

ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

**DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE
XXXIII CICLO (2017-2020)**

Settore concorsuale: 12/D1 (diritto amministrativo)

Settore scientifico disciplinare: IUS/10 (diritto amministrativo)

Il giudice che “amministra”

**La ponderazione degli interessi dal procedimento al processo amministrativo,
verso una piena giurisdizione sul rapporto**

Tesi di dottorato del dott. Luca Dell’Osta

Coordinatore del corso:
prof. Renzo Orlandi

Supervisore:
prof.ssa Marcella Gola

Esame finale anno 2021

I giudici non curano interessi; li tutelano, se ingiustamente lesi.

F.G. Scoca, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, Giappichelli 2017¹, p. 185.

INDICE

| | | |
|---|----|----|
| Introduzione | p. | 9 |
| 1. Un diritto che muta..... | p. | 9 |
| 2. Le ragioni della ricerca..... | p. | 15 |
| 3. Gli strumenti della ricerca..... | p. | 17 |
| Parte I – Profili evolutivi storici e stato dell’arte | p. | 23 |
| Capitolo 1 – Il processo amministrativo e le ragioni della giurisdizione amministrativa..... | p. | 23 |
| 1. L’unificazione e la scelta del modello belga..... | p. | 23 |
| 2. Il fallimento della riforma del 1865 e l’istituzione della quarta sezione del consiglio di Stato | p. | 33 |
| 3. La natura della quarta sezione e la l. n. 62/1907..... | p. | 39 |
| 4. La giurisdizione amministrativa prima della Costituzione repubblicana | p. | 43 |
| 5. La giurisdizione amministrativa nella Costituzione..... | p. | 46 |
| 6. ...segue: il dibattito sulla giurisdizione unica..... | p. | 51 |
| 7. Gli sviluppi successivi..... | p. | 60 |
| 8. Gli aspetti ancora problematici | p. | 66 |
| 8.1. L’interesse legittimo alla luce dei principi costituzionali | p. | 68 |
| 4.2. Il riparto di giurisdizione. Cenni..... | p. | 75 |
| Parte II – Procedimento e processo nella prospettiva attuale..... | p. | 87 |
| Capitolo 2 – Prospettive di rafforzamento del sindacato giurisdizionale | | |

| | | |
|--|----|-----|
| nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità: aspetti sostanziali .. | p. | 87 |
| 1. Verso il superamento della giurisdizione generale di legittimità..... | p. | 87 |
| 1.1. Dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto | p. | 92 |
| 1.1.1. Cons. Stato, sent. 1321/2019: fuga in avanti o definitivo tramonto del principio di separazione dei poteri?..... | p. | 99 |
| 1.1.2. La conferma di Cass. civ., SS.UU., sent. 18592/2020. | p. | 117 |
| 2. Gli elementi sintomatici del tramonto della giurisdizione generale di legittimità: la dequotazione dei vizi formali e l'art. 21- <i>octies</i> co. 2 l. 241/1990..... | p. | 120 |
| 3. ...segue: la motivazione del provvedimento amministrativo: la sua integrazione nel corso del processo amministrativo | p. | 133 |
| 4. ...segue: la risarcibilità dell'interesse legittimo e il giudizio di spettanza | p. | 145 |
| Capitolo 3 – La “piena tutela” nella giurisdizione generale di legittimità: aspetti processuali | p. | 155 |
| 1. Il “non” limite dei «poteri amministrativi non ancora esercitati»..... | p. | 155 |
| 1.1. La compatibilità con il principio eurounitario della <i>full jurisdiction</i> | p. | 168 |
| 2. La tutela cautelare | p. | 174 |
| 3. L'atipicità delle azioni e i poteri istruttori del giudice..... | p. | 190 |
| Conclusioni | p. | 201 |
| Bibliografia | p. | 215 |
| Ringraziamenti | p. | 235 |

REGIA PREFETTURA DI MONTELUSA

Il Capo di Gabinetto

Al signor

Filippo Genuardi

Via Cavour n. 20

Vigàta

Montelusa li 7 ottobre 1891

Non abbiamo ritenuto di dover dare risposta alle sue tre lettere in data 12 giugno, 12 luglio e 12 agosto corrente anno perché balza evidente che trattasi di un suo manifesto errore.

E difatto questa Regia Prefettura non è officio d'informazione, tanto più che Essa nulla ha a che spartire con la Regia Amministrazione delle Poste e Telegrafi cui lei avrebbe dovuto correttamente indirizzarsi.

Colgo l'occasione per precisarle che Sua Eccellenza il Prefetto di cognome nasce Marascianno e non Parascianno come lei si ostina a nominarlo.

Il Capo di Gabinetto di S.E. il Prefetto

(Comm. Corrado Parrinello)

A. CAMILLERI, *La concessione del telefono*, Palermo, Sellerio Editore Palermo 2013⁴⁷, p. 27.

INTRODUZIONE

1. Un diritto che muta

Un disattento osservatore delle vicende legate alla pubblica amministrazione italiana ben potrebbe pensare che il sistema del diritto amministrativo del tempo attuale non è cambiato, né formalmente né sostanzialmente, rispetto a quello del 1891, anno in cui il Capo di Gabinetto del Prefetto di Montelusa (frutto della fantasia di Andrea Camilleri) si rivolge in tono burocraticamente stizzito a un cittadino che aveva osato chiedere informazioni circa la documentazione da produrre per ottenere una concessione telefonica¹.

¹ A. CAMILLERI, *La concessione del telefono*, Palermo, Sellerio Editore Palermo 2013⁴⁷, p. 27. È lo stesso autore a dichiarare, in una intervista rilasciata a *Il Sole 24 Ore*, che «l'idea del romanzo nasce nel 1995, quando trovai un decreto ministeriale di fine Ottocento di una linea telefonica privata. Per avere la licenza occorreva adempiere a una tale quantità di assurdi obblighi burocratici, che mi è venuta subito la voglia di scrivere una storia. Il richiedente resta stritolato dal meccanismo burocratico, dal quale cerca di uscire in qualche modo, coinvolgendo mafia, chiesa, autorità costituite» e, ancora, con uno sguardo all'attualità (e non solo alla fine dell'Ottocento), «la burocrazia vive proprio per non essere risolta» (P. FONDATI, *Camilleri e l'incubo della burocrazia*, in *Il Sole 24 Ore*, 2 febbraio 2007). V'è da dire che, soprattutto negli ultimi anni, in materia di amministrazione e burocrazia, quest'ultima intesa nella accezione negativa di potenza anonima e irresponsabile (sul punto, per interessanti approfondimenti, v. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie*, 2 voll., Tübingen, Mohr 1922¹, trad. it. *Economia e società*, 5 voll., Roma, Donzelli Editore 2016-2018¹, in particolare parte 3, capitolo 6), è fiorita una ricca pubblicistica la quale, nella forma del romanzo o del saggio, ha inteso offrire una visione impietosa, e spesso satirica, dell'amministrazione italiana ed europea (v., *inter alia* e senza alcuna pretesa di completezza, A.

Né, d'altra parte, la pubblica amministrazione – intesa fino a ricomprendervi anche la tutela delle posizioni giuridiche del cittadino, che si concretizza mediante l'esercizio della giurisdizione amministrativa – gode di buona stampa, tanto che il medesimo disattento osservatore non muterebbe la sua opinione compulsando qualche quotidiano: di “furbetti del cartellino”, utilizzati a mo' di sineddoche per compendiare tutte le sciagure che affliggono la pubblica amministrazione, si parla pressoché quotidianamente; più diradati, ma egualmente utilizzati per suscitare e alimentare sentimenti di ripulsa nell'opinione pubblica, sono gli inviti ad abolire i Tribunali amministrativi regionali e il Consiglio di Stato².

CAMILLERI, *La relazione*, Milano, Mondadori 2014¹; A. CELOTTO, *Il dott. Ciro Amendola, direttore della Gazzetta Ufficiale*, Milano, Mondadori 2014¹; R. MENASSE, *La capitale*, Palermo, Sellerio Editore Palermo 2018¹; più risalente L. ADORNO, *L'ultima provincia*, Milano, Rizzoli 1962¹, ora Palermo, Sellerio Editore Palermo 2009⁵. Infine, è doveroso segnalare due contributi di diversa natura e di più ampio respiro, il cui autore è stato professore ordinario di diritto amministrativo: L. VANDELLI, *Il pubblico impiegato nella rappresentazione letteraria*, Bologna, CLUEB 2000¹, e L. VANDELLI, *Tra carte e scartoffie: apologia letteraria del pubblico impiegato*, Bologna, Il Mulino 2013¹).

² A mero titolo di esempio, richiamato solo per l'importanza dei protagonisti, l'11 agosto 2013 l'ex presidente del consiglio Romano Prodi interviene su *il Messaggero*, *il Gazzettino* e *il Mattino*, e, pur riconoscendo «[la] difficile realizzabilità dell'abolizione del Tar», è netto nell'affermare che «il ricorso al Tar è diventato un comodo e poco costoso strumento di blocco contro ogni decisione che non fa comodo, penetrando ormai in ogni aspetto della vita del paese», con la conseguenza che «in presenza di un'eterna incertezza, i capitali e le energie umane fuggono dall'Italia verso luoghi nei quali quest'incertezza non esiste». Lo stesso giorno, sulle colonne degli stessi giornali, interviene anche l'ex ministro della giustizia Paola Severino, la quale, ben cogliendo il problema di fondo sotteso alle questioni sollevate da Romano Prodi, evidenzia che «i giuristi sanno bene del complesso percorso che ha caratterizzato la genesi e l'attuale struttura del sistema della giustizia amministrativa e sanno bene che l'idea della “giurisdizione unica” non è certo nuova nel dibattito. Ne parlava Calamandrei, era contrario Mortati». A sommosso avviso di chi scrive, non sembra che il dibattito in Assemblea costituente sulla giurisdizione unica (di cui si renderà conto in seguito, al cap. 1, par. 6) si sia concentrato sull'essere o meno la giustizia amministrativa un freno per lo sviluppo, soprat-

Si potrebbe obiettare, e tanto basterebbe, che lo sviluppo del diritto amministrativo (e della sua declinazione processuale) è quanto di più raffinato abbia prodotto la riflessione giuridica negli ultimi decenni, soprattutto se si fa riferimento all'enucleazione del concetto di interesse legittimo, da cui tutto promana³.

tutto economico, del Paese. Tuttavia, tracce di insofferenza nei confronti degli istituti della giustizia amministrativa – seppur non con i toni esasperati cui ci ha abituato la cronaca degli ultimi anni – erano presenti anche all'epoca. Il deputato Fausto Gullo, nella seduta pomeridiana del 18 settembre 1947 dell'Assemblea Costituente, così si esprimeva: «Si dice dagli amatori del bel tempo andato che una volta occorreva riunire le *Gazzette Ufficiali* di parecchie annate per fare un volume possibile. Invece ora quei buoni, antichi tempi sono passati: vi è un diluvio, una valanga, una tempesta di leggi. Non ho tanta tenerezza per il buon tempo passato. La verità è che allora la vita, nella sua semplicità e linearità, non richiedeva che un numero esiguo di norme legislative. Ora invece la vita, nella sua complessità e fluidità, determina un mutamento continuo di situazioni e di rapporti per cui non si riesce a contenere tutto questo complesso di attività sociali nello schema fragile di poche disposizioni di legge. Occorre una ricca, abbondante legislazione che si rinnovi non più a distanza di decenni o di anni, ma a distanza di mesi. È la situazione che sta alla base della legge, che crea la legge e che, modificandosi richiede una legge diversa. Ora, coloro che sono stati Ministri in questo tumultuoso periodo hanno tratto dalla loro pratica ministeriale questa convinzione: che questi istituti, Consiglio di Stato e Corte dei Conti, frequentemente si palesano non più fonti di illuminati consigli ma cause di ostacoli insormontabili, sia per il complicato meccanismo che è loro proprio e che naturalmente porta alla conseguenza di un'azione che si svolge lentamente e faticosamente, sia anche per uno spirito conservatore che di solito li anima e che fa ad essi vedere con diffidenza ogni innovazione legislativa che scava profondamente nella vita della Nazione, pur se essa costituisca la premessa del rinnovamento che tutti quanti diciamo di desiderare. Ora, immettendo nella Costituzione il Consiglio di Stato, si dà ad esso la possibilità di esercitare un'influenza di molto maggior rilevanza nella vita dello Stato». La citazione dei lavori dell'Assemblea Costituente di questa nota e le ulteriori citazioni effettuate nel prosieguo del presente lavoro sono tratte dai resoconti delle sedute pubblicati, in formato digitale, sul sito della Camera dei Deputati (www.camera.it e <https://legislatureprecedenti.camera.it/>).

³ In chiave assai più concreta si può comunque richiamare l'intervento di alcuni tra i più illustri esponenti della dottrina per i quali «che poi i ritardi o la mancata realizzazione di interventi pubblici nel nostro Paese siano imputabili alle pronunce del giudice amministrativo è argomento frequente,

Tuttavia tale obiezione, da contrapporre alle critiche del nostro disattento osservatore delle vicende legate alla pubblica amministrazione, non solo non gli darebbe soddisfazione – avrebbe infatti gioco facile nel limitarsi a indicare nuovamente le inefficienze, vere o presunte, del sistema amministrativo italiano – ma si risolverebbe in una affermazione apodittica che nulla dice, in realtà, circa le effettive linee di sviluppo del sistema di diritto amministrativo nel suo complesso e, soprattutto, che non dà contezza dei nodi che la dottrina e la giurisprudenza, nonostante l'impegno di studio e di riflessione profuso, non sono ancora riusciti a sciogliere, e che proprio per tale motivo dovranno essere oggetto di ulteriori approfondimenti i quali, a loro volta, lungi dal cristallizzare le situazioni oggi problematiche, comporteranno un ulteriore, continuo e proficuo mutamento della materia. E tale affermazione è tanto più vera se solo si considera che il diritto amministrativo, in uno con il suo precipitato processuale, al pari e forse più delle altre branche dell'ordinamento giuridico, vive e muta nel tempo, a volte anche indipendentemente dalla volontà del legislatore, che anzi ha spesso positivizzato istituti, concetti e riflessioni che

ma tutt'altro che fondato. Il ricorso al giudice amministrativo concerne la fase di scelta del contraente ed è diretto ad evitare che l'amministrazione affidi la commessa agli "amici", o comunque selezionando offerte non serie o inaffidabili o irragionevolmente più onerose, o addirittura indulgendo a tentativi di corruzione. I ritardi e le inefficienze, come è ben noto a chi conosce a fondo la materia, si verificano in genere in una fase successiva all'affidamento dell'appalto o della concessione, e cioè nella fase della esecuzione» (G. CORSO-F.FRANCARIO-G. GRECO-M.A. SANDULLI-A. TRAVI, *In difesa di una tutela piena nei confronti della pubblica amministrazione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020). D'altra parte, «il rapporto tra processo amministrativo e (riduzione del) prodotto interno lordo [...] nessuno è riuscito a dimostrar[lo]» (A. CACCIARI, *La realizzazione delle opere pubbliche, il contenzioso sugli appalti e l'economia*, relazione al primo congresso nazionale dei magistrati amministrativi italiani, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019, cui si rimanda anche per interessanti statistiche relative al numero di gare bandite dalla pubblica amministrazione, al numero di impugnazioni proposte, al numero di istanze cautelari e di ricorsi accolti).

l'amministrazione, e il "suo" giudice⁴, avevano elaborato anche decenni prima della loro effettiva traduzione cristallizzazione normativa; in definitiva, nulla è immoto⁵ e il diritto amministrativo è anch'esso sensibile all'evoluzione sociale ed economica dei tempi attuali: tanto corre il mondo, tanto muta il diritto amministrativo, che permea ogni momento della vita dei cittadini, in ogni fase della vita⁶. Di fronte a un rafforzamento delle posizioni giuridiche soggettive che il nostro ordinamento riconosce ai cittadini per il tramite della Costituzione (che enuncia i principi) e delle leggi (che tali principi disciplinano in dettaglio), là interviene l'amministrazione che, secondo la nota definizione, cura in concreto gli interessi pubblici⁷.

⁴ Sul punto si rimanda a R. DE NICTOLIS, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione: limiti esterni*, in *www.treccani.it*, 2013; l'autrice, dopo una breve ricostruzione storica dell'evoluzione del sistema di riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, esamina la problematica dell'ambito di estensione della giurisdizione ordinaria alle controversie in cui sia coinvolta un'amministrazione pubblica.

⁵ Che il diritto amministrativo sia cangiante è evidente da una pur sommaria ricognizione delle pronunce giurisprudenziali più recenti: nel 1999 le Sezioni Unite della Cassazione (Cass. civ., SS.UU., sent. 500/1999) riconoscono, ancorché con limitazioni, la risarcibilità degli interessi legittimi, mutando un proprio precedente orientamento «tenacemente ribadito» (punto 5.3 della motivazione); sempre le Sezioni Unite, nel 2002 (Cass. civ., SS.UU., sent. 7341/2002) chiariscono la natura delle Autorità amministrative indipendenti, escludendo che nel nostro sistema costituzionale vi sia spazio per «una figura di paragiurisdizionalità a sé stante» (punto 2c. della motivazione); la Corte Costituzionale, con la sentenza 204/2004, ha chiarito la portata dell'art. 103 comma 1 Cost.; il Consiglio di Stato, nel 2013 (Cons. Stato, A.P., sentt. 9/2013 e 10/2013) è intervenuto in materia di ottemperanza e ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Per approfondimenti (quantomeno fino al 2009), si veda F. CARINGELLA-L. CAMERIERO-L. TARANTINO (a cura di), *Le sentenze storiche del diritto amministrativo*, Roma, Dike Giuridica Editrice 2009¹.

⁶ Non si vuole, qui, stilare una classifica, né in tal senso devono essere intese le superiori considerazioni. Ci si limita a evidenziare una linea di sviluppo la cui definizione risulterà di estrema importanza nel prosieguo della presente trattazione.

⁷ Anche un settore dell'ordinamento nei confronti del quale l'amministrazione potrebbe essere, a prima vista, (potenzialmente) insensibile – quello dei diritti civili – è stato oggetto di interventi pre-

In un contesto così descritto e così definito, dire qualcosa di nuovo, con uno sguardo ai tempi attuali, appare una impresa improba e, sotto un altro punto di vista, inutile: si rischierebbe di effettuare un lavoro meramente ricognitivo e, in definitiva, di arrivare in ritardo rispetto alle direttrici di sviluppo della materia così come tracciate dagli arresti giurisprudenziali. Ne consegue pertanto la necessità di esperire un tentativo di studio e di ricerca che, declinandosi in una prospettiva futura, provi a tratteggiare alcune delle (probabili) linee evolutive del diritto amministrativo, anche processuale. In questo senso – lo si chiarisce fin da subito – l’approccio dello studioso non è quello di chi pretende di sostituirsi all’attività interpretativa ed evolutiva che, con i suoi interventi, compie quotidianamente il giudice amministrativo; al contrario, e più prudentemente, si intende in questa sede fornire una visione che, muovendo dall’analisi di istituti (parte statica) e di orientamenti giurisprudenziali che tali istituti hanno riempito, e continuano a riempire, di significati (parte dinamica), si ponga in una prospettiva, differente rispetto a quella della giurisprudenza, di collaborazione e integrazione, con l’obiettivo appunto non già di sostituirsi al giudice, ma di offrire quel contributo che, almeno in passato – ed è questa la sfida più entusiasmante – la dottrina amministrativistica ha già offerto alla giurisprudenza (e al legislatore) per supportarla (supportarli) nell’opera di costruzione di forme di tutela sempre più qualificate in capo ai cittadini nei confronti della pubblica amministrazione e delle sue attività.

tori di straordinaria importanza, che hanno evidenziato il ruolo di primo piano rivestito dalla pubblica amministrazione e hanno, in definitiva, fornito indicazioni operative all’amministrazione chiamata ad applicare norme positive dell’ordinamento spesso non idonee a fronteggiare le sfide della modernità: si pensi al caso della trascrizione in Italia dei matrimoni omosessuali contratti all’estero (questione affrontata da Cass. civ., sez. I, sent. 11696/2018 e, precedentemente, da Cons. Stato, sez. III, sent. 5047/2016) e, più recentemente, alla trascrizione in Italia dell’atto di filiazione formato all’estero di un bambino concepito e nato grazie rispettivamente alla procreazione medicalmente assistita e alla maternità surrogata (questione affrontata da Cass. civ., SS.UU., sent. 12193/2019).

2. Le ragioni della ricerca

Chiarito nel modo che precede il senso del lavoro e l'approccio alla ricerca, risulta ora opportuno esplicarne i temi e i contenuti.

Il processo amministrativo, fin dalla sua nascita, è stato concepito come un giudizio «impugnatorio-cassatorio»⁸, marcatamente improntato alla verifica formale e documentale (ossia all'analisi della conformità alle previsioni legislative) degli atti delle pubbliche amministrazioni; del perché di tale scelta, sotto certi aspetti obbligata – almeno nell'ottica del legislatore del 1889⁹ – si dirà nel corso della ricerca. Si è parlato in tal senso di giurisdizione generale di legittimità, a fianco della quale si è comunque affermata la cosiddetta giurisdizione di merito¹⁰, eccezionale e derogatoria, nell'ambito della quale il giudice amministrativo può dispiegare maggiori poteri decisorii, che non si limitano all'annullamento dell'atto per vizi formali, ma si estendono fino alla sua riforma e alla sostituzione, da parte del giudice, dell'amministrazione precedente¹¹.

Il Codice del processo amministrativo (d.lgs. 104/2010), accogliendo le istanze della dottrina e della giurisprudenza che, nel corso degli anni precedenti alla sua adozione, si erano interrogate sull'opportunità di mantenere salda la distinzione tra giurisdizione di legittimità e di merito, ha parzialmente ridotto le distanze tra le

⁸ F.G. SCOCA, *Giustizia Amministrativa*, Torino, Giappichelli 2014⁶, p. 98; si veda anche R. DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 4, 2012.

⁹ Il riferimento è alla l. 5992/1889, con cui venne istituita la quarta sezione del Consiglio di Stato, il cui art. 3 comma 1 prevede(va) che «spetta alla sezione quarta del Consiglio di Stato di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non sieno di competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali». Per approfondimenti, v. *infra*, cap. 2 par. 2.

¹⁰ Oggi disciplinata dagli artt. 7 comma 6 e 134 d.lgs. 104/2010.

¹¹ Così il combinato disposto degli artt. 7 comma 6 e 34 comma 1 lett. d) d.lgs. 104/2010.

due forme di giurisdizione¹², introducendo significative novità in tema di istruttoria (con l'ampliamento dei mezzi di prova al fine di permettere un pieno sindacato del giudice sul fatto), di azioni esperibili e di poteri di condanna, con il fine ultimo di garantire al cittadino, leso da un provvedimento della pubblica amministrazione, una tutela piena e soddisfacente.

Non sfugge, tuttavia, che tali innovazioni, così come interpretate e applicate dai giudici amministrativi, possono scardinare l'idea del giudizio amministrativo come giudizio di (mera) legittimità e, in buona sostanza, il concetto stesso di "amministrare": l'istruttoria del processo diventa «continuazione ed integrazione del procedimento»¹³ e le stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione non sono più ipostatizzate sull'assunto che «la eventuale sostituzione da parte del giudice amministrativo della propria valutazione a quella riservata alla discrezionalità della amministrazione costituisca ipotesi di "sconfinamento" vietato della giurisdizione di legittimità nella sfera riservata alla P.A.»¹⁴, giungendo invece a enunciazioni più possibiliste. In altre parole, «il processo assorbe il procedimento»¹⁵, e non necessariamente tale considerazione vale (solo) per i procedimenti vincolati, quelli cioè nell'ambito dei quali l'amministrazione non è chiamata a svolgere una ponderazione di interessi, ma si limita ad accertare uno o più fatti: l'analisi della giurisprudenza e della dottrina più attenta inducono a ritenere che la cesura netta fra procedimento e processo, già messa in crisi nei primi anni '80 dalle intuizioni di Nigro, sembra essere sempre più sfumata. V'è da chiedersi se tale confusione – intesa in

¹² Sulla crisi della giurisdizione di legittimità, e ben prima dell'adozione del d.lgs. 104/2010, si veda 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, fasc. 3.

¹³ G. SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 3, 2006.

¹⁴ Cass. SS.UU., sent. 17 febbraio 2012, n. 2312.

¹⁵ Ancora G. SALA, *op. cit.*.

senso etimologico¹⁶ – possa spingersi sino al punto di comportare una crisi (o un superamento) della tradizionale giurisdizione di legittimità, per una piena affermazione di una giurisdizione amministrativa sul rapporto dedotto in causa, così come già prospettato, dopo l'entrata in vigore del Codice, dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sent. 3/2011).

3. *Gli strumenti della ricerca*

Obiettivo del presente lavoro è, come argomentato *supra*, nel par. 1, indagare le modalità con cui si attua, oggi (e alla luce dell'evoluzione del processo amministrativo e delle forme di tutela delle posizioni giuridiche del cittadino), la giurisdizione amministrativa; non sarà però tralasciato un approfondimento sulle finalità di questa evoluzione (riassumibili, almeno in via di prima approssimazione, nella costruzione di forme di tutela sempre più qualificate in capo ai cittadini nei confronti della pubblica amministrazione); si tratta ora di comprendere le modalità con cui si intende giungere a tali obiettivi.

In primo luogo, sembra indispensabile indagare le linee di evoluzione del processo amministrativo, con l'obiettivo di interrogarsi – in chiave storica – sul perché il processo amministrativo ha assunto le caratteristiche, quantomeno per ciò che riguarda la giurisdizione generale di legittimità, di un giudizio impugnatorio-cassatorio. Saranno quindi messi in evidenza i contributi legislativi, giurisprudenziali e dottrinali più recenti che sembrano discostarsi da tale impostazione, anche al fine di offrire una lettura sistematica e critica delle caratteristiche che ha assunto nel tempo, e in particolare dal 2010, il processo amministrativo.

La seconda parte dello studio, invece, intende chiarire se si sta assistendo, nei fatti, a un superamento della giurisdizione generale di legittimità, e se si sta profilando un'azione unica atipica che comporti, come logica conseguenza, lo sposta-

¹⁶ Dal latino *con-fundere*, p. p. *confusus*, ossia sciogliere insieme, mescolare insieme senza più distinzioni.

mento (anche solo eventuale) della ponderazione degli interessi – e quindi, in definitiva, dell’“amministrare” – dal procedimento al processo. In altre parole, ci si propone di verificare se sussiste, nei fatti e a Costituzione invariata, un ampliamento dei poteri del giudice amministrativo anche in ambiti che, fino in tempi recentissimi, sono rimasti pressoché oscuri, nella prospettiva di un superamento del processo di legittimità e della sua trasformazione in giudizio che, ponendosi in uno stretto rapporto dialettico con il procedimento, attribuisca al cittadino il cosiddetto bene finale¹⁷. Che vi sia un rapporto tra procedimento e processo è infatti innegabile¹⁸, così come è innegabile che questi due istituti stiano subendo trasformazioni, formali e sostanziali, tali da costringere l’interprete, in prospettiva, a riscrivere le regole del diritto amministrativo. Il luogo ove si ponderano gli interessi e ove viene esercitato un potere discrezionale (o, in caso di attività vincolata, ove si accerta il fatto presupposto per l’esercizio del potere) non è più solo il procedimento, ma diventa (anche) il processo. La valutazione dei fatti «non patisce oramai alcun limite, neppure quello dell’insindacabilità della discrezionalità tecnica e amministrativa, sotto il profilo quest’ultima della opportunità della scelta effettuata»¹⁹. Ecco quindi la necessità di individuare le direttrici di sviluppo, in quest’ottica, del diritto amministrativo, leggendole in modo coordinato e investigando il ruolo del giudice quale organo che può rimettere in discussione le valutazioni della pubblica amministrazione, ossia di un giudice che “amministra”²⁰, non a caso titolo dell’elaborato. A tali fini,

¹⁷ Ben prima dell’adozione del Codice del processo amministrativo evidenziava tale possibile evoluzione (tra l’altro in senso assai critico), L. FERRARA, *op. cit.*.

¹⁸ *Inter alia*, M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 2011, il quale tra l’altro sostiene che «senza l’apertura del processo amministrativo al piano delle dinamiche sostanziali non ci potrà essere effettiva attuazione del principio del giusto processo».

¹⁹ G. ROMEO, *A proposito del controllo di legalità*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 2012.

²⁰ A mero titolo di esempio, si segnalano tre pronunce del Consiglio di Stato che, a giudizio di chi scrive, concretizzano in modo chiaro il concetto di “giudice che amministra”: Cons. Stato, sez. VI,

saranno analizzati e contestualizzati in una prospettiva procedimentale/processuale dinamica alcuni istituti tipici del procedimento e del processo, con l'obiettivo di stabilire quali sono i legami che intercorrono (e che, in futuro, intercorreranno sempre di più) tra di essi; si richiameranno, in particolare:

- l'art. 21-*octies* comma 2 l. 241/1990 (il cui dato letterale è stato ampliato, dalla giurisprudenza, fino a ricomprendervi anche la possibilità, per l'amministrazione, di integrare la motivazione del provvedimento impugnato nel corso del processo), e la conseguente valorizzazione del risultato dell'amministrare, a tutto discapito della regolarità formale del procedimento, icastica espressione del principio di buon andamento della p.a.²¹;
- l'ampliamento dei mezzi istruttori a disposizione del giudice, fino a ricomprendervi anche la consulenza tecnica²² e la testimonianza scritta;
- le modifiche alla legge processuale volte ad ampliare il novero delle azioni esperibili nell'ambito del giudizio amministrativo, tanto da aver portato mol-

sent. 5029/2010; Cons. Stato, sez. VI, sent. 5030/2010; Cons. Stato, sez. IV, sent. 8252/2010. Le prime due sentenze citate sono state cassate dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con le sentt. 2312 e 2313 del 2012; il ricorso contro Cons. Stato, sez. IV, sent. 8252/2010 è stato invece rigettato da Cass. SS.UU., sent. 3622/2012. Il pensiero della Cassazione è stato oggetto di dure critiche; si vedano M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 4, 2012; F. VOLPE, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica tra vecchio e nuovo rito (considerazioni a margine della sentenza Cass. SS.UU., 17 febbraio 2012, n. 2312)*, in *www.giustamm.it*, 28 febbraio 2012. Va comunque specificato – e lo si vedrà più approfonditamente nel prosieguo della trattazione – che occorre distinguere i casi nei quali la pubblica amministrazione dispone di discrezionalità tecnica e quelli nei quali dispone di discrezionalità cd. pura (o amministrativa).

²¹ Per R. DIPACE, *op. cit.*, «il giudice ha modificato il proprio sindacato sul procedimento anche grazie alle innovazioni legislative sostanziali come quella di cui all'art. 21-*octies* l. 2. 241/1990, che ha consentito la dequotazione dei vizi formali».

²² Di «curiosità istituzionale» del giudice a conoscere i fatti per decidere poi la causa in diritto ha parlato F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Jus*, 1997.

ti autori a leggere un superamento dell'attuale assetto in favore di una «azione unica e atipica nel processo amministrativo»²³, e l'ormai assodata facoltà del giudice, nell'ambito della giurisdizione di legittimità, di modulare gli effetti dell'annullamento in funzione della eventuale riedizione del potere da parte della pubblica amministrazione²⁴;

- i poteri del giudice amministrativo nella fase cautelare del giudizio;
- l'incidenza della giurisprudenza europea, per la quale la cognizione limitata del giudice amministrativo può porsi in contrasto con l'art. 6 CEDU e con il principio della *full jurisdiction*²⁵.

Va da sé che l'ultima parte del lavoro sarà dedicata alle conclusioni che daranno conto, pur tra le difficoltà che sono state *supra* sommariamente indicate, dei frutti cui si sarà pervenuti all'esito della ricerca. Senza voler spostare dalla sede che è loro propria le chiose finali del lavoro, è comunque possibile specificare fin d'ora

²³ Ancora R. DIPACE, *op. cit.*.

²⁴ M. RUOTOLO, *La dimensione temporale della invalidità della legge*, Padova, Cedam 2000¹; in tema di leggi processuali si deve richiamare anche l'evoluzione del giudizio di ottemperanza e l'esplicito riconoscimento al giudice della possibilità di sostituirsi all'amministrazione, anche grazie alla nomina di un commissario *ad acta*, tema significativo ma che non rientra direttamente nell'oggetto del presente studio in quanto, storicamente (e oggi non è diverso) l'ottemperanza rientra in quella che è definita giurisdizione estesa al merito.

²⁵ Si veda, in questo senso, Corte EDU, 27 settembre 2011, sent. *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*. Ancora, seppur limitatamente alle scelte tecniche dell'amministrazione e con riferimento alla sentenza *Menarini*, è possibile richiamare le conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot presentate nella causa C-89/11 P, *E.ON Energie AG c. Commissione europea*, per il quale «il giudice amministrativo dovrebbe operare come un giudice di secondo grado nei confronti di una sentenza di primo grado: dovrebbe, cioè, esercitare, almeno rispetto all'apprezzamento dei fatti (anche complessi e opinabili), un potere di riesame del tutto sostitutivo, ponendo in essere un *novum iudicium* e comportandosi, dunque, come “un giudice d'appello che esamina il fascicolo e se ne riappropria *ex novo*, come richiesto dall'articolo 6 della CEDU”» (in M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, *op. cit.*).

– per una evidente questione metodologica e per trasparenza nei confronti del lettore – la posizione critica di chi scrive nei confronti delle linee di sviluppo che sembrano riscrivere l'eccesso di potere giurisdizionale²⁶, riducendone i confini in favore di un più pregnante sindacato del giudice sull'esercizio, da parte della pubblica amministrazione, del potere discrezionale.

Le motivazioni che sembrano alla base di un superamento dell'eccesso di potere giurisdizionale così come è stato conosciuto fino a oggi e che possono intravedersi, in filigrana, nelle motivazioni dei provvedimenti giurisdizionali che mettono in crisi il concetto classico di sindacato di legittimità (solo a titolo di esempio, non esaustivo²⁷: necessità di garantire al cittadino una piena tutela giurisdizionale, con un richiamo obbligato agli artt. 24 e 111 Cost. e 6 CEDU²⁸, cui si aggiunge la crisi del concetto di “interesse legittimo”²⁹ con conseguente ampliamento, nei fatti, dei poteri del giudice amministrativo, che lo stesso giudice tende a dilatare per giungere a una cognizione che è quella tipica del giudice ordinario; crisi del sistema burocratico/amministrativo e sostituzione, nei fatti, del giudice alla pubblica amministrazione, anche alla luce della vetustà e non attualità dello stesso sistema), non

²⁶ Inteso, in questa sede, nel doppio senso di difetto assoluto di giurisdizione (quando il giudice amministrativo affermi la propria giurisdizione in un ambito che è riservato al legislatore o all'amministrazione, o quando neghi tale giurisdizione sul presupposto che la materia non può essere oggetto di cognizione giurisdizionale) e di difetto relativo di giurisdizione (quando il giudice amministrativo affermi la propria giurisdizione in un ambito che è riservato alla cognizione di altro giudice, o quando neghi tale giurisdizione sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici). In termini, v. Corte cost., sent. 6/2018 e Cass. civ., SS.UU., sent. 8311/2019, che richiama tale ultima sentenza della Consulta.

²⁷ All'approfondimento di tali motivazioni sarà dedicata la seconda parte del lavoro; v. cap. 2.

²⁸ V. *supra*, nota 25, e le richiamate conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot nella causa C-89/11 P, *E.ON Energie AG c. Commissione europea*.

²⁹ Dell'interesse legittimo si parlerà più diffusamente *infra*, nel capitolo a ciò dedicato; v. cap. 1, par. 7.1.

sembrano tuttavia avere un fondamento logico-giuridico tale da superare le ragioni, anche storiche, che ci hanno consegnato l'attuale sistema di diritto amministrativo.

Non sembra improprio, in questo senso, interrogarsi sul rischio che si può correre nell'affidare al solo giudice (amministrativo) la soluzione dei problemi che affliggono il sistema così come conosciuto fino a oggi, e oggi evidentemente in crisi. Chi scrive non ha trovato una risposta che possa tranquillizzare coloro che intendono valorizzare il principio di riserva dell'amministrazione³⁰ e il relativo precipitato processuale, ossia l'eccesso di potere giurisdizionale: il superamento della crisi dell'amministrazione e il giusto obiettivo di garantire una piena tutela al cittadino ai sensi dell'art. 24 Cost. non possono comunque passare, a costituzione e legislazione invariata, attraverso un ampliamento dei poteri del giudice amministrativo che, privo di legittimazione democratica, non può spingersi fino al punto di farsi supplente di altri poteri dello Stato.

³⁰ Principio che, ad ogni modo e come si vedrà, è tutt'altro che pacifico e riconosciuto in dottrina; in giurisprudenza, si veda Cons. Stato, A.P., sent. 5/2015.

PARTE I
PROFILI EVOLUTIVI STORICI E STATO DELL'ARTE

CAPITOLO 1
IL PROCESSO AMMINISTRATIVO E LE RAGIONI DELLA GIURISDIZIONE
AMMINISTRATIVA

Sommario: 1. L'unificazione e la scelta del modello belga – 2. Il fallimento della riforma del 1865 e l'istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato – 3. La natura della quarta sezione e la l. 62/1907 – 4. La giurisdizione amministrativa prima della Costituzione repubblicana – 5. La giurisdizione amministrativa nella Costituzione – 6. ...segue: il dibattito sulla giurisdizione unica – 7. Gli sviluppi successivi – 8. Gli aspetti ancora problematici – 8.1. L'interesse legittimo alla luce dei principi costituzionali – 8.2. Il riparto di giurisdizione. Cenni

1. L'unificazione e la scelta del modello belga

Non è semplice ripercorrere, ancorché sommariamente, la nascita del sistema di giustizia amministrativa in Italia. Muovere dal 1861 – data in cui fu proclamato il Regno d'Italia – è limitante, dal momento che la scelta del legislatore effettuata nel 1865, con la legge 20 marzo 1865, n. 2248 per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia, può essere meglio compresa avendo riguardo del dibattito che impiegò gli studiosi (e lo stesso legislatore) almeno nei trent'anni precedenti.

Non sembra pertanto fuori luogo richiamare, in questa sede, l'editto di Racconigi del 1831¹ di Carlo Alberto di Savoia, re di Sardegna, col quale venne istituito il Consiglio di Stato del Regno di Sardegna, l'organo che può essere considerato il di-

¹ Il testo integrale dell'editto, con la versione in francese, è pubblicato in *Regj Editti, Patenti, Manifesti, e Proclami stati pubblicati e distribuiti nel 1832*, Torino, Stamperia Reale 1832¹.

retto antenato dell'attuale Consiglio di Stato; nei suoi primi trent'anni di vita, tale istituzione si caratterizzò per la sua funzione spiccatamente consultiva e, almeno nella prospettiva del testo normativo di riferimento², in chiave più politica che tecnica³.

² In considerazione della difficile reperibilità e per una migliore comprensione in questa sede si riporta il testo integrale degli artt. 21, 22 e 23.

Art. 21: «Il Consiglio di Stato sarà incaricato dell'esame e della discussione di tutte le disposizioni legislative o di regolamento che deggiono partire da Noi.

Egli sarà del pari chiamato a deliberare sovra tutto ciò che riguarda il mantenimento dell'ordine stabilito dalle Leggi, dagli Editti e dai Regolamenti».

Art. 22: «Gli affari, i quali concernono solamente gli interessi privati o locali, saranno discussi nella sezione, cui appartengono».

Art. 23: «Gli affari di universale importanza o di ordine pubblico, dopo l'esame preparatorio d'una delle sezioni, secondo l'ordine delle materie, saranno sottoposti alla discussione delle sezioni riunite del Consiglio di Stato.

Sono di questo numero:

Tutte le disposizioni generali destinate ad aver forza di legge ed i regolamenti di amministrazione pubblica, che dovranno essere sottoscritti di nostro ordine da uno dei primi nostri Segretarii o dal Guarda-Sigilli;

Le questioni di competenza, che potessero elevarsi fra le nostre Segreterie;

I conflitti di giurisdizione giudiziaria, o di amministrazione, sempre quando non vi avrà provveduto qualche legge speciale;

I diversi oggetti che avessero dato occasione alle rappresentanze dei nostri Senati, e della nostra Camera de' Conti;

Le determinazioni generali che riguardano alla conservazione del buon ordine, alle opere pie ed istituzioni di carità, alla salute pubblica, al perfezionamento degli studi, e progresso delle scienze, all'agricoltura, all'industria ed al commercio;

Il bilancio generale dello Stato tanto attivo che passivo, coi supplementi di fondo che possono essere richiesti qualche volta dopo ordinato esso bilancio;

I cambiamenti a farsi sia nella determinazione, che nella natura e quantità delle pubbliche imposte;

Le condizioni dei prestiti, che i bisogni ben conosciuti dello Stato potrebbero metterci nel caso di contrattare;

Solo con la legge n. 3707 del 30 ottobre 1859⁴ l'organo assunse, in aggiunta alle ribadite funzioni consultive⁵, anche quelle giurisdizionali⁶, nell'ambito di una più

Le modificazioni che potessero avere luogo nel levarsi, e rendersi i conti del pubblico tesoro, o nella liquidazione del Debito pubblico;

Le variazioni, di cui fossero suscettivi i regolamenti sulle Dogane e sulle Gabelle, e le tariffe delle monete sia nazionali, che straniere;

I conti delle amministrazioni e delle Intendenze generali;

Ed infine tutti gli altri affari non specificati di sopra, che Noi crederemo conveniente di fare dapprima esaminare dal Consiglio di Stato».

³ Per M.L. TORSELLO, *Le funzioni consultive del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, «la Corona, in modo prudente, veniva incontro alle istanze di rinnovamento che si agitavano in quel momento in Europa: il potere del Re, in linea teorica, veniva ad essere attenuato dal Consiglio e si creava una sorta di “monarchia consultiva” [...]. Sotto l'aspetto delle sue competenze, il Consiglio esprimeva il proprio parere sulle iniziative legislative, sostituendosi al Parlamento. È noto, ad esempio, il rilevante contributo che diede alla predisposizione dei codici albertini. In questa fase, dunque, il Consiglio di Stato ebbe, almeno sulla carta, una forte connotazione politica, abbastanza simile, in fondo, a quella che aveva il *Conseil d'Etat* al suo sorgere nel 1799». Per approfondimenti sulla nascita del Consiglio di Stato, è opportuno rimandare diffusamente, tra gli altri, agli studi di Guido Melis (G. MELIS, *Origine e storia del Consiglio di Stato italiano*, in *I Consigli di Stato di Francia e Italia*, a cura di G. PALEOLOGO, Milano, Giuffrè Editore 1998¹, pp. 71-85; G. MELIS, *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. Le biografie dei magistrati (1861-1948)*, 2 vol., Milano, Giuffrè Editore 2006¹). Si vedano anche AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, Zanichelli 2011¹; AA.VV., *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, Torino, UTET giuridica 2011¹ con particolare riferimento, per quanto qui di interesse, al quarto capitolo (G.S. PENE VIDARI, *Il Consiglio di Stato nel Regno di Sardegna (1831-1861)*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia, op. cit.*, pp. 95-155).

⁴ Il testo integrale della legge è pubblicato in *Raccolta degli atti del governo di Sua Maestà il Re di Sardegna. 1859*, Torino, Stamperia Reale 1859¹, vol. 3.

⁵ Art. 13: «Il Consiglio è sentito come Corpo consultivo

I. In tutti i casi nei quali la legge richiede il suo voto;

II. Sui progetti di legge, od altri affari per cui i Ministri del Re stimano d'interrogarlo».

Art. 15: «Oltre le materie alle quali è provveduto per leggi speciali, dovrà essere necessariamente inteso il parere del Consiglio di Stato:

ampia riforma del contenzioso amministrativo⁷. Al di là del riparto di competenze – in sé e per sé considerato, tra i giudici ordinari e gli organi del contenzioso ammini-

1° sui progetti dei regolamenti di polizia urbana e rurale, edilizi, come pure su quelli concernenti le carceri, ed altri stabilimenti di pena;

2° sulle domande di estradizione;

3° sulla esecuzione delle provvisori ecclesiastiche di ogni natura provenienti dall'estero;

4° sui richiami che si facciano al Re contro la legittimità di provvedimenti governativi, di carattere amministrativo, pei quali già siano esaurite, o non si possano proporre in via gerarchica, le domande di riparazione».

Art. 21: «Può inoltre il Consiglio, se ne è richiesto, pronunciare sui sequestri di temporalità, e sugli altri atti provvisori di sicurezza generale.

In caso di urgenza può, sugli atti provvisori, pronunciare la Sezione di Grazia e Giustizia ed Affari ecclesiastici».

⁶ Art. 22: «La Sezione del Contenzioso amministrativo pronunzia sugli appelli contro le decisioni proferite dai Consigli di Governo senza distinzione di somma, in conformità della legge sul Contenzioso amministrativo».

Art. 23: «Pronunzia inoltre in prima ed ultima istanza

1° Sulle controversie tra lo Stato e i suoi creditori riguardanti l'interpretazione dei contratti di prestito pubblico, delle leggi relative a tali prestiti, e delle altre sul debito pubblico;

2° Sui richiami relativi alla liquidazione delle pensioni a carico dello Stato».

Art. 24: «Essa inoltre esercita in prima ed ultima istanza la giurisdizione già riservata alla Camera dei Conti dagli art. 50, 109, 110, 111 e 175 della legge del 30 giugno 1840 sulle miniere, cave ed usine».

⁷ Con la legge n. 3708 sempre del 30 ottobre 1859, il contenzioso amministrativo era riscritto nei seguenti termini: le controversie erano divise in due gruppi, per il primo dei quali era stabilita la competenza, in primo e secondo grado, rispettivamente dei Consigli di Governo e del Consiglio di Stato; in tale competenza vi rientravano, ai sensi degli artt. 2 e segg. della l. 3708/1859, una lunga serie di materie, tra cui «controversie intorno a diritti civili [...]; controversie di diritto pubblico d'ordine patrimoniale [...] o di puro diritto amministrativo [...]; contravvenzioni» (così F. ASTONE, *La giustizia amministrativa prima e dopo l'Unità: il contenzioso amministrativo, la sua abolizione e l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011). Il secondo gruppo di controversie era invece affidato ai giudici speciali del contenzioso amministrativo (Corte dei conti e Consiglio superiore della pubblica istruzione).

strativo, di scarsa rilevanza in questa sede – ciò che conta è la tecnica che adottò il legislatore sabauda nel circoscrivere proprio tali competenze: l’elencazione per materie non aveva il pregio di prevedere una chiusura del sistema; in altre parole, non contemplava una competenza per così dire residuale, e nonostante l’ampliamento alle «materie strettamente analoghe» a quelle di cui si effettuava l’enumerazione⁸, operato in via pretoria, rimasero prive di copertura molte materie per la tutela delle quali il cittadino poteva rivolgersi esclusivamente alla stessa amministrazione che aveva emanato l’atto e/o tenuto il comportamento ritenuti lesivi. Conclusione (logica) ritenuta affatto inaccettabile da numerosi politici dell’epoca: tale aspetto, infatti, fu il primo di una serie di elementi che portarono, in breve, a un ripensamento dell’intero sistema di tutele (non solo giurisdizionali) avverso gli atti emanati dalla pubblica amministrazione. Il secondo aspetto è senz’altro l’avvio di quello che è stato definito il «rafforzamento dell’azione amministrativa»⁹; il terzo, infine,

⁸ V. ancora F. ASTONE, *op. cit.* il quale, pur evidenziando che il sistema nel suo complesso aveva una certa logica, «restarono al di fuori di ogni protezione e tutela vasti settori della azione amministrativa».

⁹ Così M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino 1976¹, p. 61. Non va in effetti sottovalutata la circostanza che l’evoluzione del diritto amministrativo, cui si è fatto ampio cenno *supra*, nella *Introduzione*, è stata spesso segnata dalle posizioni innovative assunte dalla stessa amministrazione e dalla giurisprudenza, prima ancora che dal legislatore. Sulla crescita degli apparati burocratici e sugli aspetti negativi legati a tale evoluzione nelle società moderne e contemporanee si veda P. MELOGRANI, *Saggio sui potenti*, Torino, Einaudi 2019¹ (già P. MELOGRANI, *Saggio sui potenti*, Bari, Laterza 1977¹), in particolare pp. 29-36; l’autore evidenzia che «nei periodi di troppo rapida crescita degli apparati può determinarsi una totale assenza di coordinamento all’interno degli stessi» (p. 31), cui consegue una sensibile perdita di qualità dell’azione amministrativa, cui non può che far seguito, a sua volta, una espansione del contenzioso (l’autore, in nota, richiama l’esperienza degli Stati Uniti d’America nel corso della Seconda guerra mondiale più approfonditamente descritta in J.A. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York City, Harper & Brothers 1942¹, trad. it. *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Comunità, Milano 1955¹; per una lettura di parte, assai critica, dello sviluppo della burocrazia negli stati moderni si veda K. MARX, *Der 18te*

l'assoluta necessità di uniformare, dopo la seconda guerra di indipendenza del 1859 e i plebisciti dell'anno successivo, i diversi sistemi di giustizia e tutela amministrativa che caratterizzavano i territori annessi a quello che nel 1861 sarebbe diventato il Regno d'Italia. Non deve pertanto meravigliare l'approccio (apparentemente sinopato) del legislatore dell'epoca, che intervenne, nel 1865, a così poca distanza dal precedente, e fondamentale, intervento del 1859, sopra richiamato¹⁰: come appare chiaramente dagli atti parlamentari¹¹ le riforme, a volte contrastanti, che hanno caratterizzato tutta la seconda metà dell'Ottocento sono comprensibili proprio alla luce di quanto si è sopra riferito, ossia del rafforzamento dell'azione amministrativa, della relativa immaturità delle scienze amministrativistiche e, soprattutto, degli sconvolgimenti politici dell'epoca, tra cui vanno certamente annoverati l'unificazione del territorio nazionale, la proclamazione del Regno d'Italia e la necessità di armonizzare sistemi di tutela tra di loro anche molto differenti. È con queste premesse che va letta la fondamentale legge per l'unificazione del Regno d'Italia

Brumaire des Louis Napoleon, in *Die Revolution*, 1952, trad. it. *Il diciotto brumaio di Luigi Bonaparte*, Roma, Editori Riuniti 2015¹).

¹⁰ Si ricordi che il primo progetto di legge per l'abolizione del contenzioso amministrativo fu presentato dall'allora ministro dell'interno Marco Minghetti il 27 aprile 1861, a distanza di solo un anno e mezzo dalla legge n. 3707 del 30 ottobre 1859 e a poco più di un mese dalla proclamazione del Regno d'Italia, avvenuta con la legge n. 4761 del 17 marzo 1861. Un secondo disegno di legge fu presentato dal presidente del consiglio (nonché ministro dell'interno *ad interim*) Urbano Rattazzi il 18 novembre 1862; un terzo disegno di legge, che ricalcava quello di Marco Minghetti del 1861, fu presentato il 29 maggio 1863 dal ministro dell'interno Ubaldino Peruzzi; tale ultima proposta, dopo le modifiche in commissione e pur approvata alla Camera dei deputati, non fu mai licenziata dal Senato in quanto superata dalla legge che delegava il governo a promulgare i decreti sull'unificazione del Regno d'Italia, con relativi allegati.

¹¹ Si veda in particolare la discussione generale del disegno di legge per la soppressione dei tribunali del contenzioso amministrativo che impegnò la Camera dei deputati dal 9 al 22 giugno 1864; come chiarito nella nota precedente, tale disegno di legge fu superato dalla legge sull'unificazione del Regno d'Italia.

(legge n. 2248 del 20 marzo 1865) che, tra i quattro modelli astrattamente ipotizzabili¹², opta in maniera chiara per quello cd. “belga” di giustizia amministrativa che, rifacendosi proprio alla costituzione del neonato regno del Belgio, non ammetteva un giudice e un diritto speciali per le controversie amministrative, demandando (la quasi totalità del)le controversie al giudice ordinario.

Militavano, a favore della scelta dell’abolizione del contenzioso amministrativo così come conosciuto fino al 1865, svariati elementi; in primo luogo, l’esigenza, ai fini di una migliore tutela del cittadino, di far confluire nella giurisdizione ordinaria la giurisdizione speciale del contenzioso amministrativo, ritenuto una «maschera di giustizia compiacente al potere, [...] come un istromento del despotismo»¹³, figlio di una precisa realtà storica (la Francia post-rivoluzionaria, animata da diffidenza nei confronti dell’autorità giudiziaria ordinaria); in secondo luogo, la necessità di affidare le controversie al giudizio di tribunali indipendenti (e a giudici inamovibili), sottraendole all’influenza del potere esecutivo; infine, l’esigenza di semplificazione dell’*iter* processuale, contenendo, di fatto, la necessità di un doppio giudizio (uno sulla competenza tra giudice ordinario e giudice speciale, e uno sul merito della vicenda).

¹² Modello austriaco delle *nozioni* vigente in Lombardia prima del 1859 (attribuzione delle controversie tra privati e amministrazione alla stessa amministrazione attiva); modello francese, vigente nelle province napoletane e siciliane (attribuzione delle controversie tra privati e amministrazione a giurisdizioni speciali inquadrare però nella stessa amministrazione ed esercitate da giudici amovibili che cumulano anche altre funzioni amministrative, e le cui decisioni, dette avvisi, divengono obbligatorie solo dopo l’approvazione espressa del capo dell’esecutivo); modello cd. “parmense”, vigente a Parma e a Torino (attribuzione delle controversie tra privati e amministrazione a una giurisdizione speciale, indipendente e distinta dall’amministrazione, competente a emettere giudicati e non avvisi, pronunciate da giudici amovibili, come a Torino e a Parma, oppure inamovibili, come nel caso della Camera dei conti di Piemonte); infine modello belga (attribuzione delle controversie tra privati e amministrazione all’autorità giudiziaria ordinaria).

¹³ Così l’on. Mancini, seduta della Camera dei deputati (1° tornata del 9 giugno 1864).

Emerge chiara, dalla lettura degli atti parlamentari dell'epoca, la sensibilità – perfettamente comprensibile alla luce del contesto storico-politico del momento – nei confronti delle garanzie offerte dalla magistratura ordinaria, vista come unica e affidabile custode della legge¹⁴.

Al contrario, in favore dello *status quo* si spendeva chi riteneva che vi fosse una giurisdizione amministrativa differente da quella giudiziaria, dal momento che laddove vi è un potere (o un'attribuzione), vi deve essere contestualmente anche la giurisdizione per risolvere le relative controversie; ancora, chi riteneva che il progetto di legge di abolizione del contenzioso amministrativo facesse dipendere la competenza tra amministrazione e potere giudiziario dall'esistenza o meno di un atto amministrativo, e non già dalla materia, e chi riteneva che con l'abolizione del contenzioso amministrativo si sarebbe ampliata e aggravata la problematica dei conflitti tra autorità giudiziaria e amministrativa; infine, chi sosteneva che il giudice ordinario non potesse ingerirsi nelle questioni dell'amministrazione (*scil.* in quella che oggi può essere definita “discrezionalità amministrativa”)¹⁵, in buona sostanza fa-

¹⁴ Si veda però *infra*, par. 2: la fiducia nella magistratura ordinaria risultò così ben riposta (almeno nell'ottica dell'epoca) tanto che il suo relativo “conservatorismo” fu una delle ragioni per cui fallì il progetto di giurisdizione unica e per cui si rese necessaria, nel 1889, l'istituzione di una quarta sezione del Consiglio di Stato, con funzioni giurisdizionali.

¹⁵ Va richiamata l'ironia che espresse l'on. Cordova nella seduta della Camera dei deputati (1° tornata del 9 giugno 1864) nel suo discorso contro la legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo: «Ogni qual volta l'autorità giudiziaria volle ingerirsi di amministrazione, prendere ad esame materie di utilità pubblica, sapete che toccò ad essa? Di essere governata o da principi, i quali, come i re di Francia, entravano nei *letti di giustizia* colla frusta in mano; oppure di essere rovesciata dai popoli che erano stanchi di veder trattati con forme giudiziarie i loro affari pubblici, come accadde ai Parlamenti di Francia. Bene spesso accade, e lo avrete veduto voi stessi nelle circostanze dei ricevimenti ufficiali, di vedere prefetti, sotto-prefetti, direttori generali assediare il ministro dell'interno o quello dei lavori pubblici o quello della guerra, porre le loro questioni e ricevere l'ispirazione dei loro superiori sul condurre bene l'amministrazione pubblica; vedete al contrario i giudici raccogliersi a gruppi, ordinariamente introno ai loro presidenti, senza neppure vedere il ministro guardasigilli,

cendosi giudice dell'utilità pubblica, dal momento che solo l'amministrazione poteva apprezzare ciò che è conveniente o meno per il conseguimento dei fini dello Stato, mentre per l'autorità giudiziaria «è la legge che essa unicamente è chiamata ad applicare senza poter giammai sollevare più in alto le sue viste»¹⁶.

La scelta del legislatore è nota: con la legge 20 marzo 1865, n. 2248, vennero aboliti i tribunali del contenzioso amministrativo (allegato E) e si ridisegnarono le competenze del Consiglio di Stato (allegato D).

E, in particolare, l'allegato E, coerentemente con il dibattito parlamentare dei mesi precedenti, prevedeva l'abolizione dei tribunali speciali «investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo» (art. 1), demandando le controversie alla giurisdizione ordinaria (art. 2¹⁷) o alla stessa autorità amministrativa (art. 3¹⁸ e art.

o, se si avvicinano a lui, si è per usare atti di cortesia, fare i saluti d'uso, poi sbadigliano reciprocamente; il ministro va per i fatti suoi, ed i giudici, raccolti di nuovo a gruppi, dicono: è una brava persona, pover uomo! (pensando alla mobilità del suo portafogli a fronte della loro superba inamovibilità). Ma quanto questo spettacolo è eccellente, altrettanto sarebbe deplorabile il vedere i giudici assediati dal ministro di grazia e giustizia, o dell'interno, o della guerra, e che gli dicessero: ella ha quella causa intorno a una questione di stabilimento di zone militari; ma quella tale piantagione non la vorrà permettere, perché sarebbe nocevole alla fortezza; ma dichiarare decaduto il concessionario di quella miniera, perché vi è in vista un altro coltivatore che offre migliori condizioni alla finanza e cose simili».

¹⁶ Così l'on. Mancini, seduta della Camera dei deputati (1° tornata del 9 giugno 1864), per confutare le tesi dell'on. Cordova.

¹⁷ Si riporta, per completezza, il testo dell'articolo: «Sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'Autorità amministrativa».

¹⁸ La competenza dell'autorità amministrativa è residuale: sono attribuite ad essa tutti gli affari che non rientrano nella previsione dell'articolo 2. Va evidenziato (lo fa anche F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, Giappichelli 2017¹, p. 10 nota 20) che v'è una distinzione tra le «cause [...] nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico» (art. 2) e «affari non com-

6¹⁹); venivano fatte salve le giurisdizioni della Corte dei Conti e del Consiglio di Stato in materia di contabilità e di pensioni (art. 12). L'allegato D, conseguentemente, prevedeva che il Consiglio di Stato, formato da giudici amovibili (*ex art. 4*) e di nomina governativa (*ex art. 2*), assumesse funzioni prevalentemente consultive²⁰, residuando solo marginali funzioni giurisdizionali²¹.

presi nell'articolo precedente» (art. 3): per l'autore, «con il termine "affari" si voleva alludere alle questioni non contenziose, oggetto di pura attività amministrativa».

¹⁹ Per il quale «sono escluse dalla competenza delle Autorità giudiziarie le questioni relative all'estimo catastale ed al riparto di quota e tutte le altre sulle imposte dirette sino a che non abbia avuto luogo la pubblicazione dei ruoli».

²⁰ Art. 7: «Il Consiglio di Stato:

1. Dà il suo parere in tutti i casi nei quali il suo voto è prescritto dalla legge;
2. Dà parere sopra le proposte di legge e sugli affari di ogni natura pei quali sia interrogato dai ministri del Re;
3. Formola quei progetti di legge ed i regolamenti che gli vengono commessi dal Governo».

Art. 9: «Oltre i casi nei quali il voto del Consiglio di Stato è richiesto per legge, dovrà domandarsi:

1. Sopra tutte le proposte di regolamenti generali di pubblica amministrazione;
2. Sulle domande di estradizione fatte da Governi stranieri;
3. Sulla esecuzione delle provvisioni ecclesiastiche di ogni natura;
4. Sui ricorsi fatti al Re contro la legittimità di provvedimenti amministrativi sui quali siano esaurite e non possano proporsi domande di riparazione in via gerarchica.

Nei casi previsti al n. 4 di questo articolo, quando il provvedimento sia contrario al parere del Consiglio di Stato, si farà constare dal decreto reale essersi pure udito il Consiglio dei ministri».

²¹ Art. 10: «Il Consiglio di Stato esercita giurisdizione propria pronunziando definitivamente con decreti motivati:

1. Sui conflitti che insorgono tra l'autorità amministrativa e la giudiziaria;
2. Sulle controversie fra lo Stato ed i suoi creditori, riguardanti l'interpretazione dei contratti di prestito pubblico, delle leggi relative a tali prestiti e delle altre sul debito pubblico;
3. Sui sequestri di temporalità, sui provvedimenti concernenti le attribuzioni rispettive delle podestà civili ed ecclesiastiche, e sopra gli atti provvisionali di sicurezza generale relativi a questa materia;
4. Sulle altre materie che dalle leggi generali del regno sono deferite al Consiglio di Stato, e sopra tutte le questioni che da leggi speciali non per anco abrogate nelle diverse provincie del regno fosse-

Si completava, quindi, il disegno riformatore che la maggioranza parlamentare, muovendo dalle premesse sopra ricordate, aveva già tentato di varare nei mesi immediatamente precedenti e successivi alla legge con cui fu proclamato il Regno d'Italia.

2. Il fallimento della riforma del 1865 e l'istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato

L'obiettivo perseguito dal legislatore del 1865 – fornire al cittadino efficaci strumenti di tutela nei confronti di un apparato amministrativo che, per le ragioni più varie, andava rafforzandosi sempre di più, pervadendo ogni aspetto della vita dei cittadini – mediante l'abolizione del contenzioso amministrativo e l'attribuzione al giudice ordinario di gran parte delle controversie, ad eccezione di quelle che erano rimaste di competenza dei giudici speciali, non solo non venne raggiunto, ma anzi si rivelò drammaticamente errato nelle sue premesse teoriche.

Difatti, di fronte alla possibilità che il giudice ordinario fornisse un'effettiva e sostanziale tutela delle posizioni giuridiche lese, o che si sviluppasse garanzie procedurali in favore del cittadino o, infine, che nascessero ulteriori giurisdizioni speciali²² (il tutto con l'obiettivo di fornire vere e proprie forme di tutela nei confronti dei cittadini), si verificò un opposto fenomeno: poiché l'indipendenza della magistratura ordinaria, pure ricavabile da plurime disposizioni dello Statuto albertino²³, era limitata sia dall'esterno (ossia dalla sostanziale dipendenza dal potere ese-

ro di competenza dei Consigli e delle Consulte di Stato. L'istanza per queste decisioni è trasmessa al Consiglio di Stato dal ministro di grazia, giustizia e culti».

²² Le tre prospettive di sviluppo del sistema su richiamate sono formulate da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa, op. cit.*, p. 71.

²³ Ai sensi dell'art. 69, i giudici erano inamovibili (seppure dopo tre anni di esercizio); per l'art. 71 nessuno poteva essere distolto dai suoi giudici naturali, né potevano essere creati tribunali o commissioni straordinarie.

cutivo), sia dall'interno (a causa dell'estrazione sociale dei suoi componenti²⁴), la magistratura interpretò la nuova legge in maniera conservativa e riduttiva, dichiarandosi incompetente tutte quelle volte in cui un provvedimento amministrativo «del potere esecutivo o dell'Autorità amministrativa» ai sensi dell'art. 2 dell'allegato E incidesse su un diritto soggettivo, degradandolo a mero interesse.

Si tenga presente che, nell'epoca di cui qui si tratta, la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo era ben lungi dall'essere un argomento di sensibile interesse tra gli studiosi del diritto amministrativo, né il sistema di tutela approntato dalla legge del 1865 presupponeva, a livello teorico, tale distinzione: «per gli interessi giuridicamente rilevanti, altrimenti denominati interessi giuridici o diritti soggettivi, la tutela era affidata al giudice civile; per gli interessi privi di rilevanza giuridica, denominati interessi economici o semplicemente interessi, la tutela era affidata alla stessa amministrazione, attraverso il sistema dei ricorsi amministrativi, ordinari e straordinario»²⁵; e proprio di tale assunto si fece portatrice la magistratura ordinaria dell'epoca, che non sentì l'esigenza di riconoscere una qualche forma di tutela a situazioni soggettive (gli interessi) ritenute prive di rilevanza giuridica. D'altra parte, nel corso della discussione parlamentare era emersa – ancorché in maniera piuttosto fumosa, se letta nella prospettiva dello studioso di oggi – una impostazione teorica per la quale sussisteva senz'altro una posizione, giuridicamente

²⁴ Per M. NIGRO, *Giustizia amministrativa, op. cit.*, p. 74, «i giudici, figli essi pure della borghesia (e borghesia prevalentemente agraria) che costituiva la classe dirigente, condividevano la fondamentale ideologia autoritaria di questa classe e, nel conflitto fra governanti e amministrati, adottavano il punto di vista dei primi più che per asservimento morale e costrizione giuridica per l'intima convinzione che fra l'esigenza di soddisfazione dell'interesse pubblico e le ragioni di garanzia degli amministrati dovesse normalmente prevalere la prima». Tale posizione è stata espressa anche da M.S. GIANNINI, *La legislazione italiana sulla giustizia amministrativa*, in *Scritti*, vol. X, Milano, Giuffè Editore 2008¹ (lo scritto è del 1983), p. 323 e segg.; in particolare, v. p. 333.

²⁵ Così F.G. COCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria, op. cit.*, p. 1.

rilevante, diversa (e forse contrapposta) a quella del diritto soggettivo²⁶; prevalsero, come noto, le tesi contrarie, fondate anche sulla fiducia nei confronti della giustizia ordinaria e sulla necessità che, in ossequio a una interpretazione invero assai rigida del principio di tripartizione dei poteri, spettasse alla sola amministrazione (attiva, o pura) il perseguimento dell'interesse pubblico. Nella visione del legislatore del 1865, in altre parole, non v'era il posto per un costrutto teorico che si situasse a metà tra la giurisdizione (ordinaria) e l'amministrazione.

E se fin dalla approvazione della legge n. 3707 del 30 ottobre 1859 erano emersi i limiti del sistema di tutela così come disegnato dal legislatore pre-unitario, con eguale sollecitudine la dottrina dell'epoca, dopo la legge sull'unificazione del Regno d'Italia, percepì che erano rimaste sprovviste di tutela molte situazioni (*rectius*, "materie") tanto da poter affermare il fallimento della riforma del 1865: gran parte di ciò che prima era sottoposto al vaglio dei tribunali ordinari del contenzioso amministrativo rimaneva ora sottoposto al solo controllo dell'amministrazione in sede di ricorso amministrativo; né la giurisprudenza del Consiglio di Stato prima (fino al 1877), e della Corte di Cassazione poi (dal 1877), in sede di conflitto di attribuzione, contribuì ad ampliare l'ambito della tutela giurisdizionale, poiché veniva riaffermato, come è stato icasticamente sottolineato, che «nella sfera entro la quale si esercitava il potere non vi era posto per i diritti dei cittadini»²⁷.

Non deve pertanto meravigliare la nascita di un movimento, i cui massimi esponenti furono Marco Minghetti e Silvio Spaventa²⁸, il cui obiettivo era quello non già

²⁶ Si veda l'intervento dell'on. Cordova nella seduta della Camera dei deputati (1° tornata del 9 giugno 1864); si veda anche F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, op. cit., p. 7.

²⁷ L'espressione è di F.G. SCOCA, *Giustizia Amministrativa*, op. cit., p. 7.

²⁸ Si vedano, rispettivamente, M. MINGHETTI, *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna, Zanichelli 1881¹ e S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione. Discorso pronunciato nell'Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880*, in www.giustizia-amministrativa.it (durante il quale Spaventa diede merito all'on. Cordova di aver «sagacemente presentit[o]» alcuni degli effetti della riforma del 1865).

di modificare l'assetto (teorico) delineato dalla riforma del 1865, ma di completarla nel senso di prevedere un sistema con giudici deputati alla risoluzione di controversie di diritto pubblico «in tutte le sfere della nostra amministrazione»²⁹.

²⁹ Così S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione. Discorso pronunciato nell'Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880, op. cit.*: «Voi conoscete l'origine, la storia e l'indole dell'istituzione del Contenzioso amministrativo, della giurisdizione amministrativa, esistente nella più parte d'Italia prima del 1865, in Napoli, Sicilia, Piemonte, Parma e in alcune altre provincie. La legge napoletana 25 marzo 1817, e la legge piemontese 30 ottobre 1859, per non ricordare le altre, regolavano quell'istituto; ma in modo né uniforme, né certamente liberale ed efficace per la tutela dei diritti sottoposti alla sua competenza. Era quindi una necessità di unificazione, e insieme di progresso, delle nostre istituzioni giuridiche, abolire quell'istituto, nei termini in cui si trovava costituito poiché l'usurpazione mostruosa, che gli era stata permessa, di giudicare anche sopra controversie di puro privato diritto, - *inter privator et firum*, - non era più tollerabile, anche se ai suoi giudici fosse stata data l'indipendenza e le garentie di procedimento concesse e prescritte ai giudici ordinari. Dove il diritto è indubbiamente lo stesso, uno il metodo e la mèta del giudizio, non evvi ragione di diversa specie di giudice per conoscerne. [...]. Queste e simili controversie doveano, fuori d'ogni dubbio, essere riportate al foro comune; e la legge 20 marzo 1865 fece provvidamente e ottimamente questa riforma, restituendo al giudice ordinario tutte le quistioni di diritto privato, ancorché vi fosse interessata la pubblica amministrazione. Ma essa ebbe la pretesa di fare molto di più: di sottoporre, cioè, al giudice ordinario anche le controversie di diritto pubblico, e questo non seppe e non poté fare se non in modo molto imperfetto. Anzi, abolendo radicalmente la giurisdizione, privò molti interessi di qualsiasi garentia di giustizia, e lasciò molti diritti senza più giudice in balia dell'amministrazione così detta attiva, o di giurisdizioni speciali, informi e rudimentali, confuse con essa o che in essa mettono capo. Questo fu l'effetto immediato dell'art. 1 di quella legge, che, sopprimendo i tribunali speciali, allora investiti della giurisdizione amministrativa tanto in materia penale quanto in materia civile, non deferì già tutte le controversie ad essi attribuite alla giurisdizione ordinaria (né l'avrebbe potuto); ma ne fece una spartizione tra la giurisdizione ordinaria e l'autorità amministrativa, secondo le norme dichiarate nella legge stessa. Le quali norme furono in sostanza: che, dovunque è questione di un diritto civile o politico, siavi o no interesse o provvedimento amministrativo, la vertenza è devoluta alla giurisdizione ordinaria: tutti gli altri affari sono attribuiti alle autorità amministrative; ma se la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto in rela-

Va chiarito che quanto avvenne tra il 1865 e il 1889 è di fondamentale importanza per comprendere l'attuale assetto del sistema di giustizia amministrativa e del perché fu definitivamente abbandonata – almeno nei fatti – l'idea della giurisdizio-

zione all'oggetto dedotto in giudizio, ma non possono né revocarlo né modificarlo: ufficio questo lasciato all'autorità amministrativa, competente in quanto riguarda il caso deciso. [...]. Con la pretesa di devolvere all'autorità giudiziaria ogni specie di questioni allora attribuite ai tribunali del Contenzioso amministrativo, le guarentigie, con cui esse devono risolversi nell'interesse così pubblico che privato, erano diminuite piuttosto che accresciute [...]. È evidente, come io credo d'avervi già dimostrato, che l'opera da noi fatta è tanto imperfetta che solo i ciechi possono prenderla per la soluzione del problema della giustizia amministrativa in un governo parlamentare o di partito, come quello che abbiamo oggi in Italia. Essa non fu fatta con la coscienza chiara e piena dello scopo a cui doveva principalmente servire. Ma non perciò io sono per proporvi riforme, che sconvolgano gli ordinamenti presenti della nostra amministrazione; basta completare l'opera del 1865 con una nozione più chiara di questo scopo e delle condizioni ed esigenze proprie della giustizia e dell'amministrazione insieme. Il ministro non deve essere giudice: ecco il mio principio direttivo. E dovunque la legge del 1865 ha mantenuta una giurisdizione amministrativa, pure dissimulandola, mettetene fuori il potere ministeriale; graduate meglio le istanze; chiamate nelle istanze inferiori, dove non è ancora, l'elemento elettivo e, dov'è, disciplinate il loro procedimento con tutte le garanzie di giustizia e di verità; e date alle istanze superiori forma, procedimento e indipendenza di vera magistratura sopra le controversie di diritto pubblico, in cui oggi non emettono che pareri. Finché noi non avremo fatto ciò, il nostro diritto pubblico rimarrà, per una gran parte, senza nessuna garanzia. [...]. L'opera, che io propongo, si ridurrebbe sostanzialmente a una semplice riforma delle attribuzioni e forse della composizione del Consiglio di Stato, nonché delle attribuzioni giurisdizionali e del procedimento delle Deputazioni provinciali, e allo sviluppo delle facoltà giurisdizionali attribuite a parecchie Commissioni e corpi amministrativi, che ora deliberano senza garanzia nessuna di procedimento. Ma per ciò non bisogna pensar di togliere il prefetto dalla presidenza della Deputazione provinciale, quando siede come giurisdizione amministrativa: noi renderemmo impossibile questa giurisdizione; perché scemeremmo le guarentigie della sua imparzialità e l'autorità sua, e finiremmo coll'essere obbligati di restringerne la competenza e, forse, di abolirla del tutto. Per altro, questo è un tema sul quale non posso andare più addentro. L'importante, ora, è di fissare questa idea: la necessità di avere veri giudici e veri giudizi di diritto pubblico in tutte le sfere della nostra amministrazione; unico rimedio ai pericoli che corre il sistema parlamentare».

ne unica: l'insoddisfacente esperienza della legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo segnò in maniera chiara la strada che il legislatore decise di percorrere dal 1889.

In effetti, non v'è da meravigliarsi se con la legge 31 marzo 1889, n. 5992 (cui fece seguito il Testo Unico sul Consiglio di Stato, approvato con regio decreto 2 giugno 1889, n. 6166), venne istituita una nuova sezione del Consiglio di Stato (la quarta) con funzioni giurisdizionali; né deve meravigliare la modifica apportata all'art. 4 dell'allegato D, mediante la previsione dell'inamovibilità dei membri del Consiglio di Stato³⁰. La scelta del legislatore del 1889 è caratterizzata in prima battuta, dalla definizione per sottrazione delle attribuzioni della istituenda quarta sezione del Consiglio di Stato, per tutti i ricorsi non di competenza del giudice ordinario o di corpi o collegi speciali (art. 3 comma 1, ultimo periodo). In secondo luogo, dalla delimitazione dei vizi denunciabili mediante ricorso, ossia incompetenza, eccesso di potere, violazione di legge (art. 3 comma 1, primo periodo). Infine, dalla

³⁰ «I presidenti ed i consiglieri di Stato non possono essere rimossi, né sospesi, né collocati a riposo d'ufficio; né allontanati in qualsivoglia altro modo, se non nei casi e con lo adempimento delle condizioni seguenti:

1. Non possono essere destinati ad altro pubblico ufficio, se non col loro consenso;
2. Non possono essere collocati a riposo di ufficio, se non quando, per infermità o per debolezza di mente, non sieno più in grado di adempiere convenientemente ai doveri della carica;
3. Non possono essere sospesi, se non per negligenza nell'adempimento dei loro doveri o per irregolare e censurabile condotta;
4. Non possono essere rimossi dall'ufficio, se non quando abbiano ricusato di adempiere ad un dovere del proprio ufficio imposto dalle leggi o dai regolamenti; quando abbiano dato prova di abituale negligenza, ovvero con fatti gravi abbiano compromessa la loro riputazione personale o la dignità del collegio al quale appartengono.

I provvedimenti preveduti nei paragrafi 2, 3 e 4 di questo articolo debbono essere emanati per decreto Reale, sopra proposta motivata del ministro dell'interno, udito il parere del Consiglio di Stato in sessione plenaria e dopo deliberazione del Consiglio dei ministri».

previsione di un potere esclusivamente cassatorio (art. 17 commi 1 e 2³¹), fatta salva la possibilità di decidere nel merito nelle materie di cui al precedente art. 4.

Come si vede, le innovazioni del 1889 restituiscono un sistema di giustizia amministrativa che ben più rispetto a quello del 1865 si avvicina a quello attuale: i poteri cognitori della Quarta sezione si estendono fino agli interessi, rimasti privi di tutela con la legge del 1865; assume una chiara definizione il potere (annullatorio) della Quarta sezione (di cui i Tribunali del contenzioso amministrativo erano privi); vengono tipizzati i vizi degli atti e dei provvedimenti amministrativi; sono indicate alcune materie in cui il Consiglio di Stato si pronuncia anche nel merito.

3. La natura della quarta sezione e la l. 62/1907

Se l'innovatività della legge istitutiva della quarta sezione non fu mai messa in dubbio, la dottrina dell'epoca si divise immediatamente in relazione alla natura – amministrativa oppure giudiziaria – del nuovo organo.

In effetti, era stato lo stesso legislatore a ingenerare incertezze interpretative con la formulazione della norma³², che presentava elementi a favore dell'una e dell'altra tesi. A giustificare l'interpretazione favorevole a riconoscere nella quarta sezione un

³¹ «[...]».

Se accoglie il ricorso per motivo d'incompetenza, annulla l'atto o provvedimento e rimette l'affare all'autorità competente.

Se accoglie il ricorso per altri motivi, nei casi previsti dall'art. 3, annulla l'atto o provvedimento, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa; e, nei casi previsti dall'art. 4, decide nel merito».

³² Sia la l. 5992/1889 sia il r.d. 6166/1889 parlano di “decisione” e non di “sentenza”. L'unico elemento (testuale) che parrebbe deporre in favore della natura giurisdizionale (e non già amministrativa) della quarta sezione è la previsione dell'art. 18 l. 559/1889 (art. 39 r.d. 6166/1889) per cui contro le decisioni della sezione è ammesso ricorso di revocazione nei casi stabiliti dal codice di procedura civile.

organo amministrativo³³, dal punto di vista sistemico si registrava la necessità che gli affari dell'amministrazione venissero decisi e risolti, anche in fase contenziosa, da un organo avente anch'esso natura amministrativa; il giudizio di fronte alla quarta sezione diveniva, in quest'ottica – e pur con le limitazioni previste dalla stessa legge istitutiva – un meccanismo grazie al quale l'amministrazione poteva rivedere le proprie posizioni, come d'altra parte evidenziato nella Relazione dell'Ufficio centrale del Senato per la quale la quarta sezione andava considerato quale «potere esecutivo ordinato in modo da tutelare maggiormente gli interessi dei cittadini»³⁴. Dal punto di vista sostanziale, invece, veniva evidenziata l'inesistenza di una nuova posizione giuridica soggettiva che richiedesse una tutela giurisdizionale;

Su altro fronte si situavano coloro che vedevano nel nuovo organo un soggetto giurisdizionale; a sostegno di tale posizione, dal punto di vista sostanziale (e in maniera esattamente speculare rispetto ai teorici della precedente impostazione), si so-

³³ È la posizione di Orlando, espressa in V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, Barbera 1891¹, e poi ripresa in V.E. ORLANDO, voce *Contenzioso amministrativo*, in *Il Digesto italiano*, vol. VIII, parte II, Torino, Utet 1895-1898, pp. 849 e segg., proposta anche da S. SPAVENTA, *Per l'inaugurazione della IV sezione del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, laddove si parla della «necessità di un istituto nuovo, come di una nuova forma di organizzazione, di questo antico diritto d'ispezione dell'amministrazione pubblica su di se stessa, più consona alla coscienza progredita del diritto dei tempi nostri, ed al maggior bisogno di giustizia nelle pubbliche amministrazioni in proporzione della maggiore estensione degl'interessi, a cui queste oggi hanno a provvedere; di un istituto, il quale consiste nello stesso antico ricorso degl'interessati, ma con tali garanzie di discussione pubblica e di difesa, quali possono aversi nei tribunali di diritto privato; cioè a dire, con quelle garanzie per una risoluzione giusta ed imparziale di una controversia d'interessi umani, che sono il carattere essenziale di una giurisdizione. O io m'inganno, o questa è la genesi storica e ideale della nostra legge 2 giugno 1889. La magistratura, da essa creata, non è che un'organizzazione nuova, nella sfera più alta dell'amministrazione, di quel *ius inspectionis*, proprio di ogni governo».

³⁴ In N. PAOLANTONIO, *L'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, Milano, Giuffrè 1991¹, pp. 65 e segg..

steneva la sussistenza di una posizione giuridica soggettiva (l'interesse legittimo) nei confronti del quale era stata posta a tutela proprio la quarta sezione del Consiglio di Stato³⁵.

Come è evidente, la novella del 1889 riproponeva (almeno in parte, e pur da una diversa prospettiva) le distinzioni teoriche che avevano caratterizzato la discussione intorno all'abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo.

Il nodo teorico fu sciolto, prima che dalla dottrina, dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione. Quest'ultima, in base alla l. 31 marzo 1877, n. 3761, era chiamata a regolare la «competenza tra l'autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa» (art. 3 comma 2) in caso di conflitto negativo di attribuzione (disposizione da coordinarsi con l'art. 41 del r.d. 2 giugno 1889, n. 6166, per il quale «Sollevata dalle parti o di ufficio la incompetenza dell'autorità amministrativa, la sezione [scil.: *la Quarta sezione*, n.d.a.] sospenderà ogni ulteriore decisione e rinverrà gli atti alla

³⁵ Per M.S. GIANNINI, *Ha un futuro la nozione di interesse legittimo?*, in AA.VV., *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. I, *Introduzione alla Giurisprudenza, Diritto Privato, Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè 1993¹, pp. 47 e segg., anche in M.S. GIANNINI, *Scritti*, vol. IX, 1991-1996, Milano, Giuffrè 2006¹, pp. 281 e segg., la nozione di interesse legittimo fu una invenzione dei giuristi al fine di dare consistenza alla posizione giuridica soggettiva di cui si chiedeva tutela mediante il ricorso alla Quarta sezione, non essendo ragionevole immaginare che rimanesse senza nome una posizione giuridica per la quale la novella legislativa aveva previsto regole e tutele (ancorché differenti rispetto a quelle della giurisdizione ordinaria, così come costruita a seguito della l. 2248/1865). Si aggiunga che, a sostegno di questa seconda impostazione, deve essere richiamata la giurisprudenza che si formò a distanza di pochi mesi dall'entrata in vigore della nuova legge: con Cass. civ. Roma, SS.UU., sent. 24/06/1891, n. 460, cd. "caso Laurens", in *Il Foro italiano*, vol. XVI, parte I: giurisprudenza civile e commerciale (1891), pp. 961 e segg., successivamente ribadita da Cass. civ. Roma, SS.UU., sent. 24/06/1897, cd. "caso Trezza", in *Il Foro italiano*, vol. XXII, parte I: giurisprudenza civile e commerciale (1897), pp. 1363 e segg., la Corte di cassazione chiarì che il criterio del riparto tra giudice ordinario e Quarta sezione andava individuato non già nel *petitum* (criterio basato sul contenuto del provvedimento richiesto al giudice), bensì nella *causa petendi* (criterio basato sulla natura della posizione giuridica soggettiva di cui è titolare il soggetto ricorrente).

Corte di cassazione per decidere sulla competenza)» e a giudicare i «conflitti di giurisdizione positivi o negativi fra i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali» (art. 3 comma 3): di fronte a decisioni della Quarta sezione che affermavano la propria competenza, e nell'impossibilità di regolare un conflitto positivo di attribuzione (esulante dalle previsioni di cui all'art. 3 comma 2 l. 3761/1877), l'unica strada percorribile da parte della Cassazione per poter intervenire era quella di qualificare il conflitto come conflitto di giurisdizione (e non già di attribuzione); presupposto logico di tale ragionamento era qualificare quella della Quarta sezione del Consiglio di Stato come una «giurisdizione speciale» ai sensi dell'art. 3 comma 3 l. 3761/1877 e le relative decisioni come sentenze e non già provvedimenti amministrativi, come invece era stato prospettato dai sostenitori della natura amministrativa della nuova Quarta sezione³⁶.

Sarà quindi il legislatore, con la l. 7 marzo 1907, n. 62, a chiarire definitivamente la natura giurisdizionale della Quarta sezione (e della neoistituita Quinta), apportando modifiche al Testo Unico sul Consiglio di Stato del 1889, per le quali «le prime tre [sezioni, n.d.a.] sono consultive e trattano gli affari relativi ai diversi Ministeri, secondo il riparto che sarà fissato annualmente per decreto Reale», mentre «la quarta e la quinta sono giurisdizionali»³⁷. Invero, la scelta del legislatore sembrava una logica conseguenza della cristallizzazione dell'orientamento espresso dalle Sezioni unite della Corte di cassazione di Roma con la sentenza nel cd. “caso Società per le Opere Pubbliche del Mezzogiorno d'Italia”³⁸: se, da una parte, al fine di confermare la natura amministrativa della Quarta sezione, era sufficiente qualificare il processo (o “procedimento”) che le si svolgeva innanzi come una giurisdizione di

³⁶ Il riferimento va a Cass. civ. Roma, SS.UU, sent. 21/03/1893, n. 177, cd. “caso Società per le Opere Pubbliche del Mezzogiorno d'Italia”, in *Il Foro italiano*, vol XVIII, parte I: giurisprudenza civile e commerciale (1893), pp. 409 e segg..

³⁷ Così il nuovo art. 5 del r.d. 2 giugno 1889, n. 6166, come modificato dall'art. 1 comma 3 della l. 7 marzo 1907, n. 62.

³⁸ V. *supra*, nota 36.

carattere oggettivo, che si limitasse quindi alla verifica (formale) del rispetto della legge, e nella quale «l'interesse individuale offeso è solamente preso come motivo e occasione per l'amministrazione stessa per il riesame dei suoi atti, ma non è l'oggetto proprio della decisione [...]»³⁹, sotto un diverso – e più corretto – punto di vista, una “nuova” giurisdizione richiedeva la teorizzazione di una “nuova” posizione giuridica, affatto diversa dal diritto soggettivo e dal mero interesse. E se alcuni autori, qualificando tale interesse come occasionale⁴⁰ (occasionale in quanto “occasionalmente protetto”, senza la dignità di una vera e propria posizione giuridica soggettiva), erano possibilisti circa l'effettiva natura giurisdizionale della Quarta sezione, la Cassazione prima (e il legislatore poi) ne chiarirono definitivamente la portata: si era in presenza di una giurisdizione, e certamente di carattere soggettivo.

4. La giurisdizione amministrativa prima della Costituzione repubblicana

L'ultima riforma in materia di giurisdizione amministrativa, prima della fondamentale svolta rappresentata dall'entrata in vigore della costituzione repubblicana, risale al 1923; con il regio decreto 30 dicembre 1923, n. 2840, infatti, il legislatore si fece carico di risolvere alcune delle problematiche che erano emerse a seguito dell'intervento del 1907; a margine le questioni relative alla suddivisione di compe-

³⁹ Così S. SPAVENTA, *Per l'inaugurazione della IV sezione del Consiglio di Stato*, op. cit..

⁴⁰ L. MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *La Giustizia amministrativa*, 1891, IV, p. 30. È tuttavia condivisibile l'opinione espressa da F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, op. cit., p. 115 nota 213, per la quale «continuare a predicare la tutela solo indiretta o solo occasionale dell'interesse privato dopo che questo aveva assunto carattere sostanziale, e veniva considerato l'oggetto della tutela offerta dal ricorso al giudice amministrativo, era chiaramente contraddittorio. D'altronde bisogna considerare che l'espressione “interesse occasionalmente protetto” comporta necessariamente la negazione della situazione giuridica soggettiva, dato che esclude che vi sia una protezione giuridica che attenga all'interesse di cui è titolare il privato di fronte all'amministrazione dotata di potere (discrezionale). Ed in questo senso, e con questo valore, essa fu elaborata da Lorenzo Meucci».

tenze tra le due sezioni giurisdizionali⁴¹, si ritenne di creare una giurisdizione esclusiva, in modo da assegnare al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale il sindacato su alcune materie relativamente alle quali non era facile distinguere la natura della posizione giuridica soggettiva del privato⁴².

Alla vigilia dell'entrata in vigore della Costituzione, pertanto, il sistema di giustizia amministrativa assumeva i seguenti caratteri:

- per quanto riguarda la giurisdizione, va rilevato che è in questo particolare momento dell'evoluzione del processo amministrativo che all'ormai consolidato (in particolare dopo il 1930, con il cd. "concordato"⁴³) criterio della

⁴¹ Per superare il problema la novella del 1923, con l'art. 1 che modificava l'art. 5 del Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, 17 agosto 1907, n. 638, prevede una competenza promiscua, con l'aggiunta che «nelle materie in cui il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale non ha competenza esclusiva a senso dell'articolo seguente, esso è autorizzato a decidere di tutte le questioni pregiudiziali ed incidentali relative a diritti la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale di sua competenza» (art. 7 comma 1 della novella).

⁴² Come si ricorderà (v. *supra*, nota 35), in virtù del criterio della *causa petendi* adottato dalla Corte di Cassazione per governare il riparto di giurisdizione, era necessario avere riguardo alla natura della posizione giuridica soggettiva di cui era titolare il soggetto ricorrente. Vennero quindi attribuite alla giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato alcune materie tra le quali la più importante fu certo il pubblico impiego. Anche a seguito della novella, tutte le questioni riguardanti diritti patrimoniali consequenziali alla pronuncia sulla legittimità dell'atto o provvedimento, nonché le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità dei privati (salva la capacità di stare in giudizio) e, infine, la risoluzione dell'incidente di falso, erano comunque riservate alla giurisdizione del giudice ordinario.

⁴³ Sulla prima affermazione del criterio della *causa petendi*, si veda nuovamente *supra*, nota n. 35; il "concordato" cui si fa riferimento è il cd. "concordato Romano-D'Amelio" del 1930 (dai nomi, rispettivamente, di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato e Mariano D'Amelio, primo presidente della Corte di Cassazione), espressione con cui si fa riferimento a tre pronunce (Cons. Stato, AP, sent. 14 giugno 1930, n. 1, in *Il Foro italiano*, vol. LV, parte III: giurisprudenza amministrativa (1930), pp. 169 e segg.; Cons. Stato, AP, sent. 28 giugno 1930, n. 2, in *Il Foro italiano*, vol. LVI, parte III: giurisprudenza amministrativa (1931), pp. 9 e segg.; Cass. civ., SS.UU., sent. 15 luglio

causa petendi, che definiva quella che sarebbe stata successivamente indicata come giurisdizione generale di legittimità, si affianca il criterio per materia, che definiva invece le materie di giurisdizione esclusiva⁴⁴; non sembra secondario evidenziare⁴⁵ che le sentenze dell'Adunanza Plenaria del “concordato” furono successivamente cassate dalle Sezioni Unite della Cassazione⁴⁶ a dimostrazione del fatto che il criterio di riparto basato sulla *causa petendi*, ancorché condiviso nel suo contenuto teorico e sulla cui enunciazione astratta i due supremi organi della giurisdizione amministrativa e ordinaria si erano trovati sostanzialmente d'accordo, scontava – nell'applicazione pratica – una serie di problemi e di ambiguità che, e lo si vedrà nel prosieguo della trattazione, rimasero irrisolti anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione e non furono sciolti nemmeno dalla giurisprudenza successiva, permanendo in gran parte ancora oggi;

- per quanto riguarda il sindacato del giudice amministrativo sugli atti e provvedimenti impugnati, non residuavano dubbi circa il fatto che il giudice po-

1930, n. 2680, in *Il Foro italiano*, vol. LV, parte I: giurisprudenza civile e commerciale (1930), pp. 1145 e segg.) grazie alle quali venne riaffermato il criterio del riparto sulla base della *causa petendi*. In particolare, la Cassazione a Sezioni Unite cassò una decisione della V sezione del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. V, sent. 10 maggio 1929, in *Giurisprudenza italiana*, 1929, vol. III, pp. 136 e segg.) che aveva invece adottato il criterio del *petitum*. Per approfondire il punto, si veda il commento alla sentenza di F. CAMMEO, *Ancora sul criterio distintivo della competenza del consiglio di Stato (nella giurisdizione non esclusiva) e dell'autorità giudiziaria*, *ivi*, p. 135, il quale opera una distinzione tra giudici e Consiglio di Stato.

⁴⁴ Il “doppio binario” sarà poi accolto nella Costituzione.

⁴⁵ Come fa R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, Giappichelli 2004¹, pp. 169-181.

⁴⁶ Cons. Stato, AP, sent. 14 giugno 1930, n. 1 fu cassata da Cass. civ., SS.UU., sent. 25 novembre 1931, in *Il Foro Italiano*, vol. LVII, parte I: giurisprudenza civile e commerciale (1932), pp. 13 e segg.; Cons. Stato, AP, sent. 28 giugno 1930, n. 2 fu invece cassata da Cass. civ., SS.UU., sent. 30 novembre 1931, in *Giurisprudenza italiana*, 1932, vol. I, parte 1, pp. 33 e segg..

tesse esprimere un mero controllo di legittimità, che a sua volta poteva concretizzarsi nel solo annullamento dell'atto o provvedimento impugnato. Né, d'altra parte, era immaginabile una diversa prospettazione: la positivizzazione – nelle norme stratificatesi dall'istituzione del Consiglio di Stato fino all'epoca del regime fascista, richiamate nei paragrafi precedenti – del principio di tripartizione dei poteri, di chiara matrice illuministica, non poteva in alcun modo scalfire l'idea per la quale l'unico modo per evitare che il potere giudiziario si sostituisse all'amministrazione fosse costruire una giustizia amministrativa assai diversa rispetto a quella ordinaria, limitata appunto all'analisi dei vizi di legittimità (e non allo scrutinio nel merito) dei provvedimenti impugnati.

5. La giurisdizione amministrativa nella Costituzione: l'equiparazione tra diritto soggettivo e interesse legittimo

Sostenere, come pure è stato fatto, che il testo della Costituzione repubblicana «abbia mantenuto fermo il sistema di tutela giurisdizionale previsto nei confronti della Pubblica amministrazione, dotandolo delle garanzie proprie conseguenti alla previsione di una Costituzione rigida»⁴⁷ è certamente limitativo. Tale considerazione

⁴⁷ Così il pensiero di E. FOLLIERI, *La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc. 4, 2001, pp. 911 e segg.; lo stesso autore dà comunque atto, in nota, che molti autori (ad esempio A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene 1962⁷) evidenziarono, nell'immediatezza dell'entrata in vigore della Costituzione, che la nuova carta fondamentale conteneva elementi per dare «agli istituti di giustizia amministrativa nuovi sviluppi e nuovi approfondimenti» (nota 1). Che gli elementi di continuità siano prevalenti rispetto a quelli di rottura, tanto che «seppur con qualche smussatura, la giustizia amministrativa si presenta invariata nei suoi tratti originari ed essenziali» è l'idea espressa da R. ROLLI, *La giustizia amministrativa nella Costituzione del 1948 e le determinazioni finali*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1/2017. Sulla profonda innovatività del nuovo sistema delineato dalla Costituzione v. V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in *Astrid Rassegna* n. 103 (n. 20/2009), per il quale «è affermazione corrente quanto infondata, che le norme co-

ne, difatti, non coglie la portata realmente innovativa che ebbe la carta costituzionale nell'ambito della giustizia amministrativa, e che è possibile apprezzare non tanto leggendo i singoli articoli che trattano, direttamente o indirettamente, dell'argomento (art. 24 sulla tutela in giudizio anche degli interessi legittimi; art. 100 sul ruolo di tutela della giustizia nell'amministrazione del Consiglio di Stato; art. 103 sulla giurisdizione del Consiglio di Stato; art. 108 sull'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali; art. 113 sulla tutela nei confronti della pubblica amministrazione; art. 125 sull'istituzione di organi di giustizia amministrativa di primo grado), quanto piuttosto ripercorrendo i lavori preparatori e cogliendo in essi il vero spirito riformatore della costituente.

Se, almeno formalmente, il sistema di giustizia amministrativa non muta – viene infatti confermata la funzione anche giurisdizionale del Consiglio di Stato – è sufficiente leggere l'art. 24 Cost. («Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi») che pone, equiparati e sullo stesso piano, i diritti soggettivi e gli interessi legittimi⁴⁸, posizioni giuridiche che rimangono ben distinte ai fini del riparto, e anche in considerazione della loro differente natura sostanziale e non certo per la diversità di tutela che l'ordinamento accorda loro, per cogliere appieno la straordinaria innovazione apportata dal legislatore costituente. Aver dato

stituzionali sulla giustizia amministrativa, rappresentino una pedissequa recezione del sistema, come quello nel quale le controversie con le pubbliche Amministrazioni sono affidate alla cognizione di due ordini giurisdizionali, a seconda che esse coinvolgano questioni di diritti o di interessi legittimi, sulla base dell'assetto normativo delineato dalle due leggi fondamentali del 20 marzo 1865, allegato E, e del 31 marzo 1889, n. 5992».

⁴⁸ Venne bocciata l'idea, avanzata dall'on. Codacci Pisanelli nella seduta pomeridiana del 28 marzo 1947, di estendere la tutela agli «interessi giuridicamente protetti», sulla base del fatto che «se è un interesse giuridicamente protetto, intanto è un interesse legittimo», e che «la giurisprudenza [...] ha sempre costituito un mirabile banco di prova per la concretizzazione di quello che suole chiamarsi “interesse legittimo”. Lasciamo quindi anche per l'avvenire, senza inopportuni imbrigliamenti, il libero giuoco della funzione propria della giurisprudenza» (così il presidente della prima Sottocommissione on. Tupini nella seduta antimeridiana del 15 aprile 1947).

dignità costituzionale all'interesse legittimo, senza alcun tipo di subordinazione rispetto al diritto soggettivo, rappresentò il fondamentale (e giuridicamente autorevole) punto di partenza da cui mossero la dottrina, la giurisprudenza⁴⁹ e il legislatore successivi per dare un senso pieno ed effettivo a quella tutela della posizione giuridica soggettiva del cittadino che la Costituzione aveva, per la prima volta, esplicitamente sancito⁵⁰. Plurimi autori si interrogarono sulla contraddittorietà dell'art. 24 Cost., il quale da una parte prevede due posizioni giuridiche soggettive distinte, e dall'altra le equipara: si metteva in dubbio, in questo senso, la stessa necessità che si tenessero separate due posizioni affatto identiche quando, in ottica di tutela del cittadino, sarebbe stato sufficiente il solo diritto soggettivo⁵¹. Tale obiezione, tuttavia, non sembra cogliere nel segno. A margine il dato letterale incontrovertibile – non va dimenticato infatti che l'espressione “interesse legittimo” entra nel nuovo ordinamento repubblicano tramite l'ingresso più prestigioso, ossia quello della Costituzione, e non si può immaginare, in tal senso, una svista del costituente – l'equiparazione delle situazioni giuridiche soggettive va intesa non solo e non tant

⁴⁹ Sull'atteggiamento conservatore della Corte costituzionale si veda però U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, Cedam 1996¹, pp. 143 e segg..

⁵⁰ «La portata estremamente innovativa della norma consiste nell'offrire una efficace copertura garantistica a qualsiasi posizione di vantaggio, individuale e collettiva, comunque e da chiunque azionabile in giudizio. In tal modo non si è voluta sancire alcuna discriminazione tra gli interessi tutelabili, rimettendo al libero gioco dell'interpretazione giurisprudenziale l'individuazione degli interessi legittimi giuridicamente protetti». È quanto sostenuto da A. POLICE, *Art. 24*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO- M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. 1, Torino, Utet Giuridica 2006¹, p. 505. Va chiarito che l'espressione «individuazione degli interessi legittimi giuridicamente protetti», utilizzata dall'autore, non è del tutto chiara, dal momento che gli interessi giuridicamente protetti sono gli interessi legittimi, e non sussistono interessi legittimi, individuati o meno dal legislatore, che non siano anche protetti.

⁵¹ È la tesi espressa da G. BERTI, *Il rapporto amministrativo nella costruzione giuridica dello Stato*, in AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. 2, Milano, Giuffrè 1977¹.

sul piano sostanziale (infatti, per quanto la riflessione sulla natura dell'interesse legittimo non avesse raggiunto i livelli di approfondimento attuali, al legislatore costituente era ben chiaro che «l'interesse legittimo [fosse] una figura soggettiva concettualmente necessaria – in qualsiasi modo la si voglia chiamare – ogniqualvolta si voglia attribuire ad un soggetto dell'ordinamento un potere autoritativo a fronte dell'interesse del singolo»⁵², e quindi ben diversa dal diritto soggettivo) quanto piuttosto su quello della tutela processuale⁵³. A questa considerazione possono facilmente obiettare i fautori della giurisdizione unica: alla pienezza della tutela giurisdizionale riconosciuta dall'art. 24 Cost. non può che conseguire, logicamente, l'unicità della giurisdizione, invece non prevista dalla Costituzione. Alla confutazione di tale impostazione teorica ci si dedicherà più diffusamente *infra*⁵⁴. Ad ogni modo, in via di prima approssimazione, in questa sede è sufficiente evidenziare che l'equiparazione (processuale, ossia in chiave di tutela del soggetto leso) tra posizioni giuridiche soggettive deve necessariamente tenere conto della natura di tali posizioni, che è e resta ben distinta: l'ampliamento delle forme di tutela dell'interesse legittimo – fenomeno che è costituzionalmente coperto, e anzi incentivato, dall'art. 24 Cost. – non può non tener conto della diversità sostanziale di quest'ultimo rispet-

⁵² Così ancora A. POLICE, *Art. 24, op. cit.*, p. 509, il quale prosegue: «Da anni, ormai, è stata dimostrata la necessità del ricorso ad una o più situazioni giuridiche soggettive diverse dal diritto soggettivo ogni volta che il privato sia costretto a dialogare con il pubblico potere per conservare (o conseguire *ex novo*) un bene della vita o una disciplina favorevole del proprio interesse finale; necessità che, oltre che su un piano concettuale, ricorre sia su un piano terminologico, sia su un piano di diritto positivo».

⁵³ È anche l'idea espressa da F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria, op. cit.*, pp. 186-187. In effetti, non sembra potersi dubitare del fatto che, ancorché indirettamente, di interesse legittimo in chiave sostanziale trattino altri articoli della costituzione: l'art. 97 comma 2 Cost., laddove si enunciano i principi di buon andamento e di imparzialità della pubblica amministrazione, e gli artt. 2 e 3; inoltre, non sembra improprio richiamare, in via generale, gli articoli che trattano delle libertà fondamentali, in quanto l'attività amministrativa incide sulle libertà del cittadino.

⁵⁴ V. *infra* in questo capitolo, par. 7.2..

to al diritto soggettivo: in questo senso, i contenuti della tutela giurisdizionale che l'ordinamento appronta nei confronti della lesione di un interesse legittimo non possono che atteggiarsi diversamente rispetto ai contenuti della tutela prevista in caso di violazione di un diritto soggettivo⁵⁵.

Va poi specificato, ulteriormente, che tale impostazione è confermata da quanto prevede l'art. 113 comma 2 Cost., per il quale la tutela di cui si parla «non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti», altra novità di rilievo se sol si considera che durante il Ventennio erano state molteplici le limitazioni alla tutela giurisdizionale poste dal regime. In effetti, le previsioni dell'art. 113 Cost. non rappresentano un doppione rispetto a quelle di cui al precedente art. 24, ma devono essere lette congiuntamente, in un rapporto di genere a specie: «l'art. 113 esprime, con riguardo alle pretese del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, la specificità della garanzia giurisdizionale sancita dall'art. 24 con specifico riferimento alle questioni concernenti i pubblici poteri»⁵⁶. D'altra parte, la dottrina più attenta aveva ben colto l'importanza dell'art. 113 tanto da suggerire una rilettura degli istituti nella chiave della garanzia della pienezza e dell'effettività della tutela del cittadino⁵⁷.

⁵⁵ Di tale argomento, invero in modo non chiarissimo, parla anche Corte cost., sent. 204/2004, per la quale il Costituente ha riconosciuto al giudice amministrativo la «piena dignità di giudice» anche sulla base del fatto che «l'art. 24 Cost. assicura agli interessi legittimi – la cui tutela l'art. 103 riserva al giudice amministrativo – le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare».

⁵⁶ F. SAITTA, *Art. 113*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. 3, Torino, Utet Giuridica 2006¹, p. 2142; si veda anche G.B. GARRONE, *Contributo allo studio del provvedimento impugnabile. Aspetti e problemi del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi di autorità non amministrative*, Milano, Giuffrè 1990¹, pp. 96 e segg., e p. 199.

⁵⁷ F. SAITTA, *Art. 113*, *op. cit.*; il suggerimento era stato espresso da V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè 1966¹, p. 79 e, prima ancora, da E.

V'è da aggiungere, conclusivamente, che la “costituzionalizzazione” dell’interesse legittimo operata con l’art. 24, all’occhio del commentatore contemporaneo, non suscita troppa meraviglia, soprattutto se si ha riguardo dell’evoluzione giurisprudenziale e dottrinale già raggiunta all’epoca in cui la Costituzione fu redatta⁵⁸. Il concetto di interesse legittimo era ormai un patrimonio comune della dottrina italiana che, in generale, non metteva in dubbio la sua ontologica sussistenza, ma tutt'al più si trovava in disaccordo sulla sua definizione; non così scontata, come si è detto, era tuttavia l’equiparazione (processuale) con il diritto soggettivo, tanto che gli ultimi interventi normativi destinati a concretizzare tale principio risalgono all’ultimo decennio (il riferimento è al d.lgs. 104/2010, cd. Codice del processo amministrativo). Tuttavia, e come meglio si vedrà *infra*, il percorso verso una piena equiparazione non può ancora dirsi concluso.

6. ...segue: il dibattito sulla giurisdizione unica

La spaccatura più netta in Assemblea costituente si registrò, in ogni caso, sull’opportunità o meno di disegnare un sistema di giurisdizione unica. È forse questo l’aspetto che più interessa nella presente sede.

Favorevoli, in questo senso, Giovanni Leone, il quale «ritiene non possa esservi dissenso circa la unicità della giurisdizione, problema di carattere tecnico, politico e di prestigio del potere giudiziario»⁵⁹, e soprattutto Calamandrei, per il quale l’unicità della giurisdizione era un principio inscindibile da quello dell’indipendenza della magistratura, a sua volta precipitato logico del principio di

CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione: appunti dalle lezioni*, Milano, Giuffrè 1964², pp. 30 e segg..

⁵⁸ Si veda F.G. COCA, *L’interesse legittimo: storia e teoria*, op. cit..

⁵⁹ V. dichiarazioni di G. Leone nella seduta di martedì 17 dicembre 1946 della seconda sottocommissione (seconda sezione). V’è da specificare che Leone avrebbe successivamente modificato le sue posizioni, giungendo a sostenere l’unicità temperata della giurisdizione (v. *infra* in questo paragrafo).

divisione dei poteri. D'altra parte, sempre secondo Calamandrei, le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato avevano esaurito il loro compito, anche perché tra le funzioni della giurisdizione ordinaria e quella amministrativa vi erano «tali legami e tante sovrapposizioni di questioni che è difficilissimo capire esattamente dove finisca il compito della Magistratura ordinaria e dove cominci quello delle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato»⁶⁰. A suo parere, invece, l'unico modo per eliminare il problema alla radice era trasformare le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato in sezioni specializzate degli organi giudiziari ordinari.

Più schematicamente, militavano a favore della giurisdizione unica:

- una questione di indipendenza, da declinarsi nei principi di autogoverno e, appunto, di unicità della giurisdizione⁶¹; se mantenere la giurisdizione amministrativa era giustificato dalla particolare preparazione dei suoi giudici nelle questioni riguardanti la pubblica amministrazione, atteso che una parte dei magistrati dalla pubblica amministrazione proveniva e/o era di nomina

⁶⁰ *Ibidem*. Così prosegue Calamandrei: «La differenza tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, infatti, va diventando sempre più capillare e sottile. Una differenza sostanziale vi poteva essere, quando vi era una netta distinzione tra il diritto pubblico e il diritto privato; ma, quando, come avviene attualmente in una quantità sempre maggiore di rapporti, gli istituti di diritto pubblico si vanno rivestendo di carattere privato e in istituti che erano prima di puro interesse privato si va sempre più infiltrando l'interesse collettivo, riesce difficilissimo vedere fin dove arrivi il diritto soggettivo e dove invece cominci l'interesse occasionalmente protetto. La difficoltà di arrivare a distinguere tra queste due competenze, è stata talmente riconosciuta nella pratica, che ad un certo momento, con una legge del 1923, si è incominciato ad assegnare al Consiglio di Stato anche la tutela di alcuni diritti soggettivi che avrebbe dovuto rientrare nella competenza della autorità giudiziaria ordinaria. Ciò è avvenuto sopra tutto nel campo del pubblico impiego, dove è difficilissimo sapere quando l'impiegato abbia un diritto la cui tutela spetti ai giudici ordinari e quando trattisi di un interesse che invece debba essere portato dinanzi al Consiglio di Stato».

⁶¹ È la tesi sostenuta dagli onorevoli Colitto e Persico nella seduta dell'8 novembre 1947 dell'Assemblea Costituente. Si veda anche G. PERSICO, *La nuova magistratura*, Roma, OET Edizioni del secolo, 1945¹.

governativa, da un diverso punto di vista veniva meno il fondamentale requisito dell'indipendenza di questa magistratura⁶² (da intendersi non tanto quale forma di tutela per i magistrati, ma quale forma di garanzia nei confronti dei cittadini per tutelare i loro diritti e, in prospettiva, la certezza del diritto, «cioè la possibilità di trovare, con un certo calcolo approssimativo di probabilità, una tutela nel giudice quando si crede di avere ragione»⁶³); va qui ag-

⁶² Sempre Calamandrei nella seduta di martedì 17 dicembre 1946 della seconda sottocommissione: «Ora, se si ritiene che non si possano avere delle garanzie assolute di indipendenza, se non attraverso il sistema di moderato autogoverno che si sta escogitando per la magistratura ordinaria, non ved[o] come si potrebbe dare al Consiglio di Stato quello stesso complesso di garanzie, se non trasformando le attuali sue sezioni giurisdizionali in sezioni specializzate dell'ordinamento giudiziario ordinario».

⁶³ On. Calamandrei, seduta di martedì 17 dicembre 1946 della seconda sottocommissione. Della stessa idea era, almeno inizialmente, l'on. Leone, il quale, nella seduta del 5 dicembre 1946 della seconda sottocommissione, aveva sostenuto che frazionamento delle giurisdizioni avrebbe potuto prestarsi a pressioni di carattere politico e a sollecitazioni di carattere extragiudiziario. Da un differente punto di vista, l'on. Cortese (seduta antimeridiana del 12 novembre 1947 dell'Assemblea Costituente) evidenziò che «importa riaffermare che premessa di giustizia uguale per tutti è l'unità di giurisdizione, che assicura appunto l'eguaglianza della giustizia nelle sue garanzie, nelle sue forme, nelle sue possibilità di gravame». Il punto è stato affrontato da Corte cost., sent. 177/1973, la quale ha affrontato la questione dell'indipendenza dei magistrati del Consiglio di Stato alla luce della nomina di alcuni consiglieri da parte del Governo. Riassuntivamente, per la Corte, le norme in vigore «danno vita ad una disciplina legislativa che, pur conferendo al Governo un ampio potere discrezionale, garantisce, in materia, il rispetto dell'esigenza dell'idoneità del giudice, nonché di quella dell'indipendenza del Consiglio di Stato e dei suoi componenti di fronte al Governo (e almeno per quanto possa derivare dall'esercizio del potere di nomina). Gli atti di nomina, che in applicazione di quelle norme siano posti in essere, sono soggetti al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti e possono essere portati al giudizio del Consiglio di Stato al quale spetta (non la verifica dei poteri, non richiesta dalla Costituzione, sibbene) di controllarne la legittimità in sede di accertamento della regolare Costituzione dell'organo giudicante ed ai fini dell'annullamento in presenza di un ricorso di chi davanti a quell'organo di giustizia amministrativa, di rilevanza costituzionale, assuma

giunto che, come aveva in maniera molto lucida evidenziato lo stesso on. Calamandrei, la questione non riguardava solo l'ingerenza del potere esecutivo nelle funzioni giudiziarie, ma anche «[l']ingerenza che il potere giudiziario può esercitare nelle funzioni amministrative. Si tratta quindi anche di un problema di rapporti tra il potere esecutivo e quello giudiziario»⁶⁴, ed è

che un dato atto di nomina abbia leso interessi legittimi o, nei casi di giurisdizione esclusiva, diritti soggettivi».

⁶⁴ On. Calamandrei, seduta pomeridiana del 9 gennaio 1947 della seconda sezione della seconda sottocommissione. Così proseguiva: «Il regolamento di questo rapporto – poiché nella Costituzione non può farsi senz'altro rinvio alla legge 31 marzo 1865, che abolì il contenzioso amministrativo – qualunque sia la soluzione che si voglia attuare, dovrà essere definito da un apposito articolo che riproduca le soluzioni adottate da quella legge». Nel ripercorrere la storia della giurisdizione amministrativa, Calamandrei specificava infatti che «la legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo aveva, infatti, fissato il principio che anche quando un atto amministrativo ledeva un vero e proprio diritto soggettivo, l'autorità giudiziaria ordinaria dovesse limitarsi a constatare la lesione, condannando eventualmente ai danni, ma non potesse annullare l'atto amministrativo. Quando, poi, con la legge del 1889, che creò la IV sezione, si ammise la possibilità di annullamento degli atti amministrativi, si cercò di giustificarla con l'affermazione che quella sezione non era un organo giudiziario, ma una espressione della stessa pubblica amministrazione. A poco a poco, tuttavia, si vide che le funzioni della IV e V sezione non erano amministrative, ma giurisdizionali. Questa realtà, affermata prima dalla dottrina, fu consacrata poi dalla legge del 1907, che riconobbe ad esse la denominazione di "Sezioni giurisdizionali". Da allora, nessuno più dubita che queste due sezioni siano veri e propri organi giudiziari, ammettendosi così implicitamente ciò che nel 1865 sembrava una enormità, ossia che un organo giudiziario, com'è il Consiglio di Stato in funzione giurisdizionale, possa annullare un atto amministrativo». Tali riflessioni furono riprese nel corso della seduta pomeridiana plenaria del 27 novembre 1947: «Si tratta di stabilire se i giudici hanno un controllo sull'amministrazione, se possono annullare i suoi atti, se possono condannarla ai danni. È un punto che riguarda rapporti fra i poteri dello Stato, di importanza certamente costituzionale». Da questo punto di vista, la proposta di Calamandrei non convinceva i sostenitori della pluralità di giurisdizioni: «L'onorevole Calamandrei vorrebbe che, quando un giudice ritiene che un atto amministrativo violi un diritto privato, può annullare, e notate bene, anche modificare l'atto amministrativo. Ciò significa che l'autorità giudiziaria si sostituirebbe a quella amministrativa; e che un semplice pretore

indubbiamente questo l'aspetto che va in particolare enfatizzato: il problema di una possibile commistione tra procedimento e processo (ossia, nelle parole di Calamadre, di equilibrio e di rapporti tra diversi poteri dello Stato) era un problema di cui il costituente aveva piena contezza e di cui intendeva farsi carico: non si può sostenere che non vi fosse consapevolezza della tensione tra tutela del privato e rispetto del principio di separazione tra poteri;

- una questione pratica; come si è visto, in alcuni ambiti la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo era così sottile che, fin dal 1923, si era sentita la necessità di individuare, in capo al Consiglio di Stato, una giurisdizione esclusiva, nell'ambito della quale il consesso poteva conoscere entrambe le posizioni giuridiche soggettive;
- da quest'ultimo aspetto derivava, conseguentemente, il rischio che si moltiplicassero a dismisura i conflitti di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo;
- ancora, una questione sistemica: razionalizzare gli istituti che riguardavano l'amministrazione della giustizia avrebbe permesso di ottenere quella che è stata icasticamente definita «euritmia generale»⁶⁵;

potrebbe, nonché annullare, rifare esso decreti e provvedimenti di Governo d'estrema importanza. Non è troppo? Non è cancellare quel principio della distinzione dei poteri, che, se non va inteso meccanicamente e letteralmente, anima del suo spirito lo Stato moderno? Se nel nostro ordinamento giuridico si ammette che gli atti amministrativi possano essere annullati, ciò avviene soltanto in quanto il compito è affidato ad una magistratura speciale, che per la sua composizione offre alte e particolari garanzie di competenza amministrativa; e si noti che neppure il Consiglio di Stato può modificare, rifare l'atto amministrativo. Arrivare a ciò non sarebbe ammissibile» (così l'on. Ruini, nella stessa seduta pomeridiana plenaria del 27 novembre 1947).

⁶⁵ La felice espressione è del deputato Ambrosini (seduta di martedì 17 dicembre 1946 della seconda sottocommissione).

- infine, una questione storico-politica, legata al particolare contesto in cui matura la discussione: la presenza di giurisdizioni speciali e/o straordinarie, nell'ordinamento, richiamava da vicino l'esperienza del regime fascista⁶⁶.

Né, d'altra parte, la specialità delle giurisdizioni poteva essere giustificata dalla particolare complessità di alcune materie, poiché a tale esigenza si sarebbe potuto fare fronte con particolari disposizioni legislative⁶⁷.

Ai sostenitori dell'unità della giurisdizione si contrapponevano coloro che, pur distaccandosi dalle posizioni per così dire oltranziste di chi voleva mantenere lo *status quo ante*, con più di cinquanta giurisdizioni speciali, parlava di "unità di giurisdizione temperata", ossia di una giurisdizione tendenzialmente unica⁶⁸, che prevedesse alcune significative eccezioni, ossia il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti⁶⁹. Si è parlato anche di "pluralismo organizzativo"⁷⁰ e di «dualismo giurisdizionale»⁷¹. Militavano a favore di tale impostazione teorica:

⁶⁶ È la tesi espressa, tra gli altri, dall'on. Romano: «Nella coscienza giuridica del Paese è fermo il convincimento che la creazione di giudici speciali straordinari o eccezionali è contraria ad ogni più elementare concetto di libertà e di giustizia. Noi non abbiamo più bisogno di leggi speciali. Ogni legge speciale riabilita il fascismo. Le leggi speciali sono pericolose, esse sono tipici istituti degli stati totalitari e quando afferma di volere combattere questa o quella corrente con leggi speciali, senza accorgersene l'antifascismo crea il fascismo» (seduta pomeridiana dell'11 novembre 1947 dell'Assemblea Costituente).

⁶⁷ È la posizione dell'on. Cortese espressa nella seduta antimeridiana del 12 novembre 1947 dell'Assemblea Costituente.

⁶⁸ L'idea che una giurisdizione amministrativa "separata" da quella ordinaria non rompesse l'unicità della giurisdizione è una tesi, pur non condivisibile, sostenuta da parte della dottrina dell'epoca. Durante la discussione, nella seconda sezione della seconda sottocommissione, della formulazione di quello che sarebbe poi diventato l'art. 103 Cost., l'on. Castiglia sostenne che «la conservazione [della giurisdizione amministrativa, n.d.a.] non violerebbe il principio della unicità giurisdizionale [...]». Inoltre, dato il carattere generale della competenza, quella amministrativa è da ritenersi una giurisdizione ordinaria completa, parallela a quella civile e penale».

⁶⁹ Si tenga comunque presente che il sindacato della Corte dei Conti è molto più penetrante rispetto al sindacato proprio del giudice amministrativo ma, ancorché più ampio, resta pur sempre un sinda-

- la convinzione che le funzioni svolte dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale fossero differenti rispetto a quelle esplicate dal giudice ordinario: di per sé quest'ultimo mai aveva avuto competenza in materia di interesse legittimo, mentre la giurisdizione del Consiglio di Stato – almeno nella prospettiva dell'epoca – era dominata dal criterio del pubblico interesse, e si trovava a valutare la discrezionalità della pubblica amministrazione⁷²;
- come logica conseguenza di quanto sopra rilevato, il fatto che il giudice ordinario fosse portato ad applicare rigidamente la legge in materie dove risultava invece necessario contemperarne l'applicazione con una valutazione del pubblico interesse⁷³; non diversamente ma più in generale, la necessità che ad esercitare la giurisdizione in determinate materie caratterizzate da alta specializzazione – compresa quella amministrativa – vi fossero magistrati appositamente preparati, a fronte dell'inadeguatezza del giudice ordinario, il quale «ha un sistema rigido, dagli spigoli netti, dal sillogismo rigoroso quale

cato di controllo (e non un giudizio): non vi sono infatti posizioni giuridiche di cui i privati sono titolari da difendere e garantire, come invece accade nell'ambito della giurisdizione amministrativa.

⁷⁰ V. N. ZANON, *L'autonomia e l'indipendenza delle magistrature speciali oggi*, in B. CAMPANELLI (a cura di), *Indipendenza, imparzialità e responsabilità dei giudici speciali*, Pisa, Pisa University Press 2013¹, pp. 13 e segg., citato anche in M. D'AMICO-I. PELLIZZONE, *La giustizia amministrativa. Le ragioni della scelta della costituente e profili costituzionali dell'attuale dibattito sui rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Rivista AIC* 4/2014.

⁷¹ L'espressione si trova in A. POLICE, *Art. 24*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione, op. cit.*

⁷² Queste le posizioni espresse dal deputato Aldo Bozzi nella seduta di martedì 17 dicembre 1946 della seconda sottocommissione. È curioso rilevare – senza che diventi un *argumentum ad hominem* – che l'onorevole Bozzi era divenuto consigliere di Stato nel 1940; il fratello Carlo, anch'esso consigliere di Stato, avrebbe svolto le funzioni di presidente dell'istituto dal 1962 al 1968.

⁷³ È ancora Bozzi a sostenere la necessità di unire «alla rigidità del giudice [...] la “duttività dell'amministratore”» (*ibidem*).

- s'addice al vigile senso del diritto, [non] pronto a quegli apprezzamenti duttili, elastici che sono richiesti da tanti ambienti e da tante materie speciali»⁷⁴;
- la visione del Consiglio di Stato, quindi, come organo di controllo (indipendente) sull'attività della pubblica amministrazione, controllo non esercitabile dal giudice ordinario⁷⁵;
 - infine, un argomento di carattere storico: come evidenziò Giovanni Leone (per rispondere a coloro, e in particolare Calamandrei, i quali sostenevano che le giurisdizioni speciali producevano, e avrebbero continuato a produrre, un *vulnus* di tutela nei confronti dei cittadini), l'analisi in chiave storica della

⁷⁴ È la posizione dell'on. Adonnino, seduta pomeridiana del 20 novembre 1947 dell'Assemblea Costituente. Negli stessi termini anche l'on. Mortati, per cui «vi sono casi in cui non si chiede tanto un contributo di informazione sui fatti, ma una speciale *forma mentis*, una speciale preparazione per la interpretazione di certe disposizioni di legge, per cui il giudice ordinario non appare sufficientemente preparato» (seduta pomeridiana del 21 novembre 1947 dell'Assemblea Costituente).

⁷⁵ L'argomento non è nuovo, perché riprende e sviluppa, anche nella terminologia, quanto aveva già sostenuto Silvio Spaventa nel suo discorso del 1880 (S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione. Discorso pronunciato nell'Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880, op. cit.*): «La giurisdizione del Consiglio di Stato, per la sua particolare natura, non è costituita – come ha detto anche l'onorevole Calamandrei – a tutela di diritti, ma a difesa dello Stato e dei cittadini anche contro lo Stato. Per mezzo di essa, il cittadino diventa uno strumento per l'attuazione di quella che con frase felicissima è stata detta “la giustizia nell'amministrazione”. È quindi lo Stato stesso che sente la necessità di organizzare questa forma di controllo giurisdizionale per attuare nel suo seno la giustizia nell'amministrazione, che è un problema essenziale di ogni Stato veramente democratico [...]. Se l'Amministrazione erra nell'applicare una norma, il Consiglio di Stato, valendosi dell'interesse individuale leso, ripristina la situazione giuridica, reintegrando così, non solo la situazione individuale, ma sopra tutto l'ordine giuridico leso e la legalità nell'amministrazione. Questa è la funzione del Consiglio di Stato». Così A. Bozzi, seduta di martedì 17 dicembre 1946 della seconda sotto-commissione (seconda sezione).

nascita e dell'evoluzione del Consiglio di Stato restituiva un istituto che non aveva limitato i diritti dei cittadini, ma li aveva al contrario ampliati⁷⁶.

Fu quest'ultima impostazione teorica a prevalere (risultando del tutto recessivo, infine, il terzo orientamento teorico che voleva il mantenimento di tutte le giurisdizioni speciali e perfino la possibilità di ampliarle senza limiti), e fu lo stesso presidente della Commissione per la Costituzione, on. Ruini, a descriverla e a sostenerla nel corso delle sedute plenarie dell'Assemblea, specificando che la «tutela degli interessi legittimi verso la pubblica amministrazione»⁷⁷ poteva essere garantita solo dal Consiglio di Stato (quale organo giurisdizionale), che «la facoltà di annullare provvedimenti amministrativi non può essere data ad un qualunque organo di Magistratura ordinaria; potrà esercitare tale delicatissima funzione soltanto un organo di struttura e di competenza amministrativa come il Consiglio di Stato»⁷⁸, e che, infine, un gruppo di controversie – «quelle [...] che per la inscindibilità delle questioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo, e per la prevalenza delle prime»⁷⁹, sarebbero dovute rimanere al Consiglio di Stato. In questo senso prevale l'idea della

⁷⁶ «Abbiamo fatto eccezione [...] per quanto concerne i due grossi tronchi della giurisdizione amministrativa [...]. Ora, questi due tronchi devono restare, non solo per il prestigio, la capacità e l'indipendenza di cui hanno dato prova in tutti i tempi, ma devono restare anche perché sono sorti sotto un profilo che ritengo opportuno segnalare all'Assemblea: sono sorti, cioè, non come usurpazione al giudice ordinario di particolari attribuzioni, ma come conquista di una tutela giurisdizionale da parte del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. Quindi, non si tratta di ristabilire la tutela giudiziaria ordinaria del cittadino che sia stata usurpata da questa giurisdizione amministrativa; ma di riconsacrare la perfetta tradizione di una conquista particolare di tutela da parte del cittadino» (v. intervento nel corso della seduta del 21 novembre 1947 dell'Assemblea Costituente).

⁷⁷ V. intervento nel corso della seduta del 21 novembre 1947 dell'Assemblea Costituente.

⁷⁸ *Ibidem.*

⁷⁹ *Ibidem.*

specializzazione della giustizia amministrativa, i cui componenti, tradizionalmente, uscivano dai ranghi della pubblica amministrazione⁸⁰.

In effetti, tra le varie criticità della costruzione teorica di Calamandrei evidenziate nel corso del dibattito nella Costituente, vi era senz'altro quella legata alla portata della cognizione del giudice ordinario sugli atti della pubblica amministrazione, una volta che fosse stata abolita la giurisdizione amministrativa; inoltre, non era stato chiarito quali sarebbero stati i poteri del giudice amministrativo, e come si sarebbe modulato il sindacato sul (cattivo) esercizio del potere (discrezionale) da parte dell'amministrazione e, conseguentemente, se e come sarebbe sopravvissuto il vizio dell'eccesso di potere⁸¹: non deve quindi meravigliare che la scelta definitiva dell'Assemblea nel senso di prevedere una *tendenziale* unicità della giurisdizione, temperata dal mantenimento di alcuni giudici speciali (Consiglio di Stato e Corte dei Conti).

7. Gli sviluppi successivi

Come è stato osservato, il dualismo giurisdizionale approntato dalla Costituzione – e in particolare dall'art. 113 Cost. – impone che le posizioni giuridiche dei cittadini – siano esse diritti soggettivi o interessi legittimi – devono essere caratterizzate da una piena ed effettiva tutela, e sta in ciò lo stretto legame tra la tematica dell'unicità della giurisdizione e quello dell'equiparazione tra posizioni giuridiche soggettive, di cui si è detto nei due paragrafi precedenti: con parole differenti, il meccanismo di riparto tra le due giurisdizioni ordinaria e amministrativa, necessario in un sistema a doppia giurisdizione, non deve in alcun modo comportare il venir

⁸⁰ Tale riflessione non è più attuale, dal momento che – salvo i membri di nomina governativa del Consiglio di Stato – l'accesso alla giustizia amministrativa avviene mediante concorso e i magistrati amministrativi, in quanto a terzietà e indipendenza, sono considerati alla stregua dei magistrati ordinari.

⁸¹ La circostanza è posta in evidenza, in senso critico, da R. ROLLI, *op. cit.*, par. 2.

meno dell'effettività e della pienezza della tutela giurisdizionale di cui agli artt. 24 e 113 Cost.⁸².

È ben chiaro – ma di questo si tratterà più diffusamente *infra* – che il tema del presente lavoro, ossia lo “sconfinamento” del sindacato del giudice amministrativo nelle valutazioni di merito dell'amministrazione, può ben essere letto come una (prevedibile) conseguenza dell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale che ha caratterizzato l'interpretazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione.

Infatti, se è vero che la Costituzione repubblicana introdusse alcune significative novità nell'ambito della giurisdizione amministrativa, è ugualmente vero che il percorso per concretizzare e tradurre in pratica i principi elaborati dal costituente fu lungo e, almeno per quanto riguarda l'equiparazione nella tutela tra diritto soggettivo e interesse legittimo, può dirsi concluso solo in parte⁸³.

⁸² Per F. CINTOLI, *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'annullamento dei regolamenti*, in *Foro amministrativo – T.A.R.*, fasc. 9, 2003, p. 2780, «l'effettività della tutela giurisdizionale è un principio particolarmente sentito da studiosi e operatori del processo amministrativo. Sebbene scolpito nell'art. 113 Cost., esso, lungi dal consolidarsi subito nelle maglie dell'ordinamento, è stato per lungo tempo un obiettivo da raggiungere. L'effettività della tutela come obiettivo ha assunto il significato di una transizione, per dirla con Merusi, dall'*ingiustizia* alla giustizia del processo; ovvero, per usare una formula ormai comune, il significato del passaggio dal giudizio demolitorio e statico sull'*atto* ad un giudizio imperniato sul *rapporto* (o più correttamente sulla *pretesa* dedotta dal ricorrente)» (corsivi dell'autore; il riferimento a Merusi va inteso a F. MERUSI-G. SANVITI, *L'«ingiustizia» amministrativa in Italia: per la riforma del processo amministrativo*, Bologna, Il Mulino 1986¹).

⁸³ Tale circostanza, d'altra parte, non deve meravigliare, soprattutto alla luce di quanto è stato evidenziato *supra*, nel primo paragrafo dell'introduzione al presente lavoro: quanto muta la società, tanto il giurista è chiamato a “riempire di senso” i principi che sono enunciati nella Costituzione. A mero titolo di esempio, si pensi alla risarcibilità degli interessi legittimi, riconosciuta dalla giurisprudenza solamente nel 1999 (v. Cass. civ., SS.UU., sent. 500/1999), nonostante l'equiparazione delle posizioni giuridiche soggettive sia contenuta nella costituzione del 1948. In altre parole, non sembra corretto l'approccio di chi cerca di trovare un punto di arrivo, immutabile nel tempo, nell'attuazione dei principi costituzionali. È compito del legislatore ordinario (e, non secondaria-

In effetti, solo nel 1971 il legislatore ordinario intervenne per istituire gli organi di giustizia amministrativa di primo grado, con la l. 6 dicembre 1971, n. 1034; i neonati tribunali amministrativi decidevano sui ricorsi precedentemente attribuiti alla competenza delle giunte provinciali amministrative in sede giurisdizionale⁸⁴ ai sensi degli artt. 1 e 4 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1058⁸⁵, sui ricorsi concernenti con-

mente, dell'interprete che alla legislazione ordinaria deve dare una interpretazione costituzionalmente orientata) fornire strumenti sempre nuovi per riempire di significato il dettato costituzionale alla luce della mutevolezza della *societas* del vecchio brocardo latino *ubi societas, ibi ius*.

⁸⁴ Tali organi erano stati dichiarati incostituzionali (*rectius*: venne dichiarata l'incostituzionalità della loro composizione in sede giurisdizionale prevista dall'art. 1 d.lgs. luogotenenziale 12 aprile 1945, n. 203) da Corte cost., sent. 30/1967, sulla base del fatto che la «maggioranza dei componenti della Giunta [...] non si trovano in posizione di indipendenza rispetto al Governo [...]. Ciò è sufficiente a far escludere che le Giunte provinciali amministrative (non diversamente da quanto la Corte ebbe ad affermare per i Consigli di prefettura) possano esser considerate organi giurisdizionali indipendenti. Il pericolo poi che la mancanza di indipendenza possa degenerare in mancanza di imparzialità non è difficile a intuire, quando si considerino le materie spettanti alla giurisdizione di questo organo, tra le quali rientrano le controversie sulle elezioni amministrative, i provvedimenti delle amministrazioni locali autonome, e persino provvedimenti dell'autorità governativa locale». Dalla motivazione della sentenza emerge in maniera piuttosto evidente la tesi prospettata prospettata da Calamandrei, nel corso della Assemblea Costituente, circa la mancanza di imparzialità di un organo sottoposto, in qualche maniera, alle dipendenze dell'esecutivo.

⁸⁵ Così l'art. 2 comma 1 lett. a) della l. 6 dicembre 1971, n. 1034. Entrambi i due articoli citati (il cui testo è riportato di seguito) erano stati dichiarati incostituzionali da Corte cost., sent. 33/1968.

Art. 1:

«La Giunta provinciale amministrativa è investita di giurisdizione amministrativa per decidere, pronunciando anche in merito, dei ricorsi che non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, né appartengano alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali, relativi alle materie seguenti:

1° Ricorsi contro le deliberazioni dei Consigli comunali relative alle istituzioni fatte a pro delle generalità degli abitanti dei Comuni o delle loro frazioni, alle quali non siano applicabili le regole degli istituti di carità e di beneficenza, come pure agli interessi dei parrocchiani, alla sorveglianza ed alla revisione dei conti delle opere di carità e di beneficenza, delle chiese parrocchiali e delle altre

amministrazioni sussidiate dal Comune, ai termini degli articoli 132 e 133 del testo unico della legge comunale e provinciale, approvato col R. decreto 4 febbraio 1915, n. 148;

2° Ricorsi contro le deliberazioni dei Consigli provinciali o comunali relative all'esecuzione di opere attorno a costruzioni di cui le leggi pongono eventualmente il ristabilimento o la riparazione a carico rispettivamente della Provincia o del Comune, a mente dell'art. 307 del testo unico succitato;

3° Ricorsi contro i provvedimenti contingibili ed urgenti di sicurezza pubblica, emanati dal sindaco sulle materie di edilizia e di polizia locale ed in materia d'igiene pubblica, attribuite per legge ai Comuni, contro l'ordine da essi emanato, di esecuzione dei provvedimenti stessi a spese degli interessati, nonché contro l'ordinanza del sottoprefetto che rende esecutoria la nota delle medesime, ai termini di quanto è disposto nell'art. 153 del testo unico suddetto, modificato dall'art. 32 del R. decreto 30 dicembre 1923, n. 2839;

4° Ricorsi contro i provvedimenti emanati dal sindaco in materia d'igiene dell'abitato, secondo le attribuzioni che gli sono conferite negli articoli 69, 70 e 71 del testo unico delle leggi sanitarie, approvato con R. decreto 1° agosto 1907, n. 636;

5° Ricorsi in materia di consorzi fra Provincia, Comuni, enti morali o privati, per opere stradali che non escono dai limiti del territorio della Provincia; e contro i provvedimenti previsti dall'art. 17 del decreto-legge Luogotenenziale 1° settembre 1918, n. 1446 circa i Consorzi per la manutenzione e la ricostruzione delle strade vicinali.

6° Ricorsi in materia di consorzi per opere idrauliche, poste per legge a carico esclusivo dei proprietari frontisti, senza concorso obbligatorio dello Stato nell'interesse generale;

7° Ricorsi in materia di bonifica di seconda categoria;

8° Ricorsi contro i provvedimenti ordinati dai sindaci per contravvenzioni alla legge sui lavori pubblici del 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, relative alle opere pubbliche dei Comuni».

Art. 4:

«La Giunta provinciale amministrativa giudica con giurisdizione esclusiva sui ricorsi per questioni derivanti dal rapporto d'impiego prodotti da impiegati assunti in servizio, secondo gli ordinamenti delle rispettive amministrazioni, dai Comuni, dalle Provincie, dalle istituzioni pubbliche di beneficenza o da qualsiasi altro ente od istituto pubblico sottoposto alla tutela od anche alla sola vigilanza dell'amministrazione pubblica locale. Restano tuttavia ferme le disposizioni vigenti circa i maestri elementari.

Pei ricorsi contro le deliberazioni delle rispettive amministrazioni con le quali gli impiegati siano stati destituiti, dispensati dal servizio o in qualsiasi altra forma licenziati, o siano stati sospesi per un

troverse in materia di operazioni per le elezioni dei consigli comunali, provinciali e regionali⁸⁶ e sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti emessi da organi periferici dello Stato e da enti pubblici a carattere ultraregionale; da enti pubblici non territoriali; da enti pubblici territoriali; da organi centrali dello Stato⁸⁷.

Infine, veniva previsto che gli istituiti tribunali amministrativi regionali esercitassero, in determinate materie, la giurisdizione di merito e quella esclusiva⁸⁸, come d'altra parte è consentito dall'art. 103 ultima parte Cost..

Nel 1971 l'“architettura istituzionale” della giustizia amministrativa raggiunge quindi la sua configurazione attuale, immutata anche a seguito della scelta di razionalizzare la legislazione in materia di processo amministrativo, avvenuta con l'adozione del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

tempo maggiore di tre mesi ovvero siasi provveduto alla formazione del loro ruolo di anzianità, la Giunta provinciale amministrativa decide anche in merito.

Sono altresì attribuiti all'esclusiva giurisdizione della Giunta provinciale amministrativa, che si pronuncia anche in merito:

1° I ricorsi e le opposizioni contro le deliberazioni dei Consigli comunali in materia di fiere e mercati, ai termini dell'articolo 1 della legge 17 maggio 1866, n. 2983, omessa la decisione della deputazione provinciale preveduta nel secondo capoverso del detto articolo;

2° I ricorsi contro le iscrizioni nel ruolo della spesa per la somministrazione del chinino agli operai ed ai coloni affetti di febbri palustri, ai termini dell'art. 159 del testo unico delle leggi sanitarie, approvato con R. decreto 1° agosto 1907, n. 636».

⁸⁶ Così l'art. 6 comma 1 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034.

⁸⁷ Così gli artt. 2 comma 1 lett. b) e 3 comma 1 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034.

⁸⁸ Il richiamo è, rispettivamente, all'art. 27 del T.U. 26 giugno 1924, n. 1054 e all'art. 1 del T.U. 26 giugno 1924, n. 10585 per quanto riguarda la giurisdizione di merito, e per quanto riguarda la giurisdizione esclusiva agli artt. 29 del T.U. 26 giugno 1924, n. 1054, 4 del T.U. 26 giugno 1924, n. 1058, e successive modificazioni, e 5 comma 1 della stessa l. 6 dicembre 1971, n. 1034 (ossia ricorsi contro atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ferma la giurisdizione ordinaria per le controversie concernenti indennità, canoni e altri corrispettivi).

Tuttavia, non si sottovaluti come dottrina e giurisprudenza (compresa, ancorché più cautamente, quella costituzionale) intervennero sull'architettura del processo come immaginato dal legislatore del 1971 per riempire di significato i principi di cui agli artt. 24 e 113 Cost.; nemmeno la novità rappresentata dalla l. 6 dicembre 1971, n. 1034 permise di risolvere alcune delle problematiche che imponevano una cesura tra il "vecchio" processo amministrativo, costruito in chiave meramente casatoria⁸⁹, e i principi contenuti nella Costituzione. In questo senso si possono richiamare la limitazione intrinseca della stessa tutela demolitoria, cui faceva da *pendant* una tutela cautelare costruita in chiave solo sospensiva⁹⁰; conseguentemente,

⁸⁹ Nella prima parte di questo capitolo si è descritta la ragione storica del perché il processo amministrativo nacque come un processo con tali caratteristiche.

⁹⁰ Si pensi che, ancora nel 2002, il Consiglio di Stato affermava che «il connotato essenziale della nozione di interesse legittimo resta quello del riconoscimento di una posizione di vantaggio riconosciuta dall'ordinamento ad un determinato soggetto in ordine a un bene e consistente nell'attribuzione a quel medesimo soggetto di poteri idonei, non a realizzare in modo pieno e immediato l'interesse al bene, ma a realizzarlo in via indiretta e mediata attraverso il corretto esercizio dell'azione amministrativa [...]. *La realizzazione dell'interesse individuale (in ogni forma) non può quindi che essere subordinata alla rimozione dell'atto provvedimento autoritativo che ha inciso sulla posizione del privato*» (Cons. Stato, sez. VI, sent. 3338/2002; corsivo di chi scrive). Tra l'altro, dalla stessa sentenza, che riguardava la pregiudiziale amministrativa e l'interpretazione del concetto di "reintegrazione in forma specifica" di cui all'art. 35 d.lgs. 80/1998, poi modificato dall'art. 7 l. 205/2000 (oggi confluito, seppur in termini parzialmente differenti, nell'art. 30 del Codice del processo amministrativo), sembra desumersi una lettura piuttosto conservatrice del processo amministrativo. Nel commentare la pronuncia, è stato sostenuto (anticipando, in un certo qual modo, quanto sarebbe stato poi affermato da Const. Stato, A.P., sent. 3/2011) che l'unico modo per imporre all'amministrazione di assegnare al ricorrente l'utilità pretesa è estendere il giudizio «all'accertamento della spettanza di tale utilità. Un accertamento del genere, in un giudizio che investa una posizione "dinamica" come il potere amministrativo, pone problemi non indifferenti. Dal punto di vista processuale postula o la capacità del giudice di introdurre d'ufficio nel processo con larghezza i fatti rilevanti [...], o l'introduzione di un severo meccanismo di preclusioni, che imponga all'Amministrazione, in termini formali, o anche solo in via pratica, di enunciare subito nei suoi

una maggiore garanzia degli interessi legittimi oppositivi rispetto agli interessi legittimi pretensivi; i limiti del sindacato sulla discrezionalità amministrativa e la portata della figura dell'eccesso di potere; l'assenza di forme di tutela nei confronti del silenzio amministrativo, in mancanza di una disciplina generale sul procedimento⁹¹. In questo senso, parte della dottrina aveva affermato che in alcun modo doveva essere sacrificata la posizione del privato (che deve ottenere piena tutela *ex art. 24 e 113 Cost.*), e che nessuna barriera doveva essere posta a protezione dell'amministrazione in nome dell'intangibilità della funzione amministrativa⁹².

8. Gli aspetti ancora problematici

Per quanto interessa in questa sede, aver ripercorso le tappe più significative della nascita e dello sviluppo della giustizia amministrativa permette di effettuare alcune considerazioni utili a introdurre, in definitiva, la seconda parte di questo lavoro.

Si è visto, in primo luogo, come l'esigenza di tutela nei confronti degli atti della pubblica amministrazione (una pubblica amministrazione che andava acquistando sempre una maggiore importanza e pregnanza nella vita dei cittadini) si sviluppa nel clima liberale di metà Ottocento, con una chiara ed evidente prospettiva di tutela del cittadino (che non è più solo suddito, sottoposto agli arbitrii insindacabili della pub-

atti, in modo esaustivo, ogni ragione contraria alla pretesa del privato, senza possibilità di integrazioni successive» (A. TRAVI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc. 1, 2003, pp. 222 e segg.).

⁹¹ Non si dimentichi che una prima disciplina generale del procedimento amministrativo e, per quanto qui interessa, dei termini di conclusione (con la contestuale affermazione dell'obbligo, per la pubblica amministrazione, di conclusione del procedimento), venne approvata solo con la l. 241/1990.

⁹² F. LIGUORI, *Effetto conformativo e reintegrazione in forma specifica. È possibile il risarcimento in natura per gli interessi pretensivi?*, in *Giustizia civile*, n. 2, 2003, pp. 463 e segg.; in particolare pp. 470-471.

blica amministrazione). Non deve pertanto meravigliare, in questo senso, il fatto che fin da subito la giustizia amministrativa – ad esclusione del periodo tra il 1865 e il 1889, ossia tra la legge 20 marzo 1865, n. 2248, di abolizione del contenzioso amministrativo e la legge 31 marzo 1889, n. 5992 – si sia caratterizzata per un controllo di sola legittimità sugli atti delle pubbliche amministrazioni, in ossequio al principio di rigida tripartizione dei poteri: se il giudice ordinario nei rapporti tra privati (o tra privati e pubblica amministrazione, qualora quest'ultima agisca *iure privatorum*) ha un sindacato pieno e diretto, il giudice amministrativo – laddove si sia in presenza di esercizio autoritativo di potere – deve limitarsi a scrutinare le modalità di esercizio di tale potere, non potendo egli stesso provvedere direttamente a soddisfare la pretesa sostanziale del ricorrente, a pena di invadere, con il proprio potere, la sfera di competenza della pubblica amministrazione⁹³.

Ancora, è ormai chiaro che la giurisdizione amministrativa sia una giurisdizione soggettiva, improntata pertanto alla tutela di una posizione giuridica di cui è titolare il soggetto leso, e ciò tanto più alla luce del chiaro tenore dell'art. 24 Cost.; ormai del tutto abbandonata risulta l'impostazione dogmatica di chi vedeva, nel giudizio amministrativo, una giurisdizione oggettiva⁹⁴.

⁹³ Per un approfondimento sui concetti giuridici di potere, situazione giuridica soggettiva e potestà si rinvia a F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane 2017¹⁸, pp. 55-80.

⁹⁴ Non si vuole sminuire l'originaria impostazione "oggettivistica" del processo: «è a tutti più che noto che il processo amministrativo sia stato progressivamente ricostruito come giudizio di parti, muovendo però da un impianto (normativo e teorico) che mostrava i caratteri della giurisdizione obiettiva, nell'interesse della legalità delle decisioni autoritative» (L.R. PERFETTI, *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, fasc. 1, 2015, p. 72); e se anche vi sono alcuni ambiti in cui il carattere oggettivo del giudizio sembra prevalere (si pensi, ad esempio, al rito appalti o alla legittimazione ad agire di associazioni esponenziali in materia ambientale e culturale o, ancora, delle autorità garanti nell'interesse della legge; per approfondire, si veda C. BENETAZZO, *Ricorso incidentale, ordine di esame delle questioni e principio di effettività*, Torino, Giappichelli 2016¹, cap. 3, parr. 14-18 (pp. 161-180), non sembra certo potersi ricavare da ciò una

Tuttavia, il testo Costituzionale non chiariva (né avrebbe potuto farlo, non essendo nella natura di un testo costituzionale farlo) la portata e il significato di due concetti fra loro intrinsecamente legati, ossia l'interesse legittimo e il riparto di giurisdizione, cui accede, come logica conseguenza, la natura del sindacato del giudice amministrativo: l'art. 103 comma 1 Cost. prevede che quest'ultimo abbia giurisdizione «per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi [...]»; ne consegue che per applicare correttamente la regola del riparto, è necessario ben definire il concetto di interesse legittimo; infine, la pienezza della tutela giurisdizionale (prevista dall'art. 24 Cost.), l'equiparazione tra diritto soggettivo e interesse legittimo (anch'essa prevista dall'art. 24 Cost.) e il divieto di escludere o limitare a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti la tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione ritenuti illegittimi (di cui all'art. 113 commi 1 e 2 Cost.) sono elementi che impongono una approfondita riflessione sui poteri e sul sindacato del giudice amministrativo proprio alla luce dei nuovi precetti costituzionali.

All'interesse legittimo e al riparto di giurisdizione si farà un cenno nei prossimi paragrafi; nei prossimi due capitoli si svilupperà invece la riflessione sui poteri e sul sindacato del giudice, cuore della presente trattazione.

8.1. L'interesse legittimo alla luce dei principi costituzionali

Non è certo possibile ripercorrere, in questa sede, la nascita e lo sviluppo del concetto di interesse legittimo. È però opportuno – prendendo nuovamente come punto di riferimento il testo della Costituzione – svolgere alcune riflessioni che permettano di meglio comprendere lo stato attuale della ricerca sull'interesse legittimo.

regola generale: è indubbio che l'art. 24 Cost., in combinato disposto con il successivo art. 113 comma 1 Cost. delinea, pacificamente, una giurisdizione soggettiva.

timo che, come si è visto, risulta intrinsecamente legato al riparto di giurisdizione e, conseguentemente, ai poteri esercitati dal giudice amministrativo⁹⁵.

Sinteticamente:

- la dizione “interesse legittimo” appare per la prima volta proprio nella Costituzione, nell’art. 24; tuttavia, il testo costituzionale non permette di comprendere che tipo di “interesse legittimo” avesse in mente il legislatore⁹⁶; l’unica indicazione chiara è che l’interesse viene posto sullo stesso piano del diritto soggettivo. Alcuni autori hanno sottolineato che, con la formulazione dell’art. 24 Cost., viene definitivamente superata l’impostazione che vedeva nella tutela dell’interesse legittimo uno strumento finalizzato alla tutela dell’interesse pubblico⁹⁷; altri, al contrario, hanno continuato ad affermare la strumentalità della tutela dell’interesse legittimo nei confronti dell’interesse pubblico⁹⁸, evidenziando la contraddizione tra un sistema di giustizia volto

⁹⁵ La letteratura in tema di interesse legittimo è, come è facile immaginare, letteralmente sterminata. Non si può che rimandare, in prima battuta, al già citato F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo: storia e teoria*, op. cit., che può oggi considerarsi il testo di riferimento, e alla bibliografia ivi contenuta.

⁹⁶ Né aiuta, in questo senso, l’analisi dei lavori preparatori. La scelta del legislatore costituente non deve tuttavia meravigliare, sia dal punto di vista formale (poiché un testo costituzionale non è luogo ove il legislatore possa, o debba, prendere posizione su concetti simili), sia dal punto di vista sostanziale (poiché fornire una definizione di “interesse legittimo” ne avrebbe comportato la cristallizzazione, impedendone lo sviluppo e inibendone l’interpretazione evolutiva).

⁹⁷ È la posizione di F.G. Scoca (v. F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo: storia e teoria*, op. cit., pp. 182 e segg.), per cui «la tutela dell’interesse legittimo è concepita e disciplinata in Costituzione come tutela propria del *solo* interesse privato» (*ibidem*, p. 183; corsivo dell’autore) e, ancora, per cui «la Costituzione ha rafforzato la concezione individualistica della giustizia amministrativa, confermando l’impostazione originaria, risalente alle ideologie dello Stato liberale» (*ibidem*, p. 184).

⁹⁸ Si vedano E. CANNADA BARTOLI, voce *Interesse*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè 1972¹, vol. XXII; C. RIBOLZI, *L’azione nel diritto processuale amministrativo*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino (Nuvoletti) 1955¹, pp. 39 e segg.; G. TREVES, *Principi di diritto pubblico*, Torino, Utet 1971¹, pp. 252 e segg.; E. STICCHI DAMIANI, *Procedimento amministrativo e interessi legittimi*, in F. TRIMAR-

alla tutela dell'interesse pubblico ma attivabile solamente in presenza della lesione di un interesse di un privato. Non sembra tuttavia che quest'ultima posizione sia sostenibile: non è il giudice, bensì l'amministrazione, a curare gli interessi pubblici; assumere che di questo compito – e non già della tutela di una posizione giuridica soggettiva di cui è titolare il privato – sia investito anche il giudice amministrativo, e non la sola amministrazione, significherebbe violare il principio di separazione del potere amministrativo da quello giurisdizionale: «i giudici non curano interessi; li tutelano, se ingiustamente lesi»⁹⁹. In altre parole, non si ricava dal testo costituzionale una sudditanza ontologica dell'interesse privato rispetto a quello pubblico che possa in qualche maniera desumersi dalla (non-) definizione dell'interesse legittimo; al contrario, l'equiparazione dell'interesse legittimo al diritto soggettivo comporta la sua definitiva elevazione a posizione giuridica soggettiva di cui è titolare il privato, in quanto tale tutelabile davanti a un giudice, e che non coincide con il mero rispetto della legittimità dell'azione amministrativa (che è comunque garantita e tutelata dall'art. 97 comma 2 Cost., il quale richiama i principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione);

- non può derivare, da una interpretazione dei principi espressi nel testo costituzionale, la necessità che l'interesse legittimo e il diritto soggettivo siano tutelati nello stesso modo, e con l'intervento dello stesso giudice; al contrario, proprio la diversità ontologica delle due posizioni giuridiche soggettive può giustificare, e anzi giustifica, due giudici della tutela. L'equiparazione effettuata dalla Costituzione va letta in chiave teleologica: ciò che deve ispirare l'interprete e il legislatore non è l'equiparazione delle forme di tutela, quanto piuttosto la loro efficacia. Non sembra ricavarsi, dal testo costituzio-

CHI (a cura di), *Il procedimento fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione (Atti del convegno. Messina-Taormina, 25-26 febbraio 1988)*, Milano, Giuffrè 1990¹, p. 171.

⁹⁹ F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, op. cit., p. 185.

nale, la necessità che l'interesse legittimo sia tutelato con le medesime forme e con i medesimi strumenti che l'ordinamento prevede per la tutela dei diritti soggettivi¹⁰⁰;

- va definitivamente escluso che l'interesse legittimo sia un *quid minus* rispetto al diritto soggettivo, un suo «stadio [o un suo] surrogato»¹⁰¹, e che possa ricevere una protezione soltanto processuale (in altre parole, che acquisisca consistenza sostanziale solo in vista del giudizio avanti al giudice della sua tutela): il baricentro – complici anche le sempre più approfondite riflessioni teoriche sulle modalità di esercizio del potere amministrativo e sul luogo ove ciò avviene, ossia il procedimento, riflessioni che sfoceranno nella l. 241/1990 – tende a spostarsi dal processo al procedimento, poiché è in questa sede che l'amministrazione può (e anzi deve) equamente contemperare l'interesse di cui è *ex lege* portatrice con quello di cui si fa portatore il privato che si interfaccia con essa; in effetti, la soddisfazione dell'interesse pubblico stabilito *ex lege* non è più l'obiettivo dell'amministrazione: il nucleo dell'azione amministrativa diviene la (o, con altre parole, l'esercizio della

¹⁰⁰ Va fortemente respinta, in quest'ottica, la tesi sostenuta da illustri autori e dalla cd. "scuola fiorentina" per cui diritti soggettivi e interessi legittimi sono un *unicum*, solo nominati differentemente. È la posizione espressa in F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam 1975¹, pp. 807 e segg., e poi ripresa in F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio Editori 1994¹; si vedano anche A. ORSI BATTAGLINI-C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 487 e segg., ora anche in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 1/2019, pp. 235 e segg.; C. MARZUOLI, *Un diritto «non amministrativo»*, in *Dir. pubbl.*, 2006; N. PAOLANTONIO, *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo (in margine a Cons. Stato, ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3)*, in *www.giustamm.it*, 25 febbraio 2015. Si veda anche F. LEDDA, *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, in *Giur. it.*, 11/1999, pp. 2212 e segg., ora anche in F. LEDDA, *Scritti giuridici*, Padova, Cedam 2002¹.

¹⁰¹ L'espressione è di E. CANNADA BARTOLI, voce *Interesse*, *op. cit.*, p. 10.

discrezionalità amministrativa si risolve nella) soddisfazione di un interesse (pubblico) che rappresenta la ponderazione tra interessi del singolo e interesse pubblico. Assunto questo differente punto di vista, si può apprezzare un nuovo e ben più pregnante significato che acquista la discrezionalità amministrativa: l'amministrazione è investita di un nuovo (e assai più complesso) compito e non deve meravigliare, pertanto, che a fronte di questa evoluzione – che pare divenire una conclusione largamente condivisa dalla dottrina fin dalla fine degli anni Sessanta¹⁰² – si sviluppa una maggiore sensibilità circa la tutela (anche nel merito) dell'interesse legittimo. Difatti, e sicuramente fino all'entrata in vigore della Costituzione, l'interesse legittimo, come si è visto, era un concetto prettamente processuale: da ciò era derivata, necessariamente, la sua tutela esclusivamente in chiave di legittimità; l'evoluzione (nella sua ottica sostanziale) della figura dell'interesse legittimo imponeva al contrario una rieditazione delle forme di tutela;

- il superamento del concetto per cui la norma attributiva del potere giustifica, in capo all'amministrazione, solo ed esclusivamente il soddisfacimento dell'interesse pubblico, unito alla valorizzazione dell'interesse legittimo in chiave sostanziale e all'indicazione del procedimento amministrativo quale stanza di compensazione di opposti interessi (quelli dell'amministrazione, quelli del privato che con l'amministrazione si interfaccia, e quelli dei controinteressati), permettono a Mario Nigro di formulare la sua definizione di interesse legittimo, che ampia fortuna avrà nei decenni successivi: si è di fronte a una «posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine a un bene oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto

¹⁰² V. F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, op. cit., p. 208.

esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene»¹⁰³;

¹⁰³ Tale definizione è contenuta in M. NIGRO, *Giustizia amministrativa, op. cit.*, p. 108. Nelle edizioni successive dell'opera la definizione è parzialmente differente; l'interesse legittimo viene definito come «la posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine *ad una utilità* oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione *della pretesa all'utilità*». I corsivi sono di chi scrive, ed evidenziano le differenze tra la prima e la seconda definizione per la quale si veda, ad esempio, M. NIGRO (ed. a cura di E. Cardì, A. Nigro), *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino 2002⁶. Si specifica che una definizione simile è stata fatta propria da Cass. civ., SS.UU., sent. 500/1999 («L'interesse legittimo va quindi inteso [...] come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene») e da Cons. Stato, A.P., sent. 3/2011 («L'interesse legittimo va, quindi, inteso come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita interessato dall'esercizio del potere pubblicistico, che si compendia nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione o la difesa dell'interesse al bene»). Il diritto soggettivo è invece definito come «la fondamentale posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad un bene e consiste nell'attribuzione al medesimo soggetto di una forza concretantesi nella disponibilità di strumenti vari (facoltà, pretese, poteri) atti a realizzare in modo pieno l'interesse al bene» (M. NIGRO, *Giustizia amministrativa, op. cit.*, p.98). Come noto, l'idea – presente ancora *in nuce* nei lavori del primo Nigro – che la discrezionalità amministrativa si risolva in un confronto tra interessi e nell'elaborazione di un nuovo assetto di tali interessi all'interno del procedimento amministrativo viene definitivamente elaborata nel corso degli anni Ottanta: Mario Nigro venne chiamato a presiedere una commissione, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, che consegnò i suoi lavori al Parlamento il 7 settembre 1984; il testo, dopo il parere espresso dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato (n. 7 del 19 febbraio 1987), divenne la base del disegno di legge sulla disciplina del procedimento amministrativo (che fu approvato come l. 241/1990). Nigro commentò il lavoro con due contributi, cui si rimanda per approfondimenti: M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980 e M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e*

- conseguentemente, il luogo ove il soggetto privato titolare di un interesse legittimo può e deve far valere la sua posizione – ossia, utilizzando le parole di Nigro, può esercitare i «poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere» – è il procedimento amministrativo, soprattutto dopo l’approvazione della l. 241/1990 che regola e valorizza la (indispensabile) partecipazione del privato al procedimento. Se si muove dal presupposto che «la tutela giuridica degli interessi privati si riassume nell’interesse legittimo, risulta altresì evidente il rilievo che la partecipazione al procedimento assume nei confronti della consistenza (della tutela giuridica) di tale posizione soggettiva. I modi della partecipazione [...] sono diretti ad inserire nel procedimento una forma [...] di contraddittorio tra i privati interessati e l’amministrazione (la quale, oltre che a sua volta interessata, è anche il) decidente; o, con visione più comprensiva, servono a consentire un concerto di “voci” (o posizioni) diverse per la migliore elaborazione della decisione. Tanto comporta che siano poste regole che assicurino il corretto svolgimento del procedimento [...]. Tali regole non possono che limitare la libertà (o la discrezionalità) dell’amministrazione nella scelta dei comportamenti (e dell’atteggiamento) da tenere nel procedimento: impongono, in altri termini, una serie di doveri (o di passaggi obbligati) alla parte pubblica, la quale, altrimenti, sarebbe libera di comportarsi, volta a volta come meglio crede, seguendo esclusivamente i dettami dell’interesse (pubblico) ad essa affidato»¹⁰⁴. Orbene, alla luce di quanto sopra, l’unica logica conclusione è che la tutela sostanziale dell’interesse legittimo può avvenire solo nell’ambito del procedimento amministrativo; v’è da chiedersi, ma a questo si risponderà nell’ultima parte del

trasformazioni dell’amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge), in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento fra riforme legislative e trasformazioni dell’amministrazione (Atti del convegno. Messina-Taormina, 25-26 febbraio 1988)*, op. cit..

¹⁰⁴ F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo: storia e teoria*, op. cit., pp. 231-232.

presente lavoro, se l'interesse legittimo, definito e qualificato come sopra, e pur in presenza di un ampliamento del sindacato del giudice amministrativo dall'atto al rapporto, può ricevere uguali forme di tutela anche davanti al giudice amministrativo.

8.2. *Il riparto di giurisdizione. Cenni*

Come si è visto, la seconda questione “di raccordo” è costituita dal riparto di giurisdizione.

Non sembra, francamente, che il testo costituzionale si sia discostato – o abbia fornito elementi per discostarsi – dal criterio che era stato proposto nell'ultimo decennio dalla Corte di Cassazione¹⁰⁵, ribadito e quindi cristallizzato dal “concordato Romano D'Amelio” del 1930 di cui egualmente si è detto¹⁰⁶.

In effetti, l'art. 103 Cost. è piuttosto chiaro nell'evidenziare che la giurisdizione degli organi della giustizia amministrativa è limitata alla tutela degli interessi legittimi. Ciò di cui si deve avere riguardo, in altre parole, è la natura della posizione giuridica soggettiva vantata dal privato che si accinge a proporre un'azione giudiziaria. La clausola, prevista dallo stesso art. 103 Cost., per cui «in particolari materie indicate dalla legge» il giudice amministrativo conosce anche dei diritti soggettivi, è – sia consentito l'utilizzo dell'abusata espressione – l'eccezione che conferma la regola. In effetti, anche in questo caso il costituente si è limitato a cristallizzare quanto era già stato previsto dagli artt. 29 del T.U. 26 giugno 1924, n. 1054, e 4 del T.U. 26 giugno 1924, n. 1058, e successive modificazioni, i quali per primi avevano previsto la giurisdizione cd. “esclusiva”, nell'ambito della quale, cioè, in considera-

¹⁰⁵ Il riferimento è alle già citate sentenze Cass. civ. Roma, SS.UU., sent. 24/06/1891, n. 460, cd. “caso Laurens”, in *Il Foro italiano*, vol. XVI, parte I: giurisprudenza civile e commerciale (1891), pp. 961 e segg., e Cass. civ. Roma, SS.UU., sent. 24/06/1897, cd. “caso Trezza”, in *Il Foro italiano*, vol. XXII, parte I: giurisprudenza civile e commerciale (1897), pp. 1363 e segg. (v. anche *supra*, nota 35).

¹⁰⁶ V. *supra*, nota 43.

zione della commistione tra le due posizioni giuridiche soggettive e al fine di duplicare i giudizi, si rendeva opportuno che a conoscere della questione fosse lo stesso giudice.

Non sembra che la previsione di cui all'ultimo comma dell'art. 113 Cost. (per cui «la legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa») incida in qualche modo sulla questione del riparto di giurisdizione: la previsione si limita a consentire che anche il giudice ordinario possa procedere – nei casi e con gli effetti previsti dalla legge – ad annullare un atto amministrativo, possibilità che gli era storicamente preclusa dalle leggi del 1865 e del 1889. Ma tale questione riguarda la cognizione e i poteri del giudice che non sia quello amministrativo, non tanto il riparto di giurisdizione. In questo senso è errata la lettura fatta da alcuni autori dell'art. 113 Cost., per i quali «la tutela dell'interesse legittimo appare riservata, secondo la corrente interpretazione dell'art. 103, 1° comma, al giudice amministrativo, ma trattasi di opinione non condivisibile in assoluto, dovendosi tener conto anche dell'art. 113, ultimo comma, il quale prevede che sia la legge a determinare gli organi di giurisdizione che possono annullare gli atti della pubblica amministrazione, precisandone i casi e gli effetti»¹⁰⁷. Difatti, non risultano pertinenti i richiami fatti dall'autore a Corte cost., sent. 185/1981 («ove sembra affermarsi che il legislatore ordinario può attribuire tutela di diritti al giudice amministrativo, ma non la tutela di interessi legittimi a giudici non appartenenti alla giustizia amministrativa»¹⁰⁸): non v'è dubbio che il legislatore possa attribuire tutela di diritti al giudice amministrativo (in «particolari materie», come prevede l'art. 103 comma 1 Cost.), così come non v'è traccia, nel testo costituzionale, di una ipotesi opposta; di per sé l'art. 113 comma 3 Cost. riguarda i poteri del giudice e non il riparto di giurisdizio-

¹⁰⁷ A. CERRETO, *Il riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo nella sua evoluzione. Punti fermi e problematiche aperte*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2007.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

ne; assumere che l'art. 113 comma 3 Cost. sia una norma che riguarda il riparto significa accogliere la tesi di un riparto basato sulla forma di tutela richiesta dal privato al giudice, abbandonata da più di un secolo.

Essendo infatti il criterio di riparto basato sulla natura della posizione giuridica soggettiva lesa un dato (teorico) ormai pacificamente acquisito, la giurisprudenza delle corti superiori, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, si è spesa per fornire chiare e stabili coordinate pratiche per stabilire le modalità del riparto di giurisdizione. Si è valorizzata, in particolare, la dicotomia norme di azione / norme di relazione: di fronte alle prime, dirette a regolare l'attività della pubblica amministrazione in vista del perseguimento dell'interesse pubblico, si è in presenza di un interesse legittimo e quindi la tutela spetta al giudice amministrativo; di fronte alle norme di relazione, poste per regolare rapporti intersoggettivi e attributive di poteri diretti e immediati al soggetto titolare, si è in presenza di un diritto soggettivo, e quindi la tutela spetta al giudice ordinario. Altra giurisprudenza¹⁰⁹, al contrario, ha valorizzato la discrezionalità della scelta dell'amministrazione: «di fronte alla potestà discrezionale della pubblica amministrazione il giudice ordinario è carente di giurisdizione, non potendo egli invadere, per il fondamentale principio della divisione dei poteri, la sfera propria dell'autorità amministrativa»¹¹⁰; ulteriore giurisprudenza¹¹¹,

¹⁰⁹ Si veda, a titolo di esempio, Cass. civ., SS.UU., sent. 186/1956.

¹¹⁰ *Ibidem*. La tesi è da ritenersi superata, in quanto vi può essere spendita di potere amministrativo anche in assenza di discrezionalità amministrativa. A sostegno di tale tesi vengono portati almeno tre elementi. Il primo: la tesi contraria non permette di distinguere tra attività amministrativa discrezionale e attività tecnico-discrezionale, equiparando due concetti affatto differenti. Il secondo valorizza un dato fondamentale, ossia che anche l'attività totalmente vincolata può essere espressione di un potere pubblico assegnato all'amministrazione per il raggiungimento di un interesse egualmente pubblico; infine, l'art. 21-*octies* comma 2 l. 241/1990 prevede che non sia annullabile «il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato»: a margine la questione sulla natura sostanziale o processuale della previsione legislativa, ragionando con metodo *a contrario* è evidente che porre un limite

muovendo da questa premessa, ha sostenuto che l'esercizio di potere discrezionale comportava una degradazione del diritto soggettivo in interesse legittimo, da cui la giurisdizione del giudice amministrativo nel solo caso in cui quel potere discrezionale fosse, a monte, correttamente attribuito all'amministrazione procedente; di fronte a un atto vincolato, o emesso in carenza di potere, l'amministrazione non era in grado di "degradare" l'originaria posizione giuridica di diritto soggettivo e pertanto la giurisdizione andava correttamente individuata in quella del giudice ordinario. A ciò si aggiunga la problematica questione dei cd. "diritti inaffievolibili", tali ritenuti da parte della giurisprudenza e della dottrina in quanto in un certo modo insensibili al potere amministrativo, inidoneo – secondo tale prospettazione – a de-

all'annullabilità di un provvedimento avente natura vincolata presuppone, a monte, la sua annullabilità e, conseguentemente, prima la sua impugnabilità davanti al giudice amministrativo, e quindi – in ossequio al criterio del riparto basato sulla natura delle posizioni giuridiche soggettive – la presenza di un interesse legittimo (per approfondimenti si veda F. CARINGELLA, *Il riparto di giurisdizione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2008). Va aggiunto che, nonostante il dichiarato abbandono del criterio legato alla spendita o meno di discrezionalità da parte dell'amministrazione, sia la giurisprudenza del Consiglio di Stato sia quella della Corte di Cassazione, in tempi recentissimi, sembrano individuare una posizione di diritto soggettivo a fronte della vincolatività dell'attività amministrativa. In tema di contributi per la ricostruzione sismica si vedano, in particolare, Cass. civ., SS.UU., sent. 8115/2017 (per la quale la controversia promossa dal privato per il riconoscimento e la quantificazione dei contributi, al fine della ricostruzione o riparazione di immobili colpiti da eventi sismici spetta alla cognizione del giudice ordinario, vertendosi in tema di erogazioni in cui l'attività dell'amministrazione è rigorosamente vincolata dai criteri predisposti dalla legge, a tutela delle posizioni dei singoli danneggiati, le quali pertanto hanno consistenza di diritti soggettivi [...] essendo peraltro appena il caso di sottolineare che il riconoscimento del diritto al contributo "in concreto" spettante (quindi siccome quantificato) non comporta una valutazione discrezionale (anche solo tecnica) da parte dell'amministrazione, ma costituisce mera applicazione di criteri predefiniti dalla legge, sia pure attraverso i necessari riscontri tecnici peraltro dalla stessa legge previsti»), e Cons. Stato, sez. I, par. 509/2019, 1580/2019 e 1999/2019.

¹¹¹ Per i cui riferimenti v. nota successiva.

gradarli in interessi legittimi¹¹²; le tesi sul punto debbono tuttavia essere rimediate alla luce degli avvenimenti di cronaca degli ultimi tempi¹¹³.

¹¹² È la tesi sostenuta, per prima, da Cass. civ., SS.UU., sent. 1436/1979, in tema di diritto alla salute. Si sono poi creati tre orientamenti: per il primo (ribadito da Cass. civ., SS.UU., sent. 23735/2006), il diritto alla salute è completamente impermeabile al potere amministrativo. Per un secondo orientamento, solamente la declinazione cd. “oppositiva” del diritto alla salute è impermeabile al potere amministrativo, mentre la posizione del privato assume una connotazione di interesse legittimo nel caso di declinazione “pretensiva” del diritto alla salute (ossia come miglioramento della propria condizione), e ciò fonda la giurisdizione del giudice amministrativo (in termini anche TAR Toscana, sez. I, sent. 6022/2006 in tema di trattamento sanitario obbligatorio, per il quale sussiste la giurisdizione del giudice ordinario). Infine, per una terza tesi (sostenuta da Cass. civ., SS.UU., sent. 17461/2006), vanno distinte le situazioni soggettive “a nucleo variabile” (per le quali è prospettabile una degradazione da diritto a interesse) e quelle “a nucleo rigido”, a fronte delle quali l’amministrazione non dispone di poteri tali da degradare la posizione del privato. Si deve evidenziare che tutta la giurisprudenza citata, aderendo alla teoria della cd. “degradazione”, muove dal presupposto che l’interesse legittimo sia una posizione giuridica soggettiva che è un *quid minus* rispetto al diritto soggettivo. Da ultimo, questi orientamenti sembrano essere stati rimeditati da Cass. civ., SS.UU., sent. 25011/2014, per la quale «la categoria dei diritti fondamentali non delimita un’area impenetrabile all’intervento di pubblici poteri autoritativi: questi sono sempre più spesso chiamati, non solo all’assolvimento dei compiti rivolti ad attuare i diritti costituzionalmente garantiti, ma anche ad offrire ad essi una tutela sistemica, nel bilanciamento con le esigenze di funzionalità del servizio pubblico e tenendo conto, ai fini del soddisfacimento dell’interesse generale, del limite delle risorse disponibili secondo le scelte allocative compiute dagli organi competenti»; a sostegno di tale impostazione le Sezioni Unite specificano che la sussistenza di potere amministrativo anche quando il bene della vita coinvolto è una «proiezione di un diritto fondamentale» è attestato dall’idoneità del giudice amministrativo a offrire piena tutela ai diritti soggettivi coinvolti nell’esercizio della funzione amministrativa (Corte cost., sent. 140/2007); dall’esclusione che, nell’ambito del processo amministrativo, la concessione di misure cautelari possa essere subordinata a cauzione quando la domanda cautelare riguarda diritti fondamentali della persona o altri beni di primario rilievo costituzionale (art. 55 d.lgs. 104/2010); dall’attribuzione alla giurisdizione esclusiva delle controversie in materia di ciclo dei rifiuti quand’anche relative a diritti costituzionalmente tutelati (art. 133 comma 1 lett. p) d.lgs. 104/2020); nella stessa sentenza le Sezioni Unite, tuttavia, giungono a una conclusione non condivisibile quando, nel caso concreto (si discute dell’attribuzione

Non va tuttavia omissis di sottolineare che i criteri sopra richiamati non sono altro che dei tentativi di agganciare a elementi concreti il criterio di riparto individuato dalla Costituzione, basato sulla differente natura delle posizioni giuridiche soggettive. In particolare, per quanto riguarda il criterio che vuole la spendita di discrezionalità come discriminante tra giurisdizione ordinaria e amministrativa (riaffermato anche di recente dalle Sezioni Unite della Cassazione¹¹⁴), sembra intravedersi un tentativo, da parte del giudice ordinario, di appropriarsi di spazi di giurisdizione che

di un piano educativo per uno studente disabile), aderiscono alla tesi per cui l'interesse legittimo sussiste solo di fronte all'esercizio di potere discrezionale da parte dell'amministrazione, sulla base del fatto che «l'amministrazione scolastica è priva di un potere discrezionale, espressione di autonomia organizzativa e didattica, capace di rimodulare o di sacrificare in via autoritativa, in ragione della scarsità delle risorse disponibili per il servizio, la misura di quel supporto integrativo così come individuato dal piano».

Va tuttavia aggiunto che la pandemia del virus SARS-CoV-2 (COVID-19) impone di rimeditare questi arresti giurisprudenziali: a fronte di risorse (posti letto ospedalieri, ventilatori polmonari etc.) limitate, con una domanda superiore all'offerta quantomeno nelle settimane di diffusione più violenta della malattia, le linee guida ospedaliere su "chi salvare e chi no", ancorché non formalmente recepite in provvedimenti amministrativi, hanno certamente comportato una compressione del diritto alla salute. In questa sede tale considerazione, che esorbita dal tema della ricerca, vuole essere solamente una (necessaria e doverosa) suggestione, comunque meritevole di ampio approfondimento.

¹¹³ Si pensi alla possibilità, per i medici ospedalieri, di decidere – mediante "linee guida" e "protocolli operativi" (sulla cui natura si può ampiamente discutere, ma che a giudizio di chi scrive assumono i tratti marcati di atti amministrativi) – chi curare nelle terapie intensive e chi no a fronte di un sovraccarico del sistema sanitario. Non si tratta, in definitiva, di un modo in cui si "comprimono" diritti assoluti, ritenuti inaffievolibili, quali il diritto alla salute e il diritto alla vita?

¹¹⁴ Oltre alle già citate (nelle note precedenti) Cass. civ., SS.UU., ord. 25011/2014 e Cass. civ., SS.UU., ord. 8115/2017, si veda anche Cass. civ., SS.UU., ord. 25101/2019.

non gli sono propri. Se errate sono le premesse – e sono errate – non possono che essere errate anche le conclusioni cui giungono i giudici di legittimità¹¹⁵.

Non deve pertanto meravigliare che la Corte costituzionale, investita della questione di legittimità dell'art. 33 d.lgs. 80/1998, come modificato dall'art. 7 lett. a) della l. 205/2000, abbia tentato di riportare ordine nella materia chiarendo una pluralità di questioni: in primo luogo, che il combinato disposto degli artt. 102 e 113 Cost. costituisce un limite per il legislatore che non può istituire, nemmeno indirettamente, un giudice dell'amministrazione; «la specialità di un giudice può fondarsi esclusivamente sul fatto che questo sia chiamato ad assicurare la giustizia “nell'amministrazione”, e non mai sul mero fatto che parte in causa sia la pubblica amministrazione»¹¹⁶; in secondo luogo, che l'art. 24 Cost. assicura agli interessi legittimi le medesime garanzie di tutela rispetto ai diritti soggettivi; ancora, che il parametro adottato dal costituente come ordinario discrimine tra giurisdizioni è la natura della posizione giuridica soggettiva; a tale criterio c'è un'unica eccezione, prevista dall'art. 103 Cost., il quale prevede che il giudice amministrativo possa conoscere di alcune materie, definite «particolari» rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità, «e cioè devono partecipare della loro medesima na-

¹¹⁵ V'è chi ha usato toni molto forti per stigmatizzare questo approccio: «Non resta che la parvenza di un'intollerabile presunzione dei giudici civili a ritenersi i veri custodi del diritto e a sentirsi dunque legittimati a soverchiare le altre giurisdizioni, cui fa da *pendant* il provincialismo di una parte minoritaria della dottrina, non meno colta da smemoratezza, che continua ad inseguire il mito della giurisdizione unica» (così M. MAZZAMUTO, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, relazione al Convegno internazionale su *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, Napoli, 6 dicembre 2019, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020). Non si può che condividere il senso della critica, pur non potendosi riconoscere, quantomeno per formale solidarietà nei confronti della categoria oggetto dello strale, nei toni assai duri in cui tale critica è declinata. Né, d'altra parte, sembra configurarsi un preordinato disegno da parte delle Sezioni Unite della Cassazione volto a comprimere la giurisdizione del giudice amministrativo con l'obiettivo di realizzare, in via pretoria, una giurisdizione unica *de facto*.

¹¹⁶ Corte Cost., sent. 204/2004, punto 3 *in diritto*.

tura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo»¹¹⁷, in un rapporto di genere a specie; in altre parole, se in tali materie il legislatore non prevedesse la giurisdizione esclusiva, si rientrerebbe comunque nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, in quanto l'amministrazione vi opera come amministrazione-autorità; ciò permette di escludere definitivamente, come indicato *supra*, che il legislatore possa configurare un sistema di giustizia con un giudice "della pubblica amministrazione", poiché tale architettura sarebbe violativa degli artt. 25 e 102 Cost., e che sia sufficiente un generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia affinché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo.

La Corte restringe quindi la giurisdizione del giudice amministrativo ma il ruolo di quest'ultimo «risulta accresciuto con riguardo al rafforzamento dei mezzi di tutela»¹¹⁸.

I concetti espressi nella sent. 204/2004 sono stati ripresi, a distanza di pochi mesi, nella sent. 191/2006, con la quale si chiarisce che «nelle ipotesi in cui i "comportamenti" causativi del danno ingiusto [...] costituiscono esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi [...] e sono quindi riconducibili all'esercizio del pubblico potere dell'amministrazione, la norma si sottrae alla censura di illegittimità costituzionale, costituendo anche tali "comportamenti" esercizio, ancorché viziato da illegittimità, della funzione pubblica della pubblica amministrazione»¹¹⁹; di conseguenza, è ben possibile concentrare davanti al giudice amministrativo anche la tutela risarcitoria (secondo i principi costituzionali desumibili dagli artt. 24 e 111

¹¹⁷ *Ibidem*, punto 3.2 *in diritto*.

¹¹⁸ V. SALAMONE, *Il riparto di giurisdizione dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004: aspetti problematici con particolare riguardo alla attività convenzionale, contrattuale[,] ai comportamenti pubblicistici e alla tutela dell'ambiente*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2006.

¹¹⁹ Corte Cost., sent. 191/2006, punto 5 *in diritto*.

Cost.), salvo nel caso in cui «la pubblica amministrazione non abbia in concreto esercitato, nemmeno mediatamente, il potere che la legge le attribuisce per la cura dell'interesse pubblico»¹²⁰.

Dalla lettura delle due citate sentenze sembra desumersi che la Corte costituzionale, accogliendo implicitamente la costruzione teorica per la quale l'interesse legittimo è una posizione di vantaggio che cade su una utilità oggetto di potere amministrativo (è il nucleo della definizione proposta da Nigro)¹²¹, indichi, come criterio ermeneutico volto a dare concretezza alla regola di riparto di cui all'art. 103 Cost., l'esercizio (anche mediato) di potere amministrativo. Non è un caso che il legislatore del 2010 non si sia discostato da tali arresti e li abbia, testualmente, positivizzati¹²².

Se c'è giurisdizione amministrativa dove c'è interesse legittimo e se c'è interesse legittimo solo dove c'è potere, mutuando una relazione dalle scienze matematiche va applicata la proprietà transitiva: il problema diventa quello di identificare e definire il “potere amministrativo” che, essendo inscindibile dalla posizione giuridica di interesse legittimo, fonda la giurisdizione amministrativa¹²³. Una definizione

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ V. *supra*, par. 7.1.

¹²² Il riferimento è all'art. 7 comma 1 d.lgs. 104/2020 (cd. “Codice del processo amministrativo), per cui «sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni».

¹²³ D'altra parte, che si debba avere riguardo al «gene sano del potere amministrativo» invece che al «gene malato dell'interesse legittimo» è stato autorevolmente affermato (v. S. GIACCHETTI, *La rivoluzione silenziosa del codice di procedura amministrativa recita un requiem per l'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 1, 2011, p. 356); tale impostazione ha il pregio di rendere obsolete le teorie dell'affievolimento e dell'indegradabilità (v. sul punto, F. PATRONI GRIFFI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017).

può essere ricavata, *a contrario*, muovendo dalla definizione di “potere privato”, nell’ambito del quale lo stesso potere, e l’interesse perseguito mediante l’esercizio di quel potere, comunque caratterizzato (così come per il potere pubblico) dalla possibilità di incidere unilateralmente nella sfera giuridica dei terzi, sono nella piena disponibilità del soggetto titolare, i cui limiti sono quelli previsti dalla legge in una più ampia e generale cornice costituita dai principi di buona fede e tutela dell’affidamento¹²⁴. Al contrario, «la natura pubblicistica del potere deriva dalla presenza di una disciplina che consente di individuare il fine pubblico al cui raggiungimento il potere mira e di enucleare un giudizio di conformità del potere rispetto all’interesse perseguito»¹²⁵.

Conclusivamente, ai fini del presente lavoro nemmeno la questione del riparto risulta secondaria. D’altra parte, alla luce di quanto finora riportato, va condiviso il pensiero di chi ha proposto una diversa lettura dei criteri di riparto e un diverso approccio alla questione: «non più “chi è il giudice competente”, ma “come si realizza il migliore sistema di tutela delle posizioni soggettive dei cittadini (e non solo)”»¹²⁶; e tale riflessione non può in alcun modo prescindere dal sindacato che esercita il giudice amministrativo sull’atto impugnato e sul rapporto a monte: la conseguenza di tale impostazione va individuata non tanto nel superamento del riparto di giurisdizione come è stato inteso fino a oggi (lo impedisce il dato letterale dell’art. 103

¹²⁴ F. CARINGELLA, *Il riparto di giurisdizione*, *op. cit.*.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ F. PATRONI GRIFFI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, *op. cit.*; va messa in rilievo la circostanza che l’autore, al momento della pubblicazione dello scritto, ricopriva la carica di Presidente aggiunto del Consiglio di Stato; l’anno successivo sarebbe stato nominato Presidente. Continua l’autore: «il nostro ordinamento si è storicamente sviluppato e si fonda, al pari di gran parte degli ordinamenti stranieri, sul pluralismo delle giurisdizioni. Queste hanno un senso se servono a fornire una risposta di tutela piena e compiuta: meglio qualche duplicazione che qualche lacuna; in quest’ottica il riparto serve ad assicurare la completezza della tutela e non la sua separatezza; quindi le giurisdizioni devono saper convergere».

Cost.), ma in una lettura evolutiva dell'art. 24 Cost., per la quale viene esaltato «il momento rimediale dell'azione rispetto a quello sistematico della situazione soggettiva in sé considerata»¹²⁷.

¹²⁷ *Ibidem.*

PARTE II
PROCEDIMENTO E PROCESSO NELLA PROSPETTIVA ATTUALE

CAPITOLO 2
PROSPETTIVE DI RAFFORZAMENTO DEL SINDACATO GIURISDIZIONALE
NELLE NELL'AMBITO DELLA GIURISDIZIONE GENERALE DI LEGITTIMITÀ:
ASPETTI SOSTANZIALI

Sommario: 1. Verso il superamento della giurisdizione generale di legittimità – 1.1. Dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto – 1.1.1. Cons. Stato, sent. 1321/2019: fuga in avanti o definitivo tramonto del principio di separazione dei poteri? – 1.1.2. La conferma di Cass. civ., SS.UU., sent. 18592/2020 – 2. Gli elementi sintomatici del tramonto della giurisdizione generale di legittimità: la dequotazione dei vizi formali e l'art. 21-*octies* comma 2 l. 241/1990 – 3. ...segue: la motivazione del provvedimento amministrativo: la sua integrazione nel corso del processo amministrativo – 4. ...segue: la risarcibilità dell'interesse legittimo e il giudizio di spettanza

1. Verso il superamento della giurisdizione generale di legittimità

Prima di affrontare il tema principale del presente capitolo, è necessario effettuare una premessa metodologica, che muove dal titolo del paragrafo.

Si sono visti i motivi del perché la giurisdizione amministrativa nasce e si sviluppa come giudizio impugnatorio-cassatorio, nell'ambito di quella che è stata definita giurisdizione generale di legittimità.

Negli ultimi anni, tuttavia, sia il legislatore, sia la dottrina sia, infine, la giurisprudenza, hanno introdotto nel sistema elementi nuovi (a volte vere e proprie “fughe in avanti”) che hanno toccato alcuni principi base del diritto amministrativo. Che tali “fughe in avanti” – che portano appunto a interrogarsi sul fatto che si stia

assistendo a un effettivo superamento della giurisdizione generale di legittimità – abbiano segnato o meno la strada è assai difficile da sostenere. Proprio alla luce della estrema liquidità e magmaticità degli argomenti, una riflessione sul punto muove dall’obbligatoria analisi della giurisprudenza (a cui si dedicherà ampio spazio in questo capitolo), proprio perché è da essa che si riescono a cogliere gli elementi più innovativi di quello che, a giudizio di chi scrive, si sta profilando come una vera decostruzione del sistema di diritto amministrativo come è stato conosciuto fino a oggi. A tratti pare infatti che la giurisprudenza si sia spinta ben oltre le più innovative intuizioni della dottrina e – con l’obiettivo mai sopito di garantire al privato il raggiungimento della “piena tutela” (o, più correttamente, l’“effettività della tutela”) – si sia essa stessa trasformata in amministrazione, sostituendo la pubblica amministrazione anche in ambiti tradizionalmente a quest’ultima riservati perché ancora “coperti” da discrezionalità: si va addirittura oltre il concetto di amministrazione di risultati¹, caro alla dottrina, in quanto ora il risultato è fornito direttamente dal giudice, e non già dall’amministrazione procedente.

Non deve quindi meravigliare che, per meglio comprendere questo fenomeno e per meglio inquadrare e capire questo fenomeno in pieno divenire, si accosteranno – in questo capitolo e nel prossimo – alcuni istituti (sostanziali e processuali) che, apparentemente, non sembrano avere nulla a che fare tra di loro, ma che sono i principali elementi su cui la giurisprudenza sta costruendo un sistema di giustizia amministrativa nuovo e affatto diverso rispetto a quello conosciuto finora.

Tutti questi istituti (la dequotazione dei vizi formali, la motivazione del provvedimento e la risarcibilità degli interessi legittimi in questo capitolo; l’influenza della *full jurisdiction*, la tutela cautelare, l’atipicità delle azioni e i poteri istruttori del

¹ Sul punto si veda M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *www.astrid-online.it*, 2002; M. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino 2003¹; critico sulla formula è S. CASSESE, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»*, in *Giorn. dir. amm.*, fasc. 9, 2004.

giudice nel capitolo 3), analizzati singolarmente e poi inseriti in un più ampio contesto, permetteranno di meglio comprendere le linee evolutive del sistema. La cerniera tra gli istituti sostanziali e quelli processuali è rappresentata dal limite dei «poteri amministrativi non ancora esercitati» di cui all'art. 34 comma 2 d.lgs. 104/2010, che non per niente è situato nell'*incipit* del terzo capitolo.

Qui occorre ora muovere dal fatto che la maggiore consapevolezza circa la portata dell'art. 24 Cost. ha portato dottrina e giurisprudenza, come d'altra parte si è già accennato nel precedente capitolo², a interrogarsi in primo luogo in ordine all'effettiva tutela giurisdizionale offerta al privato da un sistema di giustizia amministrativa tradizionalmente improntato al modello impugnatorio-cassatorio del provvedimento amministrativo, e in secondo luogo in ordine alla portata del sindacato del giudice amministrativo, limitata, come noto, ai vizi di legittimità del provvedimento impugnato.

Al primo problema (legato, in definitiva, alla tipologia di azioni esperibili davanti al giudice amministrativo), il legislatore ha fornito una risposta con il d.lgs. 104/2010 il quale ha ampliato il novero delle azioni proponibili dal privato nei confronti della pubblica amministrazione³. Il tema, ai fini della presente trattazione, è secondario, e pertanto non verrà affrontato organicamente; tuttavia rileva, *in parte qua*, dal momento che è il presupposto da cui muove l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel 2011, con la sentenza n. 3, che affronta il ben più rilevante tema (almeno per quanto riguarda ciò di cui qui si discute) del sindacato del giudice amministrativo.

Nella citata sentenza – nella quale si fa questione della risarcibilità degli interessi legittimi indipendentemente dal previo (o contestuale) esperimento dell'azione di annullamento del provvedimento considerato illegittimo e presupposto del danno ingiusto di cui si chiede il risarcimento – il supremo consesso dei giudici ammini-

² Vedi *supra*, par. 5, 6 e 7.

³ V. art. 29 e segg. d.lgs. 104/2010.

strativi prende atto che, con il nuovo codice approvato nel 2010, il legislatore ha stabilito l'autonomia processuale dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento, alla luce «dei principi costituzionali e comunitari in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale»⁴. Secondo l'Adunanza plenaria, il precipitato concreto di tale decisione è un ampliamento delle tecniche di tutela dell'interesse legittimo; e da tale presupposto si fa derivare «la trasformazione del giudizio amministrativo, ove non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione, da giudizio amministrativo sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a *giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto*, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata» (corsivo nostro)⁵: l'effetto di tale impostazione è il rafforzamento della dimensione sostanziale dell'interesse legittimo, che era già stata messa debitamente in luce dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 500/1999, la quale per prima riconobbe la risarcibilità degli interessi legittimi, escludendo al contempo che la relativa posizione rilevasse esclusivamente in chiave processuale (quindi come *legitimitatio ad causam*) o come mero interesse alla legittimità dell'azione amministrativa⁶. In effetti, a giudizio dell'Adunanza Plenaria una certa tendenza al supe-

⁴ Cons. Stato, A.P., sent. 3/2011. I principi sono richiamati dallo stesso art. 1 del d.lgs. 104/2010 (c.p.a.) e dall'art. 44 l. 69/2009, contenente la delega al governo per l'emanazione del codice.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Così Cass. civ., SS.UU., sent. 500/1999: «L'interesse legittimo non rileva infatti come situazione meramente processuale, quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo, del quale non sarebbe quindi neppure ipotizzabile lesione produttiva di danno patrimoniale, ma ha anche natura sostanziale, nel senso che si correla ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione) può concretizzare danno. Anche nei riguardi della situazione di interesse legittimo l'interesse effettivo che l'ordinamento intende proteggere è pur sempre l'interesse ad un bene della vita: ciò che caratterizza l'interesse legittimo e lo distingue dal diritto soggettivo è soltanto il modo o la misura con cui l'interesse sostanziale ottiene protezione».

ramento del giudizio amministrativo come giudizio incentrato esclusivamente sull'azione di annullamento era riscontrabile, nell'ordinamento, già prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 104/2010, poiché alcuni interventi legislativi⁷ avevano permesso di delineare un «sistema delle tutele duttile»⁸, che si allontanava sempre di più rispetto al modello tradizionale di giudizio amministrativo.

La decisione dell'Adunanza Plenaria non deve meravigliare: da una parte si esprima in maniera netta in favore dell'autonomia dell'azione di risarcimento del danno – la cui portata problematica e rilevante ai fini della presente trattazione sarà analizzata nel prossimo paragrafo 4, cui fin d'ora si rimanda – e dall'altra, non a caso, riconosce la trasformazione del giudizio sull'atto in giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata (cd. “giudizio di spettanza”), scrutinio che è il presupposto logico affinché il giudice possa pronunciarsi sul risarcimento di un danno asseritamente subito dal privato senza previo o contestuale esperimento dell'azione di annullamento contro il provvedimento ritenuto lesivo.

Per l'Adunanza Plenaria la richiamata trasformazione si registra solo nel caso in cui l'amministrazione non abbia, o abbia esaurito, spazi di discrezionalità a lei riservati dal legislatore: in caso contrario, difatti, vi sarebbe una illegittima invasione del giudice nell'ambito che è proprio dell'amministrazione.

Tuttavia, una complessiva ricostruzione di modifiche legislative e aperture giurisprudenziali intervenute prima e dopo la sent. 3/2011 impone di rimeditare l'*obiter* dell'Adunanza Plenaria, con l'obiettivo di rispondere all'interrogativo di fondo del presente lavoro: l'ampliamento della tutela dell'interesse legittimo ha comportato, nei fatti, un superamento della giurisdizione generale di legittimità, con il conseguente spostamento del baricentro decisionale dall'amministrazione al giudice?

⁷ Tra i quali possono essere richiamati l'introduzione dell'art. 21-*septies* l. 241/1990 (nullità del provvedimento amministrativo), dell'art. 21-*bis* l. 1034/1971 (azione avverso il silenzio).

⁸ Cons. Stato, A.P., sent. 3/2011.

1.1. Dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto

Al fine di dare una risposta all'interrogativo che chiude il paragrafo precedente è necessario effettuare un approfondimento sul contenuto della richiamata sentenza dell'Adunanza Plenaria, per meglio comprendere il significato dell'espressione in essa contenuta (e che riguarda la trasformazione del giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto) e per capire come nell'ambito di questa trasformazione si inseriscono, e vanno letti, gli istituti e gli orientamenti giurisprudenziali che a loro volta impongono una riflessione sulla portata del sindacato del giudice amministrativo.

In effetti, tale approfondimento si rende anche necessario per non incorrere nell'errore del «richiamo spesso non sorvegliato all'evoluzione del giudizio amministrativo come giudizio “sul rapporto” controverso»⁹: in effetti, la semplicistica riproposizione (decontestualizzata) dell'espressione utilizzata dall'Adunanza Plenaria può condurre a fraintendimenti che, intrinsecamente errati e utilizzati acriticamente come premessa in sillogismi giuridici, non possono che condurre a conclusioni altrettanto errate.

In primo luogo, va specificato che la dottrina ha distinto due diverse nozioni di “giudizio sul rapporto”.

Per la prima, tale giudizio va inteso in senso statico: nel caso di atto vincolato, può essere esperita l'azione di esatto adempimento (con «preclusione del dedotto e

⁹ G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc. 4, 2017, pp. 1235 e segg.; critico sull'espressione (e sul concetto) di “giudizio sul rapporto” è R. Villata, alla cui opera si rimanda. Si veda, in particolare, R. VILLATA, *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè 2015¹, con particolare riferimento all'intera Sezione I (pp. 3 e segg.), che contiene i contributi *Dodici anni dopo: il codice del processo amministrativo*, *Spigolature “stravaganti” sul nuovo codice del processo amministrativo* e *Ancora “spigolature” sul nuovo processo amministrativo?*. Per approfondire la questione risulta imprescindibile il lavoro di A. Piras, e in particolare A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo. L'accertamento del rapporto e l'esecuzione della sentenza* (vol. II), Milano, Giuffrè 1962¹.

deducibile»¹⁰), mentre nel caso di atto discrezionale il giudice dovrà limitarsi a pronunciare una sentenza contenente una condanna, nei confronti dell'amministrazione, a selezionare una delle alternative di scelta possibili.

Per la seconda, al contrario, il giudizio sul rapporto va inteso in senso dinamico: sia in caso di atto vincolato sia in caso di atto discrezionale il sindacato del giudice si spinge fino alla definitiva attribuzione del bene della vita cui il privato aspira: il baricentro decisionale si sposta quindi dal procedimento al processo; il centro di imputazione della decisione amministrativa non è più l'amministrazione ma il giudice. Va da sé che secondo tale impostazione quello che, nella costruzione teorica delle posizioni giuridiche soggettive, assume i connotati di interesse legittimo, non può far altro che acquisire i caratteri di un diritto soggettivo: non v'è quindi più distinzione tra le due figure, che si sovrappongono e diventano un *unicum*¹¹. Tuttavia, per alcuni è possibile sostenere coerentemente l'idea di un giudizio sul rapporto inteso in senso dinamico pur senza «abbandonare la categoria dell'interesse legittimo, che in questo senso continua a “dialogare” con il potere anche nel corso del giudizio, portando a una definitiva sistemazione degli interessi mercé una rigida applicazione della regola del dedotto e del deducibile, anche al di fuori dell'attività strettamente vincolata»¹². Quest'ultima considerazione – strettamente legata alla possibilità dell'integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento amministrativo – sarà approfondita *infra*, nel par. 3. Ora è sufficiente chiarire che, anche a voler ritenere compatibile la teoria del rapporto “dinamico” con la figura dell'interesse legittimo, non sembra certo potersi aderire a una tesi che svuota di qualsiasi senso il *proprium* dell'attività amministrativa, ossia l'esercizio di un potere attribuito dalla legge per la soddisfazione di un interesse (pubblico).

¹⁰ G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, op. cit..

¹¹ Non per niente è la tesi sostenuta dalla cd. “Scuola fiorentina” (v., in particolare, l'opera di Orsi Battaglini) che, come noto e pur nella sfumata diversità delle posizioni dei suoi esponenti, propugna la tesi dell'unicità della giurisdizione.

¹² G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, op. cit..

A ben vedere, infatti, il sindacato sul “rapporto” non è nient’altro che un sindacato sul (corretto) esercizio del potere di cui dispone la pubblica amministrazione per il soddisfacimento dei propri fini, stabiliti dalla legge. Come è stato affermato, infatti, «il percorso lineare “*interesse pubblico – norma di attribuzione del potere – provvedimento*”, alla base del principio di legalità del secolo scorso, si è da tempo irreversibilmente modificato. L’*interesse pubblico* non è più “singolare” e pre-determinato dalla legge, ma è ormai il frutto del complesso contemperamento tra interessi pubblici “plurali”, spesso contrapposti, e a loro volta “bilanciati” con gli interessi dei privati. Il “luogo del confronto”, in cui i diversi interessi pubblici in gioco si compongono, anche con quelli dei privati, è sempre più il procedimento, ambito in cui si realizza l’unità di tempo, spazio e azione del rapporto tra privato e pubblico potere, e in cui l’interesse pubblico in concreto perseguito “si fa”, nella dinamica del confronto. Anche il *potere* pubblico non è più puntualmente prefigurato; e, di conseguenza, nei casi più complessi, lo stesso *provvedimento* non è necessariamente pre-determinato e può avere contenuto mutevole e articolato, poiché deve riassumere istruttorie procedurali ad elevata complessità. Di fronte a questa evoluzione, anche il *sindacato* del giudice si evolve e si rivolge al procedimento nel suo complesso, per assicurare una tutela piena, per rinvenire ulteriori elementi di conoscenza, per potersi concentrare sulla “legalità procedimentale”»¹³.

E, impostata la questione in questi termini, non può che aderirsi alla teoria del rapporto “statico”: accertato il cattivo esercizio del potere amministrativo, il giudice deve lasciare spazio all’amministrazione che sarà tenuta a riesercitare nuovamente tale potere (ancorché alla luce del contenuto della pronuncia giurisdizionale, nel che consiste l’effetto conformativo del giudicato); solo nel caso di attività pienamente vincolata, sarà il giudice ad accertare la fondatezza della pretesa del ricorrente (secondo la formula di cui all’art. 31 comma 3 d.lgs. 104/2010) e a condannare

¹³ F. PATRONI GRIFFI, *Discorso letto dal Presidente Patroni Griffi alla Cerimonia di insediamento*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019. I corsivi sono dell’autore.

l'amministrazione ad adottare le misure più idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio (secondo la corrente formulazione di cui all'art. 34 comma 1 lett. c) d.lgs. 104/2020)¹⁴.

¹⁴ Va specificato che il richiamo effettuato da Const. Stato, A.P., sent. 3/2011 agli artt. 31 e 34 d.lgs. 104/2010 è più limitato: «Il riconoscimento dell'autonomia, in punto di rito, della tutela risarcitoria si inserisce – in attuazione dei principi costituzionali e comunitari in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale richiamati dall'art. 1 del codice oltre che dei criteri di delega fissati dall'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69 – in un ordito normativo che, portando a compimento un lungo e costante processo evolutivo tracciato dal legislatore e dalla giurisprudenza, amplia le tecniche di tutela dell'interesse legittimo mediante l'introduzione del principio della pluralità delle azioni. Si sono, infatti, aggiunte alla tutela di annullamento la tutela di condanna (risarcitoria e reintegratoria ex art. 30), la tutela dichiarativa (cfr. l'azione di nullità del provvedimento amministrativo ex art. 31, comma 4) e, nel rito in materia di silenzio-inadempimento, l'azione di condanna pubblicistica (cd. *azione di esatto adempimento*) all'adozione del provvedimento, anche previo accertamento, nei casi consentiti, della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (art. 31, commi da 1 a 3).

Deve, inoltre, rilevarsi che il legislatore, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto. Ciò è desumibile dal combinato disposto dell'art. 30, comma 1, che fa riferimento all'azione di condanna senza una tipizzazione dei relativi contenuti (sull'atipicità di detta azione si sofferma la relazione governativa di accompagnamento al codice) e dell'art. 34, comma 1, lett. c), ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio (cfr., già con riguardo al quadro normativo anteriore, Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139; 9 febbraio 2009, n. 717).

In definitiva, il disegno codicistico, in coerenza con il criterio di delega fissato dall'art. 44, comma 2, lettera b, n. 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69, ha superato la tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo modello impugnatorio, ammettendo l'esperibilità di azioni tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa.

Di qui, la trasformazione del giudizio amministrativo, ove non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione, da giudizio ammi-

Chiarita in questi termini la questione, sembra doversi escludere che quanto stabilito dall'Adunanza Plenaria – ossia che «anche nei riguardi della situazione di interesse legittimo, l'interesse effettivo che l'ordinamento intende proteggere è quindi sempre l'interesse ad un bene della vita che l'ordinamento, sulla base di scelte costituzionalmente orientate confluite nel disegno codicistico, protegge con tecniche di tutela e forme di protezione non più limitate alla demolizione del provvedimento ma miranti, ove possibile, alla soddisfazione completa della pretesa sostanziale»¹⁵ – possa essere inteso come una sorta di delega in bianco al giudice amministrativo. Il principio espresso è infatti temperato non solo dall'inciso «se possibile» (che fa salvo, ovviamente, il limite rappresentato dall'esercizio del potere discrezionale) ma non riconosce, in alcun modo, che vi sia stato uno spostamento, dall'amministrazione al giudice, dell'attribuzione del potere il cui esercizio è necessario affinché il cittadino ottenga il bene della vita cui aspira.

La giurisprudenza citata non impone, quindi, che sia direttamente il giudice ad attribuire il bene finale al soggetto che ha proposto l'azione, né ovviamente lo prevede il codice del processo amministrativo; ben si comprende quindi che il sindacato (in senso statico) sul rapporto amministrativo – ossia sull'esercizio del potere – richiede la «cognizione dell'*iter* procedimentale, istruttorio e valutativo [...] che ha condotto all'azione dell'atto contestato dal ricorrente»¹⁶, ma non include la possibi-

nistrativo sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata.

Alla stregua di tale dilatazione delle tecniche di protezione, viene confermata e potenziata la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo in una con la centralità che il bene della vita assume nella struttura di detta situazione soggettiva».

¹⁵ Cons. Stato, A.P., sent. 3/2011, par. 3.1.

¹⁶ R. GRECO, *Le situazioni giuridiche soggettive e il rapporto procedimentale*, in C. CONTESSA-R. GRECO (a cura di), *L'attività amministrativa e le sue regole (a trent'anni dalla legge n. 241/1990)*, Piacenza, La Tribuna 2020¹, pp. 109 e segg..

lità per il giudice, nemmeno nel caso di attività vincolata (ossia, per usare le parole della Adunanza Plenaria, «ove non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione»¹⁷), di prendere il posto dell'amministrazione nel "decidere" la fattispecie concreta.

Si parla infatti di attività giurisdizionale volta a «scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata»¹⁸, non già destinata ad attribuire il bene finale al ricorrente, attività che resta propria dell'amministrazione in quanto l'esaurimento (o l'assenza) della discrezionalità (*rectius*: l'accertamento del fatto che non c'è, o si è esaurita, la discrezionalità), non è circostanza sufficiente e idonea a trasferire dall'amministrazione al giudice l'esercizio del potere e, conseguentemente, l'imputabilità della scelta dalla prima al secondo¹⁹.

Trattasi di conseguenza, e come si è accennato, di una pronuncia che ha in sé i caratteri dell'accertamento e della condanna.

Alla luce di ciò, meglio si comprende chi ha sostenuto che il rapporto amministrativo, in definitiva, è una «realtà materiale preesistente allo stesso esercizio del potere», o «una relazione, o insieme di relazioni, che si instaurano tra P.A. e privati in relazione all'esercizio della funzione amministrativa ed alla sua incidenza su diritti fondamentali»²⁰. Va da sé che la cifra distintiva rispetto ai rapporti intercorrenti tra privati – e che giustifica la sopravvivenza, nell'ordinamento, di una posizione giuridica soggettiva differente rispetto al diritto soggettivo – va individuata proprio nell'esercizio del potere amministrativo. La sostanziale asimmetria tra le posizioni delle parti di questo rapporto – asimmetria che riguarda la titolarità di un potere, non certo la prevalenza degli interessi di cui l'amministrazione è portatrice rispetto

¹⁷ Cons. Stato, A.P., sent. 3/2011, par. 3.1.

¹⁸ Cons. Stato, A.P., sent. 3/2011, par. 3.1.

¹⁹ E il cuore del problema è forse proprio qui: chi stabilisce, se non il giudice, quando è esaurita la discrezionalità?

²⁰ R. GRECO, *Le situazioni giuridiche soggettive e il rapporto procedimentale*, op. cit.; l'autore richiama in nota M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, Giuffrè 2008¹.

agli interessi di cui è titolare il privato che con l'amministrazione si interfaccia – è giustificabile alla luce di quella che è stata definitiva “funzionalizzazione” dell'azione amministrativa, «la quale a differenza di quella del privato (che esercita sempre solo la propria libertà individuale) è vincolata nello scopo al perseguimento di interessi esterni, predeterminati dal legislatore e dalla stessa Costituzione»²¹. È così che si giustifica l'attribuzione, *ex lege*, di un potere capace di incidere unilateralmente nella sfera giuridica dei terzi, il quale a sua volta è non solo la cifra distintiva dell'interesse legittimo (posto a confronto con il diritto soggettivo), ma è anche la ragione che fonda e giustifica la sussistenza di una differente giurisdizione, nell'ambito della quale il giudice esercita un sindacato che si estende sì fino al rapporto – come sopra descritto – e che non è più limitato all'atto (ossia alla manifestazione estrinseca del potere di cui qui si discute), ma che comunque non può, almeno formalmente e apparentemente, essere il cavallo di Troia attraverso il quale l'attribuzione del potere amministrativo, e il connesso esercizio, transita dall'amministrazione al giudice.

Di conseguenza il sindacato sul rapporto assume le caratteristiche di un sindacato sul potere e sul suo (corretto) esercizio, finendo per coincidere – volendo utilizzare categorie dogmatiche già presenti nell'ordinamento, e positivizzate dal legislatore – con il sindacato relativo al vizio di eccesso di potere²².

Sembra essere questa, a giudizio di chi scrive, l'unica interpretazione possibile (e rispettosa del principio di separazione dei poteri) dell'evoluzione, registrata in dottrina e giurisprudenza, del giudizio amministrativo quale giudizio “sul rapporto” dedotto, cristallizzata dalla più volte citata sentenza dell'Adunanza Plenaria 3/2011.

²¹ R. GRECO, *Le situazioni giuridiche soggettive e il rapporto procedimentale*, *op. cit.*.

²² Occorre infatti distinguere il (sindacato sul) rapporto tra due soggetti – la pubblica amministrazione e il cittadino – con il risultato di tale rapporto, ossia il provvedimento finale che assume la pubblica amministrazione.

1.1.1. Cons. Stato, sent. 1321/2019: fuga in avanti o definitivo tramonto del principio di separazione dei poteri?

Le prime, parziali conclusioni cui si è giunti nel precedente paragrafo, sembrano tuttavia essere messe in dubbio da alcune recentissime pronunce giurisprudenziali, avallate dall'autorevole intervento (extragiudiziario) di magistrati amministrativi.

Il riferimento va a Cons. Stato, sez. VI, sent. 1321/2019, e al richiamo di tale sentenza effettuato dal presidente del Consiglio di Stato nel corso della cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2020.

In effetti già l'anno precedente, esattamente il 12 febbraio 2019²³, il presidente del Consiglio di Stato, nel corso della cerimonia del suo insediamento, era intervenuto evidenziando che il sindacato del giudice amministrativo sui pubblici poteri presuppone un giudice «attento [...] a non sostituire la propria valutazione a quella dell'amministrazione: perché il giudice non sceglie, ma valuta la legittimità di scelte che la legge rimette all'amministrazione»²⁴. Tuttavia, tale affermazione è temperata una successiva riflessione, per la quale «il confine tra “sindacato di legittimità” e “sindacato di merito” va ridefinito nel senso di attrarre stabilmente nel primo la ragionevolezza e la proporzionalità della “scelta”, se non anche la sua attendibilità, *a prescindere dalla mediazione delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere*. Il divieto di sindacato del merito amministrativo si racchiude così, al culmine di un percorso iniziato con la sentenza 601/1999 (pres. Catalozzi, est. Baccharini), solo nel divieto per il giudice di sostituire la propria scelta valutativa a quella dell'amministrazione, garantendosi per il resto una giurisdizione “piena”»²⁵ (corsivo di chi scrive).

²³ Si specifica che la sentenza 1321/2019 del Consiglio di Stato, pur decisa nella camera di consiglio del 4 ottobre 2018 (collegio composto da Luigi Carbone presidente, Francesco Mele, Dario Simeoli estensore, Francesco Gambato Spisani e Italo Volpe), è stata pubblicata il 25 febbraio 2019.

²⁴ F. PATRONI GRIFFI, *Discorso letto dal Presidente Patroni Griffi alla Cerimonia di insediamento*, *op. cit.*.

²⁵ *Ibidem.*

È chiaro che, seguendo questa impostazione, il sindacato sul rapporto è qualcosa che non necessariamente coincide con il tradizionale sindacato di legittimità volto a individuare, grazie alle figure sintomatiche, il vizio di eccesso di potere, ma si spinge ben oltre, prescindendo anzi da queste ultime: non più «palese illogicità»²⁶, non più «abnorme irragionevolezza»²⁷, non più «irragionevolezza manifesta, palese travisamento dei fatti»²⁸, ma semplicemente irragionevolezza, sproporzione e inattendibilità.

È evidente, al di là del dato strettamente letterale, che una tale impostazione comporta un mutamento genetico del processo amministrativo e, di conseguenza, dell'idea stessa dell'attività amministrativa²⁹: portando il ragionamento alle sue

²⁶ TAR Lazio, sez. III-quater, sent. 9214/2020, in una fattispecie in cui veniva in rilievo l'esercizio di discrezionalità tecnica.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ TAR Lazio, sez. I stralcio, sent. 9186/2020, sempre in una fattispecie in cui veniva in rilievo l'esercizio di discrezionalità tecnica. V. anche Cons. Stato, sez. II, sent. 4917/2020 in una fattispecie urbanistica, Cons. Stato, sez. IV, sent. 4876/2020 in materia disciplinare

²⁹ Difatti «il giudice, nel decidere un caso, pone all'amministrazione una regola di comportamento che vale per quel caso, ma che può – anzi, deve – valere per futuri casi simili» (F. PATRONI GRIFFI, *Discorso letto dal Presidente Patroni Griffi alla Cerimonia di insediamento, op. cit.*). E ancora: «Questo andirivieni tra procedimento e processo è continuo perché si inserisce in una dinamica circolare, in cui la tutela del singolo caso diviene principio guida per i futuri procedimenti, attraverso l'effetto conformativo della decisione» (F. PATRONI GRIFFI, *Discorso letto dal Presidente Patroni Griffi alla Cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020). Si faccia però attenzione all'enorme problema che tale impostazione teorica porta con sé: di fronte a un ampliamento del sindacato del giudice amministrativo, e a fronte dell'effetto conformativo delle sentenze (effetto che non è più limitato al caso concreto, ma che «può – anzi deve – valere per futuri casi simili», utilizzando le parole di Patroni Griffi), si pone nuovamente, e in maniera ancor più evidente, il problema del giudice che diventa (*rectius*: che si fa) amministratore. La questione sarà approfondita *infra*; qui è sufficiente aggiungere che una tale impostazione genera significativi problemi di legittimazione democratica, anche a seguito della separazione tra politica e amministrazione di cui alle riforme degli anni Novanta.

estreme conseguenze, è il giudice amministrativo – nel ritenere cosa è irragionevole, sproporzionato, inattendibile, in virtù del sindacato pieno sul rapporto – a diventare interprete ultimo e definitivo della volontà del legislatore, il quale stabilisce i fini cui deve tendere l'attività amministrativa e gli interessi di cui la singola amministrazione è portatrice.

In più, va aggiunto che «in settori tradizionali (per esempio, quello dei beni culturali o dei concorsi universitari, mentre resiste quello degli esami di abilitazione) o di più recente rilevanza (soprattutto quello delle sanzioni e della regolazione economica, sia pure con accenti che devono restare differenti), l'area del “merito” amministrativo resta confinata alla scelta vera e propria, mentre il giudice valuta se la scelta effettuata in concreto sia quella dotata di “maggiore attendibilità” e non semplicemente quella comunque riconducibile al novero delle opzioni possibili. Sotto altro profilo, il concetto di inesauribilità del potere viene ridefinito in termini di “inesauribilità limitata”, perché non sarebbe più tollerabile che il potere fosse nuovamente esercitato in forma scorretta. E così il Consiglio di Stato ha di recente ritenuto che, per salvaguardare l'effettività della tutela, la riedizione del potere amministrativo resta preclusa da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri»³⁰.

Il riferimento, come anticipato, è alla sentenza 1321/2019 del Consiglio di Stato, di cui occorre ora dare ampio conto, evidenziando ancora una volta che il nuovo arresto giurisprudenziale, pur provenendo non dalla Adunanza Plenaria ma della Sesta sezione³¹, ha ricevuto, come si è visto, l'avallo del presidente dello stesso Consiglio

³⁰ F. PATRONI GRIFFI, *Discorso letto dal Presidente Patroni Griffi alla Cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario, op. cit.*

³¹ Sul valore del “precedente” e sulla funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si vedano Cons. Stato, sez. IV, ord. 3805/2017, da cui Cons. Stato, A.P., sent. 2/2018, e Cons. Stato, A.P., sent. 7/2018. Per completezza, sulla funzione nomofilattica della Corte di Cassazione si veda Corte cost., sent. 119/2015.

di Stato: la pronuncia è, allo stato, isolata, ma la strada sembra ormai definitivamente tracciata³².

Va preliminarmente riassunto il fatto oggetto del processo: viene in rilievo la procedura per il conseguimento dell'abilitazione scientifica nazionale. La ricorrente aveva presentato domanda di ammissione; all'esito della valutazione, la commissione di valutazione aveva deliberato la non attribuzione dell'abilitazione scientifica nazionale. Questo primo provvedimento era stato annullato dal TAR del Lazio³³, il quale aveva altresì ordinato il riesame della posizione della candidata ad opera di una nuova commissione. All'esito della rivalutazione, effettuata da una nuova commissione come stabilito dal giudice di primo grado, alla ricorrente era nuovamente negata l'abilitazione. Avverso quest'ultimo provvedimento veniva proposto ricorso giurisdizionale; il TAR del Lazio annullava gli atti impugnati³⁴. Pendente un giudizio di ottemperanza avverso quest'ultima sentenza del TAR del Lazio, alla candidata veniva negata per la terza volta l'abilitazione, e anche tale ultimo diniego veniva impugnato davanti al TAR del Lazio, il quale però respingeva il ricorso³⁵, sulla base dell'assorbente motivo che nel caso di abilitazione scientifica nazionale il giudizio della commissione è espressione di una valutazione tecnico-discrezionale, e come tale sindacabile solo nel caso di vizi di illogicità, incongruenza, contraddit-

³² Tra l'altro va aggiunto che nel corpo della sentenza, a p. 18, vengono citate tra virgolette parti dell'intervento alla cerimonia di insediamento del presidente Patroni Griffi: «sembra ormai potersi “capovolgere definitivamente l'allocazione tradizionale delle due situazioni soggettive, entrambe attive, che si muovono nel processo, e ci si può forse spingere ad affermare che è l'interesse alla mera legittimità, quasi per un contrappasso, ad essere divenuto un interesse occasionalmente protetto, cioè protetto di riflesso in sede di tutela della situazione di interesse legittimo”» (Cons. Stato, sez. VI, sent. 1321/2019 e F. PATRONI GRIFFI, *Discorso letto dal Presidente Patroni Griffi alla Cerimonia di insediamento*, *op. cit.*, par. 1.6).

³³ Tar Lazio, Roma, sez. III, sent. 11423/2014.

³⁴ Tar Lazio, Roma, sez. III-bis, sent. 7695/2017.

³⁵ Tar Lazio, Roma, sez. III, sent. 4283/2018.

torietà e irragionevolezza manifesti, macroscopici ed evidenti; di conseguenza, il giudicato di annullamento e l'ordine di riesaminare la posizione del candidato ad opera di una nuova e diversa commissione non comportano in alcun modo una compressione totale della discrezionalità tecnica espressa proprio dalla nuova commissione, discrezionalità che non può essere del tutto elisa dall'effetto conformativo del giudicato: l'unico limite cui deve attenersi l'amministrazione nell'ambito del nuovo procedimento valutativo sono le risultanze di fatto su cui la sentenza si fonda.

Tale sentenza è stata appellata dalla candidata.

Il Consiglio di Stato, muovendo dalla circostanza che «il giudice di primo grado ha respinto il ricorso sostenendo che la “terza” Commissione di riesame [in realtà era la seconda, *n.d.a.*] non era tenuta, nell'esercizio della propria discrezionalità ed entro i limiti indicati nella sentenza oggetto di esecuzione, a far propri i giudizi di merito della “prima” Commissione»³⁶, ha preso in primo luogo posizione sul problema delle forme di tutela azionabili nel caso in cui vi sia la reiterazione con identico risultato negativo, da parte dell'amministrazione, di un procedimento di selezione tecnica il cui primo esito sia già stato annullato da parte del giudice. Questo poiché l'appellante riteneva che, in attuazione dei precedenti giudicati, il Ministero avrebbe dovuto inserirla direttamente nell'elenco degli abilitati. Per il Consiglio di Stato, secondo un primo indirizzo, indicato come maggioritario, le regole fissate nell'ambito del giudizio di cognizione possono essere integrate nell'ambito del giudizio di ottemperanza, in modo che il giudicato sostanziale («ovvero la definizione dell'assetto di interessi controverso»³⁷) si formi in via progressiva³⁸. Secondo un altro indirizzo, minoritario, il giudizio di ottemperanza non può diventare una prose-

³⁶ Cons. Stato, sez. VI, sent. 1321/2019.

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ Per un approfondimento sul giudicato a formazione progressiva, si veda Cons. Stato, A.P., sent. 11/2016.

cuzione del giudizio di cognizione. A fronte di questi due orientamenti sono state proposte soluzioni adatte a contemperare i principi di effettività della tutela e di ragionevole durata del processo: una prima tesi intende rafforzare l'effetto del giudicato, ritenendo che debba coprire il dedotto e anche il deducibile (in questo modo, in caso di giudicato di annullamento su vizi sostanziali, «la riedizione del potere, con commissione di eventuali nuovi vizi, integra una violazione del giudicato ogniqualvolta i nuovi vizi derivino da una nuova valutazione su aspetti incontrovertibili e non indicati dal giudicato come necessitanti di una nuova valutazione»³⁹). Una seconda tesi ritiene invece che l'amministrazione, all'esito di un primo giudizio di annullamento, possa indicare nella motivazione del nuovo provvedimento ulteriori elementi sfavorevoli alla pretesa del cittadino istante (e vittorioso all'esito del primo giudizio), ma solo una volta. Nella sentenza si dà poi atto del punto di approdo cui sono giunte prima Cons. Stato, A.P., sent. 2/2013 (per la quale «la peculiarità del giudizio amministrativo, peraltro, impedisce la piena espansione del principio [del dedotto e del deducibile], poiché il giudicato amministrativo non può che formarsi con esclusivo riferimento ai vizi dell'atto ritenuti sussistenti, alla stregua dei motivi dedotti nel ricorso; [quindi] la sede per sindacare la legittimità dell'atto in sede di riedizione del potere amministrativo sotto profili che non abbiano formato oggetto delle statuizioni della sentenza (e che non integrano l'ambito della deducibilità) non può, pertanto, che essere il giudizio ordinario di cognizione e non il giudizio di ottemperanza»⁴⁰) e, poi, Cons. Stato, A.P., sent. 11/2016 (per cui il giudice dell'ottemperanza può non solo «completare il giudicato con nuove statuizioni “in-

³⁹ Cons. Stato, sez. VI, sent. 1321/2019; i giudici aggiungono, correttamente, che secondo un'altra impostazione teorica analogo vincolo in capo all'amministrazione deriverebbe dalla preclusione maturata nel corso del procedimento amministrativo, prima ancora che dal giudicato.

⁴⁰ Cons. Stato, A.P., sent. 2/2013.

tegrative”, ma anche [...] specificarne la portata e gli effetti al fine di impedire il consolidamento di effetti irreversibili contrari al diritto sovranazionale»⁴¹).

Da quanto sopra, secondo il Consiglio di Stato nel caso sottoposto alla sua attenzione, va chiarito che nel caso in cui sia impugnato un provvedimento discrezionale, «i limiti oggettivi del giudicato amministrativo sono saldamente ancorati agli specifici argomenti di fatto e di diritto che integrano la violazione accertata dal giudice»⁴². Ne consegue che il cuore della decisione giurisdizionale (ossia quello che viene definito «dispositivo sostanziale»⁴³) non si limita a rappresentare la giustificazione della decisione stessa, ma conforma e instrada il nuovo esercizio del potere amministrativo. E poiché nel caso di specie le prime due sentenze (entrambe passate in giudicato) non contenevano statuizioni sulla fondatezza della pretesa sostanziale della ricorrente (ma avevano un contenuto di accertamento «alquanto ristretto»⁴⁴), la valutazione della Commissione che – per la terza volta, e all’esito di due giudizi di annullamento, – non ha attribuito l’abilitazione scientifica nazionale all’istante, non è affetta dal vizio di violazione o elusione del giudicato.

Tuttavia, secondo il collegio, i provvedimenti impugnati vanno annullati poiché affetti da un vizio di eccesso di potere: la terza commissione ha effettuato un giudizio sulla produzione scientifica dell’appellante assolutamente negativo, a fronte di un giudizio “buono” della prima commissione e “accettabile” della seconda: tale disparità di giudizio effettuata dalla medesima comunità scientifica (pur a mezzo di studiosi differenti) è sintomatica di un «andamento perplesso e contraddittorio della pubblica amministrazione»⁴⁵. Inoltre, viene in rilievo un difetto di motivazione, dal momento che del giudizio (sostanzialmente positivo) di uno dei cinque membri della “terza” commissione non viene dato atto nella sintesi del giudizio finale.

⁴¹ Cons. Stato, A.P., sent. 11/2016.

⁴² Cons. Stato, sez. VI, sent. 1321/2019.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

Alla luce di ciò, i giudici spendono una lunga riflessione – che è il cuore della sentenza, quello che qui più interessa – sulle conseguenze del dispositivo di annullamento. In primo luogo, il Collegio si interroga nuovamente se, di fronte al giudizio di annullamento di un provvedimento (negativo) emesso a fronte di un interesse pretensivo, l'amministrazione può o meno negare nuovamente al ricorrente il bene della vita, facendo valere accertamenti o valutazioni che sarebbero potuti essere già compiuti nel corso del primo procedimento amministrativo. Il Consiglio di Stato anticipa la risposta, ritenendo che gli arresti rappresentati dalle sentenze n. 2/2013 e n. 11/2016, sopra richiamate, «devono trovare ulteriore svolgimento»⁴⁶, sulla base del fatto che una crisi di cooperazione tra cittadino e amministrazione non può risolversi in una «defatigante alternanza tra procedimento e processo, senza che sia possibile addivenire ad una definizione positiva del conflitto, con grave dispendio di risorse pubbliche e private»⁴⁷.

Orbene, circoscritto il tema del caso concreto (interesse pretensivo, e violazione di una norma – quale quella sulla valutazione della produzione scientifica – che assicura all'istante la mera possibilità di conseguire il bene finale), il Consiglio di Stato effettua il seguente ragionamento, riassunto per punti:

- l'illegittimità di cui si discute nel caso concreto (eccesso di potere e vizio di motivazione) non ha privato l'istante del bene finale, poiché l'impianto normativo, come si è detto, tale bene finale non assicura con certezza; al contrario, le disposizioni violate hanno privato l'appellante di una utilità intermedia, che comunque costituisce il presupposto (necessario ma non sufficiente) dell'attribuzione del bene finale; pertanto le sentenze, non potendo contenere

⁴⁶ *Ibidem.*

⁴⁷ *Ibidem.*

- l'accertamento sostanziale dei presupposti per ottenere il bene della vita⁴⁸, delimitano «il potere nella sua fase di rinnovo ma senza segnarne l'esito»⁴⁹;
- la limitatezza dell'oggetto della statuizione giurisdizionale si spiega non con un deficit di tutela del sistema di giustizia amministrativa, ma in considerazione della natura del «“bene intermedio” tutelato»⁵⁰, ossia la (perdita della) possibilità di conseguire il risultato sperato: nel caso di specie, l'abilitazione scientifica nazionale;
 - l'ordinamento, spesso, non determina una gerarchia degli interessi in conflitto, la cui ricomposizione è rimessa all'azione amministrativa; tuttavia, prevede meccanismi limitativi e conformativi del potere amministrativo (per esempio, l'obbligo di motivazione coerente ed esaustiva del provvedimento amministrativo);
 - v'è quindi da chiedersi se e come, in questi casi, l'odierno sistema di giustizia amministrativa – che tutela non tanto la legalità dell'azione amministrativa quanto la pretesa sostanziale del cittadino che si interfaccia con la p.a. – riesce ad approntare un rimedio adeguato al bisogno di tutela senza ricorrere a un numero potenzialmente indefinito e indeterminato di giudizi di cognizione⁵¹;

⁴⁸ Si presume – ma su questo la sentenza non è chiara – poiché si verte in una materia in cui vi è spendita, da parte dell'amministrazione, di discrezionalità (tecnica).

⁴⁹ Cons. Stato, sez. VI, sent. 1321/2019.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Come si è visto, infatti, nel caso di specie le prime due sentenze di annullamento non contenevano statuizioni sulla fondatezza della pretesa sostanziale della ricorrente (ma avevano un contenuto di accertamento «alquanto ristretto», con le parole di Cons. Stato, sez. VI, sent. 1321/2019): in mancanza di una rigida applicazione del principio del dedotto e del deducibile, non si può quindi astrattamente confidare, sempre e comunque, in un effetto conformativo del giudicato particolarmente incisivo e tale da “esaurire”, alla fine del (primo) giudizio di annullamento, la discrezionalità dell'amministrazione, con la conseguenza logica che, all'esito del (secondo) procedimento, l'istante si veda attribuito – proprio in virtù dell'effetto conformativo del giudicato – il bene cui aspira. Tra

- l'evoluzione del giudizio amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto e la pienezza della giurisdizione comportano che il giudice abbia il «potere di riformare in qualsiasi punto, in fatto come in diritto, la decisione impugnata dall'autorità amministrativa»⁵², tanto che viene considerata ormai superata la tradizionale tesi per cui la sentenza del giudice amministrativo non può imporre una disciplina del rapporto tra amministrazione e cittadino sostitutiva della disciplina contenuta nell'atto annullato;
- tuttavia, nei casi in cui viene in rilievo la discrezionalità tecnica – quando cioè il fatto è preso in considerazione dalla norma attributiva del potere come fatto «“mediato” e “valutato” dalla pubblica amministrazione»⁵³ – non sempre il contenuto della sentenza consente una definizione della fattispecie sostanziale; in altre parole, «il giudice non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Amministrazione, dovendo verificare se l'opzione prescelta da quest'ultima rientri o meno nella ristretta

l'altro, che nel caso di specie possa essere invocato il principio del dedotto e del deducibile lo esclude lo stesso collegio nella motivazione della sentenza: il principio impone al giudice di un successivo processo (ma – aggiunge chi scrive – anche all'amministrazione in sede di nuovo procedimento) di non disconoscere o diminuire il bene riconosciuto nel precedente giudizio, che però nel caso di specie «è rappresentato dalla sola *possibilità* di vedere realizzato il risultato sperato» (Cons. Stato, sez. VI, sent. 1321/2019, corsivo nel testo).

⁵² Cons. Stato, sez. VI, sent. 1321/2019. Tale conclusione è desunta in primo luogo dal fatto che oggi le norme violate non sono più equivalenti, ma le risultanze del processo sono commisurate alla consistenza dell'interesse materiale; in secondo luogo, dal fatto che la tutela della posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo ha guadagnato in effettività, in considerazione sia del sistema aperto di tutela (cd. atipicità delle azioni), sia delle potenzialità cognitive dell'azione di annullamento, sia della possibilità per il giudice di accedere al fatto, senza essere vincolato a quanto rappresentato dall'amministrazione nel provvedimento, sia infine della possibilità per il giudice di disporre misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato esplicitando *a priori*, e non in sede di ottemperanza, gli effetti conformativi e ripristinatori da cui discende la regola del rapporto.

⁵³ Cons. Stato, sez. VI, sent. 1321/2019.

gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto»⁵⁴; in questi casi il soggetto è libero di far valere la pretesa a un provvedimento specifico (che soddisfi definitivamente la sua pretesa sostanziale) oppure la pretesa a un provvedimento legittimo, in modo da vedere reintegrata la sua possibilità (il cd. “bene mediato”) di concorrere, appunto legittimamente, al bene finale cui aspira;

- secondo il collegio, dal codice si può quindi desumere un «dispositivo di chiusura del sistema, volto a scongiurare l’ indefinita parcellizzazione giudiziaria di una vicenda sostanzialmente unitaria»⁵⁵; tale dispositivo va individuato nella riduzione progressiva della discrezionalità amministrativa, sia in via sostanziale sia in via processuale, ed è giustificato dalla necessità di garantire al privato una tutela piena ed effettiva (art. 1 c.p.a.)⁵⁶; l’aggancio normativo è costituito dall’art. 31 comma 3 c.p.a. (laddove prevede che il giudice possa pronunciare sulla fondatezza dell’istanza qualora si tratti di attività vincolata o quando non vi sono più margini di discrezionalità), con il limite rappresentato dall’art. 34 comma 2 c.p.a., il quale prevede che il giudice non possa comunque pronunciarsi con riferimento a poteri non ancora esercitati (non sono quindi possibili azioni volte alla tutela preventiva di un interesse legittimo per “orientare” – *rectius*: conformare – l’azione amministrativa prima che l’amministrazione stessa abbia esercitato i poteri attribuitigli dall’ordinamento);

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ V’è comunque da interrogarsi se l’effettività e la pienezza della tutela giurisdizionale di cui parla il c.p.a. «è la capacità del processo di far conseguire i medesimi risultati garantiti dalla sfera sostanziale», di tal ché «l’interesse legittimo abbisogna della predisposizione dei rimedi idonei a garantire il conseguimento dell’utilità “primaria” specificatamente oggetto dell’aspettativa riconosciuta dall’ordinamento» (così Cons. Stato, sez. VI, sent. 1321/2019).

- la riduzione della discrezionalità amministrativa (e non già del potere, almeno in questo caso) può essere l'effetto, sul piano sostanziale, di auto-vincoli discendenti dal dipanarsi dell'azione amministrativa; sul piano sostanziale, di «meccanismi giudiziari che, sollecitando l'amministrazione resistente a compiere ogni valutazione rimanente sulla materia controversa, consentono di focalizzare l'accertamento, attraverso successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere»⁵⁷; ma – e qui sta la vera novità dell'arresto in esame - «la consumazione della discrezionalità può essere anche il frutto della insanabile “frattura” del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri. In presenza di una evenienza siffatta, resta precluso all'amministrazione di potere tornare a decidere sfavorevolmente nei confronti dell'amministrato anche in relazione ai profili non ancora esaminati»⁵⁸.

La portata straordinariamente innovativa della pronuncia in esame – e le cui conclusioni, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, sono affatto da respingersi – è pertanto evidente, e i distinguo del collegio⁵⁹ non temperano in alcun modo le conseguenze della sentenza, che si conclude con una riflessione generale sul

⁵⁷ Cons. Stato, sez. VI, sent. 1321/2019.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ «Pur con tutte le inevitabili esigenze di assestamento, il rimedio appena tratteggiato – i cui contorni ed i cui limiti saranno precisati dalla casistica giurisprudenziale (che dovrà specificare, ad esempio, cosa accade quando vengano in rilievo decisioni pubbliche di elevata discrezionalità e valore politico) – appare in grado di contemperare la regola per cui il processo amministrativo non può attribuire un bene della vita prima di una determinazione della pubblica amministrazione, con l'esigenza di assicurare, sin dove possibile, una tutela piena anche all'interesse pretensivo (per il quale la pronuncia di annullamento raramente si presenta autonomamente soddisfattiva), tenuto conto delle specificità correlate al sindacato sul potere pubblico» (Cons. Stato, sez. VI, sent. 1321/2019).

ruolo del giudice amministrativo («è compito precipuo della giustizia amministrativa approntare i mezzi che consentono di ridurre la distanza che spesso si annida tra l'efficacia delle regole e l'effettività delle tutele. La tutela piena, del resto, risponde anche ad un obiettivo di efficienza complessiva del sistema, dal momento che lo sviluppo economico e sociale del Paese passa anche attraverso una risposta rapida e "conclusiva" delle ragioni di contrasto tra le Amministrazioni ed i cittadini»⁶⁰) e con l'ordine al Ministero dell'istruzione, *ex art. 34 comma 1 lett. e) c.p.a.*, di rilasciare l'abilitazione scientifica nazionale alla appellante.

La sentenza è stata accolta in maniera contrastante.

Tra i commentatori (entusiasticamente) favorevoli, è stato osservato che «sia pure con una pluralità di giudizi, anche in ossequio alla presunta necessità di dare all'amministrazione una doppia *chance*, il Giudice amministrativo è in grado di accertare la fondatezza della pretesa sostanziale, anche nei casi più complessi, relativi

⁶⁰ Cons. Stato, sez. VI, sent. 1321/2019. A volte si coglie, in alcune decisioni il cui sviluppo argomentativo sembra a tratti effettuare uno scarto logico-giuridico, la volontà del collegio giudicante di giungere a un esito di "giustizia sostanziale", obiettivo che una corretta applicazione di norme e principi giurisprudenziali non permetterebbe di raggiungere. È ben vero che, per quanto terzi e imparziali, i magistrati tutti (e quelli amministrativi in particolare) non sono insensibili alle mutazioni storico-politiche che coinvolgono il Paese. Tuttavia se il ruolo dei giudici («soggetti soltanto alla legge») non è più quello di mera *bouche de la loi*, secondo la fortunata espressione di Charles de Montesquieu, non sembrano desumersi dall'ordinamento norme, ancorché estensivamente interpretate, che affidino a un qualsiasi giudice – sia esso ordinario o speciale – il compito di prendere decisioni "sostanzialmente" giuste, ma al di fuori del principio di legalità (ossia, in altre parole, *contra legem*). Che questo, nei fatti, avvenga sempre più spesso (e non solo ad opera prevalentemente dei giudici ordinari civili ma anche, come si è visto, ad opera dei giudici amministrativi), è un fatto che ha precise ragioni (non ultima la debolezza del potere legislativo che è causa, e non conseguenza, dell'interventismo giudiziario che qui si stigmatizza), ma che, alla luce dell'ordinamento vigente, non trova giustificazione alcuna.

agli interessi legittimi pretensivi»⁶¹, e questo sulla base della ritenuta consistenza sostanziale (e non solo strumentale) dell'interesse legittimo; inoltre se, da una parte, una *navette* tra procedimento e processo non assume necessariamente aspetti patologici, anche perché l'interesse legittimo talvolta costituisce «una fattispecie a formazione progressiva (soprattutto in materia di gare e di procedure concorsuali in genere)»⁶², dall'altra ci si spinge a prospettare una soluzione che permetta di raggiungere un assestamento delle posizioni che vengono in rilievo all'esito del primo giudizio di annullamento, senza costringere il privato a plurimi ricorsi avverso reiterati provvedimenti contrari alle sue pretese (circostanza che, come si ricorderà, il Consiglio di Stato ritiene idonea a «svuotare» l'amministrazione del proprio potere discrezionale»⁶³), mediante «l'adozione di adeguati strumenti cognitori ed istruttori per raggiungere l'accertamento della fondatezza della pretesa»⁶⁴. Tali strumenti vengono individuati nello strumento della richiesta di informazioni diretta all'amministrazione, di cui all'art. 63 comma 1 c.p.a., e nella verifica *ex art. 63* comma 4 c.p.a.⁶⁵; in questo modo il giudice, avendo pieno accesso al fatto, potrebbe

⁶¹ G. GRECO, *Interesse legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di Stato)*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Cons. Stato, sez. VI, sent. 1321/2019.

⁶⁴ G. GRECO, *Interesse legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di Stato)*, *op. cit.*.

⁶⁵ La proposta di G. Greco non è nuova, in quanto era già stata prospettata in un risalente lavoro dei primi anni Novanta. Si veda quindi G. GRECO, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 3, 1992, pp. 481 e segg.; in quella sede l'autore già rilevava che «stride con la comune coscienza giuridica e con i valori di effettività della tutela giurisdizionale, consacrati nell'art. 24 della Costituzione, che la tutela giurisdizionale sia frazionata in tanti giudizi successivi (l'uno, ad esempio, sul silenzio, l'altro su un provvedimento negativo «pregiudiziale», l'altro ancora sul provvedimento negativo di merito), quanti son necessari per contestare i singoli aspetti dell'azione amministrativa, centellinati dall'Amministrazione – per ragioni di economia o di calcolo, non importa – in varie manifestazioni successive, anziché espresse

chiedere all'amministrazione se sussistono «ragioni ostative all'emissione del provvedimento richiesto (ulteriori rispetto a quelle eventualmente già contenute nell'atto impugnato)»⁶⁶, in modo che la ricomposizione degli interessi si risolva in un unico giudizio, davanti al giudice. L'eventuale proposizione di motivi aggiunti a seguito della risposta dell'amministrazione, inoltre, permetterebbe di “esaurire” la discrezionalità e consentirebbe al giudice di pronunciarsi *ex art. 34 co 1 lett. e) c.p.a.*, in modo che non sia violato il disposto di cui all'art. 34 comma 2 c.p.a. e che non sia «conculcata la sfera di autonomia e di responsabilità dell'amministrazione (che, anzi, rispondendo, avrebbe un'ulteriore occasione per esercitare pienamente la sua discrezionalità e per compiere le altre attività a sé riservate)»⁶⁷.

Tale costruzione teorica non convince. Se, da una parte, ha il pregio di superare una delle criticità recate dalla citata sent. 1321/2019 (ossia l'affermazione apodittica dell'esaurimento della discrezionalità amministrativa in caso di «insanabile “frattu-

in un'unica valutazione globale del rapporto potestà-interesse. Il che è tanto più grave, in considerazione del fatto che, oltre al frazionamento del giudizio, l'interesse sostanziale – in ipotesi fondato – può in concreto non essere mai soddisfatto».

Tuttavia, sempre nel lavoro citato l'autore prende atto di una certa ritrosia del giudice amministrativo ad adottare soluzioni idonee a tutelare la posizione sostanziale del cittadino, ma non alla luce del principio di ripartizione dei poteri, «che in questo caso sarebbe fuori luogo invocare, trattandosi di tutela giurisdizionale di legittimità di una posizione giuridica che si assume già lesa», bensì della «preoccupazione di non aver tutti gli elementi sufficienti per pronunciarsi sulla pretesa fatta valere in giudizio». Da ciò la proposta di attribuire al giudice amministrativo gli strumenti più idonei per accedere direttamente all'accertamento del fatto, cui deve conseguire l'applicazione della norma.

Tale tesi, comunque, per quanto suggestiva, non risolve il problema dei margini di discrezionalità che rimangono in capo all'amministrazione.

⁶⁶ G. GRECO, *Interesse legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di Stato)*, *op. cit.*.

⁶⁷ *Ibidem.*

ra” del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino»⁶⁸, su cui si tornerà comunque *infra*) mediante la previsione di un meccanismo procedimental-processuale che realmente esaurisce la discrezionalità amministrativa, dall’altra parte ha lo svantaggio di prevedere che di tale meccanismo sia protagonista il giudice: la consumazione della discrezionalità non avviene in via progressiva, per il susseguirsi di uno o più giudicati, ma perché la sede decisionale si sposta dal procedimento al processo, ed è il giudice – non più l’amministrazione – che prima di attribuire il bene finale, esercita discrezionalità mediante l’acquisizione di interessi (quello del privato, prospettato nella domanda giurisdizionale del privato, e quello di cui è portatrice l’amministrazione, prospettato nelle informazioni rese *ex art. 63 comma 1 c.p.a.*), la loro ponderazione e, infine, l’ordine all’amministrazione di emanare un provvedimento i cui contenuti sono tutti predeterminati dal provvedimento giurisdizionale.

Altri commenti alla sentenza, pure entusiastici, hanno ben evidenziato che «il punto cruciale, di difficile esplicazione, diventerà insomma individuare esattamente il momento in cui si potrà ritenere cristallizzata la consumazione del potere amministrativo»⁶⁹. Né può essere condivisa la tesi per cui «il *fil rouge* è, quindi, sempre quello della rimeditazione del dogma dell’inesauribilità del potere amministrativo, la cui erosione, iniziata dall’A.P. 8 del 2017, è stata portata a compimento dalla pronuncia che si esamina»⁷⁰: difatti, Cons. Stato, sez. VI, sent. 1321/2019 parla di

⁶⁸ Cons. Stato, sez. VI, sent. 1321/2019.

⁶⁹ G. CICE (a cura di), *Nota a sentenza a Consiglio di Stato – Sezione VI – sentenza del 25 febbraio 2019 n. 1321*, in *www.giustamm.it*, n. 4/2019.

⁷⁰ *Ibidem*, corsivo dell’autrice, la quale così poi conclude: «in sede di autotutela l’esercizio del potere dalla PA è determinato dalla venuta ad esistenza di un ulteriore interesse, creato dallo stesso provvedimento adottato dalla PA, che è l’interesse del privato destinatario di quello stesso atto. La PA, dunque, nel riesercitare il proprio potere è tenuta a considerare, oltre all’interesse pubblico, anche l’interesse del privato che, in sede di primo esercizio, non esisteva, perché sorto solamente dopo che la stessa PA ha adottato il provvedimento che si accinge a riesaminare [...]. I limiti all’esercizio

esaurimento della discrezionalità, non di esaurimento del potere. Non c'è una relazione biunivoca tra i due concetti, e anzi il ragionamento da cui muove il Consiglio di Stato – del tutto condivisibile – presuppone che in capo all'amministrazione permanga in ogni caso il potere di provvedere, ancorché tale potere sia ormai vincolato (all'ordine contenuto nel dispositivo della sentenza), essendosi esaurita la discrezionalità (tecnica) di cui disponeva, all'avvio del primo procedimento, l'amministrazione resistente.

Ciò che rappresenta un problema, tuttavia, non sono le premesse teoriche (essendo ormai pacifico, in dottrina e in giurisprudenza, come si è visto, che vi possa essere una riduzione della discrezionalità), quanto piuttosto le applicazioni concrete: non è ben chiaro per quale motivo – sul punto il Consiglio di Stato fa un'affermazione apodittica, indimostrata – la rottura del “patto” tra cittadini e amministrazione sia idoneo a consumare del tutto la discrezionalità dell'amministrazione.

del potere amministrativo attivo sono, invece, del tutto differenti e la sentenza in esame lo dimostra. In tale contesto, non si ravvisa alcun interesse privatistico da tutelare perché, mancando l'adozione di qualsiasi provvedimento pregresso, non sussiste nessuna posizione consolidata da presidiare. La dialettica, pertanto, non si sviluppa tra due posizioni di potere tra loro contrapposte, perché il potere amministrativo si fronteggia qui con l'usuale interesse legittimo del privato. I criteri di legalità vanno, allora, ricercati non già nel contemperamento di diverse posizioni sostanziali, ma piuttosto nell'individuazione di “limiti interni” allo stesso esercizio del potere amministrativo, secondo una prospettiva nella quale l'interesse privatistico di evitare defatiganti alternanze tra processo e procedimento è ciò che spinge dall'esterno a limitare il potere pubblico entro i canoni della coerenza, fermo restando tuttavia che la valutazione che occorre effettuare si esaurisce in un sindacato tutt'intraneo alle stesse linee tracciate dalla PA, senza che sussista alcuna posizione consolidata da vagliare nell'ottica di un corretto bilanciamento tra valori contrapposti. Il parametro, quindi, è di tipo unidirezionale, nel senso che il sindacato giudiziale dovrà avere ad oggetto esclusivamente la linearità del potere amministrativo e non, invece, la sua proporzionalità rispetto alla esistenza di esigenze contrapposte».

Conclusivamente, e come si vede, alla luce di tali riflessioni pare definitivamente tramontata l'impostazione teorica di chi ritiene compatibile, con il sistema di giustizia amministrativa, esclusivamente un giudizio sul rapporto inteso in senso statico. Nel momento in cui, al di là delle enunciazioni formali circa l'assenza o l'esaurimento della discrezionalità amministrativa (nel caso trattato dalla sentenza 1321/2019, infatti, non può certo mettersi in discussione che l'amministrazione non disponesse più di potere discrezionale: lo esclude lo stesso Consiglio di Stato quando fa riferimento al contenuto di accertamento delle precedenti decisioni passate in giudicato, «alquanto ristretto, difettando qualsivoglia statuizione sulla fondatezza della pretesa»⁷¹, tanto che si è reso necessario inventare una consumazione della discrezionalità «frutto della insanabile “frattura” del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino»⁷²), il giudice amministrativo “decide”, va da sé che il giudizio sul rapporto assume i caratteri di un giudizio dinamico, in cui il momento della motivazione si trasla dal procedimento al processo.

Si aggiunga, ma sul punto si tornerà *infra*, che il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (conv. dalla l. 120/2020), ha disposto, con l'art. 12 comma 1 lett. e) una modifica dell'art. 10-bis comma 1 l. 241/1990: ora, qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni a seguito del preavviso di rigetto, nella motivazione del provvedimento si deve dare atto di tali osservazioni e del motivo per cui non vengono accolti, mediante l'indicazione, se ve ne sono, dei soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni. Qualora il provvedimento così adottato sia poi annullato in giudizio, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato. A margine l'infelice formulazione lessicale e la non corretta collocazione topografica (che limita l'applicazione della nuova previsione ai provvedimenti adottati dopo la comunicazione del preavviso di rigetto), pare comunque che la volontà

⁷¹ *Ibidem.*

⁷² *Ibidem.*

del legislatore sia quella di prevedere nuovi meccanismi di conformazione del (ri)esercizio del potere amministrativo che si aggiungono a quelli enucleati dalla giurisprudenza amministrativa e agli auto-vincoli imposti dalla stessa pubblica amministrazione.

1.1.2. La conferma di Cass. civ., SS.UU, sent. 18592/2020

La richiamata sentenza del Consiglio di Stato è stata impugnata dal Ministero dell'Istruzione il quale ne ha richiesto la cassazione, deducendo l'eccesso di potere giurisdizionale per travalicamento da parte del giudice amministrativo dei limiti esterni del proprio ambito di giurisdizione, consistito nell'arbitraria invasione nella sfera riservata al potere dalla pubblica amministrazione derivante, nella prospettiva del ministero, dalla diretta attribuzione del bene della vita (ossia l'abilitazione scientifica nazionale) alla originaria ricorrente.

Più approfonditamente, la difesa erariale ha sostenuto che il giudice amministrativo avrebbe dovuto sottoporre l'interessata al riesame di una nuova commissione. Al più, il giudice avrebbe potuto indicare i parametri di valutazione cui tale commissione si sarebbe dovuta attenere; inoltre, nella sentenza 1321/2019, il principio per cui in sede di legittimità il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni espresse dalle commissioni giudicatrici solo se queste siano manifestamente affette da eccesso di potere per illogicità o irrazionalità travisamento dei fatti, o in ogni caso per qualunque macroscopica carenza nella motivazione, o in caso di mancato rispetto dei criteri stabiliti per la valutazione, non è stato rispettato: infatti, è stata esclusa la violazione dei precedenti giudicati per gli stessi motivi per cui è stato poi disposto l'annullamento del "terzo" giudizio negativo, con l'attribuzione quindi del bene finale alla ricorrente in spregio dell'art. 31 comma 3 c.p.a. il quale stabilisce questa possibilità solamente qualora si tratti di attività vincolata o quanto risulti che non residuano ulteriori margini di discrezionalità.

Orbene, le Sezioni Unite, con la sent. 18592/2020, hanno respinto il ricorso.

In primo luogo hanno chiarito che l'eccesso di potere giurisdizionale va inteso come «esplicazione di una potestà riservata dalla legge a un diverso organo, sia esso legislativo o amministrativo, e cioè come una usurpazione o indebita assunzione di potestà giurisdizionale»⁷³, il quale presuppone che vi sia un superamento dei limiti esterni delle attribuzioni del giudice speciale, con l'esclusione, però, di un sindacato sui modi di esercizio della funzione medesima; di conseguenza, hanno evidenziato che il vizio denunciato dal Ministero non è configurabile nel caso in cui il giudice speciale – nel caso di specie il Consiglio di Stato – si sia limitato alla attività di interpretazione di norme, anche nel caso in cui ci si riferisca non tanto alla lettera del testo ma alla volontà del legislatore (si parla di «“ratio” che esprime il loro [delle norme, *n.d.a.*] coordinamento sistematico»⁷⁴); infine, hanno sostenuto che il giudice amministrativo effettua un controllo di legittimità che importa un sindacato pieno non solo sul fatto ma anche sulle valutazioni di ordine tecnico operate dall'amministrazione⁷⁵.

Le Sezioni Unite hanno quindi ripercorso la sentenza del Consiglio di Stato e, alla luce dei principi sopra riassunti, in modo invero apodittico hanno concluso che «risulta evidente che è da escludere che il Consiglio di Stato [...] abbia arbitrariamente invaso il capo dell'attività riservata alla Pubblica Amministrazione»⁷⁶, e questo perché la decisione del giudice amministrativo che si presume viziata è motivata da una interpretazione ritenuta «articolata ed “evolutiva” delle norme del codice del processo amministrativo»⁷⁷, e in particolare dell'art. 34 comma 1 lett. e) c.p.a. il quale consente al giudice amministrativo di disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, ivi compresa la nomina di un commissario *ad acta*. Di conseguenza, la decisione può essere ricompresa

⁷³ Cass. civ., SS.UU., sent. 18592/2020.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ In tal senso si veda anche Cass. civ., SS.UU., sent. 6691/2020.

⁷⁶ Cass. civ., SS.UU., sent. 18592/2020.

⁷⁷ *Ibidem*.

nell'alveo di cui all'art. 1 del c.p.a., il quale afferma la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale davanti agli organi della giustizia amministrativa nel rispetto dei principi della Costituzione e del diritto europeo: il prospettato eccesso di potere, quindi, non è configurabile in quanto la sentenza impugnata «rappresenta l'esito dell'attività di interpretazione delle richiamate norme del codice del processo amministrativo effettuata dal Consiglio di Stato e tale attività rappresenta il “proprium” della funzione giurisdizionale e non può dunque integrare, di per sé sola, la violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale e quindi dare luogo al vizio denunciato»⁷⁸.

A margine la condivisibilità o meno di tale arresto (che non sembra comunque condivisibile, quantomeno perché – qualificando la decisione come una semplice attività “interpretativa” di norme, senza per questo sindacare l'effettiva portata e il riflesso nel merito di tale interpretazione – assegna in definitiva una sostanziale delega in bianco al giudice speciale: qualsiasi decisione giudiziaria è frutto di interpretazione di norme; l'orientamento espresso dalla Cassazione svuota completamente di significato il controllo sull'eccesso di potere giurisdizionale demandato dalla legge proprio alla Suprema Corte⁷⁹), occorrerà monitorare i futuri orientamenti della Suprema Corte perché la stabilizzazione di queste posizioni sarebbe in grado di sovvertire il sistema di giustizia amministrativa così come è stato conosciuto fino a oggi⁸⁰.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ In tal senso, andrebbero individuati dei meccanismi per denunciare un eccesso di potere giurisdizionale (e per consentire quindi alla Cassazione di scrutinare il merito della decisione), per esempio mediante l'impugnazione di una sentenza del giudice speciale chiedendo contestualmente di sollevare una questione di legittimità costituzionale degli articoli che vengono posti alla base della decisione, così come interpretati dal diritto vivente, per violazione dei principi che regolano il riparto tra le giurisdizioni.

⁸⁰ Tra l'altro, è stato sostenuto che «nella motivazione di tale decisione si fa espresso richiamo ai principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale ed al ruolo del giudice amministrativo

2. *Gli elementi sintomatici del tramonto della giurisdizione generale di legittimità: la dequotazione dei vizi formali e l'art. 21-octies comma 2 l. 241/1990*

Gli approdi della giurisprudenza di cui sopra di è dato ampio spazio sono stati resi possibili anche dall'implementazione del sistema di tutele registratosi nell'evoluzione della legislazione (sostanziale e processuale) e della giurisprudenza amministrativa⁸¹.

In tale evoluzione un ruolo non secondario l'ha svolto la cd. dequotazione dei vizi formali.

Come noto, la l. 15/2005, con l'art. 14, intervenendo sulla legge generale disciplinante il procedimento amministrativo (l. 241/1990), ha introdotto il nuovo art.

[...]; tuttavia, l'esperienza insegna che non sempre la S.C., anche nella sua più autorevole espressione delle Sezioni unite, si mostra altrettanto aperta nei confronti delle "ingerenze" del giudice in ambiti riservati alla valutazione della P.A.» Così R. GRECO, *L'atipicità delle azioni e delle tecniche di tutela nel codice del processo amministrativo*, intervento svolto all'incontro di studio dal titolo *Dieci anni di Codice del processo amministrativo: bilanci e prospettive*, Università di Roma Tre, 16 settembre 2020, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸¹ «A fronte, quindi, di uno spostamento del sindacato giurisdizionale verso il risultato dell'azione amministrativa, sempre più inadeguato è sembrato essere il rigido parametro conformità/diffornità dell'atto amministrativo rispetto allo schema legale di riferimento: da qui l'applicazione anche nella giurisprudenza amministrativa della distinzione tra violazione di legge e violazione dello scopo della norma. Questa evoluzione, di cui l'art. 21-octies comma 2 rappresenta un approdo, viene anche letta nella prospettiva del passaggio dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto, sulla pressante esigenza di assicurare una cognizione quanto più completa del potere, su cui insistono gli interessi perseguiti con l'atto e la pretesa sostanziale del privato» (F. BELLOMO, *Nuovo sistema del diritto amministrativo*, vol. II, Bari, Diritto e Scienza 2018¹). L'autore richiama F. SPAZIANTE, *Confini giuridici dell'annullamento dell'atto amministrativo: brevi note sull'interpretazione dell'articolo 21-octies comma 2-3 legge 241/90*, in www.diritto.it, 2006, specificando correttamente che il meccanismo processuale previsto dalla l. 1034/1971 garantiva una tutela solo parziale, formale: non era possibile, per il giudice, effettuare un sindacato sul contenuto dell'atto impugnato (ossia sulla spettanza del bene della vita).

21-*octies* che, nel primo comma, indica i casi di annullabilità del provvedimento amministrativo, mentre nel secondo comma disciplina alcune eccezioni, prevedendo che «non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

Tale intervento normativo positivizza alcuni arresti della giurisprudenza.

Per una riflessione critica sulle innovazioni apportate dall'art. 21-*octies* comma 2 l. 241/1990, occorre preliminarmente tratteggiarne gli aspetti caratterizzanti.

Per quanto riguarda la prima parte, i requisiti affinché la previsione sia operativa sono tre:

- il provvedimento deve essere adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti;
- il provvedimento ha natura vincolata;
- il provvedimento, in maniera palese, non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato in concreto.

Con riferimento al primo requisito, ci si è interrogati su quali siano le norme sul procedimento e quelle sulla forma degli atti. Va escluso, in via preliminare, che si faccia riferimento a quelli che, prima della riforma, erano considerate mere irregolarità, ossia scostamenti marginali e non significativi dal paradigma normativo, inidonei a incidere, direttamente o indirettamente, sul processo di formazione della decisione adottata dall'amministrazione oppure sulle modalità di manifestazione

all'esterno di tale volontà⁸², e conseguentemente inidonei a sorreggere una pronuncia di annullamento da parte del giudice amministrativo.

Ne consegue, pertanto, che le norme sulla forma degli atti debbano essere individuate in quelle la cui violazione non condurrebbe, già di per sé, a mera irregolarità (e per le quali, di conseguenza, non sarebbe comunque applicabile l'art. 21-*octies* comma 2 prima parte l. 241/1990), e quelle ritenute «essenziali» dall'art. 21-*septies* l. 241/1990 (che rientrano nell'ambito della citata norma e che rendono l'atto nullo). È pertanto evidente che la disposizione ha un'applicazione del tutto residuale e marginale.

Più complesso risulta delimitare le “norme sul procedimento”.

In effetti, una interpretazione estensiva dell'espressione porterebbe a ricondurre, alla fattispecie in esame, tutte le violazioni della l. 241/1990, che disciplina appunto il procedimento amministrativo, finendo per svuotare di significato il vizio di violazione di legge, riducendone ampiamente la portata. In realtà, la giurisprudenza ha costruito una sorta di argine tale per cui sono riconducibili alle «norme sul procedimento» le violazioni dell'art. 10 comma 1 lett. *b*) l. 241/1990⁸³, dell'art. 10-bis l.

⁸² La legge 241/1990 non prevede una definizione di irregolarità del provvedimento amministrativo, concetto che al contrario è stato elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Dall'analisi delle pronunce sul punto si può desumere che sono considerate irregolarità, come tali inidonee a incidere sulla validità dell'atto, la mancanza della data, la mancanza o l'illeggibilità della firma, l'erronea intestazione dell'atto, la mancanza dell'indicazione dell'autorità presso cui impugnare il provvedimento.

⁸³ L'articolo fa riferimento alla possibilità di presentare «memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento». V. Cons. Stato, sez. V, sent. 1588/2016, per cui non sussiste l'asserita violazione dell'art. 21-*octies* comma 1 l. 241/1990 dal momento che «l'obbligo in capo all'amministrazione di esaminare le memorie prodotte dall'interessato non implica, come sembra presupporre l'appellante, la confutazione analitica di tutti i rilievi prospettati, essendo per contro sufficiente che il provvedimento finale sia corredato da un'adeguata motivazione, onere che nel caso in esame l'amministrazione risulta avere assolto, evidenziando sia tutte le inadempienze verificatesi, indicando anche gli atti con cui le stesse

241/1990 con riferimento sia all'obbligo di motivazione conseguente alla presentazione delle osservazioni da parte dell'istante, sia al mancato invio della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda⁸⁴, sia della mancata richie-

inadempienze erano state rilevate formalmente e non mancando di evidenziare anche il comportamento tenuto dai componenti del Consorzio, e la loro rilevanza, ai fini della risoluzione *de qua*». V. anche Tar Campania, Napoli, sez. VIII, sent. 4140/2016, per cui, con ragionamento *a contrario*, preso atto che «il provvedimento del Comune, adottato già il lunedì 5.10.2015, non ha tenuto conto delle indicate osservazioni, riportando, anzi, espressamente che “entro il termine assegnato non sono pervenute osservazioni o memorie”», il tribunale nondimeno ritiene che, «pur trattandosi di vizi procedurali, il Collegio non ritiene possa farsi applicazione dell'art. 21 *octies*, comma 2, della legge n.241/90, in quanto non risulta agli atti che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, in quanto non sono stati allegati in giudizio elementi decisivi comprovanti la legittimità sostanziale del provvedimento di autotutela e, anzi, come si espone nei punti che seguono, sono ravvisabili dei vizi di carattere sostanziale o, quantomeno, dei difetti di motivazione e istruttoria nell'operato del Comune».

⁸⁴ Per quanto riguarda il primo aspetto si veda Cons. Stato, sez. VI, sent. 5622/2015, per il quale «il carattere strettamente vincolato, per tutte le ragioni illustrate sopra, dell'azione amministrativa, toglie peso alla questione relativa al carattere provvedimentoale, o meno, dei preavvisi di diniego, e al profilo di censura basato sulla violazione dell'art. 10 bis della l. n. 241 del 1990, con specifico riguardo alla dedotta mancata presa in considerazione della memoria procedimentale depositata dal privato ai sensi, appunto, della norma della legge n. 241 del 1990 sulla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, e sul fatto che dell'eventuale mancato accoglimento delle osservazioni dell'istante è data ragione nella motivazione del provvedimento finale. In ogni caso, l'onere di cui al citato art. 10 bis non comporta la puntuale confutazione analitica delle argomentazioni svolte dalla parte privata. Al contrario, per giustificare il provvedimento conclusivo adottato è sufficiente la motivazione complessivamente e logicamente resa a sostegno dell'atto stesso, alla luce delle risultanze acquisite. E in ogni caso trova applicazione l'art. 21 *octies*, comma secondo, della l. n. 241 del 1990 (sulla “dequotazione” dei vizi formali del procedimento, non incidenti sul contenuto sostanziale del provvedimento finale, specie se avente natura vincolata, la giurisprudenza amministrativa è pacifica, il che esime il Collegio dal fare citazioni particolari)»; per quanto riguarda invece il secondo aspetto, si veda Cons. Stato, sez. VI, sent. 6042/2013, per il quale, in maniera estremamente sintetica, «la violazione dell'art. 10-*bis* l. 7 agosto 1990, n. 241 non è invocabile per

sta, e conseguente acquisizione, nel corso del procedimento amministrativo, di pareri che non rientrino tra quelli di cui all'art. 16 comma 2 l. 241/1990 (ossia quelli dai quali l'amministrazione procedente prescinde⁸⁵) e, infine, la violazione delle norme sulla competenza⁸⁶.

atti vincolati»; si veda anche Cons. Stato, sez. III, sent. 4532/2015 che estende la portata della disposizione in esame anche ai provvedimenti discrezionali, nel caso in cui sia raggiunta la prova concreta e sostanziale della loro immodificabilità («L'istituto del cd. preavviso di rigetto, di cui all'art. 10-bis citato, ha lo scopo di far conoscere alle amministrazioni le ragioni fattuali e giuridiche dell'interessato che potrebbero contribuire a far assumere agli organi competenti una diversa determinazione finale, derivante dalla ponderazione di tutti gli interessi in campo e determinando una possibile riduzione del contenzioso fra le parti; tuttavia, tale scopo viene meno ed è di per sé inidoneo a giustificare l'annullamento del provvedimento nei casi in cui il suo contenuto non sarebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, sia perché vincolato, sia perché sebbene discrezionale sia raggiunta la prova della sua concreta e sostanziale non modificabilità»); è evidente che in quest'ultimo caso il giudizio non è sull'atto, ma sul rapporto; vengono in rilievo i presupposti in fatto e in diritto della decisione dell'amministrazione e il giudice, non annullando l'atto impugnato, si sostituisce alla valutazione (discrezionale) dell'amministrazione accertando la «concreta e sostanziale non modificabilità» dell'atto stesso.

⁸⁵ E non più può prescindere, a seguito delle modifiche apportate all'art. 16 comma 2 cit. dal d.l. 76/2020, conv. dalla l. 120/2020. Sul punto vi sono comunque due orientamenti. Per Tar Liguria, Genova, sez. I, sent. 806/2014, che ritiene applicabile la disposizione di cui all'art. 21-octies comma 2 l. 241/1990, «la mancata acquisizione del parere costituisce, indubabilmente una violazione delle norme sul (relativo) procedimento. Ciò posto non pare dubitabile che il contenuto del provvedimento impugnato non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato [...]»; per Cons. Stato, sez. VI, sent. 2484/2018, in riforma della citata sentenza del Tar Genova, «non appare invocabile la causa di non annullabilità ex art. 21-octies, co. 2, primo periodo, L. n. 241/1990, in quanto la mancata acquisizione di un parere obbligatorio non comporta la mera violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti. Infatti, la previsione normativa di un parere obbligatorio attiene intrinsecamente alla sostanza del rapporto che intercorre tra l'Amministrazione ed il privato; allorché viene previsto l'intervento dell'organo di amministrazione attiva e di quello di amministrazione consultiva, la fattispecie viene, infatti, disciplinata in termini sostanziali, per cui il contenuto sostanziale del rapporto non può prescindere dall'arricchimento derivante dal contributo del colle-

Quanto al secondo requisito (ossia la vincolatività dell'atto), va qui solo specificato che non esiste, nell'ordinamento positivo, una definizione di vincolatività dell'atto. Secondo dottrina e giurisprudenza, comunque, per "atto vincolato" deve

gio competente a fini consultivi». Sul punto, precedentemente, era intervenuto con un *obiter* Cons. Stato, A.P., sent. 5/2015, per il quale l'art. 34 comma 2 c.p.a., espressione del principio di separazione dei poteri e di riserva di amministrazione, è declinato in varie disposizioni dello stesso c.p.a., dalle quali si desume che «in tutte le situazioni di incompetenza, carenza di proposta o parere obbligatorio, si versa nella situazione in cui il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, sicché il giudice non può fare altro che rilevare, se assodato, il relativo vizio e assorbire tutte le altre censure, non potendo dettare le regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo *munus* [...]. Per concludere sul punto si osserva che bisogna prendere atto che taluni vizi di legittimità esprimono una così radicale alterazione dell'esercizio della funzione pubblica che il codice ha imposto al giudice amministrativo di non ritenersi vincolato, a tutela della legalità dell'azione amministrativa e degli interessi pubblici sottostanti, dalla prospettazione del ricorrente e dalla eventuale graduazione dei motivi da quest'ultimo effettuata. Tale impostazione produce, inoltre, effetti deflattivi sul contenzioso perché dissuade il ricorrente dalla proposizione di impugnative di procedimenti attinti da una pleora di motivi sostanzialmente di facciata e lo stimola a concentrarsi solo sull'interesse sostanziale effettivamente perseguibile; si evitano, per tale via, gli eccessi di tutela spesso forieri di veri abusi del processo (il cui divieto assume, ormai, rilevanza costituzionale ex articolo 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in termini Sez. un., nn. 26242 e 26243 del 2014 cit.)».

⁸⁶ Per Tar Toscana, sez. III, sent. 1263/2013, «il vizio di incompetenza da cui possa essere affetto un provvedimento amministrativo, soprattutto quando si contesta che la competenza appartiene ad un organo diverso dello stesso ente, come nel caso di specie, e non ad un ente radicalmente diverso, è un mero vizio procedimentale e, dunque, sanabile – ove, come nella fattispecie che ci occupa, il provvedimento abbia natura vincolata e l'irrilevanza del vizio sul contenuto dispositivo sia palese – ai sensi dell'art. 21-*octies*, secondo comma, della legge n. 241/1990». In termini anche Cons. Stato, sez. III, sent. 3791/2015, per cui «In ogni caso – premesso che si tratterebbe di incompetenza relativa e non assoluta – vale l'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990, a norma del quale non sono motivo di annullamento i vizi di procedura, qualora, per il carattere vincolato del provvedimento (e questo è il caso) esso non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato. Il supposto vizio d'incompetenza sarebbe dunque irrilevante ai fini del presente giudizio».

intendersi quell'atto frutto di una attività «in cui non v'è margine di apprezzamento nella qualificazione dei presupposti dell'esercizio del potere (sia esso apprezzamento tecnico o di interessi) e circa la scelta del contenuto del provvedimento»⁸⁷.

Infine, il terzo requisito impone che il provvedimento, in maniera palese, non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato in concreto. Come è stato evidenziato, il concetto è «ampiamente indeterminato[, e] soggetto alla variabilità di opinione di ciascun operatore del diritto»⁸⁸. Tuttavia, con maggior sforzo ermeneutico, è necessario indicare un parametro oggettivo cui agganciare l'interpretazione della norma, e questo può essere fatto solamente correlando la disposizione normativa con lo sviluppo processuale entro il quale tale disposizione si inverte e concretizza: «deve ritenersi la sussistenza del requisito quando l'ineluttabilità del contenuto del provvedimento sia desumibile dagli atti di causa. Una simile nozione è tenuta presente dallo stesso comma relativamente al provvedimento discrezionale. Non avrebbe senso, infatti, ammettere una sanatoria più ampia per il provvedimento discrezionale rispetto a quello vincolato»⁸⁹.

Lungi dall'effettuare una sorta di giudizio prognostico, o in ottica *ex ante*, l'analisi della giurisprudenza restituisce un giudice che effettua una valutazione del-

⁸⁷ F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in www.federalismi.it, 2017. L'autore dà anche atto delle teorie dottrinali, respinte dalla unanime giurisprudenza, che ritengono che l'atto vincolato non sia espressione di potere amministrativo. Per approfondire si rimanda alla bibliografia richiamata dall'autore. Si vedano, in particolare, M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè 1939¹; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in A. ORSI BATTAGLINI, *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè 2007¹, già in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, Cedam 1996¹; D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè 2010, Ann. III; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam 2001¹. In risposta al citato contributo di Follieri si veda L. VIOLA, *Atti vincolati, hard cases e riparto di giurisdizione*, in www.federalismi.it, 2017.

⁸⁸ Tar Liguria, Genova, sez. I, sent. 20/2014.

⁸⁹ *Ibidem*.

la natura dell'atto (che deve essere vincolato) e, per usare le parole della giurisprudenza, sull'«ineluttabilità del contenuto del provvedimento»⁹⁰, mediante un giudizio causale che escluda l'interferenza di fattori alternativi: eliminando mentalmente la violazione delle norme sul procedimento, il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso.

Assai più problematica e meno lineare e intuitiva risulta l'interpretazione della seconda parte dell'articolo in esame.

Anche in questo caso, i requisiti affinché la previsione sia operativa sono tre:

- il provvedimento deve essere adottato in violazione dell'art. 7 l. 241/1990, che disciplina la comunicazione di avvio del procedimento (cd. tipicità della violazione);
- è indifferente la natura – vincolata o discrezionale – del provvedimento (in tal senso deve intendersi l'avverbio «comunque», in contrapposizione a quanto previsto nella prima parte del comma, dove si fa riferimento esclusivamente ai provvedimenti vincolati);
- è necessario che l'amministrazione dimostri, nel corso del giudizio, che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Per quanto concerne il primo requisito, la norma ha cristallizzato un risalente approdo della giurisprudenza amministrativa, in virtù del quale le norme in materia di partecipazione al procedimento, per giurisprudenza consolidata, «non vanno applicate meccanicamente e formalmente, nel senso che occorra annullare ogni procedimento in cui sia mancata la fase partecipativa, dovendosi piuttosto interpretare nel senso che la comunicazione è superflua – e riprendono, pertanto, espressione i principi di economicità e di speditezza dai quali è retta l'attività amministrativa – quando quest'ultima sia priva di margini di discrezionalità sui quali possa utilmente in-

⁹⁰ *Ibidem.*

tervenire il privato»⁹¹. Tale assunto, tuttavia, ha portato a un'applicazione estensiva della previsione in esame, che ha ricompreso non solo la violazione dell'art. 7 l. 241/1990, ma anche – proprio in considerazione della medesima *ratio* ispiratrice – la violazione dell'art. 10-*bis* l. 241/1990⁹² e, infine, quella dell'art. 3 l. 241/1990 (cd. integrazione della motivazione del provvedimento, di cui si parlerà *infra*, nel successivo paragrafo).

Per quanto riguarda gli altri due requisiti, nel caso di cui al secondo periodo dell'art. 21-*octies* l. 241/1990 l'amministrazione è gravata dall'onere di dimostrare (nel corso del giudizio) che il contenuto del provvedimento, sia discrezionale sia vincolato, non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. In altre parole, va dimostrato che l'apporto del privato, astrattamente garantito dagli istituti sulla partecipazione, sarebbe stato non determinante nel processo decisionale dell'amministrazione.

Anche in questo caso è richiesto, al giudice, di operare un giudizio controfattuale: non particolari problemi vi sono nel caso in cui sia impugnato un provvedimento frutto di attività vincolata. Al contrario, assai più complessa si presenta la valutazione del giudice nel caso di provvedimento frutto di attività discrezionale: difatti, in questo caso, e quantomeno in un'ottica *ex ante*, sono prospettabili differenti esiti dell'azione amministrativa, proprio perché discrezionale. La valutazione del giudice

⁹¹ Così Cons. Stato, sez. VI, sent. 5419/2006.

⁹² V., a mero titolo di esempio, TAR Lazio, Roma, sez. 1-quater, sent. 5076/2018, confermata da Cons. Stato. Sez. IV, sent. 2223/2020. Alla luce di ciò, è del tutto incomprensibile la modifica apportata all'art. 21-*octies* comma 2 dall'art. 12 comma 1 lett. i) d.l. 76/2020, conv. dalla l. 120/2020, in virtù della quale «la disposizione di cui al secondo periodo [*ossia quella qui in esame*, n.d.a.] non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-*bis*». V'è da aggiungere che, secondo taluni, la disposizione di cui all'art. 21-*octies* comma 2 è eccezionale, poiché nei fatti limitativa della tutela giurisdizionale dei privati nei confronti di atti della pubblica amministrazione; pertanto, alla luce dell'art. 113 Cost. e delle previsioni che governano l'interpretazione delle norme (v. art. 14 disp. att. cod. civ.) non è ammessa una interpretazione estensiva (v. F. BELLOMO, *op. cit.*).

– *rectius*: il sindacato sul provvedimento impugnato – deve quindi essere effettuata necessariamente in un’ottica *ex post*, l’unica dalla quale può emergere «che, sulla base delle risultanze procedimentali, l’intervento del privato non avrebbe concretamente influito sul *decision making process*»⁹³.

Tra l’altro, e con riferimento all’ultimo dei requisiti indicati, la giurisprudenza ha chiarito che la norma in questione deve essere interpretata nel senso che è onere del privato «indicare, quanto meno in termini di allegazione processuale, quali elementi conoscitivi avrebbe potuto introdurre nel procedimento, se previamente comunicatogli, allo scopo di indirizzare l’Amministrazione verso una decisione diversa da quella assunta in concreto»⁹⁴, al fine di evitare che l’amministrazione sia onerata in giudizio di una prova così rigorosa da essere diabolica.

Tuttavia, e alla luce di tutto quanto sopra, sono evidenti i problemi relativi al sindacato (di merito) che il giudice si trova ad esercitare sull’intero rapporto amministrativo dedotto in giudizio dalle parti. Infatti, se si muove dall’assunto che ispira la norma, ossia che la partecipazione del privato va intesa in senso sostanziale e non formale, ne consegue necessariamente che il *vulnus* del procedimento (ossia la mancata acquisizione di elementi che avrebbero potuto portare l’amministrazione a decidere diversamente) comporta che tali elementi vengano acquisiti nel corso del processo, il quale si trasforma in una sorta di appendice del procedimento amministrativo, in una nuova fase (non già di mera legittimità, ma) di merito, con ogni conseguenza del caso, non ultimo l’effetto conformativo della sentenza di annullamento

⁹³ F. BELLOMO, *op. cit.*.

⁹⁴ Così ancora TAR Lazio, Roma, sez. 1-quater, sent. 5076/2018, confermata da Cons. Stato, sez. IV, sent. 2223/2020, che prosegue, pur con riferimento all’art. 10-*bis*, specificando che: «in altre parole, l’interessato che lamenta la violazione dell’obbligo di comunicazione dei motivi ostativi di cui al citato art. 10-*bis* ha anche l’onere di allegare e dimostrare che, grazie alla previa comunicazione preventiva, egli avrebbe potuto sottoporre all’Amministrazione elementi che avrebbero potuto condurla a una determinazione diversa da quella che ha invece assunto». In termini, Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giur., sent. 392/2020.

sul riesercizio del potere amministrativo. Tale aspetto era già stato messo in evidenza dai primi commentatori della norma i quali, con riferimento al giudizio controfattuale, si erano chiesti «in che modo una verifica di tal fatta possa essere operata dal giudice amministrativo nazionale, senza che il suo giudizio, da giudizio di semplice legittimità rischi di sconfinare in un'indagine sul c.d. merito amministrativo»⁹⁵. Il fatto stesso che l'amministrazione, per regola generale, in sede di riedizione del potere debba conformarsi a quanto statuito dal giudice nella sua pronuncia di annullamento, permette poi di ritenere troppo limitante l'interpretazione di chi legge, nell'art. 21-*octies* comma 2 l. 241/1990 e nei poteri che tale norma attribuisce al giudice, un semplice meccanismo processuale che dal giudice «esige [...] niente di più dell'espletamento di un compito del tutto ordinario per la sua funzione, qual è il giudicare se un onere di prova gravante su un certo soggetto possa considerarsi as-

⁹⁵ Così D.U. GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo art. 21-*octies* della legge n. 241/1990*, in www.giustamm.it, 2005. Per l'autrice, a tal proposito, erano difficilmente immaginabili «pericolose fughe in avanti del giudice amministrativo nazionale – che potrebbe volere sfruttare le indubbe potenzialità espansive della previsione», mentre «il rischio che mi pare più reale è quello che la previsione in parola resti lettera morta». L'analisi della giurisprudenza, *supra* parzialmente richiamata, ha smentito nei fatti l'auspicio dell'autrice, la quale muoveva dalla considerazione che l'art. 21-*octies* comma 2 della l. 241/1990 è, in buona sostanza, una norma assai simile all'art. 46 del *VwVfG* tedesco (*Verwaltungsverfahrensgesetz der Bundesrepublik Deutschland*, ossia la legge sul procedimento amministrativo della Repubblica federale di Germania), il quale però consente al giudice un sindacato assai più penetrante del sindacato di legittimità tipico del giudice amministrativo italiano. Si veda in tal senso la bibliografia, sul punto, richiamata nel contributo citato all'inizio della nota, tra cui H. HILL, *Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht*, Heidelberg, R. v. Deckers Verlag 1986¹, per il quale «il procedimento del tribunale sostituisce [...] il procedimento dell'amministrazione» (p. 117; trad. di D.U. Galetta). Per un approfondimento sull'art. 46 del *VwVfG* si veda anche K. FÜBER-M.MARTINI, *Vizi formali e annullabilità dell'atto amministrativo*, 2011, in <http://www.fuesser.de/it/publikationen/verwaltungsrecht/vizi-formali-e-annullabilita-dellatto-amministrativo-working-paper-html>.

solto»⁹⁶, pur alla luce dell'orientamento giurisprudenziale per cui «solo in presenza di margini di discrezionalità, non è consentito al giudice – senza sconfinare dai propri poteri – ricostruire quello che avrebbe potuto essere il contenuto della determinazione amministrativa, ove il privato fosse stato messo in grado di fornire il proprio apporto partecipativo»⁹⁷.

In effetti, se è vero che «“risulta preferibile interpretare la norma in esame [ossia l'art 21-octies comma 2 seconda parte, n.d.a.] nel senso che il privato non possa limitarsi a dolersi della mancata comunicazione di avvio, ma debba anche quantomeno indicare o allegare quali sono gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione”, sicché “solo dopo che il ricorrente ha adempiuto questo onere di allegazione (che la norma implicitamente pone a suo carico), la p.a. sarà gravata dal ben più consistente onere di dimostrare che, anche ove quegli elementi fossero stati valutati, il contenuto dispositivo del provvedimento non sarebbe mutato”»⁹⁸, ne consegue necessariamente che il giudice amministrativo non si limita a verificare se è stato assolto l'onere della prova dall'una o dall'altra parte in causa, ma al fine del decidere acquisisce un patrimonio conoscitivo sul rapporto dedotto in causa che è il presupposto logico della pronuncia di annullamento⁹⁹, con una conseguente trasformazione di questa tipologia di giudizi amministrativi da giudizi sull'atto a giudizi sul rapporto¹⁰⁰.

⁹⁶ È la tesi di D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. Pubb.*, II/2007, pp. 385 e segg.; anche in *www.astrid-online.it*; il contributo è una rielaborazione dell'intervento tenuto il 21 settembre 2007 al 53° Convegno di Studi Amministrativi di Varenna sul tema “il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia”.

⁹⁷ TAR Sardegna, Cagliari, sent. 1435/2005.

⁹⁸ Così Cons. Stato, sez. III, sent. 2218/2017, che richiama a sua volta Cons. Stato, sez. VI, sent. 3786/2008.

⁹⁹ La citata sentenza prosegue specificando che «l'onere di allegazione, da parte del privato, deve consistere nella prospettazione di elementi che, implicando valutazioni di merito (amministrativo o tecnico), possono trovare ingresso esclusivamente nel corso del procedimento sostanziale e non an-

Si aggiungano, infine, due ulteriori considerazioni di natura problematica: la prima è che nel procedimento e nel processo – visto che di onere della prova si parla – operano preclusioni di differente natura (con il rischio che vengano introdotti nel processo elementi che non sarebbe stato possibile introdurre nel procedimento o, ancora, che nel processo stesso non sia possibile introdurre elementi che sarebbe stato comunque possibile introdurre nel procedimento qualora fossero stati attivati gli istituti di partecipazione); in secondo luogo, è concreto il rischio di un conflitto tra decisione del giudice e quella dell'amministrazione. Si pensi, per esempio, ai seguenti casi:

- sentenza di annullamento all'esito di un processo in cui il giudice ha valorizzato, concretamente, l'apporto conoscitivo del privato: in questo caso, in sede di riedizione del potere, per evitare un conflitto tra il giudicato e il nuovo provvedimento amministrativo, l'amministrazione non potrà fare altro che aderire al contenuto (conformativo) della sentenza di annullamento; nei casi di sindacato più penetrante (circostanza che non è certamente escludibile in astratto), ossia nei casi in cui il giudice non si limiterà ad annullare il provvedimento, prospettando un differente contenuto del provvedimento amministrativo impugnato, ma indicherà direttamente come la pubblica amministrazione doveva intervenire alla luce degli elementi che il privato avrebbe potuto offrire alla cognizione dell'amministrazione qualora fossero stati attivati gli istituti della partecipazione, sarà lo stesso giudice a indicare il percorso logico-giuridico che dovrà seguire l'amministrazione nell'adottare un nuovo provvedimento;

che nel processo davanti al giudice». Il che è certamente vero: ma tale riflessione non tiene in considerazione che quegli elementi sono acquisiti dal giudice e sono il presupposto per una sua decisione che, nei fatti, può indirizzare (e spesso indirizza) la successiva riedizione del potere amministrativo.

¹⁰⁰ È la tesi sostenuta, ben prima di Cons. Stato, A.P., sent. 3/2011, da TAR Abruzzo, Pescara, sent. 394/2005.

- sentenza con cui viene respinta la richiesta di annullamento del provvedimento sulla base del fatto che il contenuto non sarebbe potuto essere diverso, e successivo provvedimento di annullamento in autotutela o di riesame, il quale presuppone, evidentemente, una nuova valutazione (discrezionale) dell'amministrazione.

Complessivamente, sembra che nel caso di cui all'art. 21-*octies* comma 2 l. 241/1990, e quantomeno con riferimento ai provvedimenti di natura discrezionale, il giudice effettui un sindacato assai penetrante sui poteri esercitati dalla pubblica amministrazione, almeno dal punto di vista sostanziale (e non formale perché, in definitiva, il nuovo provvedimento è adottato – seppure, alla luce dell'effetto conformativo del giudicato, in base a quanto stabilito dal giudice con sentenza – all'esito del processo), tanto da poter ritenere, anche in questo caso, che si assista a uno spostamento del centro decisionale dall'amministrazione al giudice. Tra l'altro, è appena il caso di sottolineare che nel caso in cui l'amministrazione, nel momento di ridefinizione del potere, si discosti in qualche modo dal contenuto del giudicato amministrativo, il nuovo provvedimento sarà censurabile per il vizio di violazione o elusione di giudicato *ex art. 21-septies* l. 241/1990.

3. ...segue: la motivazione del provvedimento amministrativo: la sua integrazione nel corso del processo amministrativo

Strettamente legato ai temi di cui si è finora discusso è quello legato alla motivazione del provvedimento e alla possibilità che l'amministrazione integri, in via postuma e quindi nel corso del processo amministrativo, l'impianto motivazionale dell'atto impugnato in giudizio.

La motivazione riassume il percorso, in fatto e in diritto, che supporta la decisione dell'amministrazione; rappresenta pertanto un «presidio essenziale del diritto di difesa»¹⁰¹, come ha sottolineato la giurisprudenza, nonché il nucleo essenziale e

¹⁰¹ Così TAR Campania, Napoli, sez. VII, sent. 1112/2020.

imprescindibile di ogni decisione. Secondo una fortunata definizione¹⁰², la motivazione è «il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo [...] e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile»¹⁰³.

Il fondamento di tale obbligo, come noto, è riconducibile all'art. 3 l. 241/1990, per il quale ogni provvedimento amministrativo (con la sola eccezione degli atti normativi e di quelli a contenuto generale) deve essere motivato; la motivazione contiene i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, con la doverosa precisazione della sua necessaria riconducibilità alle risultanze dell'istruttoria.

Nemmeno il diritto comunitario è insensibile a questa tematica: un generale obbligo, per l'amministrazione, di motivare le proprie decisioni, è contenuto nell'art. 41 comma 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁰⁴.

Sia in ambito nazionale sia in ambito comunitario ci si è interrogati sulla possibilità, per l'amministrazione, di integrare successivamente alla conclusione del procedimento la motivazione dell'atto amministrativo. L'interrogativo è affatto rilevante nell'ambito della riflessione che si effettua con il presente lavoro: se la motivazione deve ripercorrere non solo le ragioni giuridiche che sorreggono la decisione

¹⁰² Fortunata nel senso che è stata autorevolmente richiamata da Corte Cost., ord. 92/2015 e Corte Cost., ord. 58/2017, di cui si parlerà diffusamente *infra*, nel paragrafo.

¹⁰³ Cons. Stato, sez. III, sent. 1629/2014; Const. Stato, sez. VI, sent. 4770/2014; Cons. Stato, sez. III, sent. 2247/2014; Cons. Stato, sez. V, sent. 1808/2013. Per approfondimenti dottrinali sul punto si veda, a mero titolo di esempio, A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, Cedam 2013¹.

¹⁰⁴ Si riporta di seguito il testo, qui di interesse: «Ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione.

Tale diritto comprende in particolare:

[...]

l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni».

della pubblica amministrazione ma anche, e soprattutto, i relativi presupposti di fatto, ammettere la possibilità, per la p.a., di integrare la motivazione in giudizio (e quindi, in altre parole, di introdurre elementi di fatto – in una sede che non è quella sua fisiologica – che erano rimasti estranei al procedimento amministrativo), significa ammettere che, anche in questo caso, v'è uno spostamento del luogo decisionale dal procedimento al processo; la “stanza di compensazione” degli interessi contrapposti – che fisiologicamente dovrebbe essere rappresentata dal procedimento amministrativo – diviene il processo; e il protagonista di tale ponderazione diviene il giudice, non già l'amministrazione procedente; il tribunale diventa arbitro *in medias res* delle scelte dell'organo amministrativo, sconfinando in uno spazio che non gli è proprio, sostituisce le sue valutazioni a quelle dell'amministrazione, e il suo giudizio va oltre il “giudizio sul rapporto” per come è stato descritto nei precedenti paragrafi. In questo senso, diventa secondariamente rilevante la distinzione tra motivazione in senso formale (intesa quale esternazione discorsiva delle ragioni della decisione) e motivazione in senso sostanziale (intesa invece quale complesso di fattori che hanno determinato l'amministrazione in un determinato senso)¹⁰⁵, se non nella parte in cui si ritenga di poter applicare al vizio di difetto di motivazione la disciplina di cui all'art. 21-*octies* comma 2 l. 241/1990 primo periodo. In quest'ottica, infatti, se la motivazione viene ricondotta alle «norme sul procedimento o sulla forma degli atti» di cui parla il citato articolo valgono le considerazioni critiche già esposte in precedenza; se, al contrario, si ritiene che la motivazione debba essere intesa in senso sostanziale, valgono le riflessioni del prosieguo del paragrafo.

¹⁰⁵ Si veda A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè 1987¹. Più recentemente, v. A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra cd. vizi formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, fasc. 4, pagg. 735-800.

Ora, la giurisprudenza comunitaria ha sempre escluso, almeno in via di principio, la possibilità di una integrazione successiva della motivazione¹⁰⁶, sulla base del fatto che solo una corretta motivazione del provvedimento concretizza, nei confronti del destinatario, i fondamentali diritti di difesa e di controllo dell'operato dei pubblici poteri, mediante la possibilità di conoscere le ragioni della decisione e, conseguentemente, di adire il giudice al fine di vedere tutelate le proprie ragioni. Da una diversa prospettiva, la motivazione del provvedimento è l'elemento fondamentale che permette al giudice di esercitare il suo sindacato.

Tuttavia, tale posizione assai rigorosa risulta stemperata da alcune pronunce che hanno ammesso, seppur in presenza di precisi requisiti, una motivazione successiva. In un caso piuttosto risalente, la Corte di Giustizia ha richiamato un proprio prece-

¹⁰⁶ Si veda, ad esempio, la motivazione della sent. 12 dicembre 1996 del Trib. di primo grado (sez. II ampliata) *Rendo NV e altri vs. Commissione*, parr. 44 e 45, per cui «Secondo una giurisprudenza costante della Corte e del Tribunale, la portata dell'obbligo di motivazione dev'essere volta per volta valutata concretamente e in relazione alle circostanze del caso di specie [...]. [...] la motivazione dev'essere tale da consentire al giudice comunitario di esercitare il suo sindacato di legittimità e all'interessato di conoscere le ragioni dell'atto adottato, onde poter difendere i suoi diritti e verificare se la decisione sia o meno fondata (v., ad esempio, sentenze della Corte 4 luglio 1963, causa 24/62, Germania/Commissione, Racc. pag. 127, 30 settembre 1982, causa 110/81, Roquette Frères/Consiglio, Racc. pag. 3159, punto 24, 17 gennaio 1984, cause riunite 43/82 e 63/82, VBVB e VBVB/Commissione, Racc. pag. 19, punto 22, e sentenza del Tribunale 24 gennaio 1992, causa T-44/90, La Cinq/Commissione, Racc. pag. II-1, punti 41 e 42; v. altresì sentenza 18 novembre 1992, punto 124). Ne consegue che la decisione deve essere autosufficiente e che la sua motivazione non può derivare dalle spiegazioni scritte od orali fornite in occasione di un ricorso avverso la stessa decisione dinanzi al giudice comunitario (v., ad esempio, conclusioni dell'avvocato generale Léger presentate per la sentenza della Corte 6 aprile 1995, causa C-310/93 P, BPB Industries e British Gypsum/Commissione, Racc. pag. I-865, paragrafo 22, e sentenza del Tribunale 2 luglio 1992, causa T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening/Commissione, Racc. pag. II-1931, punto 131)».

dente orientamento¹⁰⁷ per il quale le «spiegazioni fornite nel corso del procedimento possono, in casi eccezionali, svuotare di contenuto il mezzo relativo all'insufficienza della motivazione»¹⁰⁸. Nel caso di specie, nell'ambito del quale erano stati impugnati gli atti di un concorso per l'assunzione di personale presso la Commissione, quest'ultima aveva prodotto nel corso della causa i verbali della commissione di concorso, nonché ulteriore documentazione, tra cui i criteri utilizzati per la correzione degli elaborati e per la valutazione del curriculum dei candidati e, infine, l'indicazione delle valutazioni che erano state ottenute da ciascun candidato nelle varie fasi della procedura. Alla luce della documentazione prodotta, «i ricorrenti [hanno conosciuto] i motivi della loro esclusione e [hanno ampliato] i loro mezzi nella discussione orale, in particolare per quanto riguarda i mezzi relativi alla procedura seguita dalla commissione giudicatrice e l'esistenza di errori di valutazione. Questi stessi documenti hanno del pari consentito alla Corte di sindacare detta procedura e di controllarne il risultato nella misura conciliabile con l'ampio potere spettante a qualsiasi commissione giudicatrice per le sue valutazioni. Così stando le cose, l'insufficienza della motivazione delle decisioni impugnate non può più essere considerata inosservanza di forme sostanziali che giustifichi di per sé l'annullamento di dette decisioni»¹⁰⁹.

Per quanto riguarda la giurisprudenza nazionale, il problema legato alla motivazione successiva è strettamente legato alla natura – sostanziale o formale – del vizio legato alla motivazione: solamente assumendo che il vizio di motivazione sia un vizio formale (e quindi in qualche modo riconducibile alla disposizione di cui all'art.

¹⁰⁷ Corte di Giustizia, sentenza 30 maggio 1984, causa 111/83, Picciolo/Parlamento, Racc. pag. 2323; Corte di Giustizia, sentenza 27 marzo 1985, causa 12/84, Kypreos/Consiglio, Racc. pag. 1005.

¹⁰⁸ Corte di Giustizia, II sez., sentenza 8 marzo 1988, cause riunite 64, 71-73 e 78/86, Giovanni Sergio e altri/Commissione. Va da sé che il termine «procedimento» non va inteso nell'accezione propria di cui alla l. 241/1990, ma come sinonimo di “processo”.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

21-*octies* comma 2 prima parte l. 241/1990) è facilmente giustificabile, riconducendola proprio nell'alveo dell'art. 21-*octies* comma 2, una integrazione della motivazione che avvenga in sede processuale. Inquadrare il vizio della motivazione come un vizio di natura sostanziale comporta una ben più marcata difficoltà nel giustificare una integrazione successiva del provvedimento amministrativo.

Non deve meravigliare, pertanto, che a fronte di un orientamento giurisprudenziale che nega in maniera tranciante la possibilità, per l'amministrazione, di intervenire sulla motivazione successivamente alla conclusione del procedimento, si sia affermato un orientamento che muove proprio dall'art. 21-*octies* comma 2 l. 241/1990 per ammettere e giustificare tale integrazione successiva.

Assai lineari le ragioni che sorreggono il primo orientamento: il principio della motivazione è una conseguenza dei più generali principi di buona amministrazione, correttezza e trasparenza enunciati nel testo costituzionale; il privato ha il diritto di conoscere il contenuto e le ragioni che giustificano il provvedimento amministrativo che incide i suoi interessi, anche al fine di poter adire il giudice amministrativo ove tutelare la sua posizione, se lesa¹¹⁰; di conseguenza, è «inammissibile da parte della Pubblica Amministrazione l'integrazione postuma della motivazione di un atto amministrativo anche dopo le modifiche apportate alla Legge n. 241/1990 dalla Legge n. 15/2005, rimanendo sempre valido il principio secondo cui la motivazione del provvedimento non può essere integrata nel corso del giudizio con la specificazione di elementi di fatto, dovendo la motivazione precedere e non seguire il provvedimento amministrativo, ciò a tutela del buon andamento amministrativo, dell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario e dei principi di parità delle parti e giusto processo (art. 2 c.p.a.) e di pienezza della tutela secondo il Diritto eu-

¹¹⁰ Così TAR Campania, Napoli, sez. II, sent. 3116/2017, che richiama anche Cons. Stato, sez. IV, sent. 4982/2005, TAR Campania, Napoli, sez. VIII, sent. 1610/2009 e TAR Lazio, Roma, sez. I-ter, sent. 841/2011.

ropeo (art. 1 c.p.a.) i quali convergono nella centralità della motivazione quale presidio del diritto costituzionale di difesa»¹¹¹.

Per questo orientamento, non è “sanabile” – e quindi integrabile *ex post* – nemmeno la motivazione del provvedimento vincolato.

Tale costruzione teorica è stata però oggetto di critica da altra giurisprudenza, per la quale «il divieto di integrazione giudiziale della motivazione non ha carattere assoluto, in quanto non sempre i chiarimenti resi nel corso del giudizio valgono quale inammissibile integrazione postuma della motivazione: è il caso degli atti di natura vincolata di cui all’art. 21-*octies* L. n. 241 del 1990, nei quali l’Amministrazione può dare anche successivamente l’effettiva dimostrazione in giudizio dell’impossibilità di un diverso contenuto dispositivo dell’atto, oppure quello concernente la possibilità di una successiva indicazione di una fonte normativa non prima menzionata nel provvedimento, quando questa, per la sua notorietà, ben avrebbe potuto e dovuto essere conosciuta da un operatore professionale (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 9 ottobre 2012, n. 5257)»¹¹². Per questo arresto, il generale divieto di motivazione postuma va senz’altro confermato, ma non si può ritenere che l’amministrazione incorra nel vizio di motivazione quando tale motivazione può essere chiaramente e facilmente intuibile dalla parte dispositiva del provvedimento o qualora si verta in una ipotesi di provvedimento vincolato¹¹³.

Ne consegue, quindi, che il divieto di integrazione postuma della motivazione subisce una compressione; alla luce dell’art. 21-*octies* comma 2 primo periodo l. 241/1990 viene dequotato il relativo vizio qualora ricorrano tre condizioni, ossia:

- l’omissione della motivazione, poi integrata nel corso del processo, non ha leso il diritto di difesa;

¹¹¹ Ancora TAR Campania, Napoli, sez. II, sent. 3116/2017; *ex multis* Cons. Stato, sez. VI, sent. 3882/2011; Cons. Stato, sez. VI, sent. 5598/2011; TAR Campania, Salerno, sez. II, sent. 218/2012; TAR Campania, Napoli, sez. VII, sent. 3081/2011.

¹¹² Cons. Stato, sez. V, sent. 4194/2013, citata anche da Cons. Stato, sez. IV, sent. 1018/2014.

¹¹³ In questo senso Cons. Stato. Sez. V, sent. 4610/2012 e Cons. Stato, sez. IV, sent. 3376/2012.

- già nella fase infraprocedimentale risultano percepibili le ragioni sottese all'emissione del provvedimento gravato;
- infine, l'atto è vincolato.

Di conseguenza, alla luce della richiamata giurisprudenza, il provvedimento che abbia carattere vincolato non sarà annullabile, *ex art. 21-octies* comma 2 prima parte l. 241/1990, qualora la motivazione, assente o viziata perché incompleta o perplessa o illogica, non abbia leso il diritto di difesa del privato e già nel corso del procedimento fosse chiaro, utilizzando le espressioni del citato articolo, che il contenuto dispositivo del provvedimento «non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato»; a ben vedere questa soluzione non è che un precipitato logico della riconduzione alle «norme sul procedimento o sulla forma degli atti» dell'art. 3 l. 241/1990, che disciplina la motivazione del provvedimento. Tra l'altro, secondo altra giurisprudenza¹¹⁴, in questo modo non può parlarsi di reale ed effettiva integrazione postuma della motivazione, ma semplicemente dell'assolvimento di quell'onere della prova, gravante sull'amministrazione, di cui parla l'art. 21-*octies* comma 2 primo periodo l. 241/1990: «la facoltà dell'Amministrazione di dare l'effettiva dimostrazione dell'impossibilità di un diverso contenuto dispositivo dell'atto, nel caso di atti vincolati, esclude in sede processuale che l'argomentazione difensiva dell'Amministrazione, tesa ad assolvere all'onere della prova, possa essere qualificato come illegittima integrazione postuma della motivazione sostanziale, cioè come un'indebita integrazione in sede giustiziale della motivazione stessa»¹¹⁵.

V'è da aggiungere che tale orientamento è stato subito smentito da una più recente giurisprudenza, per la quale «il difetto di motivazione del provvedimento impugnato non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedi-

¹¹⁴ V., più di recente, TAR Campania, Napoli, sez. VII, sent. 1112/2020; TAR Abruzzo, L'Aquila, sent. 116/2019; Cons. Stato, sez. V, sent. 4194/2013.

¹¹⁵ Ancora Cons. Stato, sez. V, sent. 4194/2013.

mentali né a vizi della forma»¹¹⁶. Tuttavia, gli elementi sulla base dei quali è stata storicamente esclusa la possibilità di integrare la motivazione in giudizio (natura impugnatoria del giudizio amministrativo, necessità di garantire il diritto di difesa del cittadino, controllo sull'attività dell'amministrazione e garanzia del principio di buon andamento) non sono stati ritenuti, da alcuni¹¹⁷, del tutto convincenti.

In primo luogo, e come si è rilevato nei precedenti paragrafi, il giudizio amministrativo non è più un giudizio sull'atto ma va sempre più profilandosi come giudizio sul rapporto: muovendo da questa premessa, non si può che giungere alla logica conclusione che il giudice abbia pieno accesso al fatto; e, in questo senso, non si vede per quale motivo l'amministrazione (o, astrattamente, anche il privato), fatte comunque salve le preclusioni meramente processuali¹¹⁸, non possa indicare nel processo circostanze di fatto (o di diritto) che, pur rimaste estranee al procedimento

¹¹⁶ Cons. Stato, sez. III, sent. 2247/2014. Per TAR Piemonte, Torino, sez. I, sent. 1676/2014 «la motivazione [deve] precedere e non seguire ogni provvedimento amministrativo, a tutela del buon andamento amministrativo e dell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario»; ancora, e in termini, TAR Piemonte, Torino, sez. I, sent. 4550/2010, la quale esclude l'applicabilità dell'art. 21-*octies* comma 2 primo periodo non tanto sulla base del fatto che il vizio di omessa o viziata motivazione non sia un vizio formale, riconducibile quindi al richiamato articolo, ma sulla base del fatto che, nel caso in esame, il provvedimento amministrativo impugnato (e la cui motivazione l'amministrazione resistente aveva tentato di "integrare" in corso di giudizio) era discrezionale e non vincolato. La giurisprudenza sulla motivazione quale elemento a tutela del buon andamento dell'amministrazione è costante: si vedano TAR Lombardia, Milano, sez. I, sent. 2691/2010; TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, sent. 396/2020; TAR Piemonte, Torino, sez. I, sent. 1603/2010; TAR Veneto, Venezia, sez. I, sent. 768/2010; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, sent. 752/2010; TAR Toscana, Firenze, sez. I, sent. 64/2010; Cons. Stato, sez. VI, sent. 6997/2009; TAR Piemonte, Torino, sez. II, sent. 2356/2009; Cons. Stato, sez. VI, sent. 4993/2009.

¹¹⁷ Si veda, ad esempio, F.S. MARTUCCI DI SCAFFIZZI, *L'integrazione postuma della motivazione alla luce dell'articolo 21 octies comma 2 della Legge n. 241 del 1990. Profili di incidenza sugli atti regolatori adottati dalle Autorità Amministrative Indipendenti*, in www.dimt.it, 2016.

¹¹⁸ Si pensi, per esempio, al rispetto dei termini processuali o al divieto di taluni mezzi di prova previsti dal codice del processo amministrativo.

amministrativo conclusosi con il provvedimento impugnato, siano comunque rilevanti ai fini di causa: anche da questo punto di vista, pertanto – ossia rileggendo la questione problematica dal punto di vista della trasformazione del processo amministrativo in giudizio sul rapporto – il baricentro decisionale passa dal procedimento al processo, luogo ove gli interessi in gioco vengono (ri)valutati dal giudice, se non direttamente (ostandovi in tal senso il disposto di cui all’art. 34 comma 2 c.p.a., per il quale il giudice non può pronunciarsi «con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati»), quantomeno mediante l’intermediazione del giudicato e del suo effetto conformativo.

In secondo luogo, poiché nel nostro ordinamento non è astrattamente impedito all’amministrazione procedente – a seguito di un annullamento del provvedimento impugnato – emanare un nuovo provvedimento che non sia ancora soddisfacente per il privato utilizzando fatti e ragioni giuridiche differenti rispetto a quelle contenute nel primo provvedimento annullato, ne consegue che le ragioni di trasparenza dell’attività amministrativa e di tutela del privato devono necessariamente coesistere, ed essere temperate, con le esigenze di speditezza e di efficienza dell’azione amministrativa: integrare la motivazione nel corso del processo – ossia, in altre parole, sottoporre al giudice nuovi elementi di valutazione – permette di evitare l’avvio di un nuovo procedimento dall’esito scontato e ancora infausto per il privato, con inutile impiego di risorse umane e strumentali¹¹⁹; d’altra parte la partecipa-

¹¹⁹ Come noto, infatti, «nell’ordinamento italiano [...] per costante elaborazione pretoria non trova riconoscimento la teoria c.d. del “one shot” (viceversa ammessa in altri ordinamenti). Detta regola prevede che l’Amministrazione possa pronunciarsi negativamente una sola volta, facendo in detta occasione emergere tutte le possibili motivazioni che si oppongono all’accoglimento della istanza del privato. Nel sistema italiano il principio è stato “temperato” accordandosi all’Amministrazione due chances: si è infatti costantemente affermato che l’annullamento di un provvedimento amministrativo a carattere discrezionale che abbia negato la soddisfazione di un interesse legittimo pretenso non determina la sicura soddisfazione del bene della vita, ma obbliga semplicemente l’amministrazione a rinnovare il procedimento tenendo conto della portata conformativa della sen-

zione e l'apporto del privato sarebbero comunque garantiti dalla sua piena partecipazione al processo e dalla possibilità di interloquire, in quella sede, con l'amministrazione procedente¹²⁰.

Alla luce di quanto sopra, e nonostante le dissonanti opinioni della dottrina¹²¹, non sembra che la giurisprudenza abbia del tutto abbandonato l'orientamento favorevole alla possibilità per l'amministrazione di integrare successivamente alla conclusione del procedimento la motivazione del provvedimento adottato. Né, in tal senso, sono giunte chiare indicazioni dalla corte delle leggi che, investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 21-*octies* comma 2 primo periodo l.

tenza (*ex multis*, T.A.R. Lazio Roma Sez. I, 23-04-2009, n. 4071). In sintesi: al diniego di atto ampliativo vittoriosamente gravato in sede giurisdizionale, non consegue sempre e comunque l'obbligo per l'Amministrazione rimasta soccombente di rilasciare il titolo ampliativo medesimo, potendo essa, quantomeno in sede di prima riedizione del potere, evidenziare ulteriori elementi preclusivi (una sola volta, però)» (Cons. Stato, sez. IV, sent. 1018/2014). Si veda anche Cons. Stato, A.P., sent. 2/2013.

¹²⁰ Vanno comunque effettuati due ulteriori rilievi: il primo è che occorre comunque tener presente che si rientra in un ambito patologico dell'esercizio della funzione amministrativa (che andrebbe correttamente esercitata nella sede sua propria, ossia quella procedimentale); il secondo è che la soluzione prospettata – da intendersi più come un esercizio teorico che una proposta concreta di evoluzione della giurisprudenza sulla integrazione postuma della motivazione da parte della p.a. – deve tenere conto delle preclusioni che caratterizzano il processo amministrativo. Inoltre, la giurisprudenza ha messo in rilievo che «non è fuor di luogo rammentare che l'esercizio dell'autotutela (non ovviamente ponendovi a sostegno argomenti la cui fondatezza è esclusa dal giudicato formatosi) è certamente presidio esercitabile: il tutto, però, deve avvenire non dequotingo i diritti e le facoltà infraprocedimentali del privato, come avverrebbe semplicemente evidenziando in corso di giudizio asseriti elementi ostativi “nuovi” e mai oggetto di confronto con il privato istante» (Cons. Stato, sez. IV, sent. 1018/2014).

¹²¹ Si vedano il già citato G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, op. cit., e R. MUSONE, *Gli sviluppi del divieto di motivazione postuma del provvedimento amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2018, pp. 316 e segg., particolarmente utile per i ricchissimi e diffusi richiami giurisprudenziali, cui si rimanda per approfondimenti.

241/1990, nella parte in cui ammette l'integrazione in giudizio della motivazione, nel dichiarare manifestamente inammissibile la questione, ha ritenuto che il giudice rimettente, con la prospettazione offerta, «si è sottratt[o] al doveroso tentativo di sperimentare l'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata, in applicazione del principio secondo cui una disposizione di legge può essere dichiarata costituzionalmente illegittima solo quando non sia possibile attribuirle un significato che la renda conforme ai parametri costituzionali invocati [...]»¹²², e che «la questione appare altresì diretta non a risolvere un dubbio di legittimità costituzionale, ma a ricevere dalla Corte un improprio avallo a una determinata interpretazione della norma censurata (rimessa al giudice di merito), operazione, questa, tanto più inammissibile in presenza di indirizzi giurisprudenziali non del tutto stabilizzati»¹²³.

Non è facile ricavare indicazioni interpretative da un intervento formulato in questi termini; tuttavia, non sembra che la Corte costituzionale – con la sua pronuncia – si sia espressa per escludere in radice la possibilità di una integrazione postuma della motivazione alla luce dell'art. 21-*octies* comma 2 l. 241/1990; in altre pa-

¹²² Corte cost., ord. 92/2015. Il medesimo *iter* motivazionale sorregge una successiva ordinanza (avente il medesimo relatore, prof.ssa De Pretis), per la quale «la questione deve essere dichiarata manifestamente inammissibile: per difetto di motivazione sulla rilevanza [...]; per mancato esperimento del tentativo d'interpretazione conforme a Costituzione, dal momento che, secondo un diffuso orientamento della giurisprudenza amministrativa, “il difetto di motivazione nel provvedimento non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma, costituendo la motivazione del provvedimento il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo (art. 3 della legge n. 241 del 1990) e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti” (Consiglio di Stato, sezione terza, 7 aprile 2014, n. 1629); nonché per l'uso improprio dello strumento del vaglio di costituzionalità per avallare una certa interpretazione della norma censurata» (Corte cost., ord. 58/2017).

¹²³ *Ibidem*.

role, il rilievo circa la sussistenza, nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, di un orientamento contrario rispetto a quello prospettato (come unico ammissibile) dal giudice rimettente, non comporta (necessariamente) che la Corte abbia implicitamente aderito a quest'ultimo orientamento.

4. ...segue: la risarcibilità dell'interesse legittimo e il giudizio di spettanza

Di ampliamento – quantomeno “teorico” – del sindacato del giudice amministrativo si può parlare anche in relazione alla ormai riconosciuta e pacifica risarcibilità del danno da lesione dell'interesse legittimo, argomento che riflette problematiche di carattere sia processuale sia sostanziale.

Come è stato già accennato nel primo capitolo del presente lavoro, nonostante le posizioni della dottrina – che, ormai unanimemente, avevano formulato costruzioni teoriche pienamente condivisibili in ordine alla possibilità, per il giudice amministrativo, di risarcire la lesione di interessi legittimi – e le caute, ma mai sistematiche, aperture della giurisprudenza di merito, solamente con la nota sentenza 500/1999 (Cass. civ., SS.UU., sent. 500/1999) il massimo consesso ha ritenuto necessario rimeditare il proprio precedente orientamento (definito “monolitico” e “granitico”¹²⁴).

Alla base del tradizionale orientamento militavano almeno due elementi: da una parte, «il peculiare assetto del sistema di riparto della giurisdizione [...], incentrato sulla dicotomia diritto soggettivo-interesse legittimo e caratterizzato dall'attribuzione ai due giudici di diverse tecniche di tutela (il giudice amministrativo, che conosce degli interessi legittimi, può soltanto annullare l'atto lesivo dell'interesse legittimo, ma non può pronunciare condanna al risarcimento in relazione alle eventuali conseguenze patrimoniali dannose dell'esercizio illegittimo della funzione pubblica, mentre il giudice ordinario, che pur dispone del potere di pronunciare sentenze di condanna al risarcimento dei danni, non può conoscere degli

¹²⁴ V. Cass. civ. SS.UU., sent. 500/1999.

interessi legittimi»¹²⁵; in secondo luogo, si metteva in rilievo l'interpretazione dell'art. 2043 cod. civ., per la quale costituiva danno ingiusto nel senso di cui alla disposizione codicistica la sola lesione di un diritto soggettivo, dal momento che l'ingiustizia del danno andava intesa «nella duplice accezione di danno prodotto *non iure e contra ius*; *non iure*, nel senso che il fatto produttivo del danno non debba essere altrimenti giustificato dall'ordinamento giuridico; *contra ius*, nel senso che il fatto debba ledere una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall'ordinamento medesimo nella forma del diritto soggettivo perfetto»¹²⁶.

Poiché, a giudizio delle Sezioni Unite, non sono ammissibili «isole di impunità»¹²⁷, nemmeno se occupate dall'amministrazione pubblica, deve essere fornita una diversa interpretazione dell'art. 2043 cod. civ., superando l'impostazione che identifica il danno ingiusto con la lesione del solo diritto soggettivo, e rendendo la previsione una clausola generale primaria (di divieto, e non più di sola sanzione)¹²⁸.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ «[...] può tuttavia osservarsi, per un verso, che non emerge dal tenore letterale dell'art. 2043 c.c. che oggetto della tutela risarcitoria sia esclusivamente il diritto soggettivo (e tanto meno il diritto assoluto, come ha convenuto la giurisprudenza di questa S.C. con la sentenza n. 174/71, con orientamento divenuto poi costante); per altro verso, che la scissione della formula “danno ingiusto”, per riferire l'aggettivazione alla condotta, costituisce indubbia forzatura della lettera della norma, secondo la quale l'ingiustizia è requisito del danno. Non può negarsi che nella disposizione in esame risulta netta la centralità del danno, del quale viene previsto il risarcimento qualora sia “ingiusto”, mentre la colpevolezza della condotta (in quanto contrassegnata da dolo o colpa) attiene all'imputabilità della responsabilità.

L'area della risarcibilità non è quindi definita da altre norme recanti divieti e quindi costitutive di diritti (con conseguente tipicità dell'illecito in quanto fatto lesivo di ben determinate situazioni ritenute dal legislatore meritevoli di tutela), bensì da una clausola generale, espressa dalla formula “danno ingiusto”, in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia, e cioè il danno arrecato *non iure*, da ravvisarsi nel danno inferto in difetto di una causa di giustificazione (*non iure*), che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per

E poiché l'interesse legittimo, come si è visto, non rileva esclusivamente come titolo di legittimazione per l'accesso alla giustizia amministrativa, ma ha natura composita e assume anche un valore sostanziale «nel senso che si correla ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione) può concretizzare danno»¹²⁹, non vi sono più ostacoli per negare la possibilità del risarcimento del danno anche in caso di lesione di una posizione giuridica soggettiva avente la consistenza dell'interesse legittimo.

È quest'ultimo aspetto quello che più rileva nella presente sede: difatti, l'affermazione per cui la lesione di una qualsiasi posizione giuridicamente rilevante (quindi non solo il diritto soggettivo ma anche l'interesse legittimo) può rientrare nella fattispecie della responsabilità aquiliana disciplinata dall'art. 2043 cod. civ. ai fini della qualificazione del danno ingiusto, occorre interrogarsi su come deve essere in concreto effettuato l'accertamento del giudice chiamato a valutare l'*an* e il *quantum* del risarcimento.

Rileva ovviamente, qui, l'*an* del risarcimento. Infatti, secondo le Sezioni Unite «potrà [...] pervenirsi al risarcimento soltanto se l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e

l'ordinamento (altra opinione ricollega l'ingiustizia del danno alla violazione del limite costituzionale di solidarietà, desumibile dagli artt. 2 e 41, comma 2, Cost., in riferimento a preesistenti situazioni del soggetto danneggiato giuridicamente rilevanti, e sotto tale ultimo profilo le tesi sostanzialmente convergono). Ne consegue che la norma sulla responsabilità aquiliana non è norma (secondaria), volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme (primarie), bensì norma (primaria) volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui. In definitiva, ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione alla ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante» (Cass. civ., SS.UU., sent. 500/1999).

¹²⁹ *Ibidem*.

che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti leso, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo»¹³⁰.

Non particolari problemi, in tal senso, comportano gli interessi legittimi oppositivi, perché in questo caso – nel quale l'interesse del privato consiste nel ristabilire, mediante l'annullamento del provvedimento gravato, lo *status quo ante* – nessuna indagine sarà richiesta al giudice circa la spettanza del bene della vita, ma sarà sufficiente la pronuncia con la quale sia dichiarata l'illegittimità del provvedimento¹³¹.

Problematiche maggiori sono connesse, al contrario, agli interessi legittimi pre-tensivi. In questo caso, poiché la loro lesione si configura nel momento in cui l'amministrazione rimanga inerte oppure neghi (illegittimamente) l'emanazione del provvedimento ampliativo della sfera giudica del destinatario, per le Sezioni Unite «dovrà invece vagliarsi la consistenza della protezione che l'ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente. Valutazione che implica un giudizio prognostico, da condurre in riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno della istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ «Per quanto concerne gli interessi legittimi oppositivi, potrà ravvisarsi danno ingiusto nel sacrificio dell'interesse alla conservazione del bene o della situazione di vantaggio conseguente all'illegittimo esercizio del potere; così confermando, nel risultato al quale si perviene, il precedente orientamento, qualora il detto interesse sia tutelato nelle forme del diritto soggettivo, ma ampliandone la portata nell'ipotesi in cui siffatta forma di tutela piena non sia ravvisabile e tuttavia l'interesse risulti giuridicamente rilevante nei sensi suindicati», *ibidem*.

un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava quindi giuridicamente protetta»¹³². In altre parole, di fronte a un interesse legittimo pretensivo il privato non è ancora titolare del bene della vita cui aspira, bene per l'ottenimento del quale è necessario il previo esperimento del potere di cui è titolare l'amministrazione stessa. E, applicando i "nuovi" criteri ermeneutici dell'art. 2043 cod. civ., per ottenere il risarcimento del danno il soggetto leso dovrà dimostrare non solo l'illegittimo esercizio del potere (difatti, l'interesse legittimo non si identifica con il corretto esercizio del potere!), ma anche che tale illegittimità ha avuto un riflesso (negativo) sul bene della vita impedendone l'effettivo conseguimento, quantomeno con un alto grado di probabilità (cd. perdita di *chances*).

Come ha chiarito poi la giurisprudenza, «in tali casi, se il potere non è concretamente riesercitabile (e non è quindi consentita una tutela in forma specifica del bene della vita), il giudizio sulla spettanza si traduce nel c.d. giudizio prognostico sull'esito del procedimento: si tratta di verificare quale sarebbe stato l'esito del procedimento se l'Amministrazione non avesse commesso l'errore che ha determinato l'illegittimità del diniego»¹³³.

In realtà, la giurisprudenza amministrativa consolidatasi dopo l'arresto delle Sezioni Unite ha avuto modo di precisare che un giudizio prognostico di spettanza del bene della vita deve essere effettuato anche nel caso in cui vengano in rilievo interessi legittimi oppositivi: in questo caso, come noto, a fronte della titolarità del bene della vita che preesiste all'intervento dell'amministrazione, quest'ultima è titolare di un potere ablatorio e conseguentemente il giudizio prognostico sulla spettanza risulta, *prima facie*, del tutto inutile, dal momento che il bene della vita rientra già, fattualmente, nella sfera giuridica del soggetto nei confronti del quale

¹³² *Ibidem*.

¹³³ In questi termini Cons. Stato, sez. VI, sent. 3551/2015, per il quale «ciò che si risarcisce, invero, non è l'interesse legittimo in quanto tale, ma la pretesa al bene della vita che ad esso si correla, nella cui lesione consiste il danno patito e da rifondere».

l'amministrazione esercita il potere. Tuttavia, sono ben prospettabili situazioni in cui l'illegittimità del provvedimento (che è ablatorio, venendo in rilievo, per l'appunto, interessi legittimi oppositivi) coesiste con la non spettanza del bene della vita. Si pensi, ad esempio, «al caso in cui l'illegittimità dipenda solo da vizi formali o procedurali ininfluenti sul contenuto dispositivo del provvedimento (senza che ne derivino altre conseguenze pregiudizievoli). Oppure si pensi ai casi il provvedimento amministrativo viene ad incidere su un bene della vita che il privato detiene senza un giusto titolo, perché, ad esempio, lo ha indebitamente conseguito o realizzato ed ha, quindi, instaurato con esso un rapporto non meritevole di tutela per l'ordinamento giuridico»¹³⁴. In tutti questi casi, di conseguenza, è ugualmente ne-

¹³⁴ Ancora Cons. Stato, sez. VI, sent. 3551/2015, che così prosegue: «Non vi è dubbio che in questo caso il privato non abbia titolo al risarcimento del danno: se l'opera oggetto del provvedimento illegittimo di demolizione è comunque abusiva, il risarcimento non può essere accordato, perché manca il bene della vita la cui ingiusta lesione può configurare il danno risarcibile. Il bene della vita deve, infatti, consistere sempre in un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, atteso che se così non fosse la sua lesione non integrerebbe il "danno ingiusto" richiesto dall'art. 2043 cod. civ.. L'interesse a conservare un'opera costruita abusivamente (e, dunque, *contra legem*) non è certamente un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico. E questo vale a prescindere dal fatto che quell'opera abusiva possa avere un intrinseco valore economico e, dunque, dalla sua lesione possa derivare una perdita patrimoniale. L'ordinamento, infatti, con l'art. 2043 cod. civ. (che subordina il risarcimento del c.d. danno-conseguenza alla sussistenza del danno-evento ingiusto) non riconosce tutela alla mera perdita economica, cioè alla conseguenza patrimoniale negativa provocata da una altrui condotta non lesiva di interessi meritevoli di tutela, e questo anche nei casi in cui la condotta altrui risulti *non iure*, e quindi in contrasto con regole giuridiche di comportamento. Il provvedimento illegittimo integra senz'altro una condotta *non iure*; ma se non vi è anche lesione di un interesse meritevole di tutela, cioè di un bene della vita approvato e tutelato dall'ordinamento, manca inevitabilmente l'ulteriore requisito del danno ingiusto. La perdita economica che eventualmente possa esserne derivata non è risarcibile perché non risulta integrato il caso dell'art. 2043 Cod. civ.. Non si tratta, è bene precisare, di una particolarità della responsabilità della pubblica amministrazione (o di un privilegio ad essa riservato), ma dell'applicazione alla responsa-

cessario un ulteriore accertamento del giudice, il quale non potrà limitarsi prima a qualificare come interesse legittimo oppositivo la posizione giuridica di cui è titolare il soggetto ricorrente e poi ad accertare l'illegittimità del provvedimento amministrativo che tale interesse legittimo ha intaccato, ma dovrà altresì verificare, in concreto, se sussiste effettivamente (e legittimamente) un bene della vita leso dall'intervento dell'amministrazione¹³⁵.

Orbene, sia nel caso di interesse legittimo pretensivo sia nel caso, come si è visto, di interesse legittimo oppositivo, al giudice è demandato un accertamento che va ben al di là del tradizionale sindacato sul provvedimento impugnato, ma si estende fino alla sostituzione – nella valutazione discrezionale (laddove il provvedimento genetico impugnato non presupponga la spendita di poteri vincolati, perché in tal caso ovviamente il problema non sussiste) – dell'amministrazione procedente. Ora, la commistione tra quest'ultima e il giudice amministrativo è emersa in modo particolare dopo la riforma del 2000. Difatti, tra il 1999 e l'entrata in vigore della l. 205/2000, che ha indicato il giudice amministrativo quale giudice competente a decidere sulla richiesta risarcitoria non solo nelle materie di giurisdizione esclusiva ma anche nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, prima il giudice amministrativo avrebbe pronunciato l'annullamento del provvedimento illegittimo e solo successivamente il giudice ordinario si sarebbe pronunciato sul risarcimento del danno (senza scontare i limiti propri di un giudice di legittimità quale è quello

bilità dal provvedimento illegittimo dei comuni principi che governano la materia della responsabilità civile».

¹³⁵ In altre parole, «sono certamente ipotizzabili diverse situazioni in cui anche per una situazione oppositiva può esserci illegittimità del provvedimento senza spettanza del bene della vita: e che, perciò, non costituiscono titolo per un risarcimento di danni, per la ragione essenziale che in realtà non vi è stato un danno patito. Il risarcimento, invero, non è una misura sanzionatoria per un comportamento illegittimo dell'Amministrazione, ma (in rapporto allo schema generale dell'art. 2043 Cod. civ.) una misura riparatoria per un'ingiusta lesione recata a un bene effettivo della vita» (Cons. Stato, sez. VI, sent. 3551/2015).

amministrativo). Con la concentrazione, davanti a un unico giudice, delle azioni di annullamento e di risarcimento dei danni, il problema emerge invece in tutta la sua evidenza. Recessivi, in giurisprudenza e in dottrina, gli orientamenti volti a salvaguardare, in qualche modo, l'autonomia dell'amministrazione, mediante la negazione della possibilità, per il giudice amministrativo, di pronunciarsi in ordine al risarcimento del danno nel caso in cui il provvedimento lesivo della posizione giuridica soggettiva presupponga la spendita di potere discrezionale.

Al contrario, secondo un ben più diffuso orientamento, il giudice amministrativo avrà l'onere di compiere il giudizio prognostico per verificare la spettanza del bene della vita. Ci si interroga sulla possibilità (processuale), per la pubblica amministrazione, di indicare – sempre nell'ambito del giudizio prognostico – ulteriori ragioni rispetto a quelle ritenute illegittime ostative al soddisfacimento delle pretese del privato. Va da sé che, in questo caso, la sovrapposizione tra giudice e pubblica amministrazione è massima: l'azione di risarcimento assume quindi i caratteri di un (nuovo) procedimento amministrativo con l'unica differenza che, a differenza di quest'ultimo, si conclude con un ristoro in via equivalente del bene della vita cui il privato aspira; in altre parole, l'istruttoria davanti al giudice amministrativo comporta una ripetizione (processuale) di tipica attività provvedimentale. In altre parole ancora, «per gli interessi pretensivi, occorre stabilire se il pretendente sia titolare di una situazione suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la conclusione positiva del procedimento, e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile era destinata, in base a un criterio di normalità, ad un esito favorevole. L'obbligazione risarcitoria, quindi, affonda le sue radici nella verifica della sostanziale spettanza del bene della vita ed implica un giudizio prognostico in relazione al se, a seguito del corretto agire dell'amministrazione, il bene della vita sarebbe effettivamente o probabilmente (cioè secondo il canone del “più probabile che non”) spettato al titolare dell'interesse; di talché, ove il giudizio si concluda con la valutazione della sua spettanza, certa o probabile, il danno, in presenza degli altri elementi

costitutivi dell'illecito, può essere risarcito, rispettivamente, per intero o sotto forma di perdita di chance»¹³⁶.

La giurisprudenza ha poi elaborato dei correttivi al fine di mitigare i riflessi dell'orientamento che sopra si è riportato. In effetti, nel caso in cui l'annullamento in giudizio del provvedimento impugnato avvenga per vizi formali, e la sentenza non rechi quindi alcun tipo di accertamento sull'effettiva spettanza del bene della vita, non ci sono i presupposti per l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno¹³⁷: difatti, e come si è visto, poiché la responsabilità dell'amministrazione rientra nel paradigma dell'art. 2043 cod. civ. – così come innovativamente riletto da Cass. civ., SS.UU., sent. 500/1999 – è necessario che la parte dimostri (e il giudice accerti) tutti i requisiti dell'illecito aquiliano, ossia condotta colpevole, nesso di causalità ed evento dannoso, oltre alla dimostrazione – mediante il giudizio prognostico di cui si è detto – che il privato sarebbe stato soddisfatto, e avrebbe ottenuto quindi il bene della vita cui aspirava, nel caso in cui l'amministrazione avesse agito in modo non illegittimo. Tuttavia, il giudizio prognostico «non può [...] essere positivo [e di conseguenza non può essere riconosciuto un risarcimento, *n.d.a.*] quando la spettanza del bene richiesto è subordinata al nuovo esercizio del potere amministrativo in ordine alla spettanza o meno del bene da conseguire, come nel caso di un

¹³⁶ Cons. Stato, sez. IV, sent. 3657/2018.

¹³⁷ Sul punto la giurisprudenza è ampia, articolata ed estesa: si vedano, a mero titolo di esempio, Con. Stato sez. V, sent. 1859/2018; Cons. Stato, sez. IV, sent. 827/2018; Cons. Stato, sez. V, sent. V, sent. 5546/2017; Cons. Stato, sez. V, sent. 3505/2017; Cons. Stato, sez. IV, sent. 3255/2017; Cons. Stato, sez. V, sent. 1037/2017; Cons. Stato, sez. IV, sent. 489/2017; Cons. Stato, sez. VI, sent. 5042/2016; Cons. Stato, sez. V, sent. 4718/2016; Cons. Stato, sez. V, sent. 3674/2016; Cons. Stato, sez. V, sent. 675/2015; Cons. Stato, sez. III, sent. 302/2015; Cons. Stato, sez. V, sent. 5115/2014; Cons. Stato, A.P., sent. 13/2008.

annullamento che pone all'amministrazione l'obbligo di provvedere nuovamente, senza tuttavia vincolarla quanto alla determinazione finale da assumere»¹³⁸.

Pure alla luce delle superiori delimitazioni, che possono considerarsi il punto di approdo più avanzato cui è pervenuta la giurisprudenza amministrativa nella materia del risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo, non può non affermarsi che anche nell'ambito dell'azione risarcitoria il giudice amministrativo, con il giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita, svolga (ancorché, appunto, al solo fine risarcitorio) una attività che di per sé sarebbe riservata alla pubblica amministrazione. D'altra parte, l'attuale assetto deriva da un contemperamento di interessi a loro volta legati al superamento della pregiudiziale amministrativa¹³⁹ (e quindi alla necessità di concentrare davanti a un unico giudice – individuato in quello amministrativo – l'azione di annullamento e quella risarcitoria), alla necessità di assicurare al privato il ristoro economico della sua posizione, se lesa dalla pubblica amministrazione, e all'interpretazione fornita dalla giurisprudenza all'art. 2043 cod. civ..

¹³⁸ Cons. St., sez. V, 23 marzo 2018 n. 1859. Sul punto si veda anche V. NERI, *Il "bene della vita" è tutto nel diritto amministrativo?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2018.

¹³⁹ Come si è accennato *supra*, infatti, nessun problema vi sarebbe se l'azione di risarcimento del danno fosse proponibile davanti al giudice ordinario (che non è un giudice di legittimità!) dopo l'annullamento del provvedimento ritenuto lesivo da parte del giudice amministrativo.

CAPITOLO 3

LA “PIENA TUTELA” NELLA GIURISDIZIONE GENERALE DI LEGITTIMITÀ: ASPETTI PROCESSUALI

Sommario: 1. Il (non) limite dei «poteri amministrativi non ancora esercitati» – 1.1. La compatibilità con il principio eurounitario della *full jurisdiction* – 2. La tutela cautelare – 3. L’atipicità delle azioni e i poteri istruttori del giudice

1. Il (non) limite dei «poteri amministrativi non ancora esercitati»

«In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati»¹. È questa la chiara previsione che si trova tra le disposizioni generali del codice del processo amministrativo. Evidente è la *ratio* della norma, tanto da aver richiesto solo pochissime righe nella relazione finale sul decreto legislativo: «è stato escluso che il giudice possa pronunciare in relazione a poteri amministrativi ancora non esercitati e ciò al fine di evitare domande dirette ad orientare l’azione amministrativa *pro futuro*, con palese violazione del principio della divisione dei poteri»².

Sembra essere questa disposizione l’anello che permette di congiungere, metaforicamente, gli istituti sostanziali approfonditi nel precedente capitolo e quelli di na-

¹ Art. 34 comma 2 prima parte d.lgs. 104/2010.

² V. *Relazione – Decreto legislativo concernente attuazione dell’articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

tura processuale di cui si darà conto in questa sede, prima di giungere alle conclusioni. In effetti, la previsione di cui all'art. 34 comma 2 d.lgs. 104/2010 disciplina – apparentemente in modo lineare e chiaro – il confine tra amministrazione e giurisdizione, tra poteri amministrativi e potere giurisdizionale, tra sindacato di legittimità e sindacato di merito. Nella realtà, la norma è stata variamente interpretata e il precetto in essa contenuto – ossia il divieto di commistione tra amministrazione e giurisdizione – deve anche essere riletto alla luce degli approdi giurisprudenziali di cui si è dato conto, al fine di comprendere se vi può essere compatibilità tra una interpretazione evoluta dell'art. 24 Cost., laddove si prevede la pienezza della tutela delle posizioni giuridiche soggettive, e il tradizionale principio di tripartizione dei poteri nel caso in cui venga rilievo un interesse legittimo (e, quindi, l'esercizio di potere da parte della pubblica amministrazione), con ciò che questo comporta in termini di effettiva tutela del privato titolare della posizione di interesse legittimo.

I sostenitori della teoria dell'inesauribilità del potere amministrativo³ ritengono che il divieto in questione debba essere interpretato alla lettera e che, pertanto, al giudice amministrativo sia precluso indirizzare in qualunque modo il successivo

³ Si veda, con particolare riferimento alla questione di cui si discute, G. CORSO, *Art. 34*, in A. QUARANTA-V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano, Giuffrè 2011¹; v. anche M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, Editoriale Scientifica 2018¹. In giurisprudenza, un primo limite al principio di inesauribilità del potere amministrativo (e una adesione al principio del cd. “one shot”) è stato posto da Cons. Stato, sez. V, sent. 134/1999, per la quale «quando, dopo un annullamento giurisdizionale, l'autorità amministrativa debba riesaminare la vicenda, essa è tenuta a far ciò con un'attenzione tutta particolare. Non deve apparire negativamente prevenuta nei confronti dei privati che hanno dovuto rivolgersi al giudice; e dunque non deve esporli alla prospettiva di una pluralità d'altri giudizi ulteriori. Né deve ingombrare per troppe volte, rispetto al medesimo rapporto, gli uffici giudiziari. Risultati, questi, che possono realizzarsi richiedendosi all'amministrazione — dopo un giudicato di annullamento da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo — di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili ancora non esaminati».

esercizio del potere amministrativo, e questo proprio perché il potere amministrativo di cui è titolare l'amministrazione non si esaurisce mai, nemmeno per effetto dell'intervento del giudice (anche se sarebbe più corretto dire che i sostenitori di una interpretazione letterale del precetto in parola debbono necessariamente aderire alla tesi dell'inesauribilità del potere amministrativo). Va da sé che, alla luce dell'ormai diffusa teoria dell'effetto conformativo, sull'azione amministrativa, delle pronunce giurisdizionali⁴, tale lettura della norma non possa essere condivisa nelle sue conclusioni così estreme. In sfavore di questa teoria depongono inoltre il fatto che lo stesso art. 34 comma 1 lett. e) d.lgs. 104/2010 consente la nomina di un *commissario ad acta* già nella fase di cognizione (e non solo in quella di ottemperanza), che è proponibile davanti al giudice amministrativo una azione di adempimento, grazie alla quale il privato può chiamare il giudice a pronunciarsi su poteri che certamente non sono ancora stati esercitati, e infine che nel caso dell'azione avverso il silenzio, disciplinata dall'art. 31 d.lgs. 104/2010, il giudice può pronunciarsi «sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio» (ancorché solo nei casi in cui si tratti di attività vincolata o in cui non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità)⁵, dal momento che in quest'ultimo caso il giudice, accertata

⁴ Sul punto si rimanda, *inter alia*, a V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, Utet 2003¹, per il quale, in relazione alle sentenze del giudice amministrativo, si possono distinguere un effetto demolitorio (consistente nell'eliminazione dal mondo del diritto del provvedimento impugnato), un effetto preclusivo (consistente nell'impossibilità per l'amministrazione di adottare un nuovo provvedimento che contenga gli stessi vizi accertati dal giudice) e, infine, un effetto ordinatorio, consistente nella necessità, per l'amministrazione procedente, di rieditare il potere in conformità alle statuizioni contenute nella sentenza. V. anche R. GRECO, *L'effettività della tutela nel giudizio di ottemperanza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019.

⁵ È la tesi di M. TRIMARCHI, *Il divieto di «pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati» attraverso il prisma della giurisprudenza*, in *Il Foro amministrativo – C.d.S.*, fasc. 4, 2013.

l'inerzia e condannando l'amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto, si pronuncia senza dubbio «con riferimento a poteri non ancora esercitati»⁶.

A tale teoria, pertanto, si è contrapposto un orientamento giurisprudenziale, definibile “conservativo”, in virtù del quale il divieto di cui qui si discute andrebbe limitato alla pronuncia di sentenze di condanna, con contenuti prescrittivi e conformativi, che impongano all'amministrazione di adottare un determinato provvedimento discrezionale⁷, potendo invece il giudice pronunciarsi nel solo caso in cui sia

⁶ V.P. CARPENTIERI, *I provvedimenti del giudice*, in B. SASSANI-R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli 2012¹.

⁷ È la posizione di Cons. Stato, sez. VI, sent. 996/2011, per la quale «la pretesa [del ricorrente, *n.d.a.*] esula dai limiti dell'azione verso il silenzio e dai poteri del giudice amministrativo, che, al di fuori dei limitati casi di giurisdizione c.d. di merito, qui non sussistenti, non può sostituirsi alla pubblica amministrazione in accertamenti e scelte ad essa riservati, e non può in nessun caso “pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati” (art. 34, comma 2, c.p.a.). Il giudice non può pertanto indicare al CIPE quali accertamenti tecnici compiere, – accertamenti rimessi alle valutazioni discrezionali del CIPE, che, nella sua competenza, li compirà senz'altro con tutta la diligenza che il caso richiede, anche vagliando se sia preferibile la tecnologia del nucleare di c.d. quarta generazione, anche sotto il profilo del minor tempo di smaltimento delle scorie –, né può disporre un accertamento tecnico preventivo, che implicherebbe un'inammissibile sostituzione dell'organo amministrativo, potendo solo, *ex post*, e se del caso, sindacare il corretto esercizio del potere amministrativo, se e quando il CIPE adotterà il provvedimento di cui al citato art. 26, ove esso fosse impugnato in sede giurisdizionale». In termini anche TAR Trentino Alto Adige, Trento, sent. 74/2012, per cui «il Collegio rileva che non è invece ammissibile la parte della domanda con la quale il ricorrente ha chiesto a questo Tribunale che vengano evidenziati i profili di fondatezza della sua pretesa [...]. Il Collegio ricorda, in proposito, che con l'azione avverso il silenzio l'interessato può chiedere l'accertamento della sussistenza dell'obbligo di provvedere (l'*an* dell'azione amministrativa) e che può spingersi a chiedere l'accertamento della fondatezza della sua pretesa (il *quomo* dell'azione amministrativa) solo se si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'Amministrazione, come ora dispone l'art. 31, comma 3, del c.p.a. sulla scorta della precedente giurisprudenza. Nella specie, questa parte della pretesa [...] esula per-

richiesta la condanna all'adozione di un provvedimento vincolato. Tuttavia, come è stato correttamente osservato⁸, aderire a questa interpretazione significherebbe svuotare di senso la disposizione in esame, che diventerebbe una mera ridondante riproposizione di quanto già previsto dagli artt. 31 comma 3 d.lgs. 104/2010⁹ e 34 comma 1 lett. c) d.lgs. 104/2010 (per il quale l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento è esercitata proprio nei limiti indicati dallo stesso art. 31 comma 3 d.lgs. 104/2010).

È stata quindi proposta un'ulteriore teoria, che limita il potere di intervento del giudice solamente all'attività amministrativa che non è ancora giunta formalmente a compimento con l'adozione di un provvedimento formale, mentre resta esclusa dal divieto di cui all'art. 34 comma 2 d.lgs. 104/2010 l'attività rinnovatoria successiva alla pronuncia del giudice: solo in questo modo, infatti, può essere logicamente giustificato l'effetto conformativo del giudicato (che, senza dubbio, "orienta" e in qualche modo limita la riedizione del potere da parte della pubblica amministrazio-

tanto dai limiti dell'azione verso il silenzio e dai poteri del giudice amministrativo, il quale non può sostituirsi all'Amministrazione negli accertamenti e nelle scelte ad essa riservati e non può, in nessun caso, "pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati" come dispone il comma 2 dell'art. 34 del c.p.a. (cfr., in termini, C.d.S., sez. VI, 16.2.2011, n. 996). Nel caso all'esame non sussiste né l'uno né l'altro dei due presupposti positivamente richiesti: [...] soprattutto, residuano ampi margini di esercizio della discrezionalità, connessa a complesse valutazioni di merito e di opportunità, che postulano equilibrati apprezzamenti di ordine tecnico-scientifico e sociale, e che vanno rimesse in via esclusiva all'Amministrazione e, segnatamente, alle competenze del Servizio socio assistenziale della Comunità unitamente alle altre strutture territoriali specialistiche competenti in materia».

⁸ M. TRIMARCHI, *Il divieto di «pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati» attraverso il prisma della giurisprudenza, op. cit.*

⁹ Tale articolo prevede che, nell'ambito dell'azione avverso il silenzio, il giudice possa «pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione».

ne)¹⁰. In questo senso, pare che la norma in esame si configuri come una sorta di argine per impedire che il privato possa utilizzare la sentenza del giudice, pronunciata su poteri non ancora esercitati (come sopra individuati), al fine di conformare e/o indirizzare l'esercizio, nell'ambito del procedimento amministrativo, di poteri che l'amministrazione non ha ancora, in tutto o in parte, speso. Il giudice, al contrario, ben può intervenire successivamente all'esercizio del potere in quanto il divieto di cui si tratta riguarda la sostituzione del giudice all'amministrazione «nella definizione *in prima battuta* del rapporto controverso. La norma, cioè, stabilisce il principio secondo cui, dove vi è una competenza amministrativa, questa non può essere esautorata dall'autorità giudiziaria, il cui intervento è sempre e necessariamente successivo a quello dell'amministrazione»¹¹. In altre parole, si ritiene che nelle mo-

¹⁰ È la tesi fatta propria da Tar Lombardia, Milano, sez. III, sent. 2429/2011, per la quale l'espressione di cui all'art. 34 comma 2 d.lgs. 104/2010, «inserita inizialmente nell'articolo dedicato all'azione di accertamento, che figurava in una delle prime bozze del codice, a seguito della espunzione di tale azione dal testo definitivo, è stata conservata e collocata nella disciplina delle pronunce senza tuttavia perdere il suo originario significato che, come si legge anche nella relazione di accompagnamento al c.p.a., è quello di inibire l'intervento giurisdizionale su un'attività amministrativa futura. «Futura» può tuttavia essere considerata solo l'azione amministrativa che al momento della proposizione della domanda non sia ancora giunta a conclusione del suo fisiologico iter procedimentale e non anche quella «rinnovatoria» successiva alla pronuncia giurisdizionale, altrimenti non troverebbe spiegazione l'ampia possibilità accordata al g.a. di incidere sul successivo svolgimento dell'azione amministrativa nell'ambito dell'azione sul silenzio o nella determinazione delle modalità attuative del giudicato».

Sull'impossibilità *ex art.* 34 comma 2 d.lgs. 104/2020, per il giudice amministrativo, di ordinare la dazione di una somma di denaro come contributo a una impresa prima che l'amministrazione si sia determinata, in via definitiva, sulla agevolabilità dell'iniziativa per cui era richiesto il contributo, v. Tar Sicilia, Catania, sez. IV, sent. 19/2012.

¹¹ M. TRIMARCHI, *Il divieto di «pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati» attraverso il prisma della giurisprudenza*, *op. cit.*, corsivo dell'autore, il quale mette correttamente in luce che tale impostazione risente del costrutto teorico di Franco Ledda: quest'ultimo, per primo, ha distinto il problema dell'amministrazione dal problema del giudice. Si vedano F.

dalità fisiologiche di esplicazione e di manifestazione dei poteri che sono propri, rispettivamente, dell'amministrazione e del giudice, quest'ultimo non può in alcun modo intervenire prima dell'amministrazione, anche al fine di "orientare" la successiva attività amministrativa.

La questione è stata affrontata – nell'ambito di un più ampio ragionamento riguardante la graduabilità dei motivi di impugnazione e il vizio di incompetenza – anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che ha fornito chiare indicazioni sulla norma in questione; in particolare, l'Adunanza Plenaria ha dato atto della sussistenza di diversi orientamenti, uno oggettivo (per cui i «poteri amministrativi non ancora esercitati» sono quelli che non sono mai stati esercitati da alcuna autorità) e uno soggettivo (per cui il riferimento si intende effettuato anche ai poteri non esercitati dall'autorità competente, ossia quella chiamata a esplicitare «la propria volontà provvedimentale in base al micro ordinamento di settore»¹²).

I supremi giudici amministrativi aderiscono all'orientamento soggettivo, specificando che l'art. 34 comma 2 d.lgs. 104/2010 «è espressione del principio costituzionale fondamentale di separazione dei poteri (e di riserva di amministrazione) che, storicamente, nel disegno costituzionale, hanno giustificato e consolidato il sistema della Giustizia amministrativa»¹³; tra l'altro, il principio di separazione dei

LEDDA, *Scritti giuridici*, Padova, CEDAM 2002¹ (e, in particolare, all'interno della citata raccolta, i seguenti contributi: *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, 1987; *L'attività amministrativa*, 1987; *Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi*, 1993; *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, 1996; *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, 1997; *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, 2000).

¹² Cons. Stato, A.P., sent. 5/2015.

¹³ *Ibidem*. Si vedano, in questo senso, Corte cost., sent. 85/2013 sul valore del principio di separazione dei poteri (e sul correlato principio di riserva di giurisdizione); Corte cost., sent. 40/2012, su provvedimenti sottratti al sindacato del giudice; Cass. civ., SS.UU., sent. 2312/2012 (per cui «che la eventuale sostituzione da parte del giudice amministrativo della propria valutazione a quella riservata alla discrezionalità della amministrazione costituisca ipotesi di "sconfinamento" vietato della giurisdizione di legittimità nella sfera riservata alla P.A., quand'anche l'eccesso in questione sia com-

piuto da una pronunzia il cui contenuto dispositivo si mantenga nell'area dell'annullamento dell'atto, è approdo indiscutibile nella giurisprudenza di queste Sezioni Unite [...]. Ritiene il Collegio che, in presenza di una ragionevole scelta legislativa di consentire il rifiuto di aggiudicazione per ragioni di inaffidabilità dell'Impresa – esemplificativamente indicate in ipotesi di mala fede o colpa grave emerse nella esecuzione del pregresso rapporto o di serie carenze di professionalità emergenti dal passato aziendale – il sindacato di legittimità del giudice amministrativo nello scrutinio di un uso distorto di tale rifiuto debba prendere atto della chiara scelta di rimettere alla stessa stazione appaltante la individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente. Il sindacato sulla motivazione del rifiuto deve, pertanto e specularmente, essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti dall'appagante come ragioni del rifiuto e non può avvalersi, onde ritenere avverato il vizio di eccesso di potere, di criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa (ove si recepiscano, come ha fatto il giudice amministrativo, le considerazioni esposte dal consulente). L'adozione di siffatti criteri di non condivisione, infatti, nella parte in cui comporta una sostituzione nel momento valutativo riservato all'appaltante, determina non già un mero errore di giudizio (insindacabile in questa sede) ma uno sconfinamento nell'area *ex lege* riservata all'appaltante stesso e quindi vizia, per ciò, solo, la decisione, tale sconfinamento essendo ravvisabile secondo la più qualificata dottrina e la giurisprudenza delle Sezioni Unite, anche assai lontana nel tempo, anche quando il giudice formuli direttamente e con efficacia immediata e vincolante gli apprezzamenti e gli accertamenti demandati all'amministrazione (S.U. n. 2525 del 1964). [...]. E poiché il quadro normativo sul quale doveva esercitarsi il doveroso controllo di non pretestuosità assegna alla stazione appaltante la facoltà di determinare essa stessa il punto di rottura dell'affidamento nel contraente, una decisione che, quale quella in disamina, non accerti l'inesistenza di alcuna ragione giustificante o la esistenza indiscutibile di ragioni dissimulate ma valuti solamente la insufficienza dei dati adottati a sostenere come plausibile il superamento di quel punto di rottura, incorre, all'evidenza, nel denunciato vizio di eccesso di potere cognitivo ai danni dell'amministrazione. L'accoglimento del ricorso impone, a questo punto, di valutare l'ambito della pronunzia cassatoria in relazione alla decisione attinta dalla pronunzia ed al procedimento di appello che essa ha concluso.

E tale vantazione deve partire dalla fissazione di due dati, quelli per i quali:

1. la sentenza cassata è stata emessa da un giudice che – esso solo e non altri – era ed è dotato di piena giurisdizione sulla controversia sottoposta;

poteri, ancorché non esplicitamente indicato nel testo costituzionale, può essere ricavato da altre norme contenute nel codice del processo amministrativo, tra le quali il divieto assoluto di sindacato giurisdizionale sugli atti politici (*ex art. 7 comma 1 d.lgs. 104/2010*), il divieto per il giudice, nel caso dell'azione avverso il silenzio, di sostituirsi agli apprezzamenti discrezionali amministrativi e tecnici dell'amministrazione ancorché marginali (*art. 31 comma 3 d.lgs. 104/2010*) e, infine, l'enumerazione tassativa ed eccezionale (il cui fondamento va rinvenuto nell'*art. 103 Cost.*) dei casi di giurisdizione di merito.

Complessivamente, e indipendentemente dalla teoria a cui si intende aderire, sembra piuttosto chiaro che la disposizione in esame non possa essere interpretata letteralmente (a pena, come si è detto, di svuotare completamente di significato le previsioni in materia di giudicato amministrativo, con particolare riferimento al suo effetto conformativo); in secondo luogo, non vi sono dubbi sulla riconducibilità della disposizione in esame al principio di separazione dei poteri: aderire all'ultima teoria esposta impone tuttavia di muovere da un principio di separazione temperato, in cui i poteri dello Stato non sono in posizione di totale incomunicabilità tra di loro, ma si inseriscono in un più generale meccanismo caratterizzato dal bilanciamento tra poteri stessi. In questo modo è possibile riempire di significato – anche nell'ambito della giurisdizione amministrativa – il minimo comune denominatore

2. la ragione per la quale nondimeno è consentito il sindacato di queste Sezioni Unite sta nel fatto che quel giudice possa aver superato (come nella specie ha superato), nella cognizione del rapporto in esame, non le regole del proprio giudizio ma le regole della stessa propria cognizione, con la conseguenza per la quale l'effetto rescindente di tale seconda ipotesi di superamento (la sola che la Costituzione consente di porre in rilievo) non potrà espropriare il giudice del potere giurisdizionale di riesaminare il rapporto stesso.

Né ad avviso del Collegio sussistono ostacoli a dare corso, dopo la pronuncia di cassazione, a tale doverosa “restituzione”».

Va chiarito che il principio di riserva di amministrazione, per quanto (autorevolmente) richiamato nelle citate pronunce, non è unanimemente riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

del sistema che è, senza ombra di dubbio, la tutela della libertà dei singoli, unitamente al precipitato processuale di tale tutela (consistente, ai sensi dell'art. 24 Cost., nella possibilità per tutti di agire in giudizio al fine di tutelare le posizioni giuridiche soggettive di cui si è titolari). Come tra l'altro è stato osservato, nel contesto di sviluppo e di interpretazione evolutiva dell'art. 24 Cost., recante una implementazione delle tutele riservate al cittadino, è del tutto plausibile che «il legislatore abbia inteso introdurre un limite all'estensione dei poteri giurisdizionali, evitando per questa via di lasciare semplicemente alla sensibilità del giudice l'individuazione di un equilibrio così delicato fra i vari attori in gioco»¹⁴ e, come si è visto, è stata la stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato a ricondurre il disposto di cui all'art. 34 comma 2 d.lgs. 104/2010 al principio di separazione dei poteri, immanente nel nostro sistema giuridico. Peraltro, come ha rilevato la giurisprudenza, il principio di cui l'art. 34 comma 2 d.lgs. 104/2010 è espressione sarebbe comunque desumibile *aliunde* dall'ordinamento: il «divieto per il giudice amministrativo di pronunciarsi su poteri non ancora esercitati da parte della p.a., oggi sancito dall'art. 34, comma 2, cod. proc. amm. [...] discendendo dai generali principi di riserva di amministrazione e separazione dei poteri, non può non essere considerato valido anche prima e indipendentemente dalla sua esplicitazione nella disposizione testé citata»¹⁵. È que-

¹⁴ Così P. CERBO, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 1, 2020, pp. 97-98, il quale richiama A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubb.*, 2004, fasc. 2, 2004, per cui «una concezione rigorosa del principio di legalità [...] non ammette alcuna riserva originaria di potere all'amministrazione e, di conseguenza, non consente neppure che il confine fra amministrazione e giurisdizione sia rimesso sostanzialmente alla giurisprudenza».

¹⁵ Cons. Stato, sez. IV, sent. 5031/2016. Si ribadisce, come già accennato *supra*, nella nota 13, che il principio di riserva di amministrazione non è un concetto pacifico né in giurisprudenza né in dottrina.

sta la tesi fatta propria anche da parte della dottrina¹⁶; non sembra comunque che il problema possa essere correttamente affrontato dal lato dell'amministrazione (tentando cioè di ricavare una sorta di "riserva di amministrazione", come pure sembrano fare illustri esponenti della dottrina¹⁷), dovendosi ben più correttamente interpretare il divieto di cui si discute come un limite per il giudice a cui né la Costituzione, né la legge ordinaria, assegnano in prima battuta la cura in concreto degli interessi pubblici, compito invece precipuo della pubblica amministrazione (e questo, tra l'altro, perché il giudice non soddisfa mai "interessi" generali, latamente intesi, ma quelli particolari di cui sono portatori le parti in causa; inoltre, il giudice – a differenza della pubblica amministrazione – non agisce mai d'ufficio, ma su impulso di parte). E quindi, in questa prospettiva, ben si spiega la *ratio* del divieto: il giudice può intervenire – proprio al di fuori del divieto di cui all'art. 34 comma 2 d.lgs. 104/2010 – solo nel caso in cui l'amministrazione sia in qualche modo inadempiente rispetto ai compiti a lei assegnati dalla costituzione e dalla legge; e solo in particolarissimi casi il giudice – nell'ambito della cd. giurisdizione di merito – può sostituirsi all'amministrazione: «non si parla in questo caso di una cura del pubblico interesse che possa assimilarsi a quella che, nell'ambito della propria discrezionalità, spetta all'Amministrazione. Si tratta di peculiari ipotesi in cui il legislatore ravvisa la necessità di una contestualità tra la decisione che tutela le situazioni di interesse legittimo dei privati (e ne ripara la lesione) e la conseguente coerente conformazio-

¹⁶ Si veda, in proposito, M. MAZZAMUTO, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 1, 2018, per cui la norma «è essenzialmente una norma inutile».

¹⁷ Il riferimento è a U. POTOTSCHNIG, *Origini e prospettive del sindacato esteso al merito*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1969 (relazione tenuta al seminario organizzato a Perugia il 3-4 novembre 1968); prima, V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, *op. cit.*; per entrambi gli autori, se da una parte vi è riserva per la funzione legislativa e per la funzione giurisdizionale, non è presente nella costituzione una riserva di attività amministrativa in favore degli organi della pubblica amministrazione.

ne dell'assetto degli interessi pubblici; ciò al fine di assicurare immediatezza e coerenza tra la tutela assicurata dal giudice alle ragioni del privato e le ragioni dell'interesse pubblico. Tratto, quest'ultimo, che è tipico della principale figura della giurisdizione di merito: il giudizio di ottemperanza»¹⁸.

In altre parole, «il divieto di pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati opera a protezione del potere amministrativo visto nella sua fisiologia, e non nella sua patologia: assicura all'amministrazione il diritto di pronunciarsi per prima su un affare rimesso alle sue cure, sino a quando le è consentito farlo, non anche dopo la scadenza dei termini per provvedere, non anche quando il potere si sia esaurito a causa dell'inerzia dell'amministrazione»¹⁹.

Sembra essere questo, di conseguenza, il senso della norma e il punto di equilibrio tra le esigenze di tutela che motivano una estensione, o una dilatazione, del sindacato del giudice amministrativo (che da sindacato di legittimità tende a diventare di merito), fondate su una lettura estensiva dell'art. 24 Cost., e il principio di tripartizione temperato dei poteri, di cui sopra si è detto. In effetti, «la disposizione intende salvaguardare non il potere come prerogativa dell'amministrazione, ma la sua specifica modalità di esercizio, vale a dire il procedimento amministrativo; detto altrimenti, ciò che risulta precluso al giudice è l'esercizio 'alternativo' di un potere

¹⁸ A. POLICE, *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della «giurisdizione propria» del Consiglio di Stato*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, fasc. 2, 2018, che così continua, in modo assai lineare e chiaro: «In questo senso, il tratto aggiuntivo della giurisdizione di merito (che ancora ne giustifica la distinzione rispetto alla giurisdizione generale) è proprio questa idoneità a conformare alla misura di tutela delle ragioni del privato le ragioni dell'interesse pubblico. Il giudice amministrativo, in sostanza opera valutazioni che senza mai invadere la sfera della ponderazione degli interessi (e quindi la scelta dei fini), si limitano ove necessario ad incidere sui mezzi per rendere questi ultimi compatibili con le giuste ragioni del privato».

¹⁹ M. TRIMARCHI, *Full jurisdiction e limiti dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, fasc. 2, 2018.

non ancora estrinsecatosi attraverso un apposito procedimento»²⁰. Se è quindi dubbio che si possa parlare di riserva di amministrazione, non vi sono dubbi che l'attuale assetto sistemico preveda una riserva in ordine al modo con cui il potere amministrativo si manifesta (attualmente, attraverso il procedimento amministrativo): una volta che il legislatore ha quindi stabilito un certo fine per una determinata amministrazione, attribuendole quindi la cura in concreto di determinati interessi pubblici (come recita la nota definizione di attività amministrativa), non residuano spazi in capo al giudice per un intervento²¹, salvo nei casi tassativamente previsti dal d.lgs. 104/2010, e alle condizioni ivi previste. Il processo amministrativo è quindi strumentale alla tutela della situazione giuridica soggettiva «a fronte della violazione delle regole del rapporto», e in nessun modo l'accertamento del giudice amministrativo sul rispetto delle richiamate “regole del rapporto” può comportare una – formale o sostanziale – sostituzione del giudice alle valutazioni proprie dell'amministrazione.

Chiarita la portata del divieto di cui all'art. 34 comma 2 d.lgs. 104/2010 nei termini di cui sopra, rimane infine da interrogarsi se e in che modo la disposizione in esame riguardi, anche indirettamente, il sindacato e l'intervento del giudice amministrativo nel caso in cui, in qualche modo, il potere amministrativo sia già stato esercitato. In prima battuta, come è stato chiarito, sembra potersi ragionevolmente

²⁰ P. CERBO, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, *op. cit.*.

²¹ Emblematico è il caso affrontato da Tar Lazio, Roma, sez. I-quater, ord. 9137/2019 che, a fronte di una richiesta di accertamento tecnico preventivo, ha chiarito che non sussistessero i presupposti per disporlo, «essendo ancora in fase istruttoria l'eventuale provvedimento di revoca della concessione mineraria, per cui l'anticipazione dell'istruzione probatoria rispetto alla fase contenziosa determinerebbe una inammissibile sovrapposizione dell'istruttoria processuale con quella amministrativa, in violazione dell'articolo 34 comma 2 del codice processuale amministrativo che impedisce al giudice di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati».

affermare che l'unico limite sia quello della discrezionalità amministrativa²². Tale limite, tradizionalmente, è stato considerato invalicabile: lo si desume dall'art. 31 comma 3 d.lgs. 104/2010 (per cui il giudice, nell'ambito dell'azione avverso il silenzio, può pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza nei soli casi in cui si tratti di attività vincolata o non vi siano più margini di discrezionalità) e, indirettamente, dall'art. 34 comma 1 lett. d) (per cui il giudice adotta un nuovo atto o modifica quello impugnato nei soli casi della giurisdizione di merito). Non meraviglia, quindi, che tutti i tentativi della giurisprudenza di superare questo limite muovono dalla necessità di ritenere in qualche maniera esaurita la discrezionalità dell'amministrazione. È il caso della *supra* richiamata sent. 1321/2019 del Consiglio di Stato, per la quale, come si ricorderà, vi possono essere casi in cui il comportamento dell'amministrazione ha «l'effetto di “svuotare” l'amministrazione del proprio potere discrezionale»²³, con la precisazione che «la consumazione della discrezionalità può essere anche il frutto della insanabile “frattura” del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri. In presenza di una evenienza siffatta, resta precluso all'amministrazione di potere tornare a decidere sfavorevolmente nei confronti dell'amministrato anche in relazione ai profili non ancora esaminati»²⁴.

1.1. La compatibilità con il principio eurounitario della full jurisdiction

²² «Se invece un procedimento amministrativo vi sia già stato, la tutela giurisdizionale non può essere in alcun modo limitata dall'art. 34, comma 2, c.p.a. e può pertanto dispiegarsi in tutte le sue potenzialità, ivi compresi la condanna all'emanazione del provvedimento richiesto o l'esplicarsi dell'effetto conformativo, con l'unico vero limite della discrezionalità amministrativa (esso si finalizzato a salvaguardare una sorta di riserva di amministrazione)» (così P. CERBO, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, *op. cit.*).

²³ Cons. Stato, sez. VI, sent. 1321/2019.

²⁴ *Ibidem.*

Occorre infine interrogarsi sulla compatibilità dell'art. 34 comma 2 d.lgs. 104/2010 con il principio della cd. *full jurisdiction*, ricavabile dall'art. 6 della Cedu, per il quale «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti».

Tradizionalmente l'art. 6 Cedu è stato ritenuto applicabile ai soli giudizi civili e penali: tuttavia, la giurisprudenza della Corte non riconosce una distinzione tra posizioni giuridiche soggettive (essendo sconosciuta quindi una posizione giuridica soggettiva diversa da quella che nel nostro sistema è definibile come diritto soggettivo) e pertanto il disposto di cui all'art. 6 Cedu – anche per ragioni di coerenza sistemica – si applica ormai pacificamente anche al giudizio amministrativo (e questo perché è accolta una nozione di “tribunale” che «nel contesto dell'art. 6, § 1 CEDU, è qualificato nel senso sostanziale del termine dall'esercizio di una funzione giurisdizionale, cioè dal fatto di decidere questioni nell'ambito della sua competenza sulla base della legge e all'esito di procedimenti condotti in un certo modo»²⁵) e, finanche, alla fase procedimentale che si svolge davanti all'amministrazione²⁶. Quest'ultima considerazione non è irrilevante, dal momento che i *deficit* che caratterizzano un procedimento amministrativo in cui vengano in rilievo «diritti e doveri di carattere civile»²⁷ o la fondatezza di una «accusa penale»²⁸ (ossia un procedimento che dovrebbe fin da subito adeguarsi ai canoni del

²⁵ Corte EDU, sez. I, sent. 5 febbraio 2009, *Olujc v. Croatia*, § 37.

²⁶ Si veda, sul punto, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica 2012¹; M. ALLENA, *Garanzie procedimentali e giurisdizionali alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *www.giustamm.it*, 10 novembre 2012.

²⁷ Art. 6 CEDU.

²⁸ *Ibidem*, con la specificazione che la giurisprudenza della Corte EDU, fin dalla sentenza Engel del 1976 e fino alla sentenza Grande Stevens del 2014 (che rappresenta il più recente e puntuale arresto sul tema) ha ritenuto che anche sanzioni formalmente amministrative, a determinati criteri, possono avere carattere «penale» nel senso di cui all'art. 6 CEDU.

giusto processo di cui all'art. 6 CEDU) possono essere rimediati *ex post* solamente da un giudice dotato di sindacato pieno ed effettivo²⁹.

Tuttavia, interpretando i *dicta* della Corte Europea dei diritti dell'Uomo³⁰, se si muove dall'assunto che la *full jurisdiction* – quantomeno nella fase patologica, ossia contenziosa del rapporto – impone al giudice una rilettura complessiva del rapporto amministrativo, sono «rari, se non forse inesistenti, i casi in cui la giurisprudenza [della Corte EDU] richiede una vera e propria sostituzione del giudice nelle valutazioni riservate [all']amministrazione»³¹. In effetti, non si parla realmente di “sostituzione” nemmeno nella già citata Corte EDU, 27 settembre 2011, sent. *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia* (che, si noti, è stata resa all'esito di un ricorso presentato dalla società farmaceutica contro il governo italiano per una sentenza resa dal Consiglio di Stato nel 2006, quando ancora il vigente codice del processo amministrativo non era ancora in vigore): difatti in quel caso i motivi di ricorso della ricorrente riguardavano il diritto di accesso a un giudice avente piena giurisdizione e il controllo giurisdizionale (incompleto, secondo le prospettazioni della società), di una decisione amministrativa resa dalla Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. In quel caso, infatti, la sanzione era stata irrogata non già da un giudice dopo un procedimento nel contraddittorio tra le parti, ma da una autorità amministrativa indipendente. Secondo la Corte EDU, «se conferire alle autorità amministrative il compito di perseguire e punire le contravvenzioni non è incompatibile con la Con-

²⁹ V. F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 2015.

³⁰ Anche qui si rimanda al documentato contributo di F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, *op. cit.*, anche per i richiami giurisprudenziali.

³¹ M. TRIMARCHI, *Full jurisdiction e limiti dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, *op. cit.*. Si veda anche F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità come full jurisdiction: le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, fasc. 2, 2018.

venzione, va sottolineato, tuttavia, che il soggetto interessato deve essere in grado di impugnare ogni decisione adottata nei suoi confronti davanti ad un giudice che offra le garanzie di cui all'articolo 6 (Kadubec c. Slovacchia, 2 settembre 1998, § 57, Recueil des arrêts et décisions 1998-VI, e Čanády c. Slovacchia, n. 53371/99, § 31, 16 novembre 2004)»³². In questo caso, non c'è violazione dell'art. 6 qualora la pena sia inflitta da una autorità amministrativa, ma nel caso in cui tale decisione non soddisfi le condizioni di cui all'articolo 6 § 1 della Convenzione è indispensabile che possa subire un controllo a posteriori da un organo giudiziario avente giurisdizione piena (ossia un organo che abbia il potere di riformare in ogni modo, in fatto come in diritto, la decisione, resa da un organo di grado inferiore, con la competenza a giudicare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la controversia³³).

Il sindacato cd. “pieno”, quindi, non è richiesto in via generale per ogni decisione amministrativa, ma solo nel peculiare caso di cui si è riferito³⁴. Su questa linea si

³² Corte EDU, 27 settembre 2011, sent. *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*.

³³ In questo senso si veda Corte EDU, sent. 13 febbraio 2003, *Chevroil c. Francia*, § 77; Corte EDU, sent. 4 marzo 2004, *Silvester's Horeca Service c. Belgio*.

³⁴ Prosegue la sentenza citata: «Nel caso di specie, la società ricorrente ha avuto la possibilità di impugnare la sanzione amministrativa in questione dinanzi al TAR di Roma e presentare appello dinanzi al Consiglio di Stato. Secondo la giurisprudenza della Corte, tali organi soddisfano i requisiti di indipendenza e di imparzialità del “giudice” di cui all'articolo 6 della Convenzione (*Predil Anstalt S.A. c. Italia* (dec.), n. 31993/96, 8 giugno 1999). La Corte ricorda, innanzitutto, che il concetto di “giudice” ai sensi dell'articolo 6 § 1 viene conferito ad un organo avente piena giurisdizione e che soddisfa una serie di requisiti quali l'indipendenza rispetto al potere esecutivo e alle parti interessate (si vedano, tra le altre, le sentenze *Ringeisen c. Austria*, 16 luglio 1971, § 95, serie A n. 13; *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio*, 23 giugno 1981, § 55, serie A n. 43; *Belilos c. Svizzera*, 29 aprile 1988, § 64, serie A n. 132, e soprattutto la sentenza *Beaumartin c. Francia*, 24 novembre 1994, § 38 e 39, serie A n. 296 B). D'altronde, la Corte ricorda che la natura di un procedimento amministrativo può differire, sotto diversi aspetti, dalla natura di un procedimento penale nel senso stretto della parola. Se queste differenze non possono esonerare gli Stati contraenti dal loro obbligo di rispettare tutte le garanzie offerte dall'articolo 6, possono tuttavia influenzare le modalità della loro applicazione (*Valico S.r.l. c. Italia* (dec.), n. 70074/01, CEDU 2006 III). La Corte ri-

è assestata anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato che, nell'ambito di un contenzioso su sanzioni irrogate da una autorità amministrativa indipendente (nel caso di specie la Consob), ha evidenziato che il sindacato di *full jurisdiction* comporta che «la sanzione applicata dall'autorità amministrativa sia sottoposta ad un sindacato pieno, di natura tendenzialmente sostitutiva»³⁵.

leva che, nel caso di specie, i giudici amministrativi hanno affrontato le varie questioni di fatto e di diritto della società ricorrente. Hanno poi esaminato gli elementi di prova raccolti dalla AGCM. Inoltre il Consiglio di Stato ha ricordato che, quando l'amministrazione dispone di un potere discrezionale, anche se il giudice amministrativo non ha alcun potere di sostituirsi all'autorità amministrativa indipendente, può tuttavia controllare se l'amministrazione ha fatto un uso appropriato dei suoi poteri. Pertanto, la Corte rileva che la competenza del giudice amministrativo non si è limitata ad un semplice controllo di legittimità. I giudici amministrativi hanno potuto verificare se, in relazione alle particolari circostanze della causa, l'AGCM aveva fatto uso appropriato dei suoi poteri. Hanno potuto esaminare l'adeguatezza e la proporzionalità della misura della AGCM e anche controllarne le valutazioni di ordine tecnico. Inoltre, il controllo effettuato sulla sanzione è stato di piena giurisdizione nella misura in cui il TAR ed il Consiglio di Stato hanno potuto verificare l'adeguatezza della pena all'infrazione commessa e, ove necessario, avrebbero potuto sostituirla (si veda, a contrario, *Silvester's Horeca Service c. Belgio*, n. 47650/99, § 28, 4 marzo 2004). In particolare, il Consiglio di Stato, andando al di là di un controllo "esterno" sulla coerenza logica della motivazione della AGCM, ha respinto un'analisi dettagliata dell'adeguatezza della sanzione in relazione a parametri rilevanti, come la proporzionalità della sanzione stessa. La decisione della AGCM è stata sottoposta al controllo a posteriori da parte di un giudice avente giurisdizione estesa al merito, pertanto nel caso di specie non può essere rilevata alcuna violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione.

³⁵ Cons. Stato, sez. VI, sent. 1595/2015. Il ragionamento dei giudici amministrativi è rigoroso e condivisibile: «Non vi è alcun obbligo di estendere le garanzie del giusto processo alla fase amministrativa. La fase amministrativa eventualmente priva delle garanzie del giusto processo giurisdizionale non deve, pertanto, essere considerata ontologicamente illegittima: essa è soltanto inadeguata a soddisfare già nella fase amministrativa le garanzie di tutela di cui all'art. 6, par. 1, della CEDU. Nel caso in cui tale estensione dovesse avvenire, allora, nell'ambito del procedimento amministrativo connotato in senso *quasi-judicial*, l'autorità che applica la sanzione, nonostante la sua natura formalmente amministrativa, verrebbe già considerata un "*tribunale indipendente e imparziale*" e non vi sarebbe la necessità, ai fini del rispetto dell'art. 6, par. 1, della CEDU, di assicurare al sog-

Da questo punto di vista, pertanto, non sembra che vi sia incompatibilità tra l'art. 6 CEDU e i principi fondanti il processo amministrativo.

Tuttavia, e ampliando il discorso, non si può non concordare con chi ha sostenuto che, in definitiva, il principio della *full jurisdiction* «non è altro che un modo escogitato dalla Corte europea per compensare (sanare) nel processo l'assenza delle garanzie procedurali che l'art. 6 CEDU, secondo l'interpretazione invalsa nella giurisprudenza [della Corte EDU], richiede siano riconosciute in seno al procedimento amministrativo»³⁶, e non solo nei casi in cui l'autorità amministrativa adotti provvedimenti che, sempre secondo i criteri della sentenza Engel del 1976, hanno natura sostanzialmente penale.

getto sanzionato la possibilità di un successivo ricorso giurisdizionale di piena giurisdizione di fronte ad un'autorità giudiziaria indipendente e imparziale. In base all'art. 6, par. 1, della CEDU, quindi, gli Stati possono scegliere: o realizzare le garanzie del giusto processo già nella fase amministrativa – e, in questo caso, un successivo controllo giurisdizionale potrebbe persino (dal punto di vista della CEDU) non essere neppure previsto (cfr. ad esempio la sentenza della *Grand Chambre*, 22 novembre 1995, caso 19178/91, *Brian c. Regno Unito*) –, ovvero assicurare il ricorso di piena giurisdizione, consentendo che la sanzione applicata dall'autorità amministrativa sia sottoposta ad un sindacato pieno, di natura tendenzialmente sostitutiva. La scelta per la seconda opzione non dà evidentemente vita ad una anomala forma di sanatoria processuale di un procedimento oggettivamente illegittimo perché privo di adeguate garanzie. La fase amministrativa pur non connotata dal rispetto delle garanzie del giusto processo è perfettamente legittima, solo che essa postula l'esistenza di una fase processuale in grado di offrire quelle garanzie. In questo senso deve intendersi il principio di continuità tra la fase amministrativa e quella giurisdizionale e la più volte menzionata possibilità di recuperare in sede processuale il rispetto dei principi del contraddittorio, dell'imparzialità e della parità delle parti. Il nostro ordinamento (non diversamente dagli ordinamenti di molti altri Stati membri) ha scelto di strutturare il procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative senza assicurare le garanzie del giusto processo»; in effetti, l'attenzione deve focalizzarsi maggiormente proprio su quest'ultimo concetto.

³⁶ M. TRIMARCHI, *Full jurisdiction e limiti dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, *op. cit.*.

Alla luce di questa riflessione sembrano meno eversive – nell’ottica del giurista italiano – le già citate conclusioni rassegnate dall’Avvocato generale Yves Bot nel corso della causa C-89/11 P, *E.On Energie AG c. Commissione europea*, secondo le quali «il giudice amministrativo dovrebbe operare come un giudice di secondo grado nei confronti di una sentenza di primo grado: dovrebbe, cioè, esercitare, almeno rispetto all’apprezzamento dei fatti (anche complessi e opinabili), un potere di riesame del tutto sostitutivo, ponendo in essere un *novum iudicium* e comportandosi, dunque, come “un giudice d’appello che esamina il fascicolo e se ne riappropria *ex novo*, come richiesto dall’articolo 6 della CEDU”»³⁷.

L’estensione al procedimento amministrativo delle garanzie di cui all’art. 6 CEDU confligge pertanto, e necessariamente, con gli elementi più caratteristici della giurisdizione generale di legittimità, giurisdizione con cui è incompatibile – usando le parole di Bot – un «potere di riesame del tutto sostitutivo». In ogni modo, né la giurisprudenza della Corte EDU né la giurisprudenza italiana sembrano imporre questo tipo di sindacato al giudice amministrativo, se non nel peculiare caso in cui la decisione sanzionatoria dell’amministrazione, latamente intesa, abbia natura penale, in applicazione dei criteri Engel.

2. La tutela cautelare

Strettamente collegato al tema di cui ci si occupa, in considerazione dell’elevato rischio di superamento del «nesso di strumentalità con la sentenza di merito»³⁸, è quello che riguarda l’evoluzione e la natura della tutela cautelare nel nostro ordinamento.

³⁷ In M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, *op. cit.*.

³⁸ F.G. SCOCA, *Giustizia Amministrativa*, *op. cit.*, p. 364. La citazione è il titolo del paragrafo n. 4, cui si rimanda per approfondimenti sul punto.

Occorre preliminarmente, seppur in maniera assai succinta, ripercorrere in chiave storico lo sviluppo dell'istituto.

Fin dall'istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato, con funzioni giurisdizionali, il legislatore aveva previsto la possibilità, per il giudice, di sospendere l'esecuzione dell'atto o del provvedimento «per gravi ragioni, con decreto motivato della quarta sezione sopra istanza del ricorrente» (art. 12 comma 2 legge 31 marzo 1889, n. 5992). In effetti, nonostante all'epoca – come si è visto nel primo capitolo – si fosse ben lontani dal concetto di “pienezza della tutela” che si ricava oggi dall'art. 24 Cost., e nonostante il sistema di giustizia amministrativa fosse magmaticamente in piena evoluzione, privo ancora di un assetto stabile, fu chiaro fin da subito che la tutela apprestata nei confronti del ricorrente sarebbe stata monca se priva di un meccanismo volto a congelare, fino alla decisione del merito, gli effetti dell'atto o del provvedimento amministrativo impugnato.

Anche i successivi interventi normativi (la legge 62/1907 e il regio decreto 642/1907, e poi il regio decreto 1054/1924, Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato) confermarono la scelta del legislatore del 1889 e mantennero la possibilità per il ricorrente di chiedere la sospensione dell'atto impugnato.

Nel solco tradizionale si situa anche la l. 1034/1971, istitutiva dei tribunali amministrativi regionali: nel testo originale prevedeva 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 [...]» (art. 21 ultimo comma).

Storicamente, quindi, e per più di cento anni, la tutela cautelare nel processo amministrativo è stata normativamente rappresentata dalla sola sospensione dell'atto impugnato. La cosa d'altra parte non meraviglia se solo si considera che, istituito un parallelismo tra tutela cautelare e tutela nel merito, l'unica azione esperibile per molto tempo è stata quella di annullamento nei confronti dell'atto amministrativo lesivo delle posizioni giuridiche soggettive dei destinatari.

È di tutta evidenza che una tutela cautelare costruita esclusivamente intorno alla sospensione del provvedimento impugnato avrebbe potuto garantire una certa utilità nel caso in cui l'amministrazione, col suo provvedimento, avesse leso un interesse legittimo oppositivo. Di fronte all'aspirazione, per il destinatario, di mantenere lo *status quo ante*, la sospensione del provvedimento che incide negativamente nella sfera del privato è certamente soddisfattiva.

Non ugualmente si può dire nel caso in cui venga in rilievo un interesse legittimo pretensivo: in questo caso l'azione amministrativa è finalizzata ad accrescere la sfera giuridica del ricorrente, e la sospensione di un provvedimento che nega tale accrescimento nessuna utilità può arrecare al privato stesso.

Non deve quindi meravigliare che, ben prima della riforma della l. 205/2000 (che, come si vedrà appena oltre, positivizza la atipicità della tutela cautelare), anche in questo particolare settore dell'ordinamento la giurisprudenza e la dottrina abbiano anticipato le scelte del legislatore, ammettendo la possibilità, per il giudice amministrativo, di approntare una tutela diversa dal tradizionale ordine di sospensione del provvedimento impugnato.

In effetti, e a margine l'influenza del diritto comunitario nel settore degli appalti³⁹, già nel 1985, ancorché limitatamente al settore del pubblico impiego, la Corte

³⁹ Si rimanda, sul punto, a C. CONTESSA, *Tutela cautelare e diritto comunitario: spunti ricostruttivi di un rapporto difficoltoso*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2008; il contributo è una rielaborazione dell'intervento tenuto dall'autore nell'ambito del convegno svoltosi a Roma il 25 ottobre 2008, presso il Senato della Repubblica, dal titolo *Tematiche d'attualità del processo amministrativo*. Si veda anche R. CAPONIGRO, *La natura della posizione giuridica nella tutela cautelare atipica del giudizio amministrativo: dalla tutela cautelare alla tutela camerale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2015 (e in particolare il par. 3); il contributo è la relazione tenuta dall'autore nell'ambito del convegno svoltosi presso il TAR di Reggio Calabria il 28 maggio 2015, dal titolo *La tutela cautelare nel processo amministrativo fra tradizione e futuro*. Si rinvia poi a M.A. SANDULLI, *Le nuove frontiere della giustizia amministrativa tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004.

costituzionale (con la sent. 190/1985) era intervenuta aprendo uno spiraglio nei confronti della tutela cosiddetta atipica, dichiarando l'illegittimità dell'art. 21 ultimo comma della l. 1034/1971, istitutiva dei tribunali amministrativi regionali, nella parte in cui limitava l'intervento d'urgenza del giudice amministrativo alla sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, non consentendo allo stesso giudice di adottare, nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego (e sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva) e in presenza di un pregiudizio imminente e irreparabile, i provvedimenti di urgenza idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito. Ci vollero comunque ben quindici anni, dopo le prime aperture della giurisprudenza di merito, affinché il legislatore recepisce l'*input* che era provenuto dalla corte costituzionale, mediante la riformulazione *in parte qua* dell'art. 21 citato e la previsione di una tutela cautelare atipica, anche subordinandola alla prestazione di una cauzione, operata con la l. 205/2000⁴⁰. Tra l'altro, solo pochi mesi prima dell'entrata in vigore della riforma l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato era intervenuta ordinando all'amministrazione – in sede di appello cautelare – il pagamento di una somma in favore della ricorrente⁴¹.

⁴⁰ Così, testualmente, il testo del riformato art. 21 comma 8 l. 1034/1971: «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. Nel caso in cui dall'esecuzione del provvedimento cautelare derivino effetti irreversibili il giudice amministrativo può altresì disporre la prestazione di una cauzione, anche mediante fideiussione, cui subordinare la concessione o il diniego della misura cautelare».

⁴¹ Secondo l'ordinanza, «nel sistema della giustizia amministrativa, l'esercizio di una effettiva tutela d'urgenza, anche per qualsiasi controversia riguardante una somma di denaro e i relativi interessi, non può che disincentivare gli inadempimenti sul piano sostanziale e contribuire ad un maggior rispetto delle leggi e ad una benefica deflazione delle controversie. Trattandosi di settori in cui per la

In dottrina è stato rilevato che, nonostante la dichiarazione di incostituzionalità di cui alla sentenza costituzionale 190/1985 e la modifica legislativa del 2000, l'effetto sulla giurisprudenza non è stato, almeno inizialmente, così dirompente come era stato auspicato in precedenza⁴². Tuttavia, non sembra potersi mettere in dubbio che, come spesso accaduto nella storia del diritto amministrativo, il legislatore ha offerto una "copertura" agli approdi giurisprudenziali più innovativi e ha per-

sussistenza di un debito occorrono i relativi presupposti, nella sede cautelare il giudice amministrativo:

- può verificare se l'amministrazione abbia svolto la dovuta attività di accertamento dell'esistenza del suo debito, in base alle leggi amministrative speciali;
- può verificare se l'amministrazione, pur avendo effettuato le necessarie formalità ed accertato l'esistenza del suo debito, non lo abbia estinto.

Nel primo caso, già nella sede cautelare, e se del caso tramite un proprio ausiliario, il giudice amministrativo può disporre gli opportuni accertamenti istruttori e ordinare tutte le misure necessarie perché vi sia il pagamento di una somma. Nel secondo caso, avendo l'amministrazione già accertato la propria posizione di debitrice, l'ordinanza cautelare può senz'altro disporre il pagamento della somma. Qualora non sia spontaneamente eseguita la sua pronuncia cautelare, il giudice amministrativo può sempre emanare tutte le misure che si rendano opportune per farla materialmente eseguire, anche se non vi sono specifiche leggi sulla sua esecuzione. Tale principio è stato già enunciato da questa Adunanza Plenaria (v. ord. 1° giugno 1983, n. 14; ord. 30 aprile 1982, n. 6), che ha evidenziato come, in sede di esecuzione di una precedente ordinanza, il giudice amministrativo possa disporre tutte le statuizioni necessarie per la concreta realizzazione dei suoi effetti; dalla Corte Costituzionale, per la quale «una volta intervenuta una pronuncia giurisdizionale ... che detti le misure cautelari ritenute opportune e strumentali all'effettività della tutela giurisdizionale, incombe sull'amministrazione l'obbligo di conformarsi ad essa», mentre nel caso di mancata spontanea esecuzione «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» (Corte Cost., 8 settembre 1995, n. 419)» (Cons. Stato, A.P., ord. 1/2000).

⁴² È la tesi di F. SAITTA, *L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo, tra mito e realtà*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2006, anche in AA.VV., *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, Editoriale Scientifica 2007¹, che indica anche le ordinanze cautelari citate nel prosieguo del paragrafo.

messo di stabilizzare quell'orientamento che si era già interrogato su quali forme di tutela potessero essere approntate nella fase cautelare di fronte all'esercizio di poteri amministrativi incidenti su interessi legittimi pretensivi; e così, immediatamente dopo l'entrata in vigore della riforma del 2000, si sono registrate pronunce con le quali si ordina all'amministrazione di riesaminare l'istanza di sospensione di un diniego di autorizzazione all'apertura di un esercizio commerciale (Cons. Stato, sez. V, ord. 4802/2000); pronunce con le quali si riduce, in via cautelare, l'importo di una sanzione pecuniaria (Cons. Stato, sez. V, ord. 4833/2000); pronunce con le quali si dispone la ricorrezione delle prove concorsuali scritte di un candidato non ammesso, dalla commissione giudicatrice, alle prove orali, e pronunce con le quali si dispone l'accantonamento di uno dei posti messi a concorso, con bando per l'assunzione nella pubblica amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, ord. 4995/2000); pronunce con le quali si ordina all'amministrazione di consentire, in limiti ritenuti congrui, l'uso di un impianto sportivo anche a una associazione diversa rispetto a quella cui l'impianto è affidato in gestione (Cons. Stato, sez. V, sent. 5707/2000); pronunce con le quali si sollecita l'ente proprietario di una strada di riconsiderare globalmente la questione relativa alla sicurezza del traffico (Cons. Stato, sez. V, ord. 1427/2001); infine, pronunce con le quali si ordina a un'emittente radiotelevisiva di diminuire il livello acustico dei messaggi pubblicitari, uniformandolo a quello degli altri programmi (Cons. Stato, sez. VI, ord. 2231/2001).

Come si vede l'"atipicità" prevista dalla riforma del 2000, confermata poi dal nuovo codice del processo amministrativo⁴³, si è sostanzialmente realizzata in pronunce che possono essere suddivise in due gruppi.

⁴³ Che, all'art. 55 comma 1 così prevede: «Se il ricorrente, allegando di subire un pregiudizio grave e irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione sul ricorso, chiede l'emanazione di misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma in via provvisoria, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso, il collegio si pronuncia con ordinanza emessa in camera di consiglio».

Nel primo rientrano tutte quelle ordinanze che, pure con diverse modalità e in modi gradati, attribuiscono al ricorrente direttamente, e in via temporanea, il bene della vita cui lo stesso ricorrente aspira.

Nel secondo rientrano invece tutte quelle ordinanze che, anche qui con modalità differenti, ordinano all'amministrazione di riesercitare il potere senza incorrere nuovamente nei vizi indicati nell'ordinanza cautelare.

Entrambe le soluzioni presentano dei problemi. Per quanto riguarda l'ultima richiamata, lo stesso Consiglio di Stato aveva evidenziato – pur con una serie di pronunce rimaste del tutto minoritarie – che il giudice non può ordinare alla pubblica amministrazione di rinnovare il procedimento; difatti, tale statuizione equivale a ordinare di annullare d'ufficio il provvedimento impugnato; qualora il giudice ritenga necessario imprimere in sede cautelare un regime provvisorio e condizionato ai rapporti tra le parti fino all'emanazione della sentenza di merito, deve provvedere direttamente egli stesso⁴⁴. E se anche non si volesse accogliere questa impostazione,

⁴⁴ In tal senso Cons. Stato, sez. V, sent. 3278/2000. In dottrina si veda A. TRAVI, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 1, 1997, secondo cui «il potere amministrativo “o è o non è”, e non è possibile qualificarlo in termini intermedi di provvisorietà o di interinalità». Tuttavia, per R. CAPONIGRO, *La natura della posizione giuridica nella tutela cautelare atipica del giudizio amministrativo: dalla tutela cautelare alla tutela camerale*, *op. cit.*, l'ordinanza propulsiva o di riesame consente all'amministrazione di esercitare nuovamente il potere contestato in sede giurisdizionale, «onde pervenire ad un atto, soddisfattivo o nuovamente negativo, emendato dai vizi delibati in via sommaria», tanto che il dispositivo dell'ordinanza di accoglimento non dovrebbe essere “accoglie l'istanza cautelare e, per l'effetti, sospende l'efficacia dell'atto impugnato” ma “accoglie l'istanza cautelare e, per l'effetto, ordina il riesame della domanda”, con l'unico limite rappresentato da «statuizioni sovrabbondanti rispetto alle decisioni di merito [che] non diano luogo ad effetti irreversibili». In questo senso la giurisprudenza maggioritaria (*ex multis* Cons. Stato, sez. V, sent. 6014/2014) per cui «l'adozione di un nuovo atto, quando non sia meramente confermativo di un provvedimento precedente già oggetto di impugnazione giurisdizionale ma costituisce (nuova) espressione di una funzione amministrativa, comporta quindi la pronuncia d'improcedibilità del giudizio in corso per soprav-

venuta carenza di interesse, trasferendosi l'interesse del ricorrente dall'annullamento dell'atto impugnato, sostituito dal nuovo provvedimento, all'annullamento di quest'ultimo. Va in proposito evidenziato che affinché possa escludersi che un atto sia meramente confermativo del precedente occorre che la sua formulazione sia preceduta da un riesame della situazione che aveva condotto al precedente provvedimento, giacché solo l'esperienza di un ulteriore adempimento istruttorio, sia pure mediante la rivalutazione degli interessi in gioco ed un nuovo esame degli elementi di fatto e diritto caratterizzanti la fattispecie considerata, può dar luogo ad un atto propriamente confermativo, in grado, come tale, di dar vita ad un provvedimento diverso dal precedente e, quindi, suscettibile di autonoma impugnazione. Non è inoltre configurabile l'improcedibilità del ricorso proposto per l'annullamento di un provvedimento giurisdizionale se l'adozione del nuovo atto regolante la fattispecie da parte dell'Amministrazione non è spontanea, ma di mera esecuzione di un provvedimento giurisdizionale, con rilevanza provvisoria, in attesa che una sentenza di merito definitiva accerti se il provvedimento impugnato sia o meno legittimo; invece, nel caso in cui il contenuto di detto provvedimento giurisdizionale sia tanto condiviso dall'Amministrazione da indurla a ritirare il precedente provvedimento, sostituendolo con un nuovo atto, senza attendere il giudicato sul suo prevedibile annullamento, può senz'altro ritenersi che l'autonoma valutazione dell'Amministrazione, adeguatamente motivata, determini la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione avverso l'atto originariamente impugnato (in caso simile: Consiglio di Stato, sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5781). In conclusione ogni nuovo provvedimento innovativo e dotato di autonoma efficacia lesiva della sfera giuridica del suo destinatario, anche di conferma propria (che si ha quando la pubblica amministrazione, sulla scorta di una rinnovata istruttoria e sulla base di una nuova motivazione, dimostri di voler confermare la volizione espressa in un precedente provvedimento) ed anche se frutto di un riesame non spontaneo, ma indotto da un provvedimento del giudice amministrativo, che tuttavia rifletta nuove valutazioni dell'Amministrazione e implichi il definitivo superamento di quelle poste a base di un provvedimento impugnato giurisdizionalmente, comporta sopravvenienza di carenza di interesse del ricorrente alla coltivazione del relativo gravame, non potendo esso conseguire alcuna utilità da un eventuale esito favorevole dello stesso (Consiglio di Stato, sez. III, 2 settembre 2013, n. 4358; sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3457)». In giurisprudenza *contra*, tuttavia, Cons. Stato, sez. VI, sent. 396/2011, per cui «quando è emesso l'atto in sede di riesame, per eseguire l'ordinanza [cautelare, *n.d.a.*], e anche se esso ha un contenuto favorevole all'originario ricorrente, non si determina né la cessazione della materia del contendere, né la sopravvenuta carenza di interesse. Una tale pronuncia, ad un tempo, viola i principi fondanti il processo amministrativo e lede le posizioni di entrambe le parti:

resta il fatto che l'attività amministrativa successiva alla pronuncia cautelare che ordini un riesame del rapporto vive una continua osmosi col provvedimento giurisdizionale, e anzi la cautela «assume in questo contesto i colori di una vigilanza giudiziale sull'amministrazione, e a ragioni sommarie»⁴⁵.

Senonché, anche la previsione che sia il giudice stesso a provvedere (o che il giudice attribuisca in via temporanea il bene della vita cui aspira il ricorrente) presenta significative problematiche. Molti commentatori, infatti, hanno ravvisato «in siffatta dilatazione del campo di operatività della tutela cautelare un'invasione nelle scelte riservate alla pubblica amministrazione»⁴⁶, ed è il tema che più rileva in questa sede.

In effetti, la tutela cautelare è una tutela strumentale, servente al successivo giudizio di merito⁴⁷; non sempre è possibile, nel caso di interessi legittimi pretensivi,

a) lede l'originario ricorrente, poiché – se il ricorso risulta fondato – egli ha titolo alla definitiva rimozione dall'ordinamento del provvedimento impugnato e può, in presenza di tutti i relativi presupposti, chiedere il risarcimento del danno conseguente alla emanazione del provvedimento di cui sia stato ritualmente e fondatamente dedotta l'illegittimità;

b) lede la stessa amministrazione, poiché anch'essa ha titolo alla sentenza che si pronunci sulla fondatezza del ricorso e sulla legittimità dell'atto impugnato, in quanto – se il ricorso risulta infondato – la sentenza di reiezione comporta la caducazione del provvedimento emesso in sede di riesame e la reviviscenza degli effetti dell'atto sospeso in sede cautelare».

⁴⁵ G. SEVERINI, *Tutela cautelare e interesse generale (con particolare riguardo alla riforma del 2016 dell'art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in www-giustizia-amministrativa.it, 2016.

⁴⁶ Si vedano G. GIALLOMBARDO, *Realtà e prospettive del processo cautelare dinanzi ai Tribunali amministrativi*, in *Miscellanea giuridica. Studi in onore di Ignazio Scotto*, Roma, Edizioni Italedi 1992¹; A. MEZZOTERO, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo. In attesa dell'attuazione della direttiva ricorsi n. 2007/66 e del nuovo Codice del processo amministrativo*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, n. 1/2010; F. SAITTA, *L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo, tra mito e realtà*, *op. cit.*.

⁴⁷ Per R. CAPONIGRO, *La natura della posizione giuridica nella tutela cautelare atipica del giudizio amministrativo: dalla tutela cautelare alla tutela camerale*, *op. cit.*, «la strumentalità è la ontologica

attribuire direttamente il bene della vita al ricorrente in via solo temporanea, né prevedere forme di ripristino dello *status quo ante* nel caso in cui, dopo un'ordinanza cautelare favorevole, il giudizio di merito veda soccombente l'originario ricorrente.

In altre parole, «la tutela cautelare, anche nel processo amministrativo, si giustifica per la sua strumentalità: lo scopo della tutela è quello di determinare un assetto interinale, tale da evitare che l'interesse di una parte possa essere gravemente o irrimediabilmente compromesso dalla natura del giudizio. L'interinalità di questo assetto comporta la necessità che esso sia provvisorio e reversibile: esorbita da qualsiasi logica di una tutela cautelare la produzione di effetti giuridici definitivi, perché altrimenti verrebbe superata la necessità del giudizio di merito. L'ordinanza cautelare che comporti effetti giuridici definitivi usurpa uno spazio riservato alla sentenza; assume, per lo meno, i caratteri del provvedimento sommario (ma la tutela sommaria è ben altra cosa rispetto alla tutela cautelare)»⁴⁸. Si aggiunga, tra l'altro, che nel peculiare caso della tutela cautelare atipica, di fronte a un interesse legittimo pretensivo non si registra solo il rischio che gli effetti definitivi dell'ordinanza cautelare usurpino uno spazio che dovrebbe essere proprio della sentenza⁴⁹, ma che il giudice della cautela vada addirittura oltre, sostituendosi all'amministrazione in una scelta (quella di attribuire, ancorché in via interinale, il bene della vita) che dovrebbe essere riservata alla stessa pubblica amministrazione.

Occorre dunque interrogarsi su come l'esigenza di tutela del ricorrente, titolare di un interesse legittimo pretensivo che avanzi una istanza cautelare assistita dai

ed ineliminabile relazione esistente tra la fase cautelare e la fase di merito, nel senso che la misura cautelare, per la sua celerità, deve essere idonea ad assicurare *medio tempore* gli effetti della decisione sul ricorso; di qui l'assoluta ed indefettibile simmetria che deve sussistere tra l'utilità che può essere conseguita a seguito della pronuncia cautelare e quella che potrebbe essere conseguita a seguito della pronuncia di merito».

⁴⁸ A. TRAVI, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, op. cit.

⁴⁹ Parafrasando la felice espressione di A. Travi, poco sopra richiamata.

tradizionali requisiti di *fumus e periculum*, possa conciliarsi con la necessità, desumibile dai principi generali dell'ordinamento e dalle caratteristiche proprie della tutela cautelare, che l'ordinanza del giudice, destinata a perdere efficacia al momento dell'adozione della pronuncia di merito, non solo non definisca in via anticipata il giudizio, ma non si trasformi in un surrettizio meccanismo per far sì che il bene della vita sia attribuito dal giudice (tra l'altro all'esito di un procedimento in cui le garanzie di partecipazione e di contraddittorio, soprattutto nel caso della tutela cautelare *ante causam*, non si esplicano pienamente come nel giudizio di merito) e non già dalla pubblica amministrazione procedente⁵⁰.

Si tenga tra l'altro presente che almeno uno dei due problemi evidenziati (ossia quello di una pronuncia che, pur strumentale a una successiva decisione avente i caratteri della definitività e della stabilità, accorda un *quid pluris* al ricorrente) non è sconosciuto nemmeno nell'ambito dei giudizi civili e della tutela di cui ai provvedimenti di urgenza disciplinati dall'art. 700 c.p.c.⁵¹: «l'abitudine di oltrepassare gli effetti ottenibili con la decisione sulla domanda si è fatta avvertire»⁵².

Si pensi quindi, tornando al giudizio amministrativo, all'ammissione di un soggetto, ancorché concessa in sede cautelare e quindi con riserva, alla classe scolastica

⁵⁰ Si rileva che la dottrina ha ritenuto che, in tema di discrezionalità intesa in senso lato, fosse più problematico il tema della «amplissima discrezionalità del giudice in sede di individuazione del requisito dell'irreparabilità del pregiudizio, che normalmente caratterizza i sistemi cautelari totalmente atipici» (così ancora F. SAITTA, *L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo, tra mito e realtà, op. cit.*) che non quello della sostituzione del giudice (questa volta in sede cautelare) all'amministrazione procedente.

⁵¹ Che così prevede: «Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito».

⁵² Così E.F. RICCI, *Profili della nuova tutela cautelare amministrativa del privato nei confronti della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 2002.

successiva rispetto a quella al cui esito è stato bocciato, oppure all'esame di Stato. Per giurisprudenza consolidata, in caso di superamento dell'esame di Stato nelle more del giudizio di merito si registra una sopravvenuta inammissibilità della causa per carenza di interesse, e in definitiva il ricorrente, mediante la proposizione di una istanza cautelare atipica (quale è l'ammissione con riserva all'esame di Stato ossia, in altre parole, l'attribuzione temporanea da parte del giudice del bene della vita a cui il ricorrente aspira) che venga effettivamente accolta, ottiene qualcosa in più (ossia l'ammissione all'esame di Stato) rispetto a ciò che avrebbe conseguito – in assenza di una istanza cautelare – all'esito del giudizio di merito (ossia, al più, l'annullamento degli atti recanti la non ammissione all'esame di Stato e la rivalutazione della sua posizione da parte del consiglio di classe)⁵³.

⁵³ In questo senso è la decisione di TAR Veneto, Venezia, sez. III, sent. 1060/2014. C'è da specificare che nel particolare caso all'attenzione dei giudici veneti gli esami di Stato sarebbero iniziati il giorno successivo rispetto a quando era stato adottato il decreto cautelare presidenziale (il verbale recante la bocciatura è datato 10.06.2014; il decreto cautelare è del 17.06.2014; gli esami sono iniziati il 18.08.2014): non vi sarebbe stato il tempo per adottare una differente misura cautelare (quale l'intimazione all'amministrazione di procedere a un nuovo scrutinio tenendo conto del profilo di *fumus* rilevato nell'ordinanza, ossia la mancata somministrazione di alcune verifiche nella materia "inglese" con strumenti adeguati alle condizioni di disabilità del ricorrente.

Alla luce di quanto riportato non meraviglia il contenuto dell'art. 4 comma 2-bis d.l. 115/2005, conv. dalla l. 168/2005, per cui «conseguono ad ogni effetto l'abilitazione professionale o il titolo per il quale concorrono i candidati, in possesso dei titoli per partecipare al concorso, che abbiano superato le prove d'esame scritte ed orali previste dal bando, anche se l'ammissione alle medesime o la ripetizione della valutazione da parte della commissione sia stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela» (norma prevista – probabilmente – per ridurre un contenzioso che, in materia scolastica, è storicamente e notoriamente

Si aggiunga che l'impostazione seguita da Cons. Stato, A.P., sent. 17/1982 (che per prima affrontò il tema) è quella della sospensibilità di un atto negativo, come evidenziato da G. CASTRIOTA SCANDERBEG, *La pronuncia cautelare e l'immediatezza della tutela di merito*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010; il testo è la relazione tenuta dall'autore a Lecce il 12 novembre 2010, al convegno dal titolo *Il codice del processo amministrativo*.

In questo particolare segmento del processo amministrativo, quindi, l'esigenza (ontologicamente caratteristica della pronuncia cautelare) di garantire una tutela che non comprometta definitivamente la posizione del ricorrente nelle more del giudizio di merito assorbe completamente qualsiasi scrupolo e qualsiasi riserva sull'opportunità che il giudice amministrativo intervenga così pesantemente nel rapporto amministrativo attribuendo – nei fatti in via definitiva – il bene della vita al soggetto ricorrente.

Va correttamente evidenziato che le conseguenze di tale impostazione – dirompenti, nei loro effetti concreti – sono state colte da parte della giurisprudenza, che a tratti ha ben compreso la necessità che il provvedimento giurisdizionale cautelare non diventi, di fatto, «la fonte permanente di regolazione del rapporto»⁵⁴, e ha pertanto valorizzato il disposto di cui all'art. 55 comma 10 d.lgs. 104/2010, mediante la sollecita fissazione dell'udienza di merito⁵⁵. In questo modo, infatti, il giudice amministrativo non adotta una misura cautelare vera e propria, ma si limita a garantire in tempi molto contenuti la risoluzione della controversia. Va da sé, tuttavia, che tale tipo di tutela può essere concessa solamente nei casi di cui all'art. 55 c.p.a., e non certo nei casi di «estrema gravità ed urgenza» (art. 56 comma 1 c.p.a.) e nei casi di «eccezionale gravità e urgenza» (art. 61 comma 1 c.p.a.) quando, per definizione normativa, non c'è la possibilità di aspettare nemmeno la camera di consiglio (o, addirittura, la proposizione del ricorso!).

Che, in definitiva, il problema sia tutto riconducibile a questo fenomeno, è chiaro anche dalla estrema valorizzazione della fase cautelare effettuata dalla dottrina. «Il processo amministrativo [...] spesso risolve proprio in quest'ultima [*scil.*: nella

⁵⁴ R. CAPONIGRO, *La natura della posizione giuridica nella tutela cautelare atipica del giudizio amministrativo: dalla tutela cautelare alla tutela camerale*, op. cit..

⁵⁵ È il caso di TAR Lazio, Roma, sez. II-ter, ord. 988/2014: «Ritenuto, ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a., che le esigenze della ricorrente siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita fissazione del giudizio di merito; ritenuto, infatti, che il “bene della vita” cui aspira la ricorrente non può direttamente discendere da una pronuncia in sede cautelare [...]».

fase cautelare, *n.d.a.*] la propria essenza»⁵⁶ e, da parte sua, la giurisprudenza si è peritata di chiarire – proprio in un caso in cui il ricorrente impugnava gli esiti delle prove di un esame di abilitazione – che il rimedio cautelare «non può, *di regola*, comportare effetti ulteriori (che eventualmente sono determinati solo dalla successiva fase di esecuzione) rispetto a quelli determinati dall’esito positivo del giudizio di merito (tradizionalmente la sospensione rispetto all’annullamento, ma oggi la tutela cautelare è consentita come rimedio generale e in via atipica), anticipando la fase di esecuzione-ottemperanza»⁵⁷ (corsivo di chi scrive, *n.d.a.*).

Ovviamente, il problema di cui si discute, almeno per quanto qui di interesse, è limitato alle fattispecie caratterizzate da discrezionalità. Infatti (e a margine le problematiche legate al contraddittorio e al coinvolgimento nella decisione di eventuali controinteressati), qualora si sia di fronte a un esercizio vincolato del potere amministrativo non sembrerebbero sussistere particolari problemi di fronte all’ordine rivolto all’amministrazione, da parte del giudice della cautela, di adottare un determinato provvedimento (per l’appunto vincolato), o di fronte all’attribuzione al ricorrente, da parte del giudice stesso, del bene della vita non concesso

⁵⁶ M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010; il contributo è la rielaborazione della relazione tenuta al 56° convegno di studi amministrativi dal titolo *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Varenna, Villa Monastero, 23-25 settembre 2010. L’autrice prosegue rilevando che «si è dunque giustamente parlato di “rivoluzione” della funzione dello strumento cautelare, da mezzo di mera conservazione dello *status quo* a mezzo con cui viene conseguita la tutela».

⁵⁷ Cons. Stato, sez. IV, sent. 1791/2006. Ha rilevato che «la valenza della decisione cautelare, originariamente consistente nella sospensione dell’efficacia dell’atto lesivo impugnato, viene ad assumere anche la funzione di anticipazione degli effetti della decisione di merito (comprendendo tra gli effetti anche quello conformativo) e, secondo alcuni, addirittura di anticipazione della sentenza di ottemperanza» G. ADAMO, *La tutela cautelare nel giudizio amministrativo anche nella comparazione con il processo tedesco*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019.

dall'amministrazione rimasta silente⁵⁸. Ben diversamente, come si è visto, accade qualora venga in rilievo la discrezionalità dell'amministrazione: in quest'ultimo caso infatti è il giudice amministrativo – tra l'altro al di fuori della logica di bilanciamento di interessi che è propria dell'amministrazione, ma avuto riguardo esclusivamente del *periculum* (inteso proprio come uno dei requisiti che devono assistere la domanda cautelare) – a ritagliarsi un ruolo che è destinato a incidere sul rapporto amministrativo in maniera duratura e a tratti esorbitante se ci si pone nell'ottica della successiva tutela di merito (*rectius*: nell'ottica della tutela a cui il ricorrente potrebbe ambire all'esito del giudizio di merito)⁵⁹. È la definitiva commistione tra

⁵⁸ È la tesi di M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*, op. cit., nonché quella espressa da G. MONTEDORO, *Assenza del provvedimento e tutela degli interessi*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2009, relazione tenuta al 55° convegno di studi amministrativi dal titolo *Nuovi poteri e dialettica degli interessi*, Varenna, Villa Monastero, 24-26 settembre 2009. Richiama i limiti dell'art. 31 comma 2 c.p.a. e rileva che «nel caso di attività discrezionale, invece, solo mediante il giudizio di ottemperanza – in caso di persistente inadempimento della p.a. – in quanto esteso al merito, il giudice potrà determinare il “contenuto del provvedimento amministrativo” o provvedere “all’emanazione dello stesso in luogo dell’amministrazione” (art. 114 comma 4 lettera a)» P. ZERMAN, *La tutela cautelare nel codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010. Per G. CASTRIOTA SCANDERBEG, *La pronuncia cautelare e l'immediatezza della tutela di merito*, op. cit., nel campo degli interessi pretensivi «è bene tenere distinte le diverse ipotesi di residuo esercizio di azione amministrativa discrezionale rispetto ai casi di esercizio di attività vincolata. Nella prima fattispecie le esigenze cautelari si devono contemperare con il principio di riserva di amministrazione. Il massimo che possa fare il giudice in questo territorio così scivoloso è quello di adottare provvedimenti cautelari propulsivi per il riesercizio dell'azione tenuto conto tuttavia che: a) tal genere di pronunce suppongono che all'Amministrazione siano date indicazioni conformative spesso di difficile declinazione nella fase cautelare, non solo per ragioni di tempo ma anche di opportunità; b) se già con la sentenza di merito non è consentito al giudice di sostituirsi all'autorità amministrativa (cfr. art. 31 comma 3, art. 34 lett. c), a fortiori tali limiti devono valere per la fase cautelare».

⁵⁹ Per G. SEVERINI, *Tutela cautelare e interesse generale (con particolare riguardo alla riforma del 2016 dell'art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, op. cit., «al posto dell'arresto urgente, conservativo e provvisorio, rispetto alle trasformazioni introdotte dalla volontà

procedimento e processo amministrativo, in quanto il giudice interviene per orientare e spesso definire l'assetto degli interessi⁶⁰. In questo senso è affatto condivisibile quanto sostenuto da chi ha invocato una assunzione di responsabilità da parte del giudice (in filigrana si coglie il noto interrogativo *sed quis custodiet ipsos custodes?*⁶¹) o, quantomeno, una nuova regolazione dello strumento⁶²; non sembrano poter essere considerati risolutivi – come si è visto – la possibilità di sollecita fissazione dell'udienza di merito (o, ugualmente, la definizione del giudizio con una sentenza in forma semplificata prevista in via generale dall'art. 60 c.p.a. o, nel limitato ambito degli appalti, dall'art. 120 comma 6 c.p.a.) o, alternativamente, la volontà di «salvare la parte 'sana', priva di vizi evidenti a prima osservazione, dell'attività amministrativa [neutralizzando] la sola parte che direttamente sia idonea ad incidere pregiudizialmente e con conseguenze irreparabili sull'interesse prospettato dal ricorrente»⁶³.

dell'amministrazione – che dovrebbe essere la sola volontà nell'amministrare –, questa nuova grammatica della decisione cautelare di fatto apriva il percorso per nuovi assetti d'interessi alla cui composizione concorre per suo conto il giudice, estranei alle strette responsabilità dell'amministrazione o ai suoi obiettivi e indirizzi: il giudice, privo di investitura e di pesi per le scelte discrezionali amministrative, poteva ora andare a svolgere, e nella pur sommaria cognizione della cautela, un ruolo ultimo e definitorio capace di radicarsi e di condizionare il rapporto anche nel lungo periodo, oltre la sentenza che poi sarebbe sopravvenuta».

⁶⁰ L'ha rilevato anche M. GOLA, *Tutela cautelare atipica e amministrazione del giudice*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Gaetano Scoca*, Napoli, Editoriale Scientifica 2020¹, vol. III, pagg. 2617 e segg.: per l'autrice «la tutela cautelare, così come risulta interpretata nei più recenti interventi giurisdizionali, avvalorata dunque la nuova prospettiva 'sostanzialistica', che in definitiva assegna al Giudice un peso proprio nella valutazione degli assetti in gioco».

⁶¹ Giovenale, *Saturae*, libro II, VI.

⁶² G. SEVERINI, *Tutela cautelare e interesse generale (con particolare riguardo alla riforma del 2016 dell'art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, *op. cit.*.

⁶³ M. GOLA, *Tutela cautelare atipica e amministrazione del giudice*, *op. cit.*.

3. L'atipicità delle azioni e i poteri istruttori del giudice

Argomento strettamente collegato a quanto si è analizzato finora è quello relativo alla tipologia di azioni proponibili nell'ambito del processo amministrativo.

Si è visto, nel primo capitolo del presente lavoro, che la scelta del legislatore del 1889 – ossia di istituire una sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato – va causalmente ricondotta alla (fallimentare e lacunosa) legge di unificazione del Regno d'Italia del 1865, quando si era optato per un sistema di giurisdizione unica.

Concepito il ricorso davanti alla neonata quarta sezione del Consiglio di Stato come un ricorso di mera legittimità – e non essendo ben chiaro se la giurisdizione amministrativa si profilasse come giurisdizione oggettiva (volta cioè a tutelare e garantire la legittimità dell'azione amministrativa) o come giurisdizione soggettiva (in cui al centro si pongono il ricorrente e la posizione giuridica soggettiva di cui esso è titolare) – non deve meravigliare che l'unica azione esperibile davanti al giudice amministrativo fosse quella di annullamento, volta a eliminare dall'universo giuridico un provvedimento viziato.

I limiti di tale impostazione emersero comunque assai presto, e certamente con l'entrata in vigore della Costituzione (recante l'equiparazione tra diritto soggettivo e interesse legittimo), con il mutamento dei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino (e la conseguente valorizzazione degli interessi legittimi pretensivi rispetto a quelli oppositivi, frutto di una visione della pubblica amministrazione “servente” rispetto al cittadino, e non viceversa, a sua volta derivante dall'evoluzione dello Stato liberale di fine Ottocento in uno Stato sociale così come disegnato dal costituente) e, infine, con il definitivo affrancamento dalla p.a. del giudice amministrativo (terzo e imparziale, dotato delle stesse guarentigie che caratterizzano la magistratura ordinaria), l'azione di annullamento si dimostrò presto incapace di far fronte alle sempre maggiori esigenze di tutela del cittadino.

Non deve quindi meravigliare che, nei mesi che precedettero l'approvazione e l'adozione del d.lgs. 104/2010, recante il codice del processo amministrativo, forti

furono le spinte della dottrina e della giurisprudenza⁶⁴ – la quale, anche in questo ambito, aveva anticipato di qualche decennio il legislatore – a introdurre, nell’ambito del processo amministrativo, azioni ulteriori rispetto a quelle previste dall’allora vigente l. 1034/1971⁶⁵.

In effetti, quantomeno dal punto di vista teorico, l’equiparazione (sostanziale) tra interesse legittimo e diritto soggettivo comportava necessariamente una equiparazione (processuale) delle forme di tutela⁶⁶ e, conseguentemente, delle azioni esperibili; di ciò era ben consapevole la Commissione speciale a composizione mista che, in virtù del contenuto dell’art. 44 della l. delega 69/2009, propose al governo una prima bozza di codice, specificando nella relazione introduttiva generale⁶⁷ che «l’esigenza sostanziale [della nuova codificazione, *n.d.a.*] discende sia dall’evoluzione normativa che dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, che hanno condotto al riconosciuto al giudice amministrativo dei medesimi strumenti di

⁶⁴ Si rinvia a A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli 2019¹³; F.G. SCOCA, *Giustizia Amministrativa, op. cit.*; P.M. VIPIANA-V. FANTI-M. TRIMARCHI, *Giustizia amministrativa*, Padova, Cedam 2019¹; A. CARBONE, *L’azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli 2012¹.

⁶⁵ Si ricorderà, infatti, che l’art. 26 comma 2 della citata legge prevedeva la possibilità, per il giudice amministrativo, di annullare l’atto impugnato; solamente se investito di giurisdizione di merito il giudice avrebbe potuto riformare l’atto o sostituirlo; ai sensi dell’art. 26 comma 3 l. 1034/1971 il giudice, nelle sole materie relative a diritti attribuiti alla sua competenza esclusiva e di merito, avrebbe potuto condannare l’amministrazione al pagamento delle somme di cui fosse risultata debitrice.

⁶⁶ È il senso che si ricava da Corte cost., sent. 140/2007. Sul punto si rimanda a R. GISONDI, *Nuovi strumento di tutela nel codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011, per cui – ancorché da un’ottica differente – «l’allargamento degli strumenti di tutela posti a disposizione del giudice amministrativo è stato, infatti, considerato come il naturale corollario del ruolo tendenzialmente paritario che egli riveste rispetto a quello ordinario, quanto a pienezza ed effettività della protezione assicurata alle posizioni soggettive devolute alla sua cognizione».

⁶⁷ Il testo integrale della relazione, corredato dal testo della proposta è disponibile sul sito www.astrid-online.it e sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

tutela di cui dispone il giudice ordinario. In particolare, dopo il riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo (ad opera della Cassazione, Sez. Un., n. 500 del 1999) e i successivi interventi normativi e della Corte costituzionale, è emerso con chiarezza il mutamento sostanziale dell'interesse legittimo, la cui tutela esige uno strumentario non dissimile da quello previsto per i diritti soggettivi. Sicché le norme, formalmente vigenti, ancora legate in prevalenza ad una struttura processuale di tipo impugnatorio, necessitavano di un adeguamento alla mutata struttura processuale estesa a un più ampio ambito di azioni e mezzi di tutela»

Come noto, la bozza licenziata dalla Commissione mista prevedeva, all'art. 36, la possibilità di chiedere l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle consequenziali pronunce dichiarative⁶⁸, oltre all'accertamento della nullità del provvedimento.

In particolare, la bozza muoveva dall'obiettivo di superare in concreto la tradizionale impostazione del giudizio amministrativo quale giudizio impugnatorio-cassatorio, e questo per le ragioni di cui si è detto. Tra l'altro, tale obiettivo rappresentava il punto di arrivo di una evoluzione normativo-giurisprudenziale che già in passato aveva arricchito lo strumentario di azioni a disposizione del ricorrente mediante l'introduzione del ricorso avverso il silenzio, della tutela risarcitoria (quantomeno dalla sentenza 500/1999 delle Sezioni Unite estesa anche alla lesione degli interessi legittimi nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità), di altre azioni di condanna nell'ambito della giurisdizione esclusiva (in particolare, al pagamento di somme di denaro) e infine di una azione di accertamento qualora fossero venuti in rilievo diritti soggettivi.

⁶⁸ L'azione di accertamento non poteva comunque essere esperita qualora il ricorrente potesse, o avesse potuto, far valere i propri diritti o interessi mediante le diverse azioni di annullamento o di adempimento; inoltre, l'accertamento non poteva essere chiesto con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati.

Non meraviglia quindi che la bozza della Commissione ridisegnasse in maniera organica le tipologie di azioni esperibili, superando nei fatti la centralità che aveva sempre avuto, nell'ambito del giudizio amministrativo, l'azione di annullamento, e ispirandosi alla tripartizione delle azioni di cognizione (costitutive, di accertamento e di condanna) propria del processo civile, con l'obiettivo dichiarato di «ampliare la tutela del cittadino nei confronti dell'esercizio o del mancato esercizio del potere, mettendogli a disposizione una più ampia gamma di strumenti idonei a soddisfare le pretese azionate»⁶⁹.

Non era sfuggito che l'introduzione dell'azione di accertamento dovesse essere accompagnata dalla previsione di un meccanismo volto ad arginare il potere del giudice amministrativo, «in modo da evitare di rimettere al giudice scelte di merito, riservate all'autorità amministrativa, ma sindacabili in modo pieno ed effettivo dal giudice»⁷⁰. In effetti, a fronte della possibilità per il giudice amministrativo di effettuare accertamenti in ordine al rapporto giuridico tra privato e amministrazione, era stato previsto che l'azione non potesse essere utilizzata per eludere il termine di 60 giorni – previsto a pena di decadenza – per la proposizione dell'azione di annullamento⁷¹, e che in ogni caso il giudice non potesse pronunciarsi su poteri ammini-

⁶⁹ Così, ancora, il testo della bozza (v. *supra*, nota 66), che così continua: «L'effettività e la pienezza della tutela viene, quindi, perseguita attraverso “la introduzione di ogni tipologia di azione anche innanzi al Giudice amministrativo, in modo che lo stesso non possa incontrare ostacolo alcuno nell'erogare una tutela non solo effettiva ma pienamente soddisfattiva già e innanzitutto nella sua giurisdizione generale sull'esercizio della funzione pubblica” (proprio con riferimento all'attuale progetto di codificazione del processo amministrativo, in questi termini si è espresso il 14 Primo Presidente della Suprema Corte di Cassazione nel discorso di inaugurazione del presente anno giudiziario)».

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ La previsione era mutuata dall'ordinamento tedesco, e in particolare dall'art. 43 comma 2 del *Verwaltungsgerichtsordnung*.

strativi ancora non esercitati, anche al fine di non spostare il baricentro decisionale dall'amministrazione al giudice⁷².

Ad ogni modo, nonostante gli scrupoli manifestati dalla Commissione, dal testo definitivamente approvato dall'esecutivo (confluito nel codice ancora oggi vigente) è stata espunta l'azione di accertamento. Quest'ultima scelta è stata oggetto di molte critiche da parte della dottrina⁷³, anche se, come è stato detto, «superata l'emotività del primo impatto, tuttavia, sono emersi giudizi più articolati»⁷⁴. In effetti, autorevoli commentatori hanno evidenziato che una qualche forma di atipicità può ricavarsi anche dal codice così come elaborato dal governo⁷⁵, conclusione a cui è giunta presto anche la giurisprudenza⁷⁶.

⁷² Per considerazioni su questa previsione si rimanda *supra*, al paragrafo 1, dedicato proprio a questo tema.

⁷³ V., *inter alia*, N. SAITTA, *Il codice che poteva essere*, in *www.giustamm.it*, 2010; A. ROMANO TASSONE, *Così non serve a niente*, in *www.giustamm.it*, 2010; F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2010. Si rinvia anche ai testi istituzionali già richiamati *supra*: A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, *op. cit.*; F.G. SCOCA, *Giustizia Amministrativa*, *op. cit.*; P.M. VIPIANA-V. FANTI-M. TRIMARCHI, *Giustizia amministrativa*, *op. cit.*.

⁷⁴ R. GISONDI, *Nuovi strumento di tutela nel codice del processo amministrativo*, *op. cit.*.

⁷⁵ Così M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010, per cui «vi sono anche dati normativi testuali che vanno nella direzione del principio di atipicità. In primo luogo, infatti, l'art. 34 comma 1, lett. c) del Codice, nel precisare i contenuti della sentenza di condanna, prevede non soltanto il pagamento di una somma di danaro, anche a titolo di risarcimento del danno (incluse le misure di risarcimento in forma specifica), ma anche l'adozione «delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio». Poiché, situazioni giuridiche, azioni e sentenze, quasi come in un gioco di specchi, rinviano le une alle altre e sono legate da un nesso di stretta interdipendenza, una siffatta disposizione ammette implicitamente che tra situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e pronuncia di condanna atipica si interpone un'azione che è altrettanto atipica. Muove nella stessa direzione anche la successiva lett. e) in base alla quale il giudice dispone «le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato» inclusa la nomina già in sede di cognizione di un commissario *ad acta* con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza». Per R. VILLA-

E aderendo alla tesi sostanziale per cui l'interesse legittimo consiste nell'interesse all'ottenimento di un bene della vita (e non già alla tesi strumentale

TA, *Pluralità delle azioni ed effettività della tutela*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019, la pretesa al bene della vita può essere soddisfatta «tramite l'azione divenuta atipica o meglio [tramite] il ventaglio di azioni che il c.p.a. riconosce e di cui si deve se mai criticare i limiti (quelli apposti alle azioni di adempimento, di nullità, risarcitoria) superandoli per quanto possibile nell'applicazione». Si vedano anche M.A. SANDULLI, *Il superamento della centralità dell'azione di annullamento*, in *Libro dell'anno del Diritto 2012*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana 2012¹, anche in www.treccani.it; R. GRECO, *L'atipicità delle azioni e delle tecniche di tutela nel codice del processo amministrativo*, *op. cit.*; A. ROMANO TASSONE, *A proposito del Libro II del progetto di Codice del processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, fasc. 4, 2010, che parla di codice «relativamente aperto», e E. LUBRANO, *Le azioni a tutela degli interessi pretensivi nel nuovo processo amministrativo*, Roma, Istituto Editoriale Regioni Italiane 2012¹.

⁷⁶ Si vedano, in particolare, Cons. Stato, A.P., sent. 3/2011; Cons. Stato, A.P., sent. 15/2011; Tar Lombardia, Milano, sez. III, sent. 1428/2011, secondo cui «il Codice, superando l'assunto della tipicità delle azioni nel processo amministrativo (peraltro già messo in discussione dalla giurisprudenza), prefigura un sistema "aperto" di tutele, in cui sono ammesse pronunce dichiarative (art. 31), costitutive (art. 29), condannatorie (art. 30). Per tale via, finalmente anche per il processo amministrativo, si inverte la garanzia costituzionale (art. 24 cost.) che, riconoscendo la giuridicità del potere d'azione e la sua autonomia rispetto alla situazione giuridica sostanziale alla quale pure è correlata, preclude al legislatore di rendere impossibile o comunque difficoltosa la tutela delle posizioni soggettive manovrando la disciplina del processo. Garanzia, sul cui fondamento, la dottrina processual-civilistica ha da tempo tratto il corollario del superamento di un sistema rigido di rimedi tipici in favore di un principio di generale azionabilità degli interessi protetti, con tutti i mezzi dall'ordinamento consentiti. Il richiamo (contenuto nel codice) all'esigenza di una tutela piena ed effettiva, in tal senso, conferma che anche il giudice amministrativo è dotato di tutti i poteri necessari alla soddisfazione dei bisogni differenziati. Se l'effettività della tutela giurisdizionale è la capacità del processo di far conseguire i medesimi risultati garantiti dalla sfera sostanziale, anche l'interesse legittimo abbisogna della predisposizione dei rimedi idonei a garantire il conseguimento dell'utilità "primaria" specificatamente oggetto dell'aspettativa riconosciuta dall'ordinamento». È assai curioso rilevare che l'estensore della citata sentenza (Dario Simeoli), che anticipa gran parte del ragionamento contenuto in Cons. Stato, sez. VI, sent. 1321/2019, è lo stesso estensore di quest'ultima pronuncia.

per cui l'interesse legittimo coincide con l'interesse a che vi sia un esercizio legittimo dell'azione amministrativa), il principio di effettività della tutela di cui all'art. 24 Cost. può essere inverato solamente nel caso in cui il ricorrente disponga di una azione che permetta al giudice di attribuire esso stesso il bene della vita sotteso alla posizione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento e il cui ottenimento è stato frustrato dal provvedimento (o dal comportamento) illegittimo dell'amministrazione⁷⁷. Si può quindi ritenere, da una parte, che ammettendo la giurisprudenza una azione atipica, si raggiunge la pienezza di tutela prevista dalla Costituzione perché il giudice può attribuire il bene della vita cui aspira il ricorrente; dall'altra, che muovendo dalla tesi sostanziale sulla natura dell'interesse soggettivo (che a sua volta deriva dall'equiparazione col diritto soggettivo effettuata dalla Costituzione) e dalla necessità che vi sia una pienezza di tutela delle posizioni giuridiche dei cittadini, ne deriva necessariamente la possibilità per il privato di esperire una azione "atipica" anche se non esplicitamente prevista dal codice del processo amministrativo così come approvato dal Governo con il decreto delegato.

Questo ragionamento, pur nella sua linearità e correttezza formale, non tiene adeguatamente in conto di due circostanze connesse tra loro: la prima – ed è una questione sistematica – è che occorre tenere ben distinti l'azione esperibile dal privato (con il *nomen* che a tale azione si intende attribuire) dai poteri che il giudice può esercitare nell'ambito di tale azione: non v'è infatti nessun automatismo tra atipicità delle azioni esperibili ed effettiva tutela della posizione giuridica soggettiva di cui il privato è titolare⁷⁸; la seconda è che non si deve dimenticare di tenere in

⁷⁷ È la tesi sostenuta da R. GISONDI, *Nuovi strumento di tutela nel codice del processo amministrativo*, *op. cit.*.

⁷⁸ Di ciò aveva dato ampiamente atto, per sostenere la tesi dell'atipicità dell'azione (*rectius*: dell'atipicità della tutela nell'ambito del processo amministrativo), il già citato arresto di TAR Lombardia, Milano, sez. III, sent. 1428/2011, per cui «ciò che non convince affatto è l'assunto per cui il tipo di pronuncia che il giudice può adottare ai sensi dell'art. 34 debba essere "supportata" da una corrispondente azione prevista negli articoli precedenti. Sul punto, occorre preliminarmente

debita considerazione la natura intrinseca dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo, sempreché non si voglia sostenere che l'equiparazione tra posizioni giuridiche effettuata dalla Costituzione ne comporti la loro fusione in un'unica posizione giuridica soggettiva⁷⁹.

In effetti, e come correttamente rilevato dalla Commissione che aveva elaborato il progetto di codice del processo amministrativo, va tenuta ben presente la caratteristica precipua dell'interesse legittimo, ossia la necessità della spendita (anche mediata) del potere amministrativo: senza potere amministrativo non c'è interesse le-

precisare che non è certo la disciplina del processo la sede nella quale si definiscono e qualificano i bisogni di tutela e le relative forme di tutela (restitutoria, satisfattiva, risarcitoria), bensì la legge sostanziale: non a caso, nel codice di procedura civile, la distinzione delle azioni è tratteggiata ai soli fini del regime della competenza, mentre non esiste una disciplina processuale delle azioni in funzione dei diritti che con essa si fanno valere. Il codice del processo amministrativo, complice la peculiare commistione tra "processo" e "sostanza" tipica degli strumenti di reazione avverso l'azione amministrativa invalida, ha ritenuto opportuno enumerare all'art. 34 quei rimedi che, per quanto si trovino a stretto ridosso della giurisdizione in quanto la loro concreta realizzabilità è assicurata dagli strumenti del processo, sono tuttavia di pertinenza del diritto sostanziale; tale norma, pertanto, nel discernere le forme di tutela che garantiscono il conseguimento delle utilità oggetto dell'aspettativa degli amministrati, rappresenta sul piano sistematico ed ermeneutico il "prius". L'art. 30 c.p.a., invece, da un parte, disciplina soltanto alcuni aspetti del "veicolo" processuale del rimedio (i termini e la necessaria contestualità dell'azione di condanna ad altra azione, salvo i casi di giurisdizione esclusiva e di condanna al risarcimento), che dunque costituiscono il "posterius"; dall'altro, per quanto rubricato come disciplina dell'azione di condanna, contiene spezzoni di fattispecie sostanziale (in particolare, in tema di risarcimento del danno, pur disinteressandosi del profilo causale o di imputazione soggettiva del danno, vengono dettate alcune disposizioni in punto di danno risarcibile). In definitiva, come si vede, il rapporto tra l'art. 34 e l'art. 30 va propriamente invertito: dalla prima norma si traggono quali rimedi sono a disposizione degli amministrati a tutela dei loro interessi; dalla seconda alcuni specifici e complementari aspetti processuali (oltre che spezzoni di fattispecie sostanziale)».

⁷⁹ La conclusione è affatto inaccettabile. Tra tutti si veda F.G. COCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria, op. cit.*

gittimo, e l'interesse legittimo c'è solo dove c'è anche potere amministrativo. Il limite del giudice amministrativo non è, di conseguenza, relativo alla natura delle azioni esperibili nell'ambito del "suo" processo, ma è rappresentato dall'esistenza o meno di potere amministrativo e, ancor più correttamente, di potere amministrativo discrezionale. Ecco quindi che l'unico limite diventa quello dei «poteri amministrativi non ancora esercitati» di cui fa menzione l'art. 34 comma 2 c.p.a., già previsto dall'art. 45 r.d. 1054/1924; tuttavia, mentre il limite previsto da quest'ultima norma andava inteso nel senso che «la sentenza di annullamento non [poteva] esaurire tutti i profili del potere amministrativo»⁸⁰, il limite di cui all'art. 34 comma 2 c.p.a. «si riferisce, invece, ai *presupposti della domanda*, impedendo che il giudice amministrativo possa essere chiamato a pronunciarsi (anche in sede di giurisdizione di merito) in relazione ad un pericolo di lesione che potrebbe derivare da un'attività amministrativa futura o, comunque, in corso di formazione»⁸¹.

Il problema, di conseguenza, si ripresenta, e non solo nell'ambito dell'azione di accertamento, ma anche in quella di condanna, laddove il giudice deve effettuare una valutazione sulla spettanza del bene della vita (sul punto si rinvia *supra*, cap. 2 par. 4).

Al fine di ricondurre a ragionevolezza il sistema, va specificato che la questione centrale non riguarda l'atipicità delle azioni esperibili nell'ambito del giudizio amministrativo, quanto i poteri decisorii del giudice, tanto che si è sostenuta l'idea di un «giudice in grado di "modellare" il proprio intervento sull'effettivo bisogno di tutela delle parti, attraverso l'individuazione di sempre nuovi e adeguati strumenti di tutela»⁸²; impostata la questione in tali termini, è evidente che il problema non è più legato alla tipicità o all'atipicità delle azioni esperibili, quanto alla «definizione dei

⁸⁰ R. GISONDI, *Nuovi strumenti di tutela nel codice del processo amministrativo*, op. cit..

⁸¹ *Ibidem*, corsivo dell'autore. Vedi anche *supra*, par. 1 in questo capitolo.

⁸² R. GRECO, *L'atipicità delle azioni e delle tecniche di tutela nel codice del processo amministrativo*, op. cit..

limiti a un intervento giurisdizionale sull'amministrazione attiva che va facendosi sempre più incisivo e penetrante»⁸³; va ribadito che il limite è rappresentato, in ogni caso, dalle fattispecie che richiedono (ancora) la spendita di potere discrezionale; un intervento per così dire sostitutivo del giudice può essere consentito solo nel caso in cui, in capo all'amministrazione, si sia interamente consumata la discrezionalità⁸⁴. In nessun caso l'effettività della tutela (raggiunta anche grazie all'incremento della disponibilità di un maggior numero di azioni esperibili dal privato ricorrente) può quindi, e di per sé, spostare «il confine mobile ma invalicabile nell'attuale assetto costituzionale tra Giudice e Amministrazione»⁸⁵.

⁸³ *Ibidem*; prosegue l'autore: «non mi riferisco solo ai limiti già positivamente individuati dal sistema (il già evidenziato limite processuale, per cui vuolsi che l'azione di condanna debba sempre essere esercitata “contestualmente” ad altra azione, e il limite sostanziale ex articolo 34, comma 2, c.p.a. dell'impossibilità che il giudice si pronunci in relazione a poteri della P.A. non ancora esercitati), ma più in generale alla capacità della giurisprudenza di esercitare un oculato *self-restraint* al fine di evitare indebiti “sconfinamenti” in ambiti riservati all'amministrazione, con le conseguenti tensioni fra poteri statuali che ciò potrebbe determinare».

⁸⁴ Di tale circostanza era ben consapevole il giudice di Cons. Stato, sez. VI, sent. 1321/2019, il quale – al fine di “attribuire” il bene della vita alla ricorrente – ha dovuto elaborare la teoria della consumazione della discrezionalità amministrativa «frutto della insanabile “frattura” del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri», alla cui «presenza [...] resta precluso all'amministrazione di potere tornare a decidere sfavorevolmente nei confronti dell'amministrato anche in relazione ai profili non ancora esaminati».

⁸⁵ R. VILLATA, *Pluralità delle azioni ed effettività della tutela*, *op. cit.*; non sembra comunque condivisibile che l'effettività della tutela possa incrementarsi o meno sulla base delle azioni esperibili davanti al giudice amministrativo: la tutela è effettiva o non lo è, e *tertium non datur*: difatti un minor grado di “effettività della tutela” equivale a dire che la tutela non è effettiva. Si veda anche R. GRECO, *L'atipicità delle azioni e delle tecniche di tutela nel codice del processo amministrativo*, *op. cit.*.

CONCLUSIONI

Alla luce di quanto argomentato nei capitoli e nei paragrafi precedenti è ora possibile provare a indicare quella che è la strada che sembra aver intrapreso la giustizia amministrativa nell'ambito della tutela dell'interesse legittimo per immaginare, in definitiva, le linee di sviluppo future.

Come si è visto nel primo capitolo, l'analisi in chiave storica del sistema di giustizia amministrativa restituisce – in maniera assolutamente chiara e incontrovertibile – un legislatore e un giudice che prima tentano di riempire di significato concreto l'interesse legittimo e che poi, a seguito dell'equiparazione delle situazioni giuridiche soggettive effettuata dall'art. 24 Cost. ai fini della tutela giurisdizionale, intervengono al fine di rendere effettiva tale equiparazione.

Questo, almeno, nelle forme di tutela.

Non sembra francamente di potersi dubitare di tale assunto. Lo dimostrano in maniera chiara non solo gli interventi pretori – spesso anticipati da illuminati interventi della dottrina – ma, altresì, le decisioni prese dal legislatore. E non deve meravigliare che più volte, nel corso del tempo, i tre citati attori – legislatore, dottrina e giurisprudenza – abbiano finito, anche solo parzialmente, per coincidere; e il punto più alto di questa evoluzione, non solo per la sua intrinseca natura, è rappresentato dalla approvazione della Costituzione repubblicana, il cui art. 24 ha poi rappresentato l'autorevole copertura cui la giurisprudenza e il legislatore hanno variamente aganciato tutti i loro interventi successivi.

Tuttavia, come già si è accennato in precedenza, l'equiparazione formale e sostanziale delle posizioni giuridiche soggettive non può in alcun modo condurre a una loro totale sovrapposizione che comporti, come logica conseguenza, la confusione delle due posizioni che finiscono per diventare un *unicum*¹. Infatti, la conseguenza necessitata della *reductio ad unum* delle posizioni giuridiche soggettive è l'unicità della giurisdizione; e fintantoché si ritiene che il giudice amministrativo è il giudice dell'interesse legittimo (o, il che non cambia i termini della questione, il giudice del [corretto] esercizio del potere amministrativo, sia esso vincolato o discrezionale), come d'altra parte ha affermato autorevolmente – e in tempi relativamente recenti – la Corte costituzionale², non può che giungersi alla conclusione che l'equiparazione non è sostanziale. D'altra parte, che l'obiettivo del costituente non fosse quello di delineare un'unica posizione giuridica soggettiva (pur citandone due, evidentemente in “ossequio” alla tradizione dell'interesse legittimo) è smentito da ulteriori elementi: dall'analisi dei lavori preparatori, di cui si è dato ampiamente conto nel primo capitolo del presente lavoro e, infine, dal tenore letterale dell'art. 24 Cost.³.

Definitivamente, la cifra distintiva tra l'una e l'altra posizione giuridica soggettiva va rinvenuta nella presenza (o meglio, nell'esercizio) di un potere esercitato da uno dei due soggetti del rapporto, ossia la pubblica amministrazione.

E i limiti del sindacato giurisdizionale sull'esercizio (o mancato esercizio), anche mediato, del potere amministrativo, sono stati tradizionalmente ricondotti alla teoria della separazione dei poteri e, conseguentemente, al fatto che un sindacato sul merito delle scelte amministrative da parte del giudice significherebbe, quantome-

¹ V. *supra*, cap. 2, par. 1.1: è la tesi propugnata dalla scuola di Firenze (v. indicazioni bibliografiche in nota in quel paragrafo, cui si rimanda per approfondimenti).

² V. le note sentenze 204/2004 e 191/2006.

³ *Quod lex voluit, dixit*: se il legislatore costituente avesse voluto delineare un'unica posizione giuridica soggettiva, lo avrebbe scritto a chiare lettere, senza utilizzare lo stratagemma di una equiparazione “sostanziale” pur a fronte del riconoscimento “formale” di due posizioni.

no, il sovvertimento dell'architettura istituzionale stabilito dalla costituzione: sarebbe il giudice ad "amministrare", ossia a raggiungere i fini che sono stabiliti dalla legge e propri dell'amministrazione, al posto di quest'ultima.

Anche di questo, francamente, non si può dubitare. Che l'autonomia dell'amministrazione sia garantita – almeno formalmente – dalla Costituzione e dall'interpretazione datane dai giudici amministrativi nelle loro pronunce è un dato di fatto. In quest'ottica, la giurisdizione generale di legittimità non è altro che un sindacato sul (cattivo) esercizio del potere amministrativo, laddove emergano – ovviamente nel caso in cui sia fatto valere il vizio di eccesso di potere – i noti elementi sintomatici; e nel caso di «[diretta] valutazione di merito del contenuto»⁴ del provvedimento, il giudice incorre nel vizio di eccesso di potere giurisdizionale, sindacabile in Cassazione.

Tuttavia, è emerso che il tradizionale sindacato di legittimità è in crisi, e assume sempre più spesso le caratteristiche di un sindacato forte, che a tratti sconfinava nel merito delle decisioni amministrative. E a ciò si deve aggiungere – pur su un piano differente, che va tenuto ben distinto – che al giudice sono affidati strumenti di tutela nuovi i quali, in determinati casi e al di fuori delle previsioni di cui all'art. 31 comma 3 c.p.a., possono giungere, anche per autonoma iniziativa del giudice, all'assegnazione al ricorrente del bene finale della vita. Lo ha evidenziato chiaramente la dottrina: «a fronte di un'estensione da parte della funzione amministrativa delle proprie maglie, il diritto e la giustizia amministrativa dovrebbero diventare scienza e controllo del potere ancora più pregnanti e penetranti. Quanto più l'autorità guadagna terreno, nell'ottica di una de-privatizzazione dei rapporti sociali, tanto più è necessaria la scienza del sindacato sul potere, di cui è depositario il giudice amministrativo [...]. Una volta che lo scenario futuro sia quello dell'espansione del potere amministrativo, l'ambito del merito non sindacabile dal

⁴ In questi termini, *inter alia*, Cass. civ., SS.UU., sent. 19787/2015.

giudice è destinato ancora più a ridursi quale riflesso della crescita dell'autorità a scapito della libertà»⁵.

Tali fughe in avanti sono sempre variamente ricondotte alla previsione di cui all'art. 24 Cost., che pare giustificare quindi un sindacato del giudice amministrativo ben più ampio di quello tradizionalmente proprio della giurisdizione generale di legittimità e l'uso di strumenti di tutela che si spingono fino alla diretta attribuzione da parte del giudice, al posto dell'amministrazione procedente, del provvedimento finale richiesto originariamente, nell'ambito del procedimento amministrativo, dal cittadino istante (o opponente, nel caso di posizione riconducibile a quella di interesse legittimo oppositivo).

Varie sono le ragioni di tale evoluzione, e non tutte di natura esclusivamente giuridica, e vanno pertanto analizzate separatamente.

Dal punto di vista *storico-giuridico*, l'analisi in chiave storica del diritto amministrativo (e della sua declinazione processuale), unitamente all'approfondimento di istituti di diritto sostanziale e processuale di cui si è detto nei capitoli precedenti, descrive un sistema in cui vi è un costante conflitto tra le esigenze di funzionamento (anche rapido ed efficace) della macchina amministrativa e, dall'altra parte, le esigenze di tutela del cittadino.

La branca del diritto amministrativo che si è tradizionalmente occupata di tutela delle posizioni del cittadino – fin dalle scelte operate dal legislatore nel 1865 e, successivamente, nel 1889 con l'istituzione della Quarta sezione del Consiglio di Stato – si sviluppa in funzione del cittadino, che ha necessità di avere a disposizione

⁵ G. MONTEDORO-E. SCODITTI, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione giustizia*, fasc. 1, 2021.

strumenti efficaci per difendersi dai malfunzionamenti e dalle inefficienze della pubblica amministrazione.

Tale assunto non deve meravigliare; il contesto socio-culturale e giuridico in cui nascono e si sviluppano tali esigenze è quello liberale di fine Ottocento, in cui l'amministrazione è in pieno sviluppo e ancora in fase di assestamento. Uno stato moderno non può fare a meno di apparati burocratici estesi, numericamente consistenti; e se è vero che l'amministrazione ha il compito di raggiungere i fini indicati dal legislatore, il precedente assunto è ancora più vero nell'ambito di uno stato sociale (cd. *welfare state*) come è quello che si sviluppa in Italia dopo la fine del secondo conflitto mondiale, con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana: a una maggiore presenza dello Stato (fenomeno che per l'appunto inizia con la nascita degli Stati moderni e che si sviluppa grandemente dagli anni Cinquanta del secolo scorso in poi), e a una sempre più ampia pervasività delle funzioni amministrative, non può non fare da contraltare un sempre più efficace sistema di tutela del cittadino.

Prendendo le mosse da queste considerazioni, non deve quindi meravigliare la tendenziale valorizzazione dell'equiparazione tra situazioni giuridiche soggettive di cui all'art. 24 Cost. che giunge fino al punto di superare l'effettiva e intrinseca diversità tra diritto soggettivo e interesse legittimo mediante l'elaborazione di forme di tutela che sono pressoché simili; in altre parole, il giudice amministrativo non si limita più a verificare la legittimità dell'azione amministrativa, va oltre lo scrutinio del rapporto tra privato e pubblica amministrazione e giunge fino al punto di garantire tutela piena al cittadino – con l'assegnazione diretta del bene della vita – mediante l'esercizio di poteri che dovrebbero essere propri ed esclusivi dell'amministrazione (in altre parole: poteri conferiti dal legislatore all'amministrazione per il raggiungimento dei fini stabiliti dalla legge). Il tutto, in definitiva grazie all'elaborazione di teorie (quale quella dell'esaurimento del potere

discrezionale⁶) che, pur formalmente rispettose dei principi che informano la giurisdizione generale di legittimità, in definitiva la aggirano.

In questo senso, non deve meravigliare lo sforzo di elaborazione teorica del giudice amministrativo che tenta di superare, nei fatti, quello che sembra essere un “punto cieco” dell’ordinamento, un “corto circuito” istituzionale, ossia l’*impasse* che si forma nel caso in cui l’amministrazione assuma, nell’esercizio dei suoi poteri discrezionali, decisioni formalmente corrette ma sostanzialmente errate, come nel caso affrontato proprio da Cons. Stato, sez. IV, sent. 1321/2019⁷. La teoria dell’esaurimento del potere discrezionale, che avviene anche nel caso di «insanabile “frattura” del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino»⁸, trova indirettamente linfa in tutti quegli interventi legislativi che hanno ampliato il sindacato del giudice amministrativo e le forme di tutela che può concedere tale giudice e, in definitiva, nell’esigenza di tutela “piena” che deriva dall’art. 24 della Costituzione.

Tale teoria ha il pregio di essere formalmente rispettosa dei limiti di cognizione del giudice amministrativo; non si può negare nei fatti, tuttavia, che è idonea a scardinare la giurisdizione generale di legittimità.

Conseguentemente, l’*impasse* di cui si è parlato non può che essere superato per via legislativa, come d’altra parte è avvenuto con le modifiche all’art. 10-bis l. 241/1990 apportate dal d.l. 76/2020 conv. dalla l. 120/2020: «innestata all’interno del procedimento amministrativo, la regola dello *one shot* obbliga la P.A. ad esplicitare sin

⁶ È la teoria di Cons. Stato, sez. IV, sent. 1321/2019, di cui si è reso ampio conto nel precedente cap. 2, par. 1.1 e segg., e alle cui considerazioni pertanto si rinvia.

⁷ Si ricorderà il paragrafo finale della sentenza: «È compito precipuo della giustizia amministrativa approntare i mezzi che consentono di ridurre la distanza che spesso si annida tra l’efficacia delle regole e l’effettività delle tutele. La tutela piena, del resto, risponde anche ad un obiettivo di efficienza complessiva del sistema, dal momento che lo sviluppo economico e sociale del Paese passa anche attraverso una risposta rapida e “conclusiva” delle ragioni di contrasto tra le Amministrazioni ed i cittadini».

⁸ Cons. Stato, sez. IV, sent. 1321/2019.

dall'adozione del primo provvedimento sfavorevole tutti gli elementi ostativi emergenti dall'istruttoria compiuta, potendo il secondo diniego, adottato in sede di riesercizio del potere, essere motivato soltanto sulla scorta di elementi fino ad allora non emersi nel corso dell'istruttoria e non anche di elementi noti e non esplicitati»⁹.

Da questo punto di vista, pertanto, la risposta alle legittime esigenze di tutela del cittadino non può che essere fornita dal legislatore, soggetto che deve pure farsi carico di elaborare i relativi meccanismi di tutela. Rilevato il problema, da parte del giudice, non si può condividere l'impostazione fatta propria da Cons. Stato, sez. IV, sent. 1321/2019 per cui è il giudice stesso a dover «ridurre la distanza che spesso si annida tra l'efficacia delle regole e l'effettività delle tutele». Il giudice può avere un importante ruolo di sentinella e segnalare le zone d'ombra del sistema, e ha certamente il compito di fornire al cittadino la tutela richiesta da quest'ultimo (con gli strumenti che ha a disposizione e che gli offre l'ordinamento); ma in nessun modo, a legislazione invariata, può trasformarsi nel soggetto preposto all'assegnazione diretta al ricorrente del bene finale qualora residuino ancora margini di discrezionalità in capo all'amministrazione, svolgendo anche valutazioni di merito: l'artificio dell'esaurimento della discrezionalità derivante dalla “rottura” del rapporto di fiducia tra cittadino e amministrazione è, per l'appunto, un artificio: pur formalmente rispettoso dei principi che regolamentano la materia, è affatto inaccettabile, trattandosi di un meccanismo vuoto e tautologico, privo di agganci concreti e reali, utilizzato esclusivamente per consentire al giudice di invadere un campo che non è il suo.

In seconda battuta, v'è da interrogarsi sulle ragioni *metagiuridiche* che possano aver spinto il giudice amministrativo a invadere ambiti di competenza propria della pubblica amministrazione.

⁹ F. PATRONI GRIFFI, *Giustizia amministrativa: evoluzione e prospettive nell'ordinamento nazionale e nel quadro europeo*, *Lectio magistralis* tenuta il 24 novembre 2020, in www.spisa.unibo.it.

Come si è accennato¹⁰, i magistrati tutti (e quelli amministrativi in particolare) non sono insensibili alle mutazioni storico-politiche che coinvolgono il Paese. E la storia italiana, anche e soprattutto recente, restituisce l'immagine di una amministrazione in profonda crisi, in cui le riforme degli ultimi trent'anni – anche e soprattutto in materia di suddivisione delle competenze amministrative (si pensi solo alle cd. “leggi Bassanini”, al federalismo amministrativo e al tentativo di concretizzare il regionalismo differenziato di cui all'art 116 comma 3 Cost.) – non solo non sono riuscite a riportare l'apparato burocratico-amministrativo al passo coi tempi, ma hanno contribuito a rendere ancora più precario e di difficile lettura lo statuto della pubblica amministrazione. Ogni settore della pubblica amministrazione rappresenta un “incompiuto” e l'ultima vera riforma incisiva e completa del diritto amministrativo è rappresentata (non a caso) dalla legge generale sul procedimento amministrativo che risale, come noto, al 1990, e che rappresenta il frutto di almeno un decennio di lavoro teorico condotto al massimo livello e che «si segnala [...] rispetto alle precedenti iniziative per il particolare “taglio” che lo caratterizza: la ricerca di un assetto procedura (e organizzativo) in condizione di corrispondere alle esigenze di una società nuova che concepisce in termini diversi dal passato le relazioni tra collettività e pubblico potere»¹¹.

Sullo stato dell'amministrazione in Italia e sui relativi problemi strutturali la bibliografia è sterminata¹².

¹⁰ Vedi, in particolare, l'*Introduzione* e il cap. 2, par. 1.1.1., con particolare riferimento alla nota 60.

¹¹ Cons. Stato, Ad. Gen., par. 7 del 19 febbraio 1987, che così continua: «l'obiettivo di fondo, perseguito dalla nuova disciplina (alla quale potrebbe essere assegnata la più semplice denominazione di “legge sul procedimento amministrativo”) è, infatti, quello di realizzare un nuovo tipo di rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino assicurando – insieme alla trasparenza, alla speditezza, alla economicità, ecc. dell'azione amministrativa – il coinvolgimento del cittadino nella procedura».

¹² Per un generale inquadramento inserito nella storia d'Italia si rimanda, *inter alia*, a M. GOTOR, *L'Italia nel Novecento*, Torino, Einaudi 2019¹; P. GINSBORG, *Storia d'Italia dal dopoguerra a oggi*, Torino, Einaudi 2006¹; P. GINSBORG, *L'Italia del tempo presente. Famiglia, società civile, Stato*,

Sull'(errata) idea che il giudice amministrativo sia il freno allo sviluppo del Paese già si è detto¹³.

Che proprio tale giudice sia consapevole della cattiva fama della pubblica amministrazione (e non solo grazie a una constatazione quotidiana per ragioni di istituto), e sensibile alle opinioni di chi auspicherebbe l'abolizione della giustizia amministrativa, sembra infine desumersi dal tenore stesso di alcune decisioni, nelle quali sembra leggersi una (indiretta) risposta a chi ritiene dimostrata l'inutilità del giudice amministrativo (o, addirittura, la sua primaria responsabilità nelle disfunzioni del sistema pubblico), mediante la rivendicazione di un ruolo primario, e privo di limiti sostanziali, nel "ristabilire l'ordine delle cose"¹⁴.

Torino, Einaudi 2007¹; si rimanda poi all'opera integrale di Sabino Cassese, che ha ben analizzato, nella sua opera, le ragioni della crisi dell'amministrazione pubblica (in particolare e più recentemente si vedano S. CASSESE, *Il buongoverno: l'età dei doveri*, Milano, Mondadori 2020¹; S. CASSESE, *Governare gli italiani: storia dello Stato*, Bologna, il Mulino 2019¹); con particolare riferimento allo sviluppo dell'amministrazione si rimanda alla fondamentale opera di G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, il Mulino 2020¹ e a S. SEPE, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-2017)*, Napoli, Editoriale Scientifica 2018¹; con particolare riferimento al pubblico impiego si rimanda a C. DELL'ARINGA-G. DELLA ROCCA (a cura di), *Lavoro pubblico fuori dal tunnel? Retribuzioni, produttività, organizzazione*, Bologna, il Mulino 2017¹. In chiave decisamente più popolare si veda T. BOERI-S. RIZZO, *Riprendiamoci lo Stato*, Milano, Feltrinelli 2020¹.

¹³ V. *supra*, in queste conclusioni, nonché l'introduzione del lavoro.

¹⁴ L'approccio è simile a quello assunto da Cass. civ., sez. I, sent. 8097/2015, in una vicenda in cui veniva in rilievo (prima dell'approvazione della legge sulle unioni civili, l. 76/2016) la permanenza del vincolo matrimoniale tra due soggetti uno dei quali, dopo la regolare celebrazione del matrimonio (eterosessuale), aveva cambiato sesso. Dopo aver sollevato la questione di legittimità costituzionale (accolta con la sentenza Corte cost., n. 170/2014 che ha dichiarato incostituzionali gli artt. 2 e 4 della l. 164/1982 «nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso che comporta lo scioglimento del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata che tuteli adeguatamente i diritti e gli obblighi della coppia medesima»), la Corte di cassazione si è pronunciata rilevando in primo luogo che la Consulta aveva auspicato il necessario

Per concludere, è necessario ribadire che si è ampiamente argomentato, *supra*, in ordine al fatto che dall'equiparazione – con riferimento alla tutela giurisdizionale – tra situazioni giuridiche soggettive operata dall'art. 24 Cost. non può in alcun modo ricavarsi la necessità che il diritto soggettivo e l'interesse legittimo siano tutelati

intervento del legislatore per regolamentare la materia. E poi aveva così statuito: «in attesa dell'intervento del legislatore, cui la Corte ha tracciato la via da percorrere, *il giudice a quo è tenuto ad individuare sul piano ermeneutico la regola per il caso concreto che inveri il principio imperativo stabilito con la sentenza di accoglimento. La Corte con la sentenza additiva di principio ha indicato al giudice il nucleo di diritti da proteggere. Il principio, come è stato sostenuto in dottrina, è costituzionalmente inderogabile ed impone un adeguamento necessario.* Nella specie tale adeguamento, alla luce del chiaro dispositivo della sentenza della Corte Costituzionale, non può che comportare la rimozione degli effetti della caducazione automatica del vincolo matrimoniale sul regime giuridico di protezione dell'unione fino a che il legislatore non intervenga a riempire il vuoto normativo, ritenuto costituzionalmente intollerabile, costituito dalla mancanza di un modello di relazione tra persone dello stesso sesso all'interno del quale far confluire le unioni matrimoniali contratte originariamente da persone di sesso diverso e divenute, mediante la rettificazione del sesso di uno dei componenti, del medesimo sesso. Tale opzione ermeneutica è costituzionalmente obbligata e non determina l'estensione del modello di unione matrimoniale alle unioni omoaffettive, svolgendo esclusivamente la funzione temporalmente definita e non eludibile di non creare quella condizione di massima indeterminatezza stigmatizzata dalla Corte Costituzionale in relazione ad un nucleo affettivo e familiare che, avendo goduto legittimamente dello statuto matrimoniale, si trova invece in una condizione di assenza radicale di tutela» (corsivo aggiunto). Come si vede, per affermare un principio la Cassazione giunge al paradossale esito di legittimare la permanenza del vincolo matrimoniale tra due soggetti dello stesso sesso (ancorché a termine, ossia fino all'adozione di una legge che disciplini la materia – disciplina che è intervenuta, come si è visto, nel 2016), vincolo già giudicato incompatibile con l'art. 29 Cost. come chiarito in precedenti sentenze (Corte cost., sent. 138/2010). A margine la contraddittorietà della pronuncia della Corte costituzionale, da più parti rilevata, sembra che la Corte di cassazione abbia assunto una posizione che il vecchio adagio popolare avrebbe definito “più realista del re”.

nello stesso modo e con le stesse forme (che finiscono con risolversi, almeno per quanto riguarda l'interesse legittimo, alla possibilità per il giudice di attribuire direttamente il bene della vita cui aspira il cittadino in violazione dei principi che regolano la giurisdizione generale di legittimità).

Non sembra che possa essere il giudice amministrativo, di conseguenza, a delineare – a sistema invariato – un meccanismo di tutela “piena” ricavandolo da una interpretazione evolutiva ed estensiva dell'art. 24 Cost.; le esigenze di tutela sostanziale devono necessariamente passare per un intervento del legislatore ordinario il quale non può che tener conto, in ultima battuta, del particolare statuto che è proprio della pubblica amministrazione (o, in altre parole, del fatto che quando si parla di interesse legittimo si parla di spendita di potere amministrativo, e che ammettere un sindacato sul merito di questo potere significa negare l'esistenza stessa della giurisdizione di legittimità).

Non può, in questo senso, condividersi la pur autorevolissima posizione di chi ritiene necessario un ripensamento delle categorie generali del diritto amministrativo. «Il diritto regola la realtà, e in questo ha una sua ragion d'essere. Categorie concettuali consolidate, che hanno fatto in positivo la storia del diritto amministrativo, vanno forse ripensate. Forse questo ripensamento dovrebbe riguardare – e ciò sta accadendo già – categorie anche di teoria generale, quali le figure del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo. La loro centralità nel sistema delle tutele sembrerebbe ovvia. Ma la configurazione concettuale che ne ha dato la scienza giuridica è probabilmente inadatta ai tempi, e ancor più è inadatta la loro trasposizione sul piano processuale come criterio di riparto. La scienza giuridica ha il compito questa volta di guidare la giurisprudenza. I giudici devono guardare al sistema processuale nell'ottica delle tutele, anzi che del riparto. I giudici amministrativi devono continuare a porsi come garanti del cittadino e della legittimità del potere; perché tutto questo credo sia nella logica dello Stato a diritto amministrativo, e anzi del moderno

Stato di diritto *tout court*»¹⁵: tale ripensamento, infatti, sembra mettere al centro il giudice invece che il cittadino e la pubblica amministrazione; in altre parole, sembra voler giustificare, in ogni modo, il protagonismo del giudice che si fa amministratore (o, ancor più esplicitamente, lo sconfinamento del sindacato del giudice amministrativo, nonché delle forme di tutela che può offrire il processo davanti a questo giudice, in ambiti che sono riservati alla pubblica amministrazione) con la necessità di fornire una risposta adeguata e moderna a una società che cambia e a un sistema che cambia anch'esso. E questo per rispondere in qualche modo all'inadeguatezza della pubblica amministrazione ad affrontare la complessa realtà moderna.

Impostata la questione in questo modo, è evidente che l'ampliamento dei poteri dei giudici (che rimangono pur sempre «soggetti soltanto alla legge»¹⁶) non è una soluzione accettabile.

L'evoluzione verso una pubblica amministrazione che risponda effettivamente alle esigenze, sempre più complesse, di una società moderna come quella attuale deve passare attraverso una mutazione dell'amministrazione stessa e non attraverso lo snaturamento del “suo” giudice (e delle forme di tutela che quest'ultimo può accordare). Se è vero che il campo di azione del giudice amministrativo «è direttamente correlato al perimetro dell'azione pubblica nel contingente momento storico[, e] se il potere amministrativo si è, negli ultimi decenni, a dispetto della retorica sull'arretramento del pubblico, esteso a rilevanti settori dell'economia e del benessere sociale, è giocoforza che il giudice amministrativo sia entrato di prepotenza in questi settori»¹⁷: ciò, tuttavia, non può imporre – come unico precipitato logico di tale premessa – che il giudice amministrativo si trasformi in un erogatore di servizi pubblici supplendo alle inefficienze di una amministrazione impastoiata e ineffi-

¹⁵ F. PATRONI GRIFFI, *Giustizia amministrativa: evoluzione e prospettive nell'ordinamento nazionale e nel quadro europeo*, op. cit..

¹⁶ Art. 101 comma 2 Cost..

¹⁷ F. PATRONI GRIFFI, *Contributo al dibattito sul giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione Giustizia*, fasc. 1, 2021.

ciente. Il giudice amministrativo – quantomeno nell’ambito della giurisdizione generale di legittimità – è il giudice che sindacava le modalità di esercizio del potere da parte delle pubbliche amministrazioni, ma non può essere il giudice che esercita esso stesso potere amministrativo *in sostituzione* delle pubbliche amministrazioni; affermare questo significa negare l’essenza stessa dell’interesse legittimo quale posizione giuridica soggettiva che sorge di fronte all’esercizio di un pubblico potere da parte dell’amministrazione.

Solamente un giudice amministrativo che si ferma di fronte alla discrezionalità garantisce di una reale tenuta del sistema senza che il nostro ordinamento si evolva in un certamente non desiderabile “mondo ideale” in cui l’amministrazione di risultato deve essere garantita a tutti i costi, anche direttamente dal giudice amministrativo: come è stato autorevolmente detto, «i giudici non curano interessi; li tutelano, se ingiustamente lesi»¹⁸. E un “mondo ideale” nel quale il giudice amministrativo – con il “suo” processo, fatto di termini e scadenze, preclusioni processuali, ontologiche limitazioni in relazione all’accesso ai fatti e sostanziale incompetenza nella valutazione e ponderazione di interessi – si fa amministratore, è – senza ombra di dubbio – un mondo che non è, certamente, auspicabile.

¹⁸ F.G. Scoca, *L’interesse legittimo: storia e teoria*, op. cit., p. 185.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, Zanichelli 2011¹

AA.VV., *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, Torino, UTET giuridica 2011¹

G. ADAMO, *La tutela cautelare nel giudizio amministrativo anche nella comparazione con il processo tedesco*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019

U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, Cedam 1996¹

M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica 2012¹

M. ALLENA, *Garanzie procedurali e giurisdizionali alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in www.giustamm.it, 10 novembre 2012

M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 4, 2012

F. ASTONE, *La giustizia amministrativa prima e dopo l'Unità: il contenzioso amministrativo, la sua abolizione e l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011

V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè 1966¹

M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 2011

F. BELLOMO, *Nuovo sistema del diritto amministrativo*, vol. II, Bari, Diritto e Scienza 2018¹

C. BENETAZZO, *Ricorso incidentale, ordine di esame delle questioni e principio di effettività*, Torino, Giappichelli 2016¹

F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio Editori 1994¹

F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam 1975¹

G. BERTI, *Il rapporto amministrativo nella costruzione giuridica dello Stato*, in AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. 2, Milano, Giuffrè 1977¹

A. CACCIARI, *La realizzazione delle opere pubbliche, il contenzioso sugli appalti e l'economia*, relazione al primo congresso nazionale dei magistrati amministrativi italiani, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019

V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, Utet 2003¹

M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in www.astrid-online.it, 2002

F. CAMMEO, *Ancora sul criterio distintivo della competenza del consiglio di Stato (nella giurisdizione non esclusiva) e dell'autorità giudiziaria*, in *Giurisprudenza italiana*, 1929, vol. III

E. CANNADA BARTOLI, voce *Interesse*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè 1972¹, vol. XXII

E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione: appunti dalle lezioni*, Milano, Giuffrè 1964²

R. CAPONIGRO, *La natura della posizione giuridica nella tutela cautelare atipica del giudizio amministrativo: dalla tutela cautelare alla tutela camerale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2015

A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli 2012¹

F. CARINGELLA, *Il riparto di giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2008

F. CARINGELLA-L. CAMERIERO-L. TARANTINO (a cura di), *Le sentenze storiche del diritto amministrativo*, Roma, Dike Giuridica Editrice 2009¹

P. CARPENTIERI, *I provvedimenti del giudice*, in B. SASSANI-R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli 2012¹

A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, Cedam 2013¹

S. CASSESE, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»*, in *Giorn. dir. amm.*, fasc. 9, 2004

S. CASSESE, *Governare gli italiani: storia dello Stato*, Bologna, il Mulino 2019¹

S. CASSESE, *Il buongoverno: l'età dei doveri*, Milano, Mondadori 2020¹

G. CASTRIOTA SCANDERBEG, *La pronuncia cautelare e l'immediatezza della tutela di merito*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010

R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, Giappichelli 2004¹

A. CELOTTO, *La tutela cautelare nel Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020, relazione al convegno *Dieci anni di Codice del processo amministrativo: bilanci e prospettive*, Università degli Studi Roma Tre, 16 settembre 2020

P. CERBO, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 1, 2020

A. CERRETO, *Il riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo nella sua evoluzione. Punti fermi e problematiche aperte*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2007

V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in *Astrid Rassegna n. 103* (n. 20/2009)

G. CICE (a cura di), *Nota a sentenza a Consiglio di Stato – Sezione VI – sentenza del 25 febbraio 2019 n. 1321*, in *www.giustamm.it*, n. 4/2019

F. CINTOLI, *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'annullamento dei regolamenti*, in *Foro amministrativo – T.A.R.*, fasc. 9, 2003

M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010

C. CONTESSA, *Tutela cautelare e diritto comunitario: spunti ricostruttivi di un rapporto difficoltoso*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2008

G. CORSO, *Art. 34*, in A. QUARANTA-V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano, Giuffrè 2011¹

G. CORSO-F.FRANCARIO-G. GRECO-M.A. SANDULLI-A. TRAVI, *In difesa di una tutela piena nei confronti della pubblica amministrazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2020

M. D'AMICO-I. PELLIZZONE, *La giustizia amministrativa. Le ragioni della scelta della costituente e profili costituzionali dell'attuale dibattito sui rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Rivista AIC* 4/2014

C. DELL'ARINGA-G. DELLA ROCCA (a cura di), *Lavoro pubblico fuori dal tunnel? Retribuzioni, produttività, organizzazione*, Bologna, il Mulino 2017¹

R. DE NICTOLIS, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione: limiti esterni*, in *www.treccani.it*, 2013

R. DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 4, 2012

L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, Cedam 1996¹

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, fasc. 3

F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *www.federalismi.it*, 2017

F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità come full jurisdiction: le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, fasc. 2, 2018

E. FOLLIERI, *La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc. 4, 2001

K. FÜBER-M.MARTINI, *Vizi formali e annullabilità dell'atto amministrativo*, 2011, in <http://www.fuesser.de/it/publikationen/verwaltungsrecht/vizi-formali-e-annullabilita-dellatto-amministrativo-working-paper-html>

D.U. GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo art. 21-octies della legge n. 241/1990*, in www.giustamm.it, 2005

G.B. GARRONE, *Contributo allo studio del provvedimento impugnabile. Aspetti e problemi del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi di autorità non amministrative*, Milano, Giuffrè 1990¹

F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane 2017¹⁸

S. GIACCHETTI, *La rivoluzione silenziosa del codice di procedura amministrativa recita un requiem per l'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 1, 2011

G. GIALLOMBARDO, *Realtà e prospettive del processo cautelare dinanzi ai Tribunali amministrativi*, in *Miscellanea giuridica. Studi in onore di Ignazio Scotto*, Roma, Edizioni Italedi 1992¹

M.S. GIANNINI, *Ha un futuro la nozione di interesse legittimo?*, in AA.VV., *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. I, *Introduzione alla Giurisprudenza, Diritto Privato, Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè 1993¹

M.S. GIANNINI, *La legislazione italiana sulla giustizia amministrativa*, in *Scritti*, vol. X, Milano, Giuffè Editore 2008¹

M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè 1939¹

M.S. GIANNINI, *Scritti*, vol. IX, 1991-1996, Milano, Giuffrè 2006¹

P. GINSBORG, *L'Italia del tempo presente. Famiglia, società civile, Stato*, Torino, Einaudi 2007¹

P. GINSBORG, *Storia d'Italia dal dopoguerra a oggi*, Torino, Einaudi 2006¹

R. GISONDI, *Nuovi strumento di tutela nel codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011

F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 2015

M. GOLLA, *Tutela cautelare atipica e amministrazione del giudice*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Gaetano Scoca*, Napoli, Editoriale Scientifica 2020¹, vol. III

M. GOTOR, *L'Italia nel Novecento*, Torino, Einaudi 2019¹

G. GRECO, *Interesse legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di Stato)*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020

G. GRECO, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 3, 1992

R. GRECO, *Le situazioni giuridiche soggettive e il rapporto procedimentale*, in C. CONTESSA-R. GRECO (a cura di), *L'attività amministrativa e le sue regole (a trent'anni dalla legge n. 241/1990)*, Piacenza, La Tribuna 2020¹

H. HILL, *Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht*, Heidelberg, R. v. Deckers Verlag 1986¹

P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam 2001¹

F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Jus*, 1997

F. LEDDA, *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, in *Giur. it.*, 11/1999, ora anche in F. LEDDA, *Scritti giuridici*, Padova, Cedam 2002¹

F. LEDDA, *Scritti giuridici*, Padova, CEDAM 2002¹

F. LIGUORI, *Effetto conformativo e reintegrazione in forma specifica. È possibile il risarcimento in natura per gli interessi pretensivi?*, in *Giustizia civile*, n. 2, 2003

E. LUBRANO, *Le azioni a tutela degli interessi pretensivi nel nuovo processo amministrativo*, Roma, Istituto Editoriale Regioni Italiane 2012¹

F.S. MARTUCCI DI SCAFIZZI, *L'integrazione postuma della motivazione alla luce dell'articolo 21 octies comma 2 della Legge n. 241 del 1990. Profili di incidenza sugli atti regolatori adottati dalle Autorità Amministrative Indipendenti*, in www.dimt.it, 2016

K. MARX, *Der 18te Brumaire des Louis Napoleon*, in *Die Revolution*, 1952, trad. it. *Il diciotto brumaio di Luigi Bonaparte*, Roma, Editori Riuniti 2015¹

C. MARZUOLI, *Un diritto «non amministrativo»*, in *Dir. pubbl.*, 2006

M. MAZZAMUTO, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 1, 2018

M. MAZZAMUTO, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, relazione al Convegno internazionale su *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, Napoli, 6 dicembre 2019, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020

G. MELIS, *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. Le biografie dei magistrati (1861-1948)*, 2 vol., Milano, Giuffè Editore 2006¹

G. MELIS, *Origine e storia del Consiglio di Stato italiano*, in *I Consigli di Stato di Francia e Italia*, a cura di G. PALEOLOGO, Milano, Giuffrè Editore 1998¹

G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, il Mulino 2020¹

P. MELOGRANI, *Saggio sui potenti*, Torino, Einaudi 2019¹ (già P. MELOGRANI, *Saggio sui potenti*, Bari, Laterza 1977¹)

M. MENGOZZI, *Giusto processo e processo amministrativo*, Milano, Giuffè Editore 2009¹

F. MERUSI-G. SANVITI, *L'«ingiustizia» amministrativa in Italia: per la riforma del processo amministrativo*, Bologna, Il Mulino 1986¹

L. MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *La Giustizia amministrativa*, 1891, IV

A. MEZZOTERO, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo. In attesa dell'attuazione della direttiva ricorsi n. 2007/66 e del nuovo Codice del processo amministrativo*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, n. 1/2010

M. MINGHETTI, *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna, Zanichelli 1881¹

G. MONTEDORO, *Assenza del provvedimento e tutela degli interessi*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2009

G. MONTEDORO-E. SCODITTI, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione giustizia*, fasc. 1, 2021

R. MUSONE, *Gli sviluppi del divieto di motivazione postuma del provvedimento amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2018

V. NERI, *Il “bene della vita” è tutto nel diritto amministrativo?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2018

M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino 1976¹

M. NIGRO (ed. a cura di E. Cardi, A. Nigro), *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino 2002⁶

M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione (Atti del convegno. Messina-Taormina, 25-26 febbraio 1988)*, Milano, Giuffrè 1990¹

M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980

V.E. ORLANDO, voce *Contenzioso amministrativo*, in *Il Digesto italiano*, vol. VIII, parte II, Torino, Utet 1895-1898

V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, Barbera 1891¹

A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in A. ORSI BATTAGLINI, *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè 2007¹, già in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988

A. ORSI BATTAGLINI-C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, ora anche in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 1/2019

N. PAOLANTONIO, *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo (in margine a Cons. Stato, ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3)*, in www.giustamm.it, 25 febbraio 2015

N. PAOLANTONIO, *L'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, Milano, Giuffrè 1991¹

F. PATRONI GRIFFI, *Contributo al dibattito sul giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione Giustizia*, fasc. 1, 2021

F. PATRONI GRIFFI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017

F. PATRONI GRIFFI, *Discorso letto dal Presidente Patroni Griffi alla Cerimonia di insediamento*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019

F. PATRONI GRIFFI, *Discorso letto dal Presidente Patroni Griffi alla Cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020

F. PATRONI GRIFFI, *Giustizia amministrativa: evoluzione e prospettive nell'ordinamento nazionale e nel quadro europeo, Lectio magistralis* tenuta il 24 novembre 2020, in www.spisa.unibo.it.

G.S. PENE VIDARI, *Il Consiglio di Stato nel Regno di Sardegna (1831-1861)*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, Torino, UTET giuridica 2011¹

L.R. PERFETTI, *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, fasc. 1, 2015

G. PERSICO, *La nuova magistratura*, Roma, OET Edizioni del secolo, 1945¹

A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo. L'accertamento del rapporto e l'esecuzione della sentenza* (vol. II), Milano, Giuffrè 1962¹

A. POLICE, *Art. 24*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO- M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. 1, Torino, Utet Giuridica 2006¹

A. POLICE, *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della «giurisdizione propria» del Consiglio di Stato*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, fasc. 2, 2018

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

A. POGGI, *Il Consiglio di Stato nei dibattiti dell'Assemblea Costituente*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020

U. POTOTSCHNIG, *Origini e prospettive del sindacato esteso al merito*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1969 (relazione tenuta al seminario organizzato a Perugia il 3-4 novembre 1968)

M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, Giuffrè 2008¹

Raccolta degli atti del governo di Sua Maestà il Re di Sardegna. 1859, Torino, Stamperia Reale 1859¹, vol. 3

Regj Editti, Patenti, Manifesti, e Proclami stati pubblicati e distribuiti nel 1832, Torino, Stamperia Reale 1832¹

Relazione – Decreto legislativo concernente attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo, in www.giustizia-amministrativa.it

C. RIBOLZI, *L'azione nel diritto processuale amministrativo*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino (Nuvoletti) 1955¹

E.F. RICCI, *Profili della nuova tutela cautelare amministrativa del privato nei confronti della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 2002

R. ROLLI, *La giustizia amministrativa nella Costituzione del 1948 e le determinazioni finali*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1/2017

A. ROMANO TASSONE, *A proposito del Libro II del progetto di Codice del processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, fasc. 4, 2010

A. ROMANO TASSONE, *Così non serve a niente*, in www.giustamm.it, 2010

A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffré 1987¹

G. ROMEO, *A proposito del controllo di legalità*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 2012

M. RUOTOLO, *La dimensione temporale della invalidità della legge*, Padova, Cedam 2000¹

F. SAITTA, *Art. 113*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. 3, Torino, Utet Giuridica 2006¹

F. SAITTA, *L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo, tra mito e realtà*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2006, anche in AA.VV., *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, Editoriale Scientifica 2007¹

N. SAITTA, *Il codice che poteva essere*, in www.giustamm.it, 2010

G. SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 3, 2006

V. SALAMONE, *Il riparto di giurisdizione dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004: aspetti problematici con particolare riguardo alla attività convenzionale, contrattuale[,] ai comportamenti pubblicistici e alla tutela dell'ambiente*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2006

M.L. SALVADORI, *Storia d'Italia. Il cammino tormentato di una nazione. 1861-2016*, Torino, Einaudi 2018¹

A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene 1962⁷

M.A. SANDULLI, *Il superamento della centralità dell'azione di annullamento*, in *Libro dell'anno del Diritto 2012*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana 2012¹, anche in www.treccani.it

M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010

M.A. SANDULLI, *Le nuove frontiere della giustizia amministrativa tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004

J.A. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York City, Harper & Brothers 1942¹, trad. it. *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Comunità, Milano 1955¹

F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 2010

F.G. SCOCA, *Giustizia Amministrativa*, Torino, Giappichelli 2014⁶, p. 98

F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, Giappichelli 2017¹

S. SEPE, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-2017)*, Napoli, Editoriale Scientifica 2018¹

G. SEVERINI, *Tutela cautelare e interesse generale (con particolare riguardo alla riforma del 2016 dell'art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016

D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè 2010, Ann. III

D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. Pubbl.*, II/2007, anche in www.astrid-online.it

B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, Giuffrè Editore 1985¹

M. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino 2003¹

S. SPAVENTA, *Per l'inaugurazione della IV sezione del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it

S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione. Discorso pronunciato nell'Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880*, in www.giustizia-amministrativa.it

F. SPAZIANTE, *Confini giuridici dell'annullamento dell'atto amministrativo: brevi note sull'interpretazione dell'articolo 21-octies comma 2-3 legge 241/90*, in www.diritto.it, 2006

E. STICCHI DAMIANI, *Procedimento amministrativo e interessi legittimi*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione (Atti del convegno. Messina-Taormina, 25-26 febbraio 1988)*, Milano, Giuffrè 1990¹

M.L. TORSELLO, *Le funzioni consultive del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it

A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubb.*, 2004, fasc. 2, 2004

A. TRAVI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc. 1, 2003

A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli 2019¹³

A. TRAVI, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 1, 1997

G. TREVES, *Principi di diritto pubblico*, Torino, Utet 1971¹

M. TRIMARCHI, *Full jurisdiction e limiti dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, fasc. 2, 2018

M. TRIMARCHI, *Il divieto di «pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati» attraverso il prisma della giurisprudenza*, in *Il Foro amministrativo – C.d.S.*, fasc. 4, 2013

M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, Editoriale Scientifica 2018¹

G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e ap-prodi*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc. 4, 2017

L. VANDELLI, *Il pubblico impiegato nella rappresentazione letteraria*, Bologna, CLUEB 2000¹

L. VANDELLI, *Tra carte e scartoffie: apologia letteraria del pubblico impiegato*, Bologna, Il Mulino 2013¹

R. VILLATA, *Pluralità delle azioni ed effettività della tutela*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019

R. VILLATA, *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè 2015¹

L. VIOLA, *Atti vincolati, hard cases e riparto di giurisdizione*, in www.federalismi.it, 2017

P.M. VIPIANA-V. FANTI-M. TRIMARCHI, *Giustizia amministrativa*, Padova, Cedam 2019¹

F. VOLPE, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica tra vecchio e nuovo rito (considerazioni a margine della sentenza Cass. SS.UU., 17 febbraio 2012, n. 2312)*, in www.giustamm.it, 28 febbraio 2012

M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie*, 2 voll., Tübingen, Mohr 1922¹, trad. it. *Economia e società*, 5 voll., Roma, Donzelli Editore 2016-2018¹

V. N. ZANON, *L'autonomia e l'indipendenza delle magistrature speciali oggi*, in B. CAMPANELLI (a cura di), *Indipendenza, imparzialità e responsabilità dei giudici speciali*, Pisa, Pisa University Press 2013¹

P. ZERMAN, *La tutela cautelare nel codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010

RINGRAZIAMENTI

L'avevo promesso: non c'è due senza tre (e, verrebbe da dire, il quattro vien da sé); l'auspicio rivolto al momento della specializzazione oggi si concretizza e licenzia con soddisfazione la tesi di dottorato.

E la soddisfazione è proporzionale al triplice ordine di difficoltà incontrate nel percorso di studio.

Innanzitutto gli impegni lavorativi, che hanno reso necessaria una maniacale organizzazione (e, non secondariamente, qualche sacrificio nella gestione di quello che sarebbe potuto essere... tempo libero).

In secondo luogo, la pandemia, che ha richiesto un diverso approccio alla ricerca (e che mi ha insegnato a sfogliare i libri della biblioteca indossando guanti di nitrile, secondo il complicato regolamento predisposto dall'Università dopo mesi di chiusura delle biblioteche): ma si è arrivati al punto di capire che internet e le banche dati di dottrina e di giurisprudenza sono una fonte preziosissima (ma finora bistrattata) anche per i giuristi.

Infine, le opposizioni variamente incontrate (e tutte superate) per ottenere l'autorizzazione a proseguire il dottorato, tanto da essermi anch'io sentito, nonostante la cieca fiducia che provo nei confronti dell'amministrazione e delle istituzioni, come il povero Filippo Genuardi (e pur avendo lui fatto una fine assai peggiore di quella che è toccata in sorte a me).

Un pensiero di gratitudine va a tutti coloro che mi hanno accompagnato in questo terzo, e assai complesso, percorso di studi, contribuendo alla mia crescita come

persona e, non secondariamente, come operatore del diritto: ho la speranza che le competenze acquisite – per quanto appaiano a prima vista così lontane e inconferenti rispetto alle tematiche di cui mi occupo quotidianamente – mi aiutino a rendere un *buon* servizio nei confronti di tutti coloro che, ahimè, hanno e avranno la sfortuna di incrociare la loro strada con la mia: posso assicurare loro che troveranno un giudice ben consapevole del fatto che *i giudici non curano interessi: li tutelano, se ingiustamente lesi*.

Bologna-Vercelli, settembre 2021