



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA
Scuola Di Scienze Sociali
Dipartimento di Giurisprudenza
Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Tesi di laurea in
Diritto Amministrativo

*Il principio di effettività della tutela davanti al giudice
amministrativo*

Relatore: Chiar.mo Prof. Giovanni Acquarone

Candidato: Fabio Marongiu

Anno Accademico 2022-2023

*Ai miei nonni
"La gioia è la più semplice
forma di gratitudine".*

(Karl Bath)

Oggi io gioisco con voi !

*Un ringraziamento particolare
al Prof. Giovanni Acquarone per aver creduto in me*

Sommario

INTRODUZIONE.....	6
<i>Capitolo primo: il principio di effettività e le azioni esperibili</i>	<i>8</i>
1)Le fonti del principio di effettività.....	8
1.1 Il principio di effettività nel diritto interno.	8
1.2 Il principio di effettività nel diritto dell'Unione europea.	9
2) I diritti soggettivi.....	11
3) Il principio di effettività	14
4) Le tappe evolutive del sistema amministrativo	16
5) L'importanza del Codice del processo amministrativo.....	19
6) Il processo amministrativo.....	22
La nuova natura del processo amministrativo: dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto.....	22
7) Le azioni esperibili: il percorso verso l'atipicità	25
8) Il principio di effettività e la tutela di annullamento	28
8.1 L'annullamento non retroattivo.....	29
8.2) Il superamento del binomio tra illegittimità e annullamento.....	31
8.3) Il principio del "One shot temperato"	34
9) Il principio di effettività e l'azione di mero accertamento	36
10) Il principio di effettività e l'azione di condanna.....	38
11) Il principio di effettività e la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo	41
12) Il principio di effettività e l'azione di condanna pubblicistica	43
<i>Capitolo secondo: il principio di effettività e la tutela cautelare</i>	<i>45</i>
1) I caratteri e i presupposti della tutela cautelare.....	45
1.1 I presupposti e le categorie delle misure cautelari.	46
1.2 Le caratteristiche della tutela cautelare.....	48
2) Le misure cautelari anteriori alla causa.	50
3) La tutela cautelare europea	53
3.1) Il dibattito sulla mancata previsione di una tutela cautelare ante causam: gli interventi della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia	55
Conclusioni	58
<i>BIBLIOGRAFIA</i>	<i>59</i>
<i>SITOGRAFIA</i>	<i>62</i>

PREFAZIONE

L'obiettivo del mio lavoro è quello di evidenziare l'importanza del principio di effettività e pienezza della tutela all'interno della giustizia amministrativa, in quanto risponde a una necessità insopprimibile sia per tutelare l'interesse del cittadino leso sia per garantire il corretto svolgimento del processo attraverso gli strumenti normativi a disposizione.

L'importanza di tale principio è stata confermata nel diritto positivo con l'emanazione del Codice del processo amministrativo, avvenuta con il D. Lgs. 104/2010 ed entrato in vigore il 16 settembre 2010, dopo una serie di tentativi di codificazione che, come spiegherò in seguito, vennero avviati già a partire dagli anni '70.

La codificazione del principio di effettività rappresenta, dunque, la conclusione di un lungo e importante percorso di affinamento di quegli strumenti necessari e utili a garantire una tutela piena ed effettiva al privato.

Il Codice de quo, a differenza del Codice di procedura penale e del Codice di procedura civile, enuncia in apertura, nell'art. 1, il principio di effettività che recita: *“La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del Diritto europeo”* e che ha assunto un rilievo fondamentale nel sistema processuale nazionale e sovranazionale.

Con l'articolo 1 del Codice, senza dubbio, viene affermata ed evidenziata, con norma positiva, la valenza costituzionale del principio in oggetto, riconoscendone, nel contempo, il diretto legame tra il processo amministrativo e il Diritto europeo.

È da sottolineare, inoltre, che l'effettività della tutela trova adeguata integrazione all'art. 7 comma 7, dove si legge che *“Il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione dinnanzi al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi, nelle particolari materie indicate, dei diritti soggettivi”*.

Di conseguenza, il giudice è chiamato ad assicurare, a fronte di una legittima lesione, la soluzione più soddisfacente alle pretese dei cittadini.

Ho evidenziato come l'esigenza di effettività si coniughi, senza dubbio, con quella finalizzata a favorire la celerità del processo, la cui definizione, entro un tempo ragionevole, è resa necessaria dalla presenza di posizioni contrapposte, rispettivamente rappresentate dalla parte pubblica e da quella privata.

Come è noto, prima dell'espressa codificazione, la tutela garantita dal giudice amministrativo non risultava né piena né effettiva, dimostrandosi, quindi, non idonea a soddisfare completamente le aspettative di giustizia del singolo nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Solo a partire dagli anni '90, in modo sempre più continuativo, la tutela giurisdizionale ha visto colmare le sue lacune grazie al giudice amministrativo, alla Giurisprudenza della Cassazione, agli interventi del Legislatore e al Diritto europeo.

La codificazione del principio porta, dunque, a compimento un lungo e faticoso percorso ma, contestualmente, pone in luce tutti quegli strumenti che sono stati introdotti, affinati e ampliati per assicurare una tutela piena ed effettiva al fine attribuire al ricorrente la concreta utilità che l'Ordinamento giuridico gli riconosce.

Attraverso l'analisi del principio di effettività, che ho affrontato come argomento principale, ho esaminato, inoltre, le varie azioni esperibili nel processo amministrativo e le conseguenze che ne derivano in materia cautelare, senza trascurare il rilievo che tale principio ha assunto in ambito europeo anche grazie all'operato della Corte di Giustizia.

INTRODUZIONE

Premesso che il principio di effettività nel diritto è quel principio che prevede la concreta esecuzione di quanto stabilito dal diritto sostanziale ovvero dalle norme che fanno parte dell'ordinamento, mi occuperò, in particolare, di come l'applicazione di tale principio abbia modificato la struttura del processo amministrativo e favorito evidenti esigenze di tutela.

Il processo amministrativo, originariamente, era basato su due azioni principali, attribuite alla giurisdizione di due giudici distinti:

- l'azione di annullamento, esperibile davanti al giudice amministrativo contro gli atti amministrativi illegittimi lesivi di un interesse legittimo;

- l'azione di risarcimento del danno, che costituiva la principale forma di tutela, esperibile davanti al giudice ordinario nei confronti di quei comportamenti della Pubblica Amministrazione, che erano lesivi di un diritto soggettivo.

I precipitati logici di un tale assetto, in passato, conferivano al processo una notevole rigidità, legata anche all'assoluta centralità che l'azione di annullamento rivestiva; l'azione dichiarativa e quella di condanna risultavano, invece, marginali poiché non potevano essere considerate ammissibili se non quando espressamente previste. Era, inoltre, presente una relazione biunivoca tra illegittimità e annullamento, che escludeva le ipotesi di accertamento dell'illegittimità senza la contestuale pronuncia di una sentenza costitutiva, volta a eliminare il provvedimento viziato così da ristabilirne la legalità violata.

La centralità dell'azione di annullamento riguardava anche la tutela cautelare, che era limitata alla sola istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato. Ne conseguiva, pertanto, l'esclusione di ogni misura cautelare atipica, come quelle sostitutive o propulsive, circostanza che determinava anche l'assenza di forme di tutela *ante causam*.

Solo successivamente il potere cautelare diviene "atipico", attribuendo al giudice amministrativo la possibilità di indicare e di comandare all'Amministrazione gli accorgimenti più opportuni a tutela degli interessi delle parti, anticipando, già in sede cautelare, gli effetti della decisione del ricorso.

La struttura del processo amministrativo, nella sua connotazione tradizionale, risultava, quindi, non in linea con la moderna interpretazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale e, allo stesso tempo, evidenziava l'esigenza di un'effettività della giustizia amministrativa volta sia alla tutela del cittadino leso sia a garantire immediatezza e rapidità sul piano generale dell'ordinamento processuale.

Nell'ultimo quindicennio e, in particolare, nell'attuale momento storico, tale esigenza viene avvertita come essenziale e insopprimibile sia dal punto di vista del singolo cittadino sia sul piano generale dell'ordinamento processuale pertanto, in questo mio lavoro, proprio in ragione di tale necessità, cercherò di evidenziare in che modo

l'attività della Giurisprudenza, del Legislatore e del Diritto europeo abbiano cercato di colmare alcune lacune per assicurare una migliore tutela nell'ambito della giurisdizione amministrativa.

Attualmente, infatti, sebbene snellezza e celerità del processo amministrativo non sempre rappresentino garanzia di una tutela piena ed effettiva, è possibile affermare che la nuova configurazione del giudizio amministrativo e dei suoi istituti si pone, sicuramente, come un'alternativa all'impostazione tradizionale, funzionale a garantire una migliore qualità della decisione di merito del giudice amministrativo.

Capitolo primo: il principio di effettività e le azioni esperibili

1) Le fonti del principio di effettività

Per quanto riguarda le fonti, il principio di effettività trova riconoscimento direttamente nei testi normativi della Giurisprudenza nazionale ma anche in altre Carte del diritto sovranazionale europeo, infatti non si può prescindere dal considerare le importanti influenze che il diritto comunitario ha esercitato sul sistema del diritto amministrativo interno.

Il diritto europeo, così come quello interno, subisce una continua evoluzione e non può essere identificato nello *ius positum* in quanto deve essere colto nel suo concreto divenire e nella sua attuazione pratica, in relazione all'insieme di tutte le disposizioni, che appartengono agli ordinamenti interni dei vari Stati e alle quali deve necessariamente adeguarsi, attraverso un processo di adattamento, che conserva, tuttavia, una teorica fedeltà al modello originario.

Illustrerò, di seguito, come il principio di effettività rivesta un ruolo di assoluta rilevanza sia nel diritto italiano interno sia nel panorama del diritto europeo.

1.1 Il principio di effettività nel diritto interno.

Nell'ordinamento giuridico interno, il sistema di tutela giurisdizionale, avverso agli atti delle pubbliche amministrazioni, trova il proprio fondamento direttamente nella Costituzione, dove assumono rilievo gli artt. 100, 103, 111 e 113, che contengono i principi costituzionali riguardanti il processo amministrativo.

In particolare, l'art. 103 concentra la tutela degli interessi legittimi nel Consiglio di Stato mentre un'attenzione fondamentale è da riferirsi all'articolo 24, che assicura la pienezza della tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi attraverso il giudizio.

Sicuramente, non poco rilevante è il peso che la Corte costituzionale ha assegnato proprio all'art. 24.

In passato, infatti, ne aveva fornito una lettura solo in chiave processuale o di tutela all'accesso alla giustizia, oggi ne riconosce, invece, il fondamento come strumento per garantire che un diritto riceva un'adeguata protezione, dichiarando incostituzionali quelle norme che escludano il rimedio risarcitorio per un tale diritto¹.

¹ Sentenza n.238 del 22 ottobre 2014

A riguardo, un esempio esemplificativo è rappresentato dalla sentenza n. 238 del 22 ottobre 2014 sull'immunità giurisdizionale degli Stati con cui viene sottolineato che *“il diritto al giudice ed a una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti inviolabili è sicuramente tra i grandi principi di civiltà giuridica in ogni sistema democratico del nostro tempo”*².

L'art. 111 Cost. sancisce che il *“giusto processo”*, principio fondante del sistema processuale, enunciato nell'art. 2 del Codice del processo amministrativo, oltre a garantire la parità e il contraddittorio tra le parti, davanti a un giudice terzo, deve avere una *“ragionevole durata”*, ma deve anche fornire gli strumenti giuridici adeguati per l'effettiva tutela delle situazioni sostanziali fatte valere in giudizio.

Il Codice del processo amministrativo dedica la propria disposizione di apertura al principio di effettività e individua un chiaro riferimento nell'art. 113 Cost. che, con specifico riferimento agli atti della Pubblica Amministrazione, ammette sempre la tutela giurisdizionale avverso gli stessi, escludendone qualsiasi tipo di limitazione.

In considerazione di tali presupposti normativi, possiamo affermare che il principio di effettività può essere considerato come un'articolazione del giusto processo. Per potersi ritenere tale, dunque, il processo, oltre ad assicurare il principio del contraddittorio la parità delle parti e la ragionevole durata, deve fornire tutti quegli strumenti giuridici adeguati e volti a consentire una piena tutela delle pretese sostanziali fatte valere in giudizio.

1.2 Il principio di effettività nel diritto dell'Unione europea.

In riferimento al diritto dell'Unione europea, il principio di effettività può essere osservato secondo due prospettive:

- da un punto di vista oggettivo, risulta funzionale a garantire il raggiungimento delle finalità perseguite dal diritto dell'Unione nei settori disciplinati dallo stesso ed è sancito nell'art.19, paragrafo 1, secondo comma, TUE;
- da un punto di vista soggettivo, evidenzia i diritti riconosciuti ai singoli cittadini dell'Unione sul piano sostanziale ma assume anche una dimensione processuale accentuata a seguito dell'approvazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e della sua equiparazione ai trattati.

L'articolo 47 della Carta nel sottolineare che *“Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo”* ha elevato il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva al rango di diritto fondamentale.

L'effettività trova ulteriore riconoscimento nell'articolo 13 CEDU, che sancisce il diritto a un ricorso effettivo a favore di ogni persona i cui diritti e libertà fondamentali, riconosciuti dalla Convenzione stessa, siano stati violati.

² G. ARMONE, in www.lavorodirittieuropa.it

L'art. 6 CEDU disciplina, invece, gli stessi principi dell'art. 111 Cost. riferiti a un'equa e pubblica udienza che deve svolgersi entro una ragionevole durata.

Sempre a livello comunitario, è possibile dedurre un'importante chiave di lettura del principio di effettività dalla direttiva n. 66 del 2007 che, al considerando 36, pone l'attenzione sulla necessità di *“garantire il pieno rispetto del diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale”*, conformemente all'art. 47, primo e secondo comma, della sopraccitata Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

È, inoltre, interessante sottolineare che l'ordinamento comunitario ha influito all'interno del sistema di giustizia amministrativa italiano attraverso tutto quel corpus normativo di *“atti di diritto derivato”*, in particolare con le Direttive n. 89/665 e n. 92/13 ma, anche e soprattutto, grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

La necessità di coordinare, a livello comunitario e nazionale, gli strumenti di tutela, al fine di evitare il concretizzarsi di situazioni giuridiche soggettive che potessero risultarne sprovviste, ha, infatti, imposto alla Corte di Giustizia di conformare i rimedi giurisdizionali disponibili di fronte ai giudici dei rispettivi Paesi membri.

La stessa Corte ha poi, ulteriormente, esteso la portata del principio di effettività sia attraverso l'enunciazione di una serie di corollari applicativi sia ricavandone importanti implicazioni che si riflettono sulle scelte istituzionali degli Stati membro.

In conclusione, sulla base di quanto ho esposto, è possibile affermare che il principio di effettività s'identifica come un indispensabile canone interpretativo così come un fondamentale elemento di collegamento nel sistema delle fonti.

2) I diritti soggettivi

Prima di affrontare l'analisi del principio di effettività, mi pare opportuno soffermarmi sulla tutela dei diritti soggettivi.

Il nostro ordinamento giuridico prevede tutele differenziate a favore di chi abbia subito un pericolo o un attacco attuale o meramente potenziale alla propria sfera di rapporti, che si distinguono sulla base della tipologia di pericolo.

Il termine "tutela dei diritti" si riferisce, dunque, all'attuazione, in concreto, di quelle norme e regole di condotta positive, integranti il diritto oggettivo e, più puntualmente, all'insieme di tecniche e/o rimedi posti a presidio di ogni posizione sostanziale, ritenuta meritevole di tutela dall'ordinamento a fronte della loro violazione o della loro messa in pericolo.

A questo proposito, è bene sottolineare che il Legislatore, nel VI libro del Codice civile artt. 2643-2696, richiama l'espressione "tutela dei diritti", che descrive i mezzi di tutela individuati a protezione dei diritti, così come il modo in cui è possibile adire il giudice qualora il ricorrente si sentisse danneggiato.

L'entrata in vigore della nostra Costituzione segna una svolta determinante con la conseguente attribuzione della tutela dei diritti all'organo giurisdizionale, dal cui esercizio deriva un'attività giurisdizionale di tutela dei diritti con piena equiparazione dei concetti di giurisdizione e di tutela giurisdizionale, che collegano l'efficacia sostanziale dei provvedimenti giurisdizionali alle regole che governano la giurisdizione e non solo a quelle di diritto privato³.

In particolare, il Legislatore costituente, al primo comma dell'art. 24 della Costituzione, afferma che "*tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi*"⁴, individuando nel giudizio il mezzo idoneo a garantire il diritto di difesa e invocandone anche l'inviolabilità.

³E. FAZZALARI, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, pag. 403

⁴ Il principio di effettività della tutela giurisdizionale si manifesta anche in termini di diritto di accesso al giudice, secondo un'accezione che promana dall'attuazione delle garanzie costituzionali, di cui all'articolo 24 della Costituzione, e da quelle internazionali, ex art. 6 e art. 41 CEDU, secondo le quali "se l'ordinamento riconosce l'esistenza del diritto soggettivo sul piano sostanziale, deve esservi la possibilità di rivolgersi al giudice per la sua tutela". Un principio, quello ricordato, assoluto per la dottrina. Si vedano in proposito: ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., pag. 73 e ss.; ANDRIOLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *Annuario dell'Università di Pisa 1954-1955*, Pisa, 1957, ripubblicato in *Scritti giuridici*, I, cit., pag. 8 e ss.; CAPPELLETTI-VIGORITI, *I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*, in *Riv.dir.proc.*, 1971, pag. 622 e ss.; COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, cit., pag. 161 e ss.; la stessa Consulta, sin dalle prime pronunce assunte sul tema, allorché ha sancito la regola per la quale, "la tutela giurisdizionale, in ossequio al principio di eguaglianza formale e sostanziale dichiarato all'articolo 3 della nostra Costituzione, deve trovare uguale attuazione per chiunque. cittadino o straniero, indipendentemente da ogni differenza di condizioni, personali o sociali" - in pari termini si vedano Corte Costituzionale, 13 luglio 1963, n. 135, in *Foro. it.*, 1963, I. c. 1957, con la cui pronuncia la Corte ha, con riferimento agli articoli 3, 24 e 113 della nostra carta fondamentale, evidenziato l'utilizzo da parte del legislatore dei termini "tutti" e "sempre", per dimostrare come la richiesta e l'ottenimento della tutela giurisdizionale sia spendibile tanto nei confronti dei privati, quanto dello Stato o di altri enti pubblici, respingendo qualsiasi limitazione che ne

Il processo, a questo proposito, rappresenta lo strumento mediante il quale il titolare di un diritto ottiene un'adeguata tutela a quel diritto o interesse, che assurge a oggetto del giudizio stesso⁵, così come costituisce il mezzo grazie al quale il soggetto, che si assume aver violato le regole sostanziali poste a tutela del diritto azionato, esercita il diritto alla difesa di cui al secondo comma dell'art. 24 della Costituzione.

Il giudizio, al quale il Legislatore costituzionale fa riferimento, si pone, dunque, quale attività⁶ regolata da un insieme di norme, che fondano la giurisdizione civile⁷, finalizzato alla tutela dei diritti soggettivi e degli stati individuali⁸.

L'attività di tutela dei diritti, secondo un approccio contenutistico, si caratterizza in termini di attività, posta in essere da un giudice che, ai sensi degli artt. 101 e seguenti della Costituzione, è sottoposto unicamente alla Legge e che, quindi, è terzo rispetto agli interessi sui quali è chiamato a provvedere così come è indipendente da qualsiasi potere o da qualsiasi specie di soggezione.

renda impossibile, ovvero difficile, l'esercizio da parte di uno qualunque degli interessati; più recentemente Corte Costituzionale, 11 febbraio 1999, n. 26, in *Giur.Cost.*, 1999, pag. 176.

⁵ Quanto ai rapporti tra giurisdizione e processo, nonostante l'uso equivalente dei termini, si è soliti ricordare che il processo è schema di teoria generale, impiegato anche per il compimento di altre attività, costituendo il cardine per l'individuazione e la ricostruzione della giurisdizione. Su tali questioni si vedano fra i tanti: FAZZALARI, *Azione civile (teoria generale e diritto processuale)*, in *D.disc.priv., sez. civ., II*, 1988, pag. 30 e ss.; LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, II, Padova, 1950, pag. 425.

⁶ Un'attività, con riferimento alla quale, si pongono non poche questioni riconducibili alla sussistenza di alcuni limiti che ostano al suo esercizio. Il diritto al giudizio non si pone solo quale diritto al promovimento del processo o alla pronuncia di un tipo predeterminato di provvedimento giurisdizionale, consistendo, bensì, nel diritto al compimento di un'attività giudiziale minima, finalizzata alla tutela di una posizione sostanziale di vantaggio. La possibilità di agire si articola, difatti, in una serie, anche atipica, di situazioni dinamiche nel corso del processo, che sintetizzano il minimo necessario e sufficiente di poteri, di deduzioni, di allegazione o di prova, idonei ad ottenere un provvedimento decisorio, il quale sia adeguato alla natura dei diritti o degli interessi da tutelare. Non può, infatti, negarsi il diritto di pretendere che la parità delle armi sia resa effettiva dalla rimozione di ogni ostacolo, fattuale o giuridico, che altrimenti minerebbe l'efficacia specifica della tutela accordata. Nel processo civile, la Corte Costituzionale ha, quindi, si vedano in merito le importanti pronunce numeri 47/1971, in *Foro.it.*, 1971, 1, 836-837 e 120/1972, in *Foro It.*, 1972, 1, 1899-1902, privilegiato gli aspetti sostanziali e materiali del diritto di azione e di difesa, facendo del principio del contraddittorio e dell'assistenza tecnica di un difensore, gli strumenti da impiegarsi per rendere effettivi i diritti medesimi. La possibilità di farsi sentire dal giudice prima dell'assunzione di qualunque decisione, anche non definitiva, sulle istanze proposte, si pone difatti quale condizione essenziale per l'effettività della tutela giurisdizionale, per tali ragioni, la partecipazione attiva al giudizio, presupponendo la conoscenza dei tempi, dei modi e dei termini ai quali rapportare ciascuna difesa, predica la tempestività delle forme procedurali, il continuo confronto dialettico ed un pieno diritto alla prova, quest'ultimo conquista relativamente recente della nostra giurisprudenza costituzionale, come testimoniano alcune pronunce della Corte Costituzionale, i numeri 213/75 e 88/1977, rispettivamente in *Foro.it.*, 1975, 1, pag. 1572; e in *Foro.it.*, 1977, 1, pagg. 1331-1332, il quale, in quanto espressione del diritto di azione, ed al contempo di quello di difesa, deve conciliarsi con le peculiari modalità con le quali entrambi vengono esercitati, tenuto conto delle diverse forme e dei plurimi moduli procedurali, contratti od alterati rispetto a quelli previsti per il processo ordinario di cognizione.

⁷ Cfr. C. MANDRIOLI (a cura di), voce *GIURISDIZIONE* (in generale), in *Dig.disc.priv.,sez.civ., IX*, Torino, 1993, pag. 127.

⁸ Sul tema si veda A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, cit., pag. 19 e ss.; ID, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, pagg., 13 e ss., 71 e ss.

In un'ottica funzionale, l'attività di tutela si risolve in un'attività giuridica, che viene predisposta per la tutela di situazioni giuridiche soggettive attive ovvero un'attività che si concretizza in una serie di atti giuridici, che divengono esercizio di altrettanti poteri i quali, nel loro complesso, formano la giurisdizione.

L'attività giurisdizionale, pertanto, è finalizzata a perseguire l'effettività del risultato conseguito, mediante il superamento delle tradizionali classificazioni dell'azione che, nel nuovo assetto sistematico, evidenzia gli effetti e i molteplici contenuti, che il provvedimento giurisdizionale richiesto deve contemperare, affinché risulti adeguato in rapporto alla variabilità dell'oggetto della domanda giudiziale.

Questa nuova impostazione tende alla valorizzazione di tutele idonee a soddisfare il diritto alla tutela richiesto, realizzando, nella sua pienezza, l'interesse sotteso a ogni situazione giuridica soggettiva.

La garanzia fondamentale della tutela giurisdizionale dei diritti agisce, sicuramente, per conseguire un sistema procedimentale basato sui principi della regolarità, dell'effettività e dell'uguaglianza sia nell'accesso sia in corso di giudizio, assicurando una giustizia connotata dai caratteri dell'adeguatezza della tutela in relazione al bene della vita, oggetto del giudizio, al fine di assicurarne l'attuazione⁹.

In conclusione, la garanzia costituzionale della tutela giurisdizionale dei diritti non si riferisce alla sola possibilità, in astratto, di adire un giudice precostituito per legge ex art. 25 Costituzione né nel diritto a un giudizio supportato da garanzie costituzionali del procedimento, bensì a un processo che assicuri una protezione piena ed effettiva di qualsiasi situazione giuridica attiva.

⁹ In ossequio a tale impostazione il canone di effettività diverrebbe il filo conduttore dell'intero processo sino all'esecuzione della sentenza, come la stessa Corte costituzionale, con la sentenza numeri 435 e 419 del 1995, in Foro.it., I, pag. 2641, sembra affermare rilevando che: "una decisione di giustizia che non possa essere portata ad effettiva esecuzione (eccettuati i casi di impossibilità dell'esecuzione in forma specifica) altro non sarebbe che un'inutile enunciazione di principi con conseguente violazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione, i quali garantiscono il soddisfacimento effettivo dei diritti e degli interessi accertati in giudizio nei confronti di qualsiasi soggetto e quindi anche nei confronti di qualsiasi atto della pubblica autorità, senza distinzioni di sorta....in questi termini la previsione di una fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, in quanto connotato intrinseco ed essenziale della stessa funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessaria". In senso conforme si veda Corte costituzionale, 11 febbraio 1999, n. 26 in Foro.it., 1999, I, pag. 1118.

3) Il principio di effettività

Il principio di effettività, come abbiamo appena osservato, può essere approfondito con chiari riferimenti sia al diritto interno sia all'ordinamento comunitario.

Tale principio, enunciato dall'articolo 1 del Codice, affida alla giurisdizione amministrativa l'obiettivo di assicurare *“una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del Diritto europeo”* e prevede la concreta esecuzione di quanto definito dal diritto sostanziale. In particolare, il problema dell'effettività si pone nei rapporti tra il singolo privato e l'Amministrazione Pubblica nell'esercizio dei propri poteri.

Nel sistema processuale nazionale e sovranazionale assume un ruolo di rilievo, rappresentando un indice cui deve attenersi non solo il Legislatore, nel definire gli strumenti di tutela di cui il cittadino può avvalersi, ma anche il Giudice che, nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale, deve fornire al soggetto la più ampia e soddisfacente tutela delle sue ragioni.

Il principio di effettività e pienezza della tutela permette, quindi, all'interprete di scegliere tra una moltitudine di soluzioni quella che garantisca la migliore attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Per molto tempo, la dimensione tradizionale di tale principio è stata ricondotta al solo dato procedimentale ovvero alla garanzia del giusto processo e ai corollari che ne derivano.

Alcune tra le prime pronunce della Corte Costituzionale, in relazione all'esercizio della funzione giurisdizionale¹⁰, comprovano, infatti, che la sussistenza di una tutela effettiva venisse sindacata in rapporto al potere dispositivo delle parti, risolvendosi nella proposizione della domanda giudiziale e nel riconoscimento di alcuni poteri indispensabili per ottenere la tutela concreta del diritto.

Negli ultimi decenni del secolo scorso, con l'avvento del fenomeno di positivizzazione delle situazioni giuridiche soggettive, il principio di effettività ha assunto quella connotazione che, ancora oggi, lo individua come uno strumento d'integrazione e di *“correzione del diritto vigente”*, idoneo ad assicurare un garantismo attivo della funzione giurisdizionale¹¹.

¹⁰ Corte Cost. n. 98 27/12/1965, in Foro.it, 1966, I pag. 13 e Corte Cost. n. 18 2/2/1982 in Foro.it, 1982 pag.938.

¹¹ La positivizzazione dell'azione dei diritti consiste in una pratica creativa di nuovi diritti ovvero in un'attività condotta ed assicurata dalla traduzione dei principi primi contenuti nelle Carte fondamentali e nelle Dichiarazioni Internazionali in legge ordinaria dello Stato. Nel nostro ordinamento giuridico tale attività è condotta in applicazione di alcuni canoni ermeneutiche, tra i quali rivestono particolare importanza gli articoli 2 e 3 della Costituzione rifacendosi agli indirizzi promossi dalle corti di legittimità e di merito.

Nel nostro ordinamento le garanzie per il cittadino, leso da un atto della Pubblica Amministrazione, trovano applicazione nell'effettività della tutela giurisdizionale e nel diritto al giusto processo, oggi codificato nel Codice del processo amministrativo.

Il principio di effettività e pienezza della tutela presuppone, infatti, sulla base del noto principio chiovendiano, che il processo rappresenti lo strumento attraverso il quale il soggetto leso, ricorrendo al giudice, possa ottenere tutto quello che gli spetta sulla base del diritto sostanziale e, di conseguenza, riceva la tutela più idonea ad assicurargli la concreta utilità che da essa derivi.

In riferimento anche alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, agli articoli 6 e 13 della CEDU, il principio di effettività può, dunque, ritenersi rispettato qualora vengano osservate tre regole fondamentali ovvero quando:

- la decisione finale irrevocabile riconosca al ricorrente vittorioso tutte le utilità che gli spettano in base al diritto sostanziale e che la stessa sia anche tempestiva, perché emanata nel rispetto del principio della ragionevole durata del giudizio;

- la decisione irrevocabile sia rapidamente eseguita e che, successivamente, il ricorrente vittorioso possa agire con azione di esecuzione per ottenere l'ottemperanza della amministrazione recalcitrante;

- nel corso del giudizio possa essere emanata ogni opportuna misura cautelare affinché la decisione possa attribuire tutte le utilità che spettano in base al diritto sostanziale¹².

¹² C. OLIVA in www.justowin.it.

4) Le tappe evolutive del sistema amministrativo

Prima di esaminare come il principio di effettività trovi oggi attuazione nel processo amministrativo e, in particolare, nell'esercizio delle azioni esperibili, voglio ripercorrere brevemente le tappe evolutive del sistema delle tutele, invocabili avverso gli atti della Pubblica Amministrazione.

La legge fondamentale n. 2248 del 20/03/1865, intitolata come abolitrice del contenzioso amministrativo, ha definito il fondamento e i limiti della giurisdizione del giudice ordinario in materia amministrativa.

In particolare, veniva abolita la figura del giudice speciale e tutte le controversie, che concernevano un diritto soggettivo, sia pubblico che privato, venivano attribuite al giudice ordinario ai cui poteri, tuttavia, vennero attribuiti limiti rigidi in materia amministrativa. Di conseguenza, in forza di tale legge, s'introduceva la possibilità per il privato di adire il giudice ordinario per la tutela di situazioni soggettive, nei confronti della Pubblica Amministrazione, mentre la tutela delle posizioni, che non assurgevano a diritti soggettivi perfetti e che saranno poi chiamati interessi legittimi, veniva affidata all'Amministrazione stessa.

In tal modo, veniva istituito un sistema di giurisdizione unica, sistema cosiddetto monistico, basato sul principio del monismo giurisdizionale, secondo la tradizione del modello belga e dei liberali francesi¹³, che tutelava, però, solo i diritti perfetti mentre gli interessi legittimi venivano considerati come meri interessi di fatto ancora sprovvisti di tutela da parte dell'ordinamento.

Con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato (L. 31 marzo 1889 n.5992), nasce in Italia la Giurisdizione Amministrativa, che introduce la figura di un giudice amministrativo speciale, aprendo la strada alla definizione del sistema dualistico, il quale ha coniugato l'azione di un giudice ordinario per la tutela dei diritti soggettivi a quella di un giudice speciale per la salvaguardia degli interessi legittimi del cittadino lesi dall'attività illegittima dell'Amministrazione.

Fino ad allora, vigeva un principio di rigorosa tipicità, in base al quale l'unica tutela con la quale il privato poteva esperire la protezione dell'interesse legittimo era quella caducatoria, mentre a protezione dei diritti soggettivi era possibile ricorrere con un'azione costitutiva, dichiarativa o di condanna sia tipica che atipica.

Il giudice ordinario diviene, quindi, titolare di disapplicare l'atto illegittimo, con riferimento al caso controverso, il giudice amministrativo, invece, inizia a disporre del potere di annullare il provvedimento illegittimo. S'individua, così, il criterio di dipartimento che si basava e, in buona sostanza si basa tuttora, sulla natura della situazione controversa, che affida la tutela dei diritti soggettivi alla giurisdizione ordinaria mentre quella degli interessi legittimi diviene pertinenza della giurisdizione amministrativa.

¹³ M.MAZZANUCO in journalism.uniburb.it/ind.

In alcune materie, specificate dalla legge, viene affidata alla giurisdizione amministrativa anche la tutela dei diritti soggettivi, in tal caso, la cosiddetta giurisdizione esclusiva. Si trattava, allora, di un modello oggettivo di giurisdizione, in quanto il processo aveva come oggetto esclusivo l'atto amministrativo mentre la pretesa sostanziale del ricorrente non assumeva nessun rilievo. Tale modello era idoneo a fornire una tutela adeguata solo in caso di interesse legittimo oppositivo, grazie al quale il privato intendesse proteggere e tutelare un bene, già esistente nella propria sfera giuridica, contro quei provvedimenti di carattere restrittivo o ablatorio, posti in essere dalla Pubblica Amministrazione, con conseguente compressione della sfera giuridica. Si rivelò, invece, totalmente inadeguato nel fornire una tutela all'interesse legittimo pretensivo ovvero l'interesse del privato a conseguire un bene della vita, tramite l'esercizio del potere amministrativo.

Nel primo caso, infatti, l'annullamento *ex tunc* del provvedimento lesivo rappresentava la tutela idonea a reintegrare la sfera giuridica del ricorrente del bene, illegittimamente sottratto dalla Pubblica Amministrazione, nel secondo non forniva una tutela effettiva, in quanto lasciava insoddisfatta la pretesa di ottenere il provvedimento richiesto da parte del ricorrente. È evidente, in questo caso, che l'annullamento del provvedimento di diniego fosse inidoneo a determinare l'attribuzione del bene, essendo l'interesse pretensivo finalizzato a ottenere l'ampliamento della sfera giuridica del privato, attraverso l'attribuzione di un bene della vita da parte della Pubblica Amministrazione.

Invero, l'unico modo in cui un interesse legittimo pretensivo può trovare soddisfazione e tutela è attraverso l'adozione del provvedimento che attribuisce il bene della vita al privato e l'annullamento del provvedimento di diniego illegittimo.

A tale proposito, si può individuare come la principale svolta, in materia di tutela dell'interesse legittimo, sia rappresentata dalla pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione numero 500/1999 con la quale, per la prima volta, viene riconosciuta la risarcibilità anche nell'ipotesi di lesione dell'interesse legittimo indifferentemente che si trattasse di un interesse oppositivo o pretensivo.

Va ricordato, inoltre, che in tale contesto ha avuto particolare rilievo anche l'emanazione del Codice del processo amministrativo, in particolare l'articolo 34 comma 1 lett. C, che consente al giudice amministrativo di procedere all'adozione delle misure idonee per la tutela della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, in caso di accoglimento del ricorso.

Mi soffermerò più avanti sull'importanza e sul perché del Codice.

Oggi l'obiettivo di raggiungere l'effettività della tutela può ritenersi soddisfatto grazie al superamento della centralità, rivestita dall'azione di annullamento e all'accoglimento del principio di pluralità e atipicità delle tecniche di tutela dell'interesse legittimo da parte del legislatore.

Con l'introduzione del Codice e del successivo D. Lgs 160/2012 si determina il mutamento del modello di giurisdizione, segnando, così, il passaggio da un modello oggettivo a uno soggettivo volto, non solo a ripristinare l'interesse oggettivo dell'ordinamento alla legittimità dell'operato della Pubblica Amministrazione, ma teso a soddisfare, soprattutto, l'interesse soggettivo del privato a un bene della vita e, quindi, a valutare la fondatezza della pretesa sostanziale dello stesso, con il conseguente spostamento dell'oggetto del giudizio amministrativo dall'atto al rapporto che dall'atto deriva.

Si ha, dunque, come risultato un modello di giurisdizione in cui è possibile per il privato esperire tutte le azioni, sia tipiche sia atipiche, necessarie per la protezione dell'interesse sostanziale che l'ordinamento gli riconosce e finalizzate a ottenere, inoltre, una tutela specifica e piena, analogamente a come in passato accadeva per i diritti soggettivi.

L'effettività della tutela, nel processo amministrativo, è, quindi, il risultato di un lungo percorso basato sul perfezionamento delle tecniche a tutela dell'interesse legittimo, che si è sviluppato parallelamente all'evoluzione della nozione stessa di interesse legittimo e che culmina nel riconoscimento della valenza sostanziale di quest'ultimo.

Con l'affermazione della natura sostanziale dell'interesse legittimo e, di conseguenza, del ruolo centrale, assunto dal bene della vita che il privato vuole proteggere dall'azione amministrativa, è stato possibile passare, successivamente, da un giudizio sulla mera legittimità dell'atto a un giudizio incentrato sul rapporto, che dall'atto deriva e, in ultima istanza, sulla fondatezza della pretesa sostanziale azionata. L'interesse legittimo ha cessato, così, di essere considerato solamente una mera facoltà processuale, un interesse che, solo occasionalmente, potesse essere protetto, assumendo rilievo come interesse a un bene della vita, come una situazione sostanziale, che viene direttamente riconosciuta dall'ordinamento.

In questi termini, la tutela effettiva dello stesso non può che essere, allora, una tutela che soddisfa l'interesse sostanziale del privato a cui riconosce il bene della vita.

In tale contesto è opportuno ricordare, inoltre, la legge del 7 marzo 1907, n. 62 che consacra la natura giurisdizionale della Quarta sezione del Consiglio di Stato e ne istituisce una Quinta che assume competenza estesa al merito amministrativo.

Con il D. Lgs 5 maggio 1948, n. 642 viene, successivamente, istituita la Sesta sezione del Consiglio di Stato e tutte le sezioni assumono allora competenze identiche.

5) L'importanza del Codice del processo amministrativo

L'idea di una codificazione delle regole del processo amministrativo non è nuova nel nostro ordinamento ma è stata più volte prospettata, nel tempo, fino a trovare la propria realizzazione con la definitiva approvazione del D. Lgs. 2 luglio 2010 n. 104, il cui allegato uno è, appunto, il Codice del processo amministrativo.

Nel corso degli anni precedenti, si era a lungo discusso riguardo alla parziale inadeguatezza del processo amministrativo, cercando di trovare una risposta alla forte domanda di giustizia nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Le norme processuali risultavano disseminate in una molteplicità di testi normativi, non sempre coordinati tra di loro.

Le prime regole processuali, relative al Consiglio di Stato risalgono al 1907 e al 1924 e hanno subito, in seguito, solo parziali modifiche e integrazioni a opera della legge istitutiva dei T.A.R del 1971.

Sono poi seguite ulteriori riforme processuali di rilievo nel 1998 (D. Lgs. N.80) e nel 2000 (L. n. 205), accompagnate da molteplici interventi legislativi relativi a singoli settori.

Il risultato di una tale stratificazione di norme è stato un complesso di regole piene di rinvii reciproci anche a testi normativi non processuali.

I problemi non erano, tuttavia, limitati alla chiarezza e al coordinamento delle regole ma riguardavano anche più rilevanti profili di sostanza, legati all'effettività della tutela giurisdizionale degli interessi legittimi, sempre più proiettata verso una tutela piena che non si conciliava con il mantenimento di un processo amministrativo legato al modello impugnatorio.

Era opinione, ormai diffusa da tempo, che fosse necessaria una risoluzione a tale problematica sebbene mancasse una linea comune.

Da una parte c'era chi sosteneva il ruolo della Giurisprudenza, preferendo un sistema processuale basato su poche regole, che conferisse al giudice amministrativo un maggiore margine per adattare tali regole e costruirne altre in via pretoria, al fine di individuare strumenti di tutela sempre più efficaci.

Vi era, invece, chi propendeva per un incisivo intervento del Legislatore¹⁴.

¹⁴ A. PAJNO, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, pag. 119, ricorda come nel corso del tempo siano stati spesso posti interrogativi sulla questione della codificazione delle norme di diritto amministrativo. Menziona la posizione di Orlando, secondo cui non esiste, pertanto, una oggettiva impossibilità di codificare il diritto amministrativo, legato alla natura speciale di questo ed al carattere frammentario della legislazione, ma un ostacolo a tale opera, costituito dall'assenza di un'adeguata elaborazione, anche scientifica, dei principi fondamentali del diritto amministrativo: per poi passare alle tesi di Romano che vedeva con favore l'ipotesi della codificazione, anche se limitata ad un "complesso abbastanza ampio ed organico di principi relativamente fermi, costanti e generali" e di Zanobini, favorevole a un "codice limitato a contenere soltanto i principi generali del diritto amministrativo", proprio perché essi "non sono esposti

Parte della Dottrina sosteneva anche l'esigenza d'intervenire sulle regole del processo amministrativo, non tanto per sfiducia nei confronti della Giurisprudenza o della Dottrina stessa, ma per la convinzione che solo con la Legge fosse possibile "canonizzare" le conquiste della Giurisprudenza e della Dottrina, imprimendo, nel contempo, un nuovo impulso all'evoluzione del processo amministrativo¹⁵.

Mi soffermerò ora, brevemente, sui momenti in cui la codificazione del processo amministrativo è sembrata imminente:

- nel 1972 e nel 1974 il Governo aveva delegato il Consiglio di Stato alla formulazione di disegni di legge di riforma della procedura seguita davanti al Tar e davanti al Consiglio di Stato.

Successivamente, dopo la nomina di una commissione speciale, l'adunanza generale del Consiglio di Stato, il 23 novembre 1978, approvò uno schema di disegno di legge unificato e composto da centodieci articoli che fu presentato al Governo e al Senato il 13 dicembre 1979;

- in occasione del dibattito sul rapporto Giannini sulla riforma della Pubblica Amministrazione, il 10 luglio 1980 il Senato aveva approvato un ordine del giorno con l'impegno di approvare una riforma del processo amministrativo, ma tutti i progetti decaddero con il termine della legislatura nella primavera del 1983;
- durante la successiva Legislatura furono molte le proposte di legge presentate alle Camere ma, a causa della fine anticipata di quella Legislatura, il testo unificato approvato dalla Commissione delle Camera non giunse mai ad approvazione¹⁶;
- maggior fortuna sembrava dovesse avere la riproposizione dei progetti di riforma della X Legislatura della Repubblica Italiana e su una proposta di legge, approvata dalla Camera il 12 ottobre 1989, venne acquisito il parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato, reso con approfondite osservazioni l'8 febbraio

alle continue modificazioni cui sono soggette le norme relative a particolari istituti. Pajno conclude richiamando il pensiero del povero Bachelet, improvvisamente assassinato dalle Brigate Rosse negli anni '80, grazie al quale il tema della codificazione del diritto amministrativo si coniuga in modo sistematico con quello, più specifico, della giustizia amministrativa. Secondo Bachelet la codificazione dei "profili processuali del diritto amministrativo" serve, infatti, alla fine, a dare piena e compiuta attuazione al quadro costituzionale della giustizia amministrativa, o costituisce, comunque, un momento importante e significativo della costruzione del sistema costituzionale della giustizia amministrativa.

¹⁵ M. NIGRO, *Crisi del giudizio di annullamento, prospettive e linee di tendenza del processo amministrativo*, in Mazzarolli (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo* (Atti del convegno di studio - Padova, 10-11 aprile 1987), Padova, 1990, pag. 17; in precedenza, si veda anche, NIGRO, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in Riv. Dir. Proc., 1978, pag. 249. Sulla stessa linea, Merusi, *Per una maggiore e migliore tutela di situazioni giuridiche soggettive mediante il processo amministrativo*, in Mazzarolli (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo* (Atti del convegno di studio - Padova, 10-11 aprile 1987), Padova, 1990, pag. 21.

¹⁶ Per una completa ricostruzione dei vari tentativi una riforma usuale si veda V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, pag. 30.

1990¹⁷, ma i lavori del Senato, purtroppo, furono interrotti ancora una volta per la fine della Legislatura.

Lo scarso successo conseguito portò a una serie di ulteriori interventi, in ambito più limitato ma significativo, come nel caso del già menzionato D. Lgs. N. 80/1998 e della L. n. 205/ 2000 che hanno risolto solo parzialmente il problema dell'inadeguatezza del processo amministrativo in merito al soddisfacimento delle pretese dei cittadini.

Nonostante l'avvenuta trasformazione della tutela in una tutela piena ed effettiva, poiché estesa anche al profilo risarcitorio, tutte le regole processuali restavano cristallizzate al modello impugnatorio e trovavano difficoltà a liberarsi dall'ottica di un giudizio meramente rescindente che, a volte, risultava di scarsa utilità per gli interessi effettivi dei cittadini.

Ecco riemergere, dunque, l'idea, mai del tutto abbandonata, di una codificazione del processo amministrativo che ha trovato riscontro nell'articolo 44 della L. 18 giugno 2009 n. 69 Delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo, a cui è seguito l'iter di formazione del Codice del processo amministrativo.

All'interno della medesima legge delega emergono le ragioni che hanno condotto alla codificazione, in particolare, l'esigenza formale di unificazione, di chiarificazione e di coordinamento delle norme stratificatesi oltreché la necessità di *“assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela”* al cittadino nei confronti dei poteri pubblici, *“anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo”*¹⁸.

In attuazione della sopraccitata legge delega, viene emanato il Codice del processo amministrativo che entrerà, successivamente, in vigore il 16 settembre 2010.

Si realizza, così, un importante progetto di codificazione, la cui idea era stata portata avanti nel tempo, con la consapevolezza che fosse un obiettivo ambizioso ma con la certezza della sua reale utilità, nonché necessità dal punto di vista giuridico-processualistico escludendo, tuttavia, qualsiasi profilo di tipo politico-ordinamentale¹⁹.

Possiamo concludere che, con il Codice, la giustizia amministrativa diventa definitivamente giurisdizione amministrativa e acquisisce un suo vero e proprio statuto che la affianca a quella civile e penale²⁰.

È opportuno, tuttavia, evidenziare che il Codice non costituisce un testo chiuso e concluso nel quale si riflette il processo amministrativo ma è, sicuramente, uno strumento ancora aperto a ulteriori e futuri sviluppi, rimessi soprattutto all'opera della Giurisprudenza²¹.

¹⁷ Il disegno di legge delega e il parere sono stati pubblicati in Consiglio di Stato, 1992, I, 301.

¹⁸ parlamento.it

¹⁹ DE LIRE, *Verso il codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010.

²⁰ www.giustamm.it

²¹ P. DE LISE, *Verso il Codice del processo amministrativo, Conclusioni della Tavola rotonda del 21 aprile 2010*, presso la Corte di Cassazione; A. PAJNO, *La Giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, n.1, 2010, pp.118 ss.

6) Il processo amministrativo

La nuova natura del processo amministrativo: dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto.

Il processo amministrativo rappresenta *“lo strumento attraverso il quale il soggetto leso”* ottiene dal giudice quanto gli spetta in base al diritto sostanziale e riceve, quindi, la tutela specifica e più idonea ad attribuire al titolare di una situazione oggettiva *“praticamente tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire”*²².

Ho scelto questa frase del famoso giurista Chiovenda che ritengo, a mio giudizio, particolarmente significativa per introdurre l'analisi dell'evoluzione del processo amministrativo.

L'autore viene considerato uno dei principali artefici della ridefinizione del processo, in quanto con il suo pensiero ha segnato una svolta decisiva nel superare la logica privatista del processo civile propria del XIX secolo.

Tradizionalmente, il processo amministrativo nasce come sistema di tipo impugnatorio puro²³, volto all'accertamento della conformità dell'azione amministrativa alla legge e, di conseguenza, mirato a un controllo della legittimità sui provvedimenti emessi dall'Amministrazione.

In tale modello, il ricorrente incontrava un limite nella tutela della propria posizione sostanziale con riferimento, in particolare, agli interessi legittimi pretensivi, dal momento che il solo vaglio di legittimità consentiva una verifica meramente estrinseca, preclusiva di ogni accertamento circa la fondatezza nel merito della pretesa sostanziale dedotta in giudizio²⁴.

Nell'ipotesi di lesione di un interesse legittimo di tipo oppositivo, senza dubbio, l'obiettivo del titolare mira alla tutela degli interessi della propria sfera giuridica, avverso provvedimenti di carattere restrittivo o ablatorio da parte dell'Amministrazione che abbiano come effetto la compressione della stessa sfera giuridica del ricorrente²⁵.

In questo caso, dunque, il necessario rispetto del principio di effettività della tutela non impone la previsione di una pluralità di azioni processuali, in quanto trova piena soddisfazione nell'esperibilità della sola azione di annullamento, qualora gli effetti della sentenza siano correttamente modulati.

²² CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933, cit. pag. 42.

²³ Un sistema caratterizzato dalla centralità e dall'esclusività dell'azione da nulla, affiancata dalla sede del provvedimento come unico tutela cautelare tipizzata.

²⁴ 21 L'azione che meglio sosteneva tale sistema, basato su una rigida tipicità delle tipologie di tutela amministrativa, era l'azione che portava all'annullamento del provvedimento che ricorrente riteneva viziato.

²⁵ F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo, storia e teoria*, Torino 2011.

Diversamente, riguardo alla tutela dell'interesse legittimo pretensivo, valgono considerazioni opposte. In questo caso, infatti, non è sufficiente avvalersi dell'annullamento dell'atto, poiché il titolare del diritto leso troverà soddisfazione al proprio interesse solo con l'adozione di un provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica.

In considerazione di ciò, possiamo affermare che la tradizionale impostazione del processo amministrativo garantisca una tutela pienamente soddisfacente solo alla prima categoria di interessi legittimi mentre non venivano prese in considerazione le peculiarità degli interessi pretensivi.

Queste riflessioni mettono, dunque, in luce che un processo amministrativo improntato sull'atto, e non su un rapporto, è inadeguato a garantire tutela sostanziale.

Tale inadeguatezza emerge anche in relazione all'articolo 24 della Costituzione, volto a garantire parità di tutela ai diritti soggettivi e agli interessi legittimi, senza alcuna distinzione o gerarchia ovvero senza distinzione fra interessi legittimi o positivi e pretensivi.

A tal riguardo, la Corte Costituzionale che in passato, come ho già affermato, aveva dato all'articolo una lettura solo secondo un'ottica processuale, o tutt'al più di tutela dell'accesso alla giustizia, si è espressa ulteriormente, affermando che gli interessi legittimi assicurano, necessariamente, *“le medesime garanzie assicurative ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice e alla effettività della tutela che questi deve loro accordare”*²⁶.

A dispetto delle lacune normative, la Dottrina e la Giurisprudenza hanno rivolto la loro attenzione, in materia di protezione degli interessi legittimi pretensivi, nel tentativo di assicurare pari tutela a entrambe le figure.

Il processo di parificazione del livello di tutela è avvenuto in modo graduale attraverso una pluralità fasi.

Inizialmente, in via interpretativa, è stata introdotta l'azione avverso il silenzio-rifiuto o silenzio inadempimento²⁷, della quale si parlerà più approfonditamente in seguito e che ha rappresentato una prima forma azione di condanna pubblicistica.

Successivamente, l'inadeguatezza di un'unica forma di tutela cautelare ha reso necessario l'introduzione di forme di atipicità anche di questa azione.

²⁶ Corte Costituzionale, sentenza N. 204 del 2004 con nota di F. G. SCOCA, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur.Cost.*, 2004, p. 2181 ss.

²⁷ Azione di creazione giurisprudenziale che consente al privato cittadino leso dall'inerzia della pubblica amministrazione di agire per ottenere, da parte del giudice, una condanna dell'Amministrazione a provvedere, con la puntualizzazione (già messa in luce dall'Adunanza Plenaria n. 10 del 1978) che in tale giudizio il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza della pretesa (giudicando quindi sul rapporto) e conseguentemente condannando l'amministrazione ad un facere provvedimento specifico.

Era emersa, infatti, la consapevolezza che l'adozione di una misura consistente nella sola sospensione cautelare risultasse insufficiente, soprattutto rispetto all'ipotesi di rifiuto da parte della Pubblica Amministrazione di adottare un provvedimento di carattere ampliativo in favore del ricorrente.

Per sopperire a questa esigenza di tutela nella Giurisprudenza, si è progressivamente affermato il superamento del principio di tipicità delle forme di tutela cautelare mediante l'introduzione di nuove tipologie, in particolare, attraverso le cosiddette ordinanze di *remand*, ordinanze anticipatoria, propulsive o sostitutive.

Il momento che segna la svolta significativa, nell'evoluzione interpretativa dell'argomento in questione, è rinvenibile nella pronuncia della sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione²⁸, che, per la prima volta, ha riconosciuto la risarcibilità anche per l'ipotesi di lesione di un interesse legittimo, indifferentemente oppositivo o pretensivo.

²⁸ Cassazione Civile, Sezioni Unite, 22 luglio 1999, n. 500, in Foro.it., 1999, I, p. 2487, con nota di A. PALMIERI - R. PARDOLESI; in Giust. Civ., 1999, 1, p. 2261, con nota di M.R. MORELLI; in Urb. App., 1999, p. 1067 con nota di M. PROTTO; in Corr. Giur., 1999, p. 1367, con note di A. DI MAJO e V. MARICONDA; in Giur. Cost., 1999, p. 3217, con nota di F. SATTA.

7) Le azioni esperibili: il percorso verso l'atipicità

L'esigenza di tutela della posizione del privato, rispetto alla Pubblica Amministrazione, non è sempre stata adeguatamente considerata.

Le norme, che regolavano il processo amministrativo, vennero introdotte con il Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato nel 26 giugno 1904 n. 1054, con l'articolo 45 che, in particolare, riguardava il ricorso giudiziale e disponeva che lo stesso potesse essere proposto avverso “*atti e provvedimenti*” e che, in caso di accoglimento, il Consiglio di Stato avrebbe disposto l'annullamento dell'atto o del provvedimento, “*salvo gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa*”.

In un sistema caratterizzato, allora, dal rigido rispetto del principio di tipicità e dal rispetto del principio della separazione dei poteri, l'unica tipologia di azione concepibile era rappresentata dall'azione di annullamento. Quest'ultima era strettamente connessa al rilievo dei vizi del provvedimento, desunti sulla base di un vaglio meramente formale e privo di sindacato sul merito della pretesa fatta valere in giudizio, pertanto, si trattava di un giudizio esclusivamente sull'atto e non sul rapporto.

Successivamente, l'avvento del Codice del processo amministrativo, unitamente alla codificazione del principio di effettività della tutela e all'intervento della giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha ulteriormente rafforzato il ruolo centrale della domanda giudiziale di parte, che risultava coerente con una giurisdizione di tipo soggettivo e, soprattutto, della pretesa sostanziale del ricorrente.

Al giudice amministrativo spettava, dunque, il vaglio circa l'effettiva fondatezza della pretesa fatta valere in giudizio²⁹.

Oggi, sebbene l'azione di annullamento continui a “*rappresentare la dimensione naturale della giustizia amministrativa*”³⁰, il ricorrente ha a disposizione una pluralità di azioni, a tutela del proprio interesse, che sono contemplate nel Codice del processo amministrativo, rispettivamente nei seguenti articoli, in particolare:

- l'articolo 31, c. 4 del c.p.a., che riguarda l'azione di nullità;
- gli articoli 30 c. 1 e 34 c.1, c.p.a., che prevedono l'azione di condanna, la quale comprende anche le somme dovute a titolo di risarcimento del danno;
- l'articolo 31 c. 1, 2 e 3 c.p.a. contempla l'azione avverso il silenzio, definita mista di accertamento e di condanna, la quale consente l'accertamento del dovere di provvedere e delle legittimità dell'inerzia, nonché la condanna all'adozione di un provvedimento, purché siano esauriti i margini di discrezionalità e non siano necessari ulteriori adempimenti istruttori;

²⁹ L.TORCHIA, *I principi generali, il nuovo codice del processo amministrativo*, in Giorn. Dir.amm., 2010, p.1117

³⁰ S. MENCHINI, *Potere sostanziale il sistema delle tutele*, in diritto processuale amministrativo, 1 dicembre 2020, pag. 803

- l'articolo 31 c.3, c.p.a., il quale regola l'azione di adempimento prevista, che potrebbe definirsi complementare alla domanda di annullamento del provvedimento oppure all'azione avverso il silenzio che consente la condanna all'adozione del provvedimento richiesto³¹.

Il ricorrente, dunque, ha la possibilità di vedere soddisfatta la propria pretesa di tutela, fatta valere in giudizio, laddove si avvalga di una delle azioni tra quelle sopraelencate.

In tale contesto, è opportuno sottolineare che anche l'azione risarcitoria per gli interessi pretensivi e l'azione di condanna all'adempimento³² sono state prese in considerazione dal Legislatore nel Codice del processo amministrativo, intensificando l'analisi sulle forme di tutela disponibili così come sul rapporto tra effettività e atipicità.

Il principio di atipicità della tutela, in realtà, non è stato codificato nel Codice del processo amministrativo, pertanto l'esigenza di superare la tipicità delle forme di tutela ha portato a una rivisitazione dell'originaria versione del Codice, in senso estensivo e ampliativo, con l'attuazione dell'articolo 44 della legge delega 69 del 2009³³. Tale intervento, però, non ha raggiunto l'obiettivo desiderato, in quanto rimanevano esperibili le sole azioni previste dal Codice. Questo non rappresenta, tuttavia, una condizione preclusiva della configurabilità di tale principio in quanto, sulla base di solidi canoni ermeneutici, si ritiene possibile ricavarlo, comunque, in via interpretativa.

Il principio di atipicità si deduce, pertanto, per astrazione, tenendo conto della struttura del Codice del processo amministrativo e del suo assetto generale ed evidenziando anche, come elemento fondamentale, la disposizione di cui all'articolo 34 del Codice, in particolare nella parte in cui, al fine di stabilire i confini dei possibili contenuti delle pronunce giudiziali, consente al giudice di adottare ogni misura necessaria a garantire la soddisfazione della pretesa dedotta dal ricorrente.

A questo proposito, è necessario sottolineare la rilevanza delle pronunce n. 3 e n. 15 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, rese nel 2011 oltre alla sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite numero 4683, del 9 marzo 2015³⁴.

In tale sentenza, le Sezioni unite rigettarono il ricorso, per motivi inerenti alla giurisdizione, ma si espressero, tuttavia, riguardo all'effettività della tutela

³¹ S. MENCHINI, op.ult.cit..L'autore cita, inoltre, l'azione costitutiva di adozione di un nuovo atto, ovvero di modifica o riforma di quello impugnato, nei soli casi di giurisdizione di merito (art 34, comma 1. Lett.d), c.p.a

³² Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 23 marzo 2011, N.3, in particolare TAR Lombardia 8 giugno 2011, N. 1428, in Giorn. dir. amm., 2011, p. 1187.

³³ L'articolo 44, comma due, lettera d) n. quattro della legge di delega, aveva inteso auspicare l'emanazione di "pronuncia dichiarativa, costitutivi e di condanna idonea a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa".

³⁴ Con la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato numero tre del 2001 il Consiglio di Stato ha affermato che *"la posizione di vantaggio riservata a un soggetto in relazione a un bene della vita interessato dall'esercizio del potere pubblicistico, che si compendia nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione o la difesa dell'interesse al bene"*, si devono ritenere esperibili tutte le azioni che siano necessarie per tutelare in concreto l'interesse sostanziale.

giurisdizionale, affermando che solo “*l’atipicità delle forme di tutela*” fosse pienamente coerente con un sistema basato sul principio di effettività laddove la tipizzazione delle azioni non risultasse del tutto in linea con i principi costituzionali, richiamati nell’articolo 1 del Codice del processo amministrativo, nonché nei criteri fissati dalla legge delega.

Riguardo all’interpretazione, i sostenitori dell’atipicità delle azioni nel processo amministrativo tendono a ricondurre l’ammissibilità di forme di tutela, diverse da quelle legislativamente previste, in un quadro più generale, proponendo l’applicazione diretta degli articoli 24 e 111 della Costituzione³⁵.

Per contrastare una disciplina piuttosto frammentata, infatti, si ritiene che il carattere generale delle norme costituzionali sopraccitate faccia propendere per una loro rilevanza sotto il profilo interpretativo. A questo va aggiunto che la già menzionata assenza di un elenco di azioni esperibili, all’interno del Codice del processo amministrativo, rafforza, ulteriormente, la tendenza a concludere nel senso dell’atipicità delle forme di tutela.

A sostegno di tale tesi, autorevoli voci dottrinali sottolineano come l’articolo 24 della Costituzione assuma un ruolo principale nell’affermare il principio di atipicità della tutela e ponga, inoltre, le linee guida in materia di tutela di tutte le situazioni giuridiche soggettive, impedendo, eventualmente, a norme di rango ordinario di precludere la possibilità di ottenere una tutela soddisfacente della propria pretesa al titolare della situazione giuridica. Tale norma risulterebbe, infatti, incostituzionale in quanto in contrasto con l’articolo 24 della Costituzione.

³⁵ E. SCOTTI, *Tra tipicità e atipicità delle azioni nel processo amministrativo* (a proposito di ad. Pl. 15/11, in Dir. amm., fasc.4, 2011, pagina. 765

8) Il principio di effettività e la tutela di annullamento

Come già ricordato in precedenza, il sistema di giustizia amministrativa, originariamente, era imperniato su due azioni principali: l'azione di annullamento e l'azione di risarcimento del danno.

In questo capitolo mi occuperò dell'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo e della conseguente tutela giurisdizionale a favore del cittadino leso.

Nonostante l'evoluzione del processo amministrativo verso un giudizio di cognizione, relativo non solo all'atto ma "al rapporto"³⁶, l'azione di annullamento riveste, tuttora, un ruolo centrale, in particolare in riferimento alla compressione degli interessi legittimi oppositivi e in relazione a quei provvedimenti, che sono espressione di scelte discrezionali da parte della Pubblica Amministrazione, dove la discrezionalità non sia esaurita e, dunque, non possa essere emanata una pronuncia di condanna all'adozione del provvedimento.

L'azione di annullamento viene disciplinata dall'articolo 29 e presuppone l'accertamento di un provvedimento lesivo, da parte della Pubblica Amministrazione, contro il quale il privato può ricorrere entro il rispettivo termine di decadenza.

Tale azione viene proposta innanzi al giudice, che può accogliere il ricorso e decidere, di conseguenza, di annullare, in tutto o in parte, il provvedimento impugnato che risulti viziato.

L'effetto della sentenza di annullamento è di tipo demolitorio/caducatorio dell'atto impugnato, infatti il giudice non si sostituisce alla Pubblica Amministrazione che, nell'esercizio del suo potere, dovrebbe, quindi, provvedere all'emanazione di un nuovo atto amministrativo, tenuti in considerazione i rilievi indicati nella sentenza.

In realtà, poiché spesso ciò non accade, viene contemplato l'istituto del ricorso per ottemperanza della sentenza con la nomina di un commissario *ad acta* per garantire la tutela del privato che, altrimenti, non vedrebbe soddisfatta la propria pretesa.

L'effetto dell'annullamento giurisdizionale dell'atto amministrativo comporta l'esecuzione della sentenza, come stabilito dall'articolo 33, comma 2, c.p.a., nel quale si prevede che le sentenze di primo grado siano esecutive³⁷.

La gestione degli effetti dell'annullamento giurisdizionale dell'atto amministrativo e la conseguente garanzia di tutela a favore del privato è, dunque, rimessa alla doverosa esecuzione da parte della Pubblica Amministrazione e alle altre parti del giudizio.

³⁶ G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Dir.soc.*, 2016p.248.

³⁷ F. MINISCALCO in *diritto.it*

8.1 L'annullamento non retroattivo

Secondo il modello tradizionale, la tutela impugnatoria si caratterizza per la rimozione degli effetti del provvedimento amministrativo illegittimo con efficacia *ex tunc*.

Questa forma di tutela vale sia per l'annullamento in sede giurisdizionale sia per l'annullamento in autotutela in quanto, in quest'ultima fase del ricorso, si ritiene necessaria la rimozione dei vizi che affliggono il provvedimento in modo tale da ripristinare la legalità violata.

Il concetto di autotutela, nel diritto amministrativo, fa riferimento al potere della Pubblica Amministrazione di annullare e revocare i provvedimenti amministrativi già adottati oltretutto di riesaminare, senza l'intervento del giudice, gli atti sul piano della legittimità, al fine di confermarli, modificarli o annullarli.

Il riesame amministrativo dà luogo a un procedimento di secondo grado, a iniziativa d'ufficio, che incide su un provvedimento di primo grado già adottato. In ogni caso, il provvedimento di secondo grado deve essere giustificato da un interesse pubblico e concreto.

La finalità dell'Amministrazione non si esaurisce nell'accertamento in sé della legittimità o dell'illegittimità del provvedimento di primo grado, ma si concretizza nel perseguimento di un interesse pubblico, volto ad adottare il provvedimento di secondo grado.

È necessario, tuttavia, sottolineare che le due forme di annullamento sono basate su presupposti diversi: la tutela, in sede giurisdizionale, è di carattere vincolato mentre l'annullamento del provvedimento in autotutela è connotato da profili di discrezionalità, rimessi alla valutazione della Pubblica Amministrazione che, come già osservato, deve verificare l'effettiva sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale, ulteriore rispetto al ripristino della legalità.

Prima della sentenza del Consiglio di Stato del 10 maggio 2011, n. 2755, la Giurisprudenza era formalmente orientata nel sostenere che, con la pronuncia di annullamento, venisse meno l'efficacia del provvedimento impugnato con effetto retroattivo.

Il Consiglio di Stato, infatti, nell'accogliere parzialmente il ricorso di un'associazione ambientalista, avverso il piano faunistico venatorio, messo a punto dalla Regione Puglia ed emanato in assenza dell'attivazione del procedimento sulla valutazione ambientale strategica, prescritto dalla legislazione di settore, ha, comunque, mantenuto fermi tutti gli effetti del provvedimento impugnato illegittimo anziché sancirne l'annullamento con effetti *ex tunc*.

Tale decisione, come spiegato dal Collegio amministrativo, viene adottata in quanto, nelle circostanze di specie, l'applicazione della regola dell'annullamento con effetti *ex tunc* dell'atto impugnato sarebbe risultata incongrua e manifestamente ingiusta ovvero in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, in quanto avrebbe avuto come conseguenza l'azzeramento di tutte le norme protettive previste nel piano, provocando un vuoto di disciplina ancor più pregiudizievole per l'interesse alla tutela della fauna.

Con l'adozione di tale sentenza, si inaugura, così, un nuovo orientamento, coerente con la valorizzazione dei principi di effettività e di proporzionalità. Viene introdotta, dunque, per la prima volta, una deroga al principio tradizionale del diritto amministrativo consolidato "*ab antiquo et antiquissimo tempore*" in merito agli effetti *ex tunc* della pronuncia di annullamento.

Il Consiglio di Stato, di conseguenza, ha ritenuto tale deroga ammissibile, in ragione del contrasto tra la retroattività con effetto *ex tunc* e il principio di effettività della tutela ovvero in tutte quelle ipotesi in cui l'applicazione di tale principio risulterebbe incongrua o manifestamente ingiusta. In questo modo, la Giurisprudenza attribuisce al giudice la facoltà di modulare gli effetti della sentenza, potere che si estrinseca nella possibilità di adottare una pronuncia i cui effetti decorrano solamente *ex nunc* e siano solo parzialmente retroattivi³⁸ o addirittura limitati al solo effetto conformativo pro futuro, escludendo totalmente l'annullamento del provvedimento.

Le ipotesi di annullamento *ex nunc* e parzialmente retroattivo trovano conferma e fondamento normativo nell'articolo 34 comma 3 del Codice del processo amministrativo secondo il quale, nell'ipotesi di un'evoluzione della situazione di fatto, tale per cui l'annullamento dell'atto non apporterebbe alcuna utilità al ricorrente, il giudice può disporre unicamente il risarcimento del danno in favore del ricorrente. Viene, inoltre, fatto un richiamo anche agli articoli 21-nonies della legge 241/1990 e 121 e 122 del Codice, affermando la facoltà del giudice di esercitare un potere valutativo, in ordine agli effetti concreti della propria pronuncia. Ne consegue che, nei casi in cui il ricorrente non invochi la rimozione dell'atto impugnato, ma miri all'accertamento dell'inadeguatezza della disciplina esistente, la rimozione degli effetti dell'atto frusterebbe l'interesse sostanziale sotteso al ricorso: è il principio di effettività della tutela che impone, infatti, al ricorrente vittorioso di garantire di una pronuncia coerente con la sua pretesa sostanziale.

Lo stesso principio vige anche a livello sovranazionale e, in particolare, trova enunciazione nell'articolo 264 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea³⁹, che attribuisce agli organi giurisdizionali, in sede di annullamento, la facoltà di precisare quali siano gli effetti dell'atto da considerarsi definitivi.

Da ciò si deduce, implicitamente, che con l'annullamento non decade automaticamente *ex tunc* qualsiasi effetto dell'atto impugnato, infatti spetta alla Corte stabilire il termine di decorrenza degli effetti della sentenza di annullamento, tenendo conto, in primo luogo, del principio di certezza del diritto, della pretesa nel caso

³⁸ La stessa ricostruzione era stata operata in una precedente pronuncia del Consiglio di Stato con la sentenza del 9 marzo 2011, Sez.6 n. 1488.

³⁹ M.GIAVAZZI in *ceridap.eu*

concreto del ricorrente vittorioso e di ogni circostanza ulteriore che possa essere utile⁴⁰.

La facoltà di modulare gli effetti della pronuncia viene estesa dal Consiglio di Stato anche al giudice amministrativo nazionale e tale rimodulazione può riguardare non solamente l'effetto retroattivo *ex tunc* dell'annullamento, ma si estrinseca anche in un suo differimento o nella sua esclusione.

8.2) Il superamento del binomio tra illegittimità e annullamento

La tutela giurisdizionale in ambito amministrativo, tradizionalmente concepita come giudizio di annullamento dell'atto impugnato, è da sempre legata al binomio illegittimità- annullabilità.

L'annullamento dell'atto viziato rappresentava, infatti, l'unico strumento, previsto dall'ordinamento, idoneo a ristabilire la situazione voluta in conformità con la previsione normativa. Questa forma di tutela garantiva non solo l'impedimento degli effetti ancora da verificarsi ma, ovviamente, la rimozione di tutti gli effetti già prodottisi dal momento dell'adozione del provvedimento nel rispetto della regola dell'annullamento *ex tunc*.

Il binomio tra illegittimità del provvedimento e tutela demolitoria, tradizionalmente considerato inscindibile, è stato progressivamente messo in discussione per effetto di una pluralità di novità normative e di approdi interpretativi tra i quali può essere incluso anche quello dell'esclusione dell'annullamento con solo effetto conformativo pro futuro.

Tra queste disposizioni normative troviamo l'articolo 21-octies della legge 241/1990, di cui, al primo comma, individuiamo la tradizionale tripartizione dei vizi di legittimità, secondo cui è annullabile il provvedimento amministrativo affetto dai vizi di violazione di legge, di eccesso di potere e di incompetenza.

Il secondo comma si basa, invece, su un orientamento dottrinale tedesco che sostiene la "Teoria dell'irregolarità non invalidante", rilevabile al paragrafo 45 della Legge sul procedimento amministrativo del 1976 "*Verwaltungsverfahrensgesetz*"⁴¹, a norma della quale eventuali errori di forma o procedurali devono essere ritenuti irrilevanti e non inficiano l'atto sul piano della validità in assenza di un'ulteriore valutazione, in merito al contenuto della decisione finale. Tale comma, recependo un orientamento giurisprudenziale già consolidato all'interno della giustizia amministrativa, fa applicazione dei principi della cosiddetta prova della resistenza, di conservazione degli atti, di strumentalità delle forme e del raggiungimento dello scopo.

⁴⁰ Corti di Giustizia dell'Unione Europea, 10 gennaio 2006, in C-178/03; 3 settembre 2018, in C-402/05 e 415/05; 22 dicembre 2008, in C-333/07

⁴¹ Disciplina del procedimento amministrativo tedesco

Conformemente a tali principi, si tendono a considerare come mere irregolarità non invalidanti quelle difformità dell'atto, rispetto al paradigma normativo, che comportino vizi meramente formali i quali non incidono sul contenuto sostanziale dell'atto.

La ratio delle disposizioni risponde a criteri di economicità sia processuale sia dell'azione amministrativa, al fine di evitare l'annullamento nei casi in cui la riedizione del potere emendata dal vizio non potrebbe, parimenti, avere esiti favorevoli per il privato.

Lo stesso comma è stato sottoposto anche alla critica di diversi studiosi che hanno rilevato possibili profili di incostituzionalità rispetto agli articoli 24 e 113 della Costituzione, in particolare con riferimento alla limitazione della tutela giurisdizionale nelle ipotesi di vizi formali o procedurali⁴². Ha, inoltre, suscitato particolare interesse il tema della qualificazione giuridica della norma, essendo controversa la natura sostanziale o processuale della stessa.

La tesi maggiormente condivisa ne ha riconosciuto la valenza processuale identificando, nel caso di vizi non invalidanti, una carenza di interesse ad agire del ricorrente, essendo, pertanto, ingiustificata una pronuncia di annullamento del provvedimento⁴³.

⁴² Si esprimono in senso critico all'introduzione della norma: A TRAVI, La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo, in *Corr. Giur.*, 2005, p. 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, 2006, 61; F. SAITTA, Art. 21-octies, comma 2. della legge n. 241 del 1990: ecco perché si finisce per "rimpiangere il passato in Giustizia amministrativa, 2008, p. 272, 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 *Giustamm.it*, n. 2/2010, e in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 566 ss; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *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*, n.4/2005, A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi cd formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 78. Favorevoli all'idea contraria che l'articolo in commento non arrechi alcun vulnus ai valori partecipativi né al principio di legalità e che, quindi, vada esclusa la sua illegittimità costituzionale, G. SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 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, p. 599; ID, La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile, in *Dir. amm.*, 2008, p. 114, secondo il quale l'art. 113 Cost. non generalizza la tutela dell'annullamento ma sancisce il principio della pienezza ed effettività della tutela del cittadino contro la pubblica amministrazione che, nel caso dell'art. 21-octies, sarebbe garantita dalla praticabilità del rimedio alternativo risarcitorio. Parte della dottrina (C/r. G. VIRGA, *Le modifiche e interazioni alla legge n. 241 del 1990 recentemente approvate. Osservazioni derivanti da una prima lettura*, in *www.LexItalia.it*, n.1/2005, M. VAGLI, *La comunicazione di avvio del procedimento negli atti vincolati tra evoluzione giurisprudenziale e novità legislative*, in *www.LexItalia.it*, n.4/2005, ha inoltre rilevato che il legislatore attraverso la seconda parte del secondo comma dell'articolo 21-octies avrebbe inserito una disciplina per alcuni versi migliorativa della posizione del ricorrente: in seguito alla Legge del 2005, infatti, il requisito dell'utilità dell'apporto partecipativo è formalizzato nella legge, ma l'onere della prova (ora dell'inutilità) è a carico dell'Amministrazione resistente che deve dimostrare in giudizio che, nonostante l'omessa comunicazione d'avvio, il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

⁴³ Il tipo di sentenza resa all'esito di un giudizio in cui il giudice amministrativo accerti l'illegittimità ma non disponga l'annullamento del provvedimento illegittimo impugnato è in realtà discussa in dottrina. Secondo un primo orientamento si tratterebbe di una pronuncia di rigetto nel merito per infondatezza

Altri ancora hanno ritenuto che la preclusione dell'annullamento del provvedimento per vizi formali e procedurali, prevista dall'articolo 21-octies legge 241/1990 possa essere accostata all'ammissibilità della proposizione della domanda di adempimento⁴⁴.

Tale ricostruzione della disposizione pone in rilievo il superamento della tradizionale concezione dell'azione di annullamento come inscindibilmente connessa all'illegittimità dell'atto, quindi quale conseguenza necessaria dell'illegittimità e, in aggiunta, offre anche una più moderna visione del processo amministrativo maggiormente sostanzialistica, in quanto improntata su un giudizio su un rapporto e non più soltanto sull'atto. Non presenta, tuttavia, uniformità sull'interpretazione con riferimento all'aspetto dell'onere probatorio nella parte in cui la disposizione prevede che l'Amministrazione possa fornire in giudizio la prova che il contenuto del provvedimento finale non avrebbe potuto essere sostanzialmente differente⁴⁵.

Non ci sono dubbi, invece, sull'individuazione della ragione giustificatrice della norma che, nella logica del Legislatore, è posta a tutela della necessità di distinguere le ipotesi di vizi puramente formali, rispetto ai vizi sostanziali che incidono propriamente sul contenuto sostanziale del provvedimento impugnato. Tale distinzione mette in evidenza la necessità di consentire l'annullamento dei provvedimenti illegittimi lesivi di situazioni giuridiche sostanziali e non quelli unicamente viziati e relativi ad aspetti procedurali.

In dottrina, è condivisa l'opinione secondo cui la funzione dell'articolo 21-octies costituisca una rilevante espressione del principio di effettività della tutela

della domanda, in tal senso F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005, p. 1881, mentre per l'orientamento dottrinale prevalente si tratterebbe 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 D. U. GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo art. 21-octies della Legge 241/90*, in www.giustamm.it. Si tratterebbe ad ogni modo di una sentenza di rito atipica in quanto la sua pronuncia passa necessariamente dal preventivo accertamento del merito della questione, ovvero dell'illegittimità effettiva dell'atto impugnato sulla scorta del vizio formale denunciato. Secondo una diversa impostazione la sentenza resa in applicazione dell'art. 21-octies 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 tuttavia 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.*, 2/2008, p. 391. Secondo una diversa tesi, pur trattandosi di una sentenza in rito, la motivazione dell'inammissibilità della domanda non si fonderebbe sull'assenza di un interesse ad agire che invece esisterebbe sia nell'ipotesi in cui si facciano valere interessi oppositivi, sussistendo in tal caso l'utilità di continuare a godere del bene fino alla reiterazione dell'atto in sede di riesercizio del potere, sia nel caso di interessi pretensivi, laddove la prospettiva di sopravvenienze rende astrattamente possibile l'emanazione dell'atto favorevole. In realtà ciò che difetterebbe sarebbe 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, p. 106.

⁴⁴ P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)* in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 2013, pag. 385.

⁴⁵ "Qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

giurisdizionale, in relazione alla sua idoneità a selezionare le pronunce giudiziali effettivamente idonee a realizzare la pretesa sostanziale del ricorrente⁴⁶.

All'interno del Codice si può individuare un'altra norma tesa a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale e fondamentale per l'individuazione delle tecniche di garanzia del principio di effettività della tutela. La norma in questione è l'articolo 34, in particolare il comma 3 secondo cui, qualora la pronuncia di annullamento del provvedimento non comporti alcuna utilità per il ricorrente, "*il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori*".

Questa disposizione introduce l'ipotesi di accertamento dell'illegittimità svincolata dalla pronuncia di annullamento, collegandola al solo risarcimento del danno.

La strumentalità, rispetto all'effettività della tutela, può essere colta nella circostanza che tale disposizione risulta volta a garantire che l'accoglimento del ricorso realizzi nel modo più utile ed efficace l'interesse sostanziale del ricorrente, evitando l'adozione di pronunce costitutive ritenute non necessarie. Tale norma rientra, dunque, tra le ipotesi che determinano il superamento del binomio indefettibile tra illegittimità e annullamento.

8.3) Il principio del "One shot temperato"

Il principio del cosiddetto "*one shot temperato*" è un vincolo di derivazione giurisprudenziale che impedisce all'Amministrazione Pubblica di esprimersi, in modo analogo, riguardo a una medesima questione per un numero infinito di volte dopo ogni annullamento giurisdizionale.

È bene precisare che nel nostro ordinamento non vige il principio del "*one shot puro*"⁴⁷, modello espressamente previsto in alcuni ordinamenti, in ragione del quale sarebbe preclusa all'Amministrazione la reiterazione del provvedimento di rigetto a seguito dell'annullamento di un primo provvedimento.

Il nostro ordinamento ha optato, infatti, per la modalità temperata, ritenuta più ragionevole, in quanto da una parte esclude un potere di riedizione illimitato ma, dall'altra, non preclude la possibilità di tenere in considerazione ulteriori elementi.

La Pubblica Amministrazione ha, dunque, la possibilità di esaminare nuovamente il provvedimento dopo l'annullamento giurisdizionale, sollevando ogni questione che ritenga rilevante in quella sede e tenendo anche presente che non potrà adottare, in seguito, ulteriori provvedimenti, nemmeno in relazione a quei profili che non siano stati considerati durante il riesame.

⁴⁶ V. in tal senso L. FERRARA, *La partecipazione tra illegittimità e illegalità. Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir.amm.*, 2008, pp. 103 ss, secondo il quale l'atto affetto da vizio formale si qualifica come illegale ma non illegittimo.

⁴⁷ G. CERRELLI in *fidoneassociati.it*

La ragione sottesa a tale principio è quella di trovare un “*punto di equilibrio tra due opposte esigenze, quali la garanzia di inesauribilità del potere di amministrazione attiva e la portata cogente del giudicato di annullamento con i suoi effetti conformativi*”⁴⁸.

L'introduzione del principio in esame si è reso necessario poiché, in riferimento agli effetti della pronuncia di annullamento, nel nostro ordinamento si è affermata la teoria della tripartizione degli effetti del giudicato di annullamento la quale prevede che dal giudicato deriverebbero tre diversi effetti:

- un effetto caducatorio/eliminatorio;
- un effetto ripristinatorio;
- un effetto conformativo.

Nel caso in cui la sentenza determini l'effetto demolitorio, gli effetti eliminatori coinvolgono il provvedimento illegittimo e si estendono anche a tutti gli atti esecutivi e attuativi del provvedimento impugnato dal quale discende.

L'effetto ripristinatorio ha come conseguenza il ripristino della situazione antecedente al provvedimento con la successiva perdita di efficacia di tutti gli effetti lesivi determinati dall'atto impugnato dal momento della sua genesi fino alla pronuncia della sentenza.

L'effetto conformativo impone, infine, all'Amministrazione di rispettare quanto è stato stabilito dal giudice amministrativo nella pronuncia di annullamento e la medesima dovrà, quindi, attenersi a quanto stabilito in motivazione con il divieto di reiterazione dei vizi del provvedimento originario.

Secondo il principio di continuità dell'azione amministrativa, tuttavia, l'Amministrazione avrebbe la facoltà d'intervenire nella vicenda, già oggetto di annullamento, un numero infinito di volte in quanto, in sede di riedizione del potere, gli elementi e i fatti nuovi non potrebbero essere coperti dal giudicato poiché non sono stati oggetto di accertamento giudiziale. In tale contesto, verrebbe vanificata, di fatto, l'efficacia del giudizio di annullamento con conseguente reiterazione dell'oggetto della controversia in misura potenzialmente inesauribile e questo comporterebbe delle ripercussioni sulle legittime ragioni del ricorrente e contrasterebbe, inoltre, con il principio di ragionevole durata del processo.

⁴⁸ CdS, sent. N.3480 del 4/5/22

9) Il principio di effettività e l'azione di mero accertamento

Nel processo amministrativo, originariamente, l'ammissibilità di un'azione di accertamento non ha trovato il conforto di Dottrina e di Giurisprudenza in quanto l'impostazione tradizionale articolava il processo come giudizio sull'atto, privilegiando il carattere demolitorio dell'annullamento, rispetto al provvedimento illegittimo della Pubblica Amministrazione.

L'evoluzione del processo amministrativo, attualmente inteso quale giudizio sul rapporto e finalizzato, quindi, a realizzare una tutela effettiva dell'interesse sostanziale del privato ha comportato il progressivo riconoscimento dell'esperibilità dell'azione di accertamento, sia in quanto tipica sia in quanto atipica e autonoma, ogni qual volta che venga finalizzata a ottenere l'accertamento di una situazione giuridica controversa.

L'azione di accertamento è lo strumento attraverso il quale il ricorrente mira a far emergere la realtà, rispetto a una questione in origine controversa⁴⁹. In particolare, può essere esplicita quando risulti necessario verificare l'esistenza e la consistenza della posizione giuridica, inoltre è espressiva dell'interesse verso un accertamento di tipo strumentale, volto all'ottenimento del bene della vita. Per questo possiamo sostenere che l'azione sembra essere stata concepita dal Legislatore con una funzione specifica ovvero quella di svolgere un'attività subordinata alle generiche azioni di condanna, di annullamento e di nullità.

Se consideriamo, infatti, le disposizioni espresse nel Codice, l'azione di accertamento non è mai contemplata come azione autonoma ma viene sempre considerata strumentale a un'altra azione processuale che il privato può esperire. Si evince, dunque, che le norme che consentono di presentare una domanda di accertamento al giudice amministrativo presentano un carattere strumentale e accessorio. Tale configurazione, tuttavia, non preclude la possibilità di considerare l'azione di mero accertamento come un'azione atipica.

Con l'avvento del Codice e, sulla base dei principi di atipicità e di regolarità delle azioni, oggi, oltre all'azione di annullamento, viene ammessa anche quella di accertamento con la quale il giudice amministrativo entra nel rapporto fra le parti, a prescindere dalla previa impugnazione del provvedimento illegittimo. Contestualmente, il privato dispone di un rimedio processuale anche in mancanza di azioni tipizzate dal Codice così come previsto nel giudizio civile.

In passato, l'ammissibilità di tale azione è stata oggetto di numerosi dibattiti in quanto veniva considerata come un'azione tipica, coerente con la visione originale del processo amministrativo, inteso come processo basato sulla tutela degli interessi legittimi positivi ai quali corrispondeva una pretesa a *non facere*, in capo all'Amministrazione, quindi il dovere della stessa di astenersi dall'emanare un provvedimento restrittivo della sfera giuridica dell'interessato.

⁴⁹ Sempre attuali le autorevoli riflessioni di G. CHIOVENDA, (voce) *Azione di mero accertamento*, *il nuovo D.I.*, II, Torino, 1937.

Attualmente, questa visione non è più in linea con l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale che ha attribuito notevole rilevanza e pari dignità agli interessi legittimi pretensivi.

A sostegno dell'ammissibilità dell'azione atipica di accertamento interviene, inoltre, l'articolo 24 della Costituzione il quale evidenzia, a questo proposito, il diritto di ogni cittadino ad *“agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”*, ribadendo il principio dell'equivalenza degli strumenti di difesa delle situazioni giuridiche. Viene, dunque, costituzionalizzato il carattere strumentale del processo, rispetto al diritto sostanziale.

Da quanto finora affermato, si desume che, in tutti i casi in cui manchi il provvedimento da impugnare, è possibile ricorrere all'azione di accertamento autonomo, in quanto tale azione risulta necessaria per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente. Così intesa, l'azione di accertamento non nasce dalla sola esigenza di eliminare un'incertezza sulla posizione giuridica sostanziale ma dalla più rilevante esigenza di eliminare una lesione già in atto.

Nonostante l'ammissibilità dell'azione di accertamento sia ormai condivisa, non è mai stata cristallizzata all'interno di una disposizione normativa.

Il Codice del processo amministrativo, infatti, nella sua concezione definitiva, disciplina una serie di azioni di accertamento prive di carattere autonomo, ma meramente strumentali rispetto ad altre domande, come nel caso dell'azione di accertamento dell'illegittimità a fini risarcitori, prevista dall'articolo 34, comma 3, dell'azione di accertamento e condanna in materia di silenzio rifiuto, contemplata negli articoli 31 e 117 del Codice del processo amministrativo e, in ultimo, l'azione per la dichiarazione della cessazione della materia del contendere ai sensi dell'articolo 34, comma 5 dello stesso Codice.

10) Il principio di effettività e l'azione di condanna

In questo capitolo, prenderò in esame la seconda azione del processo amministrativo: l'azione di condanna.

Questa, originariamente, era esperibile davanti al giudice ordinario contro i comportamenti illeciti della Pubblica Amministrazione, lesivi di diritti soggettivi e, per moltissimo tempo, è stata configurabile solo nelle controversie, ai sensi dell'articolo 26, comma 3 della L. n. 1034/71 che recita *“Il tribunale amministrativo regionale nella materia relativa ai diritti attribuiti alla sua competenza esclusiva e di merito può condannare l'amministrazione al pagamento delle somme di cui risulti debitrice”*.

Dall'ambito dell'azione ex art. 26, erano escluse le domande risarcitorie e, in generale, i diritti patrimoniali consequenziali, riservati alla giurisdizione ordinaria ex art. 7 L. n. 1934/1971 e art. 30 T. U. N.1054/1924. Non era, invece, prevista un'azione di condanna della Pubblica Amministrazione a un *facere*, nonché al pagamento di una somma di denaro e al risarcimento del danno, se non in un singolo caso: quello della condanna alle spese di giudizio (prevista negli articoli 50 e 56 del regolamento 6516 del 1889 e negli articoli 68, 88, 89 del regolamento 642 del 1907)⁵⁰.

Solo verso la fine del secolo scorso, sono state configurate nuove azioni di condanna, come il ricorso per l'accesso ai documenti amministrativi (art. 24 L. n. 241/1990) e l'azione di condanna della Pubblica Amministrazione al risarcimento del danno per lesione di diritti soggettivi (art.35 L. n. 80/1998), in relazione a controversie attribuite alla giurisdizione esclusiva e fu, inoltre, eliminata la riserva al giudice ordinario sui diritti patrimoniali consequenziali.

Con la L. n. 205/2000, infine, come effetto della sentenza Cass. S. U. n. 500/1999, la sopraccitata azione di condanna è stata estesa agli interessi legittimi e sono state introdotte altre due azioni: il ricorso avverso il silenzio e la domanda di risarcimento del danno anche in forma specifica.

L'ammissibilità di un'eventuale condanna della Pubblica Amministrazione al risarcimento del danno per lesione di un interesse legittimo, ha sollevato il problema di stabilire la necessità o meno del previo annullamento dell'atto amministrativo lesivo (c.d. pregiudiziale amministrativa).

⁵⁰ Come è noto la nozione di azione di condanna non è pacifica. Per la tesi tradizionale la condanna deve essere preordinata alla formazione di un titolo esecutivo che consenta l'esecuzione forzata nelle forme previste dal c.p.c. Per la dottrina processualistica più recente invece sono azioni di condanna tutte quelle dirette ad imporre un comportamento specifico, che soddisfi la pretesa dell'interessato, indipendentemente dalla loro idoneità ad essere titolo esecutivo. In particolare, A. Proto Pisani ritiene che la condanna possa avere ad oggetto l'adempimento dell'obbligazione quale ne sia il contenuto, anche se non suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica, e che la condanna possa assolvere una funzione di tutela preventiva e non soltanto repressiva della violazione (Appunti sulla giustizia civile, la tutela di condanna, p. 170, 1982). A questa seconda nozione si è ispirato il c.p.a. che prevede la condanna della p.a. al rilascio del provvedimento richiesto nei limiti previsti dall'art. 31, 3° comma, e all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio ai sensi dell'art. 34. comma 1 lett. c, c.p.a.

A tale proposito la Corte di Cassazione, considerando l'atto amministrativo come fatto lesivo della posizione soggettiva del privato, con ricostruzione interamente privatistica della responsabilità della Pubblica Amministrazione per lesione di interesse legittimo, ha assunto un orientamento favorevole all'autonomia dell'azione risarcitoria.

Il Consiglio di Stato, diversamente, era orientato nel ribadire la natura imperativa del provvedimento amministrativo, in quanto espressione della volontà della Legge nel caso concreto, a presidio della stabilità dei rapporti pubblicistici, da contestare entro un breve termine di decadenza.

La Corte di Cassazione, a fronte di dubbi, relativamente al giudice a cui rivolgersi per conseguire il risarcimento del danno per lesione di interesse legittimo, ha dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo, essendo ogni forma di tutela della stessa situazione soggettiva in capo al giudice medesimo.

La stessa ha, inoltre, riaffermato la necessità di riconoscere l'azione risarcitoria autonoma⁵¹ e ha, quindi, ritenuto il rifiuto del giudice amministrativo di esercitare tale forma di tutela come diniego di esercizio del potere giurisdizionale⁵².

Il Codice del processo amministrativo, in un primo momento, disciplinava all'art. 39 l'azione di condanna dell'Amministrazione al pagamento di somme di denaro o all'adozione di ogni altra misura idonea a tutelare la posizione giuridica soggettiva, non conseguibile con l'esercizio di altre azioni, così come la condanna al risarcimento del danno per lesione di interesse legittimo e di diritti soggettivi nella giurisdizione esclusiva, mentre all'art. 40 contemplava l'azione di adempimento per l'emanazione del provvedimento richiesto o denegato.

Nel testo definitivo, emanato con D. Lgs. n. 104/2010, viene mantenuta l'azione di condanna all'articolo 30 ed eliminata l'azione di adempimento per l'adozione del provvedimento richiesto o negato, ma viene confermata la possibilità del giudice di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa in caso di ricorso avverso il silenzio nell'art. 31, allorché si tratti di attività vincolata o non residuino ulteriori margini di discrezionalità.

A questo proposito, sulla base dell'art. 31, comma 3, dell'art. 30, comma 1 (in cui si prevede un'azione generica di condanna da esperirsi contestualmente ad un'altra) e dell'art. 34, comma 1, lett. c (in cui si prevede la condanna all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica dedotta in giudizio, tra cui la condanna all'adozione di uno specifico atto nel caso d'insufficienza dell'annullamento del diniego per la tutela piena dell'interessato⁵³), la Giurisprudenza si è mostrata favorevole all'esercizio di un'azione di adempimento pubblicistico.

Successivamente, il secondo correttivo, di cui al D. Lgs. n.160/2012, ha sancito formalmente la possibilità di un'azione di adempimento pubblicistico, modificando la lettera c) dell'art. 34 e decretando che tale azione è esercitabile nei limiti dell'art. 31, comma 3 e, contestualmente, all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o di quella avverso il silenzio.

⁵¹ Cass., S.U., 13 giugno 2006, n. 13659

⁵² Cass., S.U., 23 dicembre 2008, n. 30254

⁵³ Cons. St., A.P., nn.3 e 15 del 2011.

Nel caso in cui sussistano anche i presupposti ex art.2058 c.c. può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica.

L'azione di condanna di cui all'art.30 si configura, innanzitutto, come azione per il risarcimento del danno per la lesione dei diritti soggettivi nei casi di giurisdizione esclusiva, ma anche degli interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità, nel caso di danni causati dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria.

Come regola generale, viene previsto che l'azione di condanna possa essere presentata contestualmente a un'altra azione, in primis l'azione di annullamento, ma può anche essere proposta in via autonoma nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva o nei casi disciplinati dall'articolo medesimo (art. 30, comma 1).

Viene, così, definitivamente sancita la formale eliminazione della cosiddetta pregiudizialità amministrativa. L'azione risarcitoria deve essere formulata, pena la decadenza, entro centoventi giorni dalla verifica del fatto o dalla conoscenza del provvedimento. Se l'azione di annullamento è stata proposta anteriormente, la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio con i motivi aggiunti o comunque entro centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza.

Il contenuto dell'azione di condanna al risarcimento del danno proponibile in via autonoma risulta delineato tanto nell'art. 30, comma 2, per i casi di esercizio illegittimo dell'attività amministrativa o di mancato esercizio di quella obbligatoria quanto dall'art. 30, comma 3, che ammette esplicitamente la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi a prescindere dall'impugnazione del provvedimento causativo della lesione, come pure per i danni conseguenti all'inosservanza del termine di conclusione del procedimento.

In questo contesto, risulta importante anche l'art. 34, rubricato "sentenze di merito", dalla cui lettura si desume che la sentenza di condanna può avere anche un contenuto più articolato rispetto a quello che l'art. 30 farebbe intuire. Il giudice, infatti, può condannare l'Amministrazione, oltre che al risarcimento del danno (per equivalente o in forma specifica), anche all'adozione di "*misure idonee a soddisfare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*" (art. 34, comma 1, lett. c).

La formula molto ampia, utilizzata dal Codice, appare idonea a comprendere ogni tipo di misura ordinatoria senza alcuna eccezione incluso, quindi, l'ordine di emanare un provvedimento a fronte di un illegittimo diniego o nelle ipotesi di inerzia.

Nel caso in cui si verifichi quest'ultima fattispecie, è stata prevista l'azione avverso il silenzio, diretta all'accertamento dell'obbligo dell'Amministrazione a provvedere in merito, ai sensi dell'art. 31, comma 1, la stessa, tuttavia, può essere diretta a ottenere, da parte del giudice, un ordine nei confronti dell'Amministrazione, rimasta inerte, affinché provveda entro un termine (ex art. 34, comma 1, lett. b).

11) Il principio di effettività e la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo

La legge del 21 luglio 2000 n. 205, ha rappresentato un punto di svolta nell'ambito dell'effettività della tutela giurisdizionale, soprattutto con riguardo alle problematiche inerenti agli interessi legittimi di tipo pretensivo, poiché è in questo caso che nasce l'interesse a proporre in giudizio una domanda di condanna al risarcimento in forma specifica.

Tale domanda mira alla tutela di un bene, che può essere definito infungibile sia dal punto di vista economico sia dal punto di vista giuridico.

La reintegrazione in forma specifica, nel giudizio amministrativo, è stata prevista per la prima volta dall'art. 35 del D. Lgs. 31 marzo 1998 n. 80 ed era consentita nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, nelle quali quest'ultimo, ai sensi del comma 1 del citato art. 35, poteva disporre "*anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto*".

La norma è rimasta invariata nel nuovo testo dell'art. 35, comma 1, del D. Lgs. 80/1998, successivamente sostituito dall'art. 7, comma 1, lett. c), della L. n. 205/2000 il quale dispone che "*il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto*", assumendo, pertanto, il ruolo di colui che conosce tutti gli effetti conseguenti all'illegittimo esercizio della funzione pubblica, effetti sia di tipo demolitorio che risarcitorio (art. 7, comma 1, lett. c, della L. n. 205/2000, che ha sostituito l'art. 7, comma 3, primo periodo, della L. 6 dicembre 1971, n. 1034).

Il giudice amministrativo, quindi, nell'ambito di ogni controversia di cui ha giurisdizione (compreso l'esercizio generale di legittimità), viene a conoscenza "*anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali*".

Il risarcimento del danno è diretto alla completa *restitutio in integrum* per equivalente o in forma specifica del patrimonio leso⁵⁴.

La reintegrazione, in forma specifica, rappresenta una modalità risarcitoria alternativa al risarcimento per equivalente e si concretizza in un *facere* oggetto di condanna e ha la funzione di ripristinare la situazione antecedente al fatto illecito, come conseguenza del noto principio di solidarietà (art. 2 Cost.) e rientra nella categoria generale del risarcimento del danno.

Nei confronti della Pubblica Amministrazione, alla possibilità di chiedere il risarcimento, in forma specifica, consegue la condanna a carico della stessa a un *facere* specifico, che si può sostanziare anche nel compimento di un atto risarcitorio dell'accertata illegittimità dell'azione amministrativa.

⁵⁴ Cass., sez. III, 16 dicembre 1988, n. 6856, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, fasc. 12.

La situazione delineata si configura in presenza di diritti soggettivi, soprattutto di natura reale, assume, invece, connotati diversi in presenza di interessi legittimi. In particolare, nel caso di interessi legittimi di tipo pretensivo, l'interesse sostanziale, per poter essere soddisfatto, necessita di un'attività da parte della Pubblica Amministrazione. In modo differente, nel caso di interessi legittimi oppositivi, l'attività provvedimento di tipo autoritativo viene contrastata sulla base di posizioni precostituite.

In relazione alla reintegrazione in forma specifica, le tendenze giurisprudenziali sono sostanzialmente ispirate a due indirizzi: uno di tipo pubblicistico e l'altro di tipo civilistico.

L'indirizzo pubblicistico riconnette la reintegrazione in forma specifica all'annullamento dell'atto piuttosto che all'area del risarcimento, risultando, quindi, implicita in ogni domanda di annullamento.

L'indirizzo civilistico presenta due varianti:

- una parte della Dottrina, ritiene la reintegrazione in forma specifica quale istituto speciale del diritto processuale amministrativo, che presenta caratteri propri⁵⁵. L'eccessiva onerosità per il debitore, prevista dall'art. 2058 c.c., deve essere valutata alla stregua di eccessiva onerosità per il pubblico interesse e per la collettività⁵⁶;
- un'altra parte della Giurisprudenza, la considera come il medesimo istituto di cui all'art. 2058 c.c.⁵⁷. Quest'ultima risulta la soluzione più idonea alla natura giuridica della reintegrazione in forma specifica, che deve essere considerata alla stregua di un'alternativa risarcitoria, potendo intervenire anche per equivalente ai sensi dell'art. 2058 c.c.

La reintegrazione in forma specifica rimane un rimedio risarcitorio ossia una forma di reintegrazione dell'interesse del danneggiato mediante una prestazione diversa e succedanea, rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio.

Al di là delle similitudini, non va confusa con l'azione di adempimento, con la quale si chiede la condanna del debitore all'adempimento dell'obbligazione, malgrado il tentativo di configurare, nell'ambito del procedimento amministrativo, un rapporto di tipo obbligatorio tra Pubblica Amministrazione e privato e con riguardo agli obblighi, posti a carico della prima, dalla L. 7 agosto 1990, n. 241, tentativo non assecondabile, data la non assimilabilità di siffatta relazione, di tipo pubblicistico e non civilistico, al rapporto esistente tra creditore e debitore nelle obbligazioni.

⁵⁵ Cons. Stato, sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169, in *Cons. Stato*, 2001, I, 1304.

⁵⁶ T.A.R. Lazio, sez. III ter, 13 febbraio 2003, n. 962, in *Urbanistica e appalti*, 2003, 957.

⁵⁷ Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, e 3 aprile 2003, n. 1716, in, rispettivamente, *Cons. Stato*, 2002, I, 1328 e *Urbanistica e appalti*, 2003, 928.

12) Il principio di effettività e l'azione di condanna pubblicistica

L'ammissibilità dell'azione di condanna ad un *facere* della Pubblica Amministrazione ha permesso all'ordinamento italiano d'introdurre un rimedio per la specifica tutela degli interessi legittimi pretensivi, attingendo dal processo amministrativo tedesco l'azione di condanna all'emanazione di un provvedimento di adempimento, espressamente prevista dal *Verwaltungsgerichtsordnung* dell'ordinamento tedesco del 1960, ma non ancora introdotta, in via generale, nel nostro ordinamento⁵⁸.

L'azione di condanna pubblicistica o azione di adempimento, disciplinata all'articolo 34, comma 1, lettera c) del Codice del processo amministrativo, costituisce lo strumento principale per la tutela degli interessi legittimi pretensivi, in caso d'inerzia della Pubblica Amministrazione o di diniego espresso del provvedimento richiesto; non ha, inoltre, natura autonoma, ma deve essere proposta contestualmente all'azione avverso il silenzio o avverso il provvedimento di diniego.

Il punto di svolta viene definito nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, numero 3/ 2011⁵⁹, con la quale viene ritenuta ammissibile, in via generale, la spendibilità dell'azione generale di condanna ad un *facere* della Pubblica Amministrazione, volta a ottenere il bene della vita in aggiunta alle azioni di condanna tipiche espressamente previste dal Codice.

È necessario sottolineare che Consiglio di Stato ha riconosciuto l'esperibilità dell'azione di condanna, volta a ottenere l'atto amministrativo, oggetto dell'istanza del ricorrente, non solo in caso di silenzio ma anche in caso di un provvedimento espresso di rigetto, solo qualora non risultasse un residuo margine di discrezionalità amministrativa e tecnica.

Lo stesso Consiglio ha ammesso, inoltre, la domanda di condanna in questione, purché proposta contestualmente a una domanda caducatoria, infatti l'originario disposto dell'art. 34, comma 1, lett. c) del c.p.a. prevedeva la facoltà del giudice amministrativo di disporre misure di risarcimento in forma specifica, come quelle accordabili ex art. 2058 c.c.

Dopo tale pronuncia, l'azione di esatto adempimento viene riconosciuta con il D. Lgs. 14 settembre 2012 n. 160, noto come secondo correttivo al Codice del processo amministrativo, con il quale si prevede esplicitamente all'articolo 34, comma 1, lett. c) l'istituto dell'azione di condanna pubblicistica.

L'azione di esatto adempimento, ai sensi dell'articolo 34, è sottoposta a un duplice limite:

⁵⁸ F. GAVERINI, in www.lexitalia.it

⁵⁹ Così, Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 23 maggio 2011, n. 3, in Foro.it

- il giudice amministrativo si può pronunciare sulla fondatezza della pretesa solo in caso di attività vincolata ovvero laddove non sussistano margini di discrezionalità amministrativa;
- la domanda di condanna non può essere esperita in via autonoma bensì solo contestualmente ad un'altra azione, in particolar modo all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio.

Il destinatario del provvedimento illegittimo di diniego deve impugnare il diniego o il silenzio entro il termine di decadenza così da poter proporre la domanda di condanna pubblicistica nel medesimo processo.

Capitolo secondo: il principio di effettività e la tutela cautelare

1) I caratteri e i presupposti della tutela cautelare

La disciplina della tutela cautelare, attualmente, è prevista nel Titolo II, libro secondo del Codice del processo amministrativo, agli articoli 55 e seguenti e rappresenta il risultato di una serie di interventi giuridici volti a estenderne l'ambito, permettendo, così, al Legislatore di riconoscere a tale istituto una veste atipica, in ragione del mutamento del procedimento amministrativo che ha determinato il passaggio da un processo sull'atto a un processo sul rapporto.

La disciplina del giudizio cautelare, originariamente, era contenuta nell'articolo 21 della L. n. 1034/1971 "Legge sull'istituzione dei tribunali amministrativi", nella quale veniva prevista una tutela cautelare tipica che consentiva di ottenere la sospensione del provvedimento impugnato, esclusivamente in presenza di "*gravi ragioni*"⁶⁰.

⁶⁰ Ai sensi dell'art. 12 della legge n. 5992/1889 (Legge Crispi): "i ricorsi in via contenziosa non hanno effetto sospensivo. Tuttavia la esecuzione dell'atto o del provvedimento può essere sospeso per gravi ragioni, con decreto motivato della 4^a sezione sopra istanza del ricorrente". Successivamente, l'articolo 21, ultimo comma, legge 6 dicembre 1971, n. 1034 "Istituzione dei tribunali amministrativi regionali" dispose che "se il ricorrente, allegando danni gravi e irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto, ne chiede la sospensione, sull'istanza il tribunale amministrativo regionale pronuncia con ordinanza motivata emessa in camera di consiglio. I difensori delle parti debbono essere sentiti in camera di consiglio, ove ne facciano richiesta"; tale disposizione venne però successivamente modificata dall'art. 3, legge 21 luglio 2000, n. 205, secondo cui "se il ricorrente, allegando un pregiudizio grave e irreparabile derivante dall'esecuzione dell'atto impugnato, ovvero dal comportamento inerte dell'amministrazione, durante il tempo necessario a giungere ad una decisione sul ricorso, chiede l'emanazione di misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso, il tribunale amministrativo regionale si pronuncia sull'istanza con ordinanza emessa in camera di consiglio. [...] L'ordinanza cautelare motiva in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato, ed indica i profili che ad un sommario esame, inducono a una ragionevole previsione sull'esito del ricorso. I difensori delle parti sono sentiti in camera di consiglio, ove ne facciano richiesta" (art. 21, comma 8 modificato). Inoltre, lo stesso art. 3 cit. introdusse i commi 9 e 10 all'articolo 21 (comma 9: "Prima della trattazione della domanda cautelare, in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, il ricorrente può, contestualmente alla domanda cautelare o con separata istanza notificata alle controparti, chiedere al presidente del tribunale amministrativo regionale, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie. Il presidente provvede con decreto motivato, anche in assenza di contraddittorio. Il decreto è efficace sino alla pronuncia del collegio, cui l'istanza cautelare è sottoposta nella prima camera di consiglio utile. Le predette disposizioni si applicano anche dinanzi al Consiglio di Stato, in caso di appello contro un'ordinanza cautelare e in caso di domanda di sospensione della sentenza appellata: comma 10 "In sede di decisione della domanda cautelare, il tribunale amministrativo regionale, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria ed ove ne ricorrano i presupposti, sentite sul punto le parti costituite, può definire il giudizio nel merito a norma dell'articolo 26. Ove necessario, il tribunale amministrativo regionale dispone l'integrazione del contraddittorio e fissa contestualmente la data della successiva trattazione del ricorso a norma del comma undicesimo; adotta, ove ne sia il caso, le misure cautelari interinali.).

Questo istituto è presente nel processo amministrativo, già dai primi interventi in materia di giustizia amministrativa, con l'entrata in vigore della legge 31 marzo 1889, n. 5592, la cosiddetta "Legge Crispi" istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato, fino all'istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali con la legge del 1974⁶¹. Tale sistema risultava, tuttavia, incompleto in quanto inadatto ad assicurare una tutela effettiva per gli interessi legittimi pretensivi.

La sospensione del provvedimento impugnato aveva efficacia cautelare solo in relazione a quei provvedimenti legati a interessi legittimi oppositivi, in quanto questi tendevano a limitare la sfera giuridica del ricorrente mentre si rivelava totalmente inefficace rispetto agli atti ampliativi della sfera giuridica del ricorrente, alla cui base si pongono gli interessi legittimi di tipo pretensivo.

Il momento di transizione verso una concezione atipica della tutela cautelare si è verificato con l'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che ha consentito al giudice amministrativo di emanare misure cautelari atipiche che assicurassero un'effettiva tutela al privato.

Nel 2000 con la Legge 205, viene modificata la Legge Tar, avente come oggetto le misure cautelari, tuttavia, il principio di atipicità della tutela cautelare è stato recepito nel Codice del processo amministrativo solo nel 2010, segnando, in modo definitivo, il passaggio da un sistema chiuso e tipico a uno aperto e atipico.

Ai sensi dell'articolo 55 comma 1, Codice del processo amministrativo viene, in tal modo, conferito al giudice amministrativo il potere di adottare tutte le misure che vengono ritenute idonee ad assicurare gli effetti della decisione di merito.

Un ulteriore provvedimento giurisprudenziale, in tema di tutela cautelare, deriva dalla Corte Costituzionale⁶², la quale riconosce la validità, a livello costituzionale, del **principio della doppia giurisdizione** nel processo amministrativo, tanto per il giudizio di merito, quanto per il giudizio cautelare.

A livello sovranazionale, inoltre, in seguito all'intervento della Corte di Giustizia⁶³ di Lussemburgo, il giudice amministrativo nazionale si è visto attribuire dei poteri cautelari per garantire piena efficacia anche alle materie regolate direttamente dal diritto europeo, qualora lo Stato membro non ne avesse previsto una tutela cautelare *ad hoc*.

1.1 I presupposti e le categorie delle misure cautelari.

Nel Codice del processo amministrativo, la tutela cautelare, disciplinata agli articoli 55-62, riveste un ruolo fondamentale in relazione ai principi di derivazione costituzionale e sovranazionale (CEDU e Carta di Nizza) di effettività della tutela e del giusto processo.

⁶¹ S. MONZANI in www.ratioiuris.it

⁶² Corte Costituzionale sent. n. 8/1982

⁶³ Corte di giustizia dell'UE, C-213/89, Factortame Ltd e a. del 19.06.1990

Oggi giorno, considerati i lunghi tempi necessari per la definizione di un processo ma anche per ottimizzare il buon funzionamento della Pubblica Amministrazione, la tutela cautelare ha assunto, indubbiamente, un ruolo centrale all'interno del processo amministrativo come strumento di garanzia dell'effettività giurisdizionale.

A riguardo, mi piace ricordare il significativo principio chiovendiano sulla necessità che la durata del processo non vada a danno di chi ha ragione.

La funzione principale, infatti, è quella di garantire al destinatario una misura di tutela veloce al fine di proteggerlo da eventuali pregiudizi derivanti dagli effetti dell'atto, evitando, allo stesso tempo, che l'eccessivo protrarsi dei procedimenti ordinari ledano il principio di effettività della tutela sotto il profilo della ragionevole durata del processo.

Il giudizio cautelare, anche nel processo amministrativo, è caratterizzato dalla cognizione sommaria, imposta dalle esigenze di celerità del rito ed è, quindi, insuscettibile di determinare l'effetto di giudicato, previsto all'articolo 2909 Codice civile. L'ordinanza cautelare, infatti, ai sensi dell'articolo 55 del Codice del processo amministrativo, può limitarsi a indicare i profili che *“a un sommario esame inducono ad un ragionevole previsione sull'esito del ricorso”*.

Il carattere di sommarietà del giudizio cautelare, in particolare, è giustificato dal carattere provvisorio del provvedimento, i cui effetti sono destinati a essere sostituiti da quelli prodotti dalla decisione di merito.

Sul piano funzionale, la tutela cautelare si delinea, da un lato, quale tutela autonoma che assolve la funzione di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, anche attraverso l'impiego di strumenti connotati da profili di atipicità. Tale autonomia, peraltro, si manifesta anche sul profilo strutturale, in quanto il giudizio cautelare, pur mantenendo carattere accessorio, assume caratteristiche peculiari e, rispetto a quella, differenti.

Dall'altro lato, la tutela cautelare si configura come necessariamente strumentale, rispetto alla tutela di merito, dalla quale essa non può separarsi attraverso il riconoscimento di utilità maggiori o diverse, in favore del ricorrente, da quelle che potranno derivare all'esito del giudizio di merito.

Tra i principi che governano il giudizio cautelare si annovera, appunto, quello secondo cui il provvedimento cautelare non può produrre effetti ulteriori rispetto quelli che verrebbero prodotti dalla pronuncia di merito.

All'interno del processo amministrativo, i requisiti per usufruire della tutela cautelare sono rispettivamente il *periculum in mora* e il *fumus boni iuris*.

Il primo rappresenta il pericolo di un danno *“grave e irreparabile”* per l'interesse del privato nelle more del giudizio di merito ed è previsto dall'art. 55, comma 1 del Codice; il secondo sancisce *“la possibilità, la verosimiglianza o la probabilità dell'esistenza di un diritto, pur in mancanza di un accertamento definitivo”*.

In base al grado di urgenza del pericolo del danno, possono essere attuate tre tipi di misure cautelari, caratterizzate, rispettivamente, da tempi e modalità differenti.

La prima è la misura cautelare collegiale (art. 55 c.p.a.), disposta in caso di “*pregiudizio grave e irreparabile*”. A questa segue la misura cautelare monocratica in corso di causa (art. 56 c.p.a.), prevista in presenza di “*estrema gravità e urgenza*”, la cui appellabilità del decreto è discussa poiché non prevista dalla Legge, ma ammessa dal Consiglio di Stato in alcune pronunce.

È prevista, infine, la misura cautelare *ante causam*, emessa solo in caso di “*eccezionale gravità e urgenza*”. Quest’ultima è stata introdotta grazie all’intervento della Corte di Giustizia⁶⁴, che ha ritenuto tale soluzione necessaria per assicurare una effettiva tutela al singolo, a prescindere dall’instaurazione del merito nei casi più estremi, appunto di “*eccezionale gravità e urgenza*”.

È possibile eseguire un’ulteriore distinzione, a seconda che sorgano controversie relative a diritti soggettivi, interessi legittimi oppositivi o interessi legittimi pretensivi.

Possono essere individuate, di conseguenza, quattro differenti categorie a disposizione del giudice amministrativo:

- misure ordinatorie con contenuto patrimoniale (a tutela dei diritti soggettivi);
- misure a contenuto negativo di tipo sospensivo (per gli interessi legittimi oppositivi);
- misure propulsive e misure sostitutive (per gli interessi legittimi pretensivi e per quelli oppositivi).

La tutela cautelare perde efficacia nel momento in cui viene assunta una decisione a cognizione necessariamente sommaria, che non deve comprendere effetti irreversibili né influenzare il giudizio di merito a cognizione piena, i cui effetti potrebbero essere diversi rispetto a quelli scaturiti in sede cautelare.

1.2 Le caratteristiche della tutela cautelare

Le caratteristiche essenziali della tutela cautelare s’identificano nella atipicità, nella strumentalità e nella transitorietà.

Come già affermato, l’atipicità rappresenta un approdo giurisprudenziale⁶⁵ cui è seguito l’intervento normativo del legislatore. D’altronde l’atipicità delle misure cautelari corrisponde all’atipicità delle azioni amministrative, essendo finalizzata a dare una concreta ed effettiva tutela all’attore.

Le misure cautelari atipiche si distinguono in sostitutive e propulsive.

⁶⁴ Corte di Giustizia dell’UE, sentenza *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica ellenica* del 19.09.1996

⁶⁵ Vedi C.d.S Ad.Pl. sent. n.1 del 30.03.2000; C.d.S, sez. V, sent. n. 1873 del 11.04.2000; C.d.S, sez. IV, sent.n. 4239 del 30.06.2006

Con il provvedimento sostitutivo il giudice attribuisce, in via interinale, in sostituzione dell'Amministrazione il bene della vita cui aspira il ricorrente.

La decisione propulsiva, che determina la sospensione del provvedimento, è basata sul *remand*, tecnica con la quale s'instaura una sorta di dialogo tra il giudice e la Pubblica Amministrazione.

In presenza di tale misura, il giudice ordina all'Amministrazione, resistente in giudizio, di riesaminare il caso alla luce dei vizi rilevati. Al termine del riesame, la Pubblica Amministrazione eserciterà nuovi poteri, tenendo conto delle indicazioni fornite dal giudice amministrativo (diversamente nel caso in cui l'ordinanza fosse così dettagliata da non lasciare margini di discrezionalità alla Pubblica Amministrazione si avrebbe un vero e proprio giudizio di ottemperanza). Può accadere, tuttavia, che, nelle more del giudizio di merito il privato, grazie al riesercizio del potere da parte della Pubblica Amministrazione, in attuazione della misura cautelare "propulsiva", ottenga il riconoscimento del bene della vita, che gli verrà poi negato all'esito del giudizio di merito. In tale evenienza, la misura cautelare, invece di offrire una maggiore tutela finirebbe, addirittura, con il ledere il privato, che aveva fatto legittimo affidamento sul bene della vita precedentemente ottenuto. Tali particolari misure, inizialmente, non apparivano conformi ai principi di strumentalità e interinalità proprie della materia cautelare e, pertanto, la Dottrina si dimostrò perplessa riguardo alla loro ammissibilità.

In relazione al requisito della strumentalità, è opportuno evidenziare che il giudizio cautelare rappresenta un giudizio interinale, autonomo rispetto a quello di merito ma strumentale solo ai fini della pienezza dell'istruttoria o del contraddittorio.

La natura strumentale del processo cautelare⁶⁶ emerge dalla circostanza che la fissazione del merito rappresenta una condizione di procedibilità per il giudizio cautelare, così come dal fatto che nella decisione del giudizio cautelare viene fissata anche l'udienza del giudizio di merito.

La decisione cautelare non influenza né vincola, in alcun modo, il giudizio di merito, che può disattendere il contenuto del provvedimento cautelare e ciò rappresenta un ulteriore indice della strumentalità.

Per quanto riguarda l'ultima caratteristica della tutela cautelare, rappresentata dalla transitorietà, derivante dalla temporaneità della decisione cautelare, successivamente sostituita completamente da quella di merito, occorre sottolineare che tale connotato viene attenuato dalla disposizione contenuta nell'art. 55, comma 2 c.p.a. con la quale si prevede che *"qualora dalla decisione del giudizio cautelare derivino effetti irreversibili, il giudice può disporre una cauzione, anche mediante fideiussione, cui subordinare la concessione o il diniego della misura"*, che viene disposta, discrezionalmente, dal giudice, *"salvo quando la domanda cautelare attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale"*.

⁶⁶ Vedi C.d.S, sez. IV, sent. n. 1240 del 24.02.2011; C.d.S. sez. VI, sent. n. 895 del 13.02.2013

2) Le misure cautelari anteriori alla causa.

Come già accennato, con l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, è stata definita la possibilità di accedere a una tutela cautelare *ante causam*, ovvero a norma dell'art. 61 del Codice stesso, l'eventualità di ottenere le misure interinali e provvisorie, che appaiono "*indispensabili*" in caso di "*eccezionale gravità e urgenza*", così da non permettere nemmeno la redazione e la notificazione del ricorso. Inizialmente, era prevista una forma di tutela cautelare *ante causam* all'articolo 245, comma 3 e ss. del Codice dei contratti pubblici⁶⁷, successivamente sostituita dal D. Lgs n. 104/2010.

Analogamente a quanto disposto in tema di tutela cautelare monocratica in corso di causa, anche il procedimento *ante causam* presuppone l'instaurazione di una qualche forma di contraddittorio. La relativa istanza, infatti, non solo deve essere notificata con le forme previste per il ricorso all'Amministrazione resistente e ad almeno uno dei controinteressati, se esistenti, ma è anche necessario che il Presidente, o un Magistrato delegato, accerti il perfezionamento della notificazione stessa prima di provvedere oppure, qualora ciò non fosse possibile, per causa non imputabile al ricorrente, soccorre il potere di revoca del decreto, assunto senza aver svolto la predetta verifica. È parimenti prevista, inoltre, la possibilità di sentire le parti, dove necessario e "*omessa ogni altra formalità*".

Il vincolo di strumentalità, rispetto alla tutela monocratica in corso di causa, pone un limite alla definizione di precise tempistiche, infatti l'art. 61, comma 5, del Codice, dopo avere disposto che "*il provvedimento di accoglimento è notificato dal richiedente alle altre parti entro il termine perentorio fissato dal giudice, non superiore a cinque giorni*", prevede che "*il provvedimento in parola perde comunque effetto ove entro quindici giorni dalla sua emanazione non venga notificato il ricorso con la domanda cautelare ed esso non sia depositato nei successivi cinque giorni corredato da istanza di fissazione di udienza*". In ogni caso, sempre per espressa previsione codicistica, la misura cautelare *ante causam* perde effetto con il decorso di sessanta giorni dalla sua emissione, dopo di che restano efficaci le sole misure cautelari che siano confermate o disposte in corso di causa.

È importante sottolineare che il termine di efficacia massima del decreto cautelare, ovvero sessanta giorni, non è poi così breve, in quanto potrebbero generarsi nelle more della notifica del ricorso, con proposizione di istanza cautelare in causa e della successiva fissazione della Camera di consiglio, effetti irreversibili che, non sempre o solo in parte, possono essere compensati dalla previsione di una cauzione.

La funzione definita "*anticipatamente decisoria*" che, talvolta, connota l'intervento cautelare in sede monocratica appare, così, ancora più "*rischiosa*", sotto il profilo del diritto alla difesa e al contraddittorio, in relazione alla possibile produzione di effetti

⁶⁷ Tale disposizione è stata sostituita dall'articolo 3, comma 19, lettera d), allegato quattro del d. lgs. N. 104/2010 prevedendo che "*la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal codice del processo amministrativo*".

irreversibili, qualora il predetto intervento dovesse intervenire “*ante causam*” circostanza che, in realtà, non si verifica di frequente.

Bisogna tenere conto che, tuttavia, in questo specifico caso, la valutazione alla quale è chiamato il Presidente o il suo delegato risulta, inevitabilmente, ancora più sommaria di quanto potrebbe avvenire rispetto al decreto emanato in corso di causa. Ciò dipende dal fatto che nel procedimento *ante causam* non vi è un ricorso con l’esposizione completa del fatto e dei motivi di diritto ma, molto più semplicemente, un’istanza che, verosimilmente, si concentra in modo particolare sul presupposto *del periculum in mora*, come disposto dall’ art. 61, comma 1, in ragione di una situazione di “*eccezionale gravità ed urgenza*” che non permetta la previa notificazione del ricorso né la richiesta di misure cautelari con decreto presidenziale.

In presenza di tale presupposto, il requisito del *fumus boni juris* deve, comunque, sussistere.

Le stesse considerazioni valgono anche per le controparti, alle quali sarebbe riconosciuta la possibilità di interloquire e contraddire sulla base non di un ricorso ma di una istanza.

La domanda cautelare *ante causam* deve essere proposta al giudice competente per il giudizio di merito, il quale, ai sensi dell’articolo 61, comma 3 c.p.a. potrà rilevare la propria eventuale incompetenza d’ufficio. Tale disposizione è innovativa, rispetto al regime antecedente nel quale non era contemplata una disciplina inderogabile, relativamente alla competenza cautelare, evitando, così, un fenomeno molto diffuso in passato ovvero il c.d. *forum shopping* con cui il ricorrente aveva la possibilità di chiedere la misura cautelare presso il T.A.R. dove era radicato l’orientamento a lui maggiormente favorevole.

L’articolo 61, comma 2 c.p.a., come ho già detto, stabilisce che l’istanza debba essere notificata e che il Presidente o un Magistrato da lui delegato accerti il perfezionamento della notificazione, ma è ammessa la possibilità che il Tribunale si pronunci, omettendo l’accertamento del perfezionamento della notifica.

In quest’ottica, se si ritiene che il decreto cautelare *ante causam* debba avere rilevanza anche sul possibile esito del ricorso, tale azione risulta particolarmente delicata nel momento in cui il Presidente, o il suo delegato, non abbiano nemmeno un quadro completo e definito della situazione in esame, quantomeno dal punto di vista del ricorrente ma, allo stesso tempo, deve essere possibile instaurare un minimo di contraddittorio con le altre parti anche se quest’ultimo risulta compresso. Ne consegue che l’esigenza, di matrice comunitaria, di predisporre un rimedio cautelare, anche prima dell’instaurazione del giudizio, può confliggere con il principio in base al quale il giudizio stesso può essere definito solo all’esito di una fase di merito a contraddittorio pieno.

Nonostante la tutela cautelare *ante causam* possa, quindi, sembrare una deroga al principio del contraddittorio, in realtà, le stesse garanzie vengono assicurate dalla notifica con la quale la misura viene richiesta.

Allo stesso modo non viene meno neppure il carattere di strumentalità, tipico della tutela cautelare, che risulta ancora più accentuato nella tutela cautelare atipica, in particolare sotto il profilo degli effetti che non possono essere diversi e ulteriori, rispetto a quelli ottenibili con la sentenza definitiva⁶⁸.

In tale ottica, una tutela cautelare che intervenga ancora prima della proposizione del ricorso e che sia destinata a durare, in caso di accoglimento fino a sessanta giorni, per poi cedere il passo a provvedimenti assunti in corso di causa, ma sempre in via cautelare, rischia di definire una situazione anche irreversibile, in cui gli interessi in gioco sono sottoposti a valutazione estremamente sommaria, in un contesto in cui la possibilità di contraddittorio appare inesistente, o quasi, e in forza di un provvedimento non impugnabile.

In altri termini, è possibile che dalla prospettiva, appena presa in esame, derivi il rischio che l'interesse all'instaurazione del giudizio di merito, da parte del ricorrente, si esaurisca nell'ottenimento della misura cautelare di per sé già soddisfacente e, pertanto, definitiva, con una conseguente limitazione del diritto di difesa delle altre parti, che risulterebbe particolarmente significativa laddove la decisione collegiale affondasse le proprie radici in un intervento, assunto in sede monocratica, in cui si sia già presa posizione sul possibile esito del ricorso o, comunque, si siano assunte decisioni con effetti irreversibili sui rapporti giuridici coinvolti.

⁶⁸ C.d. S. stz. 17 del 05/09/1984

3) La tutela cautelare europea

L'influenza della giurisprudenza comunitaria si estende anche all'area della tutela cautelare il cui processo di uniformazione dei rimedi giurisdizionali tra il diritto comunitario e quello nazionale ha raggiunto il livello più avanzato.

Le decisioni assunte dalla Corte di Giustizia europea, in materia di tutela cautelare nel processo amministrativo, che hanno avuto implicazioni rilevanti nei vari diritti nazionali, riguardano rispettivamente tre casi: "Factortame", "Zuckerfabrik"⁶⁹ e "Atlanta"⁷⁰.

In particolare, con la prima, la Corte è intervenuta ad ammettere, in via pregiudiziale, la tutela provvisoria delle situazioni giuridiche soggettive, che scaturiscono da norme comunitarie con un effetto ampliativo rispetto alle previsioni nazionali.

La tutela cautelare è un istituto processuale contemplato dall'ordinamento comunitario nell'art.186 del Trattato di Roma, che recita: "*la Corte di Giustizia, negli affari che le sono proposti, può ordinare i provvedimenti provvisori necessari*".

In linea di principio, il diritto comunitario si occupa della formazione di regole sostanziali comuni ai Paesi membri, ai quali spetta darvi esecuzione con l'impiego di strumenti di giustizia, propri di ciascun sistema.

Negli ultimi anni, però, il legislatore comunitario ha disposto regole specifiche riguardo ai modi di attuazione del diritto comunitario.

Nella direttiva 90/665, in particolare nell'ambito del ricorso in materia di appalti pubblici, sono state previste azioni cautelari e risarcitorie.

La regola generale prevede che ogni singolo Stato reagisca alla violazione del diritto comunitario con i mezzi tecnici che possiede, tuttavia, la Corte di Giustizia, negli ultimi anni, ha introdotto due precisazioni: in primo luogo, le misure approntate a tutela del diritto comunitario non possono essere meno favorevoli di quelle utilizzate per il diritto interno; secondariamente, la tutela del diritto comunitario deve, in ogni caso, essere effettiva.

Con la sentenza "Factortame", che possiamo considerare il *leading case*, la Corte di Giustizia ha sancito il principio per cui i giudici dei Paesi membri sono tenuti a disapplicare eventuali norme di diritto interno che, in via cautelare, ostino l'adozione di provvedimenti volti a garantire l'attuazione di disposizioni di fonte europea le quali conferiscono posizioni giuridiche in capo ai singoli.

⁶⁹ Sentenza della Corte del 21 febbraio 1991, Document 61988CJ0143

⁷⁰ Sentenza della Corte del 9 novembre 1995, Document 61993CJ0465

In tale sentenza, tuttavia, la Corte non si pronunciò sui requisiti necessari per l'adozione di provvedimenti cautelari, considerando come unici riferimenti il *periculum in mora* e il *fumus boni iuris*.

Nel nostro diritto, come più volte ribadito, il principio di effettività della tutela giurisdizionale trova fondamento nell'art. 24 Cost.

L'interpretazione dell'art.4 legge 20.03.1865/2248 all.E., che nega la possibilità per il giudice ordinario di adottare provvedimenti d'urgenza nei confronti dell'Amministrazione, rappresenta, però, un ostacolo.

Con la sentenza, relativa al caso "Factortame", si raggiunge una svolta decisiva a riguardo, in quanto si stabilisce che i giudici dei Paesi membri non devono tenere conto di eventuali disposizioni legislative, che limitino la tutela cautelare nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Il giudice ordinario, nel caso in cui si trovi ad applicare il diritto comunitario, dovrà, quindi, ignorare l'art.4 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo o quanto meno la sua interpretazione.

Nella sentenza "Zuckerfabrik", la Corte di Giustizia ha riconosciuto che il giudice nazionale, il quale abbia chiesto alla Corte stessa una pronuncia giudiziale per l'accertamento della validità di un regolamento comunitario, possa sospendere l'esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale basato su tale regolamento. La Corte, inoltre, identifica i presupposti necessari per pervenire all'adozione del provvedimento cautelare della sospensione dell'atto amministrativo, emanato dagli organi dello Stato membro. Considerato che la sospensione può essere concessa solo in presenza di gravi dubbi sulla legittimità dell'atto comunitario, la Corte richiama la condizione dell'urgenza ovvero del danno grave e irreparabile.

Con la sentenza "Atlanta", infine, la Corte ha ritenuto che la tutela cautelare non potesse essere limitata alla sola ipotesi sospensiva dell'atto impugnato ma dovesse estendersi anche a misure di tipo positivo, di carattere ingiuntivo.

L'obiettivo della Corte, in conclusione, è quello di garantire che le posizioni giuridiche dei cittadini comunitari possano trovare una tutela cautelare completamente soddisfattiva dinnanzi ai giudici nazionali.

3.1) Il dibattito sulla mancata previsione di una tutela cautelare ante causam: gli interventi della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia

La mancata previsione legislativa del rimedio cautelare *ante causam*, nel processo amministrativo, è stata oggetto di una nota rimessione del T.A.R. Lombardia che, nel 2001, sollevò la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (Legge T.A.R.), come previsto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205 (Disposizioni in materia di giustizia amministrativa), "*nella parte in cui esclude la tutela ante causam e la conseguente applicabilità dell'art. 700 e degli artt. 669 e seguenti cod. proc. civ. davanti al giudice amministrativo*"⁷¹ e dell'articolo 700 del Codice di procedura civile "*laddove espressamente prevede che la tutela cautelare ante causam sia accordabile, nel concorso dei presupposti di legge, solo ai diritti soggettivi e non agli interessi legittimi.*"

Tale questione, tuttavia, è stata dichiarata manifestamente infondata dalla Corte Costituzionale con l'ordinanza 10 maggio 2002, n.179.

La Corte, infatti, ritenne che la mancata previsione dello strumento di tutela in esame non fosse di per sé di ostacolo a una tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche dedotte nel giudizio di merito. In particolare, osservò come, sul piano costituzionale, la previsione della sola tutela cautelare in corso di causa risultasse sufficiente e corretta, sulla base della considerazione secondo cui il Legislatore, "*non essendo tenuto, sul piano costituzionale, ad osservare regole uniformi rispetto al processo civile*", nell'ambito della sua discrezionalità, può adottare, in concreto, anche in materia cautelare, norme processuali differenziate tra i diversi tipi di giurisdizione e anche tra i diversi riti processuali⁷².

Dopo questa pronuncia della Corte Costituzionale, tuttavia, persistevano ancora dubbi rilevanti circa le modalità con cui dare applicazione, soprattutto nella materia degli appalti pubblici, all'articolo 2 della Direttiva 89/665/CE.

⁷¹ TAR Lombardia, Sez. III, ordinanza n. 1, 15 febbraio 2001, in Urb. e app., 2001, p. 770.

⁷² Si veda, in particolare, D. DE CAROLIS, *Tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo. La Corte Costituzionale mette fine al dibattito?*, in Urb. e App., 2002, p. 791 ss.; inoltre, C. F. GALLO, *Alla Corte Costituzionale il problema della possibilità di provvedimenti ante causam nel processo amministrativo*, in Dir. proc. civ., 1998, p. 856 ss. e, altresì, G.M. SIGISMONDI, *Processo amministrativo: tutela cautelare e rito monocratico*, in Urb. e App., 1998, p. 1337.

A seguito dell'ordinanza della Corte Costituzionale, lo stesso T.A.R. Lombardia⁷³, con l'ordinanza 26 aprile 2003, n. 76, dispose un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, in relazione alla medesima questione⁷⁴, affinché quest'ultima si pronunciasse ai sensi dell'articolo 267 TCE.

La Corte di Giustizia, successivamente, si espresse sul rinvio pregiudiziale con la sentenza del 29 aprile 2004 C-202/03, sottolineando che l'articolo 2. n. 1. lett. a), della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE (la cosiddetta "direttiva ricorsi") "*che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE*", la quale, a sua volta, "*coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, deve essere interpretata nel senso che gli Stati membri sono tenuti a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso di merito, qualsiasi provvedimento provvisorio, compresi i provvedimenti*

⁷³ Così, T.A.R. Lombardia, Brescia, ordinanza n. 76, 26 aprile 2003, in www.giustizia-amministrativa.it.
¹⁹ Nello specifico, si riportano di seguito i quattro quesiti posti dal T.A.R. Lombardia alla Corte di Giustizia CE:

"1) se la diversa tutela cautelare prevista per le pretese comunitarie accordabile dal giudice amministrativo nazionale nelle procedure d'appalto rispetto a quella prevista nell'ordinamento interno per i diritti riconosciuti nelle liti fra soggetti privati ovvero in quelle fra questi ultimi e l'Amministrazione per le quali abbia giurisdizione nell'ordinamento nazionale il giudice ordinario violi o meno il principio di collaborazione sancito dall'art. 10 del Trattato, che fa obbligo, in assenza di un sistema processuale armonizzato, di riconoscere alle suddette pretese comunitarie l'identica forma di tutela e non già una tutela meramente incidentale e, dunque, meno efficace rispetto a quella garantita con carattere di generalità agli altri diritti nazionali.";

"2) se inoltre l'art. 21 della L. 6.12.1971, n. 1034, così come novellato dall'art. 3 della L. 21.7.2000, n. 205, nella parte in cui non prevede che fra i possibili mezzi di ricorso urgente sia previsto quello ante causam, come tale diretto ad impedire in via immediata che l'Amministrazione dia ulteriore corso alla sottoscrizione del contratto dopo la conclusione di una procedura di gara, del tutto indipendentemente dalla proposizione di una previa azione d'impugnazione di un atto della stessa procedura, rappresenti o meno sufficiente adempimento della previsione di cui all'art. 1, n. 3 della direttiva 21.12.1989, n. 665/CEE, che fa obbligo a tutti gli Stati membri d'introdurre nei rispettivi ordinamenti nazionali ricorsi pienamente accessibili per quanti intendano richiedere la riparazione di un danno subito o comunque temano di subire una lesione in dipendenza di una decisione della commissione di gara per il conseguimento di un appalto pubblico";

3) se la suddetta tutela cautelare accordabile dal giudice amministrativo nazionale integri o meno violazione dell'art. 2, lett. a) della suddetta direttiva, che fa obbligo di prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici.";

4) se, infine, la stessa forma di tutela cautelare violi o meno concorrentemente l'art. 6, 2° comma del Trattato che, nel codificare il rispetto da parte dell'Unione dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ha fatto proprio il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale stabilito dagli artt. 6 e 13 della stessa Convenzione, facendo obbligo agli Stati membri di assicurarne la piena operatività nei rispettivi ordinamenti nazionali.".

⁷⁴In tale ordinanza, la Corte di Giustizia ribadisce parzialmente quanto già esposto nella sentenza del 15 maggio 2003, C-214/00, con cui venne dichiarata l'inadempienza del Regno di Spagna alla "direttiva ricorsi".

intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica dell'appalto in esame"⁷⁵.

La Corte del Lussemburgo, con particolare riferimento al settore degli appalti pubblici, rilevò, inoltre, come l'assoluta mancanza, nell'ambito del sistema di giustizia amministrativa, di una tutela cautelare effettiva, piena ed autonoma, rispetto alla proposizione dell'azione di merito, fosse in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

La decisione della Corte risultava, tuttavia, esclusivamente limitata alle controversie rientranti nell'ambito applicativo del citato articolo 2, n. 1, lett. a) della Direttiva 21 dicembre 1989, 89/665/CEE (come modificata dalla Direttiva 18 giugno 1992, 92/50/CEE), relativo alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi.

I medesimi principi vennero, successivamente, enunciati dalla "nuova direttiva ricorsi", Dir. 2007/66/CE ("*Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto attiene al miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici*") e, prima ancora, le "direttive unificate" 2004/18/CE e 2004/17/CE, aventi rispettivamente a oggetto la disciplina degli appalti pubblici di lavori servizi e forniture e gli appalti nei settori cosiddetti "ex esclusi", secondo le quali "*gli Stati membri assicurano l'applicazione della presente direttiva tramite meccanismi efficaci accessibili e trasparenti [...] conformemente alla direttiva 89/ 665 CEE del Consiglio*".

A livello nazionale, l'introduzione della prima forma di tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo, anche se limitatamente al settore dei contratti pubblici, avvenne solo nel 2006, trovando la propria puntuale previsione normativa nell'articolo 245, comma 3, D.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici, emanato in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE).

Con il Codice del processo amministrativo la tutela cautelare *ante causam*⁷⁶, in linea con la legge delega, trovò la sua definitiva generalizzazione, come forma di tutela non solo del tutto autonoma rispetto al giudizio di merito, ma anche estesa a tutte le materie sottoposte alla giurisdizione amministrativa.

Il Codice, infatti, contempla tale forma di tutela cautelare all'art 61, rubricato "*Misure anteriori alla causa*", che contribuisce in modo decisivo a delineare un processo amministrativo cautelare più completo e maggiormente rispettoso del principio di effettività, più volte richiamato anche dalla Corte di Giustizia.

⁷⁵ Si veda, in particolare, S. MEZZACAPO, *Il T.A.R. Brescia inibisce all'azienda ospedaliera la stipula del contratto di fornitura dei pasti*, in *Guida al diritto*, 2004, fasc. 28, p. 105 ss.; e, inoltre, M. A. SANDULLI, *Le nuove frontiere della giustizia amministrativa tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva. Introduzione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004

⁷⁶ Sul punto, si veda M. SANINO, *Il processo cautelare*, in CERULLI IRELLI (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2000, pp. 249 e ss.

Conclusione

In conclusione, dopo aver ripercorso a grandi linee l'evoluzione storica del diritto processuale amministrativo, dalle origini fino all'introduzione del Codice e successive applicazioni, ed essermi soffermato, in particolare, sul principio di effettività della tutela giurisdizionale, ciò che emerge dal mio lavoro è che l'effettività ha rappresentato lo strumento principale e determinante per l'evoluzione del processo amministrativo, in quanto ha permesso di superare una pluralità di regole classiche considerate, in precedenza, necessarie per la natura del processo stesso.

A tale risultato si è pervenuti, in un primo momento, ammettendo la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo, anche attraverso la proposizione di una domanda in via autonoma e, successivamente, grazie all'affermazione dell'ammissibilità di azioni diverse dalla sola azione di annullamento e al superamento del binomio, considerato fino a quel momento inscindibile, tra illegittimità e annullamento. Si è affermata, inoltre, la possibilità di configurare azioni atipiche, superando il dogma della tipicità della domanda e, di conseguenza, della tipicità delle pronunce.

La possibilità di ricorrere a una tutela cautelare *ante causam* e a una tutela cautelare atipica è stata ritenuta configurabile, grazie all'intervento, a livello sovranazionale, della Corte dell'Unione Europea così come all'elaborazione della Giurisprudenza, in modo tale da poter rendere il processo amministrativo lo strumento maggiormente idoneo a garantire e a soddisfare le esigenze di tutela del ricorrente.

D'altra parte, proprio riguardo al processo amministrativo, non ho trascurato di soffermarmi sugli aspetti più significativi, che ne hanno segnato un decisivo cambiamento al fine di superare quell'eccessiva sommarietà e rigidità che, in passato, hanno, talvolta, compromesso il diritto alla difesa, ostacolando le necessarie esigenze di tutela a favore delle pretese del singolo cittadino.

Concludo, così, questa mia analisi citando, ancora una volta, una frase significativa dell'illustre Chiovenda, che descrive metaforicamente il principio di effettività come la *“vivida stella che irradia la sua luce sull'intero sistema”*⁷⁷.

⁷⁷ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960

BIBLIOGRAFIA

- ACQUARONE, G. 2019 La tutela degli interessi legittimi in forma specifica, in AA.VV.. Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte, Napoli.
- ACQUARONE, G, 2000 La denuncia di inizio attività. Profili teorici, Milano.
- ANDOLINA-VIGNERA, 1997. I fondamenti costituzionali della Giustizia civile, Torino.
- ANDRIOLI, V. 1957. La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana in *Annuario dell'Università di Pisa 1954-1955*, Pisa.
- BIAVATI, P. 2017. Il linguaggio degli atti giudiziari. *Riv. trim. dir. proc. civ.*
- BIAVATI, P. 2005, n. 2, . «Inadempimento degli Stati membri al diritto comunitario per fatto del giudice supremo: alla prova la nozione europea di giudicato,» in *Int'l Lis*, p. 62 ss....
- BIAVATI, P. 2005, .«Inadempimento degli Stati membri al diritto comunitario per fatto del giudice supremo: alla prova la nozione europea di giudicato.» *Int'l Lis* n. 2. p. 62 ss.
- BIAVATI, P. 2007, n. 5, .«La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario.»>> In *Rassegna tributaria.*, p. 1591.-2012. Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione. *Riv. trim. dir. proc. civ.*
- CAIANIELLO, V. 2003 *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino.
- CAPPELLETTI-VIGORITI, 1971, I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano, in *Riv.dir.proc.*
- CHIOVENDA, G. 1933, p. 50. *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I. Napoli. - 1923, pp. 664 e ss. *Principi di diritto processuale civile*. Napoli.
- COMOGLIO, L. P. 1970 *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova.
- DI MAJO, A. 1982 *La tutela civile dei diritti*, Milano.
- FAZZALARI, E. 1988 *Azione civile (teoria generale e diritto processuale)*, in *D.disc.priv., sez. civ., II*.
- FERRARA, L. 2003, p. 64. *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione*

amministrativa, Milano.

FERRARA, L. 2008. «La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile.» *Dir. Amm.* pp. 103 ss.

LIEBMAN, T. 1950 L'azione nella teoria del processo civile, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, II, Padova.

MENCHINI, S. 2020. «Potere sostanziale e sistema delle tutele.» *Diritto Processuale Amministrativo fasc.4.* pag. 803.-1987. I limiti oggettivi del giudicato civile, Milano...

NIGRO, M. Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo, in *Riv. Dir. Proc.*, 1978,

NIGRO, M. 1990 Crisi del giudizio di annullamento, prospettive e linee di tendenza del processo amministrativo, in L. Mazzaroli (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo (Atti del convegno di studio - Padova, 10-11 aprile 1987)*, Padova.

PAJNO, A. 2010 La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 1.

SCOCA, F. G. 2008, 1, «< Divagazioni fra giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione. >» *Dir. proc. amm.*, p. 1. SCOCA, F. G. 2006. «I vizi formali nel sistema delle invalidità dei procedimenti amministrativi, invizi formali, procedimento e processo amministrativo, >> Di V. PARISIO (a cura di), 61. Milano.

SCOCA, F. G. 1985. «Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei tribunali amministrativi regionali.» *Dir. Proc. Amm.* 253.

SCOCA, F. G. 2014.. «Natura e funzione dell'astreinte nel processo amministrativo.>>

in *Corr giur.* p. 1413. SCOCA, F. G. 1979,. «Sentenze di ottemperanza e loro appellabilità.»>> *Foro italiano*, p.74.

SCOCA, F. G. 1979, «<Sentenze di ottemperanza e loro appellabilità.>» in *Foro italiano.* p. 74.

SCOCA, F. G. 2004. «Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?» *Giur. Cost.* p. 2181 ss..

SCOCA, F. G. 2004. «Vizi formali e sistema delle invalidità.>> In *Atti del Convegno, Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, p. 59 ss. Milano.

SCOCA, F.G. 2008. «Accordi e semplificazione.» *Riv Nuove Autonomie* 3/4,558.

SCOCA, F.G. 2014. «Il «costo del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso.» Dir. proc. amm. 1414. -1999. Per un'amministrazione responsabile. Giur. Cost. SCOCA, F.G. 2011,. «Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo.» Corr. giur., p. 988 e ss..
VIRGA. III ed., 1995. Diritto Amministrativo, II. Atti e ricorsi. Milano.

VIRGA, G. s.d. Il giudice dormiente e la risarcibilità del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi. www.lexitalia.it.

VOLPE, F. 2/2008. «La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi.»> Dir. Proc. Amm. p. 391.

SITOGRAFIA

www.parlamento.it

www.justowin.it

www.lexitalia.it

www.diritto.it

www.ildirittoamministrativo.it

www.giustiziainsieme.it

www.studiarediritto.it

www.ratioiuris.it

www.rivista.cammiodiritto.it

www.gazzettaamministrativa.it

www.brocardi.it

www.metabasis.it

www.altalex.com