare la legittimità dell'atto e il risultato può essere attraversato anche da un'integrazione della motivazione in corso di giudizio. V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, Utet, 2003, 519, sottolinea che il processo è il luogo di esercizio della giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali, sicché dovrebbe assumere rilievo il rapporto sostanziale al quale le pretese ineriscono. Anche R. CAPONIGRO, *La natura della posizione giuridica nella tutela cautelare atipica del giudizio amministrativo: dalla tutela cautelare alla tutela camerale*, Relazione al convegno *"La tutela cautelare nel processo amministrativo fra tradizione e futuro"*, Reggio Calabria, 28 maggio 2015, ha sostenuto che *"Il giudizio amministrativo, di conseguenza, dovrebbe essere orientato non tanto o, comunque, non solo a verificare se l'amministrazione abbia esercitato legittimamente il potere ad essa attribuito, quanto piuttosto*

Occorre precisare che il termine “rapporto”, di origine privatistica, ha un significato peculiare nel diritto amministrativo.

*ad accertare se la pretesa sostanziale dedotta in giudizio dal ricorrente sia fondata, vale a dire ad accertare la spettanza, certa o possibile, del “bene della vita” costituente il lato interno della posizione di interesse legittimo dedotta in giudizio dal ricorrente, e ad assicurare celermente, ove il ricorso sia fondato, la soddisfazione di tale pretesa”. La considerazione è sovente sostenuta in giurisprudenza, ex multis, cfr. Cons. St., Ad. Plen. 23 marzo 2011, n. 3; Id., 29 luglio 2011, n. 15, entrambe però con la precisazione che ciò vale “ove non si frapponga l’ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate all’amministrazione”. Cfr. anche Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254, 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 della giustizia amministrativa, e della seconda predicavano la natura di giurisdizione di tipo oggettivo, e dunque di mezzo direttamente volto a rendere possibile, attraverso una nuova determinazione amministrativa, il ripristino della legalità violata e solo indirettamente a realizzare l’interesse del privato.”; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 19 dicembre 2014, n. 6846 e T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 28 luglio 2014, n. 4339 (entrambe con la precisazione che si tratta di un giudizio sulla spettanza del bene della vita); T.A.R. Lombardia, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 9 marzo 2009, n. 494. Sul punto non vi è concorde opinione in dottrina: cfr. *contra* L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L’azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, 617 ss. L’Autore nega la considerazione del giudizio amministrativo in termini di giudizio sul rapporto, “se con questo si intende un giudizio nel quale si perviene alla definitiva attribuzione del bene della vita (anche) nei casi in cui la pubblica amministrazione dispone di potere discrezionale (e non solo vincolato), attraverso il riesercizio difensivo (con atto processuale, cioè, tramite eccezione) dello stesso potere (...). qui infatti, il rapporto è inteso “in senso dinamico”, non “in senso statico”; e, per quanto la tesi possa apparire la più appagante in termini di effettività della tutela, essa finisce per portare a oggetto del processo una situazione giuridica soggettiva una situazione giuridica soggettiva (il diritto al bene finale) che sul piano sostanziale non esiste (o non esiste ancora)”; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; S. VALAGUZZA, *Il giudicato*, cit., 104 ss., sostiene che la teoria del giudizio sul rapporto risulta finalizzata all’intento di dotare l’interesse legittimo di una tutela piena ed effettiva ed è stata in parte favorita da alcuni istituti introdotti nel nostro sistema di giustizia amministrativa, ma che “le norme del codice del processo amministrativo (...) limitano ad angusti confini l’azione di adempimento. Di conseguenza, ci si deve accontentare di escludere che (salvi i casi di cui agli artt. 34 comma 1 lettera c) e 31 comma 3 c.p.a.) il giudice amministrativo, a fronte di un’azione di annullamento, sia titolato ad attribuire il bene della vita cui il ricorrente aspira o a determinare l’assetto della relazione tra privato e amministrazione, con esaurimento del potere amministrativo sulla pretesa controversa. Né, d’altra parte, si può affermare che il rapporto amministrativo sia oggetto del processo se la sentenza di annullamento, così come prevede la nostra legge processuale, non accerta l’allocazione del bene cui il privato aspira o che intende conservare”; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni*, cit., “Possiamo dire, in sintesi introduttiva, che quella generale di legittimità è giurisdizione sugli atti della P.A. (la quale, tramite questi, esercita – è bene rammentarlo – un potere, benché tale potere sia sottoposto alla legge, e segnatamente alla legge sul procedimento amministrativo), atti nei cui confronti si lamenta la lesione di un interesse legittimo. Ciò nondimeno, proprio perché gli atti rappresentano la manifestazione conclusiva dell’esercizio di un potere, e tale esercizio è dalla legge procedimentalizzato, la giurisdizione di legittimità, sindacando sull’atto, ma attraverso questo (che ne è l’epifania) sull’esercizio del potere, finisce per giudicare, nella sostanza, anche sul rapporto sottostante (fra interesse pubblico primario e interessi secondari – pubblici e privati -, e, in particolare) fra la P.A. ed i suoi ‘frontisti’.”*

Nel diritto privato l'espressione in esame attiene alla relazione debitoria e creditoria esistente tra due soggetti. La relatività del rapporto obbligatorio comporta che, diversamente da quanto accade nel caso di esercizio di un diritto reale, l'interesse del creditore possa dirsi soddisfatto solo tramite il passaggio intermedio della cooperazione della persona del debitore. Il comportamento del soggetto passivo del rapporto si frappone alla soddisfazione dell'interesse creditizio e non può quindi dirsi sussistente un rapporto immediato tra situazione giuridica attiva e bene anelato.

Questa accezione non risulta pienamente calzante nel diritto amministrativo a causa della differenza ontologica del rapporto pubblicistico rispetto a quello privatistico, poiché il primo si sostanzia nel vincolo del fine imposto all'*agere* pubblico, orientato non al perseguimento dell'interesse del privato, ma alla soddisfazione dell'interesse pubblico affidato alle sue cure.

Tale soddisfazione potrà essere attuata con la valutazione dell'Amministrazione procedente delle concrete scelte possibili e solo mediante il perseguimento dell'interesse pubblico potrà esserci soddisfazione concreta dell'interesse privato.

Pertanto, non sussiste un rapporto pubblico predeterminabile come nella similare fattispecie privatistica, ma esiste la relazione tra uno specifico interesse pubblico e una specifica determinazione amministrativa.

Di rapporto, al più, potrà parlarsi esattamente in senso sociologico ovvero quale relazione tra singolo e apparato in cui interagiscono poteri ed interessi⁷⁷.

Delineata l'accezione del termine rapporto, occorre considerare che il suo

⁷⁷ G. ABBAMONTE - R. LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, Padova, CEDAM, 2001. Gli Autori analizzano la crisi del modello demolitorio e le ragioni che hanno progressivamente condotto alla rivalutazione dell'oggetto del giudizio, costituito non più dall'atto ma dal rapporto giuridico sotteso. Tra queste l'incompatibilità con alcuni connotati soggettivi del processo quali la rilevanza dei cointeressati e dei controinteressati, l'estensione del giudicato a soggetti estranei alla lite, il contenuto della sentenza di annullamento circa successivi comportamenti dell'Amministrazione, l'ammissibilità dell'intervento di un terzo volto solo a sostenere censure già rivelate dal ricorrente ed infine la possibile rilevanza del vizio dell'eccesso di potere in casi consimili in altri procedimenti, sulla base dell'analisi dell'attività amministrativa attraverso la pretesa fatta valere dal ricorrente.

ingresso nel processo amministrativo ha reso necessaria la valutazione del fatto, essendovi la necessità, logica e giuridica, di ancorare alle regole della legge gli elementi giuridicamente rilevanti, presi nella loro obiettiva consistenza, per poter conseguire gli effetti voluti dalla legge stessa.

La corretta acquisizione del fatto si palesa così quale veicolo da utilizzare per raggiungere l'effettiva tutela dell'interesse legittimo imposta dagli artt. 24 e 113 Cost.

Può quindi affermarsi che il fatto, all'interno del processo amministrativo, acquisiti a pieno titolo diritto di presenza e risulti superato lo schermo a una compiuta analisi desunto dal riferimento all'atto impugnato contenuto nella legge n. 5992 del 1889⁷⁸.

Occorre subito precisare che le considerazioni espresse in ordine all'ingresso della valutazione giudiziale del rapporto pubblico sottostante, non possono essere sostenute per ogni tipo di processo amministrativo. In specie, possono valere per il solo giudizio avente ad oggetto atti di natura (interamente) vincolata dato che, nell'ipotesi di esercizio di discrezionalità, il principio generale di separazione dei poteri impedisce al giudice di invadere gli spazi riservati all'Amministrazione valutando complessivamente il rapporto pubblico.

In particolare, come verrà illustrato più approfonditamente nel prosieguo della trattazione, dinanzi a una discrezionalità non consumata, il giudice non può riconoscere come spettante al privato il preteso bene della vita in termini di certezza, ma solo di possibilità, avente sullo sfondo la libertà della scelta sul merito la cui esistenza contrasta con una valutazione certa normativamente supportata.

Di conseguenza, in questi casi il giudice non può ordinare l'adozione di un preciso provvedimento, ma può solo annullare quello già adottato, o al più, nell'ipotesi di inerzia, accertare l'inadempimento dell'obbligo di provvedere.

Inoltre, in sede di azione risarcitoria, l'organo giudicante può svolgere un giudizio di spettanza con l'obiettivo di verificare la debenza di un risarcimento

⁷⁸ G. ABBAMONTE - R. LASCHENA, *Giustizia*, cit., 53 ss.

del danno parametrato non al mancato ottenimento di un bene della vita, ma solo alla *chance* di ottenerlo mediante l'esercizio del potere autoritativo discrezionale.

Pertanto, nei giudizi aventi ad oggetto atti discrezionali, i caratteri del processo rimangono quelli descritti a proposito del modello demolitorio, in quanto risulta mancante il presupposto sostanziale dell'inesistenza di un potere di scelta in capo all'Amministrazione.

Come accennato, l'evoluzione verso la qualificazione del processo amministrativo quale giudizio sul rapporto, nei limiti sopra descritti, è stata progressivamente colta dall'attenta analisi di vari fattori normativi, quali l'introduzione nel processo di un ventaglio di azioni esperibili dal privato fino ad allora sconosciute, e l'inserimento dell'art. 21 *octies* nel corpo della legge n. 241 del 1990, operato dall'art. 14 della legge n. 15 del 2005⁷⁹.

Nell'ambito dei nuovi strumenti processuali si colloca l'espressa previsione dell'azione avverso il silenzio, avvenuta con l'introduzione nel corpo della legge n. 1034 del 1971 dell'art. 21 *bis*, e dell'azione di condanna pubblicistica di cui all'art. 34, comma 1, let. c), cod. proc. amm., così come modificato dal d. lgs. n. 160 del 2012.

Entrambe le azioni hanno permesso al giudice di verificare *funditus* la situazione giuridica soggettiva del privato valutando l'attribuibilità dell'utilità concreta anelata.

⁷⁹ La tesi secondo la quale si sia realizzata un'evoluzione del processo amministrativo grazie all'introduzione di ulteriori strumenti di tutela avvenuta con il codice del processo amministrativo è stata sostenuta dall'Adunanza Plenaria, con sentenza del 23 marzo 2011 n. 3, la quale ha affermato che *"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"*. Conclude sostenendo che il giudizio amministrativo si sia trasformato da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto, ovvero un giudizio *"volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata"*. La posizione dell'Adunanza Plenaria è peraltro cambiata nel corso di soli quattro anni e solo a seguito dell'adozione del codice del processo amministrativo. Con pronuncia del 22 ottobre 2007, n. 12, il Supremo consesso affermava che *"I commendevoli contributi acquisiti, in sede dottrinale e giurisprudenziale in tema di "giudizio sul rapporto", non sembrano condivisibili ove approdino al disconoscimento della natura principalmente impugnatoria dell'azione innanzi al giudice amministrativo"*.

Con l'azione avverso il silenzio, in particolare, si è spostato il baricentro del processo amministrativo, dall'atto in sé considerato a qualsiasi comportamento, adottato dall'Autorità, che sia espressione, anche mediatamente, di un potere. L'ambito di cognizione del giudice si è spostato, conseguentemente, dalla mera verifica della legittimità del provvedimento alla valutazione del comportamento assunto dall'Amministrazione, anche se inerte.

In particolare, secondo la disciplina dell'azione in esame, descritta dall'art. 31 cod. proc. amm., il giudice può valutare la fondatezza della pretesa, anche se solo nei casi in cui non vi siano margini di discrezionalità non consumati, superando il mero accertamento dell'inadempimento dell'obbligo di provvedere da parte dell'Amministrazione.

Più precisamente, in tutti i casi in cui non sussistano ambiti discrezionali, l'organo giudicante può non solo ordinare all'Amministrazione di adottare un provvedimento ma, soprattutto, di agire verso un determinato risultato, una specifica direzione, poiché, all'interno del processo, ha valutato se la pretesa del privato è fondata e debba essere soddisfatta dall'Amministrazione con apposito provvedimento⁸⁰.

Pertanto, il giudice del silenzio va oltre la legittimità del comportamento dell'Amministrazione, scavalcando la mera esigenza di rispetto del paradigma normativo, per giungere a valutare approfonditamente la questione in ordine alla possibilità di attribuire il bene della vita del privato.

In tal modo, da una struttura processuale, attenta solo al principio di legalità e che ammette solo la possibile demolizione del provvedimento, si passa ad un modello interessato a garantire al privato un affidamento su una

⁸⁰ F. G. COCA, *Giustizia*, cit. L'Autore afferma che l'azione avverso il silenzio "è finalizzata a ottenere un provvedimento esplicito che elimini lo stato di incertezza e assicuri al contempo al privato una decisione che investe la fondatezza della sua pretesa, fermo restando tuttavia che al giudice non è concesso sindacare il merito del procedimento amministrativo non portato a compimento, dovendo egli limitarsi a valutare la astratta accoglibilità della domanda, senza sostituirsi agli organi dell'amministrazione quanto agli apprezzamenti, alle valutazioni e alle scelte discrezionali, pronunciando quindi riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati". Per una ricostruzione dell'individuazione dei casi in cui il giudice può valutare la fondatezza della pretesa prima e dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, cfr. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Nel Diritto, 2012.

tutela giurisdizionale degli interessi a lui facenti capo, lesi dall'azione amministrativa scorretta.

Completa il quadro del rinnovato sistema processuale l'azione di condanna pubblicistica, relativi all'ipotesi in cui l'Amministrazione non è rimasta inerte, ma ha provveduto scorrettamente, in spregio alle regole disciplinanti l'esercizio del potere pubblico.

L'azione di adempimento permette al giudice di ordinare all'Amministrazione di adottare non un generico provvedimento, ma quello specifico attributivo del bene della vita, sempre qualora quest'ultimo risulti spettante al privato.

Pertanto, il giudice può non solo annullare e accertare quando l'Amministrazione debba provvedere, ma può anche indicare quale debba essere il contenuto precettivo di un provvedimento che l'Amministrazione stessa è obbligata ad adottare in virtù dell'effetto conformativo del giudicato. In tale giudizio, l'organo giudicante prima demolisce la fonte della lesione, mediante la caducazione, poi chiude il cerchio della tutela garantendo al privato un giudicato favorevole che imbriglia l'Amministrazione con l'obbligo di adozione del provvedimento attributivo del bene anelato.

Anche l'azione di condanna al risarcimento del danno ha avuto il suo ruolo nell'affermarsi della tesi del processo amministrativo come giudizio sul rapporto e non più sull'atto in sé.

Il risarcimento del danno è l'oggetto di un diritto che il giudice potrà attribuire al ricorrente solo qualora abbia avuto esito positivo il cd. giudizio di spettanza che consiste nella valutazione giudiziale della sussistenza di una situazione giuridica soggettiva lesa dall'esercizio del potere amministrativo male esercitato.

Occorre, pertanto, un giudizio sulla futura attribuzione del bene della vita da parte della Pubblica Amministrazione e solo in caso di esito positivo il giudice può far sorgere il diritto al risarcimento del danno come strumento di tutela della situazione lesa.

Come già precedentemente accennato, il giudizio di spettanza ha natura diversa a seconda che l'attività esercitata sia vincolata o discrezionale. Solo nell'ipotesi di incisivi vincoli normativi sul modo di agire dell'Amministrazione il giudice può accertare in termini di certezza se il bene della vita spetti o non spetti al privato.

Nell'ipotesi di attività discrezionale, invece, il giudizio potrà essere solo prognostico, per non invadere il merito della scelta amministrativa e, al più, potrà essere risarcita la mera *chance*, persa, di ottenere il bene della vita anelato.

Dalla sintetica esposizione sin qui condotta, si evince che se l'attributo principale del giudizio amministrativo, così come introdotto dalla legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato, era la esclusività della sola azione di annullamento, la peculiarità del processo risultante dalle modifiche legislative degli ultimi decenni è l'aumento delle azioni tipiche esperibili dal privato e in specie l'azione avverso il silenzio e l'azione di condanna.

Non solo, ma a seguito di un'analisi dell'evoluzione legislativa, dottrinale e giurisprudenziale, si scorge che anche la stessa azione di annullamento si è nel tempo atteggiata non più solo a mero strumento di ripristino della legalità violata, ma a sede di analisi dell'azione amministrativa concretamente esercitata.

Ciò è dovuto, in particolare, alla rivoluzione provocata dall'introduzione dell'art. 21 *octies* della legge n. 241 del 1990 e alla questione, seppur non pacificamente risolta⁸¹, dell'ammissibilità di un potere giudiziale di annullamento non più limitato alla possibilità di eliminare dal mondo giuridico un provvedimento, ma comprensivo pure dell'individuazione del momento di decorrenza degli effetti della pronuncia

In virtù dell'art. 21 *octies*, infatti, il giudice non dovrà automaticamente annullare il provvedimento amministrativo accertata la sua patologia, ma,

⁸¹ Sul punto, si rinvia al prosieguo della trattazione, laddove verranno sommariamente esaminati gli orientamenti giurisprudenziali, nonché dottrinali, in merito alla questione qui sinteticamente accennata.

nell'ipotesi di vizi formali, dovrà verificare che il contenuto dell'atto impugnato non potrebbe essere diverso da quello in concreto adottato.

Appare all'evidenza che, nei casi previsti dalla disposizione suddetta, riservandosi, in questa sede, di esporre ulteriori considerazioni sull'ambito di applicazione, l'art. 21 *octies* permette l'instaurazione di un processo diverso rispetto a quello accolto dal modello demolitorio come delineato dal testo unico del Consiglio di Stato.

In particolare, il giudice, lungi dal verificare il mero rispetto del paradigma normativo di riferimento, esamina i contorni del rapporto pubblico sotteso al provvedimento impugnato, la posizione delle parti e la normativa di riferimento applicabile alla fattispecie concreta, verificando il possibile esito di un corretto esercizio del potere. Qualora egli ritenga sussistente la giustizia sostanziale dell'esito che il procedimento avrebbe avuto allorché il vizio formale o procedimentale, pure acclarato, non fosse stato commesso, non può annullare.

Così come osservato in relazione ai rapporti tra azione avverso il silenzio e azione di condanna pubblicistica, si precisa che, qualora siano state cumulate le domande di annullamento e di adempimento, e sempre purché ricorrano i presupposti di cui all'art. 34, comma 1, let c), cod. proc. amm., il privato potrebbe ottenere sia la caducazione dell'atto lesivo della propria sfera giuridica sia l'ordine giudiziale di adozione di un provvedimento amministrativo favorevole. In modo siffatto, il privato esperisce tutti gli strumenti necessari per ottenere un livello di tutela ispirato al livello di pienezza ed effettività di cui agli artt. 24 e 113 Cost.

L'art. 21 *octies*, pertanto, mediante la modificazione dei connotati dell'azione di annullamento, contribuisce a rendere il processo maggiormente rispettoso del dettato costituzionale e, per i fini che qui interessano, a rendere il sistema di giustizia amministrativa più attento al rapporto tra Amministrazione e cittadino e non soltanto agli interessi dell'Amministrazione.

Sullo stesso solco della rivalutazione dell'azione demolitoria, si pone la

questione in ordine all'ammissibilità del potere giudiziale di modulazione temporale degli effetti dell'azione di annullamento, nascente proprio dall'esigenza di soddisfare gli interessi in gioco, maggiormente o totalmente.

E così è stato ritenuto che, data la mancanza di una norma specifica che impone la decorrenza *ex tunc* degli effetti dell'azione di annullamento, potrebbe dirsi ammissibile una pronuncia con efficacia *ex nunc* o parzialmente *ex tunc* ed *ex nunc*⁸².

La valutazione sottesa a una siffatta decisione parte necessariamente dall'analisi del rapporto e dalla sussistenza della pretesa sostanziale del privato ed è, per l'effetto, ben lontana dall'impostazione che incentra il processo amministrativo solo sull'atto impugnato invece che sull'intera vicenda involgente interessi pubblici e privati.

Sotto altro aspetto, se nel modello demolitorio l'unica tipologia di decisione cautelare concepibile era un provvedimento di sospensione dell'efficacia del provvedimento, così com'era previsto dal previgente art. 21 della legge T.A.R., la questione cambia nella diversa prospettiva di costruire una struttura processuale volta a valutare la pretesa sostanziale del ricorrente.

In quest'ottica risulta necessario attribuire al giudice il potere di ordinare all'Amministrazione l'adozione di un determinato provvedimento qualora un'azione diversa dalla precedente sia necessaria per tutelare l'interesse del

⁸² Secondo G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, 1, 1, "Se si guarda alla sostanza, mi pare evidente che nelle decisioni di tipo giustiziale (giurisdizionali e amministrative) la retroattività è collegata alla funzione di protezione e di garanzia verso il ricorrente, più che alla natura dell'atto (...) ora, se sulla base della tradizione e di pur frammentati elementi di diritto positivo si ammette la possibilità che l'amministrazione elimini propri atti illegittimi retroattivamente, mi pare sia difficile trovare ragioni per non ammettere la possibilità di farlo non retroattivamente, con una soluzione meno drastica che potrebbe non raramente favorire l'equilibrio tra le esigenze di tutela della legalità e dell'interesse pubblico con quella di non penalizzare eccessivamente chi abbia pur sempre agito sulla base di un provvedimento esistente ed efficace"; per G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1999, 162, "Sono retroattivi per natura gli atti di annullamento d'ufficio (o le decisioni di accoglimento dei ricorsi amministrativi) in quanto "è nella natura dell'annullamento che gli effetti dell'atto annullato vengano demoliti e rimossi a partire dal momento in cui questo fu emanato: se così non fosse, l'annullamento lascerebbe in vita gli effetti fino ad ora prodotti dall'atto annullato senza adempiere alla sua funzione di radicale demolizione giuridica". In tal senso vedi anche V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2001, 531 e B. CAVALLO, *Atti e provvedimenti amministrativi*, Padova, CEDAM, 2003, 372.

privato, di modo che la fase cautelare, così come la sentenza finale, sia una misura specifica in relazione alla situazione concreta.

Così il Legislatore, sulla scia dei moniti comunitari, con la legge n. 205 del 2005, ha escluso la tradizionale limitazione della tutela cautelare al provvedimento di sospensione, ma l'ha estesa a tutte le misure atipiche che possono meglio tutelare gli interessi in gioco, anche se di natura propulsiva⁸³.

Sul versante istruttorio, dato che il giudizio è teso all'indagine della spettanza del bene della vita e non più alla sola valutazione della legittimità dell'azione, il giudice deve basarsi sulla conoscenza di tutti i fatti e non solo del singolo provvedimento e degli atti procedurali.

Ciò ha spinto il Legislatore a intervenire con l'estensione della consulenza tecnica al giudizio amministrativo e con l'aumento dei mezzi di prova, per giungere alla comprensione di tutti quelli utilizzabili nel processo civile.

Anche l'onere della prova è mutato nel tempo. Essendo il giudizio volto alla verifica della fondatezza della pretesa sostanziale, detto onere non è più improntato alla valutazione della legittimità o illegittimità del provvedimento amministrativo, ma alla sussistenza della spettanza del bene della vita.

Il privato non potrà più limitarsi a soddisfare un principio di prova successivamente colmabile dai poteri giudiziali, ma dovrà rispettare un ossequioso rigore probatorio volto a fondare la propria pretesa.

Il giudizio amministrativo, in conclusione, si è modificato nel corso del tempo nei suoi tratti essenziali, passando da un modello tipico, chiuso e segregato all'esperimento di un'unica azione processuale, a un modello aperto e complesso di strumenti volto ad affacciarsi alle nuove e rivalutate istanze del cittadino, per modellarsi ad esse verso il raggiungimento di una maggiore effettività della tutela.

⁸³ F. SAITTA, *L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo, tra mito e realtà*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2006 R. GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 4, 857 ss.; R. CAPONIGRO, *La natura*, cit.; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio*, cit.

Tale processo evolutivo ha consentito di rivisitare e decretare l'abbandono del modello demolitorio per accogliere il giudizio fondato sulla pretesa dell'istanza del privato⁸⁴.

⁸⁴Cfr. G. GRECO, *L'accertamento*, cit. L'Autore evidenzia che la scelta compiuta dal Legislatore nel 1889 di impennare la tutela giurisdizionale sul ricorso per l'annullamento di atti amministrativi fu dovuta più che altro a contingenze storiche e a indirizzi culturali dell'epoca e non invece ad "*esigenze dogmatiche che valgono per il processo amministrativo in ogni ordine di tempo*".

CAPITOLO SECONDO
AZIONI PROCESSUALI, TUTELA CAUTELARE
E GIUDIZIO SUL RAPPORTO

1. Azioni tipiche e poteri del giudice

2. Effettività della tutela e atipicità delle azioni

2.1. Accertamento autonomo e pretese tutelabili

2.2. Dall'atipicità delle azioni all'atipicità dei contenuti delle sentenze: la modulazione degli effetti della pronuncia di annullamento

3. Cumulo di domande e motivi aggiunti

4. Onere della prova e rapporto tra le parti

5. Tutela cautelare atipica e propulsiva

5.1 Remand: ammissibilità e limiti del potere giudiziale

1. Azioni tipiche e poteri del giudice.

Il ventaglio delle azioni esperibili dal privato all'indomani dell'emanazione del codice del processo amministrativo ha conosciuto un progressivo ampliamento rispetto a quello delineato dall'impianto processuale accolto dalla legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato.

Come già osservato, tale apertura ha contribuito all'abbandono della teoria secondo la quale l'oggetto del processo fosse l'atto in sé e la sua legittimità, in quanto ha sollecitato la valorizzazione del rapporto posta alla base dell'analisi giudiziale delle situazioni giuridiche coinvolte⁸⁵. In particolare, tra gli strumenti processuali che hanno assunto una tale rilevanza, si colloca a pieno titolo l'introduzione dell'azione avverso il silenzio serbato dall'ente pubblico.

Nella vigenza dell'originario modello demolitorio, l'inerzia dell'Autorità, lungi dall'essere considerata quale modalità di esercizio della funzione, costituiva una situazione di fatto e, in quanto tale, veniva considerata giuridicamente irrilevante. Tale inquadramento escludeva in radice l'esperibilità di strumenti di tutela innanzi al silenzio e, di conseguenza, a seguito di apposita istanza di provvedimento, il cittadino poteva solo attendere con speranza l'esercizio dell'attività autoritativa, la quale veniva così espletata nei tempi decisi dall'Amministrazione.

Una siffatta impostazione era coerente con l'allora accolta visione di un rapporto pubblico fondato sulla superiorità dell'ente e nella subordinazione dell'interesse del privato rispetto a quello pubblico.

In tale ottica, il Legislatore non era interessato alla tempistica procedimentale, all'esigenza dei destinatari dell'azione di ottenere una risposta alle proprie istanze e tantomeno al bisogno di ottenerla in tempi non solo certi, ma altresì utili per necessità di natura spesso economica.

⁸⁵ Come già ricordato, l'opinione è stata espressa da F. G. SCOCA, *Attualità*, cit., 379; Ad. Plen. 23 marzo 2011, n. 3; Id., 29 luglio 2011, n. 15; Id., 9 giugno 2016, n. 11; Cons. St., sez. V, 17 luglio 2015, n. 3587.

Progressivamente si è giunti a ritenere che la tutela del privato esigesse maggiore considerazione dinanzi al comportamento inerte dell'Amministrazione.

Ciò è avvenuto grazie all'avanzare della teoria secondo la quale il silenzio costituisca, in realtà, una manifestazione di volontà da parte dell'Autorità, ovvero un provvedimento amministrativo tacito di rifiuto, e, in quanto tale, potenziale oggetto di ricorso⁸⁶.

Siffatta concezione attizia dell'inerzia ha avuto il pregio di costituire un primo e pregevole tentativo di tutela del privato dato che, pur in assenza di espressa previsione legislativa, permetteva l'impugnazione del silenzio rifiuto e l'annessa richiesta di pronuncia di una sentenza costitutiva di annullamento del provvedimento tacito.

La tesi in esame si è esposta, tuttavia, a una duplice critica: in primo luogo, sul versante dell'intensità della tutela, secondo alcuni troppo fiavole, e, per altro verso, per via della contestata opportunità del ricorso ad una

⁸⁶ S. TRENTIN, *L'atto amministrativo: contributi allo studio della manifestazione di volontà della Pubblica Amministrazione*, Roma, Athenaeum, 1915; O. RANELLETTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Pavia, Tenconi, 1907, 386; ID., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1934, 8; ID., *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano, Giuffrè, 1945, 86; U. FORTI, *Il silenzio della p.a. ed i suoi effetti processuali*, in *Studi di diritto pubblico*, vol. II, Roma, Foro Italiano, 1937; U. FRAGOLA, *La dichiarazione tacita di volontà della pubblica amministrazione*, Napoli, E. Jovene, 1938, 3; ID., *Natura e condizioni dell'atto-comportamento della p.a.*, in *Foro Amm.*, 1936, I, 1, 187; R. LUCIFREDI, *Silenziario-rifiuto senza messa in mora?*, in *Foro It.*, 1941, III, 226. In particolare per O. RANELLETTI, *op. cit.*, "Tutta la tacita dichiarazione della volontà non è manifestata con parole o con gesti, con un linguaggio in generale, cioè con quei mezzi che sono stati escogitati, e tutti adoperano per esprimere una data idea, ma solo è manifestata per mezzo di azioni, e, se lo è per mezzo di una dichiarazione espressa, la volontà tacita si deve rintracciare attraverso a questa (...) e nell'uno e nell'altro caso, azione o espressione, l'intenzione può solo essere ricavata indirettamente, avendo riguardo a tutte le più minute circostanze del caso. Non è di ciò che qui si parla; silenzio qui propriamente intendo un non fare". In giurisprudenza si richiama sovente la storia pronuncia Longo (Cons. St., IV sez., 22 agosto 1902, n. 429). Secondo la Corte "né più fondato è l'altro aspetto della stessa eccezione, cioè la mancanza di provvedimento definitivo. È vero che per l'art. 24 del regolamento 9 ottobre 1990, n. 365, sugli alunni delle cancellerie e segreterie giudiziarie contro i decreti di dispensa dal servizio e di destituzione pronunciati dai capi delle corti è fatto salvo il reclamo al ministro di Grazie e giustizia, ma quando, come nella specie, l'impiegato colpito da quella misura disciplinare ripetutamente ricorre al ministro, quando notifica giudiziariamente un atto invitandolo a provvedere e non ne ottiene alcuna risposta, non potrebbe non riconoscere nel prolungato silenzio dell'autorità superiore la determinazione di far proprio il provvedimento contro il quale fu invano ad essa prodotto reclamo".

qualificazione, quella del silenzio, mutuata dall'esperienza privatistica.

Sotto il primo aspetto, il *deficit* di tutela è stato rilevato nell'impossibilità per il giudice di poter sindacare i motivi della decisione amministrativa, in quanto non esplicitati, e nella conseguente inesistenza di vincoli sostanziali derivanti dal giudicato avverso il silenzio. E così, di fronte alla riedizione del potere amministrativo, il privato, già vittorioso di un primo processo, era costretto a una successiva e defatigante impugnazione.

Criticata, inoltre, è stata l'utilizzazione di schemi privatistici, quali le manifestazioni tacite di volontà, ritenute non estendibili *sic et simpliciter* all'*agere* pubblico⁸⁷.

La concezione attizia si è progressivamente scontrata, inoltre, con l'evoluzione del rapporto tra cittadino e Amministrazione, diretto verso un maggiore equilibrio mediante l'accrescimento del livello di tutela dei meccanismi apprestati dal Legislatore.

La svolta del superamento della tesi in esame si è registrata con l'incedere dell'attenzione al tempo dell'azione amministrativa, avvenuta in prima battuta con la previsione di un termine procedimentale ad opera dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990⁸⁸.

La disposizione, avente portata generale, ha canonizzato il principio di doverosità dell'esercizio dell'azione amministrativa e della certezza dei tempi dell'azione pubblica⁸⁹.

⁸⁷ F. G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 2, 239. Secondo l'Autore "Se effettivamente si vuole offrire una qualificazione giuridica del silenzio che sia idonea a garantire una tutela piena ed effettiva avverso l'inerzia dell'amministrazione, e che si avvicini ai modelli degli altri ordinamenti, quale quello tedesco, ove è data l'azione di adempimento, deve accogliersi l'idea che, anche nel nuovo rito di cui all'art. 21-bis, il silenzio rileva come fatto avente mero valore processuale per adire il giudice amministrativo"; F.G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971.

⁸⁸ Sul rilievo della tempistica procedimentale si veda M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2003, 2, 292 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1993, 190 ss.; F. G. COCA, *Il silenzio*, cit.

⁸⁹ In tal senso, Cons. St., sez. IV, 18 ottobre 2007, n. 5433. Sulla contrarietà dell'inerzia amministrativa ai principi di buon andamento e dell'affidamento del cittadino al corretto svolgimento dell'azione amministrativa, i quali impongono la conclusione di ogni

Con l'introduzione dell'obbligo normativo di provvedere entro un termine predeterminato, la dottrina e la giurisprudenza hanno superato la criticata tesi attizia qualificando il silenzio come mero comportamento in sé, di regola, privo di significato, giungendo così all'accoglimento della concezione comportamentale del silenzio, poi successivamente recepita a livello normativo⁹⁰.

È invero fuor di dubbio che l'art. 21 *bis*, inserito dall'art. 2, L. n. 205 del 2000, oggi trasfuso nell'art. 117, comma 2 cod. proc. amm., disponendo che nei ricorsi avverso il silenzio “*in caso di totale o parziale accoglimento del ricorso di primo grado, il giudice amministrativo ordina all'amministrazione di provvedere di norma entro un termine non superiore a trenta giorni*”, non qualifichi il silenzio come un provvedimento. Del resto, se così fosse, l'esito dell'azione sarebbe l'annullamento sul presupposto dell'illegittimità e non, invece, un ordine di provvedere presupponente l'accertamento dell'inadempimento del dovere di esercitare l'azione pubblica.

Con l'ingresso dell'azione avverso il silenzio nel sistema di giustizia amministrativa si è usciti dalla concezione di un processo attivabile esclusivamente dinanzi all'esercizio espresso dell'azione, lasciando fuori i meri comportamenti, ed è quindi stato superato, di fatto, il modello demolitorio.

Tuttavia, il vero passo avanti verso il riconoscimento del rapporto quale oggetto del processo amministrativo si è registrato non per via della mera introduzione dell'azione avverso il silenzio, ma per la previsione di ampi poteri giudiziali esercitabili nel caso di un suo esperimento.

L'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. 14 marzo 2005, n. 25 (convertito in l. 14

procedimento con un provvedimento espresso, sempre che sussistano i presupposti dell'obbligo di provvedere, si vedano, inoltre, Cons. St., sez. V, 7 novembre 2007, n. 5772; Id., sez. V, 5 febbraio 2007, n. 457; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 28 agosto 2007, n. 3112; Id., Bari, sez. I, 4 luglio 2007, n. 1747. Il principio di doverosità ha portata generale e pertanto si impone pure nelle ipotesi in cui la legge ricolleggi all'inerzia dell'Amministrazione l'effetto di reiezione dell'istanza del privato, il quale può sempre legittimamente pretendere che l'ente si pronunci in modo espresso e motivato (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *bis*, 3 gennaio 2008, n. 8).

⁹⁰ Si veda la nota sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 3 maggio 1960, n. 8: “*Il silenzio non è un atto, cioè una dichiarazione di volontà dell'amministrazione: è un comportamento al quale la legge attribuisce certi effetti, sostanziali e processuali, indipendentemente dal reale contenuto di volontà, ed anche da qualsiasi contenuto di volontà*”.

maggio 2005, n. 80) ha modificato l'art. 2 della legge n. 241 del 1990 introducendo l'inciso “*il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza*”, e ha ribaltato il precedente orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria del 9 gennaio 2001 n. 1, secondo il quale il giudice del silenzio deve limitarsi ad accertare l'inadempimento dell'obbligo di provvedere ed eventualmente ordinare l'adozione del provvedimento⁹¹.

Fin dal suo inserimento, l'inciso in esame, poi inserito nell'attuale formulazione dell'art. 31 cod. proc. amm., ha dato adito a dubbi interpretativi circa l'esatta individuazione della sua portata e, in specie, ci si è chiesti se il Legislatore abbia inteso permettere al giudice di scegliere di volta in volta se adottare una sentenza che accerti solo l'obbligo di provvedere o che, con maggiore incisività, entri nel merito della fondatezza della questione, oppure abbia previsto un vero e proprio potere-dovere dell'organo giudicante qualora vi sia stata un'espressa richiesta del ricorrente⁹².

La tesi prevalentemente accolta dalla giurisprudenza inquadra il potere in una mera facoltà del giudice, potenzialmente esercitabile solo laddove si presentino determinati presupposti attualmente disciplinati dall'art. 31 cod. proc. amm., in particolare “*solo quando si tratti di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione*”⁹³.

⁹¹ Cfr. G. CHINÈ, *Il nuovo rito del silenzio tra innovazione legislativa e interpretazione adeguatrice*, in *Corr. del merito*, 11, 2006, 1321; S. FIENGA, *I nuovi orientamenti giurisprudenziali in materia di procedimento amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, 2008, 179; da ultimo, G. TULUMELLO, *Itinerari giurisprudenziali in materia di valutazione della fondatezza della pretesa nel giudizio sul silenzio-rifiuto della pubblica amministrazione*, in *Giur. mer.*, 2008, ove si svolge una ricognizione dell'evoluzione giurisprudenziale sul potere del giudice di conoscere la fondatezza dell'istanza, a seguito della modifica dell'art. 2, comma 5, l. 241 del 1990, sottolineando la tendenza legislativa, anche per il tramite del 21 *octies*, a fare del processo amministrativo il giudizio sulla pretesa del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione.

⁹² La tesi del potere-dovere è stata in particolare sostenuta da R. GIOVAGNOLI, *I silenzi della pubblica amministrazione dopo la Legge n. 80/2005*, Milano, Giuffrè, 2005.

⁹³ Cons. St., sez. VI, 25 giugno 2007, n. 3602; Id., sez. V, 10 ottobre 2006, n. 6056; Id., sez. VI, 3 marzo 2006, n. 1023; T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 16 marzo 2007, n. 744; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I bis, 24 gennaio 2007, n. 473; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 20 ottobre 2006, n. 2342.

Pertanto, secondo la volontà legislativa, l'oggetto dell'azione avverso il silenzio passa dall'accertamento dell'inadempimento dell'obbligo di provvedere alla verifica della fondatezza della pretesa, sempre che non vi siano spazi di esercizio di potere discrezionale.

Si instaura quindi un giudizio di accertamento sul rapporto pubblico sotteso, avente ad oggetto i rispettivi obblighi delle parti, privato e Autorità, la cui finalità è quella di verificare la soddisfacibilità della pretesa all'ottenimento del bene della vita.

Tuttavia, l'ampiezza di tale potere giudiziale è circoscritta dai presupposti applicativi esplicitati dall'art. 31 cod. proc. amm., in quanto, qualora non si presentino, il giudizio rimane quello conosciuto all'indomani dell'introduzione dell'azione avverso il silenzio, ovvero incentrato solo sull'accertamento della violazione dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990.

Ne deriva che i limiti di cui all'art. 31 cod. proc. amm. costituiscono lo spartiacque tra le due tipologie di processi: uno, in presenza di discrezionalità, il quale mantiene i caratteri dell'originario modello demolitorio, e l'altro, invece, fondato sull'analisi sostanziale del rapporto tra le parti finalizzata a verificare se il bene della vita sia concretamente spettante al privato.

Tanto premesso, occorre aggiungere che l'esatta individuazione dell'ambito di estensione del giudizio sul rapporto ha destato dubbi interpretativi, essendo controverso, da una parte, il possibile inserimento della discrezionalità tecnica tra i casi che precludono al giudice l'accertamento della fondatezza della pretesa e, dall'altra, quale sia in concreto l'entità degli adempimenti istruttori che debbano essere ancora compiuti dall'ente.

Le soluzioni preferibili sono quelle orientate alla *ratio* della disposizione, da individuarsi nella finalità di permettere al privato di poter soddisfare le proprie esigenze di giustizia ottenendo una pronuncia che concretamente metta la parola fine alla controversia inerente al rapporto con l'Amministrazione in quanto il giudice può entrare all'interno della questione giuridica e fattuale

oggetto del ricorso⁹⁴.

Ciò risulta chiaro provando ad escludere, astrattamente, l'ammissibilità del potere giudiziale di valutare la fondatezza della pretesa; se non fosse previsto, l'Amministrazione potrebbe adottare ulteriori provvedimenti negativi a seguito del giudicato anche qualora il bene della vita fosse in concreto spettante al privato, in quanto il giudice non potrebbe obbligarla ad adottare il provvedimento favorevole.

Siffatta preclusione è ancora esistente nei casi previsti dall'art. 31 cod. proc. amm., per i quali il giudice, non potendo entrare nel merito della questione, non detta una regola di giudicato completa e quindi vincolante in modo stringente la riedizione del potere.

Al contrario, nel caso in cui il giudizio si incentri sul rapporto, la fondatezza della pretesa già nel giudizio di cognizione esclude *a priori* la libertà nelle successive azioni da parte dell'ente, la quale, se esercitata in modo lesivo mediante adozione di provvedimenti negativi, costringerebbe il soggetto pregiudicato a ricorrere nuovamente al giudice al fine di ottenere una tutela.

Ne deriva che il potere di spettanza attribuisce indirettamente rilevanza al valore tempo quale bene della vita poiché permette al giudice di individuare la disciplina del rapporto pubblico già al suo primo intervento, senza che si debba attendere l'ottemperanza e l'esercizio di una giurisdizione sul merito.

Tali vantaggi, sconosciuti nella vigenza del modello demolitorio, permettono di affermare che la finalità consista nel dare concreta applicazione al principio di effettività e pienezza della tutela e di attribuire al processo amministrativo maggiore coerenza rispetto al dettato costituzionale.

Tuttavia, vi è un altro imperativo che ha orientato il Legislatore,

⁹⁴ Secondo Cons. St., sez. IV, 10 ottobre 2007, n. 5311, il giudice può conoscere della accoglibilità o meno in concreto dell'istanza solo nelle seguenti ipotesi: a) manifesta fondatezza dell'istanza, allorché siano richiesti provvedimenti amministrativi dovuti o vincolati in cui non c'è da compiere alcuna scelta discrezionale che potrebbe sfociare in diverse valutazioni, e fermo restando il limite della impossibilità di sostituirsi all'Amministrazione; b) nell'ipotesi in cui l'istanza sia manifestamente infondata, né risulti del tutto diseconomico obbligare la Pubblica Amministrazione a provvedere laddove l'atto espresso non potrà che essere di rigetto.

costituito dal principio di separazione dei poteri, il quale, in quanto ispirato ad esigenze di ordine dell'intero sistema in termini di equilibrio tra centri di esercizio di poteri, non può che scavalcare la necessità di tutela del privato.

Infatti, attribuire al giudice un potere illimitato di valutazione della pretesa sostanziale significherebbe dare la stura ad ipotesi di invasione del potere esecutivo, con un conseguente *vulnus* al principio di netta separazione che governa i poteri dello Stato.

Occorre osservare che l'interesse del Legislatore di evitare che il giudice eserciti funzioni esecutive è stato prima alla base della costruzione dell'originario impianto di giustizia amministrativa, così come già evidenziato, e poi ribadito dai successivi interventi in materia, compresa la stesura del codice del processo amministrativo, il quale conferma il principio di separazione dei poteri sia all'art. 34, comma 4, cod. proc. amm., sancendo il divieto del giudice di pronunciare su poteri amministrativi non ancora esercitati, sia nella tassatività delle ipotesi di giurisdizione estesa anche al merito di cui all'art. 7, comma 6, del cod. proc. amm.⁹⁵.

Interpretando letteralmente l'art. 34, comma 4, cod. proc. amm., parrebbe che dal divieto sorga l'impossibilità per il giudice di intervenire ogniqualvolta l'Amministrazione non abbia compiutamente adottato il provvedimento o sia scaduto il termine del procedimento, con la finalità di evitare condanna *pro futuro*⁹⁶. Tuttavia, si ritiene che il divieto non attenga all'azione amministrativa

⁹⁵ La soluzione è sostenuta dalla prevalente giurisprudenza. In particolare, secondo Cons. St., sez. IV, 10 ottobre 2007, n. 5311, *“La giurisdizione di merito, al pari di quella esclusiva, ponendosi come derogatoria rispetto a quella di legittimità nella trama costituzionale improntata al principio di separazione dei poteri, necessita di una puntuale e tassativa previsione normativa (...) Queste osservazioni inducono a ritenere che la norma in commento non abbia inteso istituire una ipotesi senza confini di giurisdizione di merito ma, più limitatamente, abbia attribuito al giudice, nei limiti della propria preesistente giurisdizione di legittimità o esclusiva, uno strumento processuale ulteriore nella stessa logica acceleratoria del contenzioso che ha ispirato l'intervento riformatore del 2000”*.

⁹⁶ M. A. SANDULLI, *Prmissima lettura della adunanza plenaria n. 15 del 2011*, Riv. giur. ed., 2011, 2-3, 533 ss; R. GISONDI, *Nuovi strumenti di tutela nel codice del processo amministrativo*, in www.giustiziamministrativa.it, 2011, evidenzia che *“Tale impostazione trova conferma nella relazione di accompagnamento alla versione finale del codice nella quale si afferma che lo scopo della disposizione è quello di “evitare domande dirette ad orientare l'azione amministrativa pro futuro con palese violazione del principio della divisione dei poteri”*.

futura in genere, ma a tutte quelle ipotesi in cui l'Autorità non abbia ancora concluso il procedimento oppure non sia mai stata investita della questione.

Può quindi affermarsi che la separazione dei poteri verrebbe vulnerata solo qualora l'Amministrazione non abbia valutato in prima battuta la fattispecie concreta, ovvero qualora il giudice pronunciasse su poteri amministrativi prima della scadenza del termine di conclusione del procedimento, poiché, esclusivamente nei modi siffatti, l'organo giurisdizionale eserciterebbe attività amministrativa invadendo la sfera del potere esecutivo⁹⁷.

La descritta impostazione risulta confermata, peraltro, dalla stessa *voluntas legis* sottesa alla positivizzazione dell'azione di condanna pubblicistica. E invero, il giudice può, anche in questo caso, ordinare all'Amministrazione un *facere* specifico, esercitando in senso lato una funzione amministrativa, solo quando ci sia stato previo esercizio del potere, così come dimostrato dall'accessorietà dell'azione di condanna pubblicistica con le altre azioni, tipiche o atipiche.

Se l'effettività della tutela, da temperarsi con il principio di separazione dei poteri, costituisce la finalità della previsione del potere giudiziale di accertare la spettanza e ordinare un *facere* pubblicistico, il termine discrezionalità di cui all'art. 31 cod. proc. amm., deve intendersi nel più ampio senso possibile, comprendendo anche quella tecnica. E invero, in tutte le ipotesi di esercizio della discrezionalità, compresa quella in cui si conducono

Emerge, quindi, con chiarezza che la norma, nonostante la sua collocazione nell'articolo 34, non si riferisce, in realtà, al contenuto delle pronunce ma è volta a rendere inammissibili domande che non abbiano ad oggetto una lesione attuale della posizione soggettiva azionata, ma siano dirette unicamente ad orientare l'azione amministrativa nel corso della sua formazione".

⁹⁷ M. TRIMARCHI, *Il divieto di «pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati» attraverso il prisma della giurisprudenza*, in *Foro amm. CdS*, 2013, 4, 1096 e ss.; L. MARUOTTI, *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010. La concezione può dirsi suffragata dall'interpretazione fornita dall'Adunanza Plenaria, sentenza del 29 luglio 2011 n. 15, la quale, sostenendo l'ammissibilità dell'azione di accertamento atipica, ha ritenuto che il divieto in esame non può dirsi violato quando il potere giudiziale viene esercitato a seguito della scadenza del termine di conclusione del procedimento.

valutazioni tecniche, vi è uno spazio di scelte opportune che il Legislatore ha demandato all'Amministrazione e il giudice non potrà espletarle senza incorrere in una violazione del principio di separazione dei poteri.

Anche il limite degli adempimenti istruttori non può che essere letto nella stessa prospettiva; in particolare, non ogni singola attività istruttoria è da considerarsi ostativa all'esercizio del potere giudiziale, ma solo quella che, nel concreto, sia espressiva di scelte discrezionali e sia, pertanto, riservata all'Amministrazione⁹⁸.

In sintesi, l'accertamento sulla spettanza del bene della vita è consentito nei casi di manifesta fondatezza o infondatezza della pretesa sostanziale, vale a dire per le questioni di "pronta risolvibilità", ovvero le sole ritenute compatibili con la semplicità procedurale e istruttoria del rito del silenzio⁹⁹.

Occorre osservare che gli stessi limiti dell'azione avverso il silenzio, e quindi le medesime osservazioni qui svolte in relazione ad essi, sono riferibili anche all'azione di condanna pubblicistica per espressa previsione dell'art. 34, comma 1, let. c), inserita nel *corpus* normativo del codice del processo solo con l'adozione del secondo correttivo¹⁰⁰.

⁹⁸ Già prima dell'adozione del codice del processo amministrativo, la giurisprudenza si era espressa in tal senso, contribuendo, in modo siffatto, all'elaborazioni poi sviluppate dal Legislatore del 2010. Si rinvia a T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *bis*, 11 ottobre 2007, n. 9948; Id., 14 settembre 2007, n. 8953; T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 16 marzo 2007, n. 744; Id., sez. I, 12 settembre 2007, n. 2127; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *bis*, 24 gennaio 2007, n. 473.

⁹⁹ In tal senso, Cons. St., sez. IV, n. 5311 del 2007; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *ter*, 27 luglio 2007, n. 7119; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 28 febbraio 2007, n. 1283; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 6 luglio 2006, n. 3866; T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 17 novembre 2005, n. 4905.

¹⁰⁰ Cfr. F. CARINGELLA, *Architettura e tutela dell'interesse legittimo dopo il codice del processo amministrativo: verso il futuro!*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011, secondo cui l'azione di esatto adempimento "conosce due limiti pregnanti: a) il 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. (vedi l'art. 31, comma 3, in tema di rito del silenzio, che esprime un principio generale estensibile anche al caso di diniego esplicito); b) 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. Quanto a detto ultimo limite va rammentato che 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

Nonostante l'azione di adempimento pubblicistica fosse già ritenuta ammissibile dalla giurisprudenza più evoluta, la sua espressa previsione da parte del d. lgs. n. 160 del 2012 è stata accolta positivamente da quella dottrina che già da tempo ne auspicava l'introduzione¹⁰¹.

Occorre evidenziare che al pari dell'ammissibilità della stessa azione, il presupposto processuale dell'accessorietà, anche se non fosse stato previsto, si sarebbe comunque potuto desumere dal principio generale di separazione dei poteri, posto che il giudice sarebbe incorso in una violazione del divieto di pronunciare su poteri amministrativi non ancora esercitati qualora avesse valutato la fondatezza della pretesa prima dell'investitura dell'Amministrazione della questione sottoposta al vaglio giudiziale¹⁰².

Dalla breve ricostruzione offerta, si può notare che con il superamento

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). (...) La necessaria connessione della domanda di condanna pubblicistica a quella principale di annullamento (o di nullità) spiega perché 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”.

¹⁰¹ Si richiama F. MERUSI, *Verso un'azione di adempimento*, in *Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, Giuffrè, 1979, 337, il quale sottolinea che “una vera e propria azione di condanna che sancisca la possibilità di impartire un obbligo di provvedere in un certo modo alla pubblica amministrazione non potrebbe venire introdotta che da una riforma legislativa”; M. NIGRO, *Linee di una riforma necessaria e possibile nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 2, 249 ss, concepiva l'azione di adempimento come “rimedio contro l'inosservanza da parte dell'amministrazione del dovere di emanazione di un atto amministrativo”, poiché in tale ambito si osservava “la grave lacuna esistente nel nostro ordinamento”; nello stesso senso cfr. G. GRECO, *Silenzi della pubblica amministrazione e problemi di effettività della tutela degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 413 ss. Ancora per M. CLARICH, *Tipicità*, cit., 593, quando in presenza di un potere vincolato l'Amministrazione “non adempia al correlato dovere primario di un “facere” giuridico, cioè al dovere di provvedere in un modo determinato” si produce uno “specifico bisogno di tutela che richiede soddisfazione nel processo amministrativo, già nella fase di cognizione, attraverso una sentenza dichiarativa del dovere di provvedere e di condanna a emanare il provvedimento dovuto”.

¹⁰² La soluzione accolta dal Legislatore, escludente l'azione di nullità, è stata criticata da parte della dottrina che ha sostenuto che l'azione di nullità costituisce una specie di “azione di annullamento forte” poiché tesa ad eliminare *lato sensu* il provvedimento amministrativo invalido. In particolare, cfr. A. CARBONE, *La nullità e l'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2009, 3, 827; B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 275; *contra* R. CAPONIGRO, *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012.

del dogma dell'impossibilità di condannare l'amministrazione ad un *facere* specifico si appare ormai lontani dalla concezione di superiorità dell'Autorità rispetto al cittadino, impossibilitato ad una difesa in quanto inerme di fronte all'esecuzione dell'interesse pubblico¹⁰³.

Ciò in quanto si è progressivamente rivalutata l'incisività dell'ingerenza del giudice sull'esercizio del potere autoritativo al fine di perseguire con maggiore efficienza il principio costituzionale e sovranazionale di effettività della tutela giurisdizionale.

Non solamente l'azione avverso il silenzio e l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento espresso hanno condotto alla rivalutazione dell'oggetto del processo, ma un ruolo fondamentale è da attribuirsi all'introduzione dell'azione di risarcimento del danno. E invero, il giudizio di spettanza da svolgere per l'attribuzione del diritto all'ottenimento della somma pecuniaria comporta la valutazione della fondatezza della pretesa sostanziale vantata dal ricorrente al pari di quanto accade nelle ipotesi di azioni avverso il silenzio e di condanna pubblicistica¹⁰⁴.

Anche in relazione all'azione risarcitoria e ai limiti del giudizio di spettanza ci si è interrogati circa le ricadute applicative del principio di

¹⁰³ Noto è il discorso con il quale, quasi centocinquanta anni fa, Pasquale Stanislao Mancini invitava il cittadino a rassegnarsi dinnanzi all'agire amministrativo, mancando in tal caso un diritto soggettivo della cui lesione dolersi davanti al giudice: *“sia pure che l'autorità amministrativa abbia, e forse anche senza motivi, rifiutato ad un cittadino un permesso, un vantaggio, un favore, che ogni ragione di prudenza e di buona economia consigliasse di accordargli; sia pure che questo cittadino è stato in conseguenza ferito, e forse anche gravemente, nei propri interessi: che perciò? Che cosa ha sofferto il cittadino nelle ipotesi testè discorse? Semplicemente una lesione negli interessi? Ebbene, ch'ei si rassegni. Se nell'ordine gerarchico della stessa amministrazione siavi possibilità del richiamo che gli ricorra pura a questo contro l'erroneo e lesivo provvedimento dell'amministrazione inferiore. Ma nulla può esservi di contenzioso dove non è doglianza propriamente di alcun diritto violato”*; discorso parlamentare del 9 giugno 1864, riportato in D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002, 21.

¹⁰⁴ Sulla ricostruzione della spettanza nel processo amministrativo, G. FALCON, *Il giudice*, cit. 287. Secondo l'Autore *“solo se il provvedimento richiesto ‘spetta’ c'è vera lesione dell'interesse al bene della vita, dunque (con il concorso del danno e della colpa) diritto al risarcimento (...) se il giudizio sul danno presuppone un giudizio sulla spettanza, e se la pronuncia sul danno deve essere legata da un rapporto di consequenzialità con la pronuncia resa sull'azione esercitata, la sola via d'uscita [...] consiste nell'attribuire alla giurisdizione generale sugli interessi anche, all'occorrenza, il senso e i caratteri di una giurisdizione di spettanza”*.

separazione dei poteri nel caso in cui l'attività pregiudizievole sia discrezionale. In questi casi, si ritiene che la valutazione del giudice in ordine alla possibile attribuzione del bene della vita si risolverebbe in una non concessa invasione della sfera dell'Amministrazione, l'unico soggetto giuridico deputato a realizzare tale valutazione.

Pertanto, l'esistenza di discrezionalità esclude il risarcimento della perdita del bene della vita, rimanendo solo la possibilità di ottenere il *quantum* equivalente alla *chance* di conseguirlo¹⁰⁵.

Dal quadro delineato emerge la tensione tra esigenze di tenuta del sistema, compendiate nel principio della separazione dei poteri, e istanze di tutela del privato trasfuse nell'attuale configurazione del giudizio sul rapporto.

E difatti, nel mentre che lo strumentario e la struttura del processo amministrativo si orientano verso un giudicato completo sul rapporto tra cittadino e privato, il limite, allo stato invalicabile, del potere amministrativo comporta che permangano sottratti al diritto/dovere di accertamento tutti casi in cui l'ente non abbia in prima battuta valutato la questione, in virtù del divieto di cui all'art. 34, comma 4, cod. proc. amm., o residuino dei margini di discrezionalità amministrativa ancora non consumati.

¹⁰⁵ La teoria secondo la quale il giudizio di spettanza nel caso di attività discrezionale possa concludersi con la risarcibilità della *chance* è stato sposato da Cons. St., sez. VI, 31 marzo 2006, n. 5323, secondo il quale "va (...) precisato il rapporto tra perdita di chance e violazione dell'interesse pretensivo nelle ipotesi nelle quali l'amministrazione sia titolare di un potere discrezionale: in tali ipotesi - secondo gli insegnamenti ritraibili da Corte di Cassazione n. 500 del 1999 - solo dal nuovo esercizio del potere possono - a rigore - derivare certezze in ordine alla spettanza del bene cui il privato aspira". In tali ipotesi "il risarcimento dei danni dovrebbe essere negato fino alla rinnovazione degli atti di gara, che, tuttavia, avvenendo in un altro momento e contesto storico, non è che detto che possa coinvolgere nuovamente le parti in causa nello stesso modo e sulla base dei medesimi presupposti che erano a base dell'azione amministrativa giudicata illegittima (...) non essendovi prova possibile dell'aggiudicabilità della gara (...) in ragione del metodo discrezionale di aggiudicazione, l'interesse pretensivo violato deve essere invece stimato come una perdita di chance di aggiudicazione, parametrabile non solo alla perdita di quote di mercato, ma anche alla probabilità di aggiudicazione concretamente raggiunta nella specie (...) ove a giudizio del giudice amministrativo, non vi sia agevole rinnovabilità delle attività amministrative o delle operazioni di gara, come nei casi di appalti da aggiudicazione non automatica, il danno vantabile nei confronti dell'amministrazione deve essere visto unicamente nella prospettiva della perdita di chance". La posizione supera le incertezze interpretative in ordine alla risarcibilità dell'interesse legittimo in caso di attività discrezionale. Per una ricostruzione sul punto si veda G. FALCON, *Il giudice*, cit. 237.

2. Effettività della tutela e atipicità delle azioni.

L'effettività della tutela giurisdizionale può essere definita come la capacità del processo di garantire la soddisfazione dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio dal privato, il cui ricorso, rivelandosi fondato, sia stato accolto¹⁰⁶. Ancora efficace si rivela, in tal senso, la 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*”¹⁰⁷.

La codificazione del principio ad opera dell'art. 1 del d. lgs. n. 104 del 2010, secondo il quale “*la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*”, non ha costituito, del resto, la prima tappa di applicazione dell'obiettivo di tutelare il cittadino dinanzi ai pubblici poteri¹⁰⁸. In realtà, l'effettività è stata infatti riconosciuta quale finalità sempre sottesa agli arresti giurisprudenziali, agli orientamenti dottrinali più evolutivi e lungimiranti, affermandosi come una delle matrici della storia della giustizia amministrativa¹⁰⁹.

Già nella vigenza dell'impianto originario del processo amministrativo, difatti, si dibatteva in merito al livello di tutela ottenibile con gli strumenti allora disciplinati e costituiva opinione diffusa che le pretese del privato nei confronti dei pubblici poteri non fossero pienamente tutelate a causa di lacune normative in ordine ai poteri giudiziari¹¹⁰.

¹⁰⁶ R. CAPONIGRO, *Il principio*, cit.

¹⁰⁷ G. CHIOVENDA, *Principi*, cit., 81. Sul principio di effettività della tutela nel processo vd., 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, 3-4, 797.

¹⁰⁸ L. MARUOTTI, in G. LEONE - C. SALTELLI (a cura di), *Codice del processo amministrativo commentato e annotato con giurisprudenza*, Padova, CEDAM, 2010, 3 ss.

¹⁰⁹ R. GIOVAGNOLI, *Effettività*, cit.

¹¹⁰ M. NIGRO, *Linee*, cit., 249 ss., e anche gli *Atti del Congresso sui Problemi del nuovo processo amministrativo*, in *Impresa, Ambiente, Pubblica Amministrazione*, 1977, II, 1 ss. e la Relazione illustrativa allo schema di disegno di legge concernente “*Delega al Governo per l'emanazione di norme sul procedimento dinanzi ai TAR e al Consiglio di Stato*” Senato, Legislatura VIII, doc. n. 583.

Il primo *deficit* di tutela è stato riscontrato in relazione agli interessi pretensivi, in quanto risultavano spogliati della possibilità di avere concreta soddisfazione per via della carenza di istituti processuali pensati e studiati per l'eventuale attribuzione del bene della vita ottenibile solo mediante l'esercizio dell'azione pubblica.

Ne derivava che solo il titolare di interessi oppositivi potesse aspirare a una tutela effettiva, in quanto la sentenza di annullamento del provvedimento impugnato garantiva l'eliminazione dell'ostacolo che si sovrapponeva al godimento del bene della vita e il mantenimento del vantaggio già presente nella sfera giuridica del privato.

Diversamente, la caducazione non forniva soddisfacimento agli interessi legittimi correlati a poteri autorizzatori, concessori e simili, ma semmai rappresentava una prima forma di protezione necessitante un successivo completamento¹¹¹.

La mancanza di tutela non si percepiva solo alla conclusione del giudizio per via dell'impossibilità per il privato di conseguire una sentenza favorevole e soddisfacente, ma già nella fase embrionale del processo, quella cautelare, in quanto il titolare dell'interesse pretensivo non poteva ottenere una concreta utilità dall'ordinanza emessa, il cui contenuto, data l'allora prevista tipicità, poteva consistere solamente nella mera sospensione dell'atto impugnato.

Si ritiene che proprio tali carenze abbiano prodotto la spinta verso la codificazione attualmente vigente orientata ad assicurare, tra gli altri valori, la pienezza della tutela, indicata nell'elenco dei principi e criteri direttivi per la stesura del codice del processo dall'art. 44 della legge n. 69 del 2009, in applicazione del dettato costituzionale e delle pronunce della Corte di Giustizia sul punto¹¹².

¹¹¹ F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1964, 254 ss.

¹¹² Il principio trova piena affermazione a livello internazionale con le disposizioni 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*). La Corte di Giustizia ha progressivamente delineato il significato europeo di effettività della tutela giurisdizionale, il quale, in particolare, si declina: nella concreta protezione delle posizioni giuridiche, anche ove

E invero, oltre a richiedere una doverosa attenzione nei confronti di tutti gli interessi coinvolti nel processo, il principio di effettività impone la predisposizione (e la relativa realizzazione) di un apparato processuale che in tutte le sue fasi sia in grado di garantire 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.

Del resto, l'equivalenza delle tutele non può che passare dalla protezione di tutte le istanze di tutela che il cittadino può vantare nei confronti dell'ente mediante l'attribuzione di adeguati poteri al giudice¹¹³.

Come anticipato, l'applicazione del principio di effettività della tutela appare quale movente ispiratore degli orientamenti giurisprudenziali che hanno spinto per l'ammissibilità di azioni atipiche nel nostro ordinamento anche in assenza di un principio generale di tal tenore.

La questione dell'atipicità affonda le sue radici già in un momento precedente rispetto all'adozione del codice del processo amministrativo (il quale ha risolto, seppur solo in parte, alcuni problemi) e ha avuto specifico riguardo all'esperibilità dell'azione di condanna pubblicistica e di accertamento autonomo.

La dottrina, in effetti, riteneva che nell'originario impianto codicistico ci

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. Cfr. Corte di Giustizia, 26 gennaio 2010, procedimento C 118/08; Id., 15 aprile 2008, in causa C-268/06, *Impact*; Id., 13 marzo 2007, in causa C-432/05, *Unibet*; Id., 9 luglio 1985, in causa 179/84, *Bozzetti*; Id., 15 maggio 1986, in causa C-222/84, *Johnston*; Id., 17 settembre 1997, in causa C-54/96, *Dorsch*, in *Urb. app.*, 1998, 441; Id., 7 giugno 2007, cause riunite C-222/05-C-225/05, *Van der Weerd*; Id., 8 luglio 2010, in causa C- 246/09, *Bulicke*; Id., 8 settembre 2011, in causa C-177/10, *Santana*. Per la giurisprudenza della CEDU, si veda 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. Per un'analisi si veda G. GRECO, *L'effettività della giustizia amministrativa italiana nel quadro del diritto europeo*, Relazione al Convegno "Effettività della giustizia amministrativa in Europa", Trieste, 22-23 marzo 1996.

¹¹³ Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204.

fosse spazio per ritenere non preclusa la possibilità per il giudice di adottare una pronuncia di condanna ad un *facere* specifico e, pertanto, l'azione di adempimento pubblicistica veniva ritenuta ammissibile anche nel silenzio del Legislatore, superato solo con il d. lgs. n. 160 del 2012.

L'ammissibilità è stata sostenuta fermamente anche da una parte consistente della giurisprudenza amministrativa¹¹⁴.

Agganci normativi sono stati rinvenuti in specie nell'art. 34, comma 1 let c), cod. proc. amm., il quale, prevedendo la condanna "*all'adozione di misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*", non potrebbe che condurre a considerare ammissibile l'ordine giudiziale ad un *facere* in quanto unico strumento di tutela soddisfacente dell'interesse legittimo pretensivo; nell'art. 30 comma 1, il quale, facendo riferimento alla condanna pubblicistica, ne afferma l'inflessibile contestualità con le altre azioni; l'art. 129 del d.lgs. n. 163 del 2006 e l'art. 4 del d.lgs. 198 del 2009 sull'azione collettiva di classe.

Tra tutti i riferimenti positivi, ha avuto risalto soprattutto l'art. 31 cod. proc. amm., in quanto, prevedendo la pronuncia di condanna nell'ipotesi di inerzia, sdogana la condanna ad un *facere* della Pubblica Amministrazione. Non ammettere siffatta pronuncia nell'ipotesi di adozione di un provvedimento

¹¹⁴ T.A.R. 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; T.A.R. 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.*"; T.A.R. 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.

espresso, ma solo nell'ipotesi di silenzio, avrebbe comportato la paradossale conseguenza che al privato sarebbe convenuto assistere ad un comportamento inerte, giacché ciò avrebbe permesso di esperire l'azione avverso il silenzio e chiedere l'ordine di esecuzione dell'obbligo di adozione del provvedimento, rispetto all'ottenimento di una risposta dell'Amministrazione mediante azione espressa.

Tuttavia, l'elemento dirimente è stato il richiamo al principio di effettività della tutela, in quanto principio generale che impone l'ammissibilità di ogni azione funzionale all'ottenimento del bene della vita anelato, a prescindere dalla qualificazione formale¹¹⁵.

¹¹⁵ T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428 secondo il quale *“Ma, senza dubbio, 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 (...)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, finalmente anche per il processo amministrativo, si inverte 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 processualciviltistica 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, 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 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. L'allargamento degli strumenti di tutela posti a disposizione del giudice amministrativo, del resto, oltre a confermare il rango paritario riconosciuto più volte dalla Consulta all'interesse legittimo, è coerente con la “preferenza” ordinamentale per la tutela specifica fin quando è possibile. La giurisdizione amministrativa, sorta storicamente a tutela di posizioni soggettive di appartenenza, era intrinsecamente contrassegnata dalla capacità di rimuovere alla radice la lesione dell'interesse oppositivo, attraverso la demolizione dell'atto lesivo; ma la stessa, anche negli sviluppi successivi, ha cercato di perpetuare tale sua vocazione (ad apprestare rimedi effettivi) con la teorica dell'effetto conformativo. (...) 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*

Affermata la pienezza della tutela per l'azione di condanna pubblicistica, grazie all'intervenuta espressa previsione dell'art. 34, comma 1, let. c), rimane ancora in parte aperta la questione circa l'ammissibilità e l'ambito di applicazione dell'azione di accertamento autonomo. In particolare, a seguito delle novità introdotte dal codice del processo amministrativo, ci si chiede se, in uno all'azione di annullamento e alle azioni tipiche di accertamento o di adempimento o di condanna, possa ritenersi esercitabile un'azione atipica di accertamento.

Occorre considerare, infatti, che il codice ha disciplinato alcune ipotesi tipiche di azioni accertamento: l'art. 34, comma 3, cod. proc. amm., dispone che qualora l'annullamento del provvedimento impugnato non risulti più utile per il ricorrente, il giudice può accertare comunque l'illegittimità qualora sia utile ai fini risarcitori, in quanto elemento oggettivo della eventuale responsabilità dell'Amministrazione; l'azione avverso il silenzio con conseguente accertamento l'obbligo di provvedere; l'azione di nullità e relativo accertamento della patologia prodottasi *ab origine* con l'adozione del provvedimento impugnato; la sentenza di merito dichiarativa della cessazione della materia del contendere e, infine, la sentenza dichiarativa della nullità degli atti adottati in violazione od elusione del giudicato.

Sebbene l'intenzione del Legislatore di realizzare una modifica dell'impianto codicistico sia stata efficacemente perseguita mediante la positivizzazione di varie azioni processuali, non è stata contemplata la possibilità di proporre al giudice un accertamento autonomo della fattispecie nonostante una siffatta proposta normativa fosse presente nella bozza dell'art.

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 (...); 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, (...) Poiché l'adozione della condanna implica la definizione dell'intero rapporto sostanziale, il giudice incontrerà gli stessi limiti già sopra sottolineati: soltanto quando si tratti di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di discrezionalità, il Giudice potrà spingersi alla verifica dell'esistenza in concreto dei presupposti e requisiti vincolati in presenza dei quali il ricorrente può ottenere il provvedimento richiesto".

38 cod. proc. amm.¹¹⁶

La mancanza di un'espressa previsione legislativa alimenta la questione dell'ammissibilità di tale azione, la quale può dirsi non giunta ancora a una soluzione pienamente condivisa.

Tra le argomentazioni utilizzate a sostegno dell'orientamento negazionistico, vi è il principio di tipicità delle azioni e la conseguente impossibilità di ritenere ammissibile uno strumento processuale in assenza di una specifica previsione normativa¹¹⁷.

In tal senso, si sostiene che l'introduzione specifica di alcune ipotesi di azioni di accertamento in luogo di una statuizione generale, eliminata in sede di lavori preparatori, sia confermativa della *voluntas legis* di escluderne l'ammissibilità¹¹⁸.

Sotto altro aspetto, viene rivalutata la sussistenza di un rapporto non paritetico, ma di supremazia/soggezione tra le parti cosicché non spetta al giudice risolvere il conflitto di interessi dettando la regola puntuale nel caso concreto, bensì al soggetto (l'Amministrazione) titolare del potere sull'altro soggetto (amministrato)¹¹⁹.

Occorre rimarcare che l'impostazione sommariamente delineata discende dalla visione originaria del processo amministrativo quale giudizio sull'atto, secondo il modello demolitorio, e dalla ritenuta tipicità delle azioni utilizzabili

¹¹⁶ L'originario art. 38 della bozza del codice del processo amministrativo 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*”. Sulla formazione del codice vd. R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011, 32 ss.

¹¹⁷ A. TRAVI, *Tipologia delle azioni nel processo amministrativo*, in *Gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Giuffrè, Milano, 2011, 87.

¹¹⁸ Cons. St., sez. IV, (ord.), 21 maggio 2004, n. 3355, nel rimettere all'Adunanza Plenaria la questione relativa all'ammissibilità dell'azione di adempimento, ha espressamente affermato che “*quando il Legislatore ha voluto configurare la possibilità da parte del giudice amministrativo di ordinare un facere all'amministrazione lo ha fatto espressamente*”.

¹¹⁹ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 17 febbraio 2017; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 22 marzo 2017, n. 3761; T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 16 dicembre 2016, n. 380; T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, 17 settembre 2015, n. 741.

per tutelare gli interessi legittimi. In virtù della quale sono da considerarsi eccezionali le singole disposizioni che permettono al privato di esperire la tutela giurisdizionale al di fuori dei casi in cui il giudice valuti l'atto in sé, ma, piuttosto, l'esercizio della funzione amministrativa nel suo complesso, quelle che riconoscono l'azione avverso il silenzio o le singole ipotesi di azioni di accertamento.

Si ritiene maggiormente convincente, per contro, la prospettiva evolutiva secondo la quale il processo, in specie a seguito dell'adozione del codice del processo amministrativo, non ha più come oggetto il mero atto impugnato. Invero, l'aumento del ventaglio di azioni disponibili in capo al privato con l'introduzione del codice del processo amministrativo, ha confermato una linea di tendenza che veniva già seguita dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ed è quella di non fermarsi all'originario inquadramento del processo come strumento di tutela giurisdizionale della ormai vecchia concezione di rapporto pubblico.

Come già osservato, la relazione tra Amministrazione e cittadino si è modificata nel tempo e si è diretta sempre più verso l'eliminazione del disequilibrio di posizioni che l'aveva tradizionalmente caratterizzata, per giungere a una posizione di tendenziale parità, salva la prevalenza dell'interesse pubblico rispetto a quello privato nel singolo caso specifico. Tale superiorità di interessi non si pone più come un dato acquisito in virtù della natura pubblica dell'ente, ma passa attraverso la ricerca di proporzionalità, di ragionevolezza e, quindi, di giustizia sostanziale.

Siffatta evoluzione ha comportato la ricerca dell'effettività della tutela, la quale dev'essere interpretata quale principio ispiratore e filo conduttore dell'individuazione dei contorni e dei confini del sistema di giustizia amministrativa; per questi motivi, l'art. 113 Cost. non può risultare assente nella valutazione in ordine all'ammissibilità delle azioni di accertamento atipico¹²⁰.

¹²⁰ Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717; Cons. St., sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139.

Dall'applicazione dell'imperativo costituzionale deriva che la pienezza della tutela debba essere considerata espressione di un principio generale valevole per tutti gli interessi tutelati dall'ordinamento a prescindere dal fatto che il soggetto nei cui confronti si fa valere la pretesa sia un soggetto pubblico o privato e che le situazioni giuridiche soggettive siano classificabili come diritti soggettivi e interessi legittimi.

Tale interpretazione è coerente con il dettato delle disposizioni considerate fondamenti giuridici del principio di effettività della tutela, artt. 24, 111, 113 Cost., e con l'orientamento granitico della Corte costituzionale, il quale deve rappresentare il "criterio guida" per ricostruire e interpretare le norme ordinarie sul processo amministrativo e sulle azioni ammissibili¹²¹.

Si ritiene utile precisare che l'equivalenza della tutela tra situazioni giuridiche soggettive non è esclusa dalla presenza di un soggetto pubblico che persegue un interesse pubblico. In particolare, tutelare la pretesa non si traduce nell'esigenza di soddisfarla in ogni frangente e ciò permette di escludere che l'indubbia superiorità astratta dell'interesse pubblico possa frapporsi come ostacolo alla sua concreta attuazione. Ne consegue che la presenza di un interesse della collettività da perseguire con l'azione amministrativa non esclude la necessità di dare attuazione al principio di effettività della tutela del privato, posto che l'applicazione non porta con sé l'attribuzione del bene della vita al privato. Pertanto, non può escludersi la possibilità che l'effettività si espliciti in ogni sua forma a prescindere dal fatto che la situazione protetta sia un diritto soggettivo o interesse legittimo.

La doverosità della predetta equivalenza della tutela tra situazioni giuridiche soggettive comporta l'impossibilità di ancorarsi alla tipicità degli strumenti processuali per negare la medesima tutela tra diritto e interesse. E invero, in relazione alla tutela del diritto soggettivo, l'ammissibilità dell'azione di accertamento autonomo nel processo civile è dedotta dalla natura stessa del potere giurisdizionale, poiché non potrebbe sussistere un utile intervento del

¹²¹ M. CLARICH, *Tipicità*, cit.

giudice se egli non potesse valutare il rapporto giuridico sotteso. Ma se così è, non si vede per quale ragione le stesse considerazioni non possano valere anche per la giurisdizione amministrativa, dando per assunta l'infondatezza della sufficienza del richiamo alla sussistenza dell'interesse pubblico per differenziare le tutele giurisdizionali.

Peraltro, giova richiamare il dirimente rinvio dell'art. 39 cod. proc. amm alle disposizioni del codice di procedura civile per quanto compatibili o espressione di principi generali. Sul punto, pur non condividendo la natura generale dell'azione di accertamento autonomo, derivante dalla natura stessa della giurisdizione, non può negarsi l'ammissibilità dell'azione nel processo amministrativo, data la codificazione di ipotesi tipiche di accertamenti.

Inoltre, in virtù di un tradizionale insegnamento, occorre evidenziare 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”*¹²².

Sotto quest'ottica, l'ammissibilità di un'azione di accertamento prescinde dalla necessità di espressa previsione poiché, in virtù dell'effettività della tutela, la stessa nozione di azione dovrebbe considerarsi atipica. Pertanto, al Legislatore ordinario dovrebbe essere preclusa la limitazione a monte dell'esperimento di azioni mediante l'applicazione del principio di tipicità e dovrebbe spostarsi l'asse della verifica dal soggetto legiferante al soggetto giurisdizionale, il quale dovrà valutare se la tutela alla pretesa fatta valere è assicurata dall'ordinamento nel suo complesso¹²³.

Sul punto si richiama l'autorevole dottrina secondo la quale l'incertezza giuridica, pur non manifestando la violazione di alcun diritto soggettivo, rappresenta comunque una forma di non attuazione della legge. La funzione giurisdizionale di mero accertamento interverrebbe quindi per garantire

¹²² A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto – Per una giustizia non amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2005, 54.

¹²³ La soluzione mostra assonanze con l'articolato di un nuovo codice di procedura civile di A. PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, 1 ss.

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”*.

La tutela di mero accertamento si presenta dunque quale forma di attuazione della legge stessa e nella specie si ritiene che faccia parte *“dell'attuazione della volontà della legge anche la sua semplice affermazione come volontà certa nel caso concreto, quando essa è incerta”*¹²⁴.

D'altronde, ritenere ammissibile l'azione di accertamento solo nel sistema processual-civilistico, comporterebbe creare un evidente squilibrio tra tutele dei diritti soggettivi ed interessi legittimi, in totale spregio degli imperativi costituzionali e sovranazionali ribaditi dalla Corte costituzionale.

Pertanto, alla luce della rinnovata visione del rapporto pubblico, del mutamento dell'oggetto del processo, della presenza di ulteriori azioni di accertamento nel codice del processo amministrativo e del rinvio esterno al codice di procedura civile operato dall'art. 39 cod. proc. amm., ma soprattutto in considerazione delle necessità di una tutela giurisdizionale effettiva, può concludersi per l'ammissibilità di azioni atipiche di accertamento autonomo nonostante la mancata espressa previsione positiva¹²⁵.

¹²⁴ G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, I, 81; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1957, I, 23, il quale nei *Principi del diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1923, 177, specifica: *“Non occorre solo che il diritto sia soddisfatto dall'obbligato, ma anche che sia certo come diritto nella società”*.

¹²⁵ Per F. MERUSI, *Giurisdizione e amministrazione: ancora separazione dopo il codice sul processo?*, in *www.giustamm.it*, 2010, 10, *“dal punto di vista funzionale la giurisdizione amministrativa deve assicurare una tutela piena ed effettiva del ricorrente, il che significa trasformazione dell'interesse legittimo nella pretesa di piena soddisfazione di una aspettativa legittima nei confronti della pubblica amministrazione (la tutela piena ed effettiva delle aspettative conseguenti al rapporto instaurato o instaurando dal ricorrente con la pubblica amministrazione). Ne derivano, sotto il profilo dell'azione processuale o del contenuto delle possibili sentenze, le conseguenze in precedenza delineate a proposito della recezione della direttiva sugli istituti di pagamento. Azioni, e conseguenti sentenze, demolitorie del provvedimento amministrativo eventualmente illegittimo, ma accompagnate dall'accertamento costitutivo della legittima disciplina del rapporto; azioni e sentenze di mero accertamento dell'esistenza o della non esistenza di un rapporto; azioni e sentenze soddisfattive della pretesa, come nel caso della pretesa del rilascio dell'autorizzazione esemplificato a proposito delle autorizzazioni ad istituti di pagamento”*.

2.1. Accertamento autonomo e pretese tutelabili.

A seguito dell'accoglimento da parte della giurisprudenza della tesi favorevole alla possibilità per il privato di agire al fine di ottenere l'accertamento autonomo, la problematica si è concentrata sugli ambiti di ammissibilità di tale azione e in particolare quando, nell'ambito del rapporto pubblico, sussistano i requisiti sostanziali.

Gli elementi costitutivi dell'azione di accertamento sono stati elaborati mediante un'utilizzazione dell'esperienza processual-civilistica, laddove l'ammissibilità dell'azione non è mai stata messa in discussione. In primo luogo, si ritiene che vi sia la sussistenza di una *res dubia* qualora si presenti un'incertezza definita quale “*un atto o fatto esteriore obbiettivo tale da rendere incerta la volontà concreta della legge alla mente di una persona normale*” tale da produrre un danno ingiusto a determinati soggetti, non altrimenti evitabile o riparabile se non con l'accertamento giurisdizionale vincolante “*indipendentemente dall'effettiva realizzazione, dalla condanna, dall'esecuzione forzata*”¹²⁶.

In virtù delle regole generali, il secondo elemento è costituito dalla titolarità dell'interesse a ricorrere, ossia la possibilità di conseguimento di un'utilità pratica che il privato aspira ad ottenere mediante l'instaurazione del processo¹²⁷.

Quest'ultima categoria, calata all'interno del rapporto pubblico, si declina nell'interesse a sciogliere il dubbio e a conoscere la disciplina giuridica applicabile al proprio rapporto nelle ipotesi complesse caratterizzate

¹²⁶ G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 196. Per l'Autore lo stato di 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*”; ID., *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, 1, 25 ss.

¹²⁷ Per Cons. St., sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002, “*In definitiva, il principio dell'interesse a ricorrere di cui all'art. 110 c.p.c., operante in virtù del rinvio esterno recato dall'art. 39 del codice del processo amministrativo, funziona non soltanto come presupposto processuale dell'azione di annullamento e di condanna ma, ai sensi dell'art. 24 Cost., come fattore di legittimazione generale ad agire, che abilita il soggetto all'azione di mero accertamento*”.

dall'incertezza; è quindi l'interesse a eliminare l'incertezza giuridica che si ripercuote nel rapporto tra ricorrente e l'Amministrazione¹²⁸.

In particolare, lo stato di incertezza oggettiva, non essendo necessario che preesista al processo, verte sulla portata degli obblighi scaturenti dal rapporto giuridico tra le parti e non è superabile se non con l'intervento del giudice¹²⁹.

L'ipotesi più discussa di azione atipica di accertamento riconosciuta dalla giurisprudenza amministrativa, è costituita dall'azione del terzo a seguito di presentazione di una Dichiarazione di inizio attività. Sul punto, l'Adunanza Plenaria n. 15 del 2011, riconoscendo l'insussistenza di un riscontro di una precisa *voluntas legis* nella sola mancata previsione espressa dell'azione di accertamento nell'impianto codicistico, ha ritenuto ammissibile l'azione proposta dal terzo volta ad accertare la presenza dei presupposti di esercizio dei poteri dell'Amministrazione a valle dell'atto del privato¹³⁰.

¹²⁸ F. CARINGELLA, *Architettura*, cit.

¹²⁹ Cass. civ., sez. lav., 21 febbraio 2008, n. 449; Id., 4 luglio 2008, n. 18501.

¹³⁰ Per l'Adunanza Plenaria, sentenza del 29 luglio 2011 n. 15, *“Nell’ambito di un quadro 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. 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 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*

La soluzione è stata tuttavia successivamente smentita dal d.l. 13 agosto 2011, il quale, inserendo nel corpo dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990 il comma 6-ter, ha previsto la possibilità per il terzo di esperire solo l'azione avverso il silenzio, creando così quella rottura del rapporto tra giurisprudenza e Legislatore volto all'aumento dello standard di effettività della tutela¹³¹.

Le considerazioni della Plenaria sono tuttavia sopravvissute e costituiscono insegnamento attuale per individuare l'ambito di applicazione dell'accertamento mero al di fuori dell'ipotesi oggetto della controversia decisa.

Il dirimente rilievo del Supremo Consesso è stato quello fondato sul fatto che qualora l'accertamento autonomo risulti indispensabile per l'ottenimento di una tutela di interessi giuridicamente protetti, negarlo comporterebbe un insopportabile *vulnus* al principio di effettività della tutela, prevalente e contrario al principio di tipicità delle azioni. In particolare, qualora le azioni espressamente previste non siano sufficienti o adeguate alla tutela dell'interesse del privato, si verifica una lacuna nella disciplina positiva applicativa della Carta Fondamentale, la quale risulta colmabile mediante un'applicazione diretta del principio costituzionale di cui all'art. 113, dando ingresso all'azione di accertamento autonoma.

Nonostante l'ammissibilità in astratto dell'azione in esame, è sentita l'esigenza che il suo esperimento non si trasformi in uno strumento di elusione del termine decadenziale predisposto per l'impugnazione dei provvedimenti a garanzia del costituzionale principio di certezza del diritto e, quindi, del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., di cui costituisce corollario¹³².

Ciò comporta che laddove vi sia la possibilità di impugnare il

comunitarie richiamate dallo stesso art 1 del codice oltre che dai criteri di delega di cui all'art. 44 della legge n. 69/2009".

¹³¹ R. GIOVAGNOLI, *Effettività*, cit.

¹³² T.A.R. Sardegna, sez. II, 1 marzo 2016, n. 195, secondo il quale "(...) anche ove si volesse negare all'atto di cui si parla un'autonoma capacità lesiva, la domanda proposta dalla ricorrente sarebbe, comunque, ammissibile quale di "azione di accertamento", che la giurisprudenza considera ormai pacificamente ammissibile (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3) purché essa non si risolva nell'elusione degli ordinari termini di impugnazione (...) e purché riguardi un potere amministrativo già esercitato"; T.A.R. Toscana, sez. III, 8 maggio 2015, n. 760; ID., 29 maggio 2014, n. 899.

provvedimento da cui scaturisce la lesione, al privato non può essere permesso di ottenere un giudicato favorevole alla propria sfera giuridica mediante l'esperimento vittorioso di un'azione di accertamento autonomo a seguito del decorso del termine decadenziale, posto che il rapporto con l'Autorità è già regolato da un atto divenuto ormai inoppugnabile e, quindi, irrimediabilmente stabile.

Inoltre, l'interesse alla rimozione della *res dubia* è pienamente tutelabile solo laddove vi sia una lesione potenziale della sfera giuridica del ricorrente e dev'essere di conseguenza esclusa qualora la tutela giurisdizionale si risolva in uno strumento volto a soddisfare mere finalità esplorative o ricognitive dell'agire amministrativo, decretando una deformazione dell'azione processuale. Se così non fosse, si chiederebbe al giudice di svolgere attività esulanti la tutela giurisdizionale, ma consistenti in mere indagini volte all'individuazione di presunte illegittimità dell'azione amministrativa, presenti o future, non rilevanti per il ricorrente, svilendo così la stessa funzione di giurisdizione soggettiva¹³³.

Tali condivisibili esigenze sono dettate dalla doverosità dell'applicazione di altri principi e valori costituzionalmente tutelati, quali la certezza del diritto e la separazione dei poteri dello Stato, i quali non possono che essere applicati dal giudice nella fattispecie concreta. Tuttavia, tali principi devono fare i conti e bilanciarsi con l'imperativo dell'effettività della tutela giurisdizionale e non possono risolversi nella sua limitazione sostanziale mediante una restrizione dell'ambito di applicazione dell'azione di accertamento autonomo laddove il ricorrente, in quella data situazione concreta, non potendo esperire altra azione, necessita di un accertamento giurisdizionale della vicenda giuridico-fattuale di cui è protagonista.

Ne deriva che, ferma restando l'esigenza di certezza del diritto sottesa alla previsione di un termine decadenziale delle azioni, non può comunque

¹³³ T.A.R., Trieste, Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 9 gennaio 2015, n. 13 secondo il quale “*Il nostro ordinamento non conosce un'azione di accertamento della legittimità degli atti amministrativi*”.

considerarsi ostativo all'ammissibilità dell'azione di accertamento la sola adozione di un provvedimento amministrativo non impugnato entro detto termine senza che ci sia stata un'attenta valutazione della fattispecie concreta, e quindi delle condizioni specifiche in cui si dispiega l'interesse vantato dal ricorrente. Di conseguenza, l'affermazione secondo la quale il mero decorso del tempo a seguito dell'esercizio dell'attività amministrativa precluda in radice l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo non può essere accolta qualora l'interesse del ricorrente non sia attuale nella vigenza del termine decadenziale.

Inoltre, il ricorrente potrebbe avere interesse solo a conoscere la disciplina giuridica applicabile al proprio rapporto nei casi incerti e tale risultato è ottenibile in modo certo solo con l'intervento del giudice, quale soggetto terzo e *super partes*.

Si pensi al caso in cui il privato abbia interesse all'individuazione della disciplina applicabile alle proprie istanze e, in particolare, se rientrino nelle eccezioni previste dall'art. 20 della legge n. 241 del 1990, oppure ricadano nella disciplina generale del silenzio assenso. In questa ipotesi sussiste l'interesse a ricorrere poiché l'incertezza crea una lesione derivante dalla non conoscenza della disciplina delle attività di particolare rilievo economico; in specie appare di tutta evidenza che il privato consapevole può curar meglio i propri affari e quindi esercitare in modo maggiormente efficiente il diritto di iniziativa economica. Non è infatti un caso che le pronunce che per prime hanno ammesso l'azione di accertamento autonomo siano proprio quelle in materia di silenzio assenso.

Occorre precisare che il fatto che il termine di conclusione del procedimento non sia ancora decorso non osta all'ammissibilità dell'azione di accertamento dato che la scadenza costituisce una condizione dell'azione che deve sussistere al momento della decisione e non anche al momento della proposizione del ricorso. Il privato potrà così esperire l'azione di accertamento anche laddove il termine sia *in fieri* e l'Amministrazione non si sia ancora

espressa; mentre il giudice, prima di adottare la sentenza di merito, dovrà verificare se l'ostacolo alla sua adozione, costituito dall'art. 34, comma 2, cod. proc. amm., sia venuto meno nel corso del processo¹³⁴.

Detto ciò, in sintesi, ciò che risulta necessario per concludere circa l'ammissibilità nel caso concreto dell'azione di accertamento mero è che il giudice valuti caso per caso non cosa il privato potesse fare per evitare l'incertezza, ma la sussistenza dell'attualità della *res dubia* nella fattispecie sottoposta all'analisi giudiziale e dell'esigenza di risolverla per tutelare interessi giuridicamente protetti.

Si condivide quindi l'autorevole dottrina secondo la quale *"appare verosimile, dunque, che dietro a molte questioni giuridiche si possano scorgere ideologie che continuano ad amplificare le guarentigie a favore dell'amministrazione e che mal si conciliano con l'idea di effettività della giustizia amministrativa"* e che l'opportunità vorrebbe *"fornire profondità agli strumenti processuali, verificando se, alla luce del principio di effettività, le azioni del processo amministrativo possano connotarsi di nuovi e più profondi contenuti, acquisendo così una tridimensionalità necessaria a far sì che l'azione, oltre a poter essere azionata, lo sia nella maniera più proficua"*¹³⁵.

2.2. Dall'atipicità delle azioni all'atipicità dei contenuti delle sentenze: la modulazione degli effetti della pronuncia di annullamento.

Come già osservato, la tipizzazione di nuove azioni non conosciute dall'originario impianto processuale, quali le azioni di nullità, di risarcimento,

¹³⁴ Posizione assunta dalla stessa Adunanza Plenaria n. 15 del 2011 seppur in relazione alla differente fattispecie della d.i.a., ma estendibile anche ad altre fattispecie in quanto costituente fulcro di principi generali in materia di esercizio dell'azione nel processo amministrativo. Sulle modifiche che hanno portato alla soppressione della d.i.a. e all'introduzione della segnalazione certificata di inizio attività si rinvia a A. POLICE, *Diritto amministrativo*, di F.G. COCA (a cura di), Torino, Giappichelli, 2017.

¹³⁵ F.G. COCA, *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1937.

di condanna pubblicistica e avverso il silenzio, ha contribuito a ritenere che la *voluntas legis* fosse diretta alla creazione di un modello di tutela giurisdizionale fondato sulla valutazione della situazione giuridica sostanziale vantata dal ricorrente.

Tuttavia, anche l'azione di annullamento, considerata ancora "*regina*"¹³⁶ della giurisdizione amministrativa, ha conosciuto ventate di novità. Tra queste si annoverano tutte le ipotesi in cui alla rilevata illegittimità del provvedimento non segua la pronuncia di annullamento giacché la caducazione non risulta più utile al ricorrente alla luce dell'analisi delle circostanze giuridico-fattuali presenti nel caso concreto.

In particolare, l'art. 21 *octies* della legge n. 241 del 1990, laddove prevede l'impossibilità per il giudice di annullare il provvedimento illegittimo qualora il contenuto non potrebbe essere diverso; l'art. 34, comma 3, cod. proc. amm., disciplinante l'accertamento non costitutivo dell'illegittimità del provvedimento a fini risarcitori; gli artt. 121, 122 cod. proc. amm., relativi al potere modulatorio del giudice amministrativo in materia contrattuale a seguito dell'annullamento degli atti di gara. Inoltre, altre ipotesi sono rinvenibili nella disciplina settoriale, in specie nell'art. 78, comma 4, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, il quale individua dei limiti all'esercizio del potere demolitorio in virtù del principio di conservazione degli atti amministrativi, e nell'art. 95 comma 3 del d.lgs. 180 del 2015, in quanto prevede il potere giudiziale di lasciare impregiudicati gli atti amministrativi adottati o i negozi posti in essere dalla Banca d'Italia qualora risulti necessario per tutelare gli interessi dei terzi in buona fede¹³⁷.

Tutti i casi indicati sono riconducibili al filone di pensiero dottrinario e

¹³⁶ M. CLARICH, *Le azioni*, cit.

¹³⁷ Su quest'ultima ipotesi, si segnala l'opinione di A. MAGLIARI, *L'attuazione della direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi nell'ordinamento italiano: profili pubblicistici*, in M.P. CHITI - V. SANTORO (a cura di) *L'unione bancaria europea*, Pisa, Pacini Editore, 2016, 383 ss., secondo il quale "*la disposizione sembra, pertanto, adombrare un'ulteriore ipotesi normativa di "non annullabilità" di un atto illegittimo, giustificata dall'esigenza di tutelare i terzi dai pregiudizi derivanti dal travolgimento degli atti basati sul provvedimento di cui si accerta l'illegittimità*".

giurisprudenziale che trova fondamento nella qualificazione del processo amministrativo quale strumento di giurisdizione soggettiva in quanto disinteressato al mero ripristino della legalità violata, ma attento alla tutela degli interessi del ricorrente e, più in particolare, incentrato sulla verifica non più sull'atto in sé, ma sul rapporto giuridico tra privato e Autorità.

Siffatto approccio permette di ritenere che l'annullamento del provvedimento non sia più da inquadrare quale conseguenza indefettibile dell'accertamento della patologia, ma debba risultare esito dell'intervento giudiziale solo qualora la caducazione sia compatibile con l'effettività della tutela del ricorrente.

Sullo sfondo della rinnovata concezione dell'oggetto del processo, tra le questioni inerenti i nuovi connotati dell'azione di annullamento, si colloca anche la problematica circa la non sopita questione circa la sussistenza di un potere giudiziale di modulazione degli effetti temporali della caducazione del provvedimento.

La questione ha riguardo a ogni tipo di annullamento del provvedimento amministrativo, giurisdizionale o in autotutela, sebbene possa individuarsi qualche tratto differenziale che verrà illustrato nel prosieguo della trattazione.

La tematica risulta attuale e non risolta dal Legislatore, il quale si mostra insistentemente silente sul punto, nonostante i plurimi ritocchi alla disciplina dell'invalidità, quali, tra tutti, l'introduzione dell'art. 21 *octies*, e i recenti interventi in materia di autoannullamento avvenuti con la modifica dell'art. 21 *nonies* della legge sul procedimento operata dalla legge n. 124 del 2015.

La possibilità di modulare gli effetti della pronuncia di annullamento si lega alla già illustrata concezione sostanziale dell'interesse legittimo e all'affermazione della natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, in uno al principio di effettività della tutela, i quali hanno portato a riconoscere l'ammissibilità di azioni atipiche, dapprima l'azione di condanna pubblicistica, quando non espressamente positivizzata, e l'azione di accertamento autonomo.

In particolare, è sempre nell'ottica del perseguimento dell'atipicità quale

declinazione del principio di effettività della tutela, che si è proposto di rivedere la tradizionale impostazione secondo la quale la pronuncia di annullamento possa produrre solo effetti *ex tunc* e non anche *ex nunc* qualora sia maggiormente utile per il ricorrente, sostenendo che nel nostro ordinamento sia valevole non solo l'atipicità del novero delle azioni esperibili, ma anche del contenuto delle sentenze pronunciate a seguito dell'esperienza di domande espressamente positivizzate o comunque ritenute ammissibili¹³⁸.

L'interpretazione è stata inaugurata dalla nota sentenza della quarta sezione del Consiglio di Stato del 10 maggio 2011, n. 2755, la quale ha annullato il provvedimento illegittimo salvando nello stesso tempo gli effetti *medio tempore* prodotti¹³⁹.

In questo modo, la sentenza pronunciata ha prodotto effetti conformativi, ma non immediatamente caducatori, dato che il provvedimento, sebbene illegittimo, non è stato immediatamente eliminato dal mondo giuridico, ma ha continuato a interagire con esso mediante la produzione di effetti¹⁴⁰

¹³⁸ Per F. CARINGELLA, *L'annullamento a geometrie variabili nella più recente giurisprudenza amministrativa*, in *Giur. it.*, 2012, 10, 2177, "Si deve peraltro soggiungere che l'atipicità non riguarda solo il novero delle azioni proponibili (cd. Atipicità astratta, nel senso che le domande in astratto proponibili non sono un *numerus clausus*) ma anche il contenuto delle decisioni adottabili anche con riferimento alle azioni tipizzate dal Legislatore (cd. Atipicità concreta, nel senso che la portata dell'effetto della pronuncia va sempre sincronizzata con i cromosomi del caso concreto in guisa da realizzare una sintesi armonica tra l'utilità del ricorrente da un lato e, dall'altro, la sfera giuridica dell'amministrazione resistente e dei controinteressati)".

¹³⁹ Cons. Stato, sentenza 10 maggio 2011, n. 2755, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 2, 427, con nota di C. FELIZIANI, *Oltre le colonne d'Ercole. Può il giudice amministrativo non annullare un provvedimento illegittimo?*. Vi erano già stati dei precedenti nella giurisprudenza amministrativa, ai quali tuttavia non è stata attribuita medesima portata innovativa. In particolare, vd. Cons. Stato, 9 marzo 2011, n. 1488, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 952, in cui il Supremo Consesso non ha attribuito al ricorrente una pretesa creditizia avente ad oggetto emolumenti arretrati non percepiti per effetto del provvedimento di destituzione annullato dalla medesima sentenza. Per un'analisi dei precedenti vd. C. E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, 260.

¹⁴⁰ Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello proposto da un'associazione ambientalista in ordine alla legittimità di un atto amministrativo generale, un piano faunistico venatorio regionale, rilevando la mancata attivazione del procedimento di valutazione ambientale strategica (V.A.S.). I giudici di Palazzo Spada non hanno comunque fatto discendere dalla pronuncia di annullamento i suoi effetti tradizionali. Hanno infatti statuito la perduranza degli effetti del provvedimento dichiarato illegittimo fino all'adozione di un nuovo strumento urbanistico, assegnando un termine alla Regione per la sua adozione, previa acquisizione della

La soluzione non è condivisa dalla dottrina unanime e sono state sollevate critiche sul pregio di tale costruzione nonché sulla sua compatibilità con i principi processuali in materia di giurisdizione amministrativa¹⁴¹.

In primo luogo, è stato sostenuto il contrasto con il principio di legalità nella materia di annullamento degli atti amministrativi che, secondo tale approccio, sarebbe rinvenibile nell'art. 113 Cost., laddove 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”*.

Secondo questa prima obiezione, per poter ritenere ammissibile un potere di modulazione degli effetti temporali della pronuncia di annullamento, sarebbe necessaria l'espressa previsione legislativa autorizzatoria, in quanto il

valutazione di impatto ambientale.

¹⁴¹ A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e “non annullamento” dell'atto illegittimo*, in *Urb. e app.*, 2011, 8, 936; M. MACCHIA, *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, *Gior. dir. amm.*, 2011, 12, 1310; C. E. GALLO, *I poteri*, cit., 260, secondo il quale *“l'effetto retroattivo della sentenza di annullamento è, dal punto di vista giuridico, conseguenza, da un lato, del carattere costitutivo della sentenza di annullamento, che elimina dal mondo del diritto il provvedimento così come era e perciò con la sua efficacia originaria e, dall'altro, della illegittimità originaria del provvedimento amministrativo che viene normalmente riscontrata; se il provvedimento amministrativo è sin dall'origine, illegittimo, e per ciò da quando è divenuto efficace, la sentenza del giudice, che ne accerta l'illegittimità e per questo l'annulla, non può che avere effetto retroattivo (...) al giudice non è consentito di disporre degli effetti dell'annullamento in via interpretativa, poiché gli effetti dell'annullamento sono una conseguenza necessitata della illegittimità riscontrata”*; E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 439; M. FORNACIARI, *Ultimissime dal Consiglio di Stato: l'annullamento ... che non annulla!*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, 1662 ss.; A. GIUSTI, *La “nuova” sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, 293; L. BERTONAZZI, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3, 1128; F.G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. Giur.*, 2011, 7, 989; R. VILLATA, *Ancora “spigolature” sul nuovo processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4, 1516; G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1999, 162; V. CERULLI IRELLI, *Corso*, cit. B. CAVALLO, *Atti*, cit. 372. Si rileva che, sul punto, si è recentemente espressa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, rigettando apertamente la tesi della modulazione e sostenendo che, in particolare, *“Al massimo, il giudice può non già “modulare” la forma di tutela sostituendola a quella richiesta, ma determinare, in relazione ai motivi sollevati e riscontrati e all'interesse del ricorrente, la portata dell'annullamento, con formule ben note alla prassi giurisprudenziale, come l'annullamento parziale, <<nella parte in cui prevede>> o <<non prevede>>, oppure <<nei limiti di interesse del ricorrente>> e così via. Se poi la domanda di annullamento, con il suo effetto tipico di eliminazione dell'atto impugnato dal mondo giuridico non dovesse soddisfare l'interesse del ricorrente e anzi dovesse lederlo (in realtà l'ordinanza di rimessione riconosce che non si verte in tale ipotesi), la pronuncia del giudice non potrebbe che essere di accertamento, ma nell'altro senso, cioè della sopravvenuta carenza di interesse del ricorrente che aveva proposto domanda di annullamento”*.

fondamento giuridico non sarebbe ricavabile dalla versatile interpretazione dei principi generali, anche se costituzionali, quale l'effettività della tutela.

Si è inoltre sostenuta l'incompatibilità del potere di modulazione temporale con il principio di tipicità delle azioni, il quale, anche tacciandolo come superato in merito alla tematica relativa all'ammissibilità di azioni espressamente non previste, governa la disciplina degli strumenti processuali puntualmente regolati dal Legislatore, qual è, appunto, la sentenza di annullamento.

In aggiunta, si ritiene che la valutazione giudiziale finalizzata a verificare nel caso concreto l'opportunità della modulazione degli effetti comporti una comparazione di interessi in gioco che si sostanzia in un'attività esulante dalla funzione giurisdizionale, unica legittimamente esercitabile dal giudice, in quanto riconducibile all'esercizio di poteri esecutivi. Inoltre, tale attività comporterebbe un non auspicato ritorno a un sistema di giurisdizione oggettiva posto che l'interesse dell'Amministrazione, in quanto parte in causa, dovrebbe rilevare nel bilanciamento condotto dall'organo giudicante.

Infine, si sostiene che la modulazione temporale costituisca una violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, dal momento che il ricorrente agisce per ottenere una caducazione che di fatto non ottiene, poiché per tale deve intendersi solo una pronuncia costitutiva ed eliminativa degli effetti giuridici e materiali prodotti dall'atto illegittimo, la quale, invece, si ritiene che non si concretizzi qualora all'annullamento non corrispondano conseguenze immediate sull'efficacia del provvedimento¹⁴².

¹⁴² In particolare, R. DIPACE, *L'annullamento*, cit., 1273, "Oltre a contrastare con la caratterizzazione in chiave soggettiva della giurisdizione amministrativa, la modulazione degli effetti dell'annullamento da parte del giudice contrasta con uno dei principi fondamentali del giudizio amministrativo, ossia con il principio della domanda. Il giudice deve annullare su apposita domanda del ricorrente formulata sulla base di specifiche doglianze dedotte con il ricorso, rispettando il principio della necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato. In tal modo esso resta vincolato ai motivi di ricorso fatti valere dalla parte. L'accertamento dell'illegittimità d'ufficio da parte del giudice è inconcepibile e proprio in quest'ottica il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato opera in termini tradizionali. (...) Il codice ha fornito nuovi poteri in relazione all'ampliamento delle azioni proponibili, poteri che in alcuni casi sono caratterizzati da elasticità e duttilità, ma tale elasticità e duttilità deve essere utilizzata sempre nel rispetto dei presupposti previsti dalla legge L'elasticità del potere

Secondo altro orientamento, che qui pienamente si accoglie, la totale negazione della compatibilità del potere giudiziale di modulazione degli effetti della pronuncia di annullamento con i principi in materia processuale indicati, ossia il principio di legalità delle pronunce, di effettività della tutela giurisdizionale e di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, non colga nel segno¹⁴³.

In primo luogo, non si rinviene una violazione del principio di legalità in materia processuale in virtù del dirimente rilievo secondo il quale non esiste nessuna norma esplicita sulla doverosità degli effetti retroattivi della pronuncia di annullamento, a dispetto della previsione del principio di effettività della tutela, il quale dovrebbe invece orientare le scelte dell'interprete in mancanza di espresse indicazioni normative.

Peraltro, la mancanza di una norma espressa porta con sé la sicura consapevolezza che il giudice non sia vincolato a un'espressa volontà legislativa di modulare gli effetti della sentenza e il fondamento giuridico della

del giudice non può dipendere dalla sua mera iniziativa, bensì deve consentire allo stesso, in virtù di apposite previsioni legislative, di rispondere in maniera adeguata alle domande della parte che reclama giustizia". Sul punto, si segnala l'opinione espressa da G. CLEMENTE DI SAN LUCA, Lezioni, cit., 214, "...è vero che l'art. 34, C.P.A., non vieta al giudice una valutazione discrezionale sul momento a partire dal quale far decorrere gli effetti dell'annullamento; ed è vero altrettanto che l'art. 21-nonies, L. 241/1990, consente alla P.A. di scegliere da quale momento l'annullamento d'ufficio inizi a produrre i suoi effetti. Epperò, ciò non pare sufficiente per consentire di superare due fondamentali principi generali: sul piano del diritto sostanziale, quello della fisiologica retroattività della caducazione di un atto ab origine illegittimo; sul piano del diritto processuale, quello della corrispondenza fra chiesto e pronunciato. Se ne consegue che, laddove non sia nell'evidente interesse del ricorrente (e dunque anche a prescindere dal fatto che questi lo chieda espressamente), non pare ammissibile concludere che al G.A. sia consentito di decidere (in qualche modo 'arbitrariamente') il momento dal quale dovranno decorrere gli effetti dell'annullamento: fatte salve, perciò, le ipotesi in cui, al solo scopo di non pregiudicare ulteriormente l'interesse sostanziale del ricorrente, il principio della efficacia retroattiva dell'annullamento dell'atto impugnato possa (e anzi, addirittura, reclami di dover) essere derogato (con una sua limitazione totale o parziale), non sembra che al G.A. sia consentito di disporre esclusivamente l'effetto conformativo della sentenza".

¹⁴³ F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, ora in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, Giuffrè, 2001, 143; G. FALCON, *Questioni sulla validità ed efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. Amm.*, 2003, 1, 37 ss.; A. CASSATELLA, *Effetti dell'annullamento giurisdizionale e giudizio di ottemperanza*, nota a sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 16 ottobre 2007, n. 5409, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 5, 528; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, 128 ss.

modulazione potrebbe dirsi compreso nel più generale e ampio potere esplicito di annullare.

Difatti, negando l'ammissibilità dell'istituto in esame, si giungerebbe all'inaccettabile conclusione secondo la quale il giudice sia dotato del potere di annullare per accordare tutela alle istanze accolte ma, concretamente, non sia in grado di attribuire le utilità pratiche che costituiscono l'oggetto dell'interesse del ricorrente.

L'incoerenza di tale conclusione con il principio di effettività della tutela appare evidente, in quanto un potere giudiziale che non sia in grado di rendere effettiva le istanze di tutela del ricorrente vittorioso può essere considerato come inutilmente previsto.

In aggiunta, negare il potere di modulazione degli effetti contrasterebbe con quanto auspicato da autorevole dottrina ovvero che il principio di effettività debba essere utilizzato non solo come fondamento giuridico dell'atipicità delle singole azioni, ma altresì quale criterio di individuazione del contenuto delle stesse, comprese quelle tipiche, al fine di rendere utile la tutela giurisdizionale in ogni sua esplicazione¹⁴⁴.

Declinata tale affermazione nell'ambito dell'azione di annullamento, la valutazione di compatibilità degli interessi del ricorrente con la caducazione del provvedimento dev'essere massima ove non contraddetta dal dettato normativo, il quale, al più, potrà essere oggetto di sindacato di legittimità costituzionale rispetto agli artt. 24, 103, 111, 113 Cost.

Inoltre, la caducazione non può dirsi in sé esclusa dalla determinazione giudiziale in ordine agli effetti dell'annullamento sulla base di una valutazione espletata caso per caso.

Infine, la costruzione è anche avvalorata dalla concezione del processo amministrativo quale giudizio sul rapporto in quanto, nelle ipotesi in cui all'interno del processo vi siano spazi per l'esecuzione di un giudizio di spettanza, il giudice valuta nella sostanza il rapporto pubblico, la sua disciplina,

¹⁴⁴F. G. SCOCA, *L'effettività*, cit.

e pertanto ben conosce gli interessi delle parti in causa che saranno oggetto della valutazione in merito all'opportunità della modulazione degli effetti dell'annullamento.

Occorre precisare che la valutazione completa degli interessi in gioco viene espletata senza scavalcare il recinto del merito e senza svolgere funzioni amministrative. E invero, dal momento che è esercitabile il potere di valutare la fondatezza della pretesa, in quanto non corrispondente a un vietato esercizio giudiziale di funzioni amministrative, non si rinviene ragione per ritenere che dette funzioni siano svolte mediante la decisione circa la mera modulazione degli effetti.

Più precisamente, se l'esercizio di funzioni amministrative non sussiste a monte, ovvero nella valutazione della spettanza, non può esserci nemmeno a valle nell'individuazione degli effetti da cui far decorrere l'annullamento.

Inoltre, nei casi predetti, qualora si ritenesse che solo mediante una modulazione degli effetti dell'annullamento il privato potrebbe ottenere l'utilità concreta, la negazione di poteri modulatori svilirebbe la stessa funzione del giudizio di spettanza, ovvero di giurisdizione soggettiva e quindi, infine, l'effettività della tutela.

Per tali motivi si ritiene che negare in assoluto l'ammissibilità del potere giudiziale di modulazione degli effetti della caducazione si ponga in contrasto con il principio di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale, la cui cogenza si impone nella pretesa coerenza giuridica sottesa a ritenere compatibile con il principio di legalità solo l'annullamento retroattivo della pronuncia.

La questione è parallela alla speculare ipotesi di autoannullamento di cui all'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990, in quanto, sebbene questa fattispecie sia caratterizzata dalla presenza della *voluntas* pubblica, pur sempre di caducazione del provvedimento si tratta.

I caratteri delle problematiche, tuttavia, non appaiono *prima facie* sovrapponibili, non tanto per la differenza dei soggetti autori dell'annullamento,

ma soprattutto per le diverse finalità perseguite. In particolare, nella prospettiva della giurisdizione soggettiva, il giudice non persegue l'interesse al ripristino della legalità o altro interesse pubblico più specifico, ma accerta l'esistenza delle situazioni giuridiche soggettive del titolare e, in caso di esito positivo, le soddisfa in modo pieno e concreto. La considerazione permette di individuare il fondamento giuridico del potere di modulazione degli effetti della sentenza di annullamento nel principio costituzionale della pienezza della tutela giurisdizionale degli interessi legittimi del ricorrente.

Tuttavia, tale principio non è applicabile al procedimento, in quanto quest'ultimo, come già evidenziato, non può considerarsi quale *species* del processo¹⁴⁵. Ne deriva che il richiamo all'art. 113 Cost. non appare argomento spendibile per l'ipotesi di esercizio del potere di autotutela, al quale si applicano sì principi fonti di garanzie per il privato, quali tra, gli altri, affidamento, trasparenza, imparzialità, giusto procedimento, ma non equivalenti a quelli valevoli per la tutela giurisdizionale, la quale si pone in una fase naturalmente successiva e ontologicamente diversa rispetto al procedimento.

Sebbene risulti una diversità di rilevanza della funzione di tutela del privato a seconda della tipologia di annullamento, si ritiene di poter sostenere comunque l'ammissibilità del potere dell'ente pubblico di modulare gli effetti del provvedimento di cui all'art. 21 *nonies*¹⁴⁶.

Nella specie, anche tacendo sull'utile analisi comparatistica della

¹⁴⁵ Qui si richiamano tutte le osservazioni svolte nel differenziare il principio del giusto procedimento e giusto processo, le quali risultano spendibili in ordine alla questione qui trattata. In particolare, in dottrina, vd., su tutti, S. CASSESE, *Le basi*, cit., 239. In giurisprudenza, Corte cost., 19 marzo 1993, n. 103; Id., 12 luglio 1978, n. 23; Id., 2 marzo 1962, n. 13; Cons. St., sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595; Cass., sez. un., 20 settembre 2009, n. 20935.

¹⁴⁶ Sul tema vd. F. MERUSI, *L'affidamento*, cit., 143; G. FALCON, *Questioni*, cit.; A. CASSATELLA, *Effetti dell'annullamento*, cit.; R. DIPACE, *L'annullamento*, cit.; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli 1991, 128 ss.; F. CARINGELLA, *L'annullamento*, cit.; R. CHIEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice*, Milano, Giuffrè, 2012, 192. Tra coloro che invece sostengono posizione contraria vd. V. CERULLI IRELLI, *Corso*, cit., 531; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010, 291; R. CAVALLO PERIN, *Atti*, cit., 372.

questione con altri ordinamenti ¹⁴⁷, si ritiene che la modulazione sia ammissibile nell'ottica del perseguimento della tutela del fine pubblico sotteso, da considerarsi non interesse al mero ripristino della legalità violata, o altra situazione astratta predefinita dal Legislatore, ma quale prodotto della comparazione delle istanze protagoniste della fattispecie concreta.

In quanto titolare esclusiva del potere di perseguire l'interesse pubblico tutelato dalla norma attributiva, l'Amministrazione potrebbe ritenere che a seguito della valutazione della fattispecie concreta sia maggiormente efficace modulare gli effetti dell'autoannullamento.

La decisione in merito agli effetti risulta compatibile con l'ampiezza della discrezionalità caratterizzante in genere l'esercizio del potere di autotutela, in quanto essa dovrebbe includere la scelta sia di annullare il provvedimento di primo grado, sia di determinare il momento iniziale di decorrenza della propria decisione.

D'altronde, posto che l'interesse specifico sotteso all'autoannullamento non può essere quello di mero ripristino della legalità violata (anche) nell'ottica di tutela dell'affidamento del privato, il quale è considerato sempre più rilevante nella fattispecie dell'autoannullamento, non potrebbe negarsi che per non pregiudicarlo, o per farlo il meno possibile (anche nell'ottica della proporzionalità dell'azione amministrativa), l'Amministrazione risulti titolare del potere di modulare gli effetti.

Se quindi la modulazione degli effetti della pronuncia dell'annullamento giurisdizionale non ha valore sistematico, ma solo di eccezione al principio generale che rinviene fondamento nell'esigenza di pienezza della tutela del privato, la modulazione degli effetti dell'autoannullamento, invece, potrebbe dirsi avente valore generale in virtù dell'esistenza della discrezionalità

¹⁴⁷ Per un'analisi delle esperienze, in specie francesi, tedesche e inglesi, si rinvia a G. FALCON, *Questioni*, cit. Si sottolinea solo che in Germania e in Inghilterra il provvedimento di autotutela è definito genericamente (Rücknahme e revocation, quindi con terminologia evocativa della revoca) e la disciplina lascia ampi margini di azione all'Amministrazione, al fine di permetterle di tutelare l'interesse pubblico come meglio crede. La questione si pone in termini affini nell'ambito del diritto europeo, il quale prevede indistintamente la possibilità per l'Istituzione di ritirare l'atto decidendo *ex tunc* o *ex nunc*.

nell'esercizio del potere di autotutela¹⁴⁸.

3. Cumulo di domande e motivi aggiunti.

Evidenziata la rilevanza dell'aumento del ventaglio delle azioni esperibili dal privato nella questione inerente alla tematica dell'oggetto del giudizio, rimane da verificare in che modo tali strumenti si colleghino tra loro nell'ottica della valutazione del rapporto amministrativo nel suo complesso.

In particolare, nell'ambito della giurisdizione amministrativa, il concetto di cumulo delle azioni, come altresì la nozione di connessione, hanno tradizionalmente assunto un significato differente rispetto al quello accolto dalla dottrina processual-civilistica e hanno visto delinearsi propri connotati specifici¹⁴⁹.

L'elemento determinante siffatta specialità è stato rinvenuto nel collegamento del processo con l'atto amministrativo, in quanto non può sottacersi la rilevanza del rapporto tra provvedimenti nella determinazione dell'applicabilità del cumulo di domande pure accogliendo la teoria del

¹⁴⁸ Secondo G. FALCON, *Questioni*, cit., 14 “*A me sembra che ci possa essere un errore di prospettiva nel guardare, anziché alla sostanza del problema, alle implicazioni della parola annullamento. Se si guarda alla sostanza, mi pare evidente che nelle decisioni di tipo giustiziale (giurisdizionali e amministrative) la retroattività è collegata alla funzione di protezione e di garanzia verso il ricorrente, più che alla «natura» dell'atto. Nella decisione amministrativa di ritiro dell'atto illegittimo, invece, non si vede perché escludere - soprattutto in relazione all'affidamento dei privati - la possibilità di eliminare l'atto per il futuro, senza toccarne gli effetti passati. Del resto, la stessa esistenza di tale possibilità in diversi ordinamenti europei mostra che non si tratta di un problema dogmatico, ma di una regola che può riconoscersi in un senso o nell'altro. Ora, se sulla base della tradizione e di pur frammentari elementi di diritto positivo si ammette la possibilità che l'amministrazione elimini propri atti illegittimi retroattivamente, mi pare sia difficile trovare ragioni per non ammettere la possibilità di farlo non retroattivamente, con una soluzione meno drastica che potrebbe non raramente favorire l'equilibrio tra le esigenze di tutela della legalità e dell'interesse pubblico con quella di non penalizzare eccessivamente chi abbia pur sempre agito sulla base di un provvedimento esistente ed efficace*”.

¹⁴⁹ In passato, la tendenza della giurisprudenza amministrativa in ordine all'ammissibilità del cumulo di domande era restrittiva in considerazione del fatto che mancasse, prima dell'adozione del codice del processo, che generalizza l'ipotesi all'art. 32, di una disposizione apposita dello stesso tenore dell'art. 104 cod. proc. civ.

rapporto come oggetto del giudizio¹⁵⁰.

Tuttavia, nella vigenza dell'esclusività dell'azione di annullamento, il privato non poteva richiedere differenti interventi giudiziali e, di conseguenza, il cumulo oggettivo era riferibile esclusivamente alla connessione tra provvedimenti amministrativi tra i quali vi era un semplice rapporto di presupposizione¹⁵¹; nella specie, la connessione nell'azione di annullamento veniva individuata nel collegamento procedimentale o funzionale tra atti diversi¹⁵².

L'evoluzione del sistema delle tutele derivante dall'acquisita centralità dell'interesse legittimo nell'ambito della tutela giurisdizionale, ha fatto sì che il cumulo assumesse un significato ulteriore e che si declinasse nella possibilità per il privato di proporre nuove domande purché connesse a quelle precedenti. Siffatto cambiamento dell'assetto della giurisdizione amministrativa ha comportato che *“il tema del cumulo delle domande è, oggi, dunque, soprattutto lo sviluppo del tema delle azioni proponibili”*¹⁵³.

La questione non è priva di risvolti, posto che *“se già era difficile individuare le connessioni tra atti oggetto di impugnazione, ancor più difficile appare ricostruire la connessione tra domande nuove e quelle già proposte”*¹⁵⁴.

La questione può essere ricostruita seguendo l'ottica della trasformazione

¹⁵⁰ Anche M. NIGRO, *Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa dopo la legge sui tribunali regionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1830, pur essendo sostenitore che il rapporto tra privato e amministrazione dovesse essere al centro della giurisdizione amministrativa, riteneva che il provvedimento costituisse *“termine dell'attacco impugnatorio e, come tale, oggetto e limite del processo”*.

¹⁵¹ Per l'analisi del rapporto di presupposizione si rinvia in particolare a F. LUBRANO, *L'atto amministrativo presupposto (spunti di una teorica)*, Milano, Giuffrè, 1967, 43 ss. L'Autore definisce l'atto presupposto *“quello che determina quella situazione preesistente che è necessaria perché la fattispecie che viene presa in considerazione (sia essa una fattispecie compressa, sia un atto amministrativo terminale del procedimento ed a carattere semplice) possa avere un determinato rilievo giuridico e quindi produrre certi effetti nel sistema giuridico nel quale si inserisce”*.

¹⁵² Sul punto si rinvia a S. MENCHINI, *La connessione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 4, 1101. L'Autore distingue le ipotesi di connessione nel processo amministrativo a seconda della tipologia di rapporti esistenti tra atti. In particolare individua tre ipotesi: la connessione per presupposizione, la connessione per regolazione e la connessione procedimentale.

¹⁵³ I. PAGNI, *Il cumulo di domande nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 4, 1165.

¹⁵⁴ E. PICOZZA, *Codice del processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010, 87.

del processo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto. E invero, se il giudice deve esercitare una forma di giurisdizione soggettiva volta a verificare la spettanza del bene della vita al privato e ad attribuirlo quando non residuino spazi di discrezionalità, il concetto del rapporto tra azioni è collegato alla singola relazione tra parti che viene in rilievo nel processo.

Sotto questo aspetto, la nozione di cumulo risulta determinante per dare applicazione al principio di effettività della tutela sotteso alla previsione di cui all'art. 32 cod. proc. amm., all'esigenza di concentrazione dei giudizi e di economia processuale, i quali sono volti a evitare che il privato ottenga un giudicato favorevole mediante la proposizione di varie azioni in più processi.

La nozione di cumulo di domande è altresì arricchita dall'applicazione del principio di atipicità della tutela, posto che l'ammissibilità della pronuncia costituente un mero accertamento delle questioni incerte si aggiunge alla possibilità del ricorrente di esperire azioni diverse rispetto all'originaria azione di annullamento.

Sempre nell'ottica dell'incedere della costruzione del processo amministrativo quale giudizio sul rapporto, si evidenzia che, attualmente, la pluralità della proposizione di domande giudiziali è un effetto che il privato può ottenere mediante non solo con la presentazione di un ricorso cumulativo, ma altresì con lo strumento dei motivi aggiunti.

Quest'ultimo strumento, così come modificato dalla legge n. 205 del 2000, avvalorata la veridicità della considerazione secondo la quale l'intero impianto processuale sia attualmente finalizzato a dare maggiore applicazione al principio di effettività della tutela¹⁵⁵.

E invero, mediante la proposizione dei nuovi motivi aggiunti, in deroga

¹⁵⁵ Già prima dell'intervento del Legislatore del 2000, la giurisprudenza si era espressa in ordine all'ammissibilità di motivi aggiunti che ampliassero l'oggetto del ricorso. Non vi era unanimità di posizioni sul punto, essendo emersi due orientamenti: in particolare, a sostegno dell'approccio favorevole, vd. Cons. st. sez. IV 23 marzo 1992 n. 342; Cons. st. sez. VI 23 ottobre 1993 n. 776. Si sono invece esposti in senso sfavorevole Cons. st. sez. V, 23 marzo 1993; Cons. giust. amm. reg. sic., 4 novembre 1995 n. 343. Sul punto, si veda C. CACCIAVILLANI, *Sul ricorso*, cit.

ai principi della rigidità dell'oggetto del giudizio¹⁵⁶ e dell'integralità della conoscenza¹⁵⁷, al ricorrente viene data la possibilità di allargare lo spettro dell'indagine giudiziale creando di tal guisa una maggiore conoscenza e contezza in capo al giudice in merito all'intera vicenda intercorsa con l'Autorità.

La previsione dello strumento in esame avvalorata la tendenza del processo amministrativo a divenire un sistema imperniato non più sulla mera verifica della legittimità/illegittimità dell'atto impugnato, ma bensì sulla necessità di effettuare un giudizio di spettanza del bene della vita anelato dal ricorrente. Ciò in quanto la volontà legislativa è quella di concentrare in un unico giudizio tutte le questioni attinenti al rapporto amministrativo tra ricorrente ed Autorità, sia con la proposizione di domande nuove, sia con l'aggiunta di ulteriori esercizi dell'azione pubblica all'interno del processo.

Pertanto, il presupposto logico-giuridico dell'estensione dell'ambito di applicazione dei motivi consiste nel fatto che *“il Legislatore del 2000 ha rimodellato l'oggetto del processo amministrativo intorno alla pretesa sostanziale fatta valere dal ricorrente”*¹⁵⁸.

La considerazione è altresì avvalorata dall'impossibilità per l'Amministrazione di annullare in via di autotutela gli atti oggetto di processo pendente per motivi meramente formali, evitando così che il giudice possa procedere al sindacato dell'intero rapporto.

Il ricorrente, in un'ipotesi siffatta, potrà impugnare il provvedimento di

¹⁵⁶ Secondo M. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, Padova, CEDAM, 1982, 177, è il dogma della immutabilità dell'affare litigioso che trae origine dalla tradizione storica della *litis contestatio*.

¹⁵⁷ Cr. C. MIGNONE, *I motivi aggiunti nel processo amministrativo*, Padova, CEDAM, 1984, 434. L'Autore sostiene che il principio impone di considerare rigido il *thema decidendum* fissato dal ricorso. In particolare ciò comporta, per il ricorrente, l'onere di delimitare esattamente i confini della controversia entro l'atto introduttivo e ogni deviazione dal principio costituisce una deroga. In tal senso, l'ampliamento dell'oggetto dei motivi aggiunti ammissibili dovrebbe portare all'accoglimento del principio della flessibilità nel processo amministrativo.

¹⁵⁸ Così T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 16 gennaio 2002, n. 398; e in tal senso pure Cons. St., sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3333; T.A.R. Salerno, Campania, sez. I, 8 luglio 2004, n. 1722. In dottrina, sul punto, F. CARINGELLA, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, Dikè, 2012; F. SICILIANO, *Note*, cit., 1445;

autotutela, apparentemente soddisfacente, chiedendo l'annullamento per eccesso di potere, in specie sviamento, in quanto l'Amministrazione ha utilizzato il potere per un fine diverso rispetto a quello sotteso alla sua attribuzione normativa.

In particolare, l'Autorità autoannulla per evitare che il giudice possa valutare il rapporto e non per tutelare l'interesse pubblico affidato alle proprie cure, il quale non risulta efficacemente perseguito mediante il mantenimento del provvedimento¹⁵⁹.

E così, l'istituto della cessazione della materia del contendere si configura quale strumento che permette al giudice di valutare la concretezza dell'interesse del ricorrente e il complessivo rapporto intercorrente tra lui e l'ente pubblico.

Anche in questo caso la rilevanza del giudizio sul rapporto appare chiara, in quanto la tendenza è quella di considerare il processo amministrativo incentrato sul rapporto e non solo sul singolo atto, al punto tale per cui il giudice può valutare, sotto il profilo dell'eccesso di potere, quale sia stata la finalità dell'Amministrazione e, in particolare, se sia stata quella di evitare il giudizio di spettanza.

L'oggetto del processo diventa quindi dinamico, non più focalizzato su un singolo provvedimento adottato, ma relativo alla complessiva attività che involge la sfera giuridica del privato, la quale può esser lesa anche mediante ulteriori azioni o comportamenti.

In tal senso, i motivi aggiunti, così come modificati dal Legislatore del 2000, hanno avvalorato una nozione di attività amministrativa da sottoporre al potere giudiziale del tutto nuova, identificabile in una "operazione" comprendente tutte le attività necessarie per conseguire un determinato risultato concreto¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Cons. St., VI sez., 2 novembre 2010, n. 5086.

¹⁶⁰ F. G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, *Enc. dir., Agg.*, VI, Milano, 77 ss. La tesi è stata poi seguita e sviluppata da D. D'ORSOGNA, *La conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, Giappichelli, 2002, 137. Rinvio all'opera per una compiuta analisi del pensiero dell'Autore, qui si ricorda solo l'operata analisi della conferenza di servizi con la lente

4. Onere della prova e rapporto tra le parti.

Senza la pretesa di ripercorrere l'evoluzione della disciplina dell'istruttoria nel giudizio di legittimità, ci si limita a porre l'accento, per i fini che qui interessano, sul fatto che l'incedere della rilevanza della relazione tra le parti nel processo amministrativo ha influito sui principi e sulla struttura dell'onere probatorio¹⁶¹.

dell'operazione amministrativa, si identifichi in un momento partecipativo dei pubblici poteri al procedimento amministrativo e che, sotto questo punto di vista, la distinzione tra attività istruttoria e attività decisoria "si stempera grandemente" e che "Non si può trascurare, infatti, che inquadrata la disciplina della partecipazione dei pubblici poteri nella prospettiva, più ampia e di carattere sistemico, dell'operazione amministrativa", ciò che si viene a determinare, in applicazione della disciplina della conferenza di servizi, è che ciascuna delle amministrazioni viene a rivestire la duplice veste del soggetto "che partecipa" al processo di formazione delle altrui decisioni e, contemporaneamente, quella del soggetto che vede il proprio procedimento amministrativo aprirsi alla partecipazione (e dunque dalla rappresentazione dei profili di pubblico interesse) delle altre amministrazioni coinvolte nell'operazione amministrativa. Pertanto, mentre la partecipazione dei privati al procedimento amministrativo consiste nella partecipazione al processo di formazione graduale di decisione, ma si arresta al momento che precede quello della assunzione vera e propria della definitiva, riservato alla pubblica amministrazione (o "alle" pubbliche amministrazioni, nei casi di operazione amministrativa qui in esame), la partecipazione delle amministrazioni pubbliche all'operazione amministrativa consiste in un fenomeno di vera e propria "codecisione", ossia di cooperazione e coordinamento decisionale". Relativamente all'accoglimento della teoria operata dal Legislatore del 2000 in sede di modifica della disciplina dei motivi aggiunti, si veda C. CACCIAVILLANI, *Sul ricorso*, cit.

¹⁶¹ Per una disamina della disciplina antecedente all'entrata in vigore del d. lgs. n. 104 del 2010, dettata dall'art. 21 della legge n. 1034 del 1971, si rimanda a L. BERTOLAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, Giuffrè, 2006; per l'analisi del Titolo III del codice del processo amministrativo vd. G. D'ANGELO, *Il Codice del processo amministrativo. III) l'istruttoria*, in *Foro it.*, 2010, V, 215 ss.; AA.VV., *Il Codice del processo amministrativo*, a cura di R. CHIEPPA, Milano, Giuffrè, 2010, 370 ss.; AA.VV., *Codice del processo amministrativo. D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Commento articolo per articolo*, a cura di E. PICOZZA, Torino, 2010, 115 ss.; P. TANDA, *Elementi di giustizia amministrativa*, Padova, CEDAM, 2011, 241 ss.; C.E. GALLO, *I poteri istruttori del giudice amministrativo*, in www.iuspublicum.com, 2011, 1 ss.; N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2012, 271 ss.; I. PAGANI, *L'istruttoria*, in AA.VV., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, a cura di F. CARINGELLA-M. PROTTO, Roma, Dikè, 2012, 838 ss.; C. MIGNONE - P.M. VIPIANA, *Manuale di giustizia amministrativa*, Padova, CEDAM, 2013, 250 ss.; AA.VV., *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di M.A. SANDULLI, vol. II, Milano, Giuffrè, 2013, 215 ss.; L. GIANI, *La fase istruttoria*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2017; M. DUGATO, *L'istruttoria*, in AA.VV., *Diritto processuale amministrativo*, a cura di A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2013, 181 ss.; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014, 211 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014, 259 ss.; G. MASTRODONATO, *I mezzi di prova nella giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo*, in AA.VV., *Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione. Problemi teorici e dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 18, 121 ss.; AA.VV., *Giustizia*

Come accennato, prima del cambiamento del rapporto tra amministrato ed ente pubblico, l'asimmetria procedimentale si ripercuoteva sulla possibilità del privato di procurarsi i documenti utili per sostenere le proprie difese nel processo senza che egli dovesse sperare nella presentazione di documenti utili da parte dell'Autorità, in quanto unico soggetto che li deteneva. La disponibilità dei documenti in capo alla parte resistente era così un ostacolo alla piena affermazione della parità processuale delle parti, a sfavore del privato, e dell'instaurazione di un giudizio rispettoso dei canoni di cui all'art. 111 Cost. e art. 6 della CEDU.

Il Legislatore, nella vigenza del modello demolitorio e con l'obiettivo di costruire un processo volto all'affermazione della legalità oggettiva, ha tentato di equilibrare la posizione delle parti mediante l'ancoraggio al metodo acquisitivo.

Secondo tale approccio, il giudice poteva e doveva acquisire d'ufficio tutti i documenti utili per la valutazione in ordine alla legittimità del provvedimento impugnato, sopperendo così alle inevitabili carenze probatorie del privato. In modo siffatto, il ricorrente non era gravato da un onere della prova pieno, ma solo da un'iniziativa di prova, eventualmente colmabile dall'iniziativa officiosa dell'organo giudicante.

In particolare, l'art. 44 del testo unico del Consiglio di Stato prevedeva che *“Se la sezione, a cui è stato rimesso il ricorso riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleta, o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione coi documenti, può richiedere all'amministrazione interessata nuovi schiarimenti o documenti: ovvero ordinare all'amministrazione medesima di fare nuove verificazioni,*

amministrativa. Casi di giurisprudenza, Torino, Giappichelli, 2014, 287 ss.; G. LEONE, *Elementi di Diritto processuale amministrativo*, Padova, CEDAM, 2014, 201 ss.; A. POLICE, *I mezzi di prova e l'attività istruttoria*, in AA.VV., *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, a cura di G.P. CIRILLO, 42° volume del *Trattato di Diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, Padova, CEDAM, 2014, 433 ss.; G. FERRARI, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, Roma, 2014, 669 ss.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2015, 840 ss.; L. PERFETTI, *Mezzi di prova e attività istruttoria*, in AA.VV., *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, Giuffrè, 2015, 657 ss.; R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo*, Assago, IPSOA, 2015, 904 ss.

autorizzando le parti ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti, ovvero disporre consulenza tecnica. Nei giudizi di merito il Consiglio di Stato può inoltre ordinare qualunque altro mezzo istruttorio, nei modi determinati dal regolamento di procedura”.

Con la suddetta disposizione, il Legislatore attribuiva un potere al giudice ben diverso da quello conosciuto nel processo civile caratterizzato dal metodo dispositivo, scolpito dall'art. 115 cod. proc. civ., il quale prevede che le parti hanno il compito di fornire al giudice gli elementi per la decisione, e dall'art. 2697 cod. civ. secondo il quale chi deve provare il fondamento di un diritto è colui il quale vuole farlo valere in giudizio.

L'attribuzione di tale penetrante potere giudiziale dipendeva evidentemente dalla centralità dell'esame documentale nella valutazione in ordine alla legittimità del provvedimento impugnato, ossia dell'oggetto del processo, in quanto disinteressata alla ricostruzione del fatto nella sua complessità.

L'inopportunità del metodo acquisitivo nel processo amministrativo è giunta all'evidenza grazie al cambiamento della visione del rapporto pubblico, del procedimento, e dell'introduzione del diritto d'accesso, il quale ha permesso al privato di richiedere, vantando l'interesse alla protezione di propri interessi giuridici, la visione dei documenti detenuti esclusivamente dall'Amministrazione.

Con l'avanzare della rivalutazione dell'oggetto del giudizio sempre più verso l'accertamento della pretesa sostanziale, l'attività di cognizione del giudice acquistava sempre più rilevanza rispetto alla mera verifica documentale¹⁶².

Siffatta autonomia del privato nel procacciare i documenti utili ha portato con sé la necessità di adattare, con regole precise, il sistema processuale al nuovo assetto procedimentale, rendendolo più vicino al processo civile, il quale

¹⁶² Così R. GRECO, *L'istruttoria e l'accertamento del fatto nel codice del processo amministrativo*, Relazione al convegno "Il codice del processo amministrativo – Una prima analisi dei profili problematici", Roma, 4 novembre 2010, in www.giustizia-amministrativa.it.

ha sempre vantato maggiore esperienza e tradizione nella parità delle parti.

Così, il Legislatore traspone l'art. 2697 cod. civ. nell'art. 64, comma 1, cod. proc. amm., il quale prevede che *“Spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni”*. Il successivo comma 3 dispone che *“Il giudice amministrativo può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione”*.

La possibilità di esperimento di poteri giudiziali officiosi spinge per l'inquadramento dell'istruttoria nella giurisdizione di legittimità quale modello ispirato dal metodo dispositivo attenuato dal metodo acquisitivo.

In particolare, il metodo acquisitivo ha natura residuale e costituisce un'eccezione alla regola secondo la quale è il privato a dover provare i fatti costitutivi della propria domanda.

Pertanto, il soccorso del giudice non può essere volto a sopperire carenze del privato in ordine alla soddisfazione dell'onere probatorio su di lui incombente, ma solo finalizzato a permettere la valutazione del rapporto il più completa possibile.

Al privato spetta quindi utilizzare tutti gli strumenti sostanziali utili per poter prendere visione dei documenti, potendo contare sui poteri istruttori giudiziali solo per il caso in cui si fosse presentata l'impossibilità di reperire documenti utili per permettere al giudice di espletare le valutazioni utili per la decisione.

Per meglio definire il concetto di onere probatorio, rileva non solo il richiamato istituto di cui agli artt. 22 e ss. della legge n. 241 del 1990, ma anche le nuove tipologie di accesso disciplinate dal d.lgs n. 133 del 2013, che permettono al privato di ottenere i dati e i documenti in modo ancora più immediato data la mancata interposizioni dell'Amministrazione.

I nuovi istituti, nell'ottica dell'avanzare incessante dell'affermazione del principio di trasparenza nei rapporti tra privato e Autorità, garantiscono al

cittadino una maggiore accessibilità alle informazioni volte a sostenere in giudizio le proprie doglianze. Si rileva che maggiore è l'autonomia del privato nell'ottenere i documenti utili per la propria difesa, minore è l'intervento giudiziale fondato sul metodo acquisitivo in quanto risulta inferiore la necessità di sopperire alle carenze determinate dall'asimmetria delle parti.

L'accento su tale impostazione, la quale accomuna proporzionalmente la facilità dell'ottenimento dei documenti e il dispiegarsi dei poteri officiosi, è dato dalla progressiva rilevanza dell'informatizzazione dell'attività amministrativa, la quale fa il paio, nell'ottica della trasparenza, con i nuovi istituti in materia di accesso ai dati e documenti. In particolare, l'informatizzazione dell'attività garantisce una maggiore semplicità e velocità del reperimento del documento e potrebbe portare a ritenere che il documento informatico, in quanto immediatamente conoscibile, sia in grado di integrare il concetto di vicinanza della prova, il quale costituisce uno dei principi cardine dell'istruttoria processuale¹⁶³.

Sotto il versante istruttorio, l'affermarsi del giudizio sul rapporto sostanziale sotteso ha influito sull'annosa questione relativa all'ammissibilità di mezzi istruttori ulteriori rispetto alle verifiche o richieste di chiarimenti di cui all'art. 44 del testo unico del Consiglio di Stato.

Il punto di congiunzione tra le due tematiche risiede nel mutamento della

¹⁶³ La questione è stata affrontata da ultimo da P. LOMBARDI, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata"*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1, 85, la quale ritiene che l'inerzia nell'esercizio del diritto d'accesso abbia rilevanza sostanziale in materia istruttoria, modificando il termine di prova "vicina", in quanto costituisce un elemento atipico della valutazione complessiva del comportamento del privato, ai sensi dell'art. 1227, comma secondo, cod. civ., secondo il quale sono da escludere i danni "che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperienza degli strumenti di tutela previsti". Il tentativo è stato ipotizzato da G. VIRGA, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991, 9. Sul punto vd. anche T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 10 ottobre 2014, n. 5263. La teoria non è peraltro da tutti condivisa, in particolare, si richiama G. MANFREDI, *La legge 241/1990 e la persistente asimmetria informativa tra cittadino e amministrazione*, in *Urb. app.*, 2011, 476; R. BRIANI, *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo. Una lettura alla luce dell'art. 111 della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2013, 69, secondo la quale esclude che l'accesso ai documenti amministrativi possa integrare un onere per il privato, in quanto il termine "diritto" impiegato dal Legislatore a proposito dell'accesso risulta evocativo di una scelta libera; C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, in *Trattato di Diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, V, Milano, Giuffrè, 2003, 4395.

tipologia di valutazione del giudice necessaria per giungere a dare soddisfazione alla pluralità di domande proponibili dal privato. In particolare, la necessità dell'aumento dei mezzi istruttori si pone quale corollario della valutazione della pretesa sostanziale¹⁶⁴.

Nella vigenza di un sistema processuale di natura oggettiva volto a garantire solo la valutazione in ordine alla legittimità del provvedimento, il fatto storico non veniva escluso dal processo in quanto irrilevante, ma, anzi, era fuor di dubbio che le questioni giuridiche si fondassero su accadimenti ben precisi. Tuttavia, la ricostruzione fattuale dei rapporti tra le parti non veniva valorizzata posto che al giudice, in fin dei conti, interessava solo verificare la legittimità dell'*agere* pubblico.

Viceversa, in un giudizio in cui il provvedimento non è al centro del giudizio, ma solo elemento eventuale della valutazione sul rapporto, si perde il cd. schermo all'ingresso del fatto nel processo amministrativo in quanto risulta inevitabile analizzare l'avvicinarsi della relazione tra le parti, la quale non è necessariamente costituita da un singolo provvedimento¹⁶⁵.

La lettura ad ampio respiro delle modifiche che hanno interessato il processo amministrativo, dai motivi aggiunti al cumulo di domande, dall'atipicità delle azioni e della decisione cautelare all'art. 21 *octies*, permette di scorgere l'intento legislativo di concentrare all'interno di un unico processo tutti gli elementi utili che permettono al giudice di valutare il fatto per giungere all'analisi del rapporto sostanziale.

In questo senso dev'essere analizzata la tematica dell'aumento dei mezzi istruttori progressivamente realizzato grazie alla raggiunta consapevolezza di dover dotare il giudice degli strumenti necessari per compiere le sue valutazioni.

¹⁶⁴ Secondo Cons. St., 23 febbraio 2012, n. 1069, “*nella prospettiva ampiamente dibattuta di un giudizio incentrato sempre più sull'accertamento sul rapporto, e non più solo sull'impugnazione dell'atto, e come tale bisognevole di un accesso diretto al fatto, si comprende come sia essenziale fornire al giudice i necessari poteri istruttori*”.

¹⁶⁵ S. LUCATTINI, *Fatti e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, 203.

5. Tutela cautelare atipica e propulsiva.

Come già anticipato, l'effettività della tutela giurisdizionale non ha solo assunto i caratteri di direttiva del percorso verso l'affermazione dell'atipicità delle azioni processuali, ma ha anche costituito il principio fondamentale che ha ispirato l'evoluzione in ordine all'individuazione dei possibili contenuti della decisione resa in sede cautelare¹⁶⁶.

Le due questioni, apparentemente assimilabili, sono in realtà differenti; un conto è parlare della possibilità del ricorrente di richiedere tipologie di interventi giudiziali al di fuori dei casi espressamente previsti ottenendo così forme di tutela giurisdizionale non predeterminate, e altro conto è discorrere in merito all'ammissibilità ordinanze cautelari dal contenuto atipico, modellato sulla specifica situazione giuridica soggettiva vantata dal ricorrente, perseguendo l'obiettivo di evitare che sia pregiudicata dalle lungaggini processuali.

Le evoluzioni, seppur differenti, possono essere ricondotte *ad unicum* se vengono osservate con la lente dell'effettività della tutela, in quanto la predeterminazione tassativa priverebbe il ricorrente di una tutela piena in tutti quei casi in cui il Legislatore non abbia previsto una domanda giudiziale o una misura cautelare adatta alla situazione concreta da tutelare.

Difatti, in relazione alla tutela cautelare, la valutazione giudiziale svolta caso per caso risulta la più adatta ad evitare che i tempi processuali causino danni alla sfera giuridica del privato, dal momento che solo mediante un'analisi delle sfumature del caso concreto si permette al giudice di cogliere la maggiore opportunità di una misura rispetto ad un'altra¹⁶⁷.

Si pensi alla diversità della tutela richiesta da interessi legittimi

¹⁶⁶ Sul collegamento tra gli artt. 24 e 113 Cost. con l'effettività e l'immanenza della tutela cautelare vd. Corte cost., 28 giugno 1985, n. 190; Id., 23 giugno 1994, n. 253; Id., 10 maggio 2002, n. 179; Id., 30 novembre 2007, n. 403.

¹⁶⁷ Sulla fluidità delle situazioni giuridiche soggettive e sull'esigenza che il giudice cautelare valuti caso per caso tutti gli strumenti per garantire la pienezza della tutela, vd. F. CINTIOLI, *Osservazioni sul nuovo processo cautelare amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2005, 3, 237.

oppositivi e pretensivi. Per i primi, la tutela può essere garantita mediante una sospensione dell'efficacia del provvedimento lesivo, mentre per i secondi, aspiranti all'ottenimento di un'azione favorevole dell'Amministrazione, è necessaria una misura che attribuisce il vantaggio, seppur provvisoriamente, posto che il dinamismo di tale situazione soggettiva la rende soddisfacibile solo mediante la modificazione della sfera giuridica del titolare e quindi l'attribuzione di un *quid pluris* rispetto al passato¹⁶⁸.

Tale problematica è nota alla dottrina più attenta, la quale non ha sottaciuto le riserve in ordine a misure cautelari meramente sospensive, in quanto incapaci di proteggere interessi pretensivi, e ha sostenuto che il vincolo legislativo sul contenuto della decisione giudiziale si risolvesse in una limitazione di tutela "*intollerabilmente asfittica*"¹⁶⁹.

Come noto, l'ammissibilità dell'atipicità delle misure cautelari è un traguardo raggiunto con l'espressa previsione normativa solo nel 2000, ad opera dell'art. 2 della legge n. 205, che ha modificato l'art. 21, comma 7, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, il quale prevedeva la sospensione del provvedimento quale unica decisione adottabile dal giudice della cautela¹⁷⁰.

¹⁶⁸ R. CHIEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice*, Milano, Giuffrè, 2012, 393; A. PANZAROLA, *Il processo cautelare*, in B. SASSANI – R. VILLATA (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2001, 26.

¹⁶⁹ S. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro. it.*, 1985, I, 294. Tra coloro i quali hanno sostenuto che il principio di effettività della tutela giurisdizionale imponesse di ammettere la tutela cautelare rispetto ai provvedimenti negativi, al fine di proteggere gli interessi pretensivi, si veda E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, Giuffrè, 2001; G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 242; A. TRAVI, *La tutela cautelare*, cit., 331.

¹⁷⁰ La presa di posizione legislativa era auspicata dalla dottrina, in particolare si veda U. POTOTSCHNIG, *La tutela cautelare*, in *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione*, Milano Giuffrè, 1988, 195, secondo il quale "*sin quando la norma scritta sulle possibili misure cautelari del giudice amministrativo rimane quella che è, lo sforzo della giurisprudenza continua a subire una pesante ipoteca e rischia di approdare a risultati non omogenei. Senza nulla togliere dunque agli altissimi meriti che questa giurisprudenza si è conquistata, è da condividere l'opinione di coloro che ritengono non solo opportuno, ma necessario e anzi indispensabile in questa fase l'intervento del Legislatore, e ciò proprio per acquisire tra l'altro definitivamente e stabilizzare, attraverso una norma scritta, quanto la giurisprudenza è venuta, nel suo insieme, affermando, andando al di là della mera sospensione dell'atto impugnato*". Ancor prima M. NIGRO, *La giustizia*, cit., riteneva fosse necessario che il giudice amministrativo potesse adottare qualsiasi misura cautelare per assicurare il principio di effettività della tutela giurisdizionale. Si osserva che in dottrina si rimarca la continua assoluta centralità della sospensiva del provvedimento anche a seguito delle modifiche normative in

Prima di allora, il medesimo risultato è stato raggiunto grazie all'inedere dell'orientamento favorevole della giurisprudenza nazionale e comunitaria¹⁷¹, il

punto di atipicità delle misure cautelari, in particolare G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni*, cit., 327, "...sebbene il C.P.A. abbia 'scelto' la atipicità del contenuto delle misure cautelari, la sospensiva del procedimento impugnato (pur non essendo più esplicitamente nominata nel testo normativo) conserva una specifica rilevanza, e ciò persino laddove si tratti di provvedimenti a contenuto negativo, ovvero di comportamenti considerati dalla legge quali surrogati di atti a contenuto negativo, e cioè di silenzio cui una norma giuridica assegna il significato di rifiuto".

¹⁷¹ Ci si riferisce, in relazione alle ordinanze di ingiunzione al pagamento di somme, alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 30 marzo 2000, in *Urb. e app.*, 2000, n. 6, 603 ss., con commenti di M. PROTTO, *La tutela anticipatoria dei crediti pecuniari verso la P.A.: tra tutela cautelare e tutela sommaria*, e R. GAROFOLI, *L'art. 33 del d. lgs. n. 80/1998 al vaglio della Cassazione e del Consiglio di Stato*. Il Consiglio di Stato ha preso posizione sul profilo relativo all'adeguatezza del sistema di tutela cautelare rispetto all'esigenza di assicurare una piena protezione in via di urgenza ai diritti soggettivi a contenuto patrimoniale vantati dai farmacisti nei confronti del Servizio sanitario. Per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale in materia di tutela cautelare si veda E. FOLLIERI, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Rimini, Maggioli, 1992. Tra le pronunce della Corte costituzionale: Corte cost., 27 dicembre 1974, n. 284, in *Giur. Cost.*, 1974, 3338 e 3349, con cui la Consulta ha ritenuto connaturale alla giurisdizione amministrativa il potere interinale; Corte cost., 1 febbraio 1982, n. 8, in *Foro. it.*, 1982, I, 329, e Corte cost., 28 giugno, 1985, n. 190, occasione in cui il Giudice delle Leggi ha ricondotto la tutela cautelare di cui all'art. 700 cod. proc. civ. agli artt. 3, 113 Cost., in quanto "le quante volte il diritto assistito dal *fumus bonis iuris* è minacciato da pregiudizio grave e irreparabile provato dalla cadenza dei tempi necessari per farlo valere in via ordinaria, spetta al giudice il potere di emanare i provvedimenti di urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito". È solo con la sentenza n. 249 del 16 luglio 1996, che il Giudice costituzionale ha affermato espressamente che "la disponibilità delle misure cautelari è strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale e costituisce espressione del principio per cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, in attuazione dell'art. 24 Cost.". In relazione agli interventi della giurisprudenza comunitaria, Corte Giust. Com. eu., 21 febbraio 1990, *R. c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd e a.*, in *Racc.*, 1990, I-2433 ss., la quale ha sostenuto l'esistenza del dovere dei giudici nazionali di disapplicare la norma interna che osti alla concessione di provvedimenti cautelari necessari per assicurare la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale avente ad oggetto l'esistenza di posizioni giuridiche invocate in forza del diritto comunitario. Ma, soprattutto, Corte Giust. Com. eu., 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchtandellgesellschaft mbH c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, in *Racc.*, 1995, I, 3799 ss., che "la tutela cautelare che i giudici debbono garantire ai singoli, in forse del diritto comunitario, non può variare a seconda che questi ultimi chiedano la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento nazionale adottato sulla base di un regolamento comunitario o la concessione di provvedimenti provvisori che modifichino o disciplinino a loro vantaggio situazioni di diritto o rapporto giuridici controversi". La spinta comunitaria non è di poco conto nell'ambito dell'evoluzione della tutela cautelare. In primo luogo perché in virtù del del principio di primazia del diritto dell'Unione Europea fa sorgere l'obbligo di disapplicazione in capo a tutti i giudici nazionali, eliminando così la discrezionalità che permetteva alla giurisprudenza meno evoluta di non concedere provvedimenti cautelari diversi dalla mera sospensione dell'efficacia. Anche di fronte a un quadro normativo ostile all'atipicità, il dovere di disapplicazione creava la base legittimante per l'affermazione del potere giudiziale di disporre misure cautelari diverse dalla sospensione e più adatta alle concrete esigenze del ricorrente. In secondo luogo, la decisione *Atlanta* valorizza l'autonomia del principio di effettività della tutela giurisdizionale, di cui la

quale è divenuto talmente granitico e ben motivato da far ritenere che l'atipicità della tutela cautelare rappresenti la più rilevante espressione dello *ius praetorium* nell'ordinamento vigente¹⁷².

Occorre evidenziare che il percorso giurisprudenziale e normativo che ha condotto all'affermazione della tipicità si inserisce nel solco dell'evoluzione del processo amministrativo quale giudizio sul rapporto¹⁷³.

In particolare, si osserva che nella vigenza del modello demolitorio e dell'esclusività dell'azione di annullamento, la sospensione dell'efficacia era concepita quale unica possibile anticipazione della decisione sul merito posto che la cautela era strutturata per reagire solo dinanzi ad atti, in particolare negativi¹⁷⁴, in quanto concepiti inizialmente quale "normale" forma di esercizio della funzione¹⁷⁵.

Inoltre, sulla base del principio di strumentalità della decisione cautelare rispetto alla sentenza, la possibilità di richiedere al giudice esclusivamente la caducazione del provvedimento lesivo portava con sé l'unicità del contenuto

tutela cautelare atipica costituisce espressione, non qualificandolo come mero precipitato sull'effettività del diritto comunitario. Infine, i pronunciamenti della Corte di Giustizia rivelano la loro forza nel momento in cui prescindono dalla qualificazione della situazione giuridica soggettiva operata nel diritto interno. Qualora la posizione di favore sia prevista in seno al diritto dell'Unione Europea, dev'essere protetta mediante l'ammissibilità di un potere giudiziale di concessione di misure cautelari atipiche, senza rilevanza della qualificazione interna della situazione giuridica da tutelare. Sul punto si veda, per tutti, F. DE LEONARDIS, *La tutela cautelare: principi comunitari ed evoluzione della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 3, 670 ss. Tra le aperture giurisprudenziali volte ad ammettere la tutela cautelare, si possono distinguere quelle volte a incidere su atti negativi con effetti innovativi o su atti negativi che non producono modificazioni della realtà. Quanto ai primi, sono da annoverare le sospensioni dei provvedimenti che negano la conferma di vantaggi attribuiti da precedenti atti, garantendo l'effetto positivo della cessazione della situazione, si pensi ai provvedimenti di diniego di rinnovo di concessione di beni (Cons. St., sez. IV, 3 marzo 1934, n. 62), o le sospensioni dei provvedimenti di rigetto della dispensa, come il diniego di esonero dal servizio militare (Cass., sez. un., 25 ottobre 1973, n. 3732). Tra i secondi si inserisce la categoria dei provvedimenti di diniego di ammissione a procedure concorsuali, i quali non provocano effetti innovativi, ma si risolvono solo nel non permettere la produzione di effetti invocati dal privato aventi ad oggetto la partecipazione alla selezione.

¹⁷² Così R. CHIEPPA, *Il processo*, cit. 391.

¹⁷³ F. CINTIOLI, *Osservazioni*, cit., 237; V. CAIANIELLO, *Manuale*, cit., 707; M. CLARICH, *La giustizia*, cit., 2021.

¹⁷⁴ Per A. TRAVI, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimento e delle omissioni della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 3, 357, "La tutela cautelare prevista dalle leggi sul processo amministrativo non è stata pensata per un giudizio su provvedimenti o sul silenzio dell'Amministrazione".

¹⁷⁵ G. ABBAMONTE – R. LASCHENA, *Giustizia*, cit., 265.

dell'ordinanza.

Invero, secondo l'insegnamento tradizionale, la fase cautelare è intimamente legata alla decisione definitiva sul ricorso, ponendosi quale mezzo per attribuire al privato i vantaggi ottenibili con una pronuncia sul merito. Di conseguenza, giammai l'ordinanza potrebbe attribuire un bene che la sentenza non potrebbe assegnare; in questo senso si sostiene che la decisione cautelare è necessariamente strumentale alla pronuncia nel merito sotto il versante contenutistico¹⁷⁶.

Da qui, posto che l'annullamento giurisdizionale comporta solo l'eliminazione del provvedimento che priva il ricorrente del vantaggio già presente nella sfera giuridica, la misura cautelare compatibile con la caducazione era, coerentemente, solo la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato.

La frattura del collegamento tra l'esclusività della sospensione dell'efficacia e il principio di strumentalità della decisione cautelare si è verificata sia con l'aumento delle azioni proponibili espressamente previste dal Legislatore sia, ancor più, con l'ammissibilità dell'atipicità delle stesse.

Difatti, risulta consequenziale ritenere che nel momento in cui al privato è permesso ottenere sentenze dal contenuto diverso e ulteriore rispetto al mero

¹⁷⁶ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, CEDAM, 1936, secondo il quale i provvedimenti cautelari “non sono mai fini a sé stessi, ma sono immancabilmente preordinati alla emanazione di un ulteriore provvedimento definitivo, di cui essi preventivamente assicurano la fruttuosità pratica. Essi nascono, per così dire, al servizio di un provvedimento definitivo coll'ufficio di predisporre il terreno e di approntare i mezzi meglio atti alla sua riuscita” mediante “l'anticipazione provvisoria di certi effetti del provvedimento definitivo volta a prevenire il danno che potrebbe derivare dal ritardo del medesimo”; R. CHIEPPA, *Il processo amministrativo*, cit., 392; A. TRAVI, *La tutela cautelare*, cit., 357, secondo il quale “il principio di strumentalità impone di escludere che attraverso l'ordinanza cautelare possano attribuirsi utilità maggiori di quelle ipotizzabili in caso di esito vittorioso del ricorso, altrimenti il giudizio cautelare diventa una cellula impazzita del processo amministrativo, dove tutto risulta consentito indipendentemente dall'oggetto del giudizio e dai poteri del giudice rispetto al ricorso”; V. GASPARINI CASARI, *Introduzione allo studio della tutela cautelare nei confronti della P.A.*, Modena, Mucchi, 1992, 26. O ancora, in giurisprudenza, *ex multis*, Cons. St., A. P., 5 settembre 1984, n. 17, il quale ha affermato che “nel processo amministrativo il giudizio cautelare ha vita processuale autonoma, ma non produce utilità sostanziali diverse o superiori rispetto a quelle che può procurare alla parte la decisione di merito, i cui effetti essa tende a preservare nel tempo”; Cass., sez. un., 31 gennaio 2006, n. 2053, in *D&G - Dir. e giust.*, 2006, 28 ss.; Cons. St., sez. VI, 6 aprile 2006, n. 1791.

annullamento, risultano compatibili anche misure differenti rispetto alla mera sospensione e, da qui, può affermarsi che al principio di atipicità delle azioni non può che corrispondere l'atipicità della tutela cautelare.

In aggiunta, la conclusione si sposa con il concetto di giurisdizione soggettiva e con la finalità del potere giudiziale di valutare complessivamente la pretesa del ricorrente e non la legittimità del provvedimento impugnato, come invece accadeva nella vigenza di un giudizio improntato unicamente al modello demolitorio.

La finalità del processo era quella di rimuovere dall'ordinamento il provvedimento contrastante con il paradigma normativo di riferimento, non quella di attribuire soddisfazione agli interessi delle parti. Non era quindi nemmeno sentita la necessità di individuare ulteriori contenuti di decisioni cautelari poiché la sospensione dell'efficacia realizzava già la finalità del giudizio di evitare che il provvedimento si ponesse in contrasto con il principio di legalità.

L'affermazione della rilevanza sostanziale dell'interesse legittimo e l'accoglimento della natura soggettiva hanno spinto per la necessità di valutare la pretesa del privato, la quale passa attraverso il riconoscimento di uno spazio di scelta per il giudice di individuare la decisione cautelare più consona per la situazione concreta.

Pertanto, il riconoscimento dell'atipicità si pone come un fondamentale passaggio dell'evoluzione verso la qualificazione del processo amministrativo quale giudizio sul rapporto in quanto il giudice, al fine di individuare una decisione atipica adatta alle situazioni giuridiche coinvolte, può valutare la complessiva relazione tra le parti.

5.1 Remand: ammissibilità e limiti del potere giudiziale.

Occorre chiedersi se l'ammissibilità di misure cautelari atipiche sia in

grado di garantire certezza all'effettività della tutela in tutti i casi in cui il privato dialoghi con la Pubblica Amministrazione o se i limiti delle stesse siano d'ostacolo all'affermazione della pienezza della tutela¹⁷⁷.

Si ritiene opportuno precisare che la problematica in esame si pone esclusivamente nell'ipotesi in cui il privato sia titolare di interessi legittimi pretensivi in quanto, come già osservato, la sospensione dell'efficacia del provvedimento lesivo risulta soddisfattiva di interessi oppositivi lesi dall'azione amministrativa esercitata.

La questione risulta quindi relativa alla possibilità di affermare se il principio di atipicità delle misure cautelari riesca a garantire al privato una tutela effettiva laddove aspiri a un aumento del novero dei beni della vita facenti parte della propria sfera giuridica e, per ottenerlo, sia necessario un *agere* pubblico favorevole.

Occorre considerare che l'esistenza di un confine del potere giudiziale di adozione di misure cautelari dal contenuto indefinito si presenta quale corollario ineluttabile della coniugazione dell'atipicità con i caratteri tradizionali delle decisioni cautelari, quali la strumentalità e la continenza.

Il codice del processo amministrativo, all'art. 55, comma 1, ribadisce i suddetti criteri laddove dispone che il giudice, una volta riscontrati il *periculum in mora* e il *fumus bonis iuris*, possa adottare misure cautelari "*che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso*". Ne deriva che non possono sussistere dubbi in merito alla loro attuale applicabilità alle misure cautelari ancorché atipiche.

Inoltre, come per tutti gli strumenti processuali in cui si realizza un giudizio sul rapporto, si profila la necessità di verificare la compatibilità con il rispetto della riserva dell'amministrazione e l'esigenza di evitare che il giudice, valutando la spettanza, si ingerisca di poteri amministrativi, eludendo così i

¹⁷⁷ Da più parti è stato sostenuto che la legge n. 205 del 2000 non abbia risolto tutti i dubbi in merito all'individuazione dei provvedimenti applicabili dal giudice della cautela, in particolare i rapporti con i limiti del potere giudiziale con i principi di interinalità e strumentalità dell'ordinanza cautelare. In particolare, F. SAIITA, *L'atipicità*, cit.; F. CINTIOLI, *Osservazioni*, cit., 248 ss.

limiti della propria giurisdizione.

E invero, si evidenzia che l'atipicità, nonostante sia apparentemente attributiva di un potere giudiziale sconfinato, in quanto ispirata al principio di effettività della tutela, non può che coniugarsi con ulteriori principi costituzionali, primo tra tutti con quello di separazione dei poteri declinato, nell'ambito in esame, nel rispetto dello spazio di esercizio della discrezionalità amministrativa.

Dunque c'è da chiedersi se, nel silenzio del Legislatore del 2005, si possa ritenere ammissibile, in nome dell'atipicità, il potere giudiziale di adottare misure di natura propulsiva, o di *remand*, con cui viene ordinato all'Amministrazione di procedere a un riesame della questione e decisioni cautelari sostitutive o positive con le quali il giudice, senza dialogare con l'Autorità, anticipa gli effetti del provvedimento richiesto e negato.

Il *remand* costituisce uno strumento processuale particolarmente usato dai giudici amministrativi al fine di obbligare l'Amministrazione a rientrare nel merito della questione, riadottando un ulteriore provvedimento tenendo presente i vizi che *prima facie* sono stati riscontrati nella fase cautelare.

La problematica inerente l'ammissibilità di tale misura risiede principalmente nella compatibilità con i principi generali di strumentalità di interinalità che governano la disciplina delle decisioni cautelari, laddove una misura che reinveste l'Amministrazione della questione non coincida con la sentenza conclusiva della fase di cognizione¹⁷⁸.

¹⁷⁸ In particolare, tra gli Autori che hanno sostenuto l'inammissibilità di misure propulsive, vd. A. TRAVI, *La tutela*, cit., 357; F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, Giappichelli, 2000, 37 ss; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio*, cit., 228, valorizzando i principi di strumentalità e interinalità della cautela, sostiene che le "misure cautelari propulsive – quand'anche le si ammetta, e ciò potrebbe dirsi comunque soltanto per i casi in cui il giudice non venga richiesto di accertare la fondatezza della pretesa sostanziale dell'amministrazione, o comunque nei casi in cui la sentenza di accoglimento non abbia un contenuto ordinatorio pieno quanto al contenuto della necessaria attività amministrativa successiva -, che esse non sono coercibili, non sono suscettibili cioè di portare all'esercizio, da parte del giudice della cautela, dei poteri propri del giudice dell'ottemperanza. L'esercizio di tali poteri porterebbe inevitabilmente alla individuazione di un determinato assetto sostanziale, non importa se favorevole o no per il ricorrente, e quindi alla produzione di un risultato – la definizione della questione della fondatezza della sua pretesa sostanziale – che non potrebbe derivare dalla sentenza che definisce il giudizio (...). Si potrebbe al più ammettere che le

In particolare, si è ritenuto che, sotto il profilo della strumentalità, gli effetti della decisione cautelare non potrebbero concretizzarsi in un rimando all’Autorità competente in quanto non sarebbe diretta ad attribuire dei vantaggi che il ricorrente può ottenere con la sentenza, la quale potrebbe solo annullare il provvedimento di diniego oggetto del ricorso.

Per il correlato carattere dell’interinalità, si è sostenuto che l’ordinanza propulsiva non attribuisce un vantaggio precario che si stabilizza grazie all’eventuale sentenza favorevole, ma, invece, in quanto volta all’adozione del successivo provvedimento favorevole, è in grado di assorbire gli effetti della pronuncia definitiva¹⁷⁹. Pertanto, secondo questa ricostruzione, il contenuto della misura del *remand*, seppur compatibile con l’atipicità di cui all’art. 55, comma 1, cod. proc. amm., tradirebbe la contraddittorietà con le regole processuali e in specie con la stessa disposizione attributiva del potere cautelare.

L’impostazione contraria all’ammissibilità delle ordinanze propulsive qui sommariamente illustrata, non può dirsi compatibile con l’attuale visione del processo, quale sistema non più incentrato sulla valutazione della legittimità/illegittimità dell’azione amministrativa, ma sul rapporto, ferma restando la doverosa compatibilità del giudizio con il principio di separazione dei poteri.

Come già evidenziato, il cambiamento involgente il processo si è snodato

misure propulsive siano coercibili soltanto con l’impiego da parte del giudice della cautela di quell’unico potere – tra quelli che ad esso spettano in quanto giudice dell’ottemperanza – che si estrinseca con la nomina di un commissario ad acta. Del quale dovrebbe riconoscersi, però, la natura di organo amministrativo e non giurisdizionale, ponendo egli in essere atti amministrativi il cui contenuto non è in alcun modo indotto dal contenuto della pronuncia che l’ha insediato, o a questa riconducibile. In definitiva, tale commissario – nominato dal giudice della cautela – concluderebbe l’azione amministrativa adempiendo all’obbligo che l’amministrazione non ha adempiuto, e, così facendo si porrebbe come organo straordinario dell’amministrazione, con le conseguenze che da ciò derivano quanto al regime degli atti da lui compiuti: che, in quanto atti amministrativi e non riconducibili all’esercizio della funzione giurisdizionale, sarebbero impugnabili in sede di legittimità, e non già reclamabili innanzi al giudice che abbia insediato l’organo che li ha emanati”.

¹⁷⁹ Cons. St., sez. V, ord. 21 giugno 1996, n. 1210, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 1, 167, con nota di A. TRAVI, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*.

attraverso l'introduzione di azioni tipiche e atipiche, le quali costituiscono necessariamente il parametro a cui l'interprete deve far riferimento nella valutazione in ordine alla compatibilità di una misura cautelare con i principi di interinalità e strumentalità.

E invero, il *remand* potrebbe dirsi incompatibile con suddetti principi, e con l'art. 55, comma 1, cod. proc. amm., il quale li recepisce a livello normativo, solo qualora ci si muovesse ancora nel terreno del modello demolitorio, ovvero qualora l'unica azione esperibile dal privato fosse quella volta ad ottenere la caducazione del provvedimento.

Nella vigenza della pluralità di azioni processuali, la misura cautelare propulsiva risulta compatibile con gli interventi giudiziali che potranno essere espletati con l'adozione della sentenza conclusiva della fase di cognizione¹⁸⁰.

Difatti, esercitando i poteri di cui agli artt. 31 e 34, comma 1 let. c), cod. proc. amm., il giudice può ordinare all'Amministrazione di adottare un provvedimento mediante il quale in prima battuta, nell'ipotesi di inerzia, o in seconda battuta negli altri casi, l'ente si occupi della questione, dettando così una disciplina del rapporto con il privato che sia la medesima, ma senza i vizi riscontrati nella fase della cognizione, o diversa, e quindi favorevole.

L'ampiezza dei poteri giudiziali in sede di adozione della sentenza permette di ritenere coerente il *remand* con i principi di strumentalità e

¹⁸⁰ Per C. CACCIAVILLANI, *La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego di provvedimento e l'inerzia della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 1, 91, "Se il giudizio si chiude con una sentenza di annullamento fondata sull'accertamento che l'atto, da parte di quell'autorità, o con quella forma, o in esito a quel procedimento, non poteva essere legittimamente emanato, e con l'accertamento della doverosità dell'assunzione di un nuovo atto, da parte di autorità diversa, o con forma diversa, o con procedimento diverso, tale sentenza produce l'effetto di obbligare l'amministrazione a riesercitare il potere con forma o con procedimento diverso. E tale effetto può essere anticipato in sede cautelare, appunto con la misura cautelare propulsiva - ossia con l'ordine, impartito dal giudice, di riesercitare il potere con forma o con procedimento diversi. Né la misura cautelare propulsiva pregiudicherebbe l'esito della lite, o farebbe conseguire al ricorrente una utilità maggiore di quella che egli potrebbe derivare dalla sentenza di accoglimento del suo ricorso: il giudice si limita a ordinare il riesercizio del potere, e non dispone affatto la produzione degli effetti del provvedimento positivo. E l'eventuale nuovo atto, emanato dall'Amministrazione in esecuzione della pronuncia cautelare propulsiva, parteciperebbe della natura interinale di questa". Per una ricostruzione del pensiero dell'Autrice si rinvia al lavoro sulle tutele cautelari, C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e di legittimità e tutele cautelari*, CEDAM, Padova, 2002.

interinalità; in particolare, il giudice, così come può adottare una sentenza con la quale ordina l'adozione di un provvedimento, può concedere una misura cautelare avente lo stesso contenuto.

Si ritiene, inoltre, che l'ammissibilità della misura propulsiva sia maggiormente in linea con una lettura ad ampio respiro degli interventi legislativi, dottrinali e giurisprudenziali, che hanno spinto per una maggiore effettività della tutela nel processo amministrativo e che ha condotto all'affermazione del giudizio sul rapporto. Ne deriva che il compito dell'interprete dev'essere necessariamente quello di individuare sempre più soluzioni possibili per rendere la giurisdizione amministrativa maggiormente aderente alle esigenze del privato nel caso concreto e in modo compatibile con i principi generali.

Risulta quindi opportuno osservare il processo non più sotto l'ottica di un insieme di strumenti volti a ristabilire la legalità, ma come sistema volto a tutelare il privato nel rispetto del principio di separazione dei poteri.

In aggiunta, si osserva che anche a seguito del *remand*, l'Amministrazione ha di fronte a sé due strade: o adotta un provvedimento nuovo che si sostituisce a quello precedente negativo, ovvero adottato sulla base di una rinnovata istruttoria e corredato da una nuova valutazione, oppure esercita un'attività meramente esecutiva dell'ordinanza cautelare.

Nel primo caso, il giudice dovrà valutare se il nuovo provvedimento sia completamente soddisfacente dell'istanza del privato e, se così fosse, dichiara cessata la materia del contendere ai sensi dell'art. 34, comma 5, cod. proc. amm., posto che il ricorrente non potrebbe più ottenere alcuna utilità dalla prosecuzione del processo¹⁸¹.

Qualora invece il nuovo provvedimento fosse sfavorevole, e vi siano profili di illegittimità, il privato può impugnarlo mediante la proposizione di motivi aggiunti, i quali, sotto questo aspetto, appaiono quale strumento mediante al quale al ricorrente è permesso di chiedere, e al giudice di svolgere,

¹⁸¹ Cons. St., sez. V, 5 dicembre 2014, n. 6014.

una valutazione del rapporto giuridico sottostante, da operarsi nella medesima sede processuale, valorizzando così istanze di concentrazione processuale, meno onerose, lunghe e defatiganti rispetto all'instaurazione di un nuovo processo.

Nell'ipotesi in cui, invece, il provvedimento fosse meramente esecutivo della misura cautelare e non sia quindi frutto di una rinnovata valutazione amministrativa, la decisione dell'ente è precaria tanto quanto l'ordinanza cautelare e la sua sorte sarà legata all'esito del processo, in ossequio al principio di strumentalità e interinalità.

Più in particolare, in caso di accoglimento del ricorso, la sentenza sostanzialmente confermativa dell'operato del giudice della cautela stabilizza l'effetto interinale della decisione cautelare¹⁸². Viceversa, nell'ipotesi in cui il ricorso venga rigettato, l'ordinanza propulsiva perde di efficacia al pari dell'attività amministrativa espletata nell'esecuzione della stessa¹⁸³.

L'altro profilo di analisi della questione dell'ammissibilità del *remand* riguarda la compatibilità con il principio di separazione dei poteri, il quale,

¹⁸² La giurisprudenza conferma che nell'ipotesi di attività meramente esecutiva dell'ordinanza cautelare, il provvedimento favorevole non determina l'estinzione del giudizio con una pronuncia di carenza di interesse o di cessata materia del contendere, in quanto ciò sarebbe contrario ai principi processuali e agli interessi delle stesse parti. In particolare, dal lato del ricorrente, la pronuncia processuale precluderebbe di ottenere una decisione stabile di eliminazione del provvedimento lesivo, mentre, dal lato dell'Amministrazione, la sentenza di reiezione comporta la caducazione del provvedimento emesso in sede di riesame e reviviscenza degli effetti dell'atto sospeso in sede cautelare. Sul punto vd.: Cons. St., sez. VI, 20 gennaio 2011, n. 396; Id., 31 luglio 2012, n. 4389; Id., 30 luglio 2013, n. 4004; Cons. St., sez. V, 25 gennaio 2016, n. 222.

¹⁸³ La giurisprudenza sul punto è pacifica. In particolare, vd., *ex multis*: T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 7 settembre 2006, n. 8092; Cons. St., sez. IV, 20 marzo 2001, n. 1677; T.A.R. Bari, Puglia, sez. III, 14 gennaio 2011, n. 74. In dottrina, si segnala l'opinione di R. CAPONIGRO, *La natura*, cit., secondo il quale “*Tale orientamento, oggi decisamente prevalente, presenta il limite di assorbire nel giudizio cautelare il giudizio di merito, atteso che, se l'ordinanza di riesame è eseguita dall'amministrazione ovvero dal Commissario ad acta in sede di esecuzione ex art. 59 c.p.a., il ricorso introduttivo è destinato a concludersi, come detto, con una statuizione di improcedibilità o di cessata materia del contendere, mentre, di contro, è certamente più funzionale alla rapida definizione della controversia in quanto, se il rapporto è disciplinato da un nuovo provvedimento che, essendo basato su una rinnovata istruttoria e su una nuova motivazione, è espressione della volontà dell'amministrazione, sia pure esercitata in esecuzione di un ordine giurisdizionale, si presenta molto più rispondente ai principi di ragionevole durata del processo e di sollecita definizione dell'assetto di interessi in gioco considerare travolto il primo atto, ormai sostituito dalla stessa amministrazione con una autonoma, pur se indotta, manifestazione volitiva*”.

come si è detto, si snoda nella possibilità per il giudice di poter adottare una misura cautelare non invasiva della riserva d'amministrazione.

Sul punto, si osserva che il giudice rimanda la completa valutazione all'Amministrazione e, pertanto, non esercita funzioni amministrative in luogo dell'Autorità competente, la quale rimarrà libera di svolgere la propria scelta senza interferenze giudiziali¹⁸⁴.

La questione della compatibilità delle decisioni cautelari atipiche con l'imperativo della separazione dei poteri dello Stato si pone invece con maggiore evidenza in relazione alle misure positive mediante le quali il giudice, invece di rimandare all'Amministrazione l'individuazione della disciplina del rapporto pubblico, adotta lui stesso decisioni che anticipano il contenuto del provvedimento richiesto dal privato e negato dall'Autorità.

Si richiamano le considerazioni svolte in ordine all'ambito di applicazione del giudizio sul rapporto in relazione alle azioni processuali, tipiche e atipiche. In particolare, le sacche di discrezionalità presenti nell'esercizio dell'attività amministrativa escludono, coerentemente con il principio di separazione dei poteri, l'ammissibilità di pronunce incidenti sul merito della questione, il quale rimane precluso dalla valutazione giudiziale¹⁸⁵.

Pertanto, il giudice cautelare, nella decisione in ordine a quale misura adottare, deve astenersi dal concedere misure le quali, attribuendo vantaggi sulla base di valutazioni demandate all'Amministrazione, esulano dall'ambito

¹⁸⁴ Peraltro, si osserva che secondo pacifica giurisprudenza, il *remand* non può ricomprendere l'esercizio di un potere diverso da quello oggetto del sindacato giurisdizionale; diversamente, si verificherebbe uno sviamento di potere, con violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale secondo cui la riedizione del potere amministrativo è vincolata dall'effetto conformativo della sentenza con la quale sono stati tracciati i confini entro i quali si è sviluppata l'azione amministrativa. Cfr. T.A.R. Firenze, Toscana, sez. I, 18 gennaio 2016, n. 70; T.A.R. Lombardia, sez. III, 23 febbraio 2010, n. 429; T.A.R. Marche, 3 giugno 2009, n. 471; Cons. St., sez. V, 9 maggio 2001, n. 2607; Cons. St., sez. IV, 19 maggio 2008, n. 2312; Cons. St., sez. V, 7 gennaio 2009, n. 10.

¹⁸⁵ In questo senso C. CACCIAVILLANI, *Giudizio*, cit., 200, secondo La quale “*non vi è ragione per escludere l'ammissibilità di misure cautelari sostitutive, che si risolvono nell'anticipazione degli effetti della sentenza, nel caso in cui la decisione che definisce il giudizio sia tale da vincolare l'amministrazione all'adozione di un determinato atto, avente un determinato contenuto, e dalla quale scaturisca dunque l'obbligo dell'amministrazione alla sua emanazione*”; ID., *La tutela cautelare*, cit. 11.

della propria giurisdizionale, sconfinando nel terreno del potere esecutivo. Nell'ipotesi in cui residuino spazi di discrezionalità, il giudice potrà solo adottare una misura cautelare propulsiva, lasciando all'Autorità la determinazione del contenuto del provvedimento¹⁸⁶.

¹⁸⁶ D. DE CAROLIS, *Tutela cautelare e atti negativi*, in www.lexitalia.it.

CAPITOLO TERZO
IL RAPPORTO AMMINISTRATIVO TRA EFFETTIVITÀ DELLA
TUTELA E SEPARAZIONE DEI POTERI

1. Sindacato sostanziale dei vizi formali

2. Integrazione postuma della motivazione

2.1. Adozione di un nuovo e motivato provvedimento in corso di giudizio

3. Assorbimento dei motivi del ricorso

4. Giudicato a formazione progressiva e giudizio sul rapporto

5. Tutela del privato dinanzi agli atti discrezionali

1. Sindacato sostanziale dei vizi formali.

La virata più decisa che il Legislatore ha compiuto verso la conformazione del processo amministrativo quale giudizio sul rapporto è stata eseguita con l'introduzione dell'art. 21 *octies* della legge n. 241 del 1990 ad opera della legge n. 15 del 2005. Tale disposizione positivizza una forma di obbligatorietà della dissociazione tra illegittimità del provvedimento e pronuncia di annullamento, contribuendo al superamento del relativo binomio, e aprendo, al contempo, le porte al potere giudiziale alla valutazione sostanziale della pretesa del ricorrente¹⁸⁷.

Alla base del secondo comma della citata disposizione, infatti, vi è l'abbandono della tradizionale concezione dell'invalidità basata sulla cosiddetta "teorica della legittimità", che configura la validità in termini di conformità/difformità dell'atto amministrativo dallo schema legale, verso la più recente "teorica del risultato", la quale ricostruisce l'invalidità in termini di idoneità/inidoneità dell'attività amministrativa verso la soddisfazione dell'interesse pubblico cui quella attività amministrativa è esercitata¹⁸⁸.

Nonostante la rilevanza del secondo comma dell'art. 21 *octies* nel sistema dell'invalidità del provvedimento, la previsione non risulta totalmente innovativa, in quanto già la giurisprudenza si era espressa in ordine alla possibilità di evitare l'annullamento del provvedimento provocato dal mancato rispetto delle norme procedurali, in specie a seguito della descrizione dettagliata dell'*iter* da seguire operata dalla legge n. 241 del 1990.

Difatti, già prima dell'emanazione della legge n. 15 del 2005, la giurisprudenza aveva osservato che, in taluni casi, la caducazione del

¹⁸⁷ In tal senso vd. Cons. St., sez. III, 30 aprile 2014, n. 2247; T.A.R. Latina, Lazio, sez. I, 5 giugno 2007, n. 143; T.A.R. Pescara, 13 giugno 2005, n. 394; nello stesso senso in dottrina, vd. D. NAZZARO, *Illegittimità "non invalidante" dell'atto amministrativo e "motivazione postuma": la "positiva" metamorfosi del GA.*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2008, secondo la quale il giudice amministrativo "*Da semplice esaminatore dell'atto, passa a valutare il sottostante rapporto di diritto pubblico o, se si vuole, il contatto qualificato prodotto dall'azione amministrativa sul bene-vita del destinatario*".

¹⁸⁸ A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 4, 780.

provvedimento derivante dalla violazione di norme interpretate troppo rigidamente non avrebbe prodotto la riparazione della lesione del ricorrente, in quanto quest'ultima non risultava eliminabile mediante un corretto esercizio del potere¹⁸⁹.

Pertanto, l'annullamento giurisdizionale avrebbe prodotto solo l'applicazione troppo formalistica delle norme procedimentali e, nello stesso tempo, nessuna soddisfazione dell'interesse del privato, il quale avrebbe presumibilmente subito nuovamente il pregiudizio con l'adozione di un successivo provvedimento, questa volta scevro da vizi.

L'annullamento avrebbe comportato altresì la lesione dell'interesse alla speditezza e stabilità dell'azione amministrativa sotteso alle stesse norme procedimentali la cui rigida interpretazione avrebbe prodotto la caducazione, al pari del principio del giusto procedimento volto alla tutela del privato.

La valutazione della finalità sottesa alla disposizione in esame e quindi la tutela dell'interesse del privato a non vedere reiterati provvedimenti di eguale portata lesiva, in uno al perseguimento della celerità e della certezza dell'*agere* pubblico, hanno portato la giurisprudenza a elaborare soluzioni per evitare annullamenti inutili o controproducenti rispetto agli interessi in gioco¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Secondo F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 2, 409, "La giurisprudenza che distingue le conseguenze della mancata comunicazione secondo l'utilità della partecipazione è mossa dall'intento di non assecondare un contenzioso pretestuoso; ma per conseguire lo scopo essa afferma la legittimità del provvedimento emanato in violazione della regola che prescrive la comunicazione, laddove il provvedimento è bensì illegittimo ma potrebbe, in presenza di determinate circostanze, non essere lesivo dell'interesse legittimo del ricorrente".

¹⁹⁰ Ci si riferisce all'applicazione del principio di derivazione processualistica del raggiungimento dello scopo, secondo il quale, in presenza di violazioni di norme formali, si sarebbe dovuta garantire la conservazione degli atti amministrativo. In altre parole, il giudice non avrebbe potuto annullare il provvedimento qualora lo scopo della norma violata fosse stato comunque raggiunto. Cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 20 dicembre 2004, n. 8133; Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6781; Cons. St., sez. V, 23 marzo, 2004, n. 1542; Cons. St., sez. VI, 26 aprile 2002, n. 2253; Cons. St., sez. V, 18 dicembre 2003, n. 8341; Cons. St., sez. V, 5 marzo 2003, n. 1215; Cons. St., sez. V, 26 marzo 2003, n. 1099; Cons. St., sez. V, 21 gennaio 2002, n. 343; Cons. St., sez. VI, 4 novembre 2002, n. 6002; Cons. St., sez. IV, 29 ottobre 2002, n. 5916; Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2002, n. 1922; Cons. St., sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823; Cons. St., sez. IV, 18 maggio 1998, n. 836; Cons. St., sez. IV, 30 settembre 2002, n. 5003. Il principio di strumentalità delle forme è stato applicato anche successivamente all'introduzione dell'art. 21 *octies*. Si veda Cons. St., sez., VI, 27 aprile 2011, n. 2482; Cons. St., sez. V, 6 maggio 2011, n. 6, il quale ha affermato che: "Il principio di strumentalità delle forme (...) opera con

L'art. 21 *octies*, comma secondo, accogliendo il principio di raggiungimento dello scopo, rappresenta la sublimazione a livello normativo dei tentativi giurisprudenziali e dottrinali di evitare l'estrema procedimentalizzazione, risultante inutile sia per il privato che per l'Amministrazione¹⁹¹.

riferimento a qualsivoglia adempimento da rendere ai fini della partecipazione alle pubbliche gare, con la conseguenza che non ogni violazione comporta l'automatica esclusione del concorrente che ne è risultato autore, ma l'invalidità di un atto per vizi procedurali può essere riconosciuta solo quando gli adempimenti formali omessi non ammettano equipollenti, per il raggiungimento dello scopo perseguito". Il principio è da tenere distinto rispetto a quello del raggiungimento del risultato, rispetto al quale si differenzia per il fatto che il parametro di valutazione è il contenuto lesivo del provvedimento e non la finalità perseguita dalla norma procedimentale violata. E invero, un conto è verificare se la violazione procedurale abbia prodotto la mancata realizzazione dell'effetto voluto, altro è valutare se la parte dispositiva, e lesiva, del provvedimento, sarebbe stata diversa se non ci fosse stata la mancata o scorretta applicazione di una disposizione. E così, un conto è valutare se la mancata comunicazione di avvio del procedimento non ha impedito al privato di venire a conoscenza dell'azione amministrativa iniziata, diverso è verificare se la partecipazione avrebbe condotto l'Autorità ad adottare un provvedimento lesivo diverso rispetto a quello adottato.

¹⁹¹ Secondo V. FANTI, *Art. 29*, in R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Il codice del processo amministrativo*, Roma, Nel Diritto, 2012, 485, “*occorre chiedersi se il dettato della norma in esame abbia, per così dire, <<istituzionalizzato>> il principio del raggiungimento dello scopo, recependo l'orientamento giurisprudenziale appena richiamato. Ad una attenta lettura si rileva che con l'attuale disposizione il Legislatore ha inteso introdurre un nuovo criterio dal quale far conseguire la irrilevanza della violazione delle norme sul procedimento o sulla forma dell'atto. Qui, infatti, non si è in presenza del principio di strumentalità delle forme, non si discute sulla mera aderenza a una fattispecie legale, ma rileva unicamente la verifica che il provvedimento non avrebbe presentato un contenuto diverso, pur se il vizio di forma o sul procedimento non fosse mai esistito. In questo caso si è in presenza, quindi, di una norma che si propone un diverso obiettivo, un diverso criterio dal quale conseguire l'irrilevanza della violazione delle regole formali, ossia – come detto - il raggiungimento del risultato. (...) La ratio della disposizione è dunque quella di evitare annullamenti per illegittimità di natura non sostanziale di provvedimenti destinati ad essere reiterati con il medesimo contenuto, con inutile dispendio di tempo e di risorse e senza alcun reale beneficio per il destinatario del provvedimento: Trga Bolzano, 4 dicembre 2006, n. 430; TAR Napoli, Campania, sez. IV, 10 novembre 2006, n. 9458; TAR Lazio, sez. I, 6 giugno 2006, n. 4299. La norma è insomma volta <<ad evitare, in caso di riedizione del provvedimento emendato dalla mera irregolarità formale, la duplicazione di un processo dal destino preannunciato>> (TAR Catania, sez. I, 1 luglio 2011, n. 1650; id., 15 aprile 2011, n. 938; id., 16 dicembre 2010, n. 4747)". E ancora vd. E. FOLLIERI, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2005, 6, 626, “*In altri termini, si è in presenza di una ulteriore ragione per cui diviene irrilevante il mancato rispetto delle norme sulla forma o sul procedimento. Ed è irrilevante la violazione della legge, anche se risultasse che non vi è stato il sostanziale rispetto dei principi ispiratori delle disposizioni violate. Si è in presenza di una norma che si muove in un'altra ottica: il raggiungimento del risultato". Ancora, secondo F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità*, cit., “*la regola che esclude l'annullabilità per vizi di forma o di procedura se il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso, evita l'indagine sul rapporto tra la violazione compiuta ed il risultato cui l'autorità decidente è giunta. Sia il giudizio causale (di fatto la violazione non ha influenzato il risultato), sia il giudizio ipotetico, in ordine alla mera possibilità che il corretto***

Lo strumento utilizzato dal Legislatore per evitare che la caducazione del provvedimento provocasse conseguenze negative per le parti del rapporto è stata l'introduzione del potere giudiziale di verificare il complesso dell'azione autoritativa e la posizione del privato. Si può quindi affermare, e in tal senso si è orientata la giurisprudenza, che l'introduzione dell'art. 21 *octies* segna il definitivo ingresso della valutazione sostanziale all'interno del processo amministrativo¹⁹².

L'introduzione della disposizione non è stata tuttavia accolta positivamente dalla dottrina unanime ed è stata da taluni ritenuta contrastante con gli art. 24 e 113 Cost. in quanto produttiva di una dequotazione dei vizi formali e di una lesione alla tutela giurisdizionale di fronte ad essi¹⁹³.

svolgimento del procedimento conducesse ad una decisione diversa, sono resi superflui dalla formulazione proposta, la quale collega la non annullabilità all'assenza di alternative riguardo alla statuizione posta con il provvedimento: la legittimità della statuizione e l'assenza di alternative (legittime) forniscono esse stesse la dimostrazione che l'inosservanza delle regole di forma o di procedura non ha avuto effetto per il contenuto del provvedimento. In questo senso può dirsi che l'irrelevanza causale della violazione commessa non è estranea alla regola che esclude l'annullabilità per vizi di forma o di procedimento quando la statuizione non abbia alternative legittime, ma tale irrilevanza non richiede dimostrazione poiché è in re ipsa".

¹⁹² F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., 119, ritiene che "la vera forza innovativa della disposizione è costituita non da ciò che la norma afferma, ma da ciò che la norma sottintende: così come (ciò che la norma dice) in caso di infondatezza della pretesa al privato non compete neanche l'annullamento, così, specularmente, (ciò che la norma non dice ma sottintende), ove, in tema di atti vincolati, la pretesa sia fondata e sia stata proposta rituale domanda, il Giudice non concederà solo l'annullamento ma valuterà anche la fondatezza della pretesa sostanziale condannando l'amministrazione all'adozione del provvedimento spettante". Ancora, per D. CORLETTI, *Vizi <<formali>> e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1, 33, "Sono chiare però le conseguenze di questa scelta: il giudizio di annullamento di provvedimenti vincolati diventa esclusivamente un giudizio di spettanza. Un giudizio sulla «meritevolezza intrinseca» della pretesa del privato. L'annullamento dell'atto vincolato segue dunque (solo) alla valutazione della fondatezza della pretesa del privato e trova solo in questa il suo fondamento".

¹⁹³ A. TRAVI, *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr. Giur.*, 2005, 4, 453; F.G. SCOCA, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei procedimenti amministrativi*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2006, 61; M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, 573; M. RENNA - A. SPEZZATI, *Sulla natura della responsabilità della P.A. per violazione degli obblighi procedurali e di correttezza*, in *Giur. it.*, 2012, 2664; F. SAIITA, *Art. 21 octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990: ecco perché si finisce per "rimpiangere il passato" (Discussione con Leonardo Ferrara, atto quarto)*, in www.giustamm.it, 2008; ID., *L'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990 approda alla Consulta: riflessioni su un (opinabile) giudizio di (non) rilevanza (con G. Tropea)*, in *Dir. proc. amm.* 2010, 2, 566 ss.; F. FRACCHIA - M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21 octies*, L.

Sotto altro aspetto, la dottrina maggioritaria si è assestata sull'accoglimento dell'orientamento secondo il quale la disposizione abbia natura processuale e sia inerente all'interesse ad agire, rivalutato a sua volta secondo un'accezione sostanziale¹⁹⁴. In particolare, si ritiene che, affinché possa dirsi titolare dell'interesse ad agire, il privato dovrebbe poter ottenere un vantaggio concreto dalla pronuncia e ciò non accadrebbe qualora l'Amministrazione potesse adottare nuovamente un provvedimento sfavorevole.

La previsione di cui al secondo comma dell'art. 21 *octies* costituisce una conferma, e allo stesso tempo una svolta, dell'accoglimento della concezione sostanziale dell'interesse legittimo, già avallata dalle Sezioni Unite, secondo la

241/90: quando il Legislatore non può e non deve, in www.giustamm.it; A. POLICE, *L'illegittimità*, cit.; D. U. GALETTA, *Le garanzie procedurali dopo la legge 15/2005: considerazioni sulla compatibilità comunitaria dell'art. 21 octies L. 241/90, anche alla luce della previsione ex art. 41 CED*, in L. R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990 n. 241 tra garanzie della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, CEDAM, 2008, 333; ID., *L'art. 21-octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla costituzione e al diritto comunitario*, in *Riforma della l. 241/90 e processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 2009; D. DELLA CANANEA, *The Italian administrative procedure act: progresses and problems*, 2011, in www.iuspublicum.com, 2012. Tra coloro i quali sostengono la legittimità costituzionale della disposizione in esame, G. SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 3, 589; L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006, 3, 599; ID., *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. Amm.*, 2008, 114; S. MORRONE, *Art. 21 octies: annullabilità del provvedimento*, in *La nuova disciplina dell'azione amministrativa. Commento alla legge n. 241 del 1990 aggiornato alle leggi n. 15 e n. 80 del 2005 (a cura di R. Tomei)*, Padova, 2005, 658 ss.

¹⁹⁴ La questione relativa all'inquadramento della pronuncia giudiziale resa in applicazione dell'art. 21 *octies*, comma 2, è discussa. Secondo un approccio, si tratterebbe di una pronuncia di rigetto nel merito per infondatezza della domanda attorea, in tal senso F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2005, 1881. L'orientamento prevalente ritiene, invece, che si tratti di una pronuncia di mero rito per inammissibilità della domanda attesa la carenza di una condizione dell'azione, l'interesse ad agire, in tal senso vd. D. U. GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo art. 21 octies della Legge 241/90*, in www.giustamm.it. Secondo altra impostazione, la sentenza sarebbe una sentenza di rigetto e non di mero rito, perché contiene un nucleo di accertamento circoscritto all'illegittimità dell'atto impugnato, ma dettata da motivi di rito che non andrebbero identificati nell'assenza di una condizione dell'azione quanto nell'improponibilità oggettiva della domanda. In tal senso F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 2, 391. Infine, è stato che ritenuto che la sentenza sia di mero rito, difettando la lesione dell'interesse legittimo in quanto, nel momento in cui il provvedimento è stato emanato e il destinatario si rivolge al giudice, la mancata realizzazione dell'utilità sostanziale è conforme a diritto. In tal senso L. FERRARA, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 106.

quale il privato aspira all'ottenimento di un'utilità pratica, a cui si frappone l'esercizio del potere, mentre giammai aspira alla mera affermazione dell'illegittimità del provvedimento impugnato¹⁹⁵.

Pertanto, se l'Amministrazione non avrebbe attribuito il bene della vita al privato anche nel pieno rispetto delle norme violate, può dirsi che l'illegittimità non ha prodotto nessuna lesione dell'interesse legittimo, in quanto il privato aspira ad incamerare un bene della vita, il quale non sarebbe stato attribuito anche nell'ambito di un'azione conforme al plesso delle norme regolatrici del potere. Ciò conduce a ritenere che la mancata o cattiva applicazione delle regole procedurali non necessariamente provoca un pregiudizio per il destinatario dell'azione amministrativa. Di conseguenza, in questi casi, l'annullamento si pone come un rimedio non soddisfacente per l'interesse pretensivo del privato, ma solo un'inutile perdita di tempo e risorse¹⁹⁶.

La valutazione della pretesa del ricorrente si risolve quindi in uno strumento che permette al giudice di verificare l'utilità dell'annullamento e non può essere concepito solo come un vantaggio per l'Amministrazione¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, con nota di G. SORICELLI, *Appunti su una "svolta" epocale in merito ad un'interpretazione costituzionalmente orientata sulla pari dignità tra diritto soggettivo ed interesse legittimo: una decisione a futura memoria?*, in *Foro amm.*, 2000, 2, 349.

¹⁹⁶ F. CARINGELLA, *La riforma del procedimento amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2005, 4, 377. Sul punto, occorre richiamare il recente intervento della Corte costituzionale, la quale, con sentenza del 17 marzo 2017, n. 58, in relazione alla disposizione in esame, ha affermato che *"il meccanismo dettato dalla norma non altera in alcun modo il diritto di difesa, né arreca un pregiudizio alle ragioni sostanziali del ricorrente, collegandosi invece alla carenza di interesse del ricorrente stesso a ottenere l'annullamento di un atto che l'amministrazione potrebbe successivamente reiterare con identico contenuto"*.

¹⁹⁷ E. FOLLIERI, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2005, 6, 626. L'Autore sostiene che *"Si potrebbe obiettare che, in questi casi, si tratterebbe di una tutela fittizia perché l'Amministrazione può ripetere il provvedimento del medesimo contenuto, depurandolo dal vizio, per cui non si è in presenza di una effettiva esclusione o limitazione della tutela. L'obiezione, però, non coglierebbe nel segno perché l'annullamento, anche per soli vizi formali, tutela efficacemente l'interesse legittimo oppositivo, pure se l'Amministrazione può ripetere il provvedimento impugnato con il medesimo contenuto"*. in T.A.R. Napoli, Campania, sez. VII, 5 dicembre 2016, n. 5607, *"Tale norma, però, non determina la degradazione di un vizio di legittimità in mera irregolarità, né costituisce una fattispecie esimente ma, pur continuando la violazione ad integrare un vizio di legittimità, viene prevista la non annullabilità dell'atto a causa di valutazioni attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate "ex post" dal Giudice, il quale accerta che il provvedimento non poteva essere diverso. Poiché, quindi, tale articolo rende irrilevante la violazione delle norme sul*

L'interesse dell'Autorità a veder mantenuto in vita il provvedimento non esclude, quindi, che vi sia coincidenza con il vantaggio per il privato di ottenere un annullamento inutile dinanzi alla sicurezza di essere nuovamente destinatario di un provvedimento dall'eguale contenuto lesivo.

Se quindi l'art. 21 *octies* svolge la funzione di inserire nel processo amministrativo la valutazione della fondatezza della pretesa, risulta di particolare interesse ai fini del presente lavoro analizzare i limiti entro i quali l'immissione giudiziale possa realizzarsi.

La questione non può che intrecciarsi con il limite fondamentale del giudizio sul rapporto, ossia il principio di separazione dei poteri.

In sede di emanazione della legge n. 15 del 2015, il Legislatore ha deciso di non accogliere il progetto di legge che non differenziava tra attività vincolata e discrezionale, e il testo definitivo del 21 *octies* distingue l'ambito di applicazione della norma a seconda del tipo di violazione e del tipo di attività esercitata¹⁹⁸.

In particolare, nel primo inciso la disposizione si riferisce espressamente alla sola attività vincolata qualora sia stata compiuta una violazione di norme procedurali di natura formale, senza alcuna ulteriore specificazione, mentre nel secondo a ogni tipologia di attività amministrativa esercitata, ma per la sola

procedimento o sulla forma dell'atto per il fatto che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato, ossia, l'interesse a ricorrere viene negato allorché tale accertamento priva il ricorrente dell'interesse a coltivare un giudizio da cui non potrebbe ricevere alcuna utilità, la prova di tale utilità si deve escludere allorché gli elementi che il privato intende introdurre nel procedimento e che ha indicato in giudizio non siano facilmente risolvibili se non con valutazioni di merito che risultano precluse al Giudice amministrativo (Sez. V, Sent. n. 143 del 23-01-2008). Pertanto la norma, lungi dal configurarsi come un'esimente per la P.A., che è comunque onerata dalla comunicazione di avvio del procedimento, salvo le ipotesi espressamente eccettuate dall'art. 13 della L. 241/90, si applica solo in sede giurisdizionale, con una valutazione effettuata ex post dal giudice amministrativo, circa il carattere non rilevante della violazione, avuto riguardo all'esito del procedimento".

¹⁹⁸ La stesura originaria dell'attuale comma 2 dell'art. 21 *octies* così recitava "non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norma sul procedimento o sulla forma degli atti, le quali non abbiano un rilievo essenziale per la correttezza del procedimento quando il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato". È dunque prevalsa la posizione maggiormente restrittiva che in applicazione al tradizionale principio di separazione dei poteri, ritiene che la valutazione sostanziale non possa essere compiuta sull'attività discrezionale.

ipotesi di mancata comunicazione di avvio al procedimento¹⁹⁹.

Di conseguenza, non potendo forzarsi il dato normativo, il cui significato è ben ricostruibile secondo un'interpretazione letterale dell'inciso "*natura vincolata*" del provvedimento, gli spazi di valutazione rimangono solo in relazione alla seconda parte della disposizione, e quindi solo con riferimento alla mancata comunicazione d'avvio.

Tuttavia, in sole prospettive *de iure condendo*, si ritiene che la distinzione tra violazioni procedimentali nell'esercizio di attività discrezionale e vincolata risulti dannosa per la stessa finalità della norma.

In particolare, aderendo a teoria rimasta non accolta dal Legislatore del 2005, la distinzione tra violazioni formali e non formali non risulta pertinente in ordine alla rilevanza delle cosiddette carenze procedimentali minimali. Di queste non risulta un'elencazione o definizione dottrinarie, ma solo esemplificazioni, tra le quali la mancata apposizione nell'atto dell'intestazione della data, del numero di protocollo o della delega sulla base della quale si opera; la sottoscrizione indecifrabile, quando è possibile risalire sulla base di riscontri oggettivi all'autore del segno grafico; l'errore nella citazione dei testi normativi, nell'indicazione degli atti preparatori o dell'oggetto, comunque individuabile; la mancata menzione di un parere pur intervenuto; l'inesatta indicazione dei membri di un organo collegiale o dei loro nomi o dei presenti o degli assenti; errori materiali di calcolo o di indicazione di altro provvedimento; la mancata indicazione del termine e dell'Autorità cui è possibile ricorrere contro il provvedimento²⁰⁰.

¹⁹⁹ Il Legislatore non ha definito, elencato o qualche modo circoscritto la categoria dei vizi formali, lasciando alla dottrina e alla giurisprudenza l'arduo compito di definirli. Sul punto, si veda V. PARISIO (a cura di), *Vizi*, cit., 61; D. U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, Giuffrè, 2003; M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, 434 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità*, cit., 409; A. POLICE, *L'illegittimità*, cit., 780; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004. In particolare, F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2003, secondo cui per vizio formale dovrebbe intendersi "*quella specifica violazione di una norma di azione (a carattere imperativo), contenente la disciplina delle forme per la sua esternazione o delle procedure per la sua adozione*".

²⁰⁰ Così G. MORBIDELLI, *Invalidità e irregolarità*, Atti del Convegno su "*Innovazione del*

In tutti questi casi il giudice potrebbe verificare se l'esito dell'azione pubblica avrebbe potuto essere diverso anche qualora fosse stata esercitata discrezionalità amministrativa.

Non solo, la stessa valutazione potrebbe essere condotta nel rispetto del principio di separazione dei poteri anche qualora il procedimento sia giunto ormai ad una fase in cui la discrezionalità si sia completamente consumata, erosa, al pari dell'ipotesi di esercizio di autovincolo con il quale l'Amministrazione si lega le mani ed elimina il futuro esercizio di discrezionalità per quel determinato aspetto²⁰¹.

Perciò non dovrebbe distinguersi tra attività vincolata e discrezionale nell'applicazione del principio del raggiungimento del risultato per il solo fatto che l'applicazione della disposizione alla seconda ipotesi non sarebbe necessariamente da considerarsi in contrasto con il principio di separazione dei poteri.

Inoltre, ragionando al contrario e non tenendo conto del fatto che nella generalità dei casi l'attività è discrezionale, non si giungerebbe a dare applicazione concreta all'art. 21 *octies* e non si darebbe adeguata rilevanza all'esistenza di procedimenti connotati da margini di discrezionalità e vincolatività.

Per questo motivo si ritiene che il principio in esame dovrebbe essere applicabile a tutti i casi in cui il giudice non realizza in concreto una violazione del principio di separazione dei poteri e non solo quando ciò avvenga *prima facie*, ovvero qualora l'attività sia astrattamente da qualificare come discrezionale²⁰².

diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione", in *Annuario dei professori di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, 79.

²⁰¹ Con riferimento all'applicabilità della disposizione all'autovincolo, T.A.R. Abruzzo, Pescara, 14 aprile 2005, n. 185.

²⁰² T.A.R. Sardegna, sez. I, 25 maggio 2005, n. 1170, ha sostenuto che il comma 2 dell'art. 21 *octies* può essere applicato anche quando il provvedimento presenti "*congiuntamente ad ambiti vincolati, margini di discrezionalità. Più specificatamente deve ritenersi che la disposizione normativa in questione possa trovare applicazione laddove la soddisfazione della pretesa del privato dipenda dal possesso di requisiti di cui il giudice può *ictu oculi* verificare la presenza*". Nello stesso senso, T.A.R. Basilicata, Potenza, sez. I, n. 454 del 2010; Cons. St., sez. VI, 11

Inoltre, nel rispetto delle finalità della disposizione, si potrebbe sostenere che il giudice debba realizzare una valutazione caso per caso, controllando la non invasione della discrezionalità qualora si renda necessario, senza attenersi a inquadramenti astratti non compatibili con lo spirito della norma.

In caso contrario, le conseguenze della mancata applicazione della disposizione, e quindi la doverosità dell'annullamento anche nell'ipotesi in cui l'azione amministrativa non potrebbe essere diversa rispetto a quella in concreto esercitata, e comporterebbero non solo un *vulnus* alla sfera giuridica del ricorrente, lesa dall'eventualità che l'Autorità rieserciti il proprio potere con il medesimo risultato, ma altresì alla stessa Amministrazione, costretta a spendere risorse e mezzi per l'ulteriore, nuovo, ma sostanzialmente identico, riesercizio dell'attività amministrativa.

Ma se così fosse, il principio di separazione dei poteri, che ha ispirato il Legislatore nell'elaborazione della disposizione, e soprattutto nella revisione del progetto di legge che comprendeva anche l'attività discrezionale, da strumento di protezione anche delle istanze dell'ente, diventerebbe mezzo che conduce alla stessa lesione delle prerogative dell'Autorità.

In aggiunta, si ritiene che prevedere l'estensione all'attività vincolata per il solo caso di mancata comunicazione di avvio al procedimento risulti approssimativa posto che, come si è cercato di dimostrare, vi sono anche altre ipotesi in cui il giudice può effettuare una valutazione sostanziale della pretesa e del risultato dell'azione autoritativa senza invadere lo spazio della riserva di amministrazione.

Ulteriore limite al potere giudiziale di valutazione dell'ipotetico risultato dell'azione, è quello del riscontro dell'irrilevanza "palese" della violazione formale al fine di poter concludere che l'Amministrazione non avrebbe potuto adottare un provvedimento dal contenuto dispositivo differente.

La dottrina ha definito il concetto "*così incerto, per non dire indeterminato, e così poco si presta a dimostrazioni e giustificazioni, che*

maggio 2011, n. 2795; T.A.R. Cagliari, Sardegna, sez. I, 27 novembre 2012, n. 1015; Cons. St., sez. IV, 25 maggio 2012, n. 3083.

l'individuazione di questo punto non può che restare all'apprezzamento soggettivo del giudice, al quale la legge l'ha affidata"²⁰³.

Sul punto, la dottrina maggioritaria ha accolto la tesi secondo la quale il termine palese sia riferibile non solo al vizio "noto" o "manifesto" ma, in accoglimento di una nozione maggiormente ampia, sia altresì comprensivo delle situazioni in cui siano necessarie delle indagini istruttorie²⁰⁴. In particolare, nell'ottica di potenziare l'effettività della tutela in un sistema di giurisdizione soggettiva, si ritiene che, essendo il giudice chiamato a valutare la fondatezza della pretesa, l'evidenza del vizio possa essere o "spontanea", in quanto discendente dalla normale attività processuale delle parti, o "provocata" dall'attività istruttoria e d'impulso del giudice amministrativo²⁰⁵.

2. Integrazione postuma della motivazione.

L'ammissibilità di un potere integrativo dell'onere motivazionale della parte resistente di un giudizio volto, esclusivamente o tra l'altro, a far rilevare la violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 costituisce una questione tuttora non sopita²⁰⁶.

²⁰³ Così D. CORLETTI, *Vizi*, cit., 35.

²⁰⁴ Per A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali e vizi procedurali*, in V. CERULLI IRELLI, *Il procedimento amministrativo*, Napoli, Jovene, 2007, 228, "l'aggettivo, a mio avviso, non va riferito alla maggiore o minore difficoltà dell'accertamento, bensì al fatto che il giudice possa e debba comprendere tale verifica d'ufficio: ciò che appunto accade se l'accertamento stesso si colloca sul piano della interpretazione della norma e discende dalla lettura di questa, in base al principio *juris novit curia*".

²⁰⁵ R. GAROFOLI – G. ALPA, *Manuale*, cit., 1085. E; Follieri, *L'annullabilità*, cit., 628, rileva che "il provvedimento impugnato presenta un determinato contenuto (reale) ed il giudice deve figurarsi, sul piano virtuale, che la norma sulla forma, procedimento o comunicazione di avvio del procedimento, sia stata rispettata e considerarne i possibili effetti sul contenuto del provvedimento (virtuale) per decidere se l'assetto degli interessi potrebbe risultare diverso e soddisfacente dell'interesse del ricorrente". In tal senso anche F. CARINGELLA, *Corso*, cit., 1913; V. FANTI, *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2006, 292.

²⁰⁶ Si segnala il contributo di G. FERRARI, *Integrazione della motivazione del provvedimento amministrativo nel corso del giudizio*, in *Giur. mer.*, 2012, 10, 2189, la quale, prendendo atto della natura controversa della questione, raccoglie alcuni punti fermi raggiunti dalla giurisprudenza nel tentativo di individuare alcune conclusioni univoche che donerebbero

La problematica da un lato s'interseca con quella della dequotazione dei vizi formali, secondo alcuni profilata dall'art. 21 *octies* della legge sul procedimento e, dall'altro, con la rivalutata concezione del processo amministrativo quale giudizio sul rapporto.

Sul punto, sia in dottrina sia in giurisprudenza, si registra la presenza di due contrapposti orientamenti: l'uno, sostenitore dell'inammissibilità dello spostamento in avanti dell'adempimento di cui all'art. 3 della legge n. 241 del 1990, e l'altro, contrario, volto ad ammettere l'integrazione postuma della motivazione, ritenendo di tal guisa non violato alcun principio informatore dell'attività amministrativa.

Sotto un primo aspetto, l'orientamento negazionista rileva che la sanatoria *ex post* del difetto di motivazione si tradurrebbe nella dequotazione a mero vizio formale del mancato inserimento dell'*iter* logico-giuridico compiuto dall'Amministrazione e svilirebbe la portata applicativa del principio di trasparenza, al quale si ispira l'obbligo di cui all'art. 3 della legge sul procedimento²⁰⁷.

Ciò avverrebbe in quanto se l'Autorità potesse fare affidamento sulla possibilità di sanare il vizio successivamente all'adozione del provvedimento, e

maggior certezza del diritto.

²⁰⁷ Per M. OCCHIENA, *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione e il dovere di comunicazione dell'avvio dei procedimenti ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 2, 522, "Si manifesterebbe un improduttivo formalismo, che potrebbe essere evitato mediante la correzione della motivazione in giudizio. Non pare, tuttavia, potersi seguire siffatta impostazione. Il divieto di emendare (nel senso sopra specificato) la motivazione in giudizio è regola fondamentale per assicurare la protezione del cittadino nei confronti dell'operato dei pubblici poteri (...) realizzare. Tuttavia, un tale modo di procedere pare inevitabilmente collidere con le «ragioni del cittadino» e con le esigenze di tutela di quest'ultimo nei confronti del potere pubblico siccome sancite dagli artt. 24 e 113 Cost., nonché anche con il principio delle «condizioni di parità processuale» posto dal primo capoverso dell'art. 111 Cost. (...) La tutela nei confronti del vizio di motivazione del provvedimento non può essere disattesa dall'integrazione in giudizio della motivazione stessa: se così potesse avvenire, ne risulterebbe la derubricazione di tale vizio dal piano dell'illegittimità a quello della mera irregolarità. Tuttavia, per sostenere che di per sé il vizio di motivazione non comporterebbe l'annullabilità, bensì la mera irregolarità dell'atto (che potrebbe essere rettificato in giudizio dall'amministrazione), occorrerebbe previamente dimostrare che in caso di carenza o difetto di motivazione (e, dunque, di violazione del precetto ex art. 3, l. n. 241 del 1990) il privato non è titolare di un interesse legittimo. Soltanto in questo caso sarebbe soddisfatto il principio enunciato dagli artt. 24 e 113 Cost.". Posizione sfavorevole è stata altresì espressa da F. CINTIOLI, *Il nuovo codice*, cit. 196.

in particolare in caso di reazione processuale del privato, sarebbe meno incline all'adempimento dell'onere motivazionale in sede procedimentale²⁰⁸.

Inoltre, in modo siffatto, il processo si trasformerebbe in un succedaneo del procedimento, posto che le giustificazioni giuridico-fattuali dell'azione amministrativa verrebbero elaborate, aggiunte o specificate, solo nella fase eventuale della tutela giurisdizionale del privato, il quale, nell'ottica della democratizzazione del procedimento, dovrebbe essere in grado di conoscere le motivazioni dell'*agere* pubblico nel momento stesso della lesione.

Di conseguenza, ammettendo l'integrazione postuma, il soggetto leso dal provvedimento sarebbe costretto a proporre ricorsi al buio al pari di quanto accadeva prima dell'introduzione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 e, inoltre, sarebbe scoraggiato a iniziare un giudizio sì defatigante, ma dall'esito incerto, imponderabile, giacché scoprirà solo durante il processo quali sono state le reali, magari fondate, considerazioni espletate dall'Amministrazione per giungere alla conclusione accolta in sede di esercizio del potere²⁰⁹.

Pertanto, con la finalità di rendere operativa la parità delle parti del rapporto pubblico, si ritiene che l'integrazione postuma della motivazione sia incompatibile con l'esigenza di contraddittorio procedimentale sottesa agli istituti di partecipazione scolpiti dalla legge n. 241 del 1990, in quanto realizzante un'asimmetria tra privato e Amministrazione²¹⁰.

Da ultimo, l'inammissibilità dell'integrazione *ex post* della motivazione è sostenuta tenendo conto sia della natura impugnatoria del giudizio, sia della finalità del processo di verificare esclusivamente l'esistenza di profili di

²⁰⁸ M. CLARICH, *Tutela giurisdizionale e altre forme di tutela*, *Annuario 2002 dei Professori di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 150 ss.

²⁰⁹ Così N. LONGOBARDI, *La motivazione del provvedimento amministrativo dopo la L. n. 15 del 2005*, in www.giustamm.it, 2007.

²¹⁰ Secondo T.A.R. Catania, sez. IV, 29 marzo 2012, n. 900, "nel giudizio impugnatorio sussiste tuttora il divieto d'integrazione postuma della motivazione, anche se ciò avvenga, piuttosto che con una mera produzione documentale, mediante il deposito di una memoria difensiva con la quale l'Amministrazione rappresenti delle circostanze, da dimostrare comunque documentalmente, ostative ad un contenuto favorevole per l'interessato; tale evenienza, infatti, concretizza una palese violazione delle varie garanzie partecipative previste dalla l. n. 241 del 1999 in diversi modi, a partire dall'inizio del procedimento per continuare in tutta la fase istruttoria, e fino al cd. preavviso di rigetto di cui all'art. 10-bis".

illegittimità. In particolare, tali connotati renderebbero la valutazione giudiziale insensibile alla conoscenza delle reali motivazioni dell'Amministrazione, in quanto tenuta a rispettare l'art. 3 della legge n. 241 del 1990, pena la caducazione dell'atto, senza che possano essere invocate esigenze di tutela del privato²¹¹.

Di tutt'altra linea rispetto al pensiero tradizionale finora sinteticamente descritto, si pone l'orientamento sempre più diffuso della dottrina e della giurisprudenza, che in questa sede si accoglie, il quale risulta favorevole all'integrabilità della motivazione in corso di giudizio²¹².

Relativamente all'obiezione afferente alla svalutazione del principio di trasparenza amministrativa e alla conseguente dequotazione dei vizi formali, si ritiene che le argomentazioni utilizzate debbano essere coordinate non solo con il perseguimento della piena affermazione della parità delle parti in seno al procedimento, sulla base del rinnovato rapporto tra cittadino e

²¹¹ T.A.R. Piemonte, sez. I, 9 novembre 2005, n. 3501, per il quale “*anche dopo le modifiche apportate con la l. n. 15 del 2005, va esclusa la possibilità di una motivazione postuma che consenta all'Amministrazione di esternare, nel corso del giudizio, le ragioni sottese al provvedimento di diniego impugnato, essendo detta possibilità incompatibile con la natura demolitoria del processo amministrativo, che impone di fare esclusivo riferimento al contenuto dell'atto e considerato, altresì, che anche nel caso di atti vincolati, il venir meno di un margine di apprezzamento discrezionale non esonera l'Amministrazione dall'obbligo di rendere conoscibili i presupposti della determinazione adottata, corredando l'atto di un congruo supporto motivazionale, la cui assenza non può essere valutata alla stregua di un mero vizio formale*”. Anche Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2009, n. 5898. F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967, 498 ss.

²¹² Già prima dell'introduzione dell'obbligo di motivazione e soprattutto delle modifiche della struttura processuale, M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.* Milano, 1977, XXVIII, 263, espresse parere positivo all'integrazione della motivazione in giudizio, sostenendo in particolare che “*se però si accetti che il provvedimento come tale possa essere integrato da provvedimento successivo (ed è difficile negare che ciò non sia possibile, poiché il principio di autointegrazione vale per tutti gli atti programmatici, escluse le sentenze), non si vede come non possa aversi un'integrazione limitata alla motivazione*”. Posizione favorevole è stata altresì espressa da A. PIRAS, *Intervento*, in *Aspetti e problemi dell'esercizio del potere di sostituzione nei confronti dell'amministrazione locale, Atti del convegno di studi amministrativi*, Cagliari, 19-20 dicembre 1980, Milano, Giuffrè, 56; A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940, 353; R. TASSONE, *Motivazione nei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987, secondo il quale “*laddove sia possibile un sindacato diretto del giudice sugli aspetti della fattispecie reale, non sorge alcun problema di controllo della motivazione in proposito e, quindi, d'integrazione della stessa*” definendo l'orientamento tradizionale quale frutto acritica adesione ad un'impostazione tralaticia, in considerazione della “*sostanziale mancanza di argomentazioni a suffragio di un simile asserto, comunemente sostenuto tramite il richiamo alla costante giurisprudenza*”.

Amministrazione, ma anche con la complessiva visione, in specie processuale, dello stesso rapporto.

Sul punto, occorre considerare che la violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990, perlomeno nei casi di attività vincolata, non può che considerarsi un vizio formale, in quanto, in siffatti casi, la motivazione non esprime alcuna valutazione sostanziale svolta dall'Amministrazione, ma è solo volta a ripercorrere il percorso svolto nella fattispecie concreta già predeterminato dal Legislatore²¹³.

E invero, l'individuazione normativa della conclusione sostanziale presuppone a monte una valutazione comparativa degli interessi in gioco, la quale risulta preclusa a valle, in sede di esercizio del potere; l'ente, pertanto, non potrà esercitare alcuna discrezionalità e dovrà adattarsi al dettato normativo.

Ne deriva che la mancanza dell'assolvimento dell'onere motivazionale negli atti vincolati non influisce sul contenuto del provvedimento e, di conseguenza, può concludersi ritenendo che il risultato del procedimento non sarebbe stato diverso se l'ente avesse rispettato l'art. 3 della legge n. 241 del 1990.

Inoltre, ragionando nel senso di non considerare la motivazione quale vizio formale del provvedimento, perlomeno negli atti vincolati, si distoglierebbe l'attenzione dall'art. 21 *octies*, il quale, agendo a livello processuale sul potere giudiziale di annullamento, mira ad evitare caducazioni inutili posto che il provvedimento sarebbe necessariamente riprodotto identico dall'Autorità procedente, in quanto unico prodotto possibile dell'azione amministrativa in quel dato contesto²¹⁴.

La conclusione non è contraddetta dal fatto che la motivazione assume un

²¹³ Sul punto si è espressa pure la Corte costituzionale, con sentenza del 17 marzo 2017, n. 58.

²¹⁴ T.A.R. Liguria, sez. II, 13 novembre 2006, n. 1506, per il quale *“in presenza di una violazione di norme sulla forma degli atti — cui è riconducibile il difetto di motivazione — soccorre il disposto dell'art. 21-octies comma 2, primo periodo, l. n. 241 del 1990, a monte del quale il provvedimento non è comunque annullabile qualora, per la sua natura vincolata, sia palese che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*.

ruolo fondamentale all'interno dei rapporti tra cittadino e Amministrazione. Del resto, la volontà legislativa espressa nell'art. 21 *octies* è quella di comprendere l'intera categoria dei vizi formali, anche con riferimento ad altri istituti costituenti diretta applicazione del principio di trasparenza, in specie quelli che garantiscono la partecipazione procedimentale.

In aggiunta, in relazione all'obiezione secondo la quale la motivazione si profila quale elemento indispensabile del provvedimento per il concretizzarsi di un'adeguata protezione del cittadino dinanzi al pubblico potere, si profila l'inopportunità di realizzare un'astratta e ipotetica scala di valori tra tutele procedurali, la quale, sottacendo i dubbi in ordine alla mancanza di un appiglio normativo certo, necessiterebbe di una valutazione caso per caso.

Si conclude ritenendo che l'art. 21 *octies* costituisce ostacolo insuperabile alla mancata applicazione del principio generale di raggiungimento del risultato anche ai provvedimenti viziati dalla mancanza della motivazione, in quanto la disposizione è espressiva della stessa volontà legislativa che ha sorretto l'art. 3 e tutte le altre previsioni disciplinanti gli altri istituti procedurali declinanti la trasparenza amministrativa.

Quest'ultimo principio costituisce baluardo di garanzie per il privato nei confronti dell'Amministrazione e considerarlo nella sua assolutezza senza verificare la relatività della singola ipotesi, come potrebbe essere quella dell'integrazione della motivazione in giudizio, condurrebbe a trasformarlo in strumento dannoso per il suo stesso oggetto di tutela ovvero il cittadino.

A tal proposito, valgono qui le considerazioni già svolte in merito all'art. 21 *octies*, ovvero che il privato non trarrebbe nessuna utilità dall'annullamento di un provvedimento il cui contenuto sarebbe lo stesso dell'azione amministrativa esercitata a seguito del giudicato.

Le medesime argomentazioni possono essere spese con riferimento alla richiamata esigenza di garantire la parità delle armi all'interno del processo amministrativo, in quanto l'annullamento di un provvedimento che non potrebbe essere diverso da quello già adottato e impugnato non sarebbe utile

allo stesso ricorrente.

Ne deriva che escludere l'integrazione postuma sul principio di parità delle parti danneggerebbe il privato mediante l'utilizzo delle medesime regole poste in realtà a presidio della sua tutela, alla stessa stregua di quanto già osservato in merito al principio di trasparenza²¹⁵.

Inoltre, e soprattutto, non può sottacersi la necessità di leggere il complesso delle novità legislative sulla struttura del processo verso l'accoglimento del giudizio sul rapporto, il quale non può che essere l'elemento dirimente della questione²¹⁶.

In particolare, l'accertamento del rapporto sostanziale finalizzato alla valutazione della pretesa del privato passa necessariamente dall'analisi di tutti gli elementi della relazione tra privato e Amministrazione, comprese tutte le considerazioni, in fatto e in diritto, che l'Autorità procedente può compiere per realizzare la sua valutazione²¹⁷.

Pertanto, l'integrazione postuma diventa un elemento imprescindibile

²¹⁵ Per G. VIRGA, *Integrazione della motivazione nel corso del giudizio e tutela dell'interesse alla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 4, 507, "Proprio le ragioni di tutela della posizione del ricorrente nonché di economia processuale dovrebbero quindi indurre a ritenere ammissibile che l'Amministrazione possa integrare la motivazione del provvedimento anche nel corso del giudizio, senza attendere una pronuncia meramente formale del giudice amministrativo che annulla il provvedimento stesso per difetto di motivazione. D'altra parte la possibilità di proporre ricorso per motivi aggiunti od autonomo ricorso (a seconda che si tratti di atto meramente integrativo o di atto formalmente autonomo) avverso il provvedimento con il quale viene integrata la motivazione, ovvero ancora la possibilità offerta al ricorrente di agire per il risarcimento dei danni nei confronti del funzionario responsabile (nell'ipotesi in cui il provvedimento sopravvenuto determini la cessazione della materia del contendere), sono argomenti di per sé sufficienti per ritenere non violato il principio di parità delle parti nel processo amministrativo".

²¹⁶ Sul punto, vd. le argomentazioni di V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale*, cit., 487 ss, e T.A.R. Lecce, Puglia, sez. II, 29 gennaio 2015, n. 393.

²¹⁷ Per G. GRECO, *Per un giudizio*, cit., 492, "Le preclusioni riconosciute in materia valgono solo nei limiti di un giudizio meramente cassatorio. Ma se, come confido che sia ormai provato, il nostro sistema di giustizia amministrativa ammette anche azioni e giudizi che esorbitano dal mero annullamento dell'atto (...) non vedo davvero ostacoli a che l'Amministrazione sua sponte o su espresso ordine del Giudice sia tenuta ad integrare la motivazione dell'atto, esercitando fino in fondo il suo potere e facendo emergere, attraverso tale compiuto esercizio su tutti gli aspetti del conflitto di interessi, l'intero rapporto amministrativo che sarà così portato nella sua interezza alla cognizione del Giudice amministrativo: il quale potrà in tal modo su di esso giudicare, senza le remore derivanti da una indebita sostituzione all'Amministrazione o da una parziale conoscenza del quadro - normativo e fattuale - della situazione".

della valutazione della spettanza del bene della vita al privato, la quale, a sua volta, diventa strumento necessario per considerare il processo maggiormente aderente al principio di effettività e pienezza della tutela; quindi, l'ammissibilità dell'integrazione postuma potrebbe dirsi derivante direttamente dall'art. 113 Cost.

Affrontata la problematica dell'integrazione della motivazione degli atti vincolati, rimane da analizzare quella relativa all'ipotesi di esercizio di attività discrezionale, e in specie se anch'essa possa essere ascritta all'ambito di applicazione dell'art. 21 *octies*.

Occorre precisare che in tali casi il difetto di motivazione non potrebbe definirsi formale, in quanto le considerazioni espresse dall'Autorità costituiscono valutazioni di natura sostanziale e comparative degli interessi coinvolti nella fattispecie.

Il riferimento contenuto *expressis verbis* nella disposizione citata dovrebbe quindi far giungere all'impossibilità di includere nella sua applicazione i provvedimenti discrezionali e quindi concludere per l'inammissibilità della sanatoria *ex post* del difetto della motivazione.

Sul punto, tuttavia, occorre richiamare le suesposte considerazioni in merito all'ambito di applicabilità dell'art. 21 *octies* e, in particolare, al caso in cui l'Amministrazione, nell'esercizio di attività discrezionale, abbia esaurito tutte le scelte che potevano essere fatte nel caso specifico.

In casi siffatti, nella logica del risultato di natura sostanzialistica sottesa all'art. 21 *octies*, si dovrebbe concludere per l'applicazione della regola che vieta al giudice di poter annullare il provvedimento poiché il risultato dell'azione amministrativa non potrebbe essere diverso secondo un giudizio ipotetico non involgente sacche di discrezionalità²¹⁸.

²¹⁸ In particolare si richiama la pronuncia del T.A.R. Sardegna, sez. I, 25 maggio 2005, n. 1170, per il quale l'art. 21 *octies* comma 2 l. n. 241 del 1990 "può operare non solo nelle ipotesi in cui il provvedimento sia completamente vincolato, ma anche in particolari casi in cui quest'ultimo presenti, congiuntamente ad ambiti vincolati, margini di discrezionalità".

2.1. Adozione di un nuovo e motivato provvedimento in corso di giudizio.

La tematica relativa all'ammissibilità di un nuovo provvedimento a seguito di ricorso giurisdizionale, questa volta motivato, è speculare rispetto a quella inerente alla possibilità per l'Amministrazione di esplicitare o completare la motivazione in pendenza di processo.

Anche a tal riguardo, infatti, si registrano due orientamenti fondati sulle medesime argomentazioni sostenute a proposito dell'integrazione postuma della motivazione. In particolare, l'impostazione tradizionalmente seguita in giurisprudenza sostiene che l'ente non possa riesercitare il potere in pendenza del processo e riuscire così ad evitare l'annullamento e l'eventuale accoglimento della domanda risarcitoria.

Oltre che sulle considerazioni sopra sommariamente illustrate, l'orientamento negazionista si è fondato sulla struttura del processo delineata secondo il modello demolitorio, sull'esclusività dell'azione di annullamento e sull'impossibilità per il privato di proporre motivi aggiunti aventi ad oggetto provvedimenti adottati a seguito del ricorso e inerenti lo stesso rapporto pubblico.

Siffatti lineamenti del processo comportavano che, sulla base di una propria scelta discrezionale, la parte resistente poteva mettere fine al giudizio mediante il riesercizio del potere, obbligando il privato a presentare un nuovo ricorso per reagire dinanzi alla lesione provocata dalla successiva azione pubblica.

L'osservazione dell'attuale sistema di giustizia amministrativa, essendo volto, perlomeno nei casi di attività vincolata, a valutare la pretesa sostanziale del ricorrente, permette di superare le obiezioni sostenute in un momento in cui il giudizio aveva connotati diversi, in quanto disinteressato alla posizione del privato²¹⁹.

²¹⁹ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 16 gennaio 2002, n. 398, in *Foro amm. TAR*, 2002, 2, 512 con nota di D. URANIA GALETTA, *Recenti novità in tema di illegittimità del provvedimento amministrativo affetto da cd. vizi formali*.

In particolare, la nuova disciplina dei motivi aggiunti, introdotta con la legge n. 205 del 2000, e ora inserita nel codice del processo, esclude la doverosità dell'instaurazione di un nuovo giudizio, in quanto la finalità del Legislatore è quella della concentrazione in un unico processo di tutte le questioni, atti e comportamenti, attinenti al rapporto pubblico sotteso tra privato e Amministrazione.

Ciò è compatibile con la proponibilità di più azioni, le quali permettono al privato di avanzare pretese ulteriori rispetto alla mera richiesta di caducazione del provvedimento lesivo come, tra le altre, l'attribuzione di un diritto al risarcimento del danno.

Sotto quest'ottica, il processo diventa il momento di conclusione della vicenda incentrata sulla relazione tra privato e Amministrazione, e il luogo in cui le garanzie del privato si esplicano nella loro maggiore ampiezza, in quanto la loro espansione è controllata e tutelata da un organo terzo e imparziale.

D'altronde non risultano dubbi sul fatto che la tutela giurisdizionale sia la forma di garanzia maggiore per il destinatario dell'azione amministrativa, sia per la possibilità di esercizio del contraddittorio orizzontale, sia per l'intervento di un soggetto neutrale che valuta le problematiche fattuali e giuridiche del rapporto pubblico.

La posizione del privato non è scalfita dal riesercizio del potere in quanto egli potrà, mediante la proposizione dei motivi aggiunti, contare sull'intervento immediato di un organo giurisdizionale mediante l'allargamento dell'oggetto delle valutazioni giudiziali, soddisfacendo così esigenze di concentrazione.

Con questo approccio possono superarsi le obiezioni volte a sostenere che l'adozione del provvedimento a conclusione del procedimento costituisca una forma di tutela per il privato più intensa rispetto all'esercizio del potere anche a seguito della proposizione del ricorso.

Superati i dubbi in merito al *deficit* di tutela del privato dell'adozione tardiva del provvedimento in pendenza del processo, si ritiene che non possa sottacersi la rilevanza degli interessi pubblici sottesi alla possibilità per

l'Amministrazione di riesercitare il potere, costituiti dalla necessità di evitare non solo la dichiarazione di illegittimità, ma altresì l'accoglimento della domanda risarcitoria, che la esporrebbe a conseguenze pregiudizievoli di natura patrimoniale.

Per evitare che l'ente pubblico sia inerme di fronte alla reazione processuale del privato si può opinare nel senso che l'illegittimità del provvedimento sia in grado di far sorgere il potere/dovere dell'Amministrazione di adoperarsi affinché la propria responsabilità sia circoscritta in applicazione del principio di inesauribilità del potere sul quale si fonda l'esercizio dell'autotutela²²⁰.

Siffatto dovere dovrebbe essere considerato sussistente in quanto derivante dall'applicazione dei principi generali sottesi a qualsiasi esercizio del potere, compreso quello di autotutela, quale, in particolare, il buon andamento dell'azione pubblica.

Pertanto, la posizione contraria all'ammissibilità della riedizione del potere in pendenza del processo si declina nella mancata considerazione delle esigenze pubblicistiche sottese all'adozione di un nuovo provvedimento e, al contempo, comporterebbe il rovescio dell'equilibrio dei poteri delle parti in sede processuale in sfavore dell'Amministrazione²²¹.

²²⁰ Per il principio di inesauribilità del potere amministrativo si veda B. G. MATTARELLA, *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo*, di S. CASSESE (a cura di), Milano, Giuffrè, 2003. In particolare l'Autore ritiene che l'inesauribilità sia derivante dalla permanenza della funzione la quale produce nuovi poteri a seguito dell'esercizio di un'attività amministrativa, tranne nelle ipotesi di provvedimenti irrevocabili. Vedi, inoltre, G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1999, 185.

²²¹ T.A.R. Lazio, 16 gennaio 2002, n. 398, secondo il quale *“Oggi, perciò, il ricorrente, in pendenza del giudizio, così come è in grado di beneficiare (e questo, da sempre) di un rinnovato esercizio del potere amministrativo in una direzione a lui favorevole -con l'esito di una cessazione della materia del contendere-, ben può anche, simmetricamente, essere posto di fronte ad un nuovo provvedimento diretto semplicemente ad emendare un vizio del precedente atto, non ritirandolo, quindi, ma soltanto sanandolo. Chè, del resto, se si ammette la possibilità per l'Amministrazione di un riesame della legittimità del proprio atto in pendenza del giudizio, sembra problematico, allora, limitare le conseguenze di tale riesame secundum eventum: accordarle, cioè, la possibilità di intervenire a difesa della legittimità e degli interessi pubblici quando ciò richieda un atto di ritiro, e disconoscere la stessa possibilità, invece, in presenza di vizi sanabili, quando il riesame potrebbe essere concluso con una semplice riforma (nel senso più lato) della precedente determinazione”*.

3. Assorbimento dei motivi del ricorso.

L'individuazione dell'oggetto del processo amministrativo costituisce una tematica che s'interseca con la questione inerente all'ammissibilità dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo viziato da incompetenza a seguito dell'utilizzo della prassi processuale dell'assorbimento dei motivi, consistente nell'analisi di un solo motivo di ricorso e nell'esclusione dell'esame di tutte le altre censure avanzate dal ricorrente²²².

Il collegamento con l'analisi del giudizio sulla pretesa del privato si rinviene in un rapporto di reciproca esclusione, posto che l'accertamento della spettanza del bene della vita non viene condotto qualora non si proceda a verificare la fondatezza di tutte le doglianze proposte dal ricorrente, il che, invece, avviene sovente a seguito di rilevazione giudiziale del vizio di incompetenza.

Pertanto, con l'avanzare dell'orientamento secondo il quale il processo amministrativo si incentra sul rapporto pubblico e non sull'illegittimità del provvedimento, si è affermata la teoria secondo la quale il giudice non dovrebbe più procedere all'assorbimento dei motivi, ma dovrebbe continuare a verificare la fondatezza di tutti i vizi indicati nel ricorso, eseguendo così un'analisi completa della relazione delle parti, al fine di giungere all'individuazione di una regola che sia il maggior precisa e completa possibile²²³.

²²² Tra le altre, Cons. St., sez. V, 25 febbraio 1991, n. 193; Cons. St., sez. IV, 5 giugno 1995, n. 415; Cons. St., Ad. Gen. 8 febbraio 1990, n. 16; Cons. St., sez. IV, 28 settembre 1982, n. 628; Cons. St., sez. IV, 1 marzo 2017, n. 941; Cons. St., sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6408; Cons. St., sez. V, 4 maggio 2004, n. 2694. In particolare si sostiene che il vizio di incompetenza precluda al giudice, per il suo carattere assorbente, l'esame delle altre censure dedotte, in quanto costituirebbe un giudizio anticipato sui futuri provvedimenti dell'autorità riconosciuta competente e un vincolo anomalo all'attività dell'autorità stessa.

²²³ Cfr., in giurisprudenza, T.A.R. Toscana, Firenze, sez. II, 16 giugno 2011, n. 1076; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 13 maggio 2011, n. 1233. In dottrina, R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1971, 584 ss., il quale ritiene che la mancata analisi di tutte le censure proposte dal ricorrente mediante la prassi dell'assorbimento produce la violazione del principio del vincolo del giudice ai motivi di parte, della corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Ancora, E. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Nov. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 1087, e A.

La questione ha recentemente conosciuto l'autorevole pronunciamento dell'Adunanza Plenaria, la quale ha sostenuto che la prassi in esame, al pari dell'ipotesi in cui vi sia stata una carenza di proposta o parere obbligatorio, si scontra inevitabilmente con il principio del contraddittorio e di separazione dei poteri in quanto, se il giudice valutasse la fattispecie nella sua completezza, statuirebbe delle regole passibili di divenire giudicato senza che l'Amministrazione precedente abbia in concreto mai esercitato il potere di cui è unica titolare o partecipato al processo²²⁴.

In particolare, nell'ottica dell'affermazione della giurisdizione soggettiva, il Supremo Consesso ha sostenuto che il privato possa di regola procedere alla gradazione dei motivi vincolando il giudice all'ordine della loro analisi e solo in determinate ipotesi, tra le quali si colloca l'incompetenza dell'Autorità precedente, il giudice procede, per esigenze diverse a seconda dei casi, ad analizzare prima uno e poi gli altri, e ad assorbire quelli non vagliati, così non giungendo all'analisi completa di tutte le doglianze.

La problematica in esame attiene primariamente all'esegesi dell'art. 34, comma 4, cod. proc. amm., ovvero capire se il Legislatore, quando ha disposto che il giudice non può pronunciare su poteri amministrativi non ancora esercitati, abbia inteso far riferimento non solo al caso in cui l'Autorità competente non si sia ancora espressa, ma anche all'ipotesi in cui il provvedimento impugnato sia stato adottato da un'Amministrazione o organo incompetente.

L'Adunanza Plenaria ha sostenuto che il divieto debba essere inteso in senso ampio e quindi comprensivo anche del secondo caso; di conseguenza, il

TRAVI, *Recenti sviluppi sul principio della domanda nel giudizio amministrativo*, in *Foro it.*, 2015, III, 286.

²²⁴ Ci si riferisce alla già citata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 27 aprile 2015. S. VALAGUZZA, *Il giudicato*, cit., 200, in commento al citato pronunciamento, sostiene che la prassi dell'assorbimento dei motivi che l'Adunanza Plenaria mira a contenere si pone in contrasto con il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato in quanto trascura l'esistenza della pluralità sostanziale di domande in merito alle quali l'attore richiede l'intervento giudiziale. La prassi appare così scorretta posto che il giudice ridimensiona l'interesse del ricorrente in modo arbitrario; ciò condurrebbe a un vero e proprio diniego di giustizia.

pronunciamento giudiziale in un'ipotesi siffatta produrrebbe un'invasione del *munus* dell'Amministrazione.

Nonostante l'autorevolezza della soluzione, occorre evidenziare che l'esegesi dell'art. 34, comma 2, cod. proc. amm., prospettata dall'Adunanza Plenaria è passibile di alcune critiche.

In primo luogo, si ritiene che l'esercizio di un potere amministrativo, sulla scorta degli approdi in materia di criterio di riparto della giurisdizione amministrativa e ordinaria, non può che considerarsi quale un'azione compiuta in presenza di una norma attributiva di detto potere a prescindere dall'eventuale mancato rispetto della legge regolativa dello stesso, compresa quella relativa alla competenza²²⁵.

Quindi, per quanto concerne il caso in esame, non dovrebbe rilevare che il provvedimento sia stato o meno adottato dall'Amministrazione o dall'organo competente per giungere al riconoscimento della fattispecie di esercizio di un potere amministrativo.

In particolare, occorre evidenziare che in merito alla problematica inerente ai criteri di riparto della giurisprudenza amministrativa e ordinaria, tralasciando i dubbi in ordine all'esatto inquadramento del confine del difetto di attribuzione, nessun dubbio sussiste in merito all'individuazione di un interesse legittimo, e quindi della giurisdizione amministrativa, qualora

²²⁵ Ci si riferisce, in particolare, al fatto che il vizio di difetto di attribuzione di cui all'art. 21 *septies* della legge n. 241 del 1990 è stato interpretato in modo non sempre univoco da parte della giurisprudenza. Senza entrare nel merito della questione, che richiederebbe una trattazione non utile ai fini del presente lavoro, occorre solo evidenziare che l'esercizio del potere si considera realizzato anche nell'accezione del difetto di attribuzione quale carenza di potere in astratto, che viene circoscritta alla sola ipotesi in cui manchi *ab origine* la norma attributiva del potere, fermo restando che qualora tale norma sia prevista, ma sia solo violata, l'azione pubblica si considera esercitata, seppur malamente. Si rigetta qui l'ipotesi, secondo la quale nel concetto di difetto di attribuzione dovrebbe essere compresa la carenza di potere cosiddetta in concreto, posto che tale nozione è stata elaborata in un momento in cui la giurisprudenza cercava i modi per provvedere alla risarcibilità dell'interesse legittimo in mancanza di una disposizione che ammettesse l'attuale azione di risarcimento del danno dinanzi al giudice amministrativo. Sulla questione cfr. Cass., sez. un., 6 febbraio 2008, n. 2755; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 28 aprile 2005, n. 5025; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 24 maggio 2006, n. 819; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 17 febbraio 2006, n. 2137; in dottrina G. MONTEDORO, in *Trattato di diritto processuale amministrativo. Le tecniche di tutela*, a cura di F. CARINGELLA – R. GAROFOLI, Milano, Giuffrè, 2006.

l'Amministrazione abbia adottato un provvedimento viziato da incompetenza, relativa o assoluta, in quanto la sua adozione si considera esercizio di un potere autoritativo.

Detto ciò, non si rinviene la ragione per la quale si debba contraddire tale impostazione, in spregio all'esigenza di coerenza del sistema, qualora si discorra in merito alla questione, diversa ma collegata, relativa all'ammissibilità dell'assorbimento dei motivi.

Si aggiunga il fatto che il provvedimento viziato da incompetenza è annullabile ai sensi dell'art. 21 *octies*, comma 1, della L. n. 241 del 1990, e quindi pienamente efficace al momento della sua adozione, ferma restando la possibilità della sua caducazione per effetto di un pronunciamento giurisdizionale o in via di autotutela da parte dell'Autorità.

Ne deriva che, secondo l'esegesi avvalorata dall'Adunanza Plenaria, da un lato il provvedimento viziato da incompetenza è suscettibile di divenire definitivamente efficace qualora decorra il termine decadenziale dell'azione di annullamento, mentre, dall'altro, essendo incluso nel divieto di cui all'art. 34, comma 2, non costituisce esercizio di un potere amministrativo.

Oltre a tali considerazioni, si rileva che l'ampiezza del giudizio sul rapporto sia tale da escludere la frustrazione dell'esigenza dell'Amministrazione competente di essere interrogata sulla questione prima dell'adozione di una sentenza avente ad oggetto il concreto esercizio di potere compreso nella propria sfera di attribuzione.

In specie, se a seguito di una valutazione giudiziale non involgente spazi riservati all'Amministrazione, si accertasse che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato, non si violerebbe il principio di separazione dei poteri e non potrebbe essere quindi invocato per frustrare l'esigenza del privato di vedere definito il proprio rapporto pubblico nel più breve tempo possibile²²⁶.

²²⁶ L. BERTONAZZI, *Il trattamento*, cit., 831, ritiene "Ammesso che fosse davvero persuasiva all'epoca dell'art. 26 della legge n. 1034/1971, una concezione tanto rigida della "separazione dei poteri" non è, oggi, in sintonia con un sistema che conosce l'azione di

La costruzione si fonda sulla valenza generale dell'art. 21 *octies*, comma 2, della legge sul procedimento e sul principio di raggiungimento del risultato ad esso sotteso, il quale costituisce oramai una regola cardine del sistema dell'invalidità e, pertanto, non può vedere limitata la propria applicazione ai casi in cui il privato sia leso da un provvedimento viziato da incompetenza, ma, viceversa, deve rilevare per tutti i casi in cui il privato sia leso dal potere amministrativo male esercitato, a prescindere da quali siano le disposizioni regolatrici dell'attività.

Di conseguenza, ciò che dovrebbe rilevare nell'esegesi dell'art. 34, comma 4, cod. proc. amm., nell'ottica della stessa giurisdizione soggettiva sostenuta dalla stessa Adunanza Plenaria, è solo quando l'interesse legittimo viene leso da un provvedimento, ovvero quando il potere viene efficacemente esercitato²²⁷.

Tuttavia, anche ammettendo la rilevanza problematica della mancata partecipazione dell'Amministrazione al giudizio, si condivide il pensiero secondo il quale il divieto di cui all'art. 34, comma 2, cod. proc. amm., sia da ricondurre solo alle ipotesi in cui il provvedimento impugnato sia stato adottato da un ente diverso e non da organo incompetente, in quanto, in quest'ultimo

condanna dell'amministrazione al rilascio del provvedimento richiesto (art. 31, comma 3, e art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a.). Si è ben consapevoli delle dimensioni anguste del cantuccio che il Legislatore ha ritagliato a favore di quest'azione (14): ma, sia pure entro questo ristretto spazio, è dato al giudice di accertare la fondatezza della pretesa del ricorrente al conseguimento dell'anelato provvedimento ampliativo”.

²²⁷ La critica è stata sostenuta anche da M. TRIMARCHI, *Principio*, cit., 1101. L'Autore sostiene che la Plenaria “in questo modo forza il sistema dell'invalidità del provvedimento amministrativo, in quanto il provvedimento adottato da una autorità incompetente è un atto efficace e soltanto annullabile, e quindi costituisce a pieno titolo esercizio di un potere amministrativo. Inoltre, il significato del divieto di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non esercitati non può essere quello di mantenere l'amministrazione libera dal vincolo conformativo del giudicato, perché ciò significherebbe amputare la sentenza di un effetto che oggi è normativamente previsto (si fa riferimento all'art. 34 comma 1, lett. c), c.p.a., il quale, consentendo la nomina del commissario ad acta già in sede di cognizione, presuppone l'attitudine delle sentenze di annullamento a indirizzare l'attività successiva dell'amministrazione. Infine, l'adunanza plenaria contraddice quanto da essa medesima sostenuto in precedenza, ovvero che il divieto per il giudice di disattendere la graduazione del ricorrente è compreso nel divieto per lo stesso di cercare vizi non dedotti dalla parte: tale ragionamento, infatti, non può che valere anche nel caso in cui il ricorrente deduca il vizio di incompetenza”.

caso, l'Autorità competente è parte resistente del giudizio²²⁸.

Si aggiunga che l'interpretazione del divieto prospettata dall'Adunanza Plenaria si riversa sull'ampiezza della successiva azione amministrativa, la quale può concretizzarsi nell'adozione di un secondo provvedimento lesivo eventualmente inficiato dai medesimi vizi del primo.

In questo caso il privato subirebbe sia le conseguenze pregiudizievoli derivanti dal mancato ottenimento del bene della vita anelato dall'esercizio del potere effettuato in seconda battuta, sia l'ulteriore pregiudizio di dover iniziare un ulteriore giudizio e subire un allungamento dei tempi della tutela giurisdizionale²²⁹.

Al fine di evitare un siffatto *vulnus* al principio di cui all'art. 113 Cost., si dovrebbe giungere all'accoglimento di una soluzione che ampli maggiormente il numero dei casi in cui si svolge un giudizio sul rapporto a dispetto dall'esigenza di celerità processuale, la quale spinge in senso contrario, ovvero verso il recepimento della prassi dell'assorbimento dei motivi.

Si ritiene che la sentita necessità di giungere velocemente alla soluzione del caso concreto non possa essere dotata di una forza applicativa tale da ostacolare la necessità di tutela del privato, sempre che, peraltro, di vera soluzione possa parlarsi, posto che il rapporto giuridico tra cittadino e Autorità

²²⁸ L. BERTONAZZI, *Il trattamento*, cit. Secondo l'Autore, solo nell'ipotesi di conflitti intersoggettivi si realizzerebbe uno scenario veramente incompatibile con il diritto di difendersi in giudizio, il quale costituirebbe uno svilimento dell'intima *ratio* dell'art. 34, comma 2. Per la distinzione tra incompetenza relativa e assoluta, cfr. R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, 488.

²²⁹ Come efficacemente osservato da R. VILLATA, *L'esecuzione*, cit., 584, con riferimento alla prassi dell'assorbimento dei motivi, ha ritenuto che *“la tesi criticata implica una grave limitazione della tutela del ricorrente, perché tanto minore è l'ambito di accertamento giurisdizionale, tanto è maggiore la libertà che la pubblica amministrazione conserva malgrado il giudicato. Non solo cioè si ha una pronuncia che rifiuta di decidere su una parte dell'oggetto del giudizio, riducendone l'estensione, contro il potere del ricorrente, tipico dei processi di parte, di fissarla lui stesso; ma, mostrando la tendenza a limitare l'esame a un solo vizio, se fondato, e per di più dando la precedenza alle irregolarità formali, il Consiglio di Stato consente agli organi dell'esecutivo, stante la ristrettezza dell'ambito di accertamento, di emanare un nuovo atto di identico contenuto, ed affetto ancora da quei vizi sostanziali, su cui il giudice non ha ritenuto di pronunciarsi dichiarandoli assorbiti”*. Ancora, secondo M. S. GIANNINI - A. PIRAS, *Giurisdizione*, cit. 258, le sentenze in cui il giudice procede all'assorbimento dei motivi *“sono da condannare in quanto realizzano altrettante ipotesi di diniego di giurisdizione”*.

rimane pur sempre in piedi a seguito dell'annullamento e rimane potenzialmente soggetto a ulteriori azioni amministrative lesive, questa volta adottate dall'organo competente, a loro volta passibili di impugnazione e, quindi, determinanti duplicazioni di un processo inerente alla medesima questione, con buona pace dell'esigenza di economia processuale.

Se quindi la soluzione del caso concreto può dirsi solo quella che pone fine alle problematiche giuridiche relative al rapporto portato all'attenzione del giudice mediante l'individuazione di una *regula iuris* che determina i connotati della relazione tra le parti, non può affermarsi che tale traguardo possa essere raggiunto mediante l'assorbimento dei motivi.

4. Giudicato a formazione progressiva e giudizio sul rapporto.

Superati i dubbi circa la stessa natura giurisdizionale del giudizio di ottemperanza, è ricorrente in dottrina il dibattito circa l'inquadramento del rimedio di cui all'art 144 cod. proc. amm., discorrendosi, in particolare, sull'identificazione della tipologia del processo, se di cognizione o di esecuzione²³⁰.

Secondo un primo orientamento, l'ottemperanza avrebbe natura di processo esecutivo dal momento che l'esercizio di funzioni di cognizione non troverebbe né applicazione né corrispondenza nella finalità sottesa all'attribuzione legislativa di poteri giudiziari invadenti il merito amministrativo.

In particolare, la *ratio* dei penetranti poteri giudiziari non viene individuata nel perseguimento di un ampliamento degli spazi conoscitivi del giudice, ma solo nella volontà del Legislatore di prevedere un meccanismo di sostituzione dell'Amministrazione inadempiente al fine di ottenere

²³⁰ La tesi del carattere sostanzialmente amministrativo dell'ottemperanza sostenuta, seppur autorevolmente, da Ad. Plen. n. 23 del 1978, non è stata condivisa, per tutti sul punto F. G. SCOCA, *Sentenze di ottemperanza e loro appellabilità*, in *Foro it.*, 1979, III, 74.

l'esecuzione del giudicato e giungere, di tal guisa, a un momento in cui la discrezionalità dell'ente cessi di costituire un limite alla valutazione terza ed imparziale²³¹.

Altra e contrapposta posizione è quella sostenuta da coloro i quali riconoscono la natura cognitoria del rimedio valorizzando la possibilità per il giudice dell'ottemperanza di effettuare valutazioni nel merito e di imporre non solo un'esecuzione generica del giudicato, ma l'esecuzione da realizzare con quella precisa modalità da lui prescelta²³².

A fronte delle posizioni sommariamente esposte, la tesi accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti inquadra l'ottemperanza quale processo giurisdizionale avente natura mista, di esecuzione e di cognizione²³³.

Su questo filone interpretativo, autorevole dottrina distingue a seconda del fatto che la sentenza ottemperanda sia stata pronunciata dal giudice ordinario o da quello amministrativo²³⁴.

Nel primo caso si ritiene che prevalga l'esercizio di poteri di cognizione sulla base del fatto che il giudice ordinario può solo disapplicare il provvedimento, in quanto soggetto ai limiti interni dei propri poteri dettati dall'art. 4 della legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo e, quindi, sprovvisto del potere di annullamento.

²³¹ C. LAMBERTI, *Temi*, cit., 2599 ss. La tesi della natura esecutiva è pure sostenuta da R. VILLATA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 3, 474 ss.

²³² Cfr. in dottrina, A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, CEDAM, 2001, 208 e ss.; in giurisprudenza Cons. St., sez. VI, 1 luglio 1997, n. 1041 e Cass., sez. un., 31 marzo 2006, n. 7578 secondo la quale il giudizio di ottemperanza "ha natura, sotto il profilo della struttura formale, di giudizio di cognizione, ancorché possa presentare la sostanza della mera esecuzione in relazione ai contenuti concreti del giudicato al quale l'amministrazione deve ottemperare. Tale natura discende dal presupporre il giudizio di ottemperanza, talvolta margini di discrezionalità amministrativa, sempre la possibilità di scegliere i modi concreti di esecuzione".

²³³ Cfr., *ex multis*, Cass., sez. un., 9 marzo 2015, n. 4683 (secondo la quale l'ottemperanza "è connotata dalla coesistenza in capo al giudice di poteri di cognizione ed esecuzione, in quanto la tipicità dei suoi contenuti colliderebbe con i fondamentali principi di pienezza ed effettività della tutela"); T.A.R. Catania, sez. I, 5 agosto 2016, n. 2013; Cons. St., sez. IV, 27 gennaio 2015, n. 362; Cons. St., sez. V, 16 aprile 2014, n. 1937; Cons. St., Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2; Cons. St., IV sez., 23 aprile 2013, n. 2260.

²³⁴ M. NIGRO, *Giustizia*, cit. e V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, Utet, 1988, 847.

Siffatta insufficienza dei poteri giudiziali non permette l'elaborazione di una compiuta disciplina del rapporto tra le parti e, pertanto, l'ottemperanza delle sentenze del giudice ordinario conosce necessariamente solo una fase di cognizione in cui si accerta l'inadempimento e si assicura l'eliminazione o la modificazione del provvedimento da parte dell'Amministrazione.

Viceversa, l'attività di esecuzione non risulta essenziale, ma viene esercitata solo qualora sia necessario che l'organo giudicante adegui la situazione di fatto al giudicato.

I predetti limiti interni non sono invece riferibili al giudice amministrativo, il quale, potendo esercitare poteri cognitivi più ampi, può addivenire alla creazione di una *regula iuris* maggiormente esaustiva, precisa, e, di conseguenza, il giudicato da ottemperare può divenire fonte di vincoli più stringenti nei confronti dell'Amministrazione.

Per questo motivo, il momento cognitivo dell'ottemperanza di sentenze amministrative è ridotto alla sola valutazione dell'eventuale carattere violativo o elusivo dell'attività di riedizione del potere, mentre l'esecuzione si presenta quale funzione essenziale e necessaria²³⁵.

²³⁵ La natura poliforme del rimedio in esame è stata altresì riconosciuta dalla Corte Costituzionale, secondo la quale il giudizio di ottemperanza ricomprende una pluralità di configurazioni, che variano a seconda della situazione concreta, della statuizione del giudice e della natura dell'atto impugnato. In particolare, secondo Corte Cost., 12 dicembre 1998, n. 406. l'ottemperanza può assumere “*talora (quando si tratta di sentenza di condanna al pagamento di somma di denaro esattamente quantificata e determinata nell'importo, senza che vi sia esigenza ulteriore di sostanziale contenuto cognitorio) natura di semplice giudizio esecutivo (...) e quindi qualificabile come rimedio complementare che si aggiunge al procedimento espropriativo del codice di procedura civile, rimesso alla scelta del creditore. In altri casi il giudizio di ottemperanza può essere diretto a porre in essere operazioni materiali o atti giuridici di più stretta esecuzione della sentenza; in altri ancora ha l'obiettivo di conseguire un'attività provvedimento dell'amministrazione ed anche effetti ulteriori e diversi rispetto al provvedimento originario oggetto dell'impugnazione; inoltre può essere utilizzato, in caso di materia attribuita alla giurisdizione amministrativa, anche in mancanza di completa individuazione del contenuto della prestazione o attività cui è tenuta l'amministrazione, laddove invece l'esecuzione forzata attribuita al giudice ordinario presuppone un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile*”. Ancora secondo il Giudice delle Leggi “*il giudizio di ottemperanza non deve necessariamente (sotto il profilo costituzionale) modellarsi, anche nei presupposti, al processo esecutivo ordinario, attese le peculiarità funzionali del giudizio amministrativo (esteso al merito) con potenzialità sostitutive e intromissive nell'azione amministrativa, non comparabili con i poteri del giudice dell'esecuzione nel processo civile. Infatti, non esiste un principio (costituzionalmente rilevante) di necessaria uniformità di regole processuali tra i diversi tipi di processo (civile e amministrativo), potendo i rispettivi*

Riconoscendo la natura mista del rimedio, si conclude ammettendo che il giudice dell'ottemperanza possa esercitare poteri cognitori, fermo restando che detti poteri debbano essere funzionalizzati alla verifica della sussistenza di un'elusione o di una violazione della regola dettata dalla sentenza inoppugnabile, posto che la funzione tipica ed essenziale della fase di esecuzione è quella di adeguare la realtà giuridica e materiale a un ben preciso giudicato²³⁶.

Spingendosi oltre, si è affermato che l'ottemperanza possa contenere ulteriori momenti di cognizione e, segnatamente, in tutti i casi in cui ricorrano i presupposti che permettano al giudice di esercitare i poteri cassatori e ordinatori che gli competono in sede di giurisdizione generale di legittimità, mediante i quali può integrare l'originario disposto della sentenza con statuizioni che non ne costituiscono esecuzione, ma attuazione in senso stretto, dando così luogo al fenomeno del giudicato a formazione progressiva²³⁷.

Siffatto arricchimento del giudicato non costituisce esecuzione di quanto esattamente indicato nel provvedimento giurisdizionale, per tale intendendosi la mera traduzione pratica del giudicato al fine di adeguare la realtà di fatto a quella di diritto²³⁸.

Al contrario, arricchire il giudicato intangibile permette di specificare la regola elastica e incompleta individuata dal giudice della cognizione per addivenire alla progressiva restrizione degli spazi liberi dell'Amministrazione, l'esistenza dei quali rende necessaria l'integrazione del giudicato al fine di poter attribuire effettività al giudicato²³⁹.

ordinamenti processuali differenziarsi sulla base di una scelta razionale del Legislatore, derivante dal tipo di configurazione del processo e dalle situazioni sostanziali dedotte in giudizio, naturalmente a condizione che non siano vulnerati i principi fondamentali di garanzia ed effettività della tutela"

²³⁶ Cons. St., Ad. Plen., 26 luglio 2001, n. 6.

²³⁷ C.G.A. 29 ottobre 1994, n. 406; Cons. St., sez. IV, 27 gennaio 2015, n. 362.

²³⁸ G. MARI, *Il giudizio di ottemperanza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 2013.

²³⁹ Per la definizione della consistenza dell'incompletezza e dell'elasticità della regola si rimanda a C. CACCIAVILLANI, *Giudizio*, cit., 298, secondo la quale "La regola incompleta è quella che si ricava in relazione ai vizi di legittimità di cui abbia accertato la sussistenza, e che è dunque regola incompleta perché non idonea a definire completamente i profili per i quali

Tale considerazione è resa più incisiva dalla valorizzazione della natura di giurisdizione di merito, giacché “*difendere una riserva dell’amministrazione in sede di ottemperanza è come pretendere l’invalidità dell’ultima cinta di mura quando gli occupanti siano già dentro la cittadella*”²⁴⁰.

La formazione progressiva del giudicato si palesa necessaria per assicurare la realizzazione sostanziale del bene della vita perseguito con il giudizio, garantendo così un’effettiva tutela giurisdizionale del privato, ogniqualvolta la regola di diritto contenuta nella sentenza irrevocabile sia incompleta e non attributiva dell’utilità finale oggetto dell’interesse legittimo e risulti necessaria la continua specificazione degli effetti della sentenza del giudice della cognizione²⁴¹.

Proprio in virtù di siffatta finalità, l’integrazione può avvenire unicamente nell’ipotesi in cui si renda necessario per il perseguimento della pienezza della tutela e, in ogni caso, giammai modificando e/o stravolgendo il contenuto del *decisum*²⁴².

Pertanto, il privato può ottenere nella fase di esecuzione tutto quello che

l’attività amministrativa successiva alla sentenza di annullamento può dirsi vincolata. Regola elastica è quella che presiede ai ripristini cui l’amministrazione possa dirsi tenuta dopo la sentenza di annullamento, e che elastica è perché la sentenza né individua concretamente quello che l’amministrazione è tenuta a fare per ripristinare la situazione quale essa era prima del provvedimento annullato, né potrebbe recare tale individuazione, nell’effettuare la quale occorre tener conto di situazioni sopravvenute e valutarne la resistenza alla necessità giuridica del ripristino”. A tal proposito, l’Autrice, sostiene che “se una regola deve, per poter operare, essere completata, resa esplicita, trasposta da una formulazione negativa a una positiva, e se per fare ciò è necessario lo svolgimento di un altro giudizio, quand’anche qualificabile come di prosecuzione di quello nel quale essa è stata posta, non si può che concludere che non si tratta affatto di una regola, ma di un embrione di regola, pacificamente non incontrovertibile: che non essere giudicato materiale”.

²⁴⁰ C. CALABRÒ, voce *Giudizio amministrativo per l’ottemperanza*, in *Enc. giur.*, XV, agg. 2003, Roma, 3.

²⁴¹ Anche la Corte Costituzionale con le sentenze n. 419 e 435 del 1995 ha affermato che “una decisione di giustizia che non possa essere portata ad effettiva esecuzione (...) non sarebbe che un’inutile enunciazione di principi”. È concreto il collegamento tra effettività dell’esecuzione ed effettività della tutela laddove si pensi che la mancanza di una progressione del giudicato, a seconda del tipo di azione e tipo di potere esercitato, comporterebbe l’impossibilità di ottenere dal privato una regola che disciplini in modo concreto il proprio rapporto con l’Autorità, rimanendo pertanto sprovvisto di protezione di fronte all’*agere* pubblico. Per il legame tra la fase esecutiva e il principio di effettività della tutela giurisdizionale vd. M. CLARICH, *L’effettività nell’esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 3, 549.

²⁴² Cons. St., sez. IV, 9 dicembre 2015, n. 5589.

non ha potuto ottenere nella fase di esecuzione a causa della mancanza di poteri giudiziali che permettono al giudice di entrare nel merito della questione e sviscerare la controversia in tutti i suoi aspetti.

La formazione progressiva del giudicato, in questo senso, sopperisce alle lacune del modello caducatorio in quanto permette di individuare la sede in cui l'organo giurisdizionale possa superare il mero accertamento della patologia e provvedere concretamente alla tutela del privato.

È il consustanziale legame con il potere pubblico e la forza in movimento dell'Amministrazione, la quale può contare sulla possibilità di riprovvvedere, che rendono il giudizio amministrativo naturalmente e incontrovertibilmente peculiare rispetto al processo civile. Sotto questo aspetto, rileva l'impossibilità del giudice di poter addivenire, in presenza di discrezionalità, alla creazione in prima battuta di una regola completa ed esaustiva²⁴³.

Occorre precisare che l'istituto in esame trova il suo naturale limite nel rispetto delle regole in materia di riparto di giurisdizione giacché la cognizione in sede di ottemperanza può essere esercitata solo se a monte sussiste l'attribuzione al giudice amministrativo del potere giurisdizionale avente ad oggetto quella particolare questione.

Quando, invece, l'esecuzione concerne pronunce di un ordine giudiziario diverso dal giudice dell'ottemperanza, il potere esercitabile può essere solo quello relativo ad elementi interni del giudicato stesso e non su questioni,

²⁴³ Sul punto, si precisa che il problema si intreccia inevitabilmente con la questione della tutela del privato dinanzi alla reiterazione di provvedimenti amministrativi discrezionali, la quale è stata oggetto del recente intervento dell'Adunanza Plenaria n. 5058 del 2017. Tale pronunciamento potrebbe influire anche nella stessa utilità dell'istituto del giudicato a formazione progressiva poiché l'Amministrazione, consapevole dell'imminente consumazione dei poteri, potrebbe essere spinta all'indicazione di tutti i motivi che possono essere adottati a sostegno di un rigetto dell'istanza: casi in cui il giudice potrebbe provvedere alla creazione di una regola più completa ed esaustiva. Ciò non eliminerebbe comunque totalmente lo spazio applicativo del giudicato a formazione progressiva, il quale permette al giudice di creare una regola a seguito dell'analisi non solo di ogni questione, ma altresì di tutte le valutazioni discrezionali che l'Amministrazione può svolgere. La vera forza in punto di effettività della tutela del giudicato progressivo è invero quella di assestarsi sul terreno della discrezionalità, la quale si pone tutt'ora quale limite ancora insuperato del potere giudiziale di valutazione del rapporto nel giudizio di legittimità.

domande e vicende esterne al giudicato²⁴⁴.

Opinare in senso contrario produrrebbe l'invasione da parte del giudice amministrativo di ambiti cognitivi attribuiti dal Legislatore ad altri organi e si potrebbe ipotizzare una violazione del limite esterno della giurisdizione, riscontrabile dalla Cassazione ai sensi dell'art. 111, ultimo comma, della Carta Fondamentale²⁴⁵.

Il carattere della progressività del giudicato è stato riconosciuto dalla giurisprudenza sia nell'impianto processuale precodicistico, sia successivamente all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo²⁴⁶, ricevendo, infine, la consacrazione dall'Adunanza Plenaria²⁴⁷.

Ciò premesso, risulta opportuno verificare se il ricorso all'istituto del giudicato a formazione progressiva sia ancora attualmente utile per il raggiungimento delle suddette esigenze di perseguimento del principio di effettività della tutela.

La questione è stata proposta recentemente dalla quinta sezione del Consiglio di Stato e rimessa all'attenzione dell'Adunanza Plenaria²⁴⁸.

Sul punto, la sezione rimettente ha osservato che il giudicato progressivo è sorto per riuscire a sopperire alle carenze di tutela presenti nell'originario impianto processuale, il quale, essendo volto alla sola eliminazione del

²⁴⁴ La giurisprudenza esclude che in sede di ottemperanza possa essere riconosciuto “*un diritto nuovo ed ulteriore rispetto a quello fatto valere ed affermato con la sentenza da eseguire, anche se sia ad essa conseguente o collegato, non potendo essere neppure proposte domande che non siano contenute nel decisum della sentenza da eseguire*” (cfr. Cons. St., sez IV, 25 novembre 2003, n. 7778; Id., 17 gennaio 2002, n. 247; Id., 9 gennaio 2001, n. 49).

²⁴⁵ Sull'inapplicabilità dell'istituto alle sentenze adottate dalla Corte dei Conti, si veda Cons. St., Ad. Plen., 17 gennaio 1997, n.1.

²⁴⁶ Cons. St., sez IV, 16 ottobre 2007, n. 5409; Id. sez. IV, 22 settembre 2008, n. 4563; Id. 3 marzo 2008, n. 796; Id. 16 dicembre 2010, n. 9101; Id. 25 giugno 2010 n. 4131; Cons. St., sez V, 16 giugno 2009, n. 3871; Id., 16 aprile 2014, n. 1937; Cons. St., sez V, 12 novembre 2013, n. 5380; Cons. St., sez. IV, 26 giugno 2013, n. 3517 e 28 gennaio 2014, n. 428.

²⁴⁷ Con la sentenza n. 2 del 2013 l'Adunanza Plenaria ha collegato la progressività del giudicato al principio di effettività di tutela giurisdizionale e si è ribadito che il giudice dell'ottemperanza dev'essere considerato come il giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto. Vd. nota di A. TRAVI, *Consiglio Superiore della magistratura e legittimità amministrativa*, in *Foro it.*, 2014, XII, 757.

²⁴⁸ D. PAGANO, *Giudicato a formazione progressiva*, nota a Consiglio di Stato, sez. IV, ordinanza 17 luglio 2015 n. 3587, in *www.lexitalia.it*.

provvedimento amministrativo, pregiudizievole e illegittimo, tutelava, in modo siffatto, solo alcune delle pretese che il privato può vantare nei confronti dell’Autorità e, in particolare, solo gli interessi oppositivi²⁴⁹.

Tuttavia, è stato altresì evidenziato il fatto che l’attuale sistema di giustizia amministrativa è volto alla verifica della fondatezza della pretesa sostanziale e contempla una pluralità di azioni processuali e strumenti che permettono al giudice della cognizione di esercitare nuovi e più ampi poteri e di giungere così all’individuazione di una regola completa ed esplicita che definisce il rapporto da sola e senza necessità di integrazioni successive²⁵⁰.

In questo modo il giudizio di ottemperanza si avvicina sempre più

²⁴⁹ E invero l’interesse finale non veniva soddisfatto qualora il privato avesse aspirato all’ottenimento di un’espansione vantaggiosa della propria sfera giuridica e non alla mera caducazione del provvedimento, ovvero fosse titolare di un interesse legittimo pretensivo. Per una ricostruzione della questione dottrinale circa le configurazioni dell’interesse legittimo vd. G. GRECO, *Il rapporto*, cit., 585. In particolare si illustra la differenziazione tra due diverse configurazioni di interesse legittimo dipendenti dal collegamento con il bene della vita sostanziale. Secondo una prima interpretazione, definita “*strumentale*”, la pretesa del cittadino riguarda l’esercizio legittimo del potere amministrativo al fine ottenere il bene della vita consistente nell’acquisizione o nella conservazione del bene della vita. Secondo altra interpretazione, definita “*finale*”, la pretesa riguarda direttamente l’acquisizione o la conservazione del bene e, di conseguenza, l’adozione o alla non adozione del provvedimento che gli permette di raggiungere il risultato anelato. R. CAPONIGRO, *Una nuova stagione*, cit., sottolinea efficacemente come “*La difficoltà ad assicurare l’effettività della tutela, insomma, nascono dal fatto che la giurisdizione amministrativa di legittimità è stata storicamente strutturata come un giudizio incentrato sulla legittimità di un atto, rispetto al quale la pretesa sostanziale del privato si rivelava recessiva, per cui se la posizione lesa è di interesse legittimo oppositivo, in quanto aspira ad un non fare dell’amministrazione, l’annullamento del provvedimento affittivo si presenta solitamente attributivo del bene della vita sperato in quanto la sentenza è autoesecutiva, mentre, se la posizione lesa è di interesse legittimo pretensivo, che aspira ad un fare dell’amministrazione, l’annullamento del provvedimento quasi mai si presenta autonomamente satisfattivo, essendo necessaria la riedizione del potere amministrativo, solo in esito al quale il bene della vita potrà essere attribuito. La questione centrale, pertanto, è costituita dal rapporto tra l’interesse legittimo pretensivo e le azioni proponibili a sua tutela, attesa la constatata insufficienza della sola azione di annullamento a proteggere in modo esaustivo la posizione*”.

²⁵⁰ V. LOPILATO, *Esecuzione e cognizione nel giudizio di ottemperanza*, in *Nuovo Diritto Amministrativo*, 2013, 1, ricostruisce i rapporti tra esecuzione e cognizione nel giudizio di ottemperanza osservando come la questione debba aver presente, quale criterio di analisi, la tipologia di azione di cognizione esercitata e, nell’ambito di talune azioni, la natura del potere pubblico e del vizio fatto valere. L’analisi risulta determinante per il caso in esame dato che, come si illustrerà nel prosieguo, l’Adunanza Plenaria per sostenere l’attualità e l’utilità dell’istituto del giudicato progressivo, utilizzerà come base del procedimento logico proprio la natura dell’azione esercitata, azione avverso il silenzio, e tipo di potere esercitato, nella specie discrezionale. Tali circostanze non permettono al giudice di effettuare una valutazione piena della controversia e il risultato è la produzione di una regola incompleta che necessita di integrazioni proprio mediante la formazione progressiva del giudicato.

all'essere un rimedio volto all'esecuzione del *dictum* giudiziale, completo e non elastico, e non più anche all'attuazione del giudicato incompleto e bisognoso di specificazione mediante integrazione.

La questione non è priva di risvolti pratici se sol si considera che l'accoglimento della tesi volta a riconoscere l'attualità dell'istituto del giudicato a formazione progressiva si riflette direttamente sull'inquadramento giuridico delle integrazioni adottate dal giudice dell'ottemperanza.

In particolare, qualora il giudicato venga ritenuto progressivo, le statuizioni ad esso successive avrebbero la medesima natura e sarebbero quindi intangibili; viceversa, il superamento dell'istituto di cui trattasi comporterebbe qualificare le integrazioni come mere misure esecutive inidonee ad acquisire il carattere dell'intangibilità e, pertanto, sarebbero precarie e sempre revocabili²⁵¹.

La condivisibile opzione espressa dall'Adunanza Plenaria è quella di ritenere ancora attuale l'istituto del giudicato progressivo²⁵². In particolare, il Supremo Consesso ha ritenuto che la progressiva specificazione del comando giudiziale risulti ancora utile ogniqualvolta il giudizio non possa esplicitarsi in una valutazione della pretesa sostanziale, come accade qualora non si presentino i presupposti di cui all'art. 31, comma 3, cod. proc. amm., ovvero in presenza di discrezionalità non consumata dall'Amministrazione²⁵³.

Invero, il giudicato completo conclude la fase della cognizione solo nei casi espressamente previsti dall'art. 31, cod. proc. amm., i quali costituiscono naturale conseguenza dell'affermazione del principio di separazione dei poteri

²⁵¹ Tale è il problema che spinge la quinta sezione a rimettere la questione all'Adunanza Plenaria. Qualora le statuizioni operate dal giudice dell'ottemperanza siano da qualificare come integrazioni del giudicato secondo il principio della formazione progressiva, non potrebbero essere revocate e modificate e la loro applicazione condurrebbe al risultato ritenuto comunitariamente illegittimo dalla Corte di Giustizia.

²⁵² Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11.

²⁵³ F. G. SCOCA, *Giustizia Amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2017. L'Autore afferma che l'azione avverso il silenzio "è finalizzata a ottenere un provvedimento esplicito che elimini lo stato di incertezza e assicuri al contempo al privato una decisione che investe la fondatezza della sua pretesa, fermo restando tuttavia che al giudice non è concesso sindacare il merito del procedimento amministrativo non portato a compimento, dovendo egli limitarsi a valutare la astratta accoglibilità della domanda, senza sostituirsi agli organi dell'amministrazione quanto agli apprezzamenti, alle valutazioni e alle scelte discrezionali, pronunciando quindi riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati".

espresso dall'art. 34, comma 2, cod. proc. amm., in virtù del quale il giudice non può invadere gli spazi riservati all'Amministrazione e giudicare su poteri amministrativi non ancora esercitati.

Come già illustrato nella presente trattazione, solo in presenza di tali condizioni la regola espressa nel giudicato sarà completa e puntuale poiché non vi è il limite invalicabile del merito agli spazi in cui in cui il giudice può muoversi per valutare se al privato spetta il bene della vita anelato²⁵⁴.

Di conseguenza, l'interesse legittimo non sempre può trovare piena soddisfazione già durante la fase della cognizione, posto che si scontra con il suo consustanziale legame con il potere pubblico che lo qualifica ad un tempo, laddove lo differenzia dal diritto soggettivo, ma che lo limita dall'altro, e in specie quando si traduce nel merito, nell'opportunità libera, per la cui valutazione terza e imparziale dovrà attendere l'ottemperanza.

Pertanto, qualora nella fase di cognizione non si presentino i presupposti indicati per ordinare all'Amministrazione quali provvedimenti devono essere adottati, l'effettività e la pienezza della tutela, che si traduce nell'attribuzione al privato del bene della vita spettante, dovrà attendere l'ottemperanza²⁵⁵.

Ne deriva che ancor oggi si percepisce il *vulnus* al principio di effettività della tutela provocato dall'incompletezza della regola la quale porta con sé la necessità di successive integrazioni che non possono che avvenire in sede di ottemperanza, posto che l'invasione del merito da parte del giudice della

²⁵⁴ Per una ricostruzione dell'individuazione dei casi in cui il giudice può valutare la fondatezza della pretesa prima e dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, cfr. R. GAROFOLI, *Manuale*, cit.

²⁵⁵ M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Atti del XVII Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione*, svoltosi a Varenna, 17-19 settembre 1981, Milano, Giuffrè, 1983, l'Autore afferma che "se l'interesse legittimo, pur essendo una situazione sostanziale, ha un valore strumentale, ciò non significa che esso si esaurisca nel potere di provocare l'annullamento dell'atto o la dichiarazione di illegittimità del comportamento: l'effettività della tutela consiste qui in ciò che all'annullamento e alla dichiarazione di illegittimità conseguano i comportamenti idonei a dare ad essi pratico e completo svolgimento e che sia riconosciuta la possibilità di rivolgersi al giudice per tale fine. Dell'effettività della tutela sono, cioè elementi essenziali l'esistenza e la piena funzionalità di uno strumento come il giudizio di ottemperanza. Solo così, del resto, può essere mantenuta quella stretta correlazione (che al limite diventa coincidenza) fra realizzazione dell'interesse legittimo e soddisfazione dell'interesse materiale, senza la quale l'interesse legittimo decade da interesse strumentale a mera e praticamente inerte aspettativa".

cognizione costituirebbe una violazione del principio di separazione dei poteri e del limite esterno alla stessa giurisdizione riscontrabile dalla Cassazione²⁵⁶.

In altri termini, dal principio di separazione dei poteri si giunge alla consapevolezza della necessaria ammissibilità di un potere giudiziale di integrazione del giudicato al fine di attendere più efficacemente alla sostanziale del cittadino²⁵⁷.

Nel ribadire l'adesione alla tesi accolta dall'Adunanza Plenaria, occorre evidenziare che oltre a confermare l'attualità dell'istituto anche alla luce dell'introduzione delle nuove azioni previste dal codice del processo amministrativo, il Supremo Consesso si spinge fino a individuare ulteriori utilità della formazione progressiva del giudicato, in particolare qualora la sentenza da ottemperare sia della Corte di Giustizia.

In merito a questa evenienza, il Consiglio di Stato ha rilevato che le sentenze pregiudiziali della Corte di Giustizia, costituendo parte integrante dei Trattati, sono da equiparare allo *ius superveniens* caratterizzato dalla particolare forza derivante dal principio di primazia del diritto dell'Unione Europea. Inoltre, così come sancito esplicitamente dalla Corte di Giustizia, l'obbligo di adeguamento dev'essere adempiuto dallo Stato anche se rappresentato dagli organi giurisdizionali²⁵⁸.

²⁵⁶ Su tale questione, si segnala il recente pronunciamento in merito alla questione operato dalle Sezioni Unite, con sentenza n. 5058 del 28 febbraio 2017, con la quale la Suprema Corte ha dettato importanti statuizioni in merito alla distinzione tra limite interno ed esterno della giurisdizione in materia di ottemperanza. In particolare, ha ritenuto che quando *“l'ottemperanza sia stata invocata denunciando comportamenti elusivi del giudicato o manifestamente in contrasto con esso, afferiscono ai limiti interni della giurisdizione gli eventuali errori imputati al giudice amministrativo nell'individuazione degli effetti conformativi del giudicato medesimo, nella ricostruzione della successiva attività dell'amministrazione e nella valutazione di non conformità di questa agli obblighi derivanti dal giudicato; trattandosi, invece, dei limiti esterni di detta giurisdizione quando è posta in discussione la possibilità stessa, nella situazione data, di far ricorso alla giurisdizione di ottemperanza”*.

²⁵⁷ F. PATRONI GRIFFI, *Il giudicato amministrativo e la sua ottemperanza*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008.

²⁵⁸ Cfr. Corte di Giustizia, 3 settembre 2008, causa C-2/08 Fallimento Olimpiaclub; Id., 18 luglio 2007, causa C-119/05 Lucchini in cui la Corte ha affermato che osta al principio di effettività e primazia un'interpretazione dell'art. 2909 cod. civ. che impedisce al giudice di rimettere in discussione quanto deciso qualora sia comunitariamente illegittimo.

Tale adempimento può trovare un'adeguata occasione proprio in sede di ottemperanza in applicazione dell'istituto del giudicato a formazione progressiva, in quanto l'elasticità dell'istituto si presta a recuperare eventuali difformità della sentenza rispetto al diritto comunitario²⁵⁹.

Opinando in modo siffatto, il potere integrativo del giudice svolge non solo la funzione di applicare l'immanente principio di effettività della tutela, ma anche quella di impedire il dispiegarsi di effetti contrari al diritto sovranazionale.

Viene così valorizzato il giudicato a formazione progressiva quale rimedio volto a rivalutare situazioni oggetto del *dictum* giudiziale che sono state interessate da sopravvenienze al fine di adattarle ai mutamenti fattuali o giuridici quali, come nel caso di specie, pronunciamenti interpretativi della Corte di Giustizia attestanti l'illegittimità comunitaria del giudicato.

Sulla base di queste osservazioni, può dirsi che l'ottemperanza sembra essere la sede principale in cui si realizza l'adeguamento costante della realtà giuridica al concreto rispetto della legalità interna ed europea²⁶⁰ e che il giudicato continua ad essere *“il punto di equilibrio (...) che coglie stabilità e movimento, conservazione e progresso, così da conciliare le due forze e garantire l'effettività dell'ordinamento”*²⁶¹.

5. Tutela del privato dinanzi agli atti discrezionali.

Uno degli aspetti maggiormente problematici inerenti al giudizio sul rapporto è costituito dalla tutela del privato dinanzi agli atti discrezionali in quanto il merito amministrativo si frappone alla valutazione complessiva della

²⁵⁹ V. NERI, *Il giudizio di ottemperanza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2015.

²⁶⁰ C. FIGLIOLIA, *L'intangibilità del giudicato amministrativo e il principio di autonomia processuale degli Stati: il giudicato a formazione progressiva come soluzione di compromesso tra il principio di certezza del diritto e l'effettività del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2015, 3, 925.

²⁶¹ F. BENVENUTI, voce *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969.

relazione tra le parti.

La tematica assume importanza a fronte di un'attività amministrativa spesso connotata da discrezionalità, perlomeno originaria, giacché i vincoli normativi sono riferiti più alle procedure da seguire, che alle soluzioni da adottare in presenza di predefinite fattispecie concrete.

Relegando il giudizio sul rapporto agli angusti limiti dell'attività vincolata e lasciando gli altri casi all'applicazione del modello demolitorio, sorge la necessità di interrogarsi circa i possibili rimedi al possibile *vulnus* del principio di effettività della tutela provocato dalla mancata valutazione della pretesa sostanziale del ricorrente.

E invero, nell'ipotesi di esercizio dell'attività discrezionale, l'organo giudicante può al più valutare la presenza di vizi procedurali, ma non può individuare una regola completa che obbligherebbe l'Autorità a riesercitare il potere seguendo criteri rigidi e stringenti. Ciò comporta che l'ente pubblico può ipoteticamente reiterare *ad libitum* il provvedimento lesivo, scevro dai precedenti vizi rilevati in giudizio, in virtù del principio di non consumazione dei poteri²⁶².

Tale eventualità produce chiare limitazioni alla tutela giurisdizionale in quanto il privato non può sapere quando la vicenda troverà conclusione mediante l'attribuzione o la negazione del bene della vita a cui aspira ogniqualevolta l'attività sia connotata da discrezionalità, ovvero, come evidenziato, nella maggior parte dei casi di esercizio del potere amministrativo.

Di conseguenza, la lesione del privato deriva non solo dal carattere defatigante della reazione procedimentale e processuale, ma, altresì, dalla

²⁶² Sul punto, occorre osservare che i principi espressi dall'Adunanza Plenaria del 15 gennaio 2013, n. 2, lasciano aperta la possibilità per l'Amministrazione di esercitare il potere in seconda battuta qualora il nuovo provvedimento non riguardi questioni già trattate dal giudice in modo esplicito o implicito. In particolare si è sostenuto che il processo amministrativo riguarda direttamente il fatto e, inoltre, che l'accertamento definitivo compiuto dal giudice relativo alla sussistenza di determinati presupposti relativi alla pretesa del ricorrente non può non essere vincolante nei confronti dell'azione amministrativa. Inoltre, l'arresto in parola individua i limiti della riedizione del potere affinché non si traduca in un'attività elusiva del giudicato: in primo luogo, esso deve essere frutto della constatazione di una palese e grave erroneità del giudizio precedente e, in secondo luogo, non deve essere espressione di una gestione contraddittoria del potere.

perdita definitiva del tempo speso per reagire e ottenere soddisfazione della pretesa.

Sul punto, il silenzio del Legislatore è assordante, ma, al contempo, le soluzioni elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza risultano espressive degli sforzi volti a colmare la lacuna normativa mediante un'adeguata tutela del privato che non contrasti con l'esigenza dell'Amministrazione di perseguire liberamente l'interesse pubblico.

Una delle soluzioni prospettate, la più radicale, consiste nel ritenere che l'Amministrazione non sia titolare di un potere inesauribile ed esercitabile senza fine, con ciò negando le premesse stesse della *deminutio* di tutela²⁶³.

In particolare, si sostiene che, a seguito dell'intervento giudiziale, l'Autorità possa adottare esclusivamente un unico ulteriore provvedimento all'interno del quale inserire tutte le motivazioni e problematiche che hanno condotto a reiterare la decisione lesiva per il privato²⁶⁴.

²⁶³ La questione è stata recentemente affrontata dalle Sezioni Unite, con sentenza n. 5058 del 28 febbraio 2017. La Suprema corte ha valorizzato il dovere dell'Amministrazione di eseguire il giudicato sulla base dei principi di lealtà e imparzialità del *munus* pubblico. Proprio sulla base di codesti principi, la Suprema corte ha ritenuto che “è preclusa all'amministrazione una riedizione del potere sulla medesima fattispecie, laddove essa abbia già adottato provvedimenti negativi sempre dichiarati illegittimi in sede giurisdizionale e successivamente abbia riproveduto in violazione ed esecuzione del primo giudicato, senza peritarsi di introdurre nella fattispecie nuovi elementi di diniego rispettosi del primo giudicato di annullamento”. Sul punto, occorre osservare che a seguito del pregiudizio subito dal privato consistente nel non aver ottenuto il bene della vita ad egli spettante fin dal primo esercizio del potere (effetto che si sarebbe dovuto realizzare anche nella stessa ottica di lealtà richiamata dalla corte e, in più, tra gli altri, di economicità di risorse), l'esigenza di maggior attenzione da parte dell'Autorità in merito all'applicazione dei principi generali, in specie lealtà e imparzialità, dovrebbe essere più forte, più accorta. La questione era stata già teorizzata in dottrina, in particolare si rimanda ai lavori di C. CACCIAVILLANI, *Giudizio*, cit., 311 ss.; A. PIRAS, *Interesse*, cit.; M. CLARICH, *Giudicato*, cit.

²⁶⁴ Cons. St., sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134 sostiene che “Pur non credendo di condividere la tesi secondo cui ogni questione sorta inter partes dopo la formazione del giudicato vada sottoposta al vaglio del giudice dell'ottemperanza, si deve far carico dell'esigenza che la controversia tra l'amministrazione e l'amministrato trovi ad un certo punto una soluzione definitiva. È infatti esatto il rilievo che una vicenda potrebbe non avere ragionevole fine, ove si consentisse all'amministrazione di procedere più volte nell'emanazione di nuovi atti, in tutto conformi alle statuizioni della sentenza, ma egualmente sfavorevoli al ricorrente, in quanto fondati su aspetti sempre nuovi del rapporto. A fronte di tale esigenza di effettività della tutela giurisdizionale, il punto di equilibrio tra il diritto del cittadino alla rapida definizione dell'affare dopo un giudicato d'accoglimento e la giustificata aspettativa del potere pubblico, di esercitare la propria discrezionalità anche sugli aspetti del rapporto controverso prima non esaminati va determinato come segue. Quando, dopo un annullamento giurisdizionale,

A questo punto, il destinatario dell'azione potrebbe impugnare il provvedimento negativo e ottenere in tempi certi una regola definitiva in esito una valutazione giudiziale espletata, pertanto, nel pieno rispetto del principio di separazione dei poteri.

Tuttavia, tale orientamento appare carente di una chiara base normativa e contrastante con il principio di inesauribilità del potere, il quale, in quanto corollario del superiore principio di efficienza dell'azione pubblica, non può soccombere dinanzi all'interesse del singolo a ottenere una soluzione celere.

Con altro approccio, enfatizzando il concetto di giudicato a formazione progressiva, parte della giurisprudenza ha sostenuto che per ragioni di giustizia l'Amministrazione non possa reiterare senza limiti il provvedimento negativo a seguito dell'intervento giudiziale e, per evitarlo, occorre concepire l'ottemperanza quale fase non solo di esecuzione, ma altresì di cognizione di tutte le questioni che sono sorte dopo l'adozione della sentenza divenuta irrevocabile.

In particolare, si sostiene che se anche il giudicato non fosse relativo a tutti gli aspetti della questione, non potrebbe comunque essere considerato ininfluenza per i profili non vagliati dall'organo giudiziale e, pertanto, il successivo riesercizio del potere sarebbe necessariamente condizionato in modo totalitario dalla *regula iuris*.

Secondo tale ricostruzione, l'Amministrazione potrebbe sì reiterare il provvedimento negativo in accordo al principio tradizionale di non consumazione dei poteri, ma saprebbe già che nella fase di esecuzione del giudicato non potrebbe trincerarsi dietro al muro dell'insindacabilità sfuggendo

l'autorità amministrativa debba riesaminare la vicenda, essa è tenuta a far ciò con un'attenzione tutta particolare. Non deve apparire negativamente prevenuta nei confronti dei privati che hanno dovuto rivolgersi al giudice; e dunque non deve esporli alla prospettiva di una pluralità d'altri giudizi ulteriori. Né deve ingombrare per troppe volte, rispetto al medesimo rapporto, gli uffici giudiziari. Risultati, questi, che possono realizzarsi richiedendosi all'amministrazione - dopo un giudicato di annullamento da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo - d'esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili ancora non esaminati."Nello stesso senso, cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 8 giugno 2011, n. 1428; Cons. St., sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134; Cons. St., sez. VI, 3 dicembre 2004, n. 7858.

alla valutazione di un soggetto terzo e imparziale.

La soluzione in esame tutela sia l'interesse dell'Amministrazione a esercitare il potere in seconda battuta rispetto alla pronuncia giudiziale che l'esigenza del privato di individuare un momento certo in cui viene definito il suo rapporto con l'Autorità, anche se in sede di ottemperanza e non già nella fase di cognizione.

Nonostante abbia il pregio di rispettare il principio di non esauribilità dei poteri con lo sfondo del perseguimento della pienezza della tutela del privato, la tesi risulta carente sotto il profilo di un solido appiglio normativo che permetta di sostenere che il giudicato a formazione progressiva riguardi non solo gli atti posti in esecuzione della sentenza inoppugnabile, ma anche tutti gli ulteriori provvedimenti che costituiscono riedizioni del potere slegate dall'intervento giudiziale²⁶⁵.

Tanto premesso, occorre analizzare la tesi che anticipa il momento di esplicitazione di tutte le motivazioni all'esercizio del potere in prima battuta e, precisamente, al momento dell'adozione del preavviso di rigetto di cui all'art. 10 *bis* della legge n. 241 del 1990²⁶⁶.

In particolare, mediante la lettura della suddetta disposizione alla luce dei ricordati principi della effettività della tutela e della non esauribilità del potere amministrativo, si potrebbe giungere a ritenere che l'art. 10 *bis* imponga

²⁶⁵ Occorre rammentare che la tesi della differenziazione tra provvedimenti elusivi o violativi del giudicato e riedizioni del potere che riguardano aspetti affrontati dal giudicato, è stata ribadita dall'Adunanza Plenaria n. 2 del 2013, la quale, nonostante richiami i fondamenti della teoria del giudicato a formazione progressiva, ha ritenuto che il giudice dell'ottemperanza debba accertare se l'oggetto del ricorso costituisca l'una o l'altra ipotesi.

²⁶⁶ La tesi è stata proposta da M. CLARICH, *Tipicità*, cit. Secondo l'Autore l'istruttoria deve individuare tutti i possibili motivi di diniego poiché solo in modo siffatto si darebbe luogo a un contraddittorio rinforzato sul "progetto di provvedimento". Tale obbligo si riversa sul contenuto di ricorso, il quale potrà avere ad oggetto tutti i singoli motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, e sul processo, che potrà così riguardare la cognizione dell'intero rapporto amministrativo. L'approccio secondo il quale l'Amministrazione debba indicare tutti i motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza sul terreno della situazione concreta è stato proposto dall'Autore anche prima dell'introduzione dell'art. 10 *bis*, cfr., sul punto, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, CEDAM, 1989, 194. Nello stesso si sono espressi pure F. SAITTA, *Ancora sulla condanna dell'amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto: un'azione di adempimento che c'è, ma non si vede?*, in *Giur. it.*, 2012, 2679, e D. VAIANO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo: prime incertezze giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2012, 720

all'Amministrazione di indicare non solo i motivi che ha elaborato per procedere al diniego dell'istanza, ma, altresì, tutti quelli potenzialmente individuabili in quella data situazione di fatto e di diritto.

Ad accogliere tale interpretazione i vantaggi che si profilerebbero per entrambe le parti del rapporto sarebbero di svariata natura.

In primo luogo, occorre rilevare che, a dispetto delle apparenze, l'esercizio in un'unica battuta del potere non si pone in contraddizione con il principio di inesauribilità, posto che l'Amministrazione sarebbe libera di adottare ulteriori provvedimenti qualora si sia modificata la situazione di fatto o diritto.

Inoltre, a differenza delle altre tesi sommariamente illustrate, l'interpretazione risulta fondata su un dato normativo maggiormente solido costituito da una lettura dell'art. 10 *bis* compatibile con i principi generali che reggono l'azione pubblica, tra i quali si inserisce a pieno titolo quello del giusto procedimento e della partecipazione del privato.

E invero, se l'Amministrazione indicasse subito tutti i possibili motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza, il privato potrebbe fin da subito esercitare i propri poteri in sede procedimentale, dando vita da un contraddittorio verticale maggiormente consapevole, in quanto sorto a seguito della conoscenza di tutte le motivazioni individuabili dall'Autorità.

In aggiunta, risulterebbe tutelato il principio di effettività della tutela giurisdizionale con la necessità di un'unica impugnativa recante tutte le censure prospettabili data una determinata fattispecie concreta, e la possibilità di ottenimento, in prima istanza, di una sentenza che analizza la questione in modo completo.

Altresì soddisfatte risulterebbero le esigenze della stessa Amministrazione sotto il profilo del buon andamento in termini di deflazione del proprio contenzioso.

Da ultimo, si utilizzerebbero con modalità più razionale ed efficiente le limitate risorse della giustizia impiegate per la celebrazione dei processi.

Sul punto, per quanto risulti necessario un intervento chiarificatore da parte del Legislatore, si auspica una lettura maggiormente coraggiosa dell'art. 10 *bis*, il quale potrebbe divenire di tal guisa non solo norma cardine in materia di partecipazione procedimentale, ma altresì base normativa per rendere il processo amministrativo sempre più attento alle esigenze del cittadino al fine di rendere più concreta la tutela del privato dinanzi al potere autoritativo discrezionale.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Codice del processo amministrativo. D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Commento articolo per articolo*, a cura di PICOZZA E., Torino, Giappichelli, 2010.

AA.VV., *Giustizia amministrativa. Casi di giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2014.

AA.VV., *Il Codice del processo amministrativo*, a cura di CHIEPPA R., Milano, Giuffrè, 2010.

AA.VV., *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di SANDULLI M.A., Milano, Giuffrè, 2013.

ABBAMONTE G. - LASCHENA R., *Giustizia amministrativa*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, Padova, CEDAM, 2001.

ALLEGRETTI U., *Corte costituzionale e pubblica amministrazione*, in BARILE P.- CHELI E. - GRASSI S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 269.

ALLEGRETTI U., *La Corte costituzionale e l'amministrazione: un bilancio al 1981*, in *Le Regioni*, 1981, 1181 ss., ora in ID., *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996, 135.

ALLEGRETTI U., *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro Italiano*, 1984.

ALLORIO E., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1957.

ARCIDIACONO L., *L'organizzazione amministrativa nel disegno costituzionale e nella giurisprudenza della Corte*, in *Politica del diritto*, 1983, 3, 451.

BENVENUTI F., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 1987.

BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118.

BENVENUTI F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova,

CEDAM, 1953.

BENVENUTI F., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova, CEDAM, 1975.

BENVENUTI F., voce *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969.

BENVENUTI F., voce *Processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987.

BERTOLAZZI L., *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, Giuffrè, 2006.

BERTONAZZI L., *Il trattamento processuale dell'incompetenza e dei vizi ad essa assimilati*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 3, 831.

BERTONAZZI L., *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3, 1128.

BRIANI R., *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo. Una lettura alla luce dell'art. 111 della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2013.

BUFFONI L., *Il rango costituzionale del "giusto procedimento" e l'archetipo del "processo"*, in *Quad. cost.*, 2009, 2, 277.

CACCIAVILLANI C., *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, Padova, CEDAM, 2002.

CACCIAVILLANI C., *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, Cedam, 2005.

CACCIAVILLANI C., *La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego di provvedimento e l'inerzia della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 1, 91.

CACCIAVILLANI C., *Sul ricorso per motivi aggiunti di cui all'art. 21 della legge TAR, come modificato dalla legge n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1, 185.

CAIANIELLO V., *Diritto processuale amministrativo*, Torino, Utet, 1988.

CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, Utet, 2003.

CAIANIELLO V., *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, in

Dir. proc. amm., 1993, 2, 241.

CALABRÒ C., *Il giusto processo e la scommessa del nuovo diritto*, Relazione al convegno “*Art. 111 Costituzione: rivoluzione dell’ordinamento?*”, Venezia, 6-8 ottobre 2000, in www.giustiziaamministrativa.it.

CALABRÒ C., voce *Giudizio amministrativo per l’ottemperanza ai giudicati*, in *Enc. giur.*, XV, agg. 2003, Roma, 3.

CALAMANDREI P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, CEDAM, 1936.

CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, Vallardi, 1911.

CANNADA BARTOLI E., *Processo amministrativo. Considerazioni introduttive*, in *Nov. dig. it.*, XIII, Torino, Giappichelli, 1966.

CANNADA BARTOLI E., voce *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Nov. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 1087.

CAPONIGRO R., *Il principio di effettività della tutela nel Codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. Cds*, 2011, 1707.

CAPONIGRO R., *La natura della posizione giuridica nella tutela cautelare atipica del giudizio amministrativo: dalla tutela cautelare alla tutela camerale*, Relazione al convegno di studi “*La tutela cautelare nel processo amministrativo fra tradizione e futuro*”, Reggio Calabria, 28 maggio 2015.

CAPONIGRO R., *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012.

CARBONE A., *La nullità e l’azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2009, 3, 827.

CARINGELLA F. - DE MARZO G., *La pregiudiziale amministrativa. Una storia infinita*, Roma, Dikè, 2008.

CARINGELLA F., *Architettura e tutela dell’interesse legittimo dopo il codice del processo amministrativo: verso il futuro!*, in www.giustamm.it, 2011.

CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2005.

CARINGELLA F., *L’annullamento a geometrie variabili nella più recente*

giurisprudenza amministrativa, in *Giur. it.*, 2012, 10, 2177.

CARINGELLA F., *La giurisprudenza amministrativa regala all'interesse legittimo l'atipicità della tutela*, in *Il Nuovo Diritto Amministrativo*, 2012, 1.

CARINGELLA F., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, Dikè, 2012.

CARLONI E., *L'amministrazione aperta: regole strumenti limiti dell'open government*, Rimini, Maggioli, 2014.

CARTABIA M., *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, Giuffrè, 1991.

CASSETTA E., *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 618.

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2015.

CASSARINO S., *Manuale di Diritto Processuale Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1990.

CASSATELLA A., *Effetti dell'annullamento giurisdizionale e giudizio di ottemperanza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 5, 528.

CASSESE S., *Grandezza e miserie dell'alta burocrazia italiana*, in *Politica del diritto*, 1981,10, 219.

CASSESE S., *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, *Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13.

CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, Milano, 2000.

CAVALLO B., *Atti e provvedimenti amministrativi*, Padova, CEDAM, 2003.

CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2001.

CERULLI IRELLI V., *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 2, 341.

CHIEPPA R., *Il codice del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011.

CHIEPPA R., *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice*,

Milano, Giuffrè, 2012.

CHIEPPA R., *La pregiudiziale amministrativa*, in R. CHIEPPA - V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007.

CHINÈ G., *Il nuovo rito del silenzio tra innovazione legislativa e interpretazione adeguatrice*, in *Corr. del merito*, 2006, 11, 1321.

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1957.

CHIOVENDA G., *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, I, 81.

CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale*, Napoli, Jovene, 1965.

CHIOVENDA G., *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, 1, 25.

CINTIOLI F., *Il nuovo codice del processo amministrativo: rileggendo Feliciano Benvenuti*, in *Amministrare*, 2011, 1, 196.

CINTIOLI F., *Osservazioni sul nuovo processo cautelare amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2005, 3, 237.

CLARICH M., *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, Relazione al convegno "Le Autorità Amministrative Indipendenti", Roma, 9 maggio 2003, in www.giustizia-amministrativa.it, 2003.

CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, CEDAM, 1989.

CLARICH M., *L'effettività nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 3, 549.

CLARICH M., *La giustizia amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000.

CLARICH M., *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011.

CLARICH M., *Tipicità delle azioni di adempimento nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2005.

CLARICH M., *Tutela giurisdizionale e altre forme di tutela*, *Annuario 2002 dei Professori di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003.

CLEMENTE DI SAN LUCA G., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

CLINI A., *La giusta procedura nella funzione amministrativa e giurisdizionale*, in *Procedura, procedimento e processo*, Padova, CEDAM, 2010.

COMOGLIO M., *Il principio di economia processuale*, Padova, CEDAM, 1982.

CONTIERI A., *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

CORLETTI D., *Vizi <<formali>> e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1, 33.

CORSO G., *L'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1999.

CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010.

CORTESE F., *L'Adunanza Plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giorn. dir. Amm.*, 2011, 9, 962.

CORTESE F., *La questione della pregiudizialità amministrativa: il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*, Padova, CEDAM, 2007.

D'ANGELO G., *Il Codice del processo amministrativo. III) l'istruttoria*, in *Foro it.*, 2010, V, 215.

D'ORSOGNA D., *La conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, Giappichelli, 2002.

D'ORSOGNA M., *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004.

DE CAROLIS D., *Tutela cautelare e atti negativi*, in www.lexitalia.it.

DE GIORGI CEZZI G., *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2013, 3, 401.

DE LEONARDIS F., *La tutela cautelare: principi comunitari ed evoluzione della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 3, 670.

DE NICTOLIS R., *Codice del processo amministrativo*, Assago, IPSOA,

2015.

DELLA CANANEA D., *The Italian administrative procedure act: progresses and problems*, in www.iuspublicum.com, 2012.

DIPACE R., *L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1273.

DUGATO M., *L'istruttoria*, in AA.VV., *Diritto processuale amministrativo*, a cura di SANDULLI A., Milano, Giuffrè, 2013.

DURET P., *La legittimazione ex lege nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1, 40.

FALCON G., *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2 287.

FALCON G., *Questioni sulla validità ed efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. Amm.*, 2003, 1, 37.

FANTI V., *Art. 29*, in GAROFOLI R. –FERRARI G., *Il codice del processo amministrativo*, Roma, Nel Diritto, 2012.

FANTI V., *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2006.

FAZZALARI E., *La dottrina processualistica italiana; dall'azione al processo*, in *Dir. proc. amm.* 1994, 4, 911.

FELIZIANI C., *Oltre le colonne d'Ercole. Può il giudice amministrativo non annullare un provvedimento illegittimo?*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 2, 427.

FERRARA L., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, 617.

FERRARA L., *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006, 3, 599.

FERRARA L., *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir.*

amm., 2008, 1, 103.

FERRARI G., *Il nuovo codice del processo amministrativo*, Roma, 2014, 669.

FERRARI G., *Integrazione della motivazione del provvedimento amministrativo nel corso del giudizio*, in *Giur. Mer.*, 2012, 10, 2189.

FIENGA S., *I nuovi orientamenti giurisprudenziali in materia di procedimento amministrativo*, in *Gior. dir. Amm.*, 2008, 179.

FIGLIOLIA C., *L'intangibilità del giudicato amministrativo e il principio di autonomia processuale degli Stati: il giudicato a formazione progressiva come soluzione di compromesso tra il principio di certezza del diritto e l'effettività del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2015, 3, 925.

FOLLIERI E., *Il giudizio cautelare amministrativo*, Rimini, Maggioli, 1992.

FOLLIERI E., *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2005, 6, 626.

FOLLIERI E., *L'effettività della tutela innanzi al giudice amministrativo nei recenti arresti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, Relazione al convegno "Present-day Trends in the Development of National Legislation - A comparison between the UKrainian and the Italian Systems" Kiev, 4 novembre 2016, in www.giustamm.it.

FOLLIERI E., *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, 439.

FOLLIERI E., *Le azioni costitutive*, in SCOCA F.G. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2013.

FORNACIARI M., *Ultimissime dal Consiglio di Stato: l'annullamento ... che non annulla!*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1662.

FORTI U., *Il silenzio della p.a. ed i suoi effetti processuali*, in *Studi di diritto pubblico*, vol. II, Roma, Foro Italiano, 1937.

FRACCHIA F. - OCCHIENA M., *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21 octies, L. 241/90: quando il Legislatore non può e non deve*, in www.giustamm.it.

FRAGOLA U., *La dichiarazione tacita di volontà della pubblica amministrazione*, Napoli, E. Jovene, 1938.

FRAGOLA U., *Natura e condizioni dell'atto-comportamento della p.a.*, in *Foro Amm.*, 1936, I, 1, 187.

GALETTA D. U., *L'art. 21-octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla costituzione e al diritto comunitario*, in *Riforma della l. 241/90 e processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 2009.

GALETTA D. U., *Le garanzie procedurali dopo la legge 15/2005: considerazioni sulla compatibilità comunitaria dell'art. 21 octies L. 241/90, anche alla luce della previsione ex art. 41 CED*, in PERFETTI L. R. (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990 n. 241 tra garanzie della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, CEDAM, 2008.

GALETTA D. U., *Notazioni critiche sul nuovo art. 21 octies della Legge 241/90*, in www.giustamm.it.

GALETTA D. U., *Recenti novità in tema di illegittimità del provvedimento amministrativo affetto da cd. vizi formali*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 2, 512.

GALETTA D. U., *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, Giuffrè, 2003.

GALLO C. E., *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, 260.

GALLO C. E., *La partecipazione al procedimento*, in AA.VV., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1992.

GALLO C. E., voce *Processo amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl*, IX, Torino, 1996, 628.

GALLO C.E., *I poteri istruttori del giudice amministrativo*, in www.iuspublicum.com, 2011.

GALLO C.E., *L'istruttoria processuale*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo*, V, Milano, Giuffrè, 2003.

- GALLO C.E., *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014.
- GAROFALO L., *Studi di diritto amministrativo*, Napoli, Torino, Giappichelli, 2017
- GAROFOLI R., *La pregiudizialità: per un superamento regolato*, in *Riv. Nel diritto*, 2009, 1338.
- GAROFOLI R., *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 4, 857.
- GAROFOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Nel Diritto, 2012.
- GASPARINI CASARI V., *Introduzione allo studio della tutela cautelare nei confronti della P.A.*, Modena, Mucchi, 1992.
- GAVAZZI G., voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XII, Roma, 1989.
- GIANI L., *La fase istruttoria*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2017.
- GIANNINI M.S. - PIRAS A., voce *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970.
- GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, XI, 522.
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939.
- GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950.
- GIANNINI M.S., voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977.
- GIOVAGNOLI R., *Effettività della tutela e atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, Relazione al convegno "Giustizia amministrativa e

crisi economica”, Roma, 25-26 settembre 2013.

GIOVAGNOLI R., *I silenzi della pubblica amministrazione dopo la Legge n. 80/2005*, Milano, Giuffrè, 2005.

GISONDI R., *Nuovi strumenti di tutela nel codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011.

GIUSTI A., *La “nuova” sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, 293.

GRECO G., *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, 4, 585.

GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980.

GRECO G., *L'effettività della giustizia amministrativa italiana nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 3-4, 797.

GRECO G., *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 3, 481.

GRECO G., *Silenzo della pubblica amministrazione e problemi di effettività della tutela degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 413.

GRECO R., *L'istruttoria e l'accertamento del fatto nel codice del processo amministrativo*, Relazione al convegno “*Il codice del processo amministrativo – Una prima analisi dei profili problematici*”, Roma, 4 novembre 2010, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011.

GRISI G., *L'acquisizione sanante supera il vaglio di costituzionalità*, in *Europa e diritto privato*, 2015, 4, 968.

GUARINO G., *Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, vol. IV, Padova, CEDAM, 1974, 2671.

GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Padova, CEDAM, 2012.

LAMBERTI C., *Temi ancora irrisolti in materia di giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm. CDS*, 2002, 10, 2599.

LASCHENA R., *L'istruzione nel processo amministrativo. Profili generali*,

in *Studi per il centocinquantesimo anniversario del Consiglio di Stato*, Roma, Istituto Poligrafico, 1981.

LEDDA F., *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1964.

LEDDA F., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, *Dir. amm.* 1993, 1 132.

LEONE G., *Elementi di Diritto processuale amministrativo*, Padova, CEDAM, 2014.

LEVI F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967.

LIPARI M., *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la legge n. 205/2000. Le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1, 116.

LIPARI M., *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2003, 2, 292.

LOMBARDI P., *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata"*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1, 85.

LONGOBARDI N., *La motivazione del provvedimento amministrativo dopo la L. n. 15 del 2005*, in www.giustamm.it, 2007.

LOPILATO V., *Esecuzione e cognizione nel giudizio di ottemperanza*, in *Nuovo Diritto Amministrativo*, 2013, 1.

LUBRANO F., *L'atto amministrativo presupposto (spunti di una teorica)*, Milano, Giuffrè, 1967.

LUCATTINI S., *Fatti e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, 203.

LUCIANI F., *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2003.

LUCIFREDI R., *Silenzio-rifiuto senza messa in mora?*, in *Foro it.*, 1941, III, 226.

LUGO A., *Il potere dispositivo e l'onere della parte nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 3, 1068.

MACCHIA M., *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, *Gior. dir. amm.*, 2011, 12, 1310.

MAGLIARI A., *L'attuazione della direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi nell'ordinamento italiano: profili pubblicistici*, in M.P. CHITI - V. SANTORO (a cura di) *L'unione bancaria europea*, Pisa, Pacini Editore, 2016.

MANFREDI G., *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in *Procedura, procedimento, processo*, Padova, CEDAM, 2010.

MANFREDI G., *La legge 241/1990 e la persistente asimmetria informativa tra cittadino e amministrazione*, in *Urb. app.*, 2011, 4, 476.

MARI G. - STRAZZA G., *L'acquisizione sanante (art. 42-bis D.P.R. 327 del 2001) alla luce della Corte Costituzionale 30 aprile 2015 n. 71*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 4, 612.

MARI G., *Il giudizio di ottemperanza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 2013.

MARUOTTI L., *Il contraddittorio nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità Indipendenti*, in *Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, Giappichelli, 1999.

MARUOTTI L., in LEONE G. - SALTELLI C. (a cura di), *Codice del processo amministrativo commentato e annotato con giurisprudenza*, Padova, CEDAM, 2010.

MARUOTTI L., *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010.

MASTRODONATO G., *I mezzi di prova nella giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo*, in AA.VV., *Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione. Problemi teorici e dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 18,

121.

MATTARELLA B. G., *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo*, di CASSESE S. (a cura di), Milano, Giuffrè, 2003.

MAZZAROLLI L., *La giurisdizione amministrativa è di diritto oggettivo?*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 1, 3.

MELIS G., *La storia del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, S. CASSESE (a cura di), Milano, Giuffrè, 2003.

MENCHINI S., *La connessione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 4, 1101.

MERUSI F., *Giurisdizione e amministrazione: ancora separazione dopo il codice sul processo?*, in *www.giustamm.it*, 2010.

MERUSI F., *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 181.

MERUSI F., *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 1, 6.

MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, ora in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, Giuffrè, 2001.

MERUSI F., *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in AA. VV., *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, in *Quaderni della Scuola Europea*, Milano, Giuffrè, 1983, 124.

MERUSI F., *Verso un'azione di adempimento*, in *Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, Giuffrè, 1979.

MEUCCI L., *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Torino, Fratelli Bocca, 1909.

MIELE G., *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1987.

MIGLIORINI L., *Brevi note sulla posizione del giudice e delle parti nel processo amministrativo*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988.

MIGLIORINI L., *Disapplicazione e inapplicabilità*, in Atti del convegno su “*Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti*” Roma, 16 maggio 1997, Torino, Giappichelli, 1998

MIGLIORINI L., *I problemi dell’istruzione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 1, 30.

MIGNONE C. - VIPIANA P.M., *Manuale di giustizia amministrativa*, Padova, CEDAM, 2013.

MIGNONE C., *I motivi aggiunti nel processo amministrativo*, Padova, CEDAM, 1984.

MONTEDORO G., in *Trattato di diritto processuale amministrativo. Le tecniche di tutela*, a cura di CARINGELLA F. –GAROFOLI R., Milano, Giuffrè, 2006.

MORBIDELLI G., *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in *Scritti in onore di Guarino*, vol. III, Padova, CEDAM, 1998.

MORBIDELLI G., *Invalidità e irregolarità*, Atti del Convegno su “*Innovazione del diritto amministrativo e riforma dell’amministrazione*”, in *Annuario dei professori di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002.

MORRONE S., *Art. 21 octies: annullabilità del provvedimento*, in *La nuova disciplina dell’azione amministrativa. Commento alla legge n. 241 del 1990 aggiornato alle leggi n. 15 e n. 80 del 2005 (a cura di R. Tomei)*, Padova, 2005, 658.

MOSCARINI A., *Una sentenza interpretativa di rigetto sull’acquisizione sanante della proprietà del bene privato illegittimamente occupato dalla P.A.*, in *Giur. cost.*, 2015, 3, 1035.

NAZZARO D., *Illegittimità “non invalidante” dell’atto amministrativo e “motivazione postuma”: la “positiva” metamorfosi del G.A.*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2008.

NERI V., *Il giudizio di ottemperanza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2015.

NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1970.

NIGRO M., *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Atti del XVII Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione*, Varenna, 17-19 settembre 1981, Milano, Giuffrè, 1983.

NIGRO M., *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in AMATO G. –BARBERA A. (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1986.

NIGRO M., *Linee di una riforma necessaria e possibile nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 2, 249.

NIGRO M., *Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa dopo la legge sui tribunali regionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1830.

NIGRO M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 254.

OCCHIENA M., *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione e il dovere di comunicazione dell'avvio dei procedimenti ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 2, 522.

OCCHIENA M., *La necessaria riforma del diritto di accesso: diffusione e accesso telematico alle informazioni amministrative*, in *Il diritto dell'economia*, 2008, 1, 177.

OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002.

OCCHIENA M., Voce *Accesso agli atti amministrativi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, I, 2006, 57.

ORNAGHI L. - COTELLESA S., *Interesse*, Bologna, Il Mulino, 2000.

ORNAGHI L., *Il concetto di interesse*, Milano, Giuffrè, 1984.

ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello Stato di diritto – Per una giustizia non amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2005.

PAGANI I., *L'istruttoria*, in AA.VV., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, a cura di CARINGELLA F. - PROTTO M., Roma, Dikè, 2012.

PAGANO D., *Giudicato a formazione progressiva*, in www.lexitalia.it.

- PAGANO D., *Giudicato a formazione progressiva*, in www.lexitalia.it.
- PAGNI I., *Il cumulo di domande nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 4, 1165.
- PAGNI I., *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, 401.
- PANZAROLA A., *Il processo cautelare*, in SASSANI B. –VILLATA R. (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2001.
- PARISIO V. (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2006.
- PATRONI GRIFFI F., *Il giudicato amministrativo e la sua ottemperanza*, in MORBIDELLI G. (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008.
- PERFETTI L. - TROPEA G., *Heart of darkness: l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1, 218.
- PERFETTI L., *Mezzi di prova e attività istruttoria*, in AA.VV., *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di MORBIDELLI G., Milano, Giuffrè, 2015.
- PICOZZA E., *Codice del processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010.
- PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962.
- PIRAS A., *Intervento*, in *Aspetti e problemi dell'esercizio del potere di sostituzione nei confronti dell'amministrazione locale*, Milano, Giuffrè, 1980.
- POLICE A., *I mezzi di prova e l'attività istruttoria*, in AA.VV., *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, a cura di CIRILLO G.P., 42° volume del *Trattato di Diritto amministrativo*, diretto da SANTANIELLO G., Padova, CEDAM, 2014.
- POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, CEDAM, 2001.
- POLICE A., *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 4, 780.

POLICE, *Diritto amministrativo A.*, di F.G. SCOCA (a cura di), Torino, Giappichelli, 2017.

POTOTSCHNIG U., La tutela cautelare, in *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione*, Milano, Giuffrè, 1988.

PROTO PISANI A., *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, 1.

PROTTO M., *Il rapporto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008.

PROTTO M., *La tutela anticipatoria dei crediti pecuniari verso la P.A.: tra tutela cautelare e tutela sommaria* e R. GAROFOLI, *L'art. 33 del d. lgs. n. 80/1998 al vaglio della Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Urb. e app.*, 2000, 6, 603.

RANELLETTI O., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1934.

RANELLETTI O., *Lezioni di diritto amministrativo*, Pavia, Tenconi, 1907.

RANELLETTI O., *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano, Giuffrè, 1945.

REGA F., *Occupazioni illegittime: il difficile bilanciamento tra interesse pubblico, tutela della proprietà privata e giusto procedimento amministrativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 5, 1054.

RENNA M. - SPEZZATI A., *Sulla natura della responsabilità della P.A. per violazione degli obblighi procedurali e di correttezza*, in *Giur. It.*, 2012, 2664.

RENNA M., *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, 573.

RICCI R., *Discorso per l'inaugurazione della Quarta Sezione di Silvio Spaventa*, in *Dir. dir. pubbl.* 1909.

ROHERSSEN G., *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Atti del XXXII Convegno di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 18-20 settembre 1986*, Milano Giuffrè, 1989.

ROMANO A., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa*, in

Riv. proc. amm., 1994, 4, 636.

ROMANO A., *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, I, 2491.

ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 1930.

ROMANO TASSONE A., *Vizi formali e vizi procedurali*, in V. CERULLI IRELLI, *Il procedimento amministrativo*, Napoli, Jovene, 2007.

ROZO ACUNA E., *Cittadino e Amministrazione nel nuovo millennio*, in *Procedura, procedimento e processo*, Atti del Convegno, Urbino, 14 e 15 giugno 2007, Padova, CEDAM, 2010.

SAITTA F., *Ancora sulla condanna dell'amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto: un'azione di adempimento che c'è, ma non si vede?*, in *Giur. it.*, 2012, 2679.

SAITTA F., *Art. 21 octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990: ecco perché si finisce per "rimpiangere il passato" (Discussione con Leonardo Ferrara, atto quarto)*, in www.giustamm.it, 2008.

SAITTA F., *L'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990 approda alla Consulta: riflessioni su un (opinabile) giudizio di (non) rilevanza (con G. Tropea)*, in *Dir. proc. amm.* 2010, 2, 566.

SAITTA F., *L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo, tra mito e realtà*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2006.

SAITTA N., *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2012.

SALA G., *Imparzialità dell'amministrazione e disciplina del procedimento nella recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 3, 433.

SALA G., *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 4, 589.

SANDULLI A. M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, Morano, 1963.

SANDULLI A. M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940.

SANDULLI A. M., *Primissima lettura della adunanza plenaria n. 15 del*

2011, *Riv. giur. ed.*, 2011, 2-3, 533.

SANDULLI A. M., voce *Accesso alle notizie e documenti amministrativi*, in *Enc. dir.*, agg., IV, Milano, 2000, 1.

SANTANIELLO G., *Il sistema probatorio nel processo amministrativo italiano*, in *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione*, Milano, Giuffrè, 1988.

SASSANI B., *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 269.

SCOCA F. G., *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, 379.

SCOCA F. G., *Caratteri generali del processo amministrativo*, in *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2013.

SCOCA F. G., *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 2011.

SCOCA F. G., *Contributo sulla figura di interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990.

SCOCA F. G., *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014.

SCOCA F. G., *Giustizia Amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2017.

SCOCA F. G., *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei procedimenti amministrativi*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2006.

SCOCA F. G., *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 2, 239.

SCOCA F. G., *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1937.

SCOCA F. G., *L'interesse legittimo*, Torino Giappichelli, 2017.

SCOCA F. G., *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. Giur.*, 2011, 7, 989.

SCOCA F. G., *Sentenze di ottemperanza e loro appellabilità*, in *Foro it.*, 1979, III, 74.

SCOCA F. G., voce *Attività amministrativa*, *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002, 77.

SCOCA F.G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971.

SICILIANO F., *Note sull'aggiunzione di motivi dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 4, 1445.

SORICELLI G., *Appunti su una "svolta" epocale in merito ad un'interpretazione costituzionalmente orientata sulla pari dignità tra diritto soggettivo ed interesse legittimo: una decisione a futura memoria?*, in *Foro amm.*, 2000, 2, 349.

STELLA RICHTER P., *La riforma del sistema delle prove nel processo amministrativo*, in *Giust. civ.*, 1984, II, 421.

TANDA P., *Elementi di giustizia amministrativa*, Padova, CEDAM, 2011.

TASSONE R., *Motivazione nei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987.

TOMMASEO F., *I processi a contenuto oggettivo*, in *Riv. dir. Civ.*, 1988, 1, 495.

TOSATO E., *L'impugnativa dei decreti reali di annullamento*, in *Arch. dir. Pubbl.*, 1937, 13.

TRAVI A., *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, in *Urb. e app.*, 2011, 8 936.

TRAVI A., *Consiglio Superiore della magistratura e legittimità amministrativa*, in *Foro it.*, 2014, XII, 757.

TRAVI A., *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr. Giur.*, 2005, 4, 453.

TRAVI A., *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimento e delle omissioni della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 3, 357.

TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014.

TRAVI A., *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 1, 167.

TRAVI A., *Recenti sviluppi sul principio della domanda nel giudizio amministrativo*, in *Foro it.*, 2015, III, 286.

TRAVI A., *Tipologia delle azioni nel processo amministrativo*, in *Gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Milano, Giuffrè, 2011.

TRENTIN S., *L'atto amministrativo: contributi allo studio della manifestazione di volontà della Pubblica Amministrazione*, Roma, Athenaeum, 1915.

TRIMARCHI BANFI F., *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 2, 409.

TRIMARCHI BANFI F., *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, Giappichelli, 2000.

TRIMARCHI M., *Il divieto di «pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati» attraverso il prisma della giurisprudenza*, in *Foro amm. CdS*, 2013, 4, 1096.

TRIMARCHI M., *Principio della domanda e natura del processo secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 4, 1101.

TULUMELLO G., *Itinerari giurisprudenziali in materia di valutazione della fondatezza della pretesa nel giudizio sul silenzio-rifiuto della pubblica amministrazione*, in *Giur. mer.*, 2008.

VAIANO D., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo: prime incertezze giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2012, 720.

VAIANO D., *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002.

VALAGUZZA S., *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, Giuffrè, 2016.

VERDE G., *La pregiudizialità dell'annullamento nel processo amministrativo per il risarcimento del danno*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 4 963.

VILLATA R.- RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006.

VILLATA R., *Ancora “spigolature” sul nuovo processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4, 1516.

VILLATA R., *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 2, 195.

VILLATA R., *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1971.

VILLATA R., *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 2, 271.

VILLATA R., *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 3, 474.

VIRGA G., *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991.

VIRGA G., *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1979.

VIRGA G., *Integrazione della motivazione nel corso del giudizio e tutela dell'interesse alla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 4, 507.

VIRGA G., *Le limitazioni probatorie nella giurisdizione generale di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 1, 135.

VIRGA P., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1997.

VIRGA P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2003.

VOLPE F., *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 2, 391.

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, *La giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1958.