

**Tesi di Dottorato di Mattia Gattuso**



**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI  
CATANIA**

**DOTTORATO DI RICERCA IN  
"DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO"**

CICLO XXIV

COORDINATORE PROF. IGNAZIO MARIA MARINO

**EFFETTIVITA' DELLA TUTELA  
E GIURISDIZIONE**

Settore Scientifico Disciplinare IUS/10

dottorando  
dott.ssa Mattia Gattuso

tutor  
Prof. Ignazio M. Marino

Anno Accademico 2010/2011



*Il principio di effettività costituisce la “viva stella che  
irradia la sua luce sull’intero sistema”*

*CHIOVENDA*



## INDICE

<b>Introduzione</b>	pag. 9
---------------------	--------

### **Cap. 1**

#### ***Historia magistrae vitae***

1.1 Cenni storici	pag. 15
1.2 Il processo amministrativo in Italia	pag. 20
1.3. Il Diritto Comunitario e la trasformazione del processo amministrativo in Italia	pag. 26
1.4 Le direttive 89/665 e 92/13	pag. 29
1.5 Le pronunce della Corte di Giustizia	pag. 37
1.6. La tutela cautelare	pag. 40
1.7. L'azione risarcitoria	pag. 44
1.8 Verso principi comuni di giustizia Amministrativa	pag. 48

### **Cap. 2**

#### **Diritti soggettivi ed interessi legittimi**

2.1 I diritti	pag. 55
2.2 Processo e bene della vita	pag. 66
2.3 La pretesa	pag. 73
2.4 L'interesse legittimo	pag. 84

### **Capitolo 3**

#### **Il Principio di effettività**

3.1 Prodromi	pag. 87
3.2 Precisazioni terminologiche	pag. 96
3.3 L'influenza della giurisprudenza Comunitaria	pag. 102
3.4 Nel diritto interno	pag. 110
3.5 Positivizzazione del principio	pag. 113
3.6 Rilievi critici	pag. 117

## **Capitolo 4**

### **La giurisdizione amministrativa**

4.1 Prologo: il diritto amministrativo europeo	pag.121
4.2 segue: il risultato perseguito	pag.130
4.3 Rapporti tra diritto sostanziale e processo	pag.134
4.4 Rapporti tra procedimento e processo	pag.140
4.5 La giurisdizione amministrativa	pag.144
4.6 Effettività e celerità del processo Amministrativo	pag.147
4.7 La rilevanza dell'interesse sostanziale oggetto di lesione	pag.152

## **Capitolo 5**

### **Il nuovo codice del processo amministrativo**

5.1 Il c.p.a. in pillole	pag.155
5.2 Prime considerazioni	pag.160
5.3 Il perché del c.p.a.	pag.162
5.4 Il ruolo consultivo del Consiglio di Stato	pag.169
5.5 La logica degli interventi correttivi	pag.175
5.6 L'entrata in vigore del Codice: le aspettative	pag.188
5.7 Valutazione	pag.195

## **Capitolo 6**

### **La nomofilachia amministrativa**

6.1 Le fonti del principio	pag.203
6.2 La decisione dell'Adunanza Plenaria	pag.206
6.3 Il valore della decisione	pag.209

## **Capitolo 7**

### **Unicità della giurisdizione**

7.1 Partigiani e giurisprudenza	pag.211
7.2 La giurisdizione partigiana	pag.212
7.3 Giurisprudenza costituzionale	pag.222
7.4 Verso l'unità delle giurisdizioni?	pag.241
7.5 La giurisdizione amministrativa negli altri paesi	pag.248

7.6 Il modello francese pag.250

## **Capitolo 8 Conclusioni**

8.1 Il punto di partenza pag.253

8.2 Valutazione in itinere pag.256

8.3 Avvicinamento all'obiettivo pag.261

8.4 Ipotesi di riforma pag.265

**Bibliografia** pag.267



## Introduzione

Sappiamo ormai bene che non esistono settori del diritto, e di tutti i sistemi culturali, che non si trovino a fronteggiare la stagione della complessità<sup>1</sup>.

Il palcoscenico in cui si esibisce l'uomo si è prepotentemente e velocemente arricchito di dati e di variabili di tale quantità da imporci operazioni sempre più urgenti di aggiornamento cognitivo, di ripensamento e di ricostruzione concettuale.

Nel generale sistema del diritto positivo la complessità si manifesta in più direzioni: si moltiplicano gli interessi in gioco, si affollano le tecniche di tutela, si mescolano i piani di riferimento, si affaccia prepotentemente l'innovazione tecnologica nella realtà delle forme e degli istituti giuridici, si disarticolano le regole, si sovrappongono le fonti.

In poche parole si dilata e si complica la composizione del quadro normativo, così come si rinnova e si diversifica l'assetto endogeno dei valori.

Siamo nel bel mezzo di una stagione di cambiamento epocale: dalle monologiche della semplicità alle polilogiche della complessità.

Secondo una linea di tendenziale omologazione, pur mitigata dal principio di sussidiarietà e di decentramento nella produzione e nell'applicazione delle regole, l'ordinamento statale cede molta della propria autonomia a vantaggio

---

<sup>1</sup> Racchiusa, *Controllo sull'equilibrio e governo dell'autonomia negoziale nelle relazioni contrattuali fra imprese*, sta in: *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, a cura di R. Tommasini, Torino, Giappichelli, 2007.

dell'ordinamento europeo che con la sua influenza (*rectius*: giurisprudenza) in posizione di primazia rispetto all'ordinamento statale indirizza verso il rispetto dei propri principi.

Il legislatore del 1942 all'articolo 12, comma 2, delle c.d. preleggi, quando si riferisce ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, prevede una norma di chiusura che aiuta nella decisione quando non è prevista una specifica norma di legge a regolamentazione di un caso specifico.

I principi generali sono relegati ad un ruolo residuale e comunque subordinato rispetto alla legge.

Con l'avvento della Costituzione repubblicana vengono ridisegnati i rapporti esistenti tra legge e principi generali, ridefinendo le funzioni a cui, nel mutato assetto costituzionale, sono capaci di assolvere.

La Costituzione è intesa come una "tavola di principi", espressi apertamente nelle sue disposizioni o in essa sottostanti, sui quali si fonda l'ordinamento giuridico.

Ciò comporta che i principi generali non potranno più trarsi esclusivamente dall'insieme degli atti normativi vigenti in quel determinato momento storico, ma saranno principalmente desumibili dalla Carta costituzionale, sia esplicitamente sia induttivamente.

L'interprete (e principalmente, colui che è chiamato a dare giustizia) potrà comporre il conflitto per il quale non è prevista alcuna indicazione o norma specifica sulla scorta dei soli principi, se necessario.

Ai principi costituzionali si sono aggiunti, con sempre maggiore dirompenza, quelli di derivazione comunitaria.

La Corte di Giustizia della Comunità Europea, fin dall'inizio della sua attività, ha individuato una serie di principi generali del diritto comunitario, per mezzo dei quali ha contribuito, più di ogni altra istituzione, a delineare i fondamentali aspetti dell'Ordinamento giuridico comune (*rectius*: comunitario).

Nonostante i Trattati vigenti si riferiscano esplicitamente ai “*principi generali comuni ai diritti degli Stati membri*” solo in materia di responsabilità extracontrattuale (art. 340 TFUE) e in tema di tutela dei diritti fondamentali (art. 6, § 3, TUE), la Corte di Giustizia, interpretando il proprio ruolo di garante dell’uniforme interpretazione ed applicazione del Trattato e di qualsiasi regola di diritto ad esso afferente, ha autonomamente elaborato i principi generali estendendo tale metodo di rilevazione, anche in settori e materie diverse.

Ne consegue che i principi generali del diritto dell’Unione Europea sono essenzialmente opera della Corte Di Giustizia, che li desume direttamente dai Trattati e dal diritto derivato, ovvero, se necessario, elevando a tale ruolo quelli considerati comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

In altre parole, la Corte di Giustizia, considerando ineludibile il suo ruolo istituzionale anche in presenza di lacune nella normazione europea, ha individuato, cristallizzandoli nella propria giurisprudenza, una serie di principi mediante i quali pervenire alla soluzione dei casi concreti sottoposti al suo giudizio.

In sostanza, la Corte di Giustizia utilizza la tecnica della *better law* ovvero della “integrazione selettiva”<sup>2</sup>. Così facendo, il metodo comparativo in concreto attuato dal giudice europeo, consiste in una valutazione qualitativa dei principi presenti negli ordinamenti degli Stati membri, al fine di individuare quello che, sia pure non generalmente condiviso, consenta di pervenire, nell'ottica di un'integrazione in continuo divenire dell'ordinamento dell'Unione europea, alla soluzione del caso concreto.

Va da sé che la Corte di Giustizia si ritaglia, così, un ruolo di creazione del diritto: nonostante il costante richiamo “*ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri*”, il processo di rilevazione ed applicazione dei principi generali dell'Unione europea è eminentemente creativo ed esalta la discrezionalità del giudice europeo, il quale, al fine di apprestare la tutela migliore nel caso concreto, “*ha talora tratto spunto non tanto da principi consolidati quanto da mere tendenze evolutive riscontrate negli ordinamenti nazionali*”<sup>3</sup>, nonché da soluzioni desunte anche da ordinamenti di Stati non membri.

I principi generali, individuati incessantemente dalla Corte di Giustizia, sono modelli giuridici che circolano tra i sistemi giuridici, secondo uno schema che vede quale base di partenza e di arrivo gli ordinamenti nazionali, ma in cui l'opera certamente più importante è affidata alla stessa Corte di Giustizia: è infatti quest'ultima, come già evidenziato, che

---

<sup>2</sup> Mengozzi, *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, in Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia, diretto da F. GALGANO, vol. XV, Padova, 1997, pagg. 260 ss..

<sup>3</sup> Adinolfi, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 1994, pag. 555.

seleziona ed acquisisce, dall'esperienza giuridica degli Stati membri, i principi i quali, così come ridefiniti dalla giurisprudenza europea, ridiscendono in tutti gli ordinamenti degli Stati membri in cui troveranno vigenza, in forza della primazia del diritto dell'Unione e della funzione nomofilattica della Corte di Giustizia.

Ne consegue che tutti i sistemi giuridici degli Stati membri si arricchiscono di un patrimonio di principi effettivamente “comuni”, ovvero quelli così definiti dal giudice europeo. Se si osserva che i principi generali generati dalla Corte di Giustizia si ispirano, solitamente, ad alcuni ordinamenti e, finanche, di un solo ordinamento nazionale, si evidenzia da un lato, la centralità assunta dalla Corte.

Il progetto di ricerca oggetto della presente pubblicazione riguarda *in primis* il principio di effettività della tutela e, *secundum*, la giurisdizione come palcoscenico in cui il principio di effettività recita la propria parte di protagonista che, con la propria luce, rischiarerà tutti gli altri partecipanti indicando loro la strada da seguire, siano essi magistrati, operatori del diritto, pubbliche amministrazioni o cittadini.

Il piano dell'opera non può non prendere le mosse dai cenni storici con i quali delineare la nascita e il consolidamento della giustizia amministrativa in Italia e le importanti influenze che il diritto comunitario ha avuto sul sistema a diritto amministrativo interno, dalla tutela cautelare all'azione risarcitoria.

Per ragioni di completezza non potevamo non ricordare il sistema bipartito tipico italiano della differenziazione giurisdizionale della tutela fra diritti soggettivi ed interessi

legittimi, passando all'individuazione del bene oggetto di tutela, alla tipologia di pretesa avanzata innanzi alla giurisdizione per arrivare all'oggetto principale della ricerca che è il principio di effettività della tutela.

Tale principio è approfondito con riferimento sia al sistema interno sia al diritto comunitario, verificandone anche la recente cristallizzazione nel diritto positivo.

L'analisi del principio di effettività viene completata con l'esame della giurisdizione, nella fattispecie della giurisdizione amministrativa italiana, con i rapporti fra il diritto sostanziale ed il processo e fra il procedimento ed il processo.

Certamente non potevamo perdere l'occasione dataci dall'entrata in vigore, nel bel mezzo della ricerca, del codice del processo amministrativo, sul quale abbiamo ritenuto utile soffermarci esaminando anche gli interventi correttivi che, ad appena un anno dall'entrata in vigore, sono stati ritenuti necessari e che sono contenuti nel D.LGS. 15 novembre 2011, n. 195.

Con un ulteriore passaggio ci siamo occupati del sistema di nomofilachia della giurisdizione amministrativa per potere, finalmente, arrivare al nodo cruciale della ricerca: le ipotesi di riconduzione ad unità del sistema giurisdizionale italiano pervaso dalla presenza di un giudice speciale come quello amministrativo che, per attuale conformazione, riduce l'effettività della tutela concessa al cittadino rispetto al giudice ordinario.

## Cap. 1

### *Historia magistræ vitæ*

#### **1.1 Cenni storici**

Apriamo la presente ricerca nel rispetto del brocardo *historia magistræ vitæ*, al fine di avere chiare le tappe che hanno condotto all'attuale sistema di giustizia amministrativa all'interno del quale ne verificheremo l'effettività della tutela e la possibile o impossibile evoluzione verso l'unicità della giurisdizione.

Per fare tale *excursus* ci avvarremo di una fonte interna alla giurisdizione stessa presente sul relativo *website*<sup>4</sup>.

Il Consiglio di Stato, erede dei Consigli di Stato napoleonici e delle Consulte del Regno delle due Sicilie, fu istituito da Carlo Alberto con l'editto del 18 agosto 1831, con funzioni essenzialmente consultive nelle varie branche della amministrazione.

Esso era presieduto dal re, vi era un vicepresidente, tre presidenti di Sezione e 34 consiglieri. Giudici delle controversie tra privati e Autorità erano invece i tribunali speciali.

Vi era, quindi, nell'ordinamento piemontese, come nel Regno d'Italia, un sistema di doppia giurisdizione: giudice ordinario per le controversie su diritti privati, tribunali speciali per le controversie con l'Autorità.

Il Consiglio di Stato era ripartito in tre Sezioni, I, II e III.

---

<sup>4</sup> URL: [www.giustizia-amministrativa.it/notizie/FAQ.html#4](http://www.giustizia-amministrativa.it/notizie/FAQ.html#4)

Con il decreto del 20 marzo 1865, n. 2248 furono aboliti i tribunali speciali per le controversie con l'Autorità. Tali controversie in parte furono devolute al giudice ordinario, che diventò, dunque, il giudice unico presente nel nostro ordinamento e in parte venivano decise dalla stessa amministrazione.

Questo sistema lasciò senza la tutela di un giudice i rapporti tra privati e Amministrazione, quando quest'ultima agiva come Autorità, *c'est-à-dire* lasciò senza tutela i c.d. interessi legittimi.

Dopo un intenso ed elevato dibattito, intendendo riparare a questo inconveniente, la legge del 31 marzo 1889, n.5992, istituì la IV Sezione del Consiglio di Stato, alla quale fu attribuita una competenza generale per le controversie tra privati e Autorità.

Inoltre, con legge 1° maggio 1890, n. 6837 , fu attribuita alle Giunte Provinciali Amministrative in sede giurisdizionale la competenza sulle controversie delle amministrazioni locali; le decisioni delle giunte erano ricorribili in appello al Consiglio di Stato, il quale, quindi, era giudice di appello sulle decisioni delle Giunte e giudice in unico grado per le controversie non di competenza di altri giudici.

Successivamente furono istituite la V (legge 7 marzo 1907, n. 62) e la VI Sezione (decreto legislativo 5 maggio 1948, n. 642 ) del Consiglio di Stato, con compiti giurisdizionali che, quindi, diventarono le più rilevanti fra le funzioni del Consiglio.

Con l'entrata in vigore della Costituzione fu istituito, in base all'art. 23 dello Statuto della Regione siciliana, dal

decreto legislativo 6 maggio 1948, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana.

A tale organo, tuttora operante, furono attribuite le stesse funzioni (consultive e giurisdizionali) del Consiglio di Stato in ordine agli atti delle Autorità della Regione e di quelle aventi sede in Sicilia.

La Costituzione del 1948, all'art. 103, ha confermato le funzioni del Consiglio di Stato.

Tale situazione è durata fino al 1967-1968 epoca in cui, ad opera della Corte costituzionale (sentenze n. 30/1967, n. 33/1968, n. 49/1968), furono annullate le leggi che attribuivano funzioni giurisdizionali alle Giunte Provinciali Amministrative ed alla Giunta Giurisdizionale Amministrativa della Val d'Aosta.

Dopo un periodo in cui il Consiglio di Stato ed il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana furono gli unici giudici amministrativi operanti nei confronti degli atti amministrativi, si istituirono, con legge 6 dicembre 1971, n. 1034, i Tribunali Amministrativi Regionali, con competenza generale di primo grado sugli atti amministrativi.

I Tribunali Amministrativi Regionali iniziarono a funzionare alla fine del 1974.

Consiglio di Stato e Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana mantennero le loro attribuzioni consultive e divennero giudici di appello sulle sentenze dei tribunali amministrativi regionali.

I T.A.R. decidono, in primo grado, sui ricorsi giurisdizionali contro provvedimenti di autorità amministrative di interesse regionale.

Tutte le sentenze dei T.A.R. e le ordinanze cautelari emesse in via d'urgenza sono impugnabili dinanzi al Consiglio di Stato ( o al Consiglio di Giustizia Amministrativa).

Per gli atti di autorità amministrative di interesse ultraregionale è competente in primo grado il T.A.R. del Lazio, con sede a Roma.

I T.A.R. non sono dotati di funzioni consultive.

La creazione dei nuovi organi, con funzioni giurisdizionali, ha risposto ad un'esigenza avvertita ed ha esaudito una domanda di giustizia fino ad allora inappagata.

Si è trattato di una riforma che ha profondamente inciso sui rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione.

Le funzioni consultive del Consiglio di Stato sono svolte dalle Sezioni I, II, e III, sotto forma di pareri, anche in risposta a quesiti generali di una pubblica amministrazione.

Esiste, poi, un'apposita Sezione consultiva per l'attività normativa del Governo, in funzione preliminare alla emanazione di regolamenti governativi e ministeriali. Qui si tratta di scrivere regolamenti chiari, brevi e conformi alle leggi.

Le questioni più importanti in sede consultiva sono esaminate dalla Adunanza Generale del Consiglio di Stato.

Il giudizio di appello sulle sentenze dei T.A.R. è compiuto dalle Sezioni IV, V e VI, su ricorso dei privati o dell'Amministrazioni che siano soccombenti in primo grado.

In casi di urgenza, il giudice amministrativo può sospendere temporaneamente il provvedimento o la sentenza impugnati.

Le questioni più importanti sono risolte dall'Adunanza Plenaria delle Sezioni giurisdizionali.

La legge 127/97 ha istituito una nuova sezione consultiva per l'esame degli schemi di atti normativi per i quali il Consiglio di Stato è tenuto a dare parere.

L'importante legge 205/2000 ha introdotto misure dirette a rendere più veloce il processo amministrativo e ad accrescerne l'efficacia.

Infine, è entrato in vigore nel 2010 con il D.LGS. 104, il codice del processo amministrativo.

Questi obiettivi sono stati perseguiti, da un lato, attraverso l'introduzione di previsioni destinate ad innovare la disciplina generale del processo e, dall'altro, creando riti speciali particolarmente semplificati in determinate materie.

Il giudice amministrativo è formato, quindi, attualmente, dai T.A.R. che giudicano in primo grado e dal Consiglio di Stato che giudica in grado di appello.

Nel nostro sistema opera un giudice amministrativo distinto dal giudice dei privati e dal giudice penale, perché la pubblica amministrazione, a differenza dei privati, persegue solo l'interesse pubblico e per questo è dotata dalla legge di poteri particolari.

Quasi tutti i paesi occidentali ritengono opportuno che vi sia un giudice (amministrativo, appunto) che si occupi esclusivamente del corretto esercizio di tali poteri da parte di Autorità pubbliche, a garanzia sia dei cittadini di fronte all'amministrazione che del legittimo perseguimento dell'interesse pubblico.

Inoltre, il giudice amministrativo controlla, nell'interesse dei cittadini, molto più a fondo le scelte dell'Amministrazione di quanto il giudice civile non possa fare per i privati.

## **1.2 Il processo amministrativo in Italia**

Al di là delle tappe storiche indicate nel paragrafo precedente, dobbiamo prendere atto di come il processo amministrativo in Italia, nel corso degli ultimi anni, sia cambiato profondamente, in modo tale da incidere non solo sulla conformazione del giudizio, ma anche sulla sua stessa *ratio*, facendo nascere l'esigenza di considerare la sussistenza di nuove e distinte necessità.

Per un verso, infatti, possiamo agevolmente osservare, come i tradizionali strumenti processuali che il cittadino italiano aveva a disposizione, non garantissero più una adeguata assistenza per la tutela delle posizioni giuridiche soggettive nei confronti della P.A..

Per altro verso, non possiamo negare l'influenza del diritto comunitario, all'interno di quella che è stata una vera e propria rinnovazione dell'impianto tradizionale del processo amministrativo in Italia, che era immutato da più di un secolo e che, senza le influenze del sistema comunitario, difficilmente sarebbe mai stato revisionato se non con maggiore lentezza.

Di certo, le novità che hanno colpito l'attenzione dei giuristi, oltre che aperto un ampio dibattito, tanto in dottrina che in giurisprudenza, anche a causa della loro complessità di applicazione, sono state, da un lato, la previsione che il giudice amministrativo potesse condannare la P.A. al risarcimento del danno, tanto per equivalente che in forma

specifica<sup>5</sup>, dall'altro lato, l'espandersi della giurisdizione esclusiva.

Ciò che emerge esaminando le scelte del Legislatore ma, anche la tipologia degli strumenti impiegati per modernizzare l'intero sistema di giustizia amministrativa in Italia, è che questa riforma, in vero, ha riguardato proprio lo stesso modo di considerare il processo amministrativo.

Ricordiamo, infatti, che il processo amministrativo nasce principalmente come un processo di legittimità, con consequenziali limiti probatori, ma anche rimediali.

Si comincia a parlare di “*sentenze di condanna*” del giudice amministrativo, in modo esplicito, solo nel 1998, attraverso l'art. 35 del decreto legislativo 80/98.

Prima di allora, come chiaramente sottolineato da una parte della dottrina<sup>6</sup>, non esisteva all'interno del processo amministrativo una sentenza di condanna che, intesa in senso civilistico, potesse dirsi tale, ad eccezione dell'art. 26, comma 3, della legge T.A.R., riferito alla competenza esclusiva e di merito.

Faceva il paio con la mancata presenza, all'interno del processo amministrativo, di un generale potere di condanna in capo al giudice amministrativo, nei confronti della P.A., la quasi assoluta inesistenza di un processo di esecuzione.

In vero, è l'intero sistema di giustizia amministrativa italiano che non sembra essere stato concepito per un potere di condanna in capo al giudice amministrativo ma solo per un potere di annullamento dell'atto ritenuto viziato.

---

<sup>5</sup> Cassese, *Il diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni nazionali*, in AA.VV. *Diritto amministrativo comunitario*, Maggioli editore, 1998.

<sup>6</sup> Chiti: *Effettività e diritto comunitario*, in *Dir. Proc Amm.*, 1998.

Infatti, l'impianto tradizionale (legge 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della IV sez. del Consiglio di Stato) prevede che il giudice amministrativo è un giudice di "mera legittimità", che può emettere solo sentenze di tipo costitutivo (cioè di annullamento dell'atto impugnato), ma non anche sentenze di condanna.

Secondo tale risalente impostazione il giudizio amministrativo non è solamente concepito, ma è evidentemente strutturato, come giudizio di mera legittimità, tendente ad accertare se l'atto impugnato sia affetto da uno dei classici tre vizi individuati nell'incompetenza, nella violazione di legge e nell'eccesso di potere con tutte le sue figure sintomatiche.

In buona sostanza, all'interno dell'ordinamento italiano, si erano create due distinte forme di tutela, alternative sia da un punto di vista rimediale (risarcimento del danno od annullamento dell'atto), sia da un punto di vista sostanziale (diritto soggettivo od interesse legittimo).

Difatti, sia la dottrina sia la giurisprudenza, dovendo utilizzare un criterio di riparto sostanziale per le due diverse giurisdizioni del giudice amministrativo e del giudice ordinario, crearono la dicotomia "*diritto soggettivo – interesse legittimo*", che è stato la fonte di una enorme confusione giurisprudenziale, caso unico in Europa.

Questo principio, per cui l'azione risarcitoria fosse ammissibile solo per i diritti soggettivi, ed esercitabile esclusivamente di fronte al giudice ordinario, mentre la lesione di un interesse legittimo poteva essere fatta valere innanzi al giudice amministrativo e non desse vita ad alcun

risarcimento, rimase nell'ordinamento italiano praticamente immodificata, sostenuto tra l'altro, anche dalla giurisprudenza c.d. pietrificata, della Corte di Cassazione.

Il riparto giurisdizionale, secondo il già citato criterio sostanziale diritti soggettivi – interessi legittimi, venne definito da più parti “*un’inciviltà tipicamente italiana*”<sup>7</sup>, in quanto bloccava tale ordinamento, mentre i tempi (ma soprattutto la normativa comunitaria), erano in continua evoluzione.

In particolare, è stato anche grazie alla pressione che la Comunità Europea ha esercitato sugli ordinamenti degli Stati membri che il sistema di giustizia amministrativa in Italia ha subito delle riforme, prima per l’attuazione delle Direttive, poi per l’applicazione del principio di “*effettività della tutela*” dei diritti dei cittadini comunitari.

Infatti, nel 1992 vennero emanate le leggi 142 e 149, al fine di uniformare l’ordinamento italiano alla normativa comunitaria in tema di appalti pubblici.

Tali leggi, rispettivamente negli artt. 13 ed 11, prevedevano la risarcibilità dei danni subiti dalle imprese indebitamente escluse dall’aggiudicazione di appalti pubblici.

Tali danni, secondo la costruzione corrente di dottrina e giurisprudenza italiana, sono dipendenti dalla lesione di interessi legittimi.

Tuttavia, ancora una volta, il Legislatore italiano, rimase ancorato alla teoria del doppio binario.

Anche in questo caso, se veniva riconosciuta dal giudice amministrativo l’illegittimità dell’atto amministrativo

---

<sup>7</sup> Affermazione attribuita a M.S. Giannini.

impugnato, l'interessato per ottenere il risarcimento, doveva rivolgersi, comunque, al giudice ordinario.

Nonostante tale incongruenza, il tentativo di superare il criterio del doppio binario non è stato abbandonato, anzi è stato ripreso dal Legislatore italiano prima, con la legge n. 59/97, c.d. Bassanini *ter*, attraverso il decreto legislativo 80/98, poi con la promulgazione della legge 205/00.

L'art. 4 della legge Bassanini *ter*, delegava al Governo il compito di estendere la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetti diritti patrimoniali consequenziali, compreso il risarcimento del danno in materia urbanistica, edilizia e servizi pubblici.

Il Governo dava attuazione alla delega con il D.LGS. 31 marzo 1998, n. 80, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di servizi pubblici (art. 33) e quelle aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti ed i comportamenti della P.A., in materia di urbanistica ed edilizia (art. 34).

Lo strumento della giurisdizione esclusiva era l'unico utilizzabile per attuare la delega.

Infatti, a Costituzione vigente, come avremo modo di verificare più avanti, solo all'interno della c.d. giurisdizione esclusiva, si poteva estendere la competenza del giudice amministrativo anche ai diritti soggettivi e, quindi, ai diritti patrimoniali consequenziali.

Tuttavia, come era prevedibile, i problemi che l'art. 35 sollevò, furono diversi, tanto da comportare un intervento della Corte Costituzionale. Ci si chiese infatti, perché il potere del giudice amministrativo di condannare la P.A. al

risarcimento del danno, fosse solo per le materie di giurisdizione esclusiva di cui agli artt. 33/34.

Dubbi interpretativi emersero non solo con riferimento a ciò che rimaneva fuori dalla previsione dell'art. 35 (tutte le altre ipotesi di giurisdizione esclusiva ad esempio), ma anche relativamente a tutto quello che in tale ambito era ricompreso.

La questione della nozione di servizio pubblico, portò a tre pronunce, rispettivamente, delle SS.UU. della Cassazione e dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, vicinissime in ordine di emissione, ma lontanissime per le soluzioni di diritto.

Epilogo della lunga e complessa vicenda del risarcimento degli interessi legittimi, sembra essere la legge 205/00 prima e il codice del processo amministrativo dopo, che ha attribuito al giudice amministrativo, nell'ambito della sua giurisdizione, *“tutte le questioni relative al risarcimento del danno”* (art. 7, comma 3, lg. 1034/71 così mod. dall'art. 7, comma 4, lg. 205/00 e, da ultimo, dall'art. 7, comma 4, c.p.a.).

Infatti, le predette norme, oltre ad attribuire un generale potere di condanna in capo al giudice amministrativo, per tutta la sua giurisdizione, prevedono accanto alla tipica sentenza, anche le ingiunzioni di pagamento.

Inoltre, la citata legge, risolve anche altre problematiche come quella in tema di tutela cautelare, sulla previsione di mezzi atipici (come tra l'altro già richiesto dal diritto comunitario nella sentenza Zuckerfabrick ).

### **1.3. Il Diritto Comunitario e la trasformazione del processo amministrativo in Italia**

Per ragioni metodologiche e di completezza del presente elaborato, che non devono sembrare superflue, riteniamo utile accennare al diritto comunitario.

La Comunità Europea, definibile attualmente come un vero e proprio ordinamento giuridico sovranazionale, ha preso il suo avvio nel 1951, con l'istituzione della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (C.E.C.A.).

Nel 1957 si è avuta la redazione dei Trattati istitutivi della Comunità Economica Europea (C.E.E.), e della Comunità Economica dell'Energia Atomica (C.E.E.A. od Euratom).

Nel 1987 il Trattato C.E.E. comincia a subire le prime profonde modifiche ad opera del c.d. Atto Unico Europeo (A.U.E.).

Il Trattato di Maastricht del 1992, ha introdotto ulteriori variazioni, sovrapponendo alle preesistenti tre citate Comunità, l'Unione Europea (U.E.), con compiti anche in materia di politica estera e di sicurezza comuni, oltre che di cooperazione nei campi della giustizia e degli affari interni (il c.d. secondo pilastro).

La vocazione meno settoriale della C.E.E. è stata inoltre confermata dalla trasformazione in Comunità Europea (C.E.).

Il Trattato di Amsterdam, adottato nel 1997, ed entrato in vigore nel maggio del 1999, ha previsto il trasferimento all'interno del Trattato C.E., di molte delle disposizioni relative

alla cooperazione in campo di giustizia ed affari interni, (il terzo pilastro).

A tutto questo deve aggiungersi, il c.d. principio della sussidiarietà, previsto all'art. 5 del Trattato dell'Unione, che è il riconoscimento dell'affermazione della Comunità Europea come potere pubblico in materie potenzialmente illimitate, tanto che in questo quadro operano le amministrazioni pubbliche in attuazione del diritto comunitario<sup>8</sup>.

Infine, il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, che ha sostituito il sistema dei pilastri e che è stato approvato invece della Costituzione Europea, demolita dai referendum di alcuni paesi.

Ciò significa, in pratica, che l'appartenenza dell'Italia alla Comunità Europea impone, giorno dopo giorno, lo sforzo di adeguare numerosi settori dell'ordinamento, alcuni dei quali tradizionalmente riservati alla cura esclusiva del Legislatore nazionale.

A tal uopo, è abbastanza agevole notare come l'ordinamento comunitario abbia influito all'interno del sistema di giustizia amministrativa in Italia, attraverso i c.d. "atti di diritto derivato", in particolare con le Direttive nn. 89/665 e 92/13, ma anche e soprattutto grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Le esigenze di uniforme applicazione del diritto comunitario e di effettività della tutela dei singoli, hanno necessariamente indotto la Corte ad interessarsi dei rimedi disponibili secondo il diritto nazionale, intervenendo a

---

<sup>8</sup> Cassese, op.cit.

conformare gli strumenti processuali non idonei ad assicurare il conseguimento degli obiettivi indicati nei Trattati.

La necessità di coordinare gli strumenti di tutela a livello comunitario e nazionale, onde evitare l'emergere di situazioni giuridiche soggettive che ne potessero rimanere sprovviste, impone alla Corte di Giustizia di conformare i rimedi giurisdizionali disponibili, di fronte ai giudici dei Paesi membri.

La giustificazione degli interventi della Corte sui sistemi nazionali nell'ambito della tutela giurisdizionale, viene individuata nel Principio di effettività.

Tale principio, insieme a quello di leale collaborazione di cui all'art. 10 del Trattato, richiede agli organi degli Stati membri, ed *in primis* ai giudici, la disapplicazione di regole nazionali che rendano impossibile, od eccessivamente difficile, la tutela giurisdizionale<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Draetta, *Elementi di diritto dell'UE*, Milano, Giuffrè, 1999, pagg. 255 e ss.

#### 1.4 Le direttive 89/665 e 92/13

Il primo atto processuale del diritto comunitario derivato, è ravvisabile già nel reg. n. 92/2913 del Consiglio.

Tale regolamento approva il Codice Doganale Comune, ma disciplina, al Titolo VIII, artt. 243 e 244, anche il c.d. “diritto al ricorso”, sia dal punto di vista sostanziale che processuale. In ogni caso, bisogna ricordare che la politica dell’U.E., in materia di appalti pubblici, è quella di “(...) *instaurare una concorrenza leale ed aperta, che permetta ai fornitori di trarre pieno vantaggio del mercato unico, ed alle amministrazioni aggiudicatrici, di scegliere liberamente, tra una gamma di offerte numerose e competitive, la migliore disponibile*”<sup>10</sup>.

Tuttavia, la liberalizzazione del settore trova la sua base giustificativa nelle norme del Trattato C.E.E. (libera circolazione delle merci, dei servizi e dei capitali), apparendo subordinata all’applicazione di tre principi:

- principio di non discriminazione;
- principio di pubblicità e trasparenza;
- principio di parità di trattamento;

Sul versante processuale, perciò, si ritenne di dover introdurre alcune norme comuni all’interno delle procedure dei ricorsi, contro atti adottati in violazione del diritto comunitario in materia di appalti.

---

<sup>10</sup> Muselli, *La giustizia amministrativa nell’ordinamento comunitario*, Torino, Giappichelli, 2000.

Venne per questo emanata la Direttiva 89/665, coordinante le disposizioni legislative ed amministrative, relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti di forniture e servizi.

La c.d. "Direttiva ricorsi", si presenta come una direttiva di armonizzazione, ai sensi dell'art. 95 (ex art. 100 A), volta a dare applicazione al principio dell'effettività della tutela, nel campo specifico degli appalti pubblici.

Bisogna ricordare che il binomio "principio di effettività - non discriminazione", non soltanto costituisce il nucleo dei principi processuali comunitari, ma allo stesso tempo ha permesso alla Corte di Giustizia di penetrare all'interno dei principi processuali dei paesi membri, facendo talvolta pervenire alla disapplicazione, in sede di rinvio pregiudiziale, di istituti processuali "inveterati".

La Direttiva da un lato, fornisce agli Stati membri precise indicazioni circa gli *standard* processuali che devono essere raggiunti, dall'altra istituisce una procedura di intervento quasi *judicial* della Commissione, volta a correggere le eventuali violazioni denunciate. In particolare risulta di notevole rilevanza quanto previsto dall'art. 2, § 1, laddove si richiede che gli Stati membri debbano prevedere:

- *"(...) poteri che permettano di prendere con la massima sollecitudine, provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione od impedire che altri danni siano arrecati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti volti a sospendere una procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dall'Autorità aggiudicatrice (lett. a)"* o di;

- “(...) annullare le decisioni illegittime (lett. b)” o di:
- “(...) accordare un risarcimento del danno alle persone lese dalla violazione (lett. c)”.

Rispetto al nostro ordinamento, il diritto comunitario offre un ampliamento della garanzie nei confronti dei soggetti attraverso una previsione più ampia dei poteri cautelari e la novità del risarcimento del danno.

Per quanto riguarda l’impatto della previsione comunitaria sul nostro sistema di giustizia amministrativa, la misura dell’annullamento delle decisioni illegittime viene accolta senza problemi, essendo il processo amministrativo sostanzialmente di carattere impugnatorio.

Circa la tutela cautelare, sappiamo che il nostro sistema di giustizia amministrativa conosceva già la sospensione del provvedimento impugnato ai sensi dell’art. 21 legge T.A.R., dovendo tuttavia tale misura, essere richiesta con separata istanza o nel ricorso principale. L’elemento innovativo della direttiva si ritrova però nel contenuto dei provvedimenti cautelari, includente svariate tipologie.

Ma l’elemento più innovativo è senza dubbio la previsione del risarcimento del danno a seguito di violazioni di norme comunitarie. La previsione della Direttiva venne letta come un indicativo segnale sull’ormai stato avanzato di incidenza del diritto comunitario nell’ambito dei rapporti processuali tra pubblici poteri e privati.

La Direttiva 89/665 venne attuata in Italia con legge 19 febbraio 1992, n. 142, la quale all’art. 13 prevedeva che “(...) i soggetti che hanno subito una lesione causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario, in materia di appalti pubblici

*di lavori o forniture, possono chiedere all'Amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno".*

La portata innovativa dell'art. 13 è evidente se si pensa che tradizionalmente, all'interno dell'attività dei pubblici poteri, l'unico rimedio consentito al privato era ottenere l'annullamento dell'atto illegittimo da parte del giudice amministrativo (salvo poi, se la lesione concerneva un diritto soggettivo, agire per il risarcimento del danno di fronte al giudice ordinario).

Adesso invece, previsto originariamente solo per gli appalti di lavori e forniture (art 13 legge 142/92), ma successivamente esteso per rinvio anche negli appalti dei settori esclusi (art. 11, comma 1, legge 148/92) e di servizi (art. 11, lett. I, legge 164/94 e D.LGS. 157/95), si prevede il principio che, indipendentemente dalla situazione giuridica fatta valere, tanto di diritto che di interesse, vi debba essere di fronte ad una lesione, un risarcimento, in ossequio al generale principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Lo scopo della prima "Direttiva ricorsi" n. 89/665 era, infatti, quello di garantire uno *standard* minimo di tutela giurisdizionale, valevole per tutti i cittadini comunitari, sia nella possibilità di ottenere adeguate misure provvisorie in sede cautelare, sia conseguendo il risarcimento del danno.

L'attenzione prioritaria dell'ordinamento comunitario perciò, è tutta volta al momento della tutela del danno verificatori nella sfera giuridica di un soggetto, violando norme comunitarie interne e di recepimento, non assumendo rilevanza quindi, neanche la tipologia di responsabilità che ad esso consegue.

Tuttavia, ben sappiamo come la dottrina e la giurisprudenza hanno interpretato l'art. 13 legge 142/92, adattandolo al tradizionale sistema di riparto di giurisdizionale giudice amministrativo/giudice ordinario. Infatti, venne comunque mantenuta la distinzione interessi legittimi/diritti soggettivi (che il Legislatore comunitario sconosce del tutto), necessitando, quindi, sempre un previo annullamento dell'atto amministrativo illegittimo (da parte del giudice amministrativo), al fine di poter chiedere il risarcimento del danno di fronte al giudice ordinario, in ossequio al principio della c.d. "pregiudizialità necessaria".

In pratica, l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo divenne un presupposto processuale per l'azione risarcitoria<sup>11</sup>.

Tutto ciò, piuttosto che semplificare e garantire una maggior tutela al cittadino comunitario (come nell'*intentio legis*), ha finito per complicare ulteriormente la procedura del ricorso, dovendo il ricorrente, per poter esercitare il nuovo diritto attribuitogli dal Legislatore comunitario, passare per ben due azioni (una di annullamento l'altra di risarcimento) davanti a due diverse giurisdizioni.

Inoltre, abbiamo visto come la Direttiva in questione, non dava rilevanza alla qualificazione della situazione giuridica lesa, essendo necessario ai fini della tutela prevista, il danno conseguente la violazione della norma comunitaria in tema di appalti.

---

<sup>11</sup> Picozza, *L'effettività della tutela giurisdizionale nel processo amministrativo rispetto al diritto comunitario*, in *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, Cedam, 1997.

Si prevedeva perciò, implicitamente, anche la risarcibilità degli interessi legittimi *tout court*, visto che il Legislatore comunitario, non conoscendo la figura giuridica in questione, non poteva neanche prevederne l'esclusione da tale meccanismo di tutela.

In vero, siccome la risarcibilità degli interessi legittimi per la nostra dottrina e giurisprudenza, era ritenuta ammissibile solo per i c.d. "interessi oppositivi" (generalmente diritti soggettivi affievoliti), la previsione dell'art. 13 legge 142/92, venne relegata come un'eccezione al solo ambito degli appalti e della violazione delle norme comunitarie.

Per quanto riguarda, invece, la Direttiva 92/13 del 25 febbraio 1992, essa interviene a coordinare le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative, relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua, energia, che forniscono servizi di trasporto, o che operano nel settore delle telecomunicazioni.

La Direttiva interviene ad armonizzare i mezzi di ricorso nell'ambito dei settori "non tradizionali", prevedendo oltre alle disposizioni della prima Direttiva ricorsi, anche strumenti nuovi, ispirati ad un ottica extragiudiziale di risoluzione dei conflitti. L'art. 2, § 1, lett c, della Direttiva 92/13 prevede, tra gli obblighi degli Stati membri di garantire un efficace annullamento ed una tutela cautelare adeguata, anche la possibilità in via alternativa "*(...) di prendere con la massima sollecitudine, se possibile con procedura d'urgenza, provvedimenti diversi da quelli indicati dalle lettere a) e b),*

*intesi a riparare la violazione o ad impedire che dei danni siano causati agli interessi in gioco”.*

Tra le norme più significative, tuttavia, c'è sicuramente quella che prevede “(...) *la facoltà di imporre il pagamento di una somma di denaro determinata, nel caso in cui la violazione non sia stata evitata o riparata*”.

Tale *genus* di provvedimenti di natura ingiuntiva, viene ritenuto in dottrina assimilabile alle *astreintes* del diritto francese.

La Direttiva riprende poi la possibilità di richiedere il risarcimento del danno, sebbene con alcune precisazioni.

Infatti, in seguito alla richiesta di risarcimento del danno “(...) *in relazione ai costi di partecipazione ad una procedura d'aggiudicazione o di preparazione di un'offerta, il ricorrente è tenuto a provare esclusivamente che vi è stata violazione del diritto comunitario, in materia di appalti, o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto*” (art. 2 § 7).

Inoltre, non viene precisata a carico del ricorrente, la prova del fatto che “(...) *in assenza della violazione in questione, l'appalto gli sarebbe stato aggiudicato*” (Considerando n. 11), esentandolo in questo modo, da tale *probatio diabolica*.

Infine, la richiesta di risarcimento, viene considerata consequenziale ed accessoria rispetto all'adozione di provvedimenti provvisori o alla pronuncia di annullamento (art. 2, comma 1).

Circa il recepimento nel nostro ordinamento della direttiva 92/13 “(...) *il panorama complessivo appare deludente, in quanto in merito al risarcimento del danno, la*

*legge 489/92 “Disposizioni in materia di attuazione delle Direttive comunitarie relative al mercato interno”, effettua all’art. 11 co 1, un espresso rinvio agli artt. 12 e 13 della legge 142, senza ulteriori specificazioni. Inoltre, la possibilità di comminare misure ingiuntive viene espressamente esclusa dall’art. 11, comma 2”.*

## 1.5 Le pronunce della Corte di Giustizia

La progressiva consapevolezza che il diritto comunitario potesse arrivare ad incidere sui sistemi processuali degli Stati membri, inizia a farsi strada fin dalle prime pronunce della Corte di Giustizia in merito al principio di effettività e di non discriminazione. Secondo una parte della dottrina<sup>12</sup> *“(...) attraverso il principio di supremazia del diritto comunitario sul diritto nazionale, la Corte di Giustizia ha potuto progressivamente verificare vari aspetti del diritto processuale nazionale, plasmando gli istituti maggiori.*

*“Il cammino iniziato dalla Corte e dal Legislatore comunitario è solo al principio, (...) la previsione per il futuro è di un suo inevitabile sviluppo malgrado gli strepiti degli ultimi difensori della sovranità giurisdizionale nazionale”.*

E' con due celebri sentenze, la Heylens e la Johnston, che la Corte di Giustizia opera la svolta giurisprudenziale, segnando l'ingresso del principio di effettività della tutela all'interno dei principi generali comuni ai Paesi membri.

Nel caso Heylens<sup>13</sup>, la Corte riconobbe che il libero accesso all'impiego costituisce un diritto fondamentale, conferito dal Trattato a qualsiasi lavoratore della Comunità. In tal modo, a quest'ultimo viene fornito rimedio giurisdizionale contro qualsiasi decisione di un'Autorità nazionale, con cui viene invece rifiutato il diritto al ricorso.

---

<sup>12</sup> Chiti, *Effettività e diritto comunitario*, op.cit..

<sup>13</sup> C.G.C.E., sentenza 15 ottobre 1987, causa C-222/86.

Il diritto al ricorso è perciò definito come un principio generale di diritto comune alle tradizioni costituzionali dei Paesi membri.

Per quanto riguarda il caso Johnston<sup>14</sup>, la Corte affermava che sia sulla base degli artt. 6 e 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sia in base alla Dichiarazione comune del 5/4/77 del Parlamento europeo, il diritto ad una tutela effettiva si configura come un principio giuridico generale, su cui sono basate le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Con tale sentenza si arriva a specificare ulteriormente il principio di effettività, come diritto ad adire il giudice, da ricomprendersi entro i principi costituzionali degli Stati membri, e fondato su di una lettura estensiva del concetto di processo equo, stabilito dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo del 1950.

Il rapporto tra principio di legalità e quello di effettività della tutela, è stato rilevato dall'avvocato Darmon nel caso di specie come *"(...) una disposizione nazionale che sottraesse atti degli Stati membri alla legalità comunitaria, creando a discrezione delle Autorità nazionali, delle "zone di non diritto", compromettendo le basi stesse del suddetto ordinamento giuridico"*.

Insomma, risulta evidente in quest'ultima sentenza come, rispetto alle prime embrionali dichiarazioni sul principio di effettività, stesse progressivamente sbiadendo quella sorta di "riserva di competenza" a favore dei sistemi processuali nazionali, introducendo la Corte nuovi strumenti che, seppur in via generale, potessero essere tali da poter incidere in ogni

---

<sup>14</sup> C.G.C.E., Sentenza 15 maggio 1986, Causa C-222/84.

momento sulla tutela giurisdizionale, sia prima che durante il processo.

Insomma, “(...) *il diritto al ricorso giurisdizionale effettivo, è parte dei Principi generali del diritto comunitario, ovvero dei principi che con un rango equiparato alle norme del Trattato, sono parte essenziali della “Costituzione comunitaria”, e come tale si impongono sul diritto degli Stati membri, incidendo perfino sui principi costituzionali di questi (almeno fin dove non siano o in gioco i principi supremi di un ordinamento, come per la Costituzione tedesca ed italiana)*”.

## 1.6. La tutela cautelare

L'area della tutela cautelare è quella in cui, il processo di uniformazione dei rimedi giurisdizionali tra diritto comunitario e diritto nazionale, ha raggiunto il livello più avanzato.

La Corte infatti, a partire dalla celebre sentenza *Factortame*<sup>15</sup> ed attraverso le precisazioni contenute nelle successive *Zuckerfabrick*<sup>16</sup> ed *Atlanta*<sup>17</sup>, è intervenuta in via pregiudiziale ad ammettere la tutela provvisoria delle situazioni giuridiche soggettive scaturenti da norme comunitarie, con un effetto sicuramente ampliativo rispetto alle previsioni nazionali.

Ma il punto di partenza dal quale la Corte muove per legittimare le sue sempre maggiori incidenze nella sfera processuale nazionale, è la sentenza *Simmenthal*<sup>18</sup>.

Infatti, gli argomenti che la Corte utilizza per “giustificare” il suo operato non sono altro che “articolarzioni” del principio del primato del diritto comunitario.

La tutela cautelare è un istituto processuale che trova una sua base positiva nel Trattato, agli artt. 242 e 243 (ex 185 e 186). In particolare, l'art. 242 prevede che *“(...)i ricorsi proposti alla Corte non hanno effetto sospensivo, tuttavia questa, quando le circostanze lo richiedano, può ordinare la sospensione dell'atto impugnato”*.

---

<sup>15</sup> C.G.C.E., Sentenza 5 marzo 1996 (cause riunite C - 46 e C - 48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*).

<sup>16</sup> C.G.C.E., Sentenza 21 febbraio 1991 (cause riunite C-143/88 e C-92/88).

<sup>17</sup> C.G.C.E., Sentenza 9 novembre 1995, Causa C - 465/93.

<sup>18</sup> C.G.C.E., Sentenza 9 marzo 1978, Causa C-106/1978.

L'art. 243, invece, dispone che “(...) la Corte di Giustizia, negli affari che le sono proposti, può ordinare i provvedimenti provvisori necessari”.

Da ciò ne consegue che il quadro di tutela previsto dal Trattato di Roma, ricomprende al suo interno sia le ipotesi classiche di tutela cautelare sospensiva, già presenti anche nel nostro sistema di giustizia amministrativa, sia l'ipotesi più ampia di potestà cautelare ai sensi dell'art. 700 c.p.c. . I presupposti per la concessione del rimedio, al di là della stringatezza delle previsioni del Trattato, sono quelli tradizionali di ogni azione cautelare, ovvero *fumus bonis iuris* e *periculum in mora*.

Per quel che concerne il *periculum in mora*, va osservato che la valutazione non va fatta esclusivamente in *parte actoris*, ma operando un bilanciamento degli opposti interessi.

All'interno di tali interessi, è compreso anche quello pubblico, all'effettività dei procedimenti decisionali, eventualmente subordinando la concessione del rimedio cautelare al deposito di una cauzione.

Tale eventuale obbligo trova la sua ragion d'essere nella compensazione del pregiudizio subito dal destinatario del provvedimento d'urgenza, che poi risulti vittorioso nel merito.

Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte di Giustizia, il *leading case* è sicuramente rappresentato dalla sentenza *Factortame* sopra citata.

Secondo tale pronuncia, i giudici dei Paesi membri devono disapplicare eventuali norme di diritto interno, che ostino all'adozione, in via cautelare, di provvedimenti tali da

assicurare l'attuazione di disposizioni di fonte europea, conferenti posizioni giuridiche in capo ai singoli.

In quell'occasione la Corte aveva ommesso di pronunciarsi sulle condizioni che giustificavano l'adozione di provvedimenti cautelari, dovendosi fare perciò riferimento ai generici presupposti del *fumus bonis iuris* e del *periculum in mora*, noti nella maggior parte dei sistemi giuridici. La lacuna venne colmata dopo meno di due anni nella sentenza *Zuckerfabrick Suderdithmarschen*.

In tale pronuncia la Corte non solo ribadisce l'essenzialità della tutela cautelare, ma si spinge ad affermare che questa, garantita dal diritto comunitario ai singoli, non può variare a seconda che i giudici nazionali ne contestino la compatibilità con le norme nazionali, oppure la validità delle norme di diritto comunitario derivato, vertendo in entrambi i casi sul diritto comunitario medesimo.

Inoltre, la Corte individua i presupposti che legittimano l'adozione del provvedimento cautelare della sospensione dell'atto amministrativo emanato dagli organi dello Stato membro, facendo riferimento alle condizioni applicate dalla Corte nei giudizi decisi di fronte a questa.

Premesso che la sospensione può essere concessa solo in caso di gravi dubbi sulla legittimità dell'atto comunitario presupposto, la Corte richiamava la condizione dell'urgenza, ovvero del danno grave ed irreparabile, ricordando che tale non è quello meramente economico, e la necessità di "(...) tenere conto dell'interesse della Comunità, a che gli effetti della normativa europea non vengano paralizzati difetto di una

garanzia rigorosa”, ad esempio prevedendo la prestazione di un’idonea cauzione.

Infine, decidendo il caso Atlanta, la Corte ha “omogeneizzato”, in senso ampliativo, la tipologia degli strumenti cautelari, richiamando la disciplina contenuta nel Trattato, sulla scia della sentenza Zuckerfabrick.

Infatti, la Corte ha ritenuto che la tutela cautelare non possa limitarsi alla sola sospensiva dell’atto impugnato, ma debba estendersi anche a misure positive, di carattere ingiuntivo.

Secondo la Corte di Giustizia “(...) *la tutela cautelare che i giudici nazionali devono garantire ai singoli, in forza del diritto comunitario, non può variare a seconda che questi ultimi chiedano la sospensione dell’atto (...) o la concessione di provvedimenti provvisori che modifichino o disciplinino a loro vantaggio situazioni di diritto o rapporti giuridici controversi*”.

In definitiva, le posizioni giuridiche dei cittadini comunitari devono trovare, davanti ai giudici nazionali, una tutela cautelare completamente soddisfattiva, non limitata alla sospensione dell’esecuzione del provvedimento impugnato.

### **1.7. L'azione risarcitoria**

Particolarmente incisivo è l'impatto delle regole comunitarie anche in materia risarcitoria.

Infatti, la Corte di Giustizia nella celebre decisione del caso Francovich<sup>19</sup> riconobbe la responsabilità dello Stato membro nei confronti dei soggetti danneggiati dall'inadempimento del Legislatore nazionale, rispetto all'obbligo di trasposizione del diritto interno.

La controversia in questione verteva sulla mancata attuazione entro i termini prefissati (36 mesi), della Direttiva del Consiglio n. 80/987/C.E.E., concernente il ravvicinamento delle Legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati, in caso di insolvenza del datore di lavoro. L'inadempimento dell'obbligo comunitario da parte dello Stato italiano era stato sanzionato già nel 1989 dalla Corte di Giustizia, nel corso di un procedimento per inadempimento ex art. 169 del Trattato, promosso dalla Commissione.

A causa del perdurante inadempimento, alcuni lavoratori, tra i quali il sig. Francovich, che avevano prestato la loro opera presso delle imprese che successivamente erano fallite, adivano le Preture competenti. Queste investite della controversia, decidevano di rinviare sulla base dell'art. 177 del Trattato, alla Corte di Giustizia alcune questioni pregiudiziali vertenti sugli obblighi degli Stati membri, scaturenti dalla

---

<sup>19</sup> C.G.C.E., Sentenza 19 novembre 1991, causa C-6/90 e C-9/90.

Direttiva 80/987 e sulle conseguenze derivanti dalla sua violazione.

La Corte affermava la sussistenza di una responsabilità extracontrattuale dello Stato inadempiente, rifacendosi alla sua giurisprudenza. Nei casi Van Gend en Loos e Costa-Enel, sono stati fissati i principi per cui la comunità è un ordinamento sovranazionale *sui generis*, a favore del quale gli stati membri hanno rinunciato definitivamente in determinati settori, alla propria sovranità. Tale ordinamento produce norme giuridiche che prevalgono su quelle interne con esse contrastanti.

Nei casi Simmenthal e Factortame *ut supra*, la Corte ha stabilito che gli Stati membri hanno l'obbligo di garantire la piena efficacia del diritto comunitario, compresa la tutela dei diritti attribuiti da norme comunitarie. L'interazione di questi principi permette di fondare una responsabilità civile degli stati membri, in caso di inadempimento degli obblighi comunitari fondamentali, il quale comporti delle lesioni ai diritti individuali. Infatti, *"(...) sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie, ed inficiata la tutela dei diritti da essa riconosciuta se, i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti fossero lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro. (...) il diritto comunitario impone il principio secondo cui, gli Stati membri sono tenuti a risarcire i danni causati ai singoli, dalle violazioni del diritto comunitario ad essi imputabili"*.

Le condizioni di tale responsabilità sono regolate dal diritto comunitario, elaborando la Corte tre parametri:

- la lesione di un obbligo sostanziale, nel caso specifico la violazione dell'art. 189 co 3 del Trattato, nel quale è previsto l'obbligo per gli Stati membri di prendere tutti i provvedimenti necessari per conseguire il risultato previsto da una Direttiva;

- affinché vi sia responsabilità dello Stato membro, la Direttiva deve attribuire dei diritti ai singoli;

- il contenuto di tali diritti sia individuale all'interno della Direttiva stessa;

- che sussista un nesso di causalità tra il danno patito dal singolo e l'inadempimento dello Stato.

La sussistenza di tali elementi è condizione necessaria e sufficiente perché sorga la responsabilità dello Stato.

La procedura, tuttavia, resta affidata agli ordinamenti nazionali, che non possono comunque prevedere condizioni meno favorevoli di quelle previste per analoghi ricorsi interni, né rendere in pratica impossibile o troppo difficile l'ottenimento del risarcimento .

Il primo e più importante ostacolo che si è posto al fine di applicare i principi enunciati dalla sentenza Francovich, è stato determinato dal fatto che l'ordinamento comunitario non conosce la distinzione tra diritto soggettivi ed interessi legittimi.

Tale distinzione risulta ancora più rilevante per il nostro ordinamento, nel periodo in cui la sentenza venne emessa, cioè il 1993, sia ai fini del riparto di giurisdizione, giudice amministrativo/giudice ordinario, sia ai fini della tutela applicabile, visto il dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi. Anche dal punto della categoria dei legittimati passivi, la pronuncia della Corte di Giustizia risulta essere

estremamente ampia: sono responsabili tutti i soggetti tenuti ad applicare il diritto comunitario, quindi il Legislatore, i giudici e tutti gli organi amministrativi, compresi gli enti locali.

Inoltre, i principi enunciati nella sentenza Francovich, non a caso emessa proprio contro lo Stato italiano, sarebbero stati destinati ad avere una larga applicazione nel nostro ordinamento. Infatti, il problema degli inadempimenti in materia di obblighi comunitari, era stato parzialmente ovviato solo con la legge La Pergola, nel 1989.

La sentenza Francovich ha trovato attuazione attraverso il D.LGS 80/92, a seguito della legge delega 428/90, art. 48.

Tuttavia, quest'intervento legislativo, si è dimostrato piuttosto infelice, tanto per il contenzioso costituzionale che ne è sorto, quanto per una giurisprudenza che ha completamente misconosciuto il significato della pronuncia della Corte.

Accanto alla sentenza Francovich in tema di responsabilità extracontrattuale degli stati membri, troviamo la sentenza Emmot<sup>20</sup>.

Questa può considerarsi come una sorta di omologo processuale della precedente, si assiste cioè ad una sanzione procedurale nei confronti dello Stato inadempiente, potendo il privato esperire forme di ricorso al di fuori dei termini di legge, fino alla data di concreta attuazione della Direttiva.

---

<sup>20</sup> C.G.C.E., Sentenza 25 luglio 1991, causa C-208/90.

## **1.8 Verso principi comuni di giustizia amministrativa**

La concezione della Comunità europea come di un vero e proprio ordinamento giuridico sovranazionale, ha portato alla realizzazione di una “integrazione” di sistemi giuridici, foriera di una unificazione giuridica sostanziale, che interessa tutta l’area degli Stati membri tale da non rendere più possibile negare l’esistenza di un “diritto amministrativo Europeo”.

Infatti, nel diritto comunitario, stiamo assistendo ad una lenta separazione tra normazione ed amministrazione.

Basti pensare alla dichiarazione allegata dell’U.E. sulla gerarchia degli atti comunitari ed all’impegno assunto a Maastricht di organizzare una conferenza intergovernativa nel 1996, per stabilire un’appropriata gerarchia tra le diverse categorie di norme. Inoltre, la Corte di Giustizia è andata sviluppando principi propri del diritto amministrativo comunitario.

In particolare si può affermare che anche in Francia, il paese forse più geloso del suo diritto amministrativo, con l’*arrêt* Nicolò del 1989, viene ammesso il principio della diretta applicabilità del diritto amministrativo comunitario, a prescindere dalla normativa nazionale passata o successiva, superando la teoria dell’*écran législatif*.

Inoltre, con il Trattato di Maastricht, completato dall’art g) del Trattato dell’Unione, i compiti della Comunità si sono

estesi alle *competences régaliennes*, quali la moneta, la difesa, i rapporti con l'Estero, l'ordine pubblico e la giustizia.

Tuttavia, nel diritto comunitario si sono sviluppati principi dell'azione amministrativa, diversi da quelli degli Stati membri, le cui amministrazioni nazionali sono obbligate a disapplicare il diritto interno contrastante con quello comunitario.

Ad esempio, nell'art F e nell'art 215 del Trattato dell'Unione, sono stati riconosciuti i diritti garantiti dalla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali.

Inoltre, la Corte di Giustizia aveva già elaborato principi applicabili all'attività amministrativa comunitaria, come quello di legalità, di uguaglianza del trattamento, del giusto procedimento, di tutela dell'affidamento, di proporzionalità, ecc..

Uno degli effetti dell'"armonizzazione" del diritto comunitario nei confronti degli ordinamenti degli Stati membri, è sicuramente quello di aver trovato una sorta di "minimo comun denominatore" tra i diritti amministrativi nazionali.

In pratica, non solo un diritto amministrativo comunitario esiste, ma influenza direttamente i diritti amministrativi nazionali, producendo una "convergenza" di questi ultimi verso un diritto amministrativo "comune". Perciò "l'unificazione" all'interno degli Stati membri interessa i regimi costituzionali, le fonti del diritto, con la lenta acquisizione della supremazia del diritto comunitario rispetto a quello nazionale.

Il diritto comunitario è essenzialmente diritto pubblico, ciò significa che necessita, per la propria applicazione, delle istituzioni pubbliche dei singoli Stati membri, trovando nelle amministrazioni pubbliche i propri destinatari, o addirittura nei diversi soggetti pubblici degli interlocutori privilegiati, poiché maggiormente idonei a soddisfare le esigenze dei “cittadini d’Europa”.

In particolare, pur avendo il sistema comunitario un suo proprio apparato di garanzie, è solo attraverso gli strumenti degli ordinamenti nazionali, ossia degli Stati membri, che può far valere i suoi precetti, anche contro la volontà degli obbligati, a cominciare dalle garanzie, previste dall’art. 10 C.E., relative all’adempimento da parte degli Stati membro, dei loro impegni comunitari.

Il citato articolo recita *“Gli Stati membri adottano tutele misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l’esecuzione degli obblighi derivanti dal presente Trattato ovvero determinati dagli Atti delle Istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest’ultima nell’adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente Trattato”*.

L’esperienza italiana della riforma del sistema di giustizia amministrativa, conferma l’esistenza di un diritto amministrativo europeo che c’è, si è sviluppato ed influenza, direttamente ed indirettamente, i diritti amministrativi degli stati membri.

In pratica, ciò che si sta verificando è una progressiva convergenza di questi ultimi, verso un diritto amministrativo

comune, frutto di uno scambio reciproco tra i diversi Paesi membri, accelerato dall'amministrazione comunitaria.

La Corte di Giustizia ha cominciato a costruire un sistema processuale comunitario "amministrativo", in ossequio al principio che il diritto comunitario deve trovare un'applicazione uniforme. Di fronte alle notevoli differenze processuali esistenti tra gli Stati membri, la Corte di Giustizia ha elaborato delle norme comunitarie che combinassero gli elementi tipici degli ordinamenti dei diversi Paesi membri, con altri invece squisitamente comunitari.

Tuttavia, accanto all'affermazione dell'autonomia del sistema comunitario di tutela, sussiste anche quella dell'autonomia degli ordinamenti dei Paesi membri, espressamente sancita dall'art F, comma 1, del Trattato, pur sempre subordinata ai principi comunitari di "effettività" e non "discriminazione processuale".

La Corte afferma, a partire dal caso Rewe<sup>21</sup>, che se è compito degli stati fissare il giudice competente e disciplinare le modalità procedurali delle azioni giudiziali volte a tutelare i diritti comunitari, a carico di questi vi sono però ben due limitazioni relative alla modalità di tutela che:

- non deve essere meno favorevole rispetto a quella prevista per fattispecie analoghe di diritto interno;
- non può rendere di fatto impossibile l'esercizio dei diritti.

E' sulla base di tali principi che si è pervenuti, attraverso pronunce pregiudiziali e mediante alcune pionieristiche direttive processuali (soprattutto in tema di

---

<sup>21</sup> C.G.C.E., Sentenza 16 dicembre 1976, Causa C-3/76.

appalti), ad incidere sulla configurazione dei diritti dei privati verso i pubblici poteri.

E la conferma del ruolo catalizzatore del diritto amministrativo comunitario, rispetto ai diritti amministrativi degli altri Stati membri, ci è data proprio dalle recenti riforme che hanno investito il sistema di giustizia amministrativa in Italia.

In sostanza la relazione tra diritto processuale amministrativo nazionale e diritto comunitario, si basa su tre livelli:

- il primo riguarda la lesione di situazioni giuridiche soggettive che può dar luogo a due azioni parallele: una di natura semicontenziosa a livello comunitario, che a sua volta può determinare un vero e proprio processo ex art 169 del trattato, ed un'altra, dinanzi al T.A.R. od al Consiglio di Stato;

- il secondo riguarda gli adattamenti imposti dal diritto comunitario al diritto interno, sostanziale e processuale. Qui il problema si incentra proprio su quello che è l'archetipo del processo amministrativo in Italia, specularmente ad una concezione dell'amministrazione come potere amministrativo;

- il terzo è quello dell'incidenza indiretta, per cui il problema dell'adattamento comunitario diventa anche un problema costituzionale, sull'assetto della giurisdizione e del processo amministrativo. Nel caso di specie in Italia, sarebbe necessaria una riforma sia dell'art. 24 che dell'art. 28 della Costituzione.

In particolare, sempre nell'ottica di "uniformazione" degli strumenti in ambito di giustizia amministrativa, ciò che

emerge sul piano giuridico, è un'evoluzione degli ordinamenti verso un approccio diverso della dicotomia libertà-autorità.

In sostanza alla tradizionale visione "microgiuridica" di tale dicotomia, fondata sulle situazioni giuridiche soggettive dei singoli (diritti soggettivi, interessi legittimi, ecc.), si sta sostituendo una visione "macrogiuridica", basata su determinate situazioni che fanno capo alla collettività, generalmente denominate "valori", e relative a beni non patrimoniali, di interesse generale, come l'ambiente, la dignità dell'uomo, il mercato, ecc..

Perciò, è lo stesso equilibrio dei rapporti di forza tra individuo e collettività che si sta evolvendo progressivamente, ricoprendo la posizione più debole, paradossalmente, proprio gli ordinamenti giuridici, che stentano a stare dietro a tale evoluzione.

Tornando alla trasformazione del processo amministrativo in Italia, questa ha seguito di pari passo l'integrazione del nostro ordinamento con quello europeo.

E' per questo che non poteva sopravvivere un sistema di giustizia amministrativa a "maglie strette", così come del resto lo si era concepito fin dall'inizio.

Tuttavia, la trasformazione del processo amministrativo in Italia, potrebbe portare, sull'onda del diritto comunitario, anche al tentativo di effettuare una ricostruzione delle situazioni giuridiche soggettive comunitarie, sulla base di criteri nuovi, eminentemente processuali, che si basano sull'istituto della "legittimazione".



## Cap. 2

### Diritti soggettivi ed interessi legittimi

#### 2.1 I diritti

*Before starting*, riteniamo utile, per rigore metodologico, dopo avere delineato storicamente l'attuale sistema della giustizia amministrativa in Italia, in modo da procedere *cognita causa*, che una interlocuzione sul principio di effettività debba aprirsi con un accenno sulla tutela dei diritti<sup>22</sup>.

Tale tutela ci richiama alla mente, *hic et nunc*, l'idea della protezione che l'ordinamento giuridico prevede a favore di chi subisca un pericolo o un attacco attuale o meramente potenziale alla propria sfera di rapporti, tanto che, a seconda della tipologia di pericolo, vengono previste tutele differenziate.

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

A riprova di ciò possiamo notare come sia in quest'ultima accezione che il legislatore richiama l'espressione

---

<sup>22</sup> Bonsignori, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, Tomo I, Disposizioni generali, Bologna, 1999; Denti, *La giustizia civile*, Bologna, 1989, pag. 111 e ss., per un'attenta spiegazione della contrapposizione che intercorre tra "tutela giuridica" e "tutela giurisdizionale dei diritti".

“tutela dei diritti” nel sesto libro del codice civile, individuando le differenti tecniche di tutela preordinate alla protezione dei diritti<sup>23</sup> in forza di un’opzione legislativa probabilmente dettata, come rilevato in dottrina, “*dall’incapacità del legislatore di separare ed organizzare, nei loro contenuti, strutture ed efficaci, i vari aspetti della tutela del diritto*”<sup>24</sup>, per la quale altra parte della dottrina, soprattutto civilistica<sup>25</sup>, ha a lungo trattato la tutela giurisdizionale *dei* diritti come istituto a sé rispetto alla giurisdizione *sui* diritti.

Il superamento di tale visione si perfeziona con l’avvento della Costituzione e l’espressa attribuzione della tutela dei diritti all’organo giurisdizionale (*rectius*: magistrati), all’esercizio della funzione dello *ius dicere* e dal cui esercizio l’attività di tutela dei diritti diviene, *sic et simpliciter*, una attività giurisdizionale di tutela *dei* diritti, con piena equiparazione dei concetti di giurisdizione e di tutela giurisdizionale che, traducendo il medesimo fenomeno, collegano l’efficacia sostanziale dei provvedimenti giurisdizionali alle regole che governano la giurisdizione, e non solo a quelle di diritto privato<sup>26</sup>.

L’ampia copertura legislativa che il nostro ordinamento garantisce, allo stesso modo di qualunque altro moderno stato

---

<sup>23</sup> Andrioli, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica Italiana*, in N.riv.dir.comm., 1954, I, pag. 312 e ss.; ID, *Progresso del diritto e stasi del processo*, in Scritti giuridici in memoria di P.Calamandrei, V, Padova, 1958, pag. 409 e ss.; Comoglio, *Dell’esercizio dell’azione*, in Commentario della Costituzione, a cura di Branca, *Rapporti civili* (art. 24-26), Bologna-Roma, 1981, sub art. 24, comma 1, pag. 7 e ss.; Fazzalari, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, in Enciclopedia del diritto, Milano, 1998, pag. 402 e ss.; Micheli, *Giurisdizione ed azione*, in Riv.dir.proc., 1956, I, pag. 107 e ss.;

<sup>24</sup> Cfr. Fazzalari, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., pag. 403.

<sup>25</sup> Fazzalari, *op.ult.cit.*, pag. 403; Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1982; Mengoni, *L’oggetto dell’obbligazione*, in *Jus*, 1952, pag. 167.

<sup>26</sup> Fazzalari, *ibidem*.

di diritto, all'esercizio della funzione giurisdizionale, offre adeguata ed incontrovertibile testimonianza dell'ontologica finalità di tutela dei diritti soggettivi e degli stati individuali che essa persegue<sup>27</sup>.

Una funzione che, come abbiamo già accennato, ne ravvisa l'avvio nell'esercizio del diritto di azione<sup>28</sup>, tradizionalmente ricostruito, tanto sul piano della Costituzione, quanto su quello della legislazione ordinaria, in termini di proiezione dinamica delle situazioni di vantaggio che l'ordinamento attribuisce ad ogni soggetto di diritto<sup>29</sup>.

Si è, infatti, soliti ritenere che il diritto di azione<sup>30</sup>, sebbene non definito, esprima il diritto alla costituzionalizzazione della tutela giudiziaria dei diritti, ovvero a quel fondamentale diritto volto al perseguimento di adeguate forme di tutele giurisdizionali, idonee a far conseguire al titolare di ogni situazione giuridica quelle utilità che avrebbe altrimenti conseguito, qualora, sul piano sostanziale, fossero state rispettate le regole di condotta poste a garanzia della singola situazione di vantaggio<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> L'art. 2907 cod.civ. contiene il principio in forza del quale chi intende invocare la tutela giurisdizionale dei diritti deve proporre domanda all'autorità giudiziaria. Tale norma ritrova nell'articolo 99 del codice di rito il suo omologo, ponendosi in termini di mezzo di collegamento tra il diritto sostanziale ed il processo. È in forza del combinato disposto della norma sostanziale con quella procedurale che si evince il fondamentale principio per il quale al titolare del diritto soggettivo spetta, di solito, anche il diritto di chiederne la protezione attivando la relativa tutela.

<sup>28</sup> Chiovenda, *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna, 1904, pag. 106 e ss..

<sup>29</sup> Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970; ID, *Rapporti civili, l'articolo 24 della Costituzione*, cit; Trocker, *Processo civile e costituzione, Profili di diritto tedesco ed italiano*, presentazione a cura di Micheli, Milano, 1974 pagg. 398-401 e 402 e ss., 467 e ss..

<sup>30</sup> Liebman, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, settima edizione a cura di Colesanti- Merlin-Ricci, Milano, 2007, pag. 135 e ss; Denti, voce *Azione*, I) *diritto processuale civile*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1989-1992.

<sup>31</sup> Nella prospettiva costituzionale, il diritto d'azione presuppone difatti il possesso, in chi esercita tale diritto, di una situazione soggettiva di vantaggio, il cui riconoscimento, in caso

La centralità che il diritto soggettivo assume nel nostro ordinamento si riflette, dunque, anche sul piano procedimentale, nell'elaborazione dei concetti di azione<sup>32</sup> e di processo, nonché nelle relazioni dinamiche tra essi intercorrenti<sup>33</sup>.

In forza del loro operare, l'azione cessa allora di proporsi in termini di diritto al processo, assumendo la valenza di garanzia di effettività della tutela giurisdizionale, da intendersi tanto in termini di regolarità e correttezza delle modalità del dispiegarsi del mezzo processuale, quanto dell'effetto giuridico richiesto in via immediata e contenuto nella domanda<sup>34</sup>.

Il legislatore costituente, affermando al primo comma dell'articolo 24 della Costituzione<sup>35</sup> che “*tutti possono agire in*

---

di controversia, sia posto ad oggetto della pretesa fatta valere in giudizio. Per tali ragioni si è soliti definire il diritto di azione in termini di diritto soggettivo processuale in quanto mirante a provocare un'attività prima ed una decisione dopo degli organi giudiziari.

<sup>32</sup> Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., pag. 11, per il quale l'azione è espressione di un potere di stampo pubblicistico rivolto verso l'avversario e di Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1943, pag. 116 e 117 che ne afferma invece la direzione verso lo Stato. Un diritto soggettivo autonomo rispetto a quello privato, secondo la tesi della dottrina tedesca seguito da Liebman, *L'azione nella teoria del processo*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, pag. 22 e ss. e da Redenti, *Diritto processuale civile*, Milano, seconda edizione, 1957, pag. 51 e ss., ovvero l'unico e vero diritto soggettivo al cospetto del quale il diritto sostanziale costituisce soltanto un riflesso, così Pekelis, *Azione* (teoria moderna), in *Nuovo Digesto*, II, Torino, 1937, pag. 29 e ss., sino alle teorizzazioni suggerite da Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile* (1894-1937), I, Milano, 1993, pag. 16, al quale, com'è noto, si deve l'affermazione dell'autonomia dell'azione rispetto al diritto sostanziale.

<sup>33</sup> Sui rapporti tra l'azione ed il processo si vedano nuovamente Denti, op.cit., e Andolina-Vignera, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano*, cit., pag. 63 e ss..

<sup>34</sup> Comoglio, *Note riepilogative su azione e forme di tutela nell'ottica della domanda giudiziale*, in *Riv.dir.proc.*, 1993, pag. 471. Sul canone di effettività si veda ancora Corte cost. 22 ottobre 1990, n. 470, in *Foro it.*, 1990, c. 3057.

<sup>35</sup> Si vedano Comoglio, *Sub articoli 24-26*, cit., pag. 1 e ss; AA.VV. *Commentario breve alla Costituzione*, sub. Art. 24, a cura di Crisafulli, Bartole, Bin e Paladin, Padova, 2008, pag. 24 e ss.; Police, sub. Art. 24 costituzione, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco-Celotto-Olivetti, Torino, 2006, pag. 500.

*giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi*<sup>36</sup> ha, difatti, prospettato nel giudizio, messo in moto dalla *in ius vocatio*, il mezzo idoneo a perseguire l'intento di tutela sancito<sup>37</sup>. Ma se assumiamo quale presupposto della necessità del giudizio, l'impossibilità di pervenire ad analoga finalità sul mero piano sostanziale, è al giudizio, quale mezzo per perseguire il fine protettivo ed attuativo di ogni diritto ed interesse, che dobbiamo prestare attenzione<sup>38</sup>.

Abbiamo già detto come il processo sia il frutto dell'agire, ovvero lo strumento tramite il quale il titolare di un

---

<sup>36</sup> Il principio di effettività della tutela giurisdizionale si manifesta anche in termini di diritto di accesso al giudice, secondo un'accezione che promana dall'attuazione delle garanzie costituzionali, di cui all'articolo 24 della Costituzione, e da quelle internazionali, ex art. 6 e art. 41 CEDU, secondo le quali "*se l'ordinamento riconosce l'esistenza del diritto soggettivo sul piano sostanziale, deve esservi la possibilità di rivolgersi al giudice per la sua tutela*". Un principio, quello ricordato, assoluto per la dottrina. Si vedano in proposito: Andolina-Vignera, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., pag. 73 e ss.; Andrioli, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *Annuario dell'Università di Pisa 1954-1955*, Pisa, 1957, ripubblicato in *Scritti giuridici*, I, cit., pag. 8 e ss.; Cappelletti-Vigoriti, *I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*, in *Riv.dir.proc.*, 1971, pag. 622 e ss.; Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, cit., pag. 161 e ss.; la stessa Consulta, sin dalle prime pronunce assunte sul tema, allorché ha sancito la regola per la quale, "*la tutela giurisdizionale, in ossequio al principio di eguaglianza formale e sostanziale dichiarato all'articolo 3 della nostra Costituzione, deve trovare uguale attuazione per chiunque, cittadino o straniero, indipendentemente da ogni differenza di condizioni, personali o sociali*" - in pari termini si vedano Corte Costituzionale, 13 luglio 1963, n. 135, in *Foro It.*, 1963, I, c. 1957, con la cui pronuncia la Corte ha, con riferimento agli articoli 3, 24 e 113 della nostra carta fondamentale, evidenziato l'utilizzo da parte del legislatore dei termini "tutti" e "sempre", per dimostrare come la richiesta e l'ottenimento della tutela giurisdizionale sia spendibile tanto nei confronti dei privati, quanto dello Stato o di altri enti pubblici, respingendo qualsiasi limitazione che ne renda impossibile, ovvero difficile, l'esercizio da parte di uno qualunque degli interessati; più recentemente Corte Costituzionale, 11 febbraio 1999, n. 26, in *Giur.Cost.*, 1999, pag.176.

<sup>37</sup> Andolina-Vignera, *op.ult.cit.*, ; Comoglio, *I modelli di garanzia costituzionale del processo civile italiano*, cit., pag.673 e ss..

<sup>38</sup> Fazzalari, *op.ult.cit.*, pag. 404, per il quale la tutela assicurata al diritto soggettivo dal giudice è contraddistinta dalla struttura processuale che mette capo ai provvedimenti giurisdizionali, e nella quale si svolge il contraddittorio fra i loro destinatari realizzando, pel suo tramite il valore costituzionale della difesa; dalla imperatività stabilità degli effetti dei provvedimenti. Infatti, mentre prima del processo il diritto può essere contestato e violato, quello che dal processo promana, dice Fazzalari, è rivestito dal più forte "usbergo" divenendo incontrovertibile e, se bisogno di esecuzione, è servito dalla forza dello Stato.

diritto ottiene tutela per un proprio diritto o interesse che assurge ad oggetto del giudizio stesso<sup>39</sup>. Allo stesso tempo, esso è il mezzo tramite il quale il soggetto<sup>40</sup> che si assume aver violato le regole sostanziali poste a tutela del diritto azionato<sup>41</sup> esercita, nel continuo confronto dialettico con la parte attiva del rapporto processuale, in qualsiasi stato del giudizio e dinanzi a qualsivoglia organo giudiziario, quel diritto alla difesa di cui al secondo comma dell'articolo 24 della Costituzione.

Di modo che, il giudizio al quale il Legislatore costituzionale si riferisce si pone in termini di attività<sup>42</sup>,

---

<sup>39</sup> Quanto ai rapporti tra giurisdizione e processo, nonostante l'uso equivalente dei termini, si è soliti ricordare che il processo è schema di teoria generale, impiegato anche per il compimento di altre attività, costituendo il cardine per l'individuazione e la ricostruzione della giurisdizione. Su tali questioni si vedano fra i tanti: Fazzalari, *Azione civile* (teoria generale e diritto processuale), in *D.disc.priv., sez. civ.*, II, 1988, pag. 30 e ss.; Liebman, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Scritti giuridici in onore di F.Carnelutti*, II, Padova, 1950, pag. 425.

<sup>40</sup> Per un approfondimento della distinzione fra soggetto, persona ed individuo, in cui il soggetto è ciò che si contrappone all'oggetto, persona è una particolare manifestazione del soggetto, ed in quanto tale si contrappone all'individuo cfr. a cura di Tommasini, *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, Torino, Giappichelli, 2007.

<sup>41</sup> La correlazione dinamica fra azione e difesa rivela l'operatività di alcune garanzie di tutela che non possono esaurirsi nelle mere libertà di promozione dell'azione giudiziaria; pertanto, affinché sia data piena tutela ai diritti occorre assicurare pienezza anche al diritto di difesa; ogni qualvolta si neghi, difatti, il potere processuale di allegare all'organo giudiziario una realtà dei fatti favorevole, ovvero si inibisca o si restringa il diritto alla spendita dei mezzi rappresentativi della realtà fattuale, si incorre in una negazione della tutela medesima.

<sup>42</sup> Un'attività, con riferimento alla quale, si pongono non poche questioni riconducibili alla sussistenza di alcuni limiti che ostano al suo esercizio. Il diritto al giudizio non si pone solo quale diritto al promovimento del processo o alla pronuncia di un tipo predeterminato di provvedimento giurisdizionale, consistendo, bensì, nel diritto al compimento di un'attività giudiziale minima, finalizzata alla tutela di una posizione sostanziale di vantaggio. La possibilità di agire si articola, difatti, in una serie, anche atipica, di situazioni dinamiche nel corso del processo, che sintetizzano il minimo necessario e sufficiente di poteri, di deduzioni, di allegazione o di prova, idonei ad ottenere un provvedimento decisivo, il quale sia adeguato alla natura dei diritti o degli interessi da tutelare. Non può, infatti, negarsi il diritto di pretendere che la parità delle armi sia resa effettiva dalla rimozione di ogni ostacolo, fattuale o giuridico, che altrimenti minerebbe l'efficacia specifica della tutela accordata. Nel processo civile, la Corte Costituzionale ha, quindi, si vedano in merito le importanti pronunce numeri 47/1971, in *Foro It.*, 1971, I, 836-837 e 120/1972, in *Foro It.*,

regolata da un complesso di norme che fondano la giurisdizione civile<sup>43</sup> e che procedono verso la tutela dei diritti soggettivi e degli stati individuali<sup>44</sup>.

Un'attività di tutela dei diritti che, secondo un approccio contenutistico, si caratterizza in termini di attività posta in essere da un giudice, il quale, ai sensi degli articoli 101 e seguenti della Costituzione è sottoposto unicamente alla legge e che, quindi, è terzo rispetto agli interessi sui quali è chiamato a provvedere, ed indipendente rispetto a qualsiasi specie di potere o da qualsiasi specie di soggezione, cosa che in un'ottica funzionale si risolve in un'attività giuridica che viene predisposta per la tutela di situazioni giuridiche soggettive attive. Ovvero, un'attività che si realizza per il tramite del compimento di una serie di atti giuridici che divengono esercizio di altrettanti poteri, formanti, nel loro complesso, la giurisdizione.

Quella giurisdizionale è, pertanto, un'attività che, ricondotta a sistema, persegue l'effettività del risultato

---

1972, I, 1899-1902, privilegiato gli aspetti sostanziali e materiali del diritto di azione e di difesa, facendo del principio del contraddittorio e dell'assistenza tecnica di un difensore, gli strumenti da impiegarsi per rendere effettivi i diritti medesimi. La possibilità di farsi sentire dal giudice prima dell'assunzione di qualunque decisione, anche non definitiva, sulle istanze proposte, si pone difatti quale condizione essenziale per l'effettività della tutela giurisdizionale; per tali ragioni, la partecipazione attiva al giudizio, presupponendo la conoscenza dei tempi, dei modi e dei termini ai quali rapportare ciascuna difesa, predica la tempestività delle forme procedurali, il continuo confronto dialettico ed un pieno diritto alla prova, quest'ultimo conquista relativamente recente della nostra giurisprudenza costituzionale, come testimoniano alcune pronunce della Corte Costituzionale, i numeri 213/75 e 88/1977, rispettivamente in *Foro it.*, 1975, I, pag. 1572; e in *Foro it.*, 1977, I, pagg. 1331-1332, il quale, in quanto espressione del diritto di azione, ed al contempo di quello di difesa, deve conciliarsi con le peculiari modalità con le quali entrambi vengono esercitati, tenuto conto delle diverse forme e dei plurimi moduli procedurali, contratti od alterati rispetto a quelli previsti per il processo ordinario di cognizione.

<sup>43</sup> Cfr. Mandrioli ( a cura di), voce *GIURISDIZIONE (in generale)*, in *Dig.disc.priv., sez.civ.*, IX, Torino, 1993, pag.127.

<sup>44</sup> Sul tema si veda Di Majo, *Forme e tecniche di tutela*, cit., pag. 19 e ss; ID, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, pagg., 13 e ss., 71 e ss.

conseguito, imponendo una revisione delle tradizionali classificazioni dell'azione che, in un nuovo approccio sistematico e ricostruttivo, evidenzia gli effetti ed i plurimi contenuti che il provvedimento giurisdizionale richiesto deve contemperare, affinché sia adeguato in rapporto alla variabilità dell'oggetto della domanda giudiziale.

Una nuova impostazione che, se seguita, dovrà necessariamente tendere verso la valorizzazione di forme e rimedi idonei a soddisfare la richiesta di tutela avvertita, promuovendo una compenetrazione dei rapporti tra processo e diritto sostanziale che realizzi pienamente l'interesse sotteso ad ogni situazione giuridica soggettiva, ponendo fine al triste fenomeno dei "*diritti senza azione*"<sup>45</sup>.

In tale accezione, dunque, la garanzia fondamentale della tutela giurisdizionale dei diritti opera nel conseguire un modo procedimentale retto dai crismi della regolarità, dell'effettività e dell'uguaglianza, tanto nell'accesso che in corso di giudizio, assicurando un prodotto di giustizia connotato dai caratteri dell'adeguatezza della tutela in

---

<sup>45</sup> A favore di un superamento della comune visione dei rapporti tra diritto e processo in termini di alterità, a beneficio di un modello in cui entrambi coesistano si vedano Andolina-Vignera, *I fondamenti costituzionali*, cit., pag. 75 e ss per i quali la previsione di diritti per i quali non è data azione rappresenterebbero una falla dell'ordinamento ove si ammettesse l'esistenza di situazioni giuridiche non elevate al rango di diritto soggettivo a cui l'ordinamento rimane indifferente; Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E.Redenti*, Milano, 1951, pag. 963. In senso analogo si vedano anche Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., pag. 7 e 71 e Puleo, *op.ult.cit.*, pag. 45 e ss.; *contra*, sostenendo l'orientamento dei c.d. diritti senza azione si veda Tavormina, *Dedotto, deducibile e costituzione*, in *Riv.dir.proc.*, 1992, pag. 311, la cui tesi sembrerebbe smentita dalla portata precettiva ed incondizionata dell'art. 24 della Costituzione, nonché dallo stesso diritto vivente, che ha valorizzato il principio di tutela effettiva sullo sfondo dei rapporti funzionali tra sfera sostanziale e sfera processuale.

relazione al bene della vita oggetto del giudizio, affinché se ne assicurino l'attuazione<sup>46</sup>.

*C'est-à-dire*, la garanzia costituzionale della tutela giurisdizionale dei diritti non si traduce, almeno non solo, nell'astratta possibilità di adire un giudice precostituito per legge ex art. 25 Cost., né nel diritto ad un giudizio nel quale operino le garanzie costituzionali del procedimento, bensì assumendo un significato complesso, per il quale, si ha diritto ad un'organizzazione tecnica del processo e del suo svolgimento che assicurino una protezione piena ed effettiva di qualsiasi situazione giuridica di vantaggio.

Ovvero, se vogliamo schematizzare, utilizzando altri termini:

- il diritto ad avere un modello costituzionale generale del processo al quale le tecniche procedurali ideate dal legislatore ordinario rispondano, assicurando ad ogni procedimento un contenuto indefettibile dato dalla concreta possibilità di avvalersi dello strumento processuale;

- dal diritto ad una decisione di merito stante la domanda proposta;

- dal diritto ad una tutela giurisdizionale immediata<sup>47</sup>;

---

<sup>46</sup> In ossequio a tale impostazione il canone di effettività diverrebbe il filo conduttore dell'intero processo sino all'esecuzione della sentenza, come la stessa Corte costituzionale, con le sentenze numeri 435 e 419 del 1995, in *Foro it.*, I, pag. 2641, sembra affermare rilevando che: *“una decisione di giustizia che non possa essere portata ad effettiva esecuzione (eccettuati i casi di impossibilità dell'esecuzione in forma specifica) altro non sarebbe che un'inutile enunciazione di principi con conseguente violazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione, i quali garantiscono il soddisfacimento effettivo dei diritti e degli interessi accertati in giudizio nei confronti di qualsiasi soggetto e quindi anche nei confronti di qualsiasi atto della pubblica autorità, senza distinzioni di sorta....in questi termini la previsione di una fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, in quanto connotato intrinseco ed essenziale della stessa funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessaria”*. In senso conforme si veda Corte costituzionale, 11 febbraio 1999, n. 26 in *Foro it.*, 1999, I, pag. 1118.

- dal diritto-dovere di influire sull'*iter* decisionale;
- dal diritto ad una tutela cautelare idonea a prevenire e ad assicurare i pericoli di infruttuosità e di tardività dell'ordinario processo di cognizione, garantendo l'immediatezza dell'intervento statale per preservare ogni situazione giuridica;
- dalla previsione di modelli e meccanismi che assicurino l'esecuzione del provvedimento giurisdizionale<sup>48</sup>.

Un generale diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva che diviene tale nella misura in cui vengano rispettati anche i crismi del giusto processo.

Il passaggio dalle *legis actiones* di romana memoria<sup>49</sup>, con l'apprensione materiale del convenuto e la rigidità delle formule sacramentali, alla *contraint par corps* medievale<sup>50</sup>, all'attuale sistema giurisdizionale in cui, per fortuna, la parte della costrizione fisica non è più ammissibile (se non in ambito cautelare penale e nei soli casi e nei modi previsti dalla legge) è stato lungo e faticoso anche se, dobbiamo ammetterlo, la formalità del procedimento (si pensi alla impossibilità della *translatio iudicii*) ha sostituito la sacralità delle formule, cosa che spesso ha condotto alla soccombenza di una delle parti non

---

<sup>47</sup> Sull'assunto della tutela effettiva quale sinonimo di tutela tempestiva si veda per tutti Trocker, *Processo civile e costituzione*, cit., pag. 259 e ss.

<sup>48</sup> L'idea di un tale modello generale di processo si deve all'insegnamento di ANDOLINA, *I fondamenti costituzionali*, cit., pag. 223; ID, *Giurisdizionalità originaria e giurisdizionalità indotta dei procedimenti*, in *Riv.dir.proc.*, 1990, pag. 135 e ss.; Andolina-Vignera, *I fondamenti costituzionali*, cit., pag. 64-65. Per l'Autore, difatti, il diritto di azione, ovvero il diritto alla tutela giurisdizionale, comprende anche il diritto ad ottenere un provvedimento di merito ove, verificata in un primo momento con esito positivo la giustiziabilità ipotetica della pretesa, venga ravvisata la giustiziabilità concreta, vale a dire l'esigenza concreta ed attuale del bisogno di tutela prospettato nella domanda.

<sup>49</sup> Sanfilippo, *Istituzioni di Diritto Romano*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2002.

<sup>50</sup> Pace, *Contraint par corps, L'arresto personale per debiti nell'Italia liberale*, Torino, Giappichelli, 2002.

per erronea recitazione della formula sacramentale ma, e non è molto diverso, per meri motivi procedurali, senza nemmeno entrare nel merito della domanda formulata.

## **2.2 Processo e bene della vita**

Secondo Chiovenda, con la sentenza di merito, cui, non dimentichiamolo, si giunge quando si esce indenni da eccezioni preliminari, “*il giudice accoglie o respinge la domanda dell'attore diretta ad ottenere l'accertamento della esistenza di una volontà della legge che gli garantisce un bene o l'inesistenza di una volontà di legge che lo garantisca al convenuto*”<sup>51</sup>.

Recependo questa tesi, in dottrina si è affermata l'idea che possano costituire oggetto di giudizio e, quindi, di giudicato, soltanto le sentenze di merito che si pronunciano sulla fondatezza della domanda di annullamento del provvedimento impugnato, senza considerare che anche le sentenze non definitive che decidono questioni preliminari di merito esplicano effetti sul terreno extraprocessuale<sup>52</sup>.

A tale impostazione si associa una tendenza a svalutare l'accertamento giudiziale, che, a ben vedere, costituisce *il proprium* del giudicato materiale e della stessa funzione

---

<sup>51</sup> Cfr. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1965, 134. I due capisaldi del sistema sono la strumentalità del processo all'attuazione della volontà concreta della legge che garantisce un bene determinato e l'autonomia del diritto di azione, intesa appunto come diritto soggettivo potestativo autonomo e concorrente a quello azionato. Il medesimo autore evidenzia la stretta consequenzialità tra azione, processo e giudicato: “*oggetto del processo è la volontà concreta di legge della cui esistenza ed attuazione si tratta, e il potere di chiederne l'attuazione cioè l'azione*”. I successivi studi hanno posto in luce la relatività del concetto di azione (cfr. P. Calamandrei, *La relatività del concetto di azione, in Studi sul processo civile*, V, Padova, 1947, 1) e, strettamente connessa al primo, la relatività del concetto di oggetto del processo, per essere la sua individuazione condizionata dalla disciplina posta dal diritto positivo (cfr. A. Romano, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano 1958, 66).

<sup>52</sup> Attardi, *Preclusione (principio di)*, Enc. dir. XXXIV, Milano 1985, 893 e ss..

giurisdizionale intesa come strumentale all'attuazione del diritto sostanziale<sup>53</sup>.

Se è vero che il processo svolge una funzione dichiarativa della volontà concreta della legge in ordine all'attribuzione ad una delle parti di un bene determinato, l'oggetto del giudizio e del giudicato va individuato nell'accertamento di tale volontà della legge e non nella determinazione o nella produzione di una nuova norma giuridica<sup>54</sup>.

Dalla nostra Carta costituzionale si evince non solo la strumentalità del processo, tanto amministrativo quanto civile, alla protezione di situazioni giuridiche soggettive, ma anche la necessità dell'effettività di questa protezione, perché solo assicurando alla parte vittoriosa ciò che le spetta in base al diritto sostanziale potrà dirsi attuata la volontà della legge nel caso controverso<sup>55</sup>.

E proprio allo scopo di conseguire la piena effettività della tutela giurisdizionale che la dottrina ha indagato la possibilità di estendere i vincoli posti in capo alla P.A. per effetto della sentenza di accoglimento<sup>56</sup>, verificando se la

---

<sup>53</sup> Attardi, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, pag. 478; Satta, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, pag. 218; Romano, *La pregiudizialità cit.*, pag. 123: “pare che l'unico requisito che il contenuto del giudicato deve avere sia quello di aver costituito oggetto specifico di un accertamento giudiziale”.

<sup>54</sup> Per la critica alla teoria sopra esposta di cui principali esponenti sono Von Savigny (*Sistema*, VI) e Carnelutti (*Lezioni di diritto processuale civile*, IV, *La funzione del processo di cognizione*, Padova 1925, n. 381), inoltre, si rinvia a Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, Cedam, 2005, pagg. 25 e ss..

<sup>55</sup> Successivi studi dottrinali hanno messo in evidenza come la natura strumentale del processo si identifica solo con l'accertamento del diritto sostanziale e non necessariamente della volontà della legge correlata alla protezione di situazioni giuridiche soggettive (cfr. Romano, *La pregiudizialità cit.*, 253; Attardi, *Diritto processuale civile*, Padova 1997).

<sup>56</sup> Nigro, *Giustizia amministrativa cit.*, pagg. 306 e ss..

funzione strumentale del processo possa essere svolta anche da pronunce diverse da quelle di annullamento.

È emerso, così, un concetto nuovo di strumentalità, che potrebbe estendersi alla protezione delle posizioni giuridiche *delle parti* e, quindi, anche del convenuto, del processo civile e delle parti resistenti nel processo amministrativo.

Come sappiamo spesso, ma non sempre, il processo è diretto alla realizzazione coattiva di una posizione giuridica soggettiva ed in esso è riscontrabile il contemporaneo concorso tra diritto di azione e diritto sostanziale alla prestazione<sup>57</sup>.

Quando ciò non avviene si esercita, secondo la dottrina di Chiovenda, un'*azione pura*, ossia “*il diritto di porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà della legge*” rispetto ad un bene anche puramente giuridico diverso da quello che potrebbe pretendere il convenuto<sup>58</sup>.

Lo sforzo successivo della dottrina<sup>59</sup> si è indirizzato verso la ricerca di un bene che possa essere garantito in esito ad ogni processo, taluni identificando nella tipologia del processo civile di condanna il paradigma di processo efficace che attribuisce all'attore vittorioso l'attribuzione del bene della

---

<sup>57</sup> Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, pagg. 46 e ss.; l'autore afferma che la destinazione del processo, quand'anche si faccia valere la violazione di diritti soggettivi, è l'attuazione della legge e non la difesa dei diritti soggettivi.

<sup>58</sup> In tale categoria di azione pura si è proposto di ricomprendere anche l'azione impugnatoria di un provvedimento amministrativo intesa come azione diretta all'attuazione della volontà della legge rispetto a quel bene puramente giuridico costituito dalla legalità dell'azione amministrativa. In particolare l'influenza della sopra richiamata costruzione chiovendiana è evidente nella costruzione di Guicciardi, secondo il quale la giurisdizione amministrativa tende in via diretta ed immediata alla tutela dell'interesse pubblico e della conformità ad esso degli atti dell'amministrazione. Si accogla o meno questa, vi è però da riconoscere che la concezione chiovendiana ha il pregio di individuare l'oggetto del giudicato anche con riferimento alle azioni pure; cfr. Cacciavillani, *op. cit.*, pag. 52.

<sup>59</sup> Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in Riv. dir. proc. 1963, pag. 522.

vita<sup>60</sup>, altri proponendo la trasformazione del giudizio amministrativo in un giudizio di spettanza avente la funzione (al pari del processo civile) di assegnare i beni della vita<sup>61</sup>.

In proposito, sulla scia della sentenza della Corte di Cassazione n. 500 del 1999 che ha accentuato la correlazione tra l'interesse legittimo e il bene della vita che il titolare del primo mira a conservare o ad acquistare da parte dell'amministrazione, si è osservato come la ricostruzione dell'oggetto del processo amministrativo in termini di spettanza o di non spettanza del bene della vita in capo al titolare dell'interesse legittimo, al di là del dato della legalità formale di un singolo provvedimento, si rende indispensabile più in relazione all'azione di risarcimento che non in relazione alla tradizionale azione di annullamento<sup>62</sup>, negandosi conseguentemente che il ricorrente abbia un diritto ad ottenere ad ogni costo l'annullamento giurisdizionale del provvedimento viziato<sup>63</sup>.

Secondo questa impostazione sostanzialistica, le questioni relative agli aspetti formali e procedurali dell'atto passano in secondo piano, rispetto al momento del giudizio davanti ad un giudice cui l'amministrazione e gli interessati prospettano le proprie ragioni in termini di spettanza o di non spettanza sostanziale del provvedimento<sup>64</sup>. Ergo, l'interesse a ricorrere viene a configurarsi come utilità concreta del

---

<sup>60</sup> Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, seconda edizione, Napoli, 1996, pag. 33.

<sup>61</sup> Tra i vari, vanno citati Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1960, I, pag. 53; Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, pagg. 328 e ss..

<sup>62</sup> Clarich, *Il processo amministrativo a "rito ordinario"*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, n. 4.

<sup>63</sup> Cfr. Tar Lazio, sez. sez. I, 16 gennaio 2002 n. 398.

<sup>64</sup> Cfr. Falcon, *Giudizio di legittimità e giudizio di spettanza cit.*, pagg. 325 e ss..

provvedimento giudiziale richiesto, legittimando in tal modo il giudice a pronunciare sentenza di inammissibilità del ricorso tutte le volte in cui dall'annullamento il ricorrente non potrebbe conseguire un risultato materiale utile: così nel caso di impugnazione di un atto confermativo o di un atto affetto da vizi formali che lascia intatta la possibilità di emanare un provvedimento avente il medesimo contenuto di quello già impugnato<sup>65</sup> o, comunque, di atti al cui annullamento non potrebbe far seguito l'emaneazione di un provvedimento amministrativo che attribuisca al ricorrente un'utilità materiale.

In base al richiamato orientamento, al ricorrente ed alle stesse parti resistenti viene riconosciuto il potere di provocare la decisione di merito laddove vi abbiano interesse, rifiutando ad esempio di accettare la rinuncia del ricorrente così da impedire che si produca l'estinzione del processo.

Ad analoghe considerazioni si presta l'istituto della cessazione della materia del contendere, la cui applicazione potrebbe circoscriversi ai casi in cui l'interesse sostanziale del ricorrente risulti essere stato integralmente soddisfatto<sup>66</sup> o, forse, più plausibilmente alle ipotesi in cui l'amministrazione abbia motivato l'atto di annullamento d'ufficio per i medesimi

---

<sup>65</sup> Anche se bisogna tenere conto del fatto che l'annullamento dell'atto per vizi formali potrebbe avere una qualche utilità per il ricorrente in ragione della retroattività dell'annullamento alla quale il ricorrente potrebbe avere interesse.

<sup>66</sup> Secondo alcuni autori la cessazione della materia del contendere potrebbe verificarsi soltanto quando risulti integralmente soddisfatto l'interesse sostanziale del ricorrente: Abbamonte, *Il ritiro dell'atto impugnato nel corso del processo e la delimitazione dell'oggetto del giudizio innanzi al Consiglio di Stato*, in Studi in onore di A. Papaldo, Milano, 1975 e Caianiello, *Cessazione della materia del contendere*, Enc. dir., agg. IV, Milano, pag. 249.

motivi che il ricorrente aveva addotto quali cause di invalidità del provvedimento impugnato<sup>67</sup>.

Continuando su questo versante, potremmo individuare nell'utilità conseguibile dal provvedimento giudiziale il criterio in base al quale il giudice ammetta e valuti la prova di resistenza a favore della parte resistente ai sensi dell'art. 21 *octies* della legge n. 241 del 1990, così da restringere l'accesso alla tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive lese e da degradarle a mere situazioni di fatto<sup>68</sup>.

Un'ulteriore elemento di arricchimento lo possiamo ravvisare nella facoltà in capo all'Amministrazione di dedurre nel corso del giudizio elementi di fatto e di diritto già esistenti all'epoca dell'emanazione dell'atto, mediante integrazione postuma della motivazione, anche se ciò può creare una certa confusione tra fase procedimentale di costruzione del provvedimento e fase processuale di verifica della legittimità dello stesso, con effetti nocivi in termini di correttezza dell'agire amministrativo e di garanzia del privato, nonché tradursi in una minore cura da parte dell'amministrazione

---

<sup>67</sup> Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, Cedam, 2005, pagg. 248-249. Configurandosi un'ipotesi di pronuncia di rigetto nel merito del ricorso per sopraggiunta sua infondatezza, l'amministrazione si autovincola a non reiterare il provvedimento nei confronti del quale siano deducibili i medesimi vizi che il ricorrente aveva già dedotto nei confronti del provvedimento già impugnato, avendo essa riconosciuto la fondatezza delle relative doglianze. Sul punto: Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2010, pag. 326; di atti amministrativi ad effetti preclusivi per l'amministrazione parla Giannini, *Accertamento, Enc. dir.*, I, Milano 1958, pagg. 219 e ss..

<sup>68</sup> Ferrara, *Interesse e legittimazione al ricorso Interesse e legittimazione al ricorso giurisdizionale amministrativo*, in Dig. Disc. Pubbl., vol. III, Torino, 1993, pag. 468 e ss.; Trimarchi Banfi, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2003, pag. 409.

nella conduzione del procedimento e nell'emanazione del provvedimento finale<sup>69</sup>.

Anche il risarcimento del danno si presta alla logica sostanzialistica, venendosi a configurare nelle mani del giudice amministrativo come una modalità di protezione del bene della vita correlato alla situazione giuridica fatta valere in giudizio, piena (tutela specifica, se diretta a far conseguire al titolare dell'interesse le stesse utilità garantitegli dalla legge), semipiena (risarcitoria, se diretta a fargli conseguire solo utilità equivalenti), minore (a fronte di un potere discrezionale)<sup>70</sup>, così da riconoscere al cittadino leso da un provvedimento illegittimo la possibilità di scegliere tra tutela specifica e tutela risarcitoria, non diversamente da quanto avviene nei rapporti obbligatori di diritto privato laddove è data al contraente non inadempiente la scelta tra adempimento e risoluzione del contratto<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Clarich, *Il processo amministrativo a "rito ordinario"*, in Riv. dir. proc., 2002, pagg. 1063 e ss.

<sup>70</sup> Proto Pisani, *Breve note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in Foro it. 1983, V, pagg. 127 e ss..

<sup>71</sup> Come si vedrà in seguito, è evidente la problematicità la ricostruzione del rapporto tra P.A e privato in termini analoghi a quelli che connotano il rapporto obbligatorio civilistico si ripercuote sulla qualificazione della responsabilità della P.A. per effetto dell'esercizio illegittimo del potere come contrattuale o extracontrattuale.

### **2.3 La pretesa**

Dobbiamo allora di capire come va individuata la pretesa sostanziale di cui si chiede l'accertamento.

Esclusa l'identificazione con la fattispecie legale, si è proposto l'impiego del concetto di “fattispecie” in una accezione diversa, facendo richiamo all'ipotesi in cui una vicenda di vita viene sussunta da più norme tra le quali concorrano i nessi di esclusione, di sussidiarietà, di assorbimento o di coincidenza cronologica, in vista della produzione di un medesimo effetto giuridico a condizione che tra queste norme vi sia omogeneità<sup>72</sup>.

Se il criterio per l'identificazione della pretesa sostanziale fosse quello dell'identità dell'effetto giuridico immediato discendente dall'allegazione di fattispecie legali differenti ma tra loro fungibili, con la sentenza di accoglimento della domanda di annullamento l'attore vittorioso sarebbe posto al riparo da ulteriori aggressioni del bene della vita garantito dal giudicato.

È stato, peraltro, obiettato che la stabilità del giudicato non si raggiunge affermando che il giudicato copre il dedotto ed il deducibile, perché ai fini della determinazione dell'operatività del giudicato non sarebbe affatto irrilevante la fattispecie legale dedotta in giudizio<sup>73</sup>: *e.g.*, il ricorrente vittorioso che abbia dedotto solo vizi formali non dovrebbe incontrare alcuna preclusione alla deduzione di vizi sostanziali

---

<sup>72</sup> Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, pag. 274.

<sup>73</sup> Cacciavillani, *op. cit.*, 160.

contro il nuovo provvedimento avente il medesimo contenuto di quello annullato<sup>74</sup>.

Né ci possiamo discostare da questo tipo di valutazioni ipotizzando che l'oggetto del giudizio rimane unico anche quando i motivi dedotti integranti tutti un'unica *causa petendi* e quindi fungibili siano plurimi, costituendo l'illegittimità dell'atto impugnato una "fattispecie d'insieme" fatta valere dal ricorrente con domanda giudiziale<sup>75</sup>; oppure, individuando come criterio identificativo dell'oggetto del giudizio l'unicità dell'effetto giuridico prodotto da un medesimo episodio della vita, atteso che l'accertamento giudiziale di una norma o fattispecie legale, piuttosto che di un'altra, produce un vincolo conformativo differente<sup>76</sup>.

Anche l'imposizione alla P.A. di oneri (processuali o procedurali) di dedurre tutte le ragioni a difesa dell'atto impugnato non convince perché sembra rispondere, più che ad un solido fondamento di diritto positivo, alla volontà di piegare il processo all'esigenza di fissazione per il futuro della disciplina del rapporto ed a riconoscere al giudice un inammissibile potere di accertare una situazione successiva alla sua pronuncia<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Si potrebbe sostenere il contrario solo qualora fosse configurabile un sistema di preclusioni procedurali e processuali, secondo la nota tesi di Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989.

<sup>75</sup> Nigro, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, pag. 32.

<sup>76</sup> Consolo, *Per un giudicato pieno e paritario a prezzo di un procedimento amministrativo all'insegna del principio di preclusione?*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, pag. 175; Sassani, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989; Nigro, *L'appello cit.*, pag. 436; *contra*, Clarich, *Giudicato cit.*, pag. 134, secondo il quale non sarebbe razionale fermarsi a livello di fattispecie, normativa visto che il passaggio dall'una all'altra fattispecie normativa non determina un mutamento nell'effetto giuridico prodotto.

<sup>77</sup> Cacciavillani, *op. cit.*, 165. Solo se previsto dalla legge, il giudice può disporre il mutamento richiesto dall'attore accertando anche l'esistenza della situazione giuridica risultante dall'annullamento: Attardi, *Diritto processuale civile*, pag. 103.

Stante la necessità di diversificare, a seconda dei motivi di legittimità accertati dal giudice, gli effetti discendenti dalla pronuncia caducatoria consistenti *in primis* nel vincolo conformativo, è evidente che la ridefinizione del rapporto sostanziale con il ricorrente vittorioso è rimessa alla valutazione dell'amministrazione soccombente.

In conformità alla tesi che ricostruisce l'oggetto del ricorso facendo riferimento al concetto, peraltro non esaustivo, di azione intesa in senso concreto<sup>78</sup>, si può, invero, riconoscere in capo al giudice il dovere di pronunciare il provvedimento favorevole una volta accertato che l'atto impugnato sia illegittimo sulla base dei motivi dedotti e al contempo lesivo dell'interesse legittimo del ricorrente<sup>79</sup>.

*Rebus sic stantibus*, a conferma della stretta connessione tra procedimento e processo, è stato osservato che l'accertamento del dovere del giudice di produrre la modificazione giuridica richiesta è anche un accertamento che cade sulle norme disciplinanti il potere amministrativo, dal cui concreto esercizio sia derivata la lesione di un interesse legittimo. In questo accertamento, e non nell'accertamento del potere amministrativo in sé considerato, andrebbe individuato l'oggetto del giudicato di annullamento del provvedimento amministrativo<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in Commentario al codice di procedura civile diretto da E. Allorio, Torino, 1980; Nigro, *L'appello* cit., pag. 27.

<sup>79</sup> Scoca, *Caratteri generali del processo amministrativo*, in Giustizia amministrativa, a cura di F.G.Scoca, Torino, 2009, pagg. 146 e ss.: “L'oggetto del giudizio amministrativo è il potere amministrativo o, più esattamente, la legittimità degli atti (e dei comportamenti) che ne costituiscono esercizio, in funzione della tutela dell'interesse legittimo”.

<sup>80</sup> Cacciavillani, *op. cit.*, pag. 169.

E così, il bene della vita viene identificato nel rapporto tra le parti che risulta dalla modificazione giuridica, omologabile a quello che si formerebbe su ogni pronuncia che decide la domanda giudiziale, il cui oggetto viene sovente identificato con la pretesa del soggetto che la propone<sup>81</sup>.

Sulla base dell'interpretazione costituzionalmente orientata tesa a riconoscere la strumentalità del processo amministrativo alla protezione degli interessi legittimi, parte della dottrina propone di riconoscere al giudice il potere di motivare la sentenza con un sintetico richiamo ad un precedente conforme, sul presupposto di una efficacia vincolante della sentenza amministrativa per i casi simili<sup>82</sup>.

Secondo altra parte della dottrina, invece, la prospettiva non è tuttavia accettabile, perché la funzione del giudice non può essere la creazione di nuove norme, né l'interpretazione generale ed obbligatoria delle stesse, ma soltanto quella di darne una corretta applicazione<sup>83</sup>.

Più realisticamente, nel constatare l'inadeguatezza della tutela costitutiva di annullamento a garantire la stabilità del giudicato, che appare una realtà inafferrabile e dai contorni

---

<sup>81</sup> Secondo questa dottrina, il diritto potestativo ad una modificazione giudizialmente disposta riguarda il riferimento al rapporto da creare in forza di quella: cfr. Piras, *op. cit.*, pag. 214 così come avviene per l'esercizio del potere stragiudiziale di modificazione giurisdizionale con atto unilaterale sul piano sostanziale; Cerino Canova, *La domanda giudiziale*, pag. 147, ma sono state espresse critiche alla possibilità di ritenere omologabili sotto il profilo della natura e degli effetti i due diritti potestativi in questione; Cacciavillani, *op. cit.*, 157.

<sup>82</sup> Così ritengono ad esempio autori come Andreani, *La motivazione della sentenza amministrativa*, in *Dir.Proc.Amm.*, Milano, Giuffrè, 1986; Giacchetti, *Giustizia amministrativa, alla ricerca dell'effettività smarrita*, in *Dir.Proc.Amm.*, Milano, Giuffrè, 1996, ove si attribuisce alla sentenza una funzione direttamente creatrice dell'ordinamento.

<sup>83</sup> Cammeo, *Pretesa efficacia vincolante delle decisioni degli organi di giustizia amministrativa in casi simili*, nota a Consiglio di Stato, Sezione V, 5 maggio 1911, in *Rivista di Diritto Pubblico*, III, 1911; Cerulli Irelli, *Principii del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2005, ove si afferma che la giurisprudenza non può configurarsi come fonte dell'ordinamento giuridico.

imprecisi, una parentesi nella dinamica dell'esercizio del potere amministrativo o un fatto di cui l'amministrazione deve tener conto ma senza esserne vincolata<sup>84</sup>, non resta che riconoscere al giudice, nell'esercizio della funzione giurisdizionale, il ruolo di garante della conservazione rispetto al mutamento perenne dei fatti giuridici e che, il punto di equilibrio in cui sta il significato profondo del giudicato, è proprio quello che coglie insieme *stabilità* e *movimento*, così da conciliare le due forze e garantire l'effettività dell'ordinamento<sup>85</sup>.

Per conseguire la definitiva stabilità del giudicato si è cercato in vari modi di ampliare la portata del vincolo sostanziale derivante dall'accertamento giudiziale sottoponendo, per un verso, a revisione critica il modello dell'azione costitutiva come diritto potestativo alla modificazione giuridica e la stessa categoria dell'invalidità del provvedimento ed interpretando, per altro verso, in senso restrittivo, l'art. 34 c.p.c., sostenendo la tesi sull'esperibilità dell'azione autonoma di accertamento.

Quanti intendono l'azione di annullamento come azione volta ad accertare l'assetto del rapporto tra le parti che si avrà dopo la sentenza, anziché l'illegittimità di un atto giuridico alla stregua dei motivi dedotti, attribuiscono un ruolo preminente all'individuazione della pretesa azionata in giudizio ossia al *petitum*, rispetto alla quale non possono non essere

---

<sup>84</sup> Clarich, *Giudicato cit.*, pagg. 26 e ss.; Sassani, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989, pagg. 5 e ss.; Benvenuti, *Giudicato (Diritto Amministrativo)*, in *Enc.Dir.* Vol. XVIII, Milano, Giuffrè.

<sup>85</sup> Benvenuti, *Giudicato cit.*, pag. 896.

indifferenti le diverse *cause petendi* addotte a sostegno della domanda.

Così, in vero, si garantisce la stabilità soltanto al giudicato di rigetto, ma non a quello di accoglimento che non sempre pone il ricorrente vittorioso al riparo da ulteriori contestazioni del bene della vita garantitogli dal giudicato, data la non fungibilità di tutti i motivi dedotti<sup>86</sup>: *e.g.* la sentenza di accoglimento dell'impugnativa per vizi formali non contiene un accertamento giudiziale dell'inesistenza del potere, come invece quella di accoglimento per vizi sostanziali.

D'altra parte, la stabilità non può dirsi raggiunta in forza della preclusione, a seguito dell'esercizio di invalidazione per una determinata *causa petendi*, della deducibilità degli altri fatti costitutivi e quindi della consumazione del potere di invalidazione in ordine a questi<sup>87</sup>.

La consumazione processuale, intesa come efficacia estintiva del diritto sostanziale derivante dall'esercizio dell'azione, già attribuita alla *litis contestatio* nel processo formulare romano ed in seguito abbandonata<sup>88</sup>, si configurava soltanto per i rapporti obbligatori e non pare potersi adattare al nostro ordinamento processuale, assai diverso dal processo formulare romano.

Nel nostro processo, infatti, la lite giudiziale non cade su un rapporto obbligatorio nel quale sia determinata la prestazione che l'attore pretende dal convenuto, bensì su un

---

<sup>86</sup> Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1991, pagg. 215 ss..

<sup>87</sup> Clarich, *Giudicato cit* 323; Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, Giuffrè, 1987, pagg. 324 e ss.

<sup>88</sup> Pugliese, voci *Giudicato civile (storia) e (diritto vigente)*, Enc. dir., XVIII, Milano, 1969, pagg. 866 ss..

atto di esercizio di un potere sostanziale di cui la parte convenuta conservi la titolarità anche dopo la conclusione del processo<sup>89</sup>.

La teoria della consumazione del diritto di azione non spiega il caso del diritto di invalidazione esercitato in modo tale da non poter condurre alla pronuncia sul merito: così con riguardo all'estinzione, la norma dell'art. 310 c.p.c. rimarrebbe priva di significato, perché, se la possibilità di un nuovo esercizio del diritto d'azione esiste, ciò significa che la consumazione del diritto d'azione in realtà non si è verificata.

L'uso dell'idea di consumazione del diritto di azione viene ripresa per garantire la stabilità del giudicato, affermandosi che in caso di accoglimento per vizi formali si può escludere l'impugnabilità del nuovo atto immune da vizi formali per essere questo, sotto il profilo del contenuto, meramente confermativo di quello precedente di cui, però, il destinatario aveva ritenuto di non dolersi.

Per contro, nel caso di vizi sostanziali *nulla questio* se l'amministrazione adduce nuovi fatti costitutivi del potere, essendo evidente che il giudicato non gode in tal caso di alcuna stabilità.

Il problema della reiterabilità del provvedimento dopo il giudicato di annullamento per vizi sostanziali si pone invece per i fatti costitutivi del potere già adducibili in sede di originaria formulazione del provvedimento annullato ma non adottati.

È stato proposto di risolvere questo problema, costruendo in capo alla P.A. l'onere di allegare tutto ciò che

---

<sup>89</sup> Cacciavillani, *op. cit.* 314.

costituisce causa di giustificazione, allorché esercita il suo potere.

Così il ricorrente sarebbe tenuto a dedurre tutti i vizi deducibili, la cui dichiarazione di fondatezza produrrebbe a carico dell'amministrazione un effetto preclusivo pieno<sup>90</sup>.

Ma, affinché si configuri analogo onere a carico della P.A., i fatti costitutivi devono essere tra loro omogenei: *e.g.* non sarebbe ragionevole imporre alla P.A. di addurre ragioni che presuppongono un'istruttoria approfondita, quando il contenuto del provvedimento si impone per ragioni che non richiedono alcun approfondimento istruttorio.

Né un onere siffatto lo potremmo ricavare dalla regola dell'art. 10 *bis* della legge n. 241 del 1990, dal quale non si evince che l'onere introdotto dalla disposizione a carico della P.A. si riferisca a ragioni ostative ulteriori rispetto a quelle che sono immediatamente evincibili.

La non omogeneità dei fatti costitutivi del provvedimento deducibili ma non dedotti renderebbe pertanto difficile l'opera di unificazione sotto il profilo dell'onere di compiuta allegazione gravante sulla P.A. in sede procedimentale.

In forza dell'asserita preclusione alla P.A. di riemanare un atto di uguale contenuto per ragioni diverse da quelle addotte, la stessa P.A. verrebbe, inoltre, gravata di conseguenze pregiudizievoli uguali a quelle che deriverebbero dall'accertamento giudiziale della loro non opponibilità al ricorrente, evitabili soltanto qualora si ammettesse un onere della P.A. di allegare nel corso del processo le ulteriori ragioni,

---

<sup>90</sup> Clarich, *Giudicato cit.*.

originariamente non addotte, che giustificano il provvedimento impugnato<sup>91</sup>, il che non è ammesso dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

La regola, secondo cui la P.A. non può allegare in corso di causa i fatti costitutivi del potere già esercitato diversi da quelli dedotti, si è formata in un sistema in cui l'accesso alla giurisdizione era consentito solo a fronte di atti connotati da definitività; questa disciplina legislativa era idonea a spiegare perché l'amministrazione nel processo non potesse svolgere attività difensive in relazione alle doglianze formulate dal ricorrente.

Venuta meno la necessaria preclusione del ricorso gerarchico per proporre ricorso giurisdizionale, non vi sarebbero stati più ostacoli a che, in corso di causa, la P.A. potesse vagliare diversamente l'interesse pubblico, compiendo quelle valutazioni che prima poteva compiere in sede di ricorso gerarchico, o comunque esercitare i poteri di modifica o di integrazione del provvedimento inerenti alla potestà di autotutela.

Lo stesso istituto della cessazione della materia del contendere potrebbe fornire un argomento per fondare la tesi che riconosce il processo come strumento di controllo della legittimità del provvedimento impugnato ai fini della

---

<sup>91</sup> Trimarchi Banfi, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in Dir. proc. amm. 2003, pag. 409; Zito, *Integrazione della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, in Dir. proc. amm., 1994, pag. 577; Virga, *Integrazione della motivazione nel corso del giudizio e tutela dell'interesse alla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato*, in Dir. proc. amm., 1993, pag. 516.; critico, invece, Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987.

cessazione del contendere ma anche ai fini dell'eliminazione dei altri vizi che lo inficiano.

Diversamente, se si configura il diritto di difesa del ricorrente come diritto alla pronuncia sul provvedimento impugnato alla stregua dei vizi dedotti, si finisce per attribuire centralità al processo che, ove pendente, precluderebbe l'esercizio del potere amministrativo, salvo i casi in cui esso dia luogo alla cessazione della materia del contendere.

La problematica dell'esercizio del potere amministrativo in corso di causa viene diversamente risolta a seconda della prospettiva prescelta, processualistica o sostanzialistica.

Mentre secondo la prima il processo si configurerebbe come fonte di preclusione assoluta all'esercizio del potere amministrativo<sup>92</sup>, secondo la diversa prospettiva sostanzialistica sarebbe il potere amministrativo, in quanto forza in movimento, ad incidere sul processo stesso e ad avere la forza di precludere al giudice di pronunciarsi sulla fondatezza della domanda del ricorrente.

Ma l'affermazione che vi sia in capo all'amministrazione un onere di intervenire sul provvedimento nel corso del processo, modificandolo, integrandolo e adducendo ragioni non indicate in sede di emanazione dello stesso non equivale a sostenere l'inopponibilità di queste ulteriori ragioni al ricorrente vittorioso e di conseguenza l'impossibilità per la P.A. di emanazione di un nuovo provvedimento fondato su di esse.

Il richiamato disposto dell'art. 21 *octies*, comma 2, legge 241 del 1990 statuisce, con riferimento ai provvedimenti

---

<sup>92</sup> Marino, *Giudice amministrativo, motivazioni degli atti e "potere" dell'amministrazione*, Foro amm., TAR, 2003, I, pag. 338.

vincolati affetti dai vizi formali, che all'annullamento non si può dar corso quando è palese che il provvedimento impugnato non avrebbe potuto avere contenuto diverso, lascia intendere che ciò debba essere immediatamente evincibile dal provvedimento e dalle circostanze che hanno condotto alla sua emanazione, escludendo integrazioni o modifiche ad opera della P.A. in corso di causa.

Non sembra dunque che la dimostrazione da parte della P.A. della legittimità del provvedimento illegittimo o la convalida in corso di causa siano configurabili in termini di oneri in capo all'amministrazione il cui mancato esercizio determini a suo carico preclusioni al riesercizio del potere.

Come, infatti, l'esercizio dell'azione per un determinato fatto costitutivo non determina la consumazione del diritto di agire per fatti costitutivi diversi, così l'accoglimento della domanda di annullamento non preclude all'amministrazione di riesercitare il potere, adducendone un fondamento che anteriormente avrebbe potuto dedurre.

La forza preclusiva del giudicato va misurata esclusivamente avuto riguardo all'oggetto dell'accertamento giudiziale, entro i limiti fissati dal ricorrente nel ricorso introduttivo.

L'accertamento giudiziale non costituisce una soggezione *ab libitum* della parte soccombente; né sarà mai pregiudicato l'esercizio di poteri conformativi della P.A. che, fuori da quell'ambito, conservano l'idoneità a determinare un assetto difforme da quello fissato nella pronuncia giudiziale.

## **2.4 L'interesse legittimo**

Secondo il modello della giurisdizione obiettiva, il giudice amministrativo, al pari del giudice penale, viene investito del compito di tutelare l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata, non l'interesse individuale, ossia l'interesse alla legittimità degli atti amministrativi<sup>93</sup>.

A tale modello di giurisdizione di tipo obiettivo si contrappone quello prevalentemente accolto della giurisdizione soggettiva, secondo il quale il processo amministrativo si configura come un giudizio di responsabilità improntato al principio dell'azione intesa in senso astratto, a quello dispositivo (inteso come potere di scegliere il tipo di azione proponibile e di graduare i motivi di ricorso) e a quello del giusto processo davanti ad un giudice terzo.

La prospettiva individualistica sottesa al modello della giurisdizione soggettiva impone, inoltre, il ripensamento ed il superamento della figura dell'interesse legittimo, inteso quale riconoscimento della subordinazione del cittadino all'interesse pubblico e argomento fondante per la specialità del giudice amministrativo<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> Connotato per il limitato ruolo del contraddittorio nella definizione del *thema decidendum* e per la negazione del potere delle parti di fissare l'ordine dei motivi di ricorso, il modello pubblicistico del giudizio amministrativo si fondava su un metodo istruttorio di tipo inquisitorio e per un ambito di cognizione (la valutazione dell'illegittimità e non il complessivo comportamento colposo della p.a.), che consentivano di giungere ad una decisione in tempi brevi. La necessaria cognizione dell'illegittimità dell'atto da parte del giudice amministrativo comporta altresì la sopravvivenza della regola della pregiudiziale amministrativa.

<sup>94</sup> Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, ed. 2006, Torino, pag. 55: “Se minore è la ragione di una differenziazione negli istituti, minore risulta anche la giustificazione per una categoria speciale del diritto amministrativo com'è l'interesse legittimo”.

A seguito del riconoscimento della tutela risarcitoria a favore degli interessi legittimi di cui alla già citata sentenza della Corte di Cassazione 500/99, non vi è più differenza, ma assimilazione tra le due categorie di situazioni giuridiche soggettive rappresentate dai diritti soggettivi e dagli interessi legittimi<sup>95</sup>.

Venendo meno il carattere di alterità rispetto al diritto soggettivo, l'interesse legittimo passa ad essere considerato alla stessa stregua di un diritto soggettivo garantito dall'ordinamento a ragione dell'interesse individuale del suo titolare; non più dunque una posizione giuridica che si contrapponga alla discrezionalità e uno strumento di tutela minore di un bene della vita, ma una *specie di diritto* conoscibile da un giudice speciale.

Ciò equivale, peraltro, ad accettare la *scomparsa* della categoria del potere amministrativo: il riconosciuto rilievo della distinzione tra profili giuridicamente regolati e profili demandati alle valutazioni della P.A., tra piano della posizione giuridica soggettiva e piano dell'interesse pubblico, comporta che alla posizione del cittadino protetta dall'ordinamento come diritto soggettivo debba corrispondere la titolarità in capo all'Amministrazione di veri e propri obblighi<sup>96</sup>.

La dottrina ha sostenuto, al riguardo, che si tratti di “*diritto soggettivo alla legittimità dell'atto amministrativo*”, la cui osservanza costituisce l'oggetto dell'accertamento

---

<sup>95</sup> Abbamonte, *Alcune riflessioni sull'evoluzione di concetti ed indirizzi sulla giustizia nell'amministrazione e sulla cooperazione tra giurisdizioni*, in *Le nuove frontiere del giudice amministrativo*, Il Nuovo Processo Amministrativo, Milano, Giuffrè, pag. 89.

<sup>96</sup> In termini critici nei confronti di questa teoria sostenuta da Orsi Battaglini si è espresso Travi, secondo il quale l'interesse legittimo e la nozione di potere amministrativo manterrebbero la propria utilità, *op. ult. cit.*, pag. 106.

principale del giudice in sede giurisdizionale<sup>97</sup>; peraltro, intendendosi l'interesse legittimo come “*diritto all'annullamento dell'atto*”, si finisce per tornare alla prospettiva del modello di giurisdizione oggettiva improntato sull'azione autoritativa della P.A. e sulla prevalente tutela dell'interesse pubblico.

---

<sup>97</sup> Travi, *Rileggendo Orsi Battaglini, alla ricerca dello stato di diritto per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, in *Dir. pubbl.*, 2006, pagg. 91 e ss..

## **Capitolo 3**

### **Il Principio di effettività**

#### **3.1 Prodromi**

Fatte tali debite premesse con riferimento alla storia della giustizia amministrativa in Italia da un lato, con le fondamentali influenze del diritto comunitario, ed, in particolare, ai diritti soggettivi ed agli interessi legittimi dall'altro, possiamo passare più nel vivo della nostra trattazione.

Negli ordinamenti giuridici moderni è fatto notorio che le garanzie per il cittadino leso da un atto della P.A. si concentrino nelle proclamazioni di effettività della tutela giurisdizionale e nel diritto al giusto processo, munite di ampia copertura garantista tanto nell'ordinamento interno, *ex* articoli 2, 3, 24 e 111 della Costituzione<sup>98</sup>, quanto in quello internazionale, convenzionale e comunitario<sup>99</sup>, ed assurti a diritti inviolabili dell'uomo<sup>100</sup> a dispetto di una loro espressa enunciazione ed esplicitazione.

Perché è proprio dall'ultimo rilievo condotto, ovvero dall'espressa o meno proclamazione dell'una e dell'altra garanzia, e nella linea di confine creatasi tra l'una e l'altra, che sorge l'importanza di una loro ricostruzione, per meglio

---

<sup>98</sup> Chiarloni, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in Riv.trim.dir.proc.civ., 2008.

<sup>99</sup> Tarzia, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in Riv.dir.proc., 2001, pag. 1 e ss..

<sup>100</sup> Cecchetti, *Giusto processo* (diritto costituzionale), in *Enc.dir.*, aggiornamento, V, Milano, 2001, pag. 614.

chiarire, in un loro reciproco e vicendevole confronto<sup>101</sup>, le prerogative della funzione giurisdizionale, secondo un'esigenza tutt'altro che di scarsa importanza, come comprovano recenti contributi scientifici<sup>102</sup> e convegni di studio sul tema<sup>103</sup>.

Se, difatti, non vi è alcun dubbio che il giusto processo<sup>104</sup> consista in un canone oggettivo di esercizio della funzione giurisdizionale, elevato dal 1999<sup>105</sup> a principio di rango supremo, ed in quanto tale riportato allo *ius naturale*, divenendo l'unico metodo ammissibile per l'attuazione della

---

<sup>101</sup> Petrillo, *Brevi note sui profili applicativi dell'art. 111 Cost. ("Giusto processo") al processo tributario*, in *Giust.civ.*, 2006, fasc. 12, pag. 547.

<sup>102</sup> L'interesse sempre più diffuso per il principio di effettività si coglie anche nella recente attenzione dedicata dalla dottrina nel favorirne una ricostruzione. Così, ad esempio, si vedano Oriani, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2007; Puleo, *Quale giustizia per i diritti di libertà? Diritti fondamentali, effettività delle garanzie giurisdizionali e tecniche di tutela inibitoria*, Milano, 2005; Sica, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza, nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1991.

<sup>103</sup> Il riferimento va ai più recenti convegni di studio ai quali si è preso parte e nei quali, seppur da poliedrici angoli prospettici, si sono discussi temi afferenti il principio *de quo*. Si ricordano: Libera Università Mediterranea, Gioia del Colle (BA), 27 marzo 2009, convegno dal titolo "*Effettività della tutela e giurisdizione*"; Università di Messina, 3 aprile 2009, convegno dal titolo "*Dichiarazione di Inizio di Attività*"; Università Mediterranea, Reggio di Calabria, 21 aprile 2009, convegno dal titolo "*La tutela dell'ambiente nella governance multilivello: confronto italo-spagnolo*"; S.I.A.A., Roma, 29 aprile 2009, convegno dal titolo "*Accesso agli atti e tutela della riservatezza*"; S.S.P.A., Acireale (CT), 26 maggio 2009, convegno dal titolo "*La cultura amministrativa nell'area del mediterraneo*"; Università della Calabria, Copanello (CZ), 3/04 luglio 2009, convegno dal titolo "*Cittadinanza e diritti delle generazioni future*"; Università Mediterranea, Gambarie d'Aspromonte (RC), 23/25 luglio 2009, convegno dal titolo "*Diritto ed Economia dell'Ambiente*"; A.N.M.A., Siracusa, 30-31 ottobre 2009, Convegno Nazionale di Studi, "*La codificazione del processo amministrativo: riflessioni e proposte*"; Università Mediterranea, Reggio Calabria, 4 febbraio 2010, lezione magistrale del Prof. I.M. Marino "*Autonomie e democrazia*"; Università Magna Graecia, Catanzaro, 13 maggio 2010, convegno dal titolo "*Il Giudice amministrativo oggi e le ragioni della codificazione*"; Università Magna Graecia, Catanzaro, 17 giugno 2010, convegno dal titolo "*Il ricorso straordinario dopo la legge n. 69 del 2009*"; Università Mediterranea, Copanello (CZ), 2 luglio 2010, convegno dal titolo "*I diritti dopo il Trattato di Lisbona*" e, da ultimo, S.S.P.A., Acireale (CT), 7 ottobre 2011, convegno dal titolo "*Mobilità delle idee e mobilità delle culture nell'Unione Europea*".

<sup>104</sup> Lanfranchi, voce *GIUSTO PROCESSO*, I) Processo civile, in *Enc.giur.* Roma, 2001.

<sup>105</sup> L'articolo 111 della Costituzione, nel testo novellato dalla l. cost. n.2 del 1999, sancisce che la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge e che ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale.

giurisdizione, altrettanta chiarezza concettuale sembra non esserci con riferimento al principio di effettività, per lungo tempo ricostruito alla stregua di un corollario del diritto di azione.

Anche da una così superficiale e semplicistica ricostruzione, sembra del tutto evidente la necessità di definire la portata sia dell'uno sia dell'altro precetto, soprattutto a fronte di recenti teorizzazioni che ci offrono nuovi spunti di indagine, volte a riaffermare l'autonoma connotazione<sup>106</sup> della garanzia di effettività che sembrerebbe palesarsi quale ideale *liaison* tra il procedimento, che deve essere giusto, ed il risultato della funzione giurisdizionale che deve tendere verso la giustizia della decisione<sup>107</sup>.

Sicché, secondo tale ricostruzione, se il principio di effettività diviene garanzia del rimedio giurisdizionale nella realizzazione dei diritti e parametro valutativo dell'idoneità dei metodi e delle tecniche di tutela a perseguire l'obiettivo che la giurisdizione deve assicurare, la sua portata minima si comprende tanto in relazione al diritto di azione quanto in rapporto al processo ed al provvedimento finale.

Da qui in avanti, infatti, le recenti tesi per il quale l'effettività consista in un *quid* che dà impulso al processo, pur

---

<sup>106</sup> Secondo Verde, *Profili del processo civile*, Napoli, 1991, pag. 4, il precetto dell'articolo 24, primo comma Cost., non si limiterebbe ad assicurare l'accesso ad un giudice, bensì garantirebbe l'effettività della tutela, eliminando "qualsiasi limitazione che ne renda impossibile o difficile l'esercizio da parte di uno qualunque degli interessati" e realizzando un giusto processo.

<sup>107</sup> In senso analogo nuovamente Chiarloni, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, cit.. In senso tendenzialmente analogo si vedano Carratta, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in Riv.dir.proc., 2003, pag. 36 e ss.; Comoglio, *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino, 2004, soprattutto pagg. 276 e ss.; Pivetti, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, in *Il nuovo art. 111 della costituzione e il giusto processo civile*, 2005, pagg. 63 e ss..

risolvendosi negli effetti promananti dal provvedimento assunto al suo esito, ci trova d'accordo, convinti come siamo che l'effettività della tutela giurisdizionale venga assicurata dall'*input* procedimentale all'*output* giustiziale, grazie al rispetto dei canoni del giusto processo.

Secondo il patrimonio comune degli ordinamenti giuridici moderni, la funzione giurisdizionale trova, difatti, il proprio avvio nell'esercizio del diritto di azione, nella *in ius vocatio* di romana memoria.

Sul piano della legislazione sovranazionale, il relativo diritto, vale a dire quello dell'agire in giudizio per la tutela dei diritti, trova il proprio fondamento nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948; in ambito europeo, pari principio viene espresso nella Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali del 1950<sup>108</sup>, il cui articolo 6 consacra da lungo tempo quel diritto al giusto processo<sup>109</sup>, sancito dal nostro ordinamento nell'articolo 111 della Costituzione<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> Nata nell'ambito del primo organismo politico europeo, il Consiglio d'Europa, e comunemente detta Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Per un approfondimento De Salvia, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, terza edizione, Napoli, 2001.

<sup>109</sup> Il primo paragrafo dell'articolo 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nel testo autentico in lingua inglese, recita testualmente: "*in the determination of his civil rights and obligations...everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law*", ed in quello autentico in lingua francese "*toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations, sur ses droits et obligations de caractère civil*". Dalla lettura delle versioni linguistiche ufficiali, emerge con netta evidenza che le garanzie in esso contenute arrivano a conclusione "*di un iter procedimentale equo, stante il rispetto di alcuni principi fondamentali quali la terzietà del giudice ed il diritto al contraddittorio, la pubblicità del giudizio e la sua ragionevole durata, facendo anche del processo un mezzo idoneo a realizzare l'intento perseguito*", ovvero "*un'unione più stretta tra i Membri del Consiglio d'Europa, al fine di salvaguardare e promuovere un patrimonio comune di tradizioni e di ideali politici, di rispetto della libertà e di preminenza del diritto*". Per un approfondimento

Parimenti, nello spazio giuridico interno, il rilievo del diritto di azione<sup>111</sup>, quale concreto mezzo di attuazione delle situazioni soggettive bisognose di tutela<sup>112</sup>, viene consacrato nel primo comma dell'articolo 24 della Costituzione, in cui si afferma che *“tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi”*<sup>113</sup>.

Se, dunque, il costituente ha individuato nel diritto di azione lo strumento che assicura, per mezzo del processo, la tutela giurisdizionale dei diritti, diviene allora necessario comprendere quali caratteri esso debba assumere affinché il rimedio al quale perviene possa considerarsi effettivo in rapporto alle istanze di tutela avvertite.

In altri e più semplici termini, occorre, cioè, cogliere i legami sussistenti tra il processo, le ontologiche garanzie di

---

si veda Vignera, *Garanzie costituzionali del diritto alla tutela giurisdizionale e durata del processo*, 2004, in [www.ambientediritto.it](http://www.ambientediritto.it).

<sup>110</sup> Tarzia, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, cit., pag. 3, il quale mette in evidenza il valore del “diritto al giudizio” dell'esperienza comunitaria, ovvero del riconoscimento di una serie di prerogative che qualificano la manifestazione dell'azione nel processo per la tutela delle posizioni di vantaggio dei titolari.

<sup>111</sup> Ricostruito dal legislatore costituente omettendo ogni definizione del contenuto e preferendo renderne certa la natura, tanto da definirla in termini di “diritto”, ovviamente processuale, di adire il giudice per la tutela delle proprie posizioni di vantaggio riconosciute sul piano sostanziale, tanto è vero che, come ha recentemente ricordato Taruffo, *Considerazioni sulla teoria chiovendiana dell'azione*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2003, pag. 1147 - *“...senza l'elaborazione di un concetto generale ed unitario di azione sarebbe stato molto difficile, se non impossibile, giungere alla formulazione della garanzia fondamentale dell'azione e dell'accesso alla tutela giurisdizionale che è contenuta nel comma 1° dell'art. 24 Cost.”*.

<sup>112</sup> E non già, dunque, da concepirsi in termini formalistici ed astratti, quale mera possibilità o libertà di agire in giudizio, priva di diretta incidenza sulla struttura e sullo svolgimento del processo.

<sup>113</sup> Il comma citato fissa il principio dell'inviolabilità del diritto alla tutela giurisdizionale, antepoendolo, in via logica, all'enunciazione dell'altro principio inviolabile, vale a dire il diritto alla difesa in ogni stato e grado del procedimento. Per una chiara e recente ricostruzione sul rapporto tra diritto di azione e difesa nell'ottica dell'effettività della tutela giurisdizionale, si veda Comoglio, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1991, pag. 639.

giustizia con le quali esso viene condotto e l'effettività della tutela impartita.

Seppure, come abbiamo già accennato, il dogma dell'effettività fosse stato propugnato già dalla dottrina classica del processo civile, traducendosi nel noto motto chiovendiano<sup>114</sup> del “*tutto quello e proprio quello*” che il mezzo processuale deve assicurare al titolare del diritto, è solo grazie all'interpretazione promossa dalla dottrina e dalla giurisprudenza, principalmente comunitaria, di alcune norme convenzionali<sup>115</sup> che se ne è individuato il fondamento minimo, assurgendo a canone ermeneutico dell'ordinamento giuridico<sup>116</sup>.

Per molto tempo la dimensione tradizionale del principio di effettività è stata, difatti, ricondotta al mero dato procedimentale, ovvero alla garanzia del giusto processo e ai corollari nei quali esso si sostanzia. Tant'è vero che, come comprovano alcune tra le prime pronunce emesse dalla Corte Costituzionale in relazione all'esercizio della funzione giurisdizionale<sup>117</sup>, la sussistenza di una tutela effettiva veniva sindacata in rapporto al potere dispositivo delle parti,

---

<sup>114</sup> Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, I, Napoli, 1935, ristampa 1965, pagg. 39 e ss.; ID, *Della azione nascente da contratto preliminare*, in *Riv.dir.comm.*, 1911, ripubblicato in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, I, Milano, ristampa 1993, pagg. 101 e ss., al quale si deve la celebre definizione del “*tutto quello e proprio quello*” a cui il processo è chiamato, al fine di perseguire l'utilità, il bene della vita, per la realizzazione del quale si richiede la tutela giurisdizionale che, per garantire un simile risultato deve essere effettiva. In termini analoghi si veda Calamandrei, *L'avvenire dei diritti di libertà*, in *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1968.

<sup>115</sup> Fra tutti il già citato articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e 14 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo.

<sup>116</sup> Trocker, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*. Parte prima, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2007, 1, pagg. 35 e ss..

<sup>117</sup> Corte Cost. n. 98 del 27 dicembre 1965, in *Foro it.*, 1966, I, pag. 13 e Corte Cost. n. 18, 2 febbraio 1982, in *Foro it.*, 1982, I, pag. 938.

risolvendosi nella proposizione della domanda giudiziale, nel riconoscimento di alcuni poteri, facoltà ed iniziative indispensabili per ottenere la tutela concreta del diritto leso, nonché nella predisposizione di concreti strumenti di attuazione, anche differenziati, accessibili da chiunque ne avesse bisogno per la realizzazione di qualunque situazione sostanziale azionata<sup>118</sup>.

Dobbiamo attendere gli ultimi decenni del secolo scorso e l'avvento di quel fenomeno di positivizzazione delle situazioni giuridiche soggettive<sup>119</sup> a cui abbiamo già accennato, per rintracciare la dimensione assunta dal principio di effettività, ritenuto oggi strumento di integrazione e correzione del "diritto vigente".

I diritti di nuova generazione e le libertà fondamentali, cristallizzati negli ordinamenti nazionali grazie ad un'attività creativa, volta a promuovere, mediante l'impiego della legge

---

<sup>118</sup> Vedremo che il diritto costituzionale alla tutela giurisdizionale diviene pieno ed effettivo solo nella misura in cui vengano assicurati: a) il potere di avvalersi concretamente del processo e degli strumenti processuali disponibili nel corso del giudizio, compiendo tutte le attività idonee ad ottenere la tutela richiesta; b) il diritto di ottenere dal giudice la pronuncia di un provvedimento di merito sulla fondatezza della domanda; c) il diritto alla tempestività della tutela richiesta; d) il diritto alla prova; e) il diritto di ottenere, in caso di accoglimento nel merito della domanda proposta, l'esecuzione concreta ed effettiva del provvedimento assunto (i.e. il diritto alla tutela esecutiva); f) il diritto di chiedere e di ottenere l'adozione delle misure cautelari idonee, anche *ante causam*, ad assicurare l'utilità pratica e reale del provvedimento, (i.e. il diritto alla tutela cautelare). Si veda Andolina-Vignera, *I fondamenti costituzionali della Giustizia civile*, Torino, 1997, pag. 63

<sup>119</sup> La positivizzazione dei diritti consiste in una pratica creativa di nuovi diritti, ovvero in un'attività condotta ed assicurata dalla traduzione dei principi supremi contenuti nelle Carte fondamentali e nelle Dichiarazioni Internazionali in legge ordinaria dello Stato. Nel nostro ordinamento giuridico tale attività viene condotta in applicazione di alcuni canoni ermeneutici, tra i quali rilevano in particolar modo gli articoli 2 e 3 della Costituzione rifacendosi agli indirizzi promossi dalle Corti di legittimità e di merito. Per un approfondimento sul fenomeno della positivizzazione dei diritti e l'emersione suo tramite di nuovi diritti si vedano: Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989; Grossi, *Introduzione ad uno studio dei diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972.

ordinaria<sup>120</sup>, i diritti e le libertà fondamentali sanciti nella Carta costituzionale e nei testi convenzionali<sup>121</sup>, hanno, infatti, portato nuova linfa alle istanze volte alla richiesta di tecniche giustiziali idonee ad assicurare un garantismo attivo della funzione giurisdizionale esercitata e del risultato conseguito<sup>122</sup>, appalesandosi sul duplice piano della tutela sostanziale e di quella giurisdizionale.

E', pertanto, necessario ricordare come il principio di effettività sia stato proclamato dalla Consulta con calorosa intensità in più occasioni, benché occorra attendere il 1990, in particolare la pronuncia della sentenza n. 470<sup>123</sup>, per rinvenirne un'espressa affermazione: *“la tutela giurisdizionale pur potendo essere disciplinata dal legislatore con modalità particolari in relazione alle situazioni giuridiche cui si riferisce, deve sempre essere effettiva e la sua disciplina non può risolversi in un suo sostanziale svuotamento”*.

Solo a partire dal 1995, con la sentenza n. 435 del 15 settembre, tenendo conto della diffusione nell'ambito

---

<sup>120</sup> Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989; Onida, *Costituzione italiana*, in *Digesto disc. Pubbl.*, IV, Torino, 1989, pag. 321; Triolo, *Primato del diritto e giustizia. Diritti fondamentali e costituzione*, Torino, 1996;

<sup>121</sup> Peces-Barba, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993, pag. 177 e ss. Tale dottrina costituzionalista afferma che i diritti e le libertà fondamentali costituiscano un nucleo normativo di principi pre-giuridici che si fondano su sistemi di norme di stampo ideologico-storico-politico-morale, i cui precetti si traducono in norme giuridiche per mezzo della legge, che diviene strumento di esistenza, ovvero *condicio sine qua non*, per la loro stessa validità.

<sup>122</sup> Secondo Puleo, *op.ult.cit.*, *Introduzione*, pag. 4-6, *“la complessità che anche la giustizia del XXI secolo assume, sconta difatti le profonde tensioni derivanti dalla dimensione internazionale e comunitaria dalla stessa assunta, mediante il demando di funzioni economiche, legislative, di ordine pubblico internazionale e di giustizia, che scardinano i tradizionali confini tra il diritto e la legge, l'autorità e la libertà, la sostanza e la forma, ed impongono un nuovo ordine sostanziale e processuale, predicante i principi fondamentali della democrazia, dell'eguaglianza, dell'effettività della tutela e delle garanzie di diritti ed interessi”*.

<sup>123</sup> Sta in *Foro it.*, 1990, I, pag. 3057.

comunitario della garanzia in questione, la Corte costituzionale ha iniziato apertamente a rifarsi a tale principio, affermando che: *“l’effettività della tutela giurisdizionale è connotato intrinseco della stessa funzione giurisdizionale”*: ciò sino al 2007, allorché, con parole diverse ma sostanzialmente di identico significato, la Consulta, con la pronuncia n. 77 del 12 marzo 2007<sup>124</sup>, ha dichiarato che: *“il principio di effettività della tutela giurisdizionale è criterio di integrazione e di correzione del diritto vigente”*.

---

<sup>124</sup> Sta in *Foro it.*, 2007, I, pag. 1013.

### 3.2 *Precisazioni terminologiche*

L'intensità con la quale abbiamo promosso, nelle pagine che precedono, l'impiego del termine *effettività*, nonché la rilevanza che esso assume per i fini a cui questo studio tende, ci convincono della necessità di delinearne pienamente la portata, muovendo dal dato lessicale.

Nella lingua italiana la storia del neologismo "*effettività*" comprova l'origine relativamente recente del termine<sup>125</sup>, nonché l'eterogeneità dei significati ad esso riconducibili.

Secondo un'accezione comune, tale termine viene difatti usato quale sinonimo di espressioni quali "*essere concreto*" ovvero "*essere reale*", a dispetto delle trattazioni storiche e filosofiche nelle quali esso assume una valenza molto più dotta, traducendo stati dell'essere e dell'avere.

Dobbiamo attendere il secondo dopoguerra per riscontrare l'impiego di questo termine anche nel linguaggio della scienza giuridica, ove il sostantivo "*effettività*" viene impiegato quale traduzione del termine inglese *effectiveness* ed in sostituzione del francesismo *efficacità*, discutibilmente spendibile, nella sua formazione lessicale oltreché dogmatica, nell'ordinamento italiano.

E' al diritto pubblico<sup>126</sup>, ed in particolare alla scienza internazionalista, che dobbiamo preferibilmente riferirci per rintracciare i primi contributi sul principio *de quo* e, nei quali, esso veniva speso per tradurre quel *quid* connotante la soggettività giuridica internazionale, presupposto in forza del

---

<sup>125</sup> Piovani, *Effettività* ( principio di), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1965, vol.XIV.

<sup>126</sup> D'Andrea, voce *Effettività*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S.Cassese, Milano, 2006, pag. 2118-2123.

quale lo Stato, o ad altro ente, viene ricompreso tra i membri della comunità internazionale<sup>127</sup>.

Storicamente coevo a questo primo indirizzo nell'utilizzo del termine in parola è quello proprio della scuola del diritto costituzionale e della scienza della filosofia del diritto, per le quali esso, speso in relazione alla struttura ed alle prerogative dello Stato contemporaneo, risalta, secondo le elaborazioni di Kelsen e Santi Romano, quale sinonimo di legittimità<sup>128</sup>.

E' dunque all'opzione ricostruttiva promossa da Kelsen<sup>129</sup> ed all'insegnamento istituzionalista di Santi

---

<sup>127</sup> La dottrina internazionalistica classica ha sempre utilizzato il principio dell'effettività per riferirsi al requisito fondamentale dell'accertamento dell'esistenza vitale di un governo o di uno Stato e, quindi, per il riconoscimento della soggettività internazionale dell'uno o dell'altro; solo in un'ampia accezione, con riferimento al diritto dei trattati, il concetto di effettività è impiegato quale sinonimo di efficacia. Per un *excursus* storico, che affonda le proprie radici nella storia diplomatica, della genesi e dell'utilizzo di detto principio da parte della scienza internazionalistica si rinvia *ex plurimis* a: Ago, *Il requisito dell'effettività dell'occupazione in diritto internazionale*, Roma, 1934, pag. 98, 100 e 101; Betti, *Problematica del diritto internazionale*, Milano, 1956 da pag. 145 a pag. 172; Ottolenghi, *Il principio di effettività e la sua funzione nell'ordinamento internazionale*, in Riv.dir.int., 1936, pagg. 4-5; Salvioli, *L'effettività in diritto internazionale*, in Riv.trim.dir.pubbl., 1953, II, pag. 280.

<sup>128</sup> Per effettività, si tende ad intendere il criterio in base al quale è possibile riscontrare l'esistenza dello Stato, legittimamente costituita allorché una comunità politica, stabilmente stanziata su un territorio e nella quale esiste un governo, esercita per un periodo di tempo prolungatosi senza soluzione di continuità uno stabile e palese potere che proviene dal popolo e ad esso è rivolto. Per un approfondimento sulla teoria della soggettività internazionale dello Stato si vedano: Kelsen, *Théorie générale du droit International public. Problèmes choisis*, in *Recueil des cours (Académie de droit International de La Haye)*, 1932, IV, pag. 262 e ss; Vattel, *Droits des gens*, I, 1, Paris, 1758, pag. 4 e ss..

<sup>129</sup> Rispetto a Jellinek, Kant e Mortara, Kelsen è il più consapevole tra i teorici del principio di effettività, inaugurando un nuovo corso della teoria generale, della filosofia e della sociologia del diritto. A Kelsen si deve il merito di aver ricondotto il principio di effettività tanto al concetto di validità dell'ordinamento giuridico - che regola, come Egli afferma " *il comportamento di determinati uomini e si rinviene dal rapporto di dipendenza con il fatto che tale comportamento, realmente tenuto, corrisponde all'ordinamento, ovvero alla sua efficacia*" - quanto a quello di effettività della sanzione, quale conseguenza della tensione tra dover essere ed essere, ovvero quale conseguenza della mancata tenuta da parte degli uomini dei comportamenti prescritti dalla legge, benché, nella mente dell'Autore, detto principio spesso tenga luogo a quello dell'efficacia dell'ordinamento e delle sanzioni in esso previste. Per lo studio della teoria kelseniana della validità ed efficacia, ovvero dell'effettività dell'ordinamento giuridico e delle sanzioni, si rinvia alla sua opera più matura, KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad.it., Torino, 1965, pag. 77 e ss..

Romano<sup>130</sup> che si deve la riconduzione del principio di effettività ai concetti di validità e di efficacia, tanto dell'ordinamento giuridico, quanto della sanzione, con contestuale equiparazione del concetto nel quale esso si traduce a fondamento della positività dello Stato.

Dopo avere ricondotto la portata minima del principio di effettività, secondo un'accezione pubblicista, alle clausole di legittimità dello Stato nonché a quelle di positività, validità ed efficacia dell'ordinamento giuridico, secondo l'opzione ricostruttiva favorita dai fondatori della moderna teoria generale del diritto, dobbiamo chiarire il significato che tale principio assume intanto per il diritto processuale civile.

Come accennato, recenti studi condotti sul tema ne hanno rilevato l'ampia accezione assunta nell'ambito della funzione della giurisdizione civile, tra spazio giuridico interno ed internazionale.

In una prospettiva interna c'è stato chi<sup>131</sup>, partendo dalla notoria ricostruzione formulata sul punto anche da altra parte della dottrina<sup>132</sup>, ricorda che *“l'effettività si traduce nelle*

---

<sup>130</sup> Nel pensiero giuridico del novecento Santi Romano è l'unico giurista che si sia autonomamente interessato a temi segnatamente riconducibili a quello di cui ci occupiamo. Stante la teoria dell'istituzionalismo propugnata. Egli ha, difatti, elaborato il concetto minimo dell'effettività, pur senza attribuire ad esso la relativa denominazione. Per Santi Romano il criterio di effettività diviene, difatti, onnivale: non è regola internazionale, ma principio di ogni diritto che non voglia nascondere a sé stesso la vera fonte della propria positività, cosicché *“diritto è soltanto quello che ha avuto la forza di divenire tale e di imporsi come diritto positivo....lo stato legittimo – i.e. effettivo – è lo stato esistente e vitale”*. Per ogni più approfondito esame della teoria istituzionalista propugnata da Santi Romano si veda: Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1964, pag. 44; ID, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, ora in *Scritti minori* a cura di Zanobini, I, Milano, 1950, pag. 146 e ss.; ID, *Principi di diritto costituzionale generale*, seconda edizione, Milano, 1946, pag. 193; ID, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, pag. 220-223.

<sup>131</sup> Oriani, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2007, pag. 10 e ss..

<sup>132</sup> Comoglio, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in Riv.trim.dir.proc.civ., 1994, pag. 1063 e ss.

*garanzie desumibili dal primo alinea dell'articolo 24 della Costituzione, ovvero nella garanzia di accesso alle Corti, da intendersi quale tecnica possibilità di esercizio del diritto processuale di azione; nel parametro qualitativo del risultato conseguibile dall'attore ed infine, ma non per ultimo, nel carattere oggettivo della tutela in funzione delle situazioni giuridiche soggettive azionate*"<sup>133</sup>.

Ugualmente non priva di significato, come ricorda altra dottrina<sup>134</sup>, è poi quella tendenza ricostruttiva, recentemente in atto, che, in un'ottica procedimentale e di teoria generale della tutela giurisdizionale dei diritti, ne coglie la portata in rapporto ad alcune caratteristiche minime della tutela da impartire, vale a dire il diritto al giusto processo, la legittimità della tutela differenziata ed il diritto ad un prodotto giustiziale atipico ed elastico nell'ottica rimediale. Né dobbiamo dimenticare che nella dimensione transnazionale tale principio costituisce la *“parola d'ordine predominante nell'approccio comunitario al processo civile”*, rilevando sotto tre diverse direttrici di pensiero<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> Puleo, *Quale giustizia per i diritti di libertà*, cit., pag. 48 e ss., per il quale *“il primigenio nucleo concettuale di modello costituzionale di processo – riferendosi a quel modello di giudizio che assicura la pienezza della tutela giurisdizionale e dunque la sua effettività – si è appuntato essenzialmente sulle garanzie del diritto all'accesso al giudice e del diritto a difendersi provando”...*” la copertura costituzionale dell'accesso al giudizio, assicurato dalla facoltà di avvalersi delle tecniche processuali di tutela invocando l'intervento immediato del giudice, scevro da impedimenti o limiti di sorta, ha posto all'attenzione di dottrina e giurisprudenza la necessità di sottoporre al vaglio di compatibilità alla stregua del canone di effettiva tutela quelle ipotesi di giurisdizione c.d. condizionata, nelle quali l'esercizio della funzione giurisdizionale viene subordinato al previo esperimento di rimedi amministrativi ovvero all'osservanza di termini di decadenza, o, ancora, all'assolvimento di oneri patrimoniali”. Si veda, altresì, Andolina-Vignera, *I fondamenti costituzionali*, cit., pag. 80.

<sup>134</sup> Puleo, *op.ult.cit.*, pagg. 37 e ss..

<sup>135</sup> Biavati, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, Torino, 2003, pagg. 121 e ss.

La prima, particolarmente attuale, traduce la garanzia di effettività nelle istanze di semplificazione ed accelerazione dei procedimenti; la seconda via favorisce la circolazione dei provvedimenti giurisdizionali verso nuovi ambiti e con l'impiego di sempre più frequenti automatismi<sup>136</sup>, mentre la terza direttrice di pensiero valorizza la tutela provvisoria e cautelare.

Se quelle appena richiamate rappresentano per noi vecchie e nuove frontiere del dogma dell'effettività, principio immanente dell'ordinamento giuridico e motivo principale di innumerevoli studi condotti sul sistema delle tutele giurisdizionali<sup>137</sup>, la necessità di coglierne l'esatta portata ci suggerisce di rintracciarne, ulteriormente, fondamenti e caratteri.

Scriveva, difatti, Chiovenda, che il principio di effettività costituisce la *“vivida stella che irradia la sua luce sull'intero sistema”*<sup>138</sup>, e che assicura *“tutto quello e proprio quello”*<sup>139</sup> che

---

<sup>136</sup> Oriani, *op.ult.cit.*, pag. 10-11, ricorda l' "espatriabilità" delle sentenze in materia minorile e familiare, ovvero alla circolazione del titolo esecutivo europeo.

<sup>137</sup> Proto Pisani, plurimi articoli ripubblicati in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, volti ad accertare la funzione strumentale del processo, l'efficienza e l'effettività della tutela giurisdizionale.

<sup>138</sup> Andrioli, *Progresso del diritto e stati del processo*, in Scritti in memoria di P.Calamandrei, V, Padova, 1958, pag. 409, ripubblicato in ID, Scritti giuridici. I. Teoria generale del processo. Processo civile, cit., pag. 61.

<sup>139</sup> Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile* cit., pag. 39 e ss. *“la volontà della legge tende ad attuarsi nel campo dei fatti fino alle estreme conseguenze praticamente e giuridicamente possibili. Conseguentemente il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire. Un principio così generale non è, né ha d'uopo d'essere, formulato in alcun luogo. Non esiste alcuna norma espressa che assicuri l'azione al creditore insoddisfatto d'un capitale mutuato: le norme del codice civile sul mutuo riguardano gli obblighi delle parti, non l'azione; gli artt. 35 e 36 del codice di procedura civile presuppongono una norma più generale che conceda l'azione, ma non la contengono; pure nessuno dubita che l'azione ci sia. Il processo come organismo pubblico di attuazione della legge è per se stesso fonte di tutte le azioni praticamente possibili, che tendono all'attuazione di una volontà di legge”*, cosicché il principio del *“tutto quello e proprio quello”* si traduce in

il processo civile, mezzo di espressione della funzione giurisdizionale, è chiamato ad offrire per il perseguimento del bene della vita azionato.

Per proseguire nella nostra indagine occorre, allora, ricercare i fondamenti minimi dell'effettività della tutela giurisdizionale quale regola fondamentale del processo<sup>140</sup>, riferendoci all'importante ruolo giocato dalla Corte di Giustizia nell'attività di fatto condotta per rapportare la garanzia in questione *“al giusto processo, alla tutela differenziata ed al diritto ad un prodotto giustiziale atipico ed elastico nell'ottica rimediale”*<sup>141</sup>.

---

qualunque modo di attuazione della legge e strumento tramite il quale produrre il relativo effetto, purché lecito e possibile.

<sup>140</sup> si veda Andolina, *Processo ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., pag. 25-26, per il quale il brocardo chiovendiano *“assurge via via a stella polare per orientare la rotta del processo, parametro su cui misurare il tasso di effettività giurisdizionale del processo”*, e Picardi, *Manuale del processo civile*, cit., pag. 16, secondo il quale *“il risultato emblematico delle sinergie fra metodo tecnico giuridico e metodo sociologico può essere considerata la formulazione del principio di effettività che si è affiancato a quello del garantismo”*.

<sup>141</sup> Puleo, *op.ult.cit.*, pag. 37-111.

### **3.3 L'influenza della giurisprudenza comunitaria**

Sin qui abbiamo posto l'accento sul significato usualmente assunto dal termine "effettività", accennando agli stretti legami intercorrenti tra di esso ed i concetti di uguaglianza, di efficacia e di validità<sup>142</sup>.

Tuttavia, dobbiamo ancora approfondire l'esatto significato che il termine assume e le implicazioni che dal principio ad esso sotteso discendono.

Non a caso, nonostante la ricca e copiosa elaborazione concettuale promossa sul principio *de quo* dalla dottrina e dalla giurisprudenza, le difficoltà che ancora incontriamo nel ricostruire la garanzia nella quale esso si risolve derivano da una considerazione ancora superficiale dello stesso. Sebbene il legislatore, costituente od ordinario, affermi e proclami, con grande forza, i valori fondanti la giurisdizione e la tutela suo tramite impartibile, sancendo il principio del giusto processo ed individuandone corollari e sotto principi, nessun accenno viene speso sull'effettività<sup>143</sup>.

Ciò perché, probabilmente, si tratta di un principio considerato apodittico, immanente alla stessa funzione giurisdizionale, e tuttavia di difficilissima definizione, dato il carattere quasi evanescente che assume.

---

<sup>142</sup> Comoglio, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, cit., pagg. 1158 e ss..

<sup>143</sup> La China, *Giusto processo, laboriosa utopia*, in Riv.dir.proc. 2005, pag. 1125; Fazzalari, *Il giusto processo e i "processi speciali civili"*, in Studi in memoria di Angelo Bonsignori, Milano, 2004, Tomo I, pag. 361.

In una prospettiva interna, come abbiamo accennato, se ne è ricavato il fondamento minimo sulla scorta dell'interpretazione promossa dell'articolo 24 della nostra Carta costituzionale, riconnettendolo dapprima all'azione e, poi, a seguito dell'espressa enunciazione del principio del giusto processo ed in confronto ad esso, traducendolo in un carattere intrinseco, procedimentale, della tutela giurisdizionale dei diritti.

Abbiamo accennato come la teorizzazione del diritto all'azione, *i.e.* alla tutela giurisdizionale dei diritti, e del diritto al giusto processo, abbiano ampiamente goduto, nella loro definizione, delle influenze derivanti dalle fonti sovranazionali e dalle ricostruzioni operate dalla Corte di Giustizia, alla cui giurisprudenza pare opportuno riferirci anche per meglio comprendere la portata della garanzia di effettività.

Qualsiasi considerazione relativa alle libertà fondamentali ed all'effettività che deve connotarne la tutela sarebbe, difatti, sguarnita nel fondamento se non si operasse un rinvio all'ordinamento comunitario, fonte *super* primaria di ogni paese membro, ed all'opera concretizzatrice promossa su di esse dalla Corte di Giustizia, in forza del primato dell'ordinamento comunitario su quello degli stati membri<sup>144</sup> e della attrattiva derivante dalla ricostruzione di istituti e principi.

---

<sup>144</sup> Benazzo, *Diritti fondamentali, giudici costituzionali e integrazione europea*, in Riv. it.dir.pubbl.com, 1998, pag. 847; Cannizzaro, *Tutela dei diritti fondamentali nell'ambito comunitario e garanzie costituzionali secondo le corti costituzionali italiana e tedesca*, in Riv.dir.internaz., 1990, pag. 372. Recchia, *Corte di Giustizia delle comunità europee e tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca. Verso un "catalogo" europeo dei diritti fondamentali?*, in La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario. Atti del Seminario (Roma, 15-16 ottobre 1990), Milano, 1991, pag. 123.

Non possiamo negare che il tema della tutela dei diritti fondamentali sia fortemente avvertito anche dalle Istituzioni dell'Unione; ce ne danno prova alcuni testi fondamentali quali il Trattato di Maastricht, che ha elevato la giustizia a terzo pilastro delle politiche comunitarie, e quello di Amsterdam, che ha trasformato le libertà fondamentali in principi fondanti l'Unione Europea.

Allo stesso modo, l'interesse per la tutela, anche giurisdizionale, dei diritti e delle libertà fondamentali, emerge con tutta evidenza dai testi della Carta di Nizza del 1999 e da quello della Costituzione europea del 2004<sup>145</sup>, nonché dal testo del Trattato di Lisbona, testimoniando come l'esigenza di assicurare ai diritti ed alle libertà fondamentali un adeguato apparato protettivo, si sia tradotta nella previsione di strumenti di tutela di tipo istituzionale che assicurino un continuo dialogo tra il cittadino comunitario e le Istituzioni<sup>146</sup>.

Più specificamente, la tutela delle libertà è stata perseguita nelle Istituzioni europee grazie all'attività promossa dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, in qualità di garante della uniforme applicazione ed interpretazione delle fonti di diritto comunitario, attraverso il controllo di legittimità degli atti adottati dalle Istituzioni comunitarie, la previsione del rinvio pregiudiziale e le diverse ipotesi di ricorso, per

---

<sup>145</sup> AA.VV., *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001; Ferrari, *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2002.

<sup>146</sup> Come il diritto di presentare una petizione al Parlamento Europeo; di rivolgersi direttamente alle istituzioni comunitarie e di ricevere una risposta; di denunciare al Mediatore europeo casi di cattiva amministrazione nell'azione delle istituzioni, degli organi o organismi dell'unione, tranne che per gli organi giurisdizionali, *et similia*.

legittimità degli atti ed in carenza, concorre a promuovere, talvolta *de jure condito*, alcuni principi fondamentali<sup>147</sup>.

Ed è proprio grazie all'attività condotta dalla Suprema Corte che la garanzia di effettività è stata elevata a canone ermeneutico della tutela giurisdizionale del cittadino<sup>148</sup>, esaltando l'integrazione tra il piano della tutela interna e quello della protezione comunitaria ed imponendo al giudice domestico, in assenza di esplicita disciplina comunitaria, di applicare le norme processuali e procedurali dell'ordinamento interno nella misura in cui garantiscano i canoni della proporzionalità, dell'adeguatezza e dell'effettività, assurti ad elementi indefettibili del modello europeo di tutela giurisdizionale voluto dalla Corte.

L'esplicito riferimento operato dalla Corte di Giustizia, nella sua giurisprudenza, al principio di effettività, ci consente, difatti, di meglio specificarne la portata, ricostruendone l'essenza.

Non vi è difatti alcun dubbio che per la Corte di Giustizia l'effettività della tutela giurisdizionale si traduca:

a) nella concreta protezione delle posizioni giuridiche, anche ove essa non venga contemplata dagli ordinamenti nazionali<sup>149</sup>;

---

<sup>147</sup> Biavati-Carpi, *Diritto processuale comunitario*, Milano, 1994; Biavati, *Prime note sulla giurisdizione comunitaria dopo il trattato di Amsterdam*, in Riv.trim.dir.proc.civ., 1998, pag. 805.

<sup>148</sup> Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia l'affermazione per la quale la tutela giurisdizionale effettiva costituisce principio fondamentale del diritto comunitario cui non possono sottrarsi né gli stati membri né le istituzioni UE riguardo agli atti da esse adottati, rappresenta, ormai da tempo, una costante di principio. Tra le tante pronunce si vedano le pronunce della Corte di Giustizia, già citate, Heylens, Emmot, *et similia*.

<sup>149</sup> C.G.C.E., Sentenza 10 aprile 1984, C-14/83, Von Colson e Kamann, in *Foro it.*, 1985, IV, c. 59.

- b) nell'esclusione di prove eccessivamente gravose ed onerose per le parti<sup>150</sup>;
- c) nell'inderogabile dovere di motivare gli atti e di darne comunicazione alle parti<sup>151</sup>;
- d) nell'esigenza di assicurare esecuzione effettiva e non simbolica ai provvedimenti<sup>152</sup>;
- e) nel diritto all'impugnazione degli atti<sup>153</sup>.

Né possiamo dubitare che, mediante la sua proclamazione in via di principio, la Corte, rimettendo al legislatore nazionale l'individuazione del giudice competente, richieda la predisposizione degli strumenti e delle tecniche di tutela più adeguate ed in grado di garantire l'attuazione degli obblighi comunitari, affinché, anche dinanzi al giudice nazionale, sia garantita una tutela effettiva<sup>154</sup>.

Nel tempo, l'eterogeneità dei modelli giurisdizionali di tutela presenti negli ordinamenti degli Stati membri ha difatti indotto la Corte a delineare meglio il principio in parola, dettando comuni regole di garanzia, volte ad uniformare i meccanismi di tutela<sup>155</sup>.

Grazie ad esse abbiamo così assistito alla traduzione di detto principio dal mero piano del c.d. effetto utile del

---

<sup>150</sup> C.G.C.E., Sentenza 8 novembre 1983, C-199/82, San Giorgio, *Foro it.*, 1984, IV, c. 297.

<sup>151</sup> C-222/86, Heylens citata sub nota 10.

<sup>152</sup> C.G.C.E., C-14/83, Von Colson e Kamann.

<sup>153</sup> C.G.C.E. C-152/80, Rewe citata sub nota 18.

<sup>154</sup> C.G.C.E. Sentenza 9 luglio 1995, C-179/94 nel c.d. caso Bozzetti; C.G.C.E. Sentenza 23 gennaio 1997, C-261/95, Palmisani.

<sup>155</sup> Andolina, *La cooperazione internazionale nel processo civile*, Relazione al X Congresso mondiale di diritto processuale della *International Association of Procedural Law* (Taormina, 17-23 settembre, 1995, pubblicata nei relativi Atti, in *Trans-national aspects of procedural law*, I-III, Milano, 1998 ed in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1996, pag. 755 ed in *Ricerche sul processo*, III. *Cooperazione internazionale in materia giudiziaria*, Catania, 1996, 1; Romano, *Enunciazione e giustizi abilità dei diritti fondamentali nelle Carte costituzionali europee. Profili storici e comparatistica*, in *Atti del Convegno in onore di F.T.Valiente*, (Messina, 15-16 marzo 1993), Milano, 1994.

provvedimento giurisdizionale a principio, per così dire basilare, del sistema di diritto comune<sup>156</sup>, cogliendosi nel pieno diritto di accesso alle Corti; nella semplificazione degli atti del processo; nell'essenzialità della difesa tecnica anche per i non abbienti; nel reciproco riconoscimento, nei diversi ordinamenti giuridici, delle decisioni giudiziarie; nella tendenziale uniformità delle norme processuali nazionali; nella previsione di meccanismi preventivi e successivi di conciliazione, con un netto *favor* verso la diffusione dei metodi di tutela alternativi allo strumento giurisdizionale.

Nel perseguire il nuovo obiettivo di “effettività comune”, ovvero di uno spazio giudiziario europeo fatto di garanzie coerenti ed uniformi, anche nella loro applicazione, in tutti gli ordinamenti nazionali<sup>157</sup>, è, tuttavia, evidente che la Corte di Giustizia abbia fatto tesoro anche dell'elaborazione teorica della Corte dei Diritti dell'Uomo<sup>158</sup>, che da tempo predicava un rafforzamento delle tutele delle posizioni giuridiche troppo spesso protette in modo lacunoso dagli ordinamenti nazionali, ed in particolar modo di quella offerta dalla Corte di Strasburgo sull'art. 6 della CEDU, in esplicitazione del noto principio dell'equo processo.

---

<sup>156</sup> Morbidelli, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001.

<sup>157</sup> Per perseguire uno spazio giudiziario comune europeo le Istituzioni comunitarie hanno utilizzato vari strumenti per agevolare nei paesi membri l'accesso alla giustizia, al riconoscimento delle decisioni giudiziarie; ad un maggior coordinamento delle norme di diritto processuale (cfr. Libri Verdi sull'accesso alla giustizia e sull'assistenza giudiziaria in materia civile).

<sup>158</sup> Sin dagli anni settanta dello scorso secolo la Corte europea dei diritti dell'Uomo non ha mancato di proclamare la necessità di prevedere un modello unico di giustizia nei vari ordinamenti giuridici nazionali, munito di identiche garanzie e assicuranti l'equo processo, affinché divenisse “*standard di interpretazione e di orientamento giudiziale, nell'integrazione o nel potenziamento dei sistemi interni*”. In merito, Corte europea: 22 febbraio 1984, Sutter; 24 novembre 1986, Gillow; 25 luglio 1987, Capuano. Si veda anche Fazzalari, *Per un processo comune europeo*, in Riv.trim.dir.proc., 1994, pag. 665.

Nel richiamarsi al dogma del *due process of law*<sup>159</sup>, la Corte di Giustizia, nella sua funzione “*nomofilattica dell’ordinamento comunitario*”, ha difatti proclamato il valore supremo delle garanzie della difesa e della ragionevole durata del processo, dei principi di economia processuale e di prevenzione del conflitto di giudicati<sup>160</sup>, rivolgendo la propria attività creatrice verso l’individuazione di un livello inderogabile di protezione, *c’est-à-dire* di *quantum* modale di tutela, da riconoscersi a tutte le situazioni giuridiche, indipendentemente dalla loro qualificazione e titolarità<sup>161</sup>.

In tal modo il principio di effettività è stato dipinto dalla Corte in un’ottica procedimentale, quale esplicitazione del giusto processo, ed in una visione giustiziale e rimediale, quale termine di paragone per correlare, a vecchie e nuove istanze di protezione, le più adeguate ed efficaci forme di tutela giurisdizionale.

E’ in tale ottica che il Costituente europeo aveva previsto nell’art. II-107 il principio per il quale: “*ogni individuo, i cui diritti e le cui libertà garantiti dall’Unione sono stati violati ha diritto ad un ricorso effettivo innanzi ad un giudice.*”

“*Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente ed imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese*

---

<sup>159</sup> Cfr. Corte giust., 17 dicembre 1998, C-185/95, Baustahlgewebe, in Racc., 1998, I, pag. 8417.

<sup>160</sup> Lupoi, *Appendice I*, in Carpi-Colesanti-Taruffo, *Commentario al codice di procedura civile*, Padova, 1994, pag. 1657.

<sup>161</sup> Corte giust., 11 gennaio 2000, c. 285/98, Kreil, in Racc., 2000, I, 69.

*dello stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia”.*

E se, a tutta prima, tale norma pareva non proporre alcun elemento innovativo rispetto a quanto già desumibile dalle fonti comunitarie (basti pensare ad esempio all’art. 13 della CEDU)<sup>162</sup>, e da quelle costituzionali interne nell’ordinamento italiano (*e.g.* la garanzia di un ricorso effettivo è ampiamente assicurata dall’art. 24 della Costituzione) il cambiamento di tendenza in atto è sicuramente significativo.

Non solo il Costituente europeo aveva destinato un intero titolo alla giustizia ma, affermando espressamente il principio di effettività, ne aveva promosso una nuova valenza: quella indirizzata a riconnettere la garanzia in questione ai caratteri del rimedio giurisdizionale.

In altri termini, l’effettività non è più e solo un predicato dell’azione, quale fase di decollo della tutela giurisdizionale, ma anche, e soprattutto, essenza della giurisdizione che deve assicurare la misura più coerente al bene della vita tutelato<sup>163</sup>.

---

<sup>162</sup> Che afferma “ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad una istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell’esercizio delle loro funzioni ufficiali”.

<sup>163</sup> Puleo, *op.ult.cit.*, pag. 126 e 127, che afferma “il forte elemento di novità contenuto nell’art. II – 107 risiede, dunque, nella rinnovata collocazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale nell’orizzonte dei remedies...piuttosto che sullo sfondo squisitamente processuale dell’azione, in continuità con le norme pattizie internazionali (art. 8 Dichiarazione universale diritti dell’uomo) e con il consolidato indirizzo dell’organo di giustizia comunitario”. Si veda, al pari, Comoglio, *L’effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali dell’unione europea*, in *Diritti fondamentali e giustizia in Europa*, cit., pag. 227, 243-245.

### **3.4 Nel diritto interno**

Il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale si trova già espresso nella prima parte della Costituzione all'art. 24 e nella seconda parte all'art. 113.

Il nuovo codice del processo amministrativo all'art. 1, pur accostando alla pari, per probabile campanilismo, il riferimento ai principi della Costituzione con quelli del diritto europeo, intende adeguarsi alla formula dell'ordinamento multilivello e quindi al modo di intendere detto principio nell'ordinamento comunitario e nell'ordinamento internazionale, con particolare riguardo alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali.

Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea i tratti distintivi del principio di effettività della tutela giurisdizionale sono costituiti:

- dalla completezza della tutela (nel senso che l'ordinamento interno deve assicurare l'azionabilità di tutte le pretese possibili nei confronti della pubblica amministrazione e le corrispondenti tipologie di pronunce giurisdizionali);
- dalla pienezza della tutela (nel senso che essa deve essere efficace e quindi assicurare il pieno e completo soddisfacimento delle pretese azionate in giudizio, se riconosciute meritevoli di tutela);
- e dall'accesso effettivo alla giustizia, ivi compresa la ragionevole durata del processo e un costo ragionevole del medesimo.

Sotto questo profilo i tre elementi del principio di effettività sopra descritti coincidono con i tre elementi funzionali del giusto processo.

L'applicazione del principio comporta che le singole disposizioni normative del codice devono essere interpretate in modo da realizzare questo principio (c.d. interpretazione conforme, o costituzionalmente orientata).

Inoltre, quando la singola disposizione normativa processuale appaia come assolutamente incompatibile con il rispetto di detto principio, e non è possibile risolvere il problema con il metodo di interpretazione conforme, se la controversia ha rilevanza comunitaria (come ad esempio nella materia degli appalti pubblici), la disposizione deve essere disapplicata in favore di quella comunitaria.

In ogni caso, secondo la giurisprudenza costituzionale sopra ricordata, la questione di compatibilità della norma processuale con l'ordinamento comunitario diviene anche una questione di costituzionalità (sempre che sia posta in modo rilevante e non manifestamente inammissibile o infondato, avuto riguardo al contenuto concreto della singola controversia), in virtù del parametro costituito dall'art. 117, comma 1, Cost..

Per quanto riguarda il rapporto con l'ordinamento internazionale, la giurisprudenza amministrativa più recente ritiene che le disposizioni dettate dalla CEDU si impongano direttamente nell'ordinamento italiano. Anche in questo caso, dunque, dovremo fare riferimento al metodo di interpretazione conforme, laddove possibile; alla questione di costituzionalità

e, come *extrema ratio*, alla disapplicazione della norma nazionale.

Per completezza, dobbiamo aggiungere che il giudice deve assicurare anche il rispetto del principio comunitario di analogia o equivalenza, nel senso che la situazione giuridica soggettiva dedotta nel processo amministrativo, se di rilevanza comunitaria, deve ricevere un trattamento equivalente, ovvero analogo, a quello che riceverebbe in sede comunitaria, durante lo scrutinio da parte del Tribunale di Primo Grado ovvero della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

L'accertamento del principio di analogia deve essere fatto mediante comparazione degli istituti processuali che appaiono omogenei cioè effettivamente comparabili, quali ad esempio la tutela cautelare anche provvisoria, i rimedi contro l'inadempimento, ecc..

### **3.5 Positivizzazione del principio**

Mentre il codice di procedura civile si apre con le disposizioni (normative) generali, il codice del processo amministrativo si apre con la solenne affermazione di alcuni principi generali.

Infatti, l'art. 1 c.p.c. tratta direttamente della giurisdizione dei giudici ordinari affrontando i principi che regolano il processo civile solo a partire dall'art. 99.

Invece, l'art.1 del c.p.a. si apre con il principio cardine che ne sta alla base e che interessa particolarmente la nostra ricerca: *“La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo il principi della Costituzione e del diritto europeo”*.

La formulazione della norma è sintetica ed efficace. Si tratta, come è stato sottolineato da parte della dottrina, di una norma dal forte valore simbolico<sup>164</sup>.

La diversità di approccio non è solo di forma, bensì di sostanza, almeno per due ragioni fondamentali.

La prima di tali ragioni discende dalla constatazione, ormai accettata dalla giurisprudenza e anche da gran parte della dottrina, che l'Italia è inserita, come tutti gli Stati

---

<sup>164</sup> Nella sua più che secolare storia, la tutela garantita dal giudice amministrativo non è stata né piena né effettiva, risultando, nei fatti, inadeguata a soddisfare completamente le aspettative di giustizia del cittadino nei confronti della P.A.. Solo nell'ultimo quindicennio e in modo sempre più continuo, la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo ha visto colmare le sue lacune, grazie all'opera della giurisprudenza, del legislatore e del diritto europeo. La particolarità propria del sistema italiano, che ha condotto la dottrina più critica a sostenere che *“Qui non vi è nulla da modificare. Vi è solo da cambiare in radice”* è stata quella di essere imperniato, esempio unico nel sistema europeo, intorno all'interesse legittimo. Si veda Giannini-Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in Enc.Dir. XIX, Milano, 1970, pag. 294.

dell'area occidentale, in un sistema giuridico, ovvero in un ordinamento giuridico multilivello.

L'indicazione di principi generali comuni ai vari livelli di tale ordinamento composito (principi di diritto internazionale, di diritto comunitario e di diritto costituzionale) facilita dunque l'applicazione e l'interpretazione dei rapporti di efficacia tra le fonti normative multilivello.

Infatti, come è espressamente chiarito dal Capo I (principi generali) del Libro I (disposizioni generali) del codice, l'interpretazione dell'intero articolato deve seguire il canone ermeneutico c.d. di interpretazione conforme alle fonti superiori, che è un canone obbligatorio non solo e principalmente per i giudici (amministrativi), ma nasce per tutti gli operatori del diritto amministrativo in generale.

Deve essere, pertanto, chiaro che il codice rafforza il rapporto del primato del diritto comunitario su quello nazionale, per cui anche le norme processuali amministrative, se difformi, debbono essere interpretate in modo compatibile, ovvero disapplicate<sup>165</sup>.

Lo stesso vale anche per i principi di diritto internazionale, anche se tale riferimento non compare nella redazione finale dell'articolato del codice.

Infatti, tale obbligo non solo è espressamente contenuto, quale limite alla potestà legislativa statale e regionale, nell'art. 117, comma 1, Cost., ma è espressamente stabilito dall'art. 6 Trattato dell'Unione Europea, entrato in vigore dal 1° dicembre 2009, che espressamente dispone: «6.2. *L'Unione*

---

<sup>165</sup> Sentt. Corte cost. 3 novembre 2005, n. 406 e 28 marzo 2006, n. 129.

*aderisce alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite dai Trattati.*

*«6.3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione, in quanto principi generali».*

*Rebus sic stantibus*, le norme processuali del codice difformi o carenti rispetto ai principi del diritto comunitario e internazionale devono essere disapplicate o, quantomeno, sottoposte a scrutinio interno di costituzionalità, qualora le relative questioni siano rilevanti e non manifestamente infondate<sup>166</sup>.

La seconda ragione dell'indicazione di principi generali consiste nel c.d. metodo di interpretazione per principi proprio degli ordinamenti giuridici complessi, quali sono gli ordinamenti multilivello.

Infatti, come spiegato nella relazione generale illustrativa i principi generali sono come una bussola, che consente all'interprete di orientarsi nei casi di conflitto apparente tra norme coesistenti e di scegliere con più facilità la c.d. interpretazione conforme alla fonte superiore.

Il metodo di interpretazione per principi, che appartiene alla corrente della teoria generale del diritto c.d. neocostituzionalistica è, infatti, comunemente accettato dalla giurisprudenza delle Corti Costituzionali Europee e dagli organi di giurisdizione nazionale di ultima istanza.

---

<sup>166</sup> Sentt. Corte cost. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

Sotto il profilo processuale i due principi generali propri a tutte le giurisdizioni sono appunto i principi di effettività della tutela giurisdizionale e del giusto processo, proclamati sia dalla giurisprudenza della Corte di giustizia di Strasburgo sulle libertà fondamentali e i diritti umani, sia dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Essi, infatti, incorporano valori comuni a tutti gli ordinamenti come descritto dal TUE.

### **3.6 Rilievi critici**

Una delle domande che sorgono spontanee sull'argomento *de quo* è quella relativa al fatto se sia condivisibile la scelta del legislatore di fare iniziare il c.p.a. con l'elencazione di alcuni principi generali, fra i quali, proprio all'art. 1, quello di effettività, all'art. 2 del giusto processo ed all'art. 3 del dovere di motivazione e sinteticità degli atti.

Tale domanda è supportata dalla superficiale considerazione che né il codice di procedura penale né quello di procedura civile si aprono con una elencazione di principi.

In verità, però, tale osservazione è inconducente in quanto le differenze fra i codici precedentemente indicati ed il c.p.a. sono profonde.

Anzi, a nostro avviso, tale scelta si dimostra condivisibile.

Sembra indirizzata quasi a volere sgombrare il campo da equivoci rispetto a quanto accaduto in passato.

Perciò è, forse, più utile interrogarsi sulla loro formulazione e sulla loro omogeneità.

Quanto alla prima, *c'est-à-dire* la formulazione, il legislatore ha indicato tendenzialmente come soggetto delle disposizioni il giudice amministrativo, affiancando ad esso le parti e, con riferimento specifico al principio di effettività, la giurisdizione amministrativa.

La formulazione *ut supra* è, a tutta prima, corretta, in quanto se è pur vero che proprio il principio di effettività è cristallizzato in alcuni atti fondamentali sovranazionali ed

internazionali in cui il soggetto delle disposizioni è l'individuo<sup>167</sup> o la persona<sup>168</sup>, e non il giudice o la giurisdizione amministrativa, è altrettanto vero che tali atti sanciscono il principio dalla prospettiva dell'uomo mentre il c.p.a. lo fa dalla prospettiva della giurisdizione.

In effetti, pur mancando ogni riferimento in tal senso nella relazione introduttiva generale al c.p.a. è da ritenere che il legislatore delegato abbia voluto valorizzare il ruolo dei protagonisti del processo ed in particolare del giudice.

Per quanto riguarda invece la omogeneità dei principi, non c'è chi non veda *sic et simpliciter* la differenza, ad esempio, tra principio di effettività e quello di sinteticità degli atti (art. 3 c.p.a.): sicura coerenza del primo contro il valore di *moral suasion* del secondo, atteso che un atto non sintetico del giudice o delle parti non è pensabile che possa essere oggetto, rispettivamente, di riforma perché si dilunga o inammissibile perché si attarda su aspetti poco rilevanti.

Passiamo, adesso, all'analisi congiunta dell'essenza del principio di effettività e dell'art. 1 del c.p.a che lo cristallizza: tale norma giuridica positiva evidenzia il raggiungimento dell'obiettivo della pienezza di tutela, rimasto lontano dalla lenta evoluzione della tutela giurisdizionale così fortemente condizionata, come già evidenziato, dalla ripartizione di giurisdizione in funzione dell'interesse legittimo.

Il raggiungimento di tale obiettivo è senz'altro merito della giurisprudenza del giudice amministrativo e di quello

---

<sup>167</sup> Art. 10 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e nell'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

<sup>168</sup> Artt. 6 e 13 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali.

costituzionale, oltreché, negli ultimi anni, del legislatore che, in particolare con il D.LGS. 80/98 e con la legge 205/00, ha consentito ciò.

L'art. 1 consacra il conseguimento di ciò che per l'intera vicenda storica della giurisdizione amministrativa è stato considerato come un obiettivo da raggiungere<sup>169</sup>.

Il lungo e tortuoso percorso che ha portato alla positivizzazione dell'effettività e che deve portare alla pienezza della tutela è stato compiuto, prima degli interventi legislativi emanati fra la fine del XX secolo e l'inizio del XXI secolo e prima della sentenza celeberrima della Corte di Cassazione n. 500/99 che ha rimosso l'anacronistico limite dell'irrisarcibilità dei danni per lesione di interessi legittimi, seguendo prevalentemente le due strade delle misure cautelari e del giudizio di ottemperanza<sup>170</sup>.

L'effettività della tutela, come avremo modo di precisare più avanti, è pronta a fare la parte della protagonista nel teatro del processo amministrativo che, però, risente ancora della mancanza di un giudice a Berlino (la corte di ultima istanza contro le violazioni di legge) che garantisca il cittadino dirottato a ricorrere alla giurisdizione amministrativa allo stesso modo di quello che aziona la giurisdizione ordinaria. È questo il passaggio fondamentale che lega intimamente il principio di effettività della tutela alla giurisdizione amministrativa: una giurisdizione diversa da quella ordinaria che, ancora oggi, offre meno di quello che serve a rendere

---

<sup>169</sup> Cintioli, *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'annullamento dei regolamenti*, in *Foro amm.-Tar*, 2003, pag. 2780.

<sup>170</sup> Corso, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro it.*, 1989, V, pag. 421; Corsaro, *Giudizio di ottemperanza ed effettività della tutela*, in *Foro amm.-CdS*, 2007, pag. 1057.

effettiva la tutela. Per tale motivo dedicheremo altra parte della presente ricerca alle ipotesi di riconduzione ad unità della giurisdizione ovvero alla riforma della giurisdizione amministrativa che necessita di una corte di cassazione che si esprima sulla violazione di legge.

## **Capitolo 4**

### **La giurisdizione amministrativa**

#### ***4.1 Prologo: il diritto amministrativo europeo***

La locuzione diritto amministrativo europeo indica quel fenomeno per cui, prendendo le mosse dal processo di integrazione giuridica fra i due ordinamenti, si è determinato il distacco del diritto amministrativo dalla referenza statutale, acclarando, in tal modo, la innegabile tendenza verso la europeizzazione del diritto amministrativo.

Da un punto di vista più tecnico, con riferimento all'applicazione della normativa europea nell'ordinamento interno, accreditata dottrina<sup>171</sup> distingue due ipotesi diverse.

Se l'espressione diritto amministrativo comunitario (oggi europeo) è riferita al complesso di regole comuni ai vari diritti amministrativi degli stati membri, prodotte direttamente da fonti dell'Unione Europea prevalenti sul diritto interno, allora essa esprime il fenomeno dell'integrazione tra ordinamento comunitario ed ordinamento nazionale, con prevalenza del primo sul secondo nei settori definiti dai Trattati medesimi.

Ipotesi diversa è, invece, quella in cui il diritto amministrativo europeo sia mediato dal diritto interno di recepimento (come nel caso delle direttive non immediatamente attuabili nel nostro ordinamento): in tal caso, solo quest'ultimo costituisce parametro di legittimità

---

<sup>171</sup> Casetta, *Compendio di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 7.

dell'attività amministrativa, anche se simile a quello di altri stati, in quanto attuativo della stessa disciplina. Si tratta, dunque, di diritto amministrativo interno.

Nell'ordinamento giuridico interno il sistema di tutela giurisdizionale avverso agli atti (*rectius*: atti e fatti) delle pubbliche amministrazioni trova il proprio fondamento direttamente nella Carta costituzionale.

Il punto di partenza inevitabile di cui la presente ricerca deve, giocoforza, tenere conto è la previsione ed istituzione di giudici speciali che, sebbene vietati in termini generali dall'art. 102 Cost., sono eccezionalmente previsti dal successivo articolo 103, che prevede le competenze del Consiglio di Stato e degli altri organi di giustizia amministrativa, della Corte dei Conti e dei Tribunali militari.

Il dato oggettivo di partenza è questo ed è, salvo modifiche della Cost., ineludibile.

I principi costituzionali che riguardano il processo amministrativo (artt. 100, 111, 103, 113) devono essere correttamente letti alla luce del più generale principio di cui all'art. 24, intorno alla pienezza e all'effettività della tutela giurisdizionale assicurata ad ogni tipo di situazione soggettiva protetta dall'ordinamento, sia che tale situazione venga riportata al *genus* dei diritti (fondamentalmente, rapporti di diritto privato o comunque paritari) sia che venga riportata al *genus* degli interessi legittimi (fondamentalmente rapporti di diritto pubblico e relative controversie)<sup>172</sup>.

---

<sup>172</sup> Cerulli Irelli, *Diritto europeo e diritto interno nel sistema di tutela giurisdizionale delle controversie di diritto pubblico (intorno al principio di effettività)*, sta in [www.centrodirittoeuropeo.it](http://www.centrodirittoeuropeo.it).

Ciò significa, per un verso, che le situazioni dello stesso tipo devono poter usufruire della medesima tutela (stesso giudice, stesso procedimento, stessi strumenti di tutela) e, per altro verso, che la tutela assicurata alle situazioni protette deve essere la più ampia possibile, deve cioè dare agli interessati la possibilità di adire a tutti gli strumenti conosciuti dall'ordinamento adatti al tipo, che siano necessari per concretizzare la pienezza di tutela.

Di tale principio è applicazione costituzionalmente corretta la recente legislazione, accompagnata da copiosa elaborazione giurisprudenziale, che ha, dapprima, allargato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ed ampliato la tutela giurisdizionale amministrativa alle azioni risarcitorie, di poi, all'esperibilità di misure cautelari ulteriori rispetto alla tradizionale sospensiva dell'atto impugnato, e ad altri significativi strumenti, tutti intesi all'affermazione piena dell'effettività della tutela giurisdizionale<sup>173</sup>.

Possiamo, pertanto, affermare che il sistema italiano di tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive protette nei rapporti con le pubbliche amministrazioni, nelle loro varie manifestazioni, sia da ritenere in linea, almeno formalmente, con il principio dell'effettività, che è oggetto specifico della presente ricerca, sul quale la Corte di giustizia C.E. da tempo insiste con ripetute e sempre più incisive affermazioni giurisprudenziali<sup>174</sup>.

---

<sup>173</sup> Cfr. Cass. S.U., 22.7.1999 n. 500; Corte cost., 5.7.2004 n. 204; Cass. S.U. 13.6.2006 n. 13659; Cons. St., A.P. 30.7.2007 n. 9; Cass. S.U. 22.2.2007, n. 4109 e Corte cost. 12.3.2007 n. 77).

<sup>174</sup> (Corte giust., 14.12.1995, C- 430/93 e C- 431/93 *Jeroen van Schijndel*; 15.9.1998, C-231/96, *Edilizia Industriale Siderurgica*; 27.2.2003, C- 327/00 *Santex*; 14.12.1005, C-

Il principio di effettività, come svolto in sede comunitaria, si articola a sua volta in diversi principi intesi fondamentalmente a conferire, in ambito processuale, ai soggetti le cui ragioni siano fondate, una effettiva soddisfazione delle loro pretese sostanziali (ricordiamo nuovamente Chiovenda, *“il processo deve dare per quanto è possibile ... a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha il diritto di conseguire”*)<sup>175</sup>.

In applicazione del principio in parola, preliminarmente, le modalità di tutela adottate in ambito nazionale non *“devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico comunitario”*<sup>176</sup>: ogniqualvolta si ponga la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile tale esercizio dei diritti, la questione deve essere esaminata, secondo quanto afferma la Corte di giustizia, tenendo conto *“del ruolo della norma nell’insieme del procedimento (...) dello svolgimento e delle peculiarità di quest’ultimo davanti ai giudici nazionali”* esaminando i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, *“quali la tutela del diritto alla difesa, il principio della certezza del diritto ed il regolare svolgimento del procedimento”*.

Successivamente, al principio di effettività è intimamente connesso quello cd. di equivalenza, secondo cui le modalità procedurali volte a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano i ricorsi di natura

---

312/93, *Peterbroeck*; 7.6.2007, C-222/05 e C-225/05, *Van der Weerd*; 13.3.2007, C-432/05 *Unibet*; 15.4.2008, C-268/06, *Impact*; 29.10.2009 C- 63/08, *Pontin*).

<sup>175</sup> Cerulli Irelli, *idem*.

<sup>176</sup> C-222-225 /2005 cit.; Corte giust. 6.10.2009, C- 40/08, *Asturcom*.

interna<sup>177</sup>; tale principio esige che: “...le condizioni imposte dal diritto nazionale per applicare una norma di diritto comunitario non siano meno favorevoli di quelle che disciplinano l'applicazione delle norme di pari rango del diritto nazionale”<sup>178</sup>.

Peraltro, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha elaborato una copiosa giurisprudenza sugli artt. 6 e 13 della CEDU, con particolare riguardo al punto della parità delle armi nel processo, attraverso il contraddittorio, come requisito fondamentale per assicurare l'efficacia della tutela giurisdizionale a tutte le parti coinvolte in un dato rapporto controverso<sup>179</sup>, ed alla ragionevole durata del processo<sup>180</sup>.

Entrambi i principi, ripetiamo, della parità delle armi attraverso il contraddittorio, e della ragionevole durata del processo, trovano infatti espressa affermazione nella Costituzione all'art. 111, comma 2: “ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”<sup>181</sup>.

Il fenomeno *ut supra*, sull'influenza del diritto europeo sul diritto nazionale, per quanto riguarda il settore dei rapporti di

---

<sup>177</sup> Corte giust. C- 432/05 cit..

<sup>178</sup> Corte giust. C- 40/08 cit. e 24.3.2009, C- 445/06 *Danske*.

<sup>179</sup> cfr. CEDU 9.4.2007, *Arnolin*: “il principio dell'uguaglianza delle armi implica l'obbligo di offrire a ciascuna delle parti in causa la possibilità di presentare le sue ragioni in condizioni non svantaggiate rispetto a quelle di cui gode il suo avversario”; nello stesso senso v. anche 21.9.2007 *Gov.Francia*; con rif. all'art. 13 v. CEDU 28.9.2000 *Messina*, secondo cui “l'art. 13 garantisce l'esistenza in diritto interno di un ricorso che consenta di avvalersi dei diritti e libertà sanciti dalla convenzione”.

<sup>180</sup> Si veda CEDU 16.10.2007 *Capone*; 23.11.2006, *Jussila*; 29.07.2004 *Scordino*, laddove si afferma che “sussiste violazione aggravata dell'art. 6, par. 1, della convenzione europea dei diritti dell'uomo, riguardo ad un giudizio di determinazione dell'indennità di espropriazione, durato oltre otto anni”.

<sup>181</sup> Norma introdotta, sebbene implicitamente ricavabile all'interno della Costituzione, dalla l. cost. 23.11.1999 n. 2).

diritto pubblico e le relative controversie, si svolge fondamentalmente su tre itinerari.

In primo luogo, sul piano sostanziale. I principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria in ordine all'esercizio dell'attività amministrativa di diritto pubblico (art. 1, comma 1, legge 241/90), del resto non dissimili da quelli propri dell'esperienza italiana e degli altri ordinamenti dell'area, vengono mammano recepiti dalla giurisprudenza interna in virtù del procedimento di assimilazione.

In secondo luogo, atti amministrativi nazionali possono risultare invalidi per violazione di norme europee (risultando al contrario conformi alla normativa nazionale). In tali casi essi possono essere soggetti a un regime dell'invalidità, con relativa applicazione in sede processuale, differenziato rispetto al regime dell'invalidità degli atti amministrativi secondo il diritto nazionale (cioè, assunti in violazione di norme nazionali).

In terzo luogo, alcune manifestazioni dell'azione amministrativa da parte di autorità nazionali avvengono in applicazione del diritto europeo direttamente applicabile, ovvero a sua volta applicato da normativa attuativa nazionale, statale o regionale. In tal caso, le autorità nazionali sono tenute ad operare secondo i principi del diritto europeo e le relative eventuali controversie (davanti al giudice nazionale, amministrativo o ordinario, secondo la competenza) debbono, appunto, poter usufruire di strumenti di tutela rispondenti ai menzionati principi di equivalenza e di effettività con riferimento alle situazioni protette direttamente (anche nei

confronti delle pubbliche amministrazioni nazionali) dal diritto europeo.

Per questa via, controversie di questo tipo (cioè insorte a fronte di azioni amministrative poste in essere in applicazione del diritto europeo) possono essere assoggettate a un regime processuale differenziato rispetto a quello assicurato dal diritto nazionale alle controversie insorte in applicazione dello stesso diritto (pur di competenza del medesimo giudice); laddove ciò sia imposto nell'ambito degli ordinamenti nazionali dal diritto europeo (e segnatamente dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia).

Sulla scorta di questo quadro, *infra* meglio illustrato, si pongono, come accennato, due questioni di rilevanza costituzionale.

La prima riguarda il regime di invalidità degli atti amministrativi. Occorre cioè stabilire se sia consentito sul piano costituzionale che atti, provenienti da autorità nazionali, siano sottoposti a regime differenziato in sede di tutela giurisdizionale, a seconda che risultino adottati in violazione di normative nazionali ovvero di normative comunitarie.

In queste ipotesi, il problema circa il differente trattamento giuridico di tali atti a seconda della normativa violata, sta nel fatto che la differenziazione sarebbe data esclusivamente dal tipo di fonte violata (comunitaria al posto di quella nazionale) a prescindere dal rilievo degli interessi tutelati. Mentre la differenziazione sarebbe senz'altro ammissibile e non darebbe luogo a problemi di costituzionalità (sarebbe addirittura ovvia) ove si trattasse di una graduazione circa la gravità della violazione cui corrisponda una graduazione circa il rilievo

degli interessi tutelati: come avviene laddove gli atti amministrativi invalidi vengono rispettivamente assoggettati al regime della nullità ovvero dell'annullabilità (artt. 21-*septies*, 21-*octies*, legge 241/90).

La seconda questione, certamente più delicata, riguarda il regime della tutela giurisdizionale. Se nell'ambito di controversie di diritto pubblico con autorità amministrative italiane siano permessi dei regimi di tutela differenziati, a seconda che si tratti di controversie insorte nell'ambito di rapporti retti dal diritto nazionale o dal diritto europeo direttamente o indirettamente applicabile; dove si suppone che il regime di tutela giurisdizionale imposto nel secondo ordine dei casi, sia più efficace (più aderente al principio di effettività della tutela giurisdizionale) a garanzia delle situazioni protette. Il che comporta, appunto, che situazioni protette dalle fonti comunitarie (ma nell'ambito dell'amministrazione nazionale) godrebbero di una tutela diversa (e superiore) rispetto a quella la cui protezione deriva dalla fonte nazionale.

Il principio di equivalenza (nel trattamento processuale delle situazioni protette dal diritto europeo rispetto a quelle nazionali) sul quale, correttamente, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha tanto insistito nel corso della sua giurisprudenza, viene ad acquisire rilevanza all'inverso; e non può che acquisire detta rilevanza all'inverso, almeno tendenzialmente, come quello inteso ad assicurare equivalenza (appunto) nel trattamento processuale delle

situazioni soggettive protette, a prescindere dalla fonte dalla quale la protezione dell'ordinamento proviene<sup>182</sup>.

---

<sup>182</sup>C- 63/08, *Pontin*. cit.; 6.10.2009 C- 40/08, *Asturcom* cit..

#### **4. 2 segue: il risultato perseguito**

L'attuale sistema italiano di giustizia amministrativa risente dei recenti e profondi cambiamenti che hanno interessato il diritto amministrativo sostanziale.

L'organizzazione amministrativa e la rete delle relazioni tra i diversi centri del potere pubblico, sia interni che esterni all'ordinamento statale, sono diventate sempre più complesse<sup>183</sup>; sono emersi nuovi interessi pubblici che si sono elevati, anche grazie all'opera della Corte Costituzionale, al valore di principi dell'ordinamento<sup>184</sup>.

Pure l'azione amministrativa si sta evolvendo verso una concezione più sostanzialistica che si connota per il fine perseguito (l'efficienza ed economicità dell'azione stessa) e per la preferenza verso l'utilizzo degli strumenti privatistici, *e.g.* sul terreno delle procedure di gara, che mirano a ricondurre le relazioni tra Amministrazione e privati ad un concetto di rapporto giuridico che implica a sua volta un confronto tendenzialmente paritario tra due soggetti.

Analogamente, la tendenza generale dell'ordinamento nazionale è contrassegnata dal crescente uso di strumenti privatistici (cfr. art. 1, comma 1 *bis*, della legge n. 241/90), e dalle nuove norme in tema di azione amministrativa che attribuiscono al giudice il compito di accertare la fondatezza

---

<sup>183</sup> La Riforma del titolo V della Costituzione ha potenziato notevolmente il ruolo delle regioni e degli enti locali, ma ha lasciato sopravvivere l'incidenza delle funzioni statali nelle materie trasversali; l'Unione europea ha dato luogo ad un continuo ricambio con l'interiorizzazione nel nostro ordinamento di principi non scritti dell'ordinamento comunitario, come quello della non discriminazione, del legittimo affidamento, della proporzionalità, trasparenza e risarcibilità degli interessi legittimi.

<sup>184</sup> Si pensi ad interessi come l'ambiente e il paesaggio.

della pretesa sostanziale fatta valere in giudizio secondo la logica propria del “giudizio di spettanza” e in conformità dell'esigenza di garantire attuazione al principio di derivazione comunitaria dell'effettività della tutela giurisdizionale (cfr. artt. 2, comma 5, e 21 *octies*, comma 2, legge n. 241/90).

Analoghe tendenze sostanzialistiche si rinvencono sul piano processuale, dove all'insoddisfazione verso il tradizionale modello impugnatorio del processo amministrativo idoneo alla tutela dei soli interessi oppositivi<sup>185</sup> si accompagna l'idea che l'atto amministrativo non rappresenti più l'oggetto del processo, ma solo “un'occasione” che consente il sindacato del giudice sull'attività amministrativa complessivamente intesa, sia essa provvedimento o di altro tipo (organizzativa o di indirizzo, sia incidente su interessi diffusi), sia essa relativa a fenomeni di connessione tra atti amministrativi, endoprocedimentale e non<sup>186</sup>.

Come l'azione amministrativa si svolge entro la logica del risultato, analoghe tendenze si rinvencono nell'ambito processualistico ove la giurisdizione pare voler assumere le sembianze di una “giurisdizione di risultato”, sia nel senso chiovendiano di giurisdizione in grado di assicurare alla parte che ha ragione tutto ciò che gli spetta sulla base del diritto sostanziale, secondo l'idea che il processo è la migliore sede per la ricerca della verità, sia nel senso più attinente all'oggetto della cognizione che viene individuato non in quel “frammento” di azione amministrativa rappresentato dall'atto impugnato, ma nella pretesa sostanziale fatta valere in

---

<sup>185</sup> Greco, “*L'accertamento autonomo del rapporto*”, Milano, 1980, pag. 68; Stella Richter, *L'aspettativa di provvedimento*, Riv. trim. dir. pubbl., 1981, pagg. 23 e ss.

<sup>186</sup> Nigro, “*Giustizia amministrativa*”, Bologna, 2002.

giudizio, ossia nella spettanza o non spettanza di un certo bene della vita che il ricorrente mira a conseguire o a conservare<sup>187</sup>.

L'idea di un conflitto sostanziale di interessi rappresenta una chiave di lettura di indubbia utilità che consente di affrontare in maniera innovativa problematiche tradizionali del giudizio amministrativo: dall'instaurazione del contraddittorio alla determinazione del suo oggetto, dalla rilevanza dei motivi del ricorso all'individuazione dei limiti oggettivi del giudicato amministrativo<sup>188</sup>.

Si rigenera così l'esigenza, già all'origine del giudice amministrativo e del suo riconoscimento costituzionale, di un vero giudice *super partes* ma nell'amministrazione, chiamato a dettare la regola del caso concreto e, quindi, a svolgere una funzione non semplicemente nomofilattica di tutela dell'unità dell'ordinamento giuridico, ma anche nomopoietica di creazione del diritto vivente, assumendo un ruolo simile a quello del giudice negli ordinamenti di *Common law* o, se si preferisce, a quello del *praetor romano*<sup>189</sup> o del giureconsulto che emetteva *responsa prudentium*.

Non vi è dubbio che il processo amministrativo stia vivendo un momento di grande tensione tra l'esigenza di attenersi alla struttura del tipo di processo impugnatorio e la spinta verso

---

<sup>187</sup> Sorrentino, *Vizio di incompetenza e processo amministrativo di risultato*, in Dir. proc. amm. 2000, pag. 62. Analogamente, Iannotta, *La considerazione del risultato nel processo amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in Dir. proc. Amm. 1998, pagg. 327 e ss.

<sup>188</sup> Altri profili problematici riguardano l'identificazione del controinteressato, l'acquiescenza, la cessazione della materia del contendere a seguito dell'annullamento in autotutela intervenuto in corso di giudizio, il potenziamento dei poteri istruttori del giudice amministrativo.

<sup>189</sup> Schinaia, *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, in Dir. proc. Amm., 1999, pag. 1101.

un altro tipo di processo in grado al tempo stesso di garantire il sindacato sull'intero arco di esercizio del potere amministrativo e di vincolare il futuro comportamento della P.A.<sup>190</sup>.

Questo fermento di proposte ricostruttive dimostra come la discussione sull'oggetto del giudizio amministrativo sia di una complessità tale da rappresentare “*un quid insolubile*”, in quanto l'oggetto non è più l'atto, ma certo non è nemmeno il rapporto civilisticamente inteso<sup>191</sup> o, forse, inesistente, non essendosi stabilito se il processo amministrativo verte sulla legittimità dell'atto oppure sulla lesione di un interesse <sup>192</sup>.

La presente ricerca si propone, pertanto, nell'approfondire lo studio dell'attuale funzione del giudizio amministrativo e nell'analisi della problematica relativa all'individuazione dell'ambito di incidenza del sindacato del giudice amministrativo sulla successiva azione amministrativa, con particolare riguardo all'ammissibilità della tesi del giudizio sulla spettanza, di verificare l'incidenza del principio di effettività della tutela rispetto all'attuale giurisdizione amministrativa.

---

<sup>190</sup> Nigro, *Giustizia amministrativa cit.*, 254 e 316 e ss.. Secondo questo autore dietro il contenuto ordinatorio della sentenza vi sarebbe un amplissimo contenuto di accertamento, vero centro vitale della pronuncia stessa, atteso che è l'attività di accertamento che fornisce il contenuto dell'obbligo di conformazione dettando la regola del caso concreto: “*Solo la valorizzazione dell'attività di accertamento consente di secondare le recenti tendenze del processo amministrativo ad ampliare la possibilità di tutela del privato, cogliendo manifestazioni dell'attività amministrativa ben diversa dall'atto amministrativo*”.

<sup>191</sup> Nigro, in “*Atti del Convegno svoltosi a Firenze nel marzo 1985 in diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*”, Rimini, 1987, pag. 976.

<sup>192</sup> Romano, *In tema di intervento nel processo amministrativo*, in Foro amm., 1961, pag. 1.

### **4.3 Rapporti tra diritto sostanziale e processo**

Il processo amministrativo realizza quella che la dottrina definisce una “*congiunzione dinamica*” tra interesse sostanziale e atto (*rectius*: potere amministrativo).

Il processo amministrativo si fa non tanto, come avviene per il processo civile, per verificare una realtà sostanziale esterna e definita (il diritto soggettivo), quanto per concorrere a creare l'oggetto stesso della verifica, fissando la regola del concreto operare dell'amministrazione in relazione all'interesse sostanziale dell'amministrato e stabilendo il giusto rapporto tra interesse sostanziale e potere. L'oggetto del processo finisce per confondersi con lo stesso farsi del processo ed il processo si rivela anche sotto questo aspetto “*momento di cooperazione all'esercizio del potere*: “*juger l'administration c'est administrer*”<sup>193</sup>.

Come bene evidenziava altra dottrina, quello amministrativo è un giudizio che non consente la separazione netta tra tutela sostanziale e tutela processuale che sta alla base delle impostazioni della dottrina processualcivile; un giudizio dove le cose appaiono in un certo senso in uno “*stadio ancora di fusione, o in stato confuso*”, onde la sentenza amministrativa si pone necessariamente quale definizione della realtà sostanziale.

---

<sup>193</sup> Nigro, *ult. op. cit.*, pag. 254.

Da qui si trae la conferma della partenza storica della giurisdizione amministrativa come prosecuzione e completamento, anche sostanziale, dell'amministrazione<sup>194</sup>.

Nell'ordinamento interno si giunge al giudizio amministrativo perché l'obiettivo della giustizia non riesce ad realizzarsi già all'interno del procedimento amministrativo, nonostante il riconoscimento costituzionale del principio dell'imparzialità della pubblica amministrazione e delle garanzie di partecipazione procedimentale introdotte con la legge sul procedimento amministrativo.

Ciò dipende dalla funzionalizzazione del potere amministrativo al perseguimento del fine pubblico e dalla conseguente esclusione del privato nella gestione del potere stesso, il cui esercizio spetta in via esclusiva alla pubblica amministrazione. Infatti, il privato, pur essendone titolare, non gestisce direttamente il suo interesse legittimo che per essere soddisfatto ha bisogno di essere mediato dall'azione amministrativa. Il mancato coinvolgimento del privato nell'esercizio del potere amministrativo viene bilanciato con adeguate garanzie e criteri di regolare svolgimento dell'azione amministrativa, in una parola con quella forma della funzione amministrativa che comunemente chiamiamo procedimento<sup>195</sup>.

A differenza dell'ambito privatistico, ove le parti agiscono su un piano di effettiva parità e sono libere di perseguire i fini che esse ritengono più utile perseguire e secondo le modalità

---

<sup>194</sup> Benvenuti, voce "Giudicato (*dir. amm.*)", Enc. giur. 1068, pag. 897, nota 14. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, pag. 4; Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933, pag. 42.

<sup>195</sup> Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in Riv. trim. dir. pubbl. 1952, pag. 12 ss..

da esse prescelte, o dove non vi è la necessità di una procedimentalizzazione dell'attività, nell'esplicazione del potere amministrativo il procedimento svolge l'essenziale compito di rendere possibile la partecipazione del privato in vista del più appropriato perseguimento del fine pubblico e del migliore contemperamento dell'interesse pubblico con quello privato.

In particolare, con riguardo agli interventi invasivi *sine titulo* nella proprietà privata e ancora prima della pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 30 agosto 2005, già la dottrina sottolineava come la discussione sul comportamento non può essere isolata dall'attività di amministrazione, perché: *“il giudice amministrativo conosce da sempre i comportamenti dell'Amministrazione (...) i comportamenti continueranno ad essere conosciuti dal giudice amministrativo quando si collegano ad un procedimento amministrativo perché lo aggravano, lo ritardano, lo evitano, lo aggirano, ecc., quando cioè si inseriscono – ancorché patologicamente - in un procedimento che dà forma al potere, ma che oggi può esprimere anche la volontà non autoritativa dell'amministrazione”*<sup>196</sup>.

Peraltro, se si considera che l'Amministrazione non svolge una funzione di regolazione neutrale al pari di un vero e proprio organo giudiziario, ma è preposta alla cura dell'interesse generale, è facile comprendere come la partecipazione procedimentale non sia sufficiente da sola a garantire la risoluzione già nella fase amministrativa dei

---

<sup>196</sup> Così, prima della pronuncia dell'Adunanza Plenaria, 30 agosto 2005 n. 4, V. Domenichelli, *Occupazione espropriativa, comportamenti e giudice amministrativo (una storia italiana)*, in Dir. proc. amm., 2005, pagg. 849 e ss..

contrapposti interessi coinvolti e con essa la riduzione del contenzioso giudiziale.

La fase giurisdizionale finisce così per divenire una sorta di naturale, anziché patologico, prolungamento di quella amministrativa, con il rischio che il risultato finale non sia la disincentivazione del contenzioso al suo sorgere, ma il rifluire del processo nel procedimento<sup>197</sup>.

Con l'instaurarsi del giudizio si invertono le posizioni sostanziali dei due contrapposti protagonisti del procedimento amministrativo: da parte attiva del rapporto giuridico instauratosi con il privato la p.a. viene a porsi in una posizione di soggezione nel momento stesso in cui il privato ricorrente esercita il potere di un'azione giudiziale<sup>198</sup>, la cui natura costitutiva (*sub specie* annullamento) va a riequilibrare (cioè a elidere) la natura costitutiva (imperativa) del provvedimento impugnato<sup>199</sup>.

La rilevata sfasatura tra piano sostanziale e piano processuale e l'inversione operata con il processo condizionano la struttura e la dinamica del processo. Si pensi alla forma del ricorso come *vocatio iudicis*, cioè come reazione (più che azione) di un soggetto nei confronti di un atto di esercizio del potere, alla fissazione di un termine perentorio per l'introduzione del giudizio (art. 29 c.p.a. ), all'assenza di limiti temporali per la costituzione in giudizio della P.A. (art. 46 c.p.a) i cui termini erano e restano ordinatori, alla non automatica sospensione dell'efficacia del provvedimento

---

<sup>197</sup> Calabrò, voce (*Processo amministrativo*), Enc. giur. trecc. 2002.

<sup>198</sup> Cassese, *op. cit.*, 2115

<sup>199</sup> Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa, op.cit. pag.* 165; Cannada Bartoli, *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)* in Noviss. Dig. It. III, Torino, Utet, 1966, pag. 1079.

impugnato, salva apposita istanza cautelare (art. 55 c.p.a.) e all'esecutorietà dello stesso.

Ciò ha delle refluenze anche sul piano del riparto degli oneri probatori in quanto, il disequilibrio tra le parti è dato dal fatto che la P.A. non ha alcun onere di provare l'esistenza di fatti costitutivi del potere esercitato, diversamente da quanto avviene per i c.d. diritti potestativi a necessario esercizio giudiziale, né tale situazione è compensata dall'onere della P.A. di produrre in giudizio il provvedimento impugnato insieme agli altri atti del procedimento (art. 46 c.p.a.) o dal riconoscimento al giudice amministrativo del potere di disporre d'ufficio dei mezzi istruttori.

In giudizio la P.A. è in una posizione passiva e di mera difesa dell'assetto di interessi ritenuto legittimo e congruo in relazione alla fattispecie concreta: le è preclusa tanto la possibilità di integrare la motivazione del provvedimento impugnato<sup>200</sup>, quanto quella di ampliare l'oggetto del giudizio mediante eccezioni di merito in senso proprio o l'esercizio di un'azione riconvenzionale, come invece è riconosciuto al convenuto in un giudizio civile<sup>201</sup>.

Trattasi però di preclusioni che cozzano contro il principio in virtù del quale, come al ricorrente spetta massima libertà nella determinazione dell'oggetto del giudizio, così massima libertà dovrebbe spettare alla parte resistente nell'organizzazione della sua difesa, anche se a fronte del potere del giudice di indagare d'ufficio sulla fondatezza della

---

<sup>200</sup> Marino, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e "potere" dell'amministrazione*, sta in Foro amm. TAR 2003, I, pag. 338.

<sup>201</sup> Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici subordinati*, Napoli 1963, pag. 359; Nigro, *L'appello op.cit.*, pagg. 373 ss., Nigro, *Giustizia amministrativa, op.cit.*, pag. 231.

domanda, ossia sull'esistenza dei vizi affermati dal ricorrente, l'azione del resistente volta a negare il fondamento della domanda del ricorrente non dà luogo ad eccezioni in senso proprio<sup>202</sup>.

---

<sup>202</sup> Nigro, *L'appello op.cit.*, pag. 372.

#### **4.4 Rapporti tra procedimento e processo**

La riflessione sui rapporti tra procedimento e processo induce a ritenere che l'apporto conoscitivo del privato leso dall'attività dell'amministrazione vada relegato alla sola fase del giudizio amministrativo e che la P.A. venga destinata ad un ruolo passivo di mera resistenza di fronte all'impugnazione di un proprio provvedimento perché in tal maniera sarebbe aggravato, anziché attenuato, lo squilibrio tra le parti venutosi a creare nello svolgimento del rapporto procedimentale.

Se l'obiettivo che vogliamo perseguire è la sostanziale parità tra le parti del giudizio, così come proclamato dall'art. 111 Cost., non possiamo fare a meno di valorizzare il contraddittorio *ex ante*, vale a dire fin dall'inizio del procedimento amministrativo, in ossequio del principio costituzionale di imparzialità affermato dall'art. 97 Cost..

Al riguardo un attento indirizzo dottrinale ha sottolineato come il procedimento e processo, pur diversi per legittimazione e natura del soggetto preposto, sono profondamente correlati in forza della comune funzione di attuazione storica del principio di legalità<sup>203</sup> e del comune ruolo del principio del contraddittorio<sup>204</sup>.

---

<sup>203</sup> Sala, *Procedimento e processo nella nuova legge n. 241*, in *La giustizia amministrativa in trasformazione*, sta in AA.VV., Milano, CEDAM Hoepli, 2006, pag. 87; e dello stesso autore, *Parti ed interessi tra procedimento e processo: la formazione della materia del giudizio*, in *Dir. amm.* 2008, pag. 529.

<sup>204</sup> Nigro, *Giustizia amministrativa cit.*, pag. 92 e *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, pagg. 254 e ss..

Il contraddittorio, malgrado si manifesti soprattutto nel processo, è parametro e misura della legalità, è un principio ontologico che giustifica tutti gli istituti del diritto amministrativo: si pensi all'esigenza di garantire il contraddittorio durante il procedimento innanzi alle Autorità indipendenti, i cui atti sono oggetto di un sindacato di secondo grado, sotto il profilo della ragionevolezza della determinazione assunta.

I principi creati dalla giurisprudenza hanno riempito di contenuto sostanziale la legalità, accentuando l'importanza del principio del contraddittorio che diventa il correttivo alla crisi stessa della legalità.

Il parametro della legalità si collega al principio della natura delle cose che hanno un proprio ordine e dalle quali si ricava la misura del diritto; lo stesso diritto comunitario, con i suoi parametri sostanzialistici, incide sul principio di legalità, privandolo della sua veste formale.

Il contraddittorio è pure espressione del principio generale della imparzialità, visto nel lato negativo come disinteresse di chi esercita la funzione e dal lato positivo come uguale interesse di chi è chiamato ad essere destinatario del suo esercizio<sup>205</sup>.

Si può ben sostenere che la parità delle parti nel processo dipende dalla posizione delle parti fuori dal processo e dunque *“dalla funzione del processo rispetto ad una realtà dei rapporti giuridici sostanziali”* che si connota per la posizione privilegiata dell'amministrazione che i poteri del giudice non riescono a controbilanciare, quando la P.A. viene

---

<sup>205</sup> Benvenuti, voce Contraddittorio (dir. amm.), Enc. dir., 1961, pagg. 962 e ss..

chiamata in giudizio<sup>206</sup>, ma che meriterebbe di essere valorizzata per la particolare considerazione spettante agli interessi superindividuali di cui la P.A. è portatrice<sup>207</sup>.

La stessa posizione di supremazia dell'amministrazione attiva merita dunque di essere rivisitata alla luce dei nuovi principi del giusto processo, non potendo essa avere riflessi sulla tecnica e sulle regole processuali<sup>208</sup>.

Il giudice amministrativo può ritenersi in grado di garantire imparzialità di giudizio e di tutela della legalità amministrativa nella misura in cui si orienti ad acquisire ogni elemento utile per la piena cognizione dell'interesse pubblico ed offra la massima possibilità di contraddittorio alla stessa P.A. resistente ed ai controinteressati.

Valorizzare la stretta relazione tra procedimento e processo significa dunque riconoscere i reciproci condizionamenti tra procedimento e processo, atteso che gli interessi emersi in sede di procedimento sono rilevanti anche per il giudizio nella stessa misura in cui lo è il procedimento, mentre il giudizio sulla legittimità dell'atto è volto a verificare proprio se la partecipazione al procedimento è stata conforme alla previsione legislativa<sup>209</sup>.

Se dunque il procedimento offre al processo il materiale del giudizio come strumento di garanzia della legalità del potere, dobbiamo chiederci come questo materiale trovi

---

<sup>206</sup> Domenichelli, *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, pag. 860.

<sup>207</sup> Sandulli, *op. cit.*, 18.

<sup>208</sup> Sulle difficoltà legate al tema dell'istruzione probatoria e delle difficoltà di attuazione del principio della parità delle armi, cfr. Merusi, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 1985, pag. 18; Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Milano, 1952.

<sup>209</sup> Sala, *op. cit.*, pagg. 55 e ss..

accesso nel giudizio amministrativo e quale sia ruolo delle parti e del giudice.

#### **4.5 La giurisdizione amministrativa**

Nell'ambito di queste premesse introduttive al tema centrale del presente studio, merita di essere ripresa nuovamente la questione del ruolo del giudice amministrativo all'interno dell'ordinamento giurisdizionale italiano e della specialità del giurisdizione amministrativa.

In dottrina non mancano posizioni che dubitano sull'attualità della qualifica di giudice speciale, riferito al giudice amministrativo in ragione all'ampiezza delle funzioni riconosciute<sup>210</sup> e alla peculiarità del rapporto tra procedimento sostanziale e processo giurisdizionale.

Alcune opinioni più radicali, alle quali anticipiamo che intendiamo aggiungerci, propugnano il ritorno verso un unico ordine giurisdizionale contestando la stessa utilità del doppio binario di giurisdizione nella prospettiva di una forte convergenza del processo amministrativo sulle linee processuali civilistiche.

A ben vedere, l'esigenza di uniformità affermata dalla Costituzione può venire intesa, anziché come omogeneità dei modelli processuali o spinta verso l'unità della giurisdizione, come uniformità della tecniche di tutela giurisdizionale.

Secondo un'impostazione condivisa dalla stessa Corte Costituzionale con sentenza n. 204 del 2004, la specialità della giustizia amministrativa costituisce lo strumento appropriato per dare la migliore tutela del cittadino nei suoi

---

<sup>210</sup> Gallo, voce *Processo amministrativo*, *Enc. dir.*, pagg. 619 e ss..

rapporti con la p.a. che agisce *iure imperii*, ma anche nelle controversie tra pubbliche autorità<sup>211</sup>.

Dal quadro costituzionale emerge *un favor* verso il giudice amministrativo con compiti conformativi dell'azione amministrativa, il cui ruolo peculiare va oltre la mera definizione del rapporto controverso per garantire la “*giustizia nell'amministrazione*” attraverso l'indicazione delle regole per il futuro *modus agendi*<sup>212</sup>.

Questo obiettivo di attuazione dell'interesse della giustizia nell'amministrazione non può essere inteso soltanto in senso generico come interesse alla legalità ed imparzialità dell'azione amministrativa, ma assume il significato più pregnante e conforme agli artt. 24 e 103 della Costituzione di tutela giurisdizionale delle posizioni soggettive del cittadino nei confronti degli atti della pubblica amministrazione<sup>213</sup>.

Il giudizio amministrativo *serve* al cittadino, e non è più vera l'affermazione contraria figlia di una visione obsoleta della giustizia amministrativa, che “*è il cittadino che serve al giudizio amministrativo*”, ricevendo dall'accoglimento del ricorso soltanto un vantaggio di fatto<sup>214</sup>.

Quanto alla garanzia di indipendenza ed imparzialità, non sembra più fondato il sospetto che il giudice

---

<sup>211</sup> Questa era la proposta di Calamandrei in seno all'Assemblea Costituente; più di recente, a favore della configurazione del giudice amministrativo come un giudice specializzato ma non più giudice speciale si veda Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, Dir. Pubbl., 1998, pagg. 271 e ss..

<sup>212</sup> Nigro, *Giustizia amministrativa cit.* Anche alla luce delle sentenze 204/2004 e 191/2006 della Corte costituzionale, il giudice amministrativo si configura come il giudice naturale della legittimità della funzione amministrativa.

<sup>213</sup> Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, pag. 1187; Romano, *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, in Foro it., 1982, V, pag. 258; Verde, *Ma cos'è questa giustizia amministrativa?*, in Dir. proc. amm., 1993, pagg. 587 ss..

<sup>214</sup> Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, rist. della 3° ed., Padova, 1957, pag. 293.

amministrativo sia tendenzialmente orientato in senso favorevole verso quest'ultima per essere anche organo ausiliario dell'Amministrazione, posto che esso *“ha piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle posizioni soggettive di interesse legittimo”*<sup>215</sup>.

Specie oggi che il processo amministrativo dispone di un testo coordinato di norme di disciplina.

---

<sup>215</sup> Cfr. Corte cost. n. 140 del 2007.

#### **4.6 Effettività e celerità del processo amministrativo**

Nell'attuale momento storico, l'effettività della giustizia amministrativa è sentita come un'esigenza insopprimibile sia dal punto di vista del cittadino leso, sia sul piano generale dell'ordinamento processuale, talora usata come un strumento per forzare la disciplina vigente e per arricchirla di contenuti estranei al diritto amministrativo.

Un'importante chiave di lettura dei principi di effettività della tutela è stata rinvenuta, a livello comunitario, nella direttiva n. 66 del 2007, ove al considerando 36 viene posto l'accento sulla necessità di *“garantire il pieno rispetto del diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale, conformemente all'art. 47, primo e secondo comma, di detta Carta”* (cioè della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). L'esigenza di immediatezza e rapidità della tutela ha diverse esplicazioni:

1) nei riti abbreviati introdotti dalla legge n. 205 del 2000;

2) nella garanzia di una tutela cautelare autonoma dal giudizio di merito (con il problema di estendere i principi affermati dalla direttiva n. 66 in merito al termine per portare ad esecuzione un provvedimento amministrativo ed all'effetto sospensivo automatico del ricorso);

3) nella concentrazione della controversia dinanzi ad un giudice unico, con l'ammissibilità dell'azione risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo e l'estensione della giurisdizione esclusiva sulla sorte del contratto dopo

l'annullamento dell'aggiudicazione ai sensi della direttiva n. 66. L'esigenza della completezza della tutela interessa ogni aspetto del processo amministrativo come:

- l'ampiezza dei poteri istruttori;
- il sindacato relativo alla discrezionalità tecnica;
- il diritto alla tutela caducatoria e risarcitoria;
- l'ampiezza della legittimazione a ricorrere ed appellare;
- l'effettività dell'esecuzione e dell'ottemperanza;
- la coerenza dell'assorbimento dei motivi sostanziali e della decisione in forma semplificata.

Un ruolo importante per la garanzia del diritto di difesa spetta ai principi di indipendenza ed imparzialità del giudice, di parità delle parti e piena garanzia del contraddittorio

L'esigenza di effettività ben si coniuga con quella tesa a favorire la celerità del processo amministrativo, la cui definizione entro un tempo ragionevole è resa ancora più urgente dalla presenza di valori contrapposti rappresentati dalla parte privata e dalla parte pubblica del processo.

L'obiettivo di accelerare il giudizio amministrativo sta alla base delle recenti novità legislative apportate dalla Legge n. 133/08, di conversione del d.l. n. 112/08 *“Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria”*.

Ci riferiamo, anzitutto, alla modifica apportata dall'art. 54 della citata legge all'organizzazione del Consiglio di Stato, ossia l'attribuzione al Presidente del potere di decidere annualmente l'attribuzione, in precedenza fissata *ex lege*, di funzioni giurisdizionali o consultive alle sei sezioni del

Consiglio che non si esclude possano svolgere tutte funzioni giurisdizionali così da smaltire il contenzioso pendente.

Altri elementi di novità, sulla cui utilità ai fini dell'accelerazione del processo già si è dubitato<sup>216</sup>, riguardano il dimezzamento del termine della perenzione ultradecennale dei ricorsi avanti al giudice amministrativo introdotta dalla legge n. 205 del 2000 e confermato nell'art. 82 del c.p.a. ed il collegamento dell'esperibilità dell'azione di risarcimento per danni da eccessiva durata del processo alla condizione che nel giudizio, nell'ambito del quale si lamenta la violazione del principio della ragionevole durata del processo, sia stata presentata apposita istanza di prelievo, pena l'improcedibilità dell'azione risarcitoria.

In merito all'istanza di prelievo idonea a caratterizzare come urgente il giudizio, la Cassazione con pronuncia a S.U. n. 28507 del 2005 aveva aderito alla tesi di chi riteneva non dovessero essere mai addossati alle parti i ritardi da addebitare all'amministrazione della giustizia, disattendendo la tesi di chi riteneva che dovesse essere sanzionata la negligenza delle parti che non avevano utilizzato uno strumento a loro disposizione. Tale indirizzo giurisprudenziale è destinato ad essere rimesso in discussione a seguito dell'introduzione della norma in esame, la cui *ratio* è quella di andare a colpire le condotte delle parti processuali caratterizzate da un'eccessiva inerzia, ottenendo in questo modo anche il risultato di un taglio delle controversie pendenti.

---

<sup>216</sup> Saitta, "Vecchio" Consiglio di Stato, addio?, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

Se si tiene conto, altresì, della rilevanza processualistica di disposizioni come quella contenuta nell'art. 21 *octies* della legge n. 241/90, che prevede la non annullabilità del provvedimento amministrativo per vizi sulla forma e sul procedimento<sup>217</sup>, ci dobbiamo chiedere se, con i richiamati interventi normativi, non si sia in realtà mortificato il senso e la stessa specialità della giustizia amministrativa.

Possiamo discutere quale sia il miglior modo di gestire la domanda di giustizia, se ad esempio occorra individuare criteri di priorità nella trattazione dei ricorsi, o valorizzare l'attività del relatore della causa affinché la causa arrivi all'udienza di trattazione già istruita e con la presenza di tutte le parti, o ancora fissare un termine perentorio per la costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente.

Certo è che non sempre la celerità del processo è garanzia di una tutela piena ed effettiva della richiesta di giustizia provenienti dal privato.

La discussione sui modi per garantire una giustizia celere, a ben vedere, passa attraverso la proposizione di una nuova configurazione del giudizio amministrativo e dei suoi istituti, alternativa a quella tradizionale.

Si è rafforzata la convinzione che, essendo il processo amministrativo uno strumento di tutela della pretesa sostanziale del cittadino, anziché di controllo dell'azione della P.A., la disciplina processuale non può essere fine a se stessa, ma deve essere funzionale alla migliore qualità della decisione di merito: si pensi ad esempio alla decisione di merito assunta

---

<sup>217</sup> Volpe, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, pagg. 319 e ss..

in sede cautelare e previa verifica della garanzia del contraddittorio nel rito previsto dall'art. 23 *bis*.

In conformità ad una lettura costituzionalmente orientata della disciplina della materia, il giusto processo è quello diretto a sfociare non in una decisione di mero rito, ma in una pronuncia di merito che decide chi abbia torto e chi abbia ragione; in base a questo principio le Sezioni Unite della Cassazione hanno riconosciuto ingresso nell'ordinamento processuale al principio della *translatio iudicii* dal giudice ordinario al giudice speciale e viceversa in caso di pronuncia sulla giurisdizione<sup>218</sup>, cui ha fatto seguito la pronuncia della Corte Costituzionale n. 77/07, che ha dichiarato illegittimo l'art. 30 della legge n. 1034/71, nella parte in cui non prevede che gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino a seguito di declinatoria di giurisdizione nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione, statuendo che l'ordinamento riconosce l'esistenza di giudici, ma *“la riconosce affinché venga assicurata, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, e non già affinché sia compromessa la possibilità stessa che a tale domanda venga data risposta”*<sup>219</sup>.

---

<sup>218</sup> Corte Cass. SS.UU. n. 4109 del 2007.

<sup>219</sup> Al principio enunciato dalla Corte Costituzionale ha dato attuazione il Consiglio di Stato con sentenza n. 2231 del 13 maggio 2008, ribadendo la necessità di rimettere le parti avanti al Giudice ordinario affinché dia luogo al processo di merito e di fissare un termine entro cui la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda opera, mediante applicazione analogica dell'art. 50 c.p.c..

#### **4.7 La rilevanza dell'interesse sostanziale oggetto di lesione**

La considerazione dell'interesse sostanziale leso si rinviene nell'interpretazione di diversi istituti processualistici, oltre che nel ruolo assegnato al principio della domanda.

Come la legittimazione a ricorrere viene direttamente correlata alla situazione giuridica sostanziale che si assume lesa e postula un interesse concreto ed attuale all'annullamento dell'atto<sup>220</sup>; così l'interesse all'appello viene accertato in funzione della soccombenza sostanziale, ossia in relazione all'incidenza sulla situazione giuridica soggettiva tutelata, rivelandosi insufficiente un interesse alla semplice correzione della motivazione<sup>221</sup>.

Ancora, per la determinazione della decisione sulla giurisdizione in conformità all'oggetto della domanda (art. 386 c.p.c.), assume rilievo il criterio del *petitum* sostanziale anziché a quello della c.d. prospettazione (ossia quello della

---

<sup>220</sup> Come afferma il Consiglio di Stato, sez. IV, 28 agosto 2001 n. 4544, in caso contrario, l'impugnativa verrebbe degradata al rango di azione popolare a tutela dell'oggettiva legittimità dell'azione amministrativa “*in insanabile contrasto con il carattere di giurisdizione soggettiva che la normativa legislativa e quella costituzionale hanno attribuito al vigente sistema di giustizia amministrativa*”.

<sup>221</sup> CGA Regione Sicilia, 28 aprile 2008 n. 357. Nel giudizio di impugnazione l'interesse ad impugnare una data sentenza o un capo di essa va desunto dall'utilità giuridica che dall'eventuale accoglimento del gravame possa derivare alla parte che lo propone, per cui si ritiene inammissibile per difetto di interesse l'impugnazione proposta ove non sussista la possibilità per la parte che l'ha proposta di conseguire un risultato utile e giuridicamente apprezzabile: cfr. Cass., sez. I, 5 giugno 2003 n. 8993; Cass., sez. III, 20 febbraio 2006 n. 3654.

qualificazione giuridica soggettiva che l'istante attribuisce all'interesse di cui invoca la tutela)<sup>222</sup>.

E pure la nozione di capo di sentenza si presta ad una interpretazione conforme al criterio dell'interesse sostanziale di cui si chiede tutela: alla tesi tradizionale secondo cui ciascun vizio-motivo identifica un distinto capo di domanda, si obietta che dalla medesima discendono conseguenze pericolose<sup>223</sup> (specie laddove si afferma che il rigetto di un motivo produce sempre soccombenza, che non è mai possibile l'assorbimento di un motivo di ricorso e che l'effetto devolutivo funziona in un ambito ristretto), oltreché un eccessivo frazionamento della domanda operato in astratto e non in relazione al risultato cui tendere l'unitario disegno del ricorrente<sup>224</sup>.

Per tale via, si è giunti ad affermare che per la divisione in capi andrebbe invece utilizzato il criterio della peculiarità del vantaggio o svantaggio che la decisione del ricorso apporta ai due litiganti sulla base di un motivo anziché sulla base dell'altro, ovvero il criterio della peculiarità dell'effetto conformativo prodotto dalla sentenza in relazione alla natura dei vizi denunciati e accertati.

---

<sup>222</sup> Cons. st., sez. V, 27 giugno 2001 n. 3508; Cass., sez. un., 9 aprile 1999 n. 231: “*Ai fini del riparto della giurisdizione, non è sufficiente e decisivo avere riguardo alle deduzioni ed alle richieste formalmente avanzate dalle parti, ma occorre tener conto del petitum sostanziale, ossia dello specifico oggetto e della reale natura della controversia, che si identifica in funzione della causa petendi costituita dal contenuto della posizione soggettiva dedotta in giudizio ed in relazione alla protezione sostanziale accordata in astratto alla posizione medesima dalla disciplina legale da applicare alle singole fattispecie*”.

<sup>223</sup> Secondo la tesi tradizionale, se più fatti giustificano l'impugnativa di un atto o negozio giuridico si hanno altrettante azioni quanto sono i fatti lamentati; nel processo amministrativo vi sarebbero tanti diritti all'annullamento quanti sono i motivi addotti; ne consegue che il rigetto di un motivo dovrebbe produrre sempre soccombenza anche se è accolto un altro motivo e che l'effetto devolutivo si produrrebbe solo nell'ambito di ciascun capo e non oltre, il giudice non ponendo mai passare dall'esame di un motivo all'altro.

<sup>224</sup> Nigro, *L'appello cit.*, 436.

Data la diversità degli effetti dell'annullamento (vincolante pieno, diretto e indiretto, semipieno, e secondario) e dei vantaggi che l'annullamento può apportare al ricorrente, si sostiene la scindibilità della domanda di annullamento con pluralità di motivi in tanti capi quante sono le dimensioni del vincolo ed i tipi di vantaggio che i diversi motivi possono produrre attraverso l'annullamento.

Può, dunque, accadere che il vizio-motivo non formi un capo a sé, ma che invece rappresenti semplice punto di cognizione avente il rango di una delle questioni pregiudiziali che il giudice amministrativo risolve per poter pervenire all'accoglimento ed al rigetto del capo di domanda e che non dà luogo ad una autonoma soccombenza<sup>225</sup>.

Secondo questa linea dottrinale, il vizio-motivo, che pure riveste un ruolo fondamentale nella identificazione dell'oggetto della domanda, rivestirebbe nella dinamica del processo una funzione più modesta, quale “*semplice ponte di passaggio per pervenire al riconoscimento o alla negazione del diritto all'annullamento*”.

Attesa la fungibilità dei vizi-motivi, inoltre, il giudice d'appello si vedrebbe legittimato a passare dall'esame dell'un motivo a quello dell'altro senza apposita impugnativa, in forza dell'operatività dell'effetto devolutivo nel processo amministrativo<sup>226</sup>.

---

<sup>225</sup> Si consideri la soluzione negativa di una questione, sostanziale o processuale, che produca il mancato accoglimento del capo della domanda: in tale ipotesi è il capo di domanda a non venire accolto, mentre il motivo del rifiuto costituisce semplice punto di cognizione.

<sup>226</sup> Nigro, *L'appello cit.*, pagg. 437 e ss..

## **Capitolo 5**

### ***Il nuovo codice del processo amministrativo***

#### ***5.1 Il c.p.a. in pillole***

Durante lo svolgimento della presente ricerca è entrato in vigore il Codice del Processo Amministrativo, peraltro atteso da anni.

È questa una occasione che non sentiamo di farci sfuggire, pur potendo sembrare fuorviante dedicare un capitolo ad un argomento generale come il Codice nel bel mezzo di una trattazione di un argomento ben specifico come il principio di effettività della tutela.

Il D.LGS. n. 104 del 2 luglio 2010, in attuazione della delega conferita al Governo dall'art. 44 della legge n. 69 del 2009, ha approvato il Codice del Processo Amministrativo fornendo così, finalmente, un quadro normativo omogeneo nell'ambito della giustizia amministrativa.

I giudici amministrativi si trovano ad operare in un quadro normativo estremamente complesso ed incerto e nel quale ci sono vuoti normativi non ancora colmati dalla giurisprudenza moderna: la codificazione, pertanto, dovrebbe essere lo strumento utile per unificare, chiarire e coordinare.

Il nuovo Codice del Processo Amministrativo, in vigore dal 16 settembre 2010, persegue ed attua questa essenziale funzione, collocandosi a fianco dei quattro codici tradizionali del nostro ordinamento, quello civile, penale, di procedura civile e di procedura penale, a conferma della sentenza della

Corte Costituzionale n. 204 del 2004 in cui si enuncia la “piena dignità” del giudice amministrativo.

Oltre alla normativa del codice (137 articoli) sono state approvate le norme di attuazione (allegato 2 del decreto citato), le norme transitorie (allegato 3 decr. Cit.) e le norme di coordinamento e le abrogazioni (allegato 4 decr. cit.).

Per quel che riguarda il patrocinio a spese dello Stato, l’art. 14 delle norme di attuazione (allegato 2) prevede che *“presso il Consiglio di Stato, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana e ogni tribunale amministrativo regionale e relative sezioni staccate e' istituita una commissione per l'ammissione anticipata e provvisoria al patrocinio a spese dello Stato, composta da due magistrati amministrativi, designati dal presidente, il più anziano dei quali assume le funzioni di presidente della commissione, e da un avvocato, designato dal presidente dell'Ordine degli avvocati del capoluogo in cui ha sede l'organo. Per ciascun componente sono designati uno o più membri supplenti. Esercita le funzioni di segretario un funzionario di segreteria, nominato dal presidente. Al presidente e ai componenti non spetta nessun compenso né rimborso spese”*.

Il Codice si compone di cinque libri e accanto alla disciplina strettamente processuale il Codice affronta questioni sostanziali connesse, ovvero la giurisdizione e i tipi e i termini di proposizione delle azioni; rivolge una specifica attenzione alla garanzia del contraddittorio e alla parità delle parti processuali oltre a privilegiare opzioni dirette ad assicurare celerità e qualità delle decisioni come l’obbligo di

motivazione delle decisioni, nel rispetto del principio del giusto processo.

Nella prima parte, dedicata ai principi, c'è un espresso richiamo al diritto europeo, in particolare al principio di sinteticità e di chiarezza degli atti e delle trattazioni orali.

Per quanto attiene il riparto di giurisdizione, il Legislatore ha operato un riordino della disciplina vigente con aggiornamenti in adesione con le pronunce della Corte di Cassazione.

Vengono disciplinate in modo specifico le diverse azioni proponibili, ovvero l'azione di annullamento e l'azione di condanna, nonché l'azione specifica di condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria, l'azione avverso il silenzio, l'azione per la declaratoria di nullità proponibile per l'accertamento delle nullità previste dalla legge.

Un'importante novità riguarda il regime della competenza che diventa sempre inderogabile, con la conseguenza che il difetto è rilevabile, oltre che con regolamento di competenza, anche d'ufficio e costituisce un ostacolo per l'adozione di misure cautelari.

Un'attenzione specifica è dedicata alle parti del processo e ai loro difensori, all'integrazione del contraddittorio e all'intervento, con la novità dell'intervento per ordine del giudice; la disciplina dei termini processuali viene riordinata e razionalizzata per realizzare il pieno contraddittorio e la miglior conoscenza delle controversie da parte del giudice.

Nel nuovo sistema assume particolare importanza la disciplina della fase cautelare: si sono ampliati i termini per la fissazione della camera di consiglio per garantire il contraddittorio e una maggior conoscenza della causa da parte del Giudice. Inoltre, viene garantita la fissazione dell'udienza di merito nel caso di concessione di misura cautelari.

Rimangono le disposizioni in tema di sospensione e di interruzione del processo e quelle sulla presentazione dell'istanza di fissazione rimane il termine di un anno dalla proposizione del ricorso, mentre nell'ottica di accelerazione nella definizione della controversia viene introdotta la possibilità di anticipare la decisione con la concentrazione del giudizio su una sola questione, con rinuncia agli altri motivi di ricorso.

Nel Libro Secondo il codice disciplina i mezzi di impugnazione che vengono allineati ai mezzi previsti dal c.p.c. e viene introdotto il rimedio dell'opposizione di terzo.

Le principali novità del giudizio di appello riguardano l'individuazione dei soggetti legittimati ad appellare, la riduzione delle ipotesi di rinvio al primo giudice e la previsione della possibilità di appello incidentale anche su capi diversi da quelli appellati in via principale.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha il potere di enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio.

Al giudizio di ottemperanza è dedicato ampio spazio e in particolare si fanno confluire al suo interno tutte le questioni

di esecuzione, elusione, violazione del giudicato e tutte le questioni che insorgono nel corso del giudizio a seguito degli atti del commissario *ad acta*.

Un'altra novità riguarda la possibilità di promuovere il giudizio di ottemperanza anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza e, in tal caso, la legittimazione attiva spetta anche alla P.A. tenuta all'ottemperanza.

Il Codice prevede l'applicazione al nuovo contenzioso sugli appalti del rito accelerato ordinario, rito speciale in materia di appalti introdotto con d. lgs. n. 53 del 2010; per il rito accelerato "comune a particolari materie" sono previsti nuovi termini per l'impugnazione delle sentenze e la modifica dei presupposti per la concessione delle misure cautelari e l'abolizione dei termini di deposito delle memorie e dei documenti a decorrere dall'ordinanza che fissa il merito.

Il legislatore delegato non ha introdotto una tutela specifica relativa alla fase preparatoria delle elezioni politiche.

Infine, dobbiamo segnalare alcune disposizioni deflative di ordine economico: l'obbligo di pronuncia sulle spese della fase cautelare e la previsione di sanzioni per l'elusione delle pronunce di ottemperanza o per il ritardo nella medesima e il nuovo potere del giudice di condannare, anche d'ufficio, la parte soccombente al pagamento in favore dell'altra parte di una somma di denaro equitativamente determinata; l'estensione del contributo unificato alla proposizione di motivi aggiunti e del ricorso incidentale introduttivi di nuove domande.

## **5.2 Prime considerazioni**

Il Codice del Processo Amministrativo (c.p.a.) è un tipico codice dei tempi odierni, nei quali la codificazione è divenuta soprattutto una tecnica di manutenzione di un ordito normativo sempre in movimento: tecnica utile a mantenere una misura di ordine e di coerenza, ma non più, invece, a discernere compiutamente gli istituti e le regole generali rispetto ad istituti e regole speciali<sup>227</sup>.

Il c.p.a. non è, dunque, un testo chiuso e compiuto nel quale si riflette interamente il processo amministrativo, come del resto dimostra la collocazione di norme processuali in altri plessi normativi: basti pensare alla c.d. *class action* contro la Pubblica Amministrazione, prima inserita e poi di nuovo espunta dal testo definitivo del Codice.

Alla codificazione del processo non corrisponde, del resto, a differenza di quanto accade, per esempio, per il diritto civile o per il diritto penale, un codice del diritto amministrativo. Al contrario, il diritto amministrativo si va estendendo ed articolando lungo nuove ed inedite dimensioni<sup>228</sup> e presenta allo stesso tempo, nell'ordinamento interno, una forte "turbolenza" che vede succedersi continui interventi normativi, a volte di grande rilevanza, a volte di minuto dettaglio<sup>229</sup>.

---

<sup>227</sup> Mattarella, *Codificazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, p. 933-937

<sup>228</sup> Per tutti, Cassese, *Le droit tout puissant et unique de la société*. Paradossi del diritto amministrativo, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 4, 2009, pp. 879 ss..

<sup>229</sup> Tanto da rendere ormai sempre più difficile l'analisi e la ricostruzione per modelli e da richiedere, piuttosto, un'analisi volta ad individuare appunto i principi generali come

La stessa vicenda di formazione del c.p.a., ormai ampiamente commentata<sup>230</sup>, con la successione di modifiche apportate in sede governativa e parlamentare alla bozza predisposta dall'apposita Commissione incaricata della redazione dell'articolato, ha contribuito a caratterizzare il Codice non tanto come un punto di arrivo e di definitiva sistemazione, quanto come uno strumento aperto a futuri e successivi sviluppi, rimessi soprattutto all'opera della giurisprudenza<sup>231</sup>.

Il c.p.a. non segna certo la fine, e neanche il ridimensionamento, del ruolo del diritto pretorio nel e sul processo amministrativo, ma costituisce invece un episodio particolarmente importante della più generale vicenda dei rapporti fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale<sup>232</sup>, che spesso vede, come è stato osservato, reciproci "rilanci"<sup>233</sup> fra giudice e legislatore.

---

strumento ordinante: sul punto v. Torchia, *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, 2001.

<sup>230</sup> Si vedano i contributi raccolti in Pellegrino (a cura di), *Verso il processo amministrativo*, Nel diritto editore, 2010 e, per un'analisi degli esiti, Pajno, *Il Codice del processo amministrativo fra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, pagg. 885 ss..

<sup>231</sup> De Lise, *Verso il Codice del processo amministrativo*, Conclusioni della Tavola rotonda tenutasi il 21 aprile 2010 presso la Corte di Cassazione; A. Pajno, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 1, 2010, pp. 118 ss..

<sup>232</sup> Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2010; con specifico riferimento alla giurisdizione amministrativa si rinvia a Torchia, *Le nuove pronunce e l'ambito di decisione del giudice*, relazione al 56° Convegno di Studi Amministrativi di Varenna, 23-25 settembre 2010; si veda anche Pajno, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, cit., secondo il quale il Codice può servire "a mostrare e rendere palesi i cambiamenti che sono già intervenuti" (p. 141).

<sup>233</sup> Cassese, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, 2004.

### **5.3 Il perché del c.p.a.**

L'idea di una codificazione delle regole del processo amministrativo non è nuova nel nostro ordinamento, ma è stata più volte prospettata negli anni passati, anche con tentativi di riforma che erano sembrati destinati ad avere successo.

La novità risiede nel fatto che questa volta il progetto di codificazione del processo amministrativo è andato a compimento con la definitiva approvazione del D. Lgs. 2 luglio 2010 n. 104, il cui allegato 1 è, appunto, il Codice del Processo Amministrativo.

Nei dibattiti sul tema che nel corso degli anni si sono succeduti, nessuno ha mai dubitato della parziale inadeguatezza del processo amministrativo a dare risposta alla crescente domanda di giustizia nei confronti della P.A..

Le norme processuali erano rimaste sparse in una molteplicità di testi normativi, non sempre coordinati tra loro: le prime regole processuali relative al Consiglio di Stato risalgono al 1907 e al 1924 ed hanno, poi, subito solo parziali modifiche e integrazioni ad opera della legge istitutiva dei T.A.R. nel 1971.

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

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

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

In ordine alla sussistenza di tali problematiche si registrava, anche nel passato una generale condivisione, mentre le opinioni non sono mai state unanimi sull'individuazione delle soluzioni.

Vi è sempre stato chi ha posto maggiore affidamento nel ruolo della giurisprudenza ed ha anzi preferito un sistema processuale basato su poche regole, in modo che il giudice amministrativo avesse un maggiore margine per adattare tali regole e costruirne in via pretoria di nuove, al fine della ricerca di strumenti di tutela sempre più efficaci.

E vi è stato, invece, chi propendeva per un incisivo intervento del legislatore<sup>234</sup>.

---

<sup>234</sup> PAJNO, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in Dir. Proc. Amm., 2010, pag. 119, ricorda come nel corso del tempo siano stati spesso posti interrogativi sulla questione della codificazione delle norme di diritto amministrativo. Menziona la posizione di Orlando, secondo cui non esiste, pertanto, una oggettiva impossibilità di codificare il diritto amministrativo, legato alla natura speciale di questo ed al carattere frammentario della legislazione, ma un ostacolo a tale opera, costituito dall'assenza di un'adeguata elaborazione, anche scientifica, dei principi fondamentali del diritto amministrativo; per poi passare alle tesi di Romano che vedeva con favore l'ipotesi della codificazione, anche se limitata ad un "*complesso abbastanza ampio ed organico di principi relativamente fermi, costanti e generali*" e di Zanobini, favorevole a un "*codice limitato a contenere soltanto i principi generali del diritto amministrativo*", proprio perché essi "*non sono esposti alle continue modificazioni cui sono soggette le norme relative a particolari istituti*". PAJNO conclude richiamando il pensiero del povero Bachelet,

Una parte della dottrina riteneva sussistente una esigenza ormai indifferibile di intervenire sulle regole del processo amministrativo, non per sfiducia nei confronti della giurisprudenza o della dottrina, ma per la convinzione che solo con la legge è possibile “canonizzare” le conquiste della giurisprudenza e della dottrina e, nel contempo, imprimere nuovo impulso all’evoluzione del processo amministrativo.<sup>235</sup>

In molte occasioni la codificazione del processo amministrativo è sembrata imminente:

- nel 1972 e nel 1974 il Governo aveva delegato il Consiglio di Stato alla formulazione di disegni di legge di riforma della procedura seguita davanti ai T.A.R. e davanti al Consiglio di Stato e, dopo la nomina di una Commissione speciale, presieduta da Levi Sandri e con relatore Laschena, l’Adunanza generale del Consiglio di Stato approvò, il 23 novembre 1978, uno schema di disegno di legge unificato, composto da 110 articoli, che fu presentato dal Governo al Senato il 13 dicembre 1979<sup>236</sup>;

---

improvvidamente assassinato dalle Brigate Rosse negli anni ‘80, grazie al quale il tema della codificazione del diritto amministrativo si coniuga in modo sistematico con quello, più specifico, della giustizia amministrativa. Secondo Bachelet la codificazione dei “*profili processuali del diritto amministrativo*” serve, infatti, alla fine, a dare piena e compiuta attuazione al quadro costituzionale della giustizia amministrativa, o costituisce, comunque, un momento importante e significativo della costruzione del sistema costituzionale della giustizia amministrativa.

<sup>235</sup> Nigro, *Crisi del giudizio di annullamento, prospettive e linee di tendenza del processo amministrativo*, in Mazzarolli (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo (Atti del convegno di studio – Padova, 10-11 aprile 1987)*, Padova, 1990, pag. 17; in precedenza, si veda anche, Nigro, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in Riv. Dir. Proc., 1978, pag. 249. Sulla stessa linea, Merusi, *Per una maggiore e migliore tutela di situazioni giuridiche soggettive mediante il processo amministrativo*, in Mazzarolli (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo (Atti del convegno di studio – Padova, 10-11 aprile 1987)*, Padova, 1990, pag. 21.

<sup>236</sup> A.S. n. 583 – VIII legislatura; su queste iniziative, si veda Laschena, *Riforme del processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 1980, II, pag. 1087.

- in occasione del dibattito sul rapporto Giannini sulla riforma della P.A., il 10 luglio 1980 il Senato aveva approvato un ordine del giorno con l'impegno ad approvare una riforma del processo amministrativo, ma tutti i progetti decadde con il termine della legislatura nella primavera del 1983;
- nella successiva legislatura molte furono le proposte di legge presentate alle Camere (v. in particolare, il d.d.l. n. 1353 Camera, esaminato unitamente alla proposta n. 1308 dell'on. Labriola), ma anche in questo caso il testo unificato approvato dalla Commissione della Camera non giunse all'approvazione per la fine anticipata della legislatura<sup>237</sup>;
- maggior fortuna sembrava dover avere la riproposizione dei progetti di riforma nella X legislatura e su una proposta di legge, approvata dalla Camera il 12 ottobre 1989, venne acquisito il parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato, reso con approfondite osservazioni in data 8 febbraio 1990<sup>238</sup>, ma i lavori del Senato furono interrotti per la fine della legislatura.

Una vera e propria fatica di Sisifo.

Successivamente maturò la convinzione che i tentativi sempre andati a vuoto di una completa codificazione del processo amministrativo dovevano indurre a interventi di ambito più limitato, ancorché significativo, come poi avvenne con i già più volte richiamati D.LGS. n. 80 del 1998 e con la legge n. 205 del 2000.

---

<sup>237</sup> Una completa ricostruzione dei vari tentativi di una riforma del processo amministrativo e del progressivo loro abbandono è contenuta in Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, pag. 30.

<sup>238</sup> Il disegno di legge delega e il parere sono pubblicati in *Cons. Stato*, 1992, I, 301.

Tali interventi hanno solo in parte dato una risposta al problema dell'inadeguatezza del processo amministrativo al fine di dare soddisfazione delle pretese dei cittadini e, nonostante la trasformazione della tutela in una tutela piena perché estesa anche a profilo risarcitorio, tutte le regole processuali restavano ingabbiate nel modello impugnatorio e faticavano a liberarsi da una ottica di un giudizio meramente rescindente, che a volte risultava essere di scarsa utilità per gli interessi effettivi del cittadino.

Da qui l'idea, mai del tutto abbandonata, di una codificazione del processo amministrativo e che ha trovato riscontro nell'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, cui è seguito l'iter di formazione del Codice del Processo Amministrativo.

Prima ancora dell'analisi del contenuto del testo, emerge il dato del compimento di un progetto di codificazione, più volte tentato negli scorsi decenni e mai portato a termine.

Le ragioni dell'intervento di codificazione emergono chiaramente dalla stessa legge di delega: una esigenza formale di unificazione, chiarificazione e coordinamento delle norme stratificatesi e una ben più rilevante esigenza sostanziale di rendere realmente effettiva la tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti dei pubblici poteri e tale esigenza è stata correttamente racchiusa in uno dei criteri di delega, costituito dalla previsione di "*pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa*".

E' stata così premiata l'idea del codice, portata avanti con la consapevolezza che si trattava di un'operazione

ambiziosa, già in precedenza tentata e mai portata a compimento e con il convincimento dell'utilità, ai fini del raggiungimento del risultato, di circoscrivere l'intervento agli aspetti giuridico-processualistici, con esclusione di qualsiasi profilo politico-ordinamentale<sup>239</sup>.

L'idea di lasciare l'evoluzione del processo amministrativo al solo apporto della giurisprudenza e agli stimoli della dottrina si poneva ormai in conflitto con l'evoluzione della società e del rapporto tra giudice e domanda di giustizia, nell'ambito del quale non era più sufficiente, e neanche corretto, affidarsi a poche regole processuali e alla capacità di interpretazione evolutiva della giurisprudenza.

Ed allora, pare avere ragione chi sostiene che l'emanazione del codice ha, anzitutto, un significativo valore simbolico conferendo alla disciplina del giudizio amministrativo la stessa dignità formale degli altri rami dell'ordinamento processuale, peraltro in un momento in cui è emersa (trovando riconoscimento negli importanti arresti della Corte costituzionale) la consapevolezza della equivalenza delle tutele rispettivamente apprestate<sup>240</sup>.

E' stato appunto evidenziato che, alla base della previsione legislativa di cui all'art. 44 della legge 69 del 2009 vi è, pertanto, l'idea che, come l'autorità giudiziaria ordinaria costituisce il giudice generale dei diritti (art.102 Cost.), così il giudice amministrativo costituisce il giudice generale dell'esercizio della funzione amministrativa e delle situazioni soggettive (*rectius*: gli interessi legittimi) vantati dai cittadini

---

<sup>239</sup> De Lise, *Verso il Codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), aprile 2010.

<sup>240</sup> *Ibidem*.

nei confronti del potere pubblico e che, come esiste da tempo un codice che disciplina l'esercizio della funzione giurisdizionale da parte del giudice ordinario, così è opportuno che sia introdotto nell'ordinamento un organico sistema di disposizioni volto a regolare l'esercizio della giurisdizione amministrativa<sup>241</sup>.

La risposta all'interrogativo di partenza (Perché un Codice del processo amministrativo?) va rinvenuta, quindi, nell'esigenza di dare al cittadino e alle amministrazioni un sistema di regole processuali snelle e, nel contempo, chiare e certe, idonee a consolidare le conquiste della dottrina e della giurisprudenza e a "spostare l'asticella" più in alto, ad *"imprimere nuovo impulso all'evoluzione del processo amministrativo"*, come sosteneva Mario Nigro<sup>242</sup>.

Quando un progetto è ambizioso è perché presenta dei rischi e i rischi erano, in questo caso, costituiti dalla necessità di evitare che un "ingessamento" delle regole del processo amministrativo potesse, da un lato, limitare il ruolo di motore evolutivo del sistema svolto dalla giurisprudenza e, sotto altro profilo, frenare tale processo con la codificazione di orientamenti superati o, comunque non in linea con i principi del "giusto processo amministrativo" e della parità delle parti.

---

<sup>241</sup> Pajno, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, op.cit., pag. 119.

<sup>242</sup> Nigro, *Crisi del giudizio di annullamento, prospettive e linee di tendenza del processo amministrativo*, op.cit., pag. 18.

#### **5.4 Il ruolo consultivo del Consiglio di Stato**

Scelta la via di procedere ad una profonda riforma del processo amministrativo, si trattava di individuare la modalità con cui giungere alla elaborazione del testo da approvare.

L'art. 44, comma 4, della legge n. 69/2009 ha stabilito che, *“ove il Governo, nell'attuazione della delega di cui allo stesso articolo, intenda avvalersi della facoltà di cui all'articolo 14, numero 2, del testo unico sul Consiglio di Stato, di cui al regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, il Consiglio di Stato può utilizzare, al fine della stesura dell'articolato normativo, magistrati di tribunale amministrativo regionale, esperti esterni e rappresentanti del libero foro e dell'Avvocatura generale dello Stato, i quali prestano la propria attività a titolo gratuito e senza diritto al rimborso delle spese”*.

La scelta del legislatore delegante è stata oggetto di critiche dirette a contestare l'affidamento al Consiglio di Stato di un compito normativo autoreferenziale, peraltro riferito alla predisposizione delle norme che lo stesso giudice amministrativo sarebbe poi stato chiamato ad applicare<sup>243</sup>.

In vero, non possiamo non osservare che non si è fatto altro che applicare uno strumento già presente nell'ordinamento e, peraltro, utilizzato, come in precedenza ricordato, per i precedenti tentativi di riforma del processo amministrativo non andati poi a buon fine. La novità consiste nell'aver aggiunto la possibilità per il Consiglio di Stato di

---

<sup>243</sup> Violante, *Magistrati*, Torino, 2009, pag. 132, definisce la procedura “domestica” e aggiunge che il legislatore, *“con involontaria autoironia”*, ha anche precisato che, se il testo della riforma viene redatto dal Consiglio di Stato, non serve il parere di quest'ultimo.

utilizzare, oltre ai Consiglieri di Stato, anche i magistrati del T.A.R. ed altri componenti esterni (esperti e rappresentanti del libero foro e dell'Avvocatura generale dello Stato).

Del resto, l'alternativa era quella di lasciare la redazione dell'articolato allo stesso Governo, che avrebbe costituito una apposita Commissione con costi sicuramente superiori a quelli pari a zero, derivati dall'affidamento del compito al Consiglio di Stato.

Pochi giorni dopo l'entrata in vigore dell'art. 44 della legge 18 giugno 2009 n. 69, il Governo si è avvalso della facoltà di affidare al Consiglio di Stato la formulazione del progetto di decreto legislativo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo e il Presidente del Consiglio di Stato ha deferito l'esame del predetto affare ad una apposita Commissione, composta da magistrati del Consiglio di Stato e dei TT.AA.RR., da magistrati della Corte di Cassazione, avvocati dello Stato, avvocati del libero foro e professori universitari<sup>244</sup>.

L'apertura della Commissione a professionalità miste in grado di rappresentare tutti gli operatori e gli studiosi del processo amministrativo non può che essere visto come elemento positivo.

Ciò ha comportato durante i lavori l'emersione di punti di vista tra loro diversi, sostenuti a volte trasversalmente a prescindere alle professionalità di appartenenza dei componenti della commissione.

---

<sup>244</sup> Sull'iter di formazione del testo si rinvia a Chieppa, *Il Codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, sta in [www.giustizia-amministrativa/documentazione/studi\\_contributi/2010\\_7\\_Chieppa\\_Il\\_Codice.htm](http://www.giustizia-amministrativa/documentazione/studi_contributi/2010_7_Chieppa_Il_Codice.htm).

In pochi mesi di lavoro si è giunti all'approvazione di un testo, su cui sono state acquisite le osservazioni esterne a conferma della totale assenza da parte del Consiglio di Stato di un atteggiamento di chiusura o corporativo.

E' stata forte la preoccupazione, soprattutto nella componente togata, che, nel delicato compito di redigere l'articolato, si potesse correre il rischio anche solo di apparire protesi a redigere un testo ad uso e consumo del giudice, e non del cittadino.

Questa preoccupazione ha avuto conseguenze positive sulle varie scelte effettuate perché il criterio guida è sempre stato quello di ricercare soluzioni idonee a garantire la maggiore effettività della tutela giurisdizionale<sup>245</sup>.

La prima scelta è stata quella di procedere verso un vero e proprio Codice, che mantenesse la tipica snellezza del processo amministrativo, ma che andasse decisamente oltre l'esperienza dei codici di settore; una riforma tesa, quindi, non ad un riassetto del "micro-sistema" della giustizia amministrativa, ma diretta alla costruzione di un sistema di tutela giurisdizionale fondato sul principio dell'unità funzionale e non organica della giurisdizione<sup>246</sup>.

Si è poi cercato di dare piena attuazione a quello che da tutti è stato ritenuto il criterio di delega più importante, relativo alla disciplina delle azioni e alla già ricordata

---

<sup>245</sup> Pellegrino, *Il codice al passaggio decisivo. Tra grande occasione e strani paradossi*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), maggio 2010, che afferma che nella Commissione su ogni profilo ha sempre prevalso l'opzione volta ad evitare restringimenti di tutela e a rafforzare il dialogo tra le giurisdizioni.

<sup>246</sup> Pajno, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, op.cit., pag. 119, che illustra la differenza con l'esperienza dei codici di settore e sostiene l'importanza di una lettura delle norme sul processo amministrativo volta a connetterle con le altre esperienze di tutela giurisdizionale e non a separarle da esse.

previsione di “*pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa*”.

La codificazione delle azioni di accertamento, di annullamento, di condanna, nelle forme della reintegrazione in forma specifica e per equivalente, e soprattutto di adempimento, era stata da tutti salutata con favore perché diretta a soddisfare l’esigenza di giustizia del cittadino<sup>247</sup>.

Così come favorevolmente erano state commentate le disposizioni tese a potenziare il contraddittorio in ogni fase del processo.

Inevitabilmente, alcune soluzioni sono state di compromesso, raggiunto al fine comporre i contrasti, come è evidente per le disposizioni sul superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa; compromesso da cui si deve, però, trarre il positivo dato del dialogo tra le due giurisdizioni, che ha trovato espressione all’interno della Commissione grazie all’apporto dei magistrati ordinari e al confronto tra essi e i magistrati amministrativi, i professori universitari e gli avvocati. Dialogo che aveva registrato una ancora più significativa convergenza e condivisione da parte dei vertici delle due giurisdizioni superiori in occasione dei rispettivi discorsi tenuti in occasione dell’inaugurazione dell’anno giudiziario 2010.

Su altri punti si è avuto meno coraggio e sono prevalse preoccupazioni anche interne alla giustizia amministrativa,

---

<sup>247</sup> Domenichelli, *Resoconto del Seminario svoltosi il 26 marzo 2010 a Padova presso l’Archivio Antico, Palazzo del Bò, via VIII Febbraio n. 2 sul libro I (Disposizioni Generali) del Progetto di Codice del processo amministrativo*, in [www.giustammi.it](http://www.giustammi.it), aprile 2010, secondo cui la vera innovazione del Codice è, quindi, quella di ripristinare nell’ambito del processo la forza del giudice che in tal modo va a riequilibrare la disparità fra le parti nei rapporti sostanziali.

come per il mancato accoglimento delle proposte dei professori universitari al fine di introdurre meccanismi più efficienti di istruzione probatoria, da anticipare rispetto all'udienza di discussione dei ricorsi.

In molti altri punti si poteva fare di più, ma l'impressione generale è stata di un testo che andava verso un processo amministrativo di parti, non più dominato dal giudice amministrativo e, soprattutto, orientato verso il definitivo consolidamento del ripudio di un modello di giurisdizione obiettiva, volta cioè a tutelare in primo luogo la legittimità dell'azione amministrativa e, solo indirettamente, le posizioni giuridiche soggettive, nel quale il cittadino tutela se stesso solo difendendo la legalità dell'amministrazione e conseguendo in via indiretta benefici per sé. Modello che peraltro contrasta con le stesse ragioni della nascita della giustizia amministrativa, incentrate sulla necessità di riempire uno spazio, in cui era assente la possibilità di tutela del privato nei confronti della P.A..

Seguendo questi criteri l'8 febbraio 2010 la Commissione ha completato i suoi lavori e ciò è avvenuto, con una singolare coincidenza, a distanza esatta di venti anni dall'espressione del già citato parere, reso dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato l'8 febbraio 1990 sul progetto di riforma approvato dalla sola Camera nella X legislatura.

In merito, l'Associazione Nazionale Magistrati Amministrativi, nel corso del Convegno Nazionale di Studi dal titolo "*La codificazione del processo amministrativo: riflessioni e proposte*" tenutosi a Siracusa il 30-31 ottobre 2009, ed al

quale abbiamo avuto interesse a partecipare, ne ha anticipato le conclusioni.

### **5.5 La logica degli interventi correttivi**

Espletato il suo compito, il Consiglio di Stato ha così consegnato l'articolato al Governo, che restava ovviamente libero di esaminarlo, di apportare le modifiche ritenute necessarie o anche di cestinarlo, ove non lo avesse ritenuto adeguato.

L'iter di formazione del Codice ha visto a questo punto interrompersi la fase "aperta" a osservazioni e ad una sorta di consultazione preventiva e sono state apportate dal Governo rilevanti modifiche al Codice, prima di trasmetterlo alle commissioni parlamentari e poi dopo l'espressione dei pareri della commissioni.

Non è qui in discussione la potestà del Governo di apportare correzioni, ma l'opera di revisione del testo va valutata in base alle finalità dichiarate e al suo contenuto.

Le finalità dichiarate sono state indicate nella necessità di procedere ad una rielaborazione del testo *"d'intesa con il Ministro della economia e delle finanze, al precipuo fine di non introdurre istituti che, anche indirettamente o mediamente ed in prospettiva temporale di medio periodo, potessero essere suscettibili di determinare incremento di oneri per la finanza pubblica, evidentemente insostenibili nell'attuale fase congiunturale"*<sup>248</sup>.

In vero, dall'analisi del contenuto delle correzioni governative non sembra emergere alcun profilo di incremento

---

<sup>248</sup> Comunicato n. 89 del 16 aprile 2010 del Consiglio dei Ministri.

di oneri, anche indiretto, derivante dalle norme soppresse o modificate.

Maggiori oneri non potevano certo derivare dall'enunciazione dei principi generali, ridotti dal Governo, né dal principio (eliminato) dell'immanenza della tutela cautelare in tutti i giudizi amministrativi.

Appare poi difficile comprendere come la codificazione dell'azione di accertamento potesse, anche solo indirettamente, comportare nuove spese; in primo luogo, tale azione già può essere esercitata sulla base della giurisprudenza del Consiglio di Stato e la sua codificazione avrebbe evitato il rischio di interpretazioni giurisprudenziali dirette ad ampliare eccessivamente il suo ambito di applicazione.

A tal fine, operavano i limiti dell'inammissibilità dell'azione in relazione a poteri non esercitati o al fine di aggirare il mancato esercizio dell'azione di annullamento nei termini di decadenza.

In secondo luogo, l'azione di accertamento consente a volte di chiarire situazioni controverse (*e.g.* l'essersi formato o meno il silenzio assenso), evitando che l'incertezza possa poi ricadere sulla stessa P.A. ed esporla a pretese risarcitorie maggiori.

Da ultimo, va rilevato che l'azione di accertamento compare nello stesso Codice, pur essendo rimasta priva della norma generale<sup>249</sup>.

---

<sup>249</sup> Chieppa, *Il Codice del processo amministrativo*, cit., in cui si rileva che l'azione di accertamento è presente nel comma 4 dell'art. 31 con riguardo alla nullità; nell'art. 34, comma 5 (pronuncia di merito dichiarativa della cessazione della materia del contendere); nell'art. 114, comma 4 (il giudice dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione

Anche la tanto temuta azione di adempimento consente di ripristinare in modo più veloce la legalità quando l'amministrazione ha sbagliato, riducendo il rischio che il decorso del tempo possa ampliare le pretese risarcitorie nei confronti della P.A.; ed anche in questo caso nella codificazione rientravano i limiti di una azione, la cui esperibilità si può rinvenire in altre disposizione dello stesso Codice, quali l'art. 34 (condanna atipica all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio).

Continuando nel nostro *excursus*: il *favor* manifestato in favore della verifica, rispetto alla CTU, disposta “*se indispensabile*” appare poco comprensibile.

L'inciso “*solo se indispensabile*”, se diretto a conseguire risparmi di spesa, è inidoneo a raggiungere lo scopo, in quanto anche le verificazioni hanno oggi costi corrispondenti a quelli delle CTU, come appena stabilito anche dal Codice.

L'inciso non è, comunque, corretto perché sembra far intendere che gli altri mezzi il giudice li dispone anche se non indispensabili.; sarebbe, anzi, contraddittorio con le dichiarate finalità di risparmio ritenere che la verifica possa essere disposta anche se non indispensabile<sup>250</sup>.

Le varie modifiche apportate poi al regime della competenza territoriale, resa sempre inderogabile e rilevabile d'ufficio e contestabile senza limiti temporali fino addirittura all'udienza di discussione, sono chiaramente dirette a limitare

---

del giudicato); negli art. 121 e 122 (il giudice dichiara l'inefficacia del contratto); è presente soprattutto nell'art. 34, relativo alle pronunce del giudice.

<sup>250</sup> D'ANGELO, *Osservazioni sulle disposizioni in tema di istruttoria*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), maggio 2010, secondo cui il rischio è di assecondare la ritrosia manifestata in questi anni da una parte della giurisprudenza all'utilizzo della Ctu.

il c.d. “turismo cautelare”, e non a evitare maggiori oneri; per perseguire tale obiettivo e per risolvere alcune situazioni patologiche di utilizzo della tutela cautelare presso TT.AA.RR. incompetenti, si potevano ipotizzare misure di minore impatto sulle attuali regole processuali<sup>251</sup>.

Cambiare le regole serve quando conduce a obiettivi benefici, che in questo caso non si intravedono; altrimenti il cambio delle regole comporta comunque una fase di adattamento al nuovo sistema, che nel caso di specie determinerà la lunga convivenza della competenza derogabile per tutte le cause proposte anteriormente all'entrata in vigore del Codice e della competenze inderogabile per quelle successive.

Sotto l'aspetto sostanziale, l'inderogabilità della competenza territoriale equipara la questione di competenza a quella di giurisdizione; possiamo osservare che proprio le difficoltà nell'individuare i criteri di riparto di giurisdizione hanno indotto la Cassazione a limitare la rilevabilità d'ufficio, ritenendo che in caso di giudicato implicito sia necessaria la proposizione di apposita censura in sede di impugnazione.

Il rischio è che ora questioni di competenza, in passato attenuate dal sistema della derogabilità e dello stretto termine per sollevarle, possano espandersi e riempire le aule della

---

<sup>251</sup> Chieppa, *Il Codice del processo amministrativo*, cit., in cui è rilevata anche la massiccia presenza nel Codice di norme riguardanti la competenza: oltre agli articoli da 13 a 16, la competenza è disciplinata anche dagli articoli 33, 42, 47, 55, 56, 60, 61, 62 (la maggior parte dei quali oggetto di modifiche governative), oltre ad altre disposizioni contenute nel libro III e nei riti speciali e ciò lascia intendere come nelle intenzioni del Governo il maggior problema del processo amministrativo fosse la competenza. Pellegrino, *Il codice al passaggio decisivo. Tra grande occasione e strani paradossi*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), maggio 2010, sottolinea il ginepraio della competenza territoriale, creato dal Governo con l'abbandono di ogni principio di *better regulation*.

giustizia amministrativa di un contenzioso diretto solo a stabilire quale T.A.R. deve pronunciarsi, che resta lontano dagli effettivi bisogni della tutela del cittadino.

Come potevano comportare profili di spesa le eliminate norme tese a rafforzare il principio di parità delle parti (*e.g.* quella sul dovere di lealtà e di probità) o a garantire l'effettività della tutela (*e.g.* la disposizione che limitava la prassi dell'assorbimento dei motivi del giudizio)?

Nella relazione del Governo si indica che si tratta di regole già insite nel sistema, ma il ragionamento non convince: ben venga il riconoscimento che la limitazione all'assorbimento dei motivi di ricorso è insita nel sistema, ma la codificazione di alcune regole serve proprio a rendere chiaro ed evidente ciò che si può ricavare dal sistema e questo è utile soprattutto quando, in relazione a determinati principi, vigono prassi di segno contrario, come è appunto per l'assorbimento dei motivi di ricorso (prassi criticata dalla stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato).

Il mancato esercizio della delega sul contenzioso per la fase preparatoria delle elezioni politiche costituisce una scelta in alcun modo legata al contenimento dei costi.

Stessa conclusione per l'espunzione dal Codice dell'azione collettiva per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, che resta disciplinata nel D.LGS. 20 dicembre 2009, n. 198. Il Codice aveva la pretesa dichiarata di includere tutte le azioni e ricorsi proponibili davanti al giudice amministrativo e già in partenza una tipologia di ricorso resta fuori e non è neanche richiamata

nella c.d. “norma catalogo”, contenente tutte le ipotesi di giurisdizione esclusiva. Tutte tranne una<sup>252</sup>.

L'elenco potrebbe continuare senza trovare, però, traccia di disposizioni espunte, caratterizzate dal rischio anche solo indiretto di maggiori oneri.

Anzi, sono alcuni dei correttivi a contenere il rischio di maggiori oneri: l'eliminazione delle misure per lo smaltimento dell'arretrato, individuate dalla Commissione istituita presso il Consiglio di Stato e rinviate ad un futuro DPCM, dagli incerti contorni e da un complesso meccanismo di adozione, non dà immediata risposta al problema serio dell'arretrato e al conseguente esponenziale aumento dei costi per il mancato rispetto della ragionevole durata del processo (legge Pinto).

La risposta al problema dell'arretrato non può certo essere costituita dalla norma transitoria sulla definizione dei ricorsi pendenti da più di cinque anni alla data di entrata in vigore del codice; in via transitoria, è previsto che per i ricorsi pendenti da oltre cinque anni per i quali non sia stata ancora fissata l'udienza di discussione, sia necessario presentare un nuova istanza di fissazione di udienza entro il termine di 180 giorni dall'entrata in vigore del Codice; altrimenti il ricorso è dichiarato perento con decreto del presidente; revocabile se nei 180 giorni dalla comunicazione dello stesso, il ricorrente manifesta il perdurante interesse alla trattazione della causa, con un atto sottoscritto personalmente e dal difensore e notificato alle altre parti.

---

<sup>252</sup> Si tratta di una nuova azione, la cui disciplina presenta molte lacune, ma questo era un motivo per emendarla, non per eliminarla del tutto dal Codice.

La comunicazione da parte della segreteria è fatta *ex post* dopo l'emanazione del decreto e, in questo caso, la tardiva manifestazione di interesse avrà costretto gli uffici a maggiori adempimenti rispetto al sistema a regime (emanazione del decreto e comunicazione dello stesso decreto, in luogo della mera comunicazione ex art. 82 del Codice).

Inoltre, è prevedibile che l'obiettivo di una ricognizione del contenzioso sia difficilmente raggiungibile, in quanto l'assenza di termini perentori per l'adozione del decreto e per la successiva comunicazione dello stesso determinerà che parte del contenzioso dichiarato estinto si riaprirà, con notevoli problemi per la formazione dei dati statistici sulla produttività degli uffici e sui ricorsi pendenti.

Viene, quindi, vanificato l'obiettivo di giungere ad una seria ricognizione dell'arretrato e il falso dato dei ricorsi estinti, ma suscettibili di "rivivere" con semplice dichiarazione di parte, è destinato ad incidere negativamente anche sui progetti di smaltimento dell'arretrato.

Un'ultima notazione sulla tecnica utilizzata dal Governo nella riformulazione degli articoli: a differenza del testo proposto dal Consiglio di Stato, si è fatto un massiccio utilizzo della tecnica del rinvio ad altri articoli, che, se utilizzata costantemente, rende poco leggibile il testo normativo in contrasto con la chiarezza che dovrebbe caratterizzare un intervento di riforma, quale quello del Codice. A mero titolo esemplificativo, si indica l'art. 62, comma 4, dove sono presenti ben quindici rinvii ad altre disposizioni del Codice con l'utilizzo di una tecnica di redazione che rende difficoltosa la comprensione della regola.

Ancor prima della definitiva approvazione del Codice il coro di critiche mosse alle modifiche apportate dal Governo è stato quasi unanime.

Alcune dai toni aspri: *“Un anonimo sforbiciatore, che ha affermato di agire in nome del Ministro del Tesoro per contenere un possibile aumento della spesa pubblica, ha surrettiziamente mutilato il testo predisposto da una apposita commissione costituita in esecuzione della legge delega presso il Consiglio di Stato e ci ha aggiunto qualcosa di suo per trasformare, quel che doveva essere un processo paritario, in una sorta di giustizia domestica preunitaria”*. Insomma, in qualcosa di più arretrato rispetto al discorso di inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato scritto da Silvio Spaventa verso la fine dell'Ottocento<sup>253</sup>.

Altre dal contenuto severo: *“Il codice rappresenta una grande opportunità per la riorganizzazione del processo amministrativo ma il giudizio sullo schema, dopo l'intervento dello “sforbiciatore ministeriale”, non può che essere negativo”*<sup>254</sup>.

Altre ancora dirette a contestare il modo di procedere del Governo, che ha soppresso articoli, faticosamente elaborati in Commissione, riscrivendoli, con modifiche sostanziali che così sono state sottratte al parere del Consiglio di Stato (oltre che della commissione, come pur previsto dalla norma di delegazione)<sup>255</sup>.

---

<sup>253</sup> Merusi, *In viaggio con Laband ...*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), aprile 2010.

<sup>254</sup> Scoca, in *Resoconto del convegno svoltosi presso il Consiglio di Stato il 19 maggio 2010 “Il processo amministrativo (ieri – oggi – domani)”* (a cura di M. Nunziata), in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), maggio 2010.

<sup>255</sup> Saitta, *Il codice che poteva essere...*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), aprile 2010, manifesta la delusione e lo sconcerto per il *modus operandi*, che porta il Consiglio dei Ministri ad

In altri casi le critiche si appuntano su singoli aspetti, quali la scarsa attenzione al tema cruciale della “funzionalità” del processo amministrativo, una non completa attuazione del principio della parità delle parti, la cattiva redazione di alcune disposizioni<sup>256</sup>.

L’eliminazione delle azioni di accertamento e di adempimento ha costituito il profilo, su cui maggiormente si sono soffermate le critiche.

E’ stato evidenziato che le modifiche apportate dal Governo sono un arretramento della linea di incisività della tutela, insieme alla eliminazione dell’azione di adempimento, dell’azione di accertamento e alla abolizione dei principi generali, che avrebbero potuto essere, invece, valorizzati, quali il diritto della parte alla decisione di merito, il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, il principio del pieno accesso agli atti e la piena conoscenza dei fatti, l’incidenza del rilievo costituzionale degli interessi azionati ai fini della ragionevole durata<sup>257</sup>.

In realtà, l’impressione è che le ragioni di evitare maggiori costi nulla hanno a che fare con le correzioni apportate dal Governo e che sia un altro il filo conduttore che unisce tali modifiche.

---

esaminare, nella sua prima seduta, un testo tanto falciato, senza indicare chi l’ha falciato? In quale sede? Con quanta legittimazione e legittimità? Si chiede chi ha eliminato l’azione di adempimento se non chi sarebbe stato proprio il principale destinatario di quella condanna cui l’esercizio di quell’azione avrebbe potuto portare?

<sup>256</sup> Travi, *Osservazioni generali sullo schema di decreto legislativo con un ‘codice’ del processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), maggio 2010.

<sup>257</sup> Iannotta, *Intervento al seminario sui Libri IV e V (ottemperanza, riti speciali e norme finali) del progetto di Codice del processo amministrativo svoltosi il 7 maggio 2010 presso l’Istituto per ricerche e attività educative*, Resoconto in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), maggio 2010.

Tale filo conduttore va individuato nella paura del Governo di rendere la tutela del cittadino realmente effettiva; nel timore di esporre una amministrazione inefficiente alle iniziative del privato.

Nella consapevolezza dell'ammissibilità di alcune azioni anche a normativa vigente, si è preferito non codificarle, non renderle chiare ed evidenti al cittadino, in totale contrasto con le ragioni stesse dell'intervento di codificazione.

Per di più, un tale approccio è nel medio e lungo periodo idoneo a pregiudicare le stesse esigenze di contenimento dei costi, dichiaratamente perseguite.

Se vi è la consapevolezza di avere una amministrazione in parte inefficiente, la presenza di un giudice amministrativo in grado di "pungolare" la P.A. quando sbaglia con strumenti efficaci costituisce un elemento, che dovrebbe aiutare l'amministrazione a ridurre gli errori.

Il timore di dare al giudice amministrativo strumenti troppo efficaci è, invece, prevalso anche in sede di valutazione delle osservazioni formulate dalle Commissioni parlamentari.

In presenza di osservazioni articolate si è scelto di recepire solo quelle che potevano ridurre gli spazi di tutela.

Ad esempio, le osservazioni aventi ad oggetto l'eliminazione dell'azione di accertamento anche con riferimento alla nullità, sono state recepite solo per introdurre un discutibile termine di decadenza per l'azione di nullità, aggiungendo tuttavia che la nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Quindi, se il privato ricorrente chiede l'accertamento della nullità di un atto deve rispettare il termine di decadenza di 180 giorni, ma se l'accertamento della nullità viene chiesto dalla parte resistente (che in genere è l'amministrazione) tale limite temporale non si applica, come non si applica se il giudice rileva d'ufficio la nullità.

Il sistema non è chiaro e non sembra essere simmetrico: l'atto nullo è inefficace di diritto, ma in questo caso l'invalidità non può essere fatta valere da chi ha interesse a contestare l'atto, decorsi 180 giorni, ma se la stessa nullità viene invocata, ad esempio, dall'amministrazione per sottrarsi dall'applicazione di un atto nullo favorevole ad un privato, non vi è alcun termine di decadenza per far valere il vizio.

Infine, il termine di decadenza di 180 giorni assomiglia di più al termine di decadenza per l'azione di annullamento, che non ai tre anni che ad esempio l'art. 2379 c.c. fissa per l'esercizio dell'azione di nullità in materia di delibere societarie.

Altro esempio: per la domanda di risarcimento del danno da inosservanza dei termini di conclusione del procedimento, il testo finale del Codice conferma che, fintanto che perdura l'inadempimento, non può decorrere alcun termine per l'esercizio dell'azione risarcitoria e nella stessa relazione si continua a fare riferimento alla natura permanente dell'illecito; tuttavia, in accoglimento di un'osservazione parlamentare, si è stabilito che il termine decadenziale inizi comunque a decorrere con lo spirare di un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento in esito al quale si sarebbe dovuto provvedere.

I due periodi del comma 4 appaiono porsi in contraddizione: affermare che il termine per proporre l'azione risarcitoria non decorre fintanto che perdura l'inadempimento e aggiungere subito dopo che lo stesso termine inizia, comunque, a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere significa negare la prima proposizione e stabilire una regola diversa.

La soluzione accolta si pone in contrasto con quanto indicato nella stessa relazione governativa circa la già ricordata natura permanente dell'illecito e circa il fatto che *“fintanto che perdura l'inadempimento, non possa decorrere alcun termine per l'esercizio dell'azione risarcitoria, in quanto l'inosservanza del termine di conclusione del procedimento costituisce un illecito di carattere permanente, in relazione al quale non vi è alcuna ragione di certezza delle posizioni giuridiche che giustifichi il consolidamento di una (illecita) situazione di inerzia”* (testualmente dalla relazione del Governo).

Più comprensibile, anche se in linea con logica della diminuzione della tutela, è stata la reintroduzione del principio della non impugnabilità degli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico.

Qualche modifica positiva vi è stata, come l'eliminazione della preclusione in materia di appalti del risarcimento da perdita di chance, ma è stata una modifica con cui il Governo si è auto corretto rispetto alla norma che aveva appena introdotto con il D.LGS. n. 53/2010 e che era stata subito sospettata di incostituzionalità e di incompatibilità comunitaria.

Per il resto, sono rimaste inascoltate le richieste delle commissioni parlamentari di reinserire l'azione di accertamento e di adempimento; di eliminare l'eccezionalità del ricorso alla CTU; di reinserire nel Codice la c.d. *class action* contro la p.a.; di istituire le sezioni stralcio per lo smaltimento dell'arretrato.

A conferma che è prevalso il timore di una tutela realmente effettiva<sup>258</sup>.

---

<sup>258</sup> Proprio nelle more della pubblicazione della presente ricerca il Governo ha licenziato i primi correttivi al codice del processo amministrativo, contenuti nel D.LGS. 15 novembre 2011, n. 195 che, per sommicapi, riguardano lo sdoppiamento dei termini concessi alle parti per le repliche, un ritocco sui contratti pubblici con la previsione della giurisdizione di merito per le sanzioni alternative che il giudice applica alle amministrazioni che stipulano contratti senza gara, al termine per proporre il ricorso incidentale, la modifica della disciplina del giudizio di ottemperanza, la modifica della condanna per lite temeraria in favore delle casse pubbliche, ecc.

### **5.6 L'entrata in vigore del Codice: le aspettative**

Il dibattito sulla bontà del nuovo Codice del processo amministrativo si era già aperto, come abbiamo già indicato in precedenza, durante l'iter di formazione del testo.

L'occasione per costruire un modello di processo amministrativo all'avanguardia in Europa era unica e probabilmente l'occasione è andata persa, ma ciò non significa che senza alcune norme il codice non serva a nulla, come da alcuni sostenuto<sup>259</sup>.

Il Codice ha, infatti, spezzato il predominio dell'azione di annullamento sull'intero processo amministrativo ottenendo tale effetto tramite una riscrittura delle singole disposizioni processuali, che non sono più ispirate al solo modello impugnatorio.

Su tale elemento le modifiche governative non hanno potuto incidere, dovendo altrimenti essere riscritto l'intero testo.

La codificazione delle azioni è, comunque, avvenuta e, nonostante l'eliminazione delle azioni di accertamento e di adempimento, nel Codice sono rimasti i germi per garantire l'esercizio di una pluralità di azioni; cosa che la dottrina invocava da decenni<sup>260</sup>.

---

<sup>259</sup> Romano Tassone, *Così non serve a niente*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), aprile 2010

<sup>260</sup> Nigro, *La riforma del processo amministrativo*, Milano, 1980, raccoglie alcuni suoi scritti sul processo e le sue parole tornano di attualità anche nel presente momento storico; basti pensare ad un suo scritto del 1978 sulla riforma del processo amministrativo, in cui si trovano molti spunti per l'introduzione dell'azione di adempimento e di accertamento e per quella riforma della giustizia amministrativa che Nigro aveva agognato, consapevole dell'insufficienza dell'azione di annullamento a garantire in modo effettivo la tutela nei confronti dell'esercizio o del mancato esercizio del potere. Nigro, *Linee di una riforma*

Le potenzialità della nuova azione di condanna atipica (“*all’adozione di ogni altra misura idonea a tutelare la posizione giuridica soggettiva*”) sono ancora tutte da esplorare e lo faranno la giurisprudenza amministrativa e la dottrina, in continuazione con quel processo evolutivo, che si pensava il Codice potesse interrompere, ma che prevedibilmente non subirà arresti.

Condividiamo l’affermazione secondo la quale la codificazione dell’azione di adempimento avrebbe rappresentato una forte spinta verso l’effettività della tutela del cittadino e avrebbe dato piena attuazione al criterio di delega, che richiedeva di prevedere le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa. La disciplina espressa di una azione è cosa diversa dal poter ottenere lo stesso risultato in via pretoria, soprattutto nel momento in cui si sceglie la strada dell’approvazione di un Codice del Processo Amministrativo<sup>261</sup>.

Tornando agli aspetti positivi, va rilevato che il principio del contraddittorio pervade il Codice: le repliche alle memorie, le maggiori possibilità di contraddittorio nella fase cautelare sono alcuni esempi, ma forse la norma maggiormente significativa è quella introdotta dall’art. 73, comma 3, che

---

*necessaria e possibile del processo amministrativo*, in Riv. Dir. Proc., 1978, pag. 249 e Nigro, *Crisi del giudizio di annullamento, prospettive e linee di tendenza del processo amministrativo*, in L. Mazzaroli (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo (Atti del convegno di studio – Padova, 10-11 aprile 1987)*, Padova, 1990, pag. 17.

<sup>261</sup> Merusi, *Relazione tenuta al Seminario “La sistematica delle azioni nel nuovo processo amministrativo”*, organizzato dal Dipartimento di Studi Giuridici “Angelo Sraffa” dell’Università Bocconi di Milano e dalla Scuola di specializzazione per le professioni legali delle Università Bocconi e di Pavia, tenutosi il 6 maggio 2010 presso l’Università Bocconi, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), giugno 2010. Merusi rileva che ci troveremo in posizione arretrata per es. rispetto al Portogallo (che ha fatto di recente una riforma del processo amministrativo e ha previsto un’azione simile). Rimarremo probabilmente l’unica cenerentola nell’ambito dei processi amministrativi europei.

stabilisce che il giudice, se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, deve indicarla in udienza dandone atto a verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie<sup>262</sup>.

Il contraddittorio opera, quindi, anche rispetto ai poteri officiosi del giudice, in modo che le parti possano appunto contraddire sui presupposti per l'esercizio di tali poteri e sulla questione rilevata d'ufficio.

*“In un sistema processuale come quello vigente fondato sul principio del contraddittorio la rilevabilità d'ufficio di una questione da parte del giudice non significa che, per ciò stesso, tale questione possa essere decisa d'ufficio senza esser sottoposta al contraddittorio delle parti”* – aveva affermato qualche anno fa l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato<sup>263</sup>, ma il principio non era stato poi attuato con costanza e ora il Codice la recepisce.

Inoltre, il Codice rafforza alcuni strumenti di accelerazione dei giudizi, come le sentenze in forma semplificata, idonei a perseguire la ragionevole durata del processo.

Nella direzione di una tutela più rapida si pone anche l'ammissibilità del cumulo di domande e della conversione delle azioni e del rito; previsione che allontana inutili formalismi, che costringevano il cittadino a percorsi tortuosi

---

<sup>262</sup> Merusi, *Relazione*, cit., dà un giudizio favorevole in ordine alle nuove regole del contraddittorio,

<sup>263</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 24 gennaio 2000, n. 1.

per avere giustizia a dispetto del principio di concentrazione<sup>264</sup>.

E' stato evidenziato, inoltre, che l'eliminazione di alcuni principi fondamentali che dovrebbero caratterizzare il processo come un processo paritario fra lo Stato e il cittadino è facilmente recuperabile dalla dottrina partendo dai principi comunitari e dal diritto vivente<sup>265</sup>.

Un giudizio sostanzialmente positivo merita anche il superamento della pregiudiziale amministrativa con una norma di compromesso, la cui principale utilità è quella di far cessare i contrasti tra le due giurisdizioni.

Fin dalla versione licenziata dal Consiglio di Stato il Codice ha scelto, ai fini del superamento dei contrasti, la strada della rilevanza: la mancata impugnazione dell'atto fonte del danno non è pregiudiziale, né indifferente ai fini della domanda di risarcimento, ma è rilevante, nel senso che è un elemento che assume rilievo per l'esame della domanda risarcitoria.

Il termine di decadenza per proporre la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi era già stato ipotizzato dalla Cassazione con le ordinanze del giugno del 2006 e la riduzione da 180 a 120 giorni, operata dal Governo, è una scelta opinabile, ma di per sé compatibile con i principi costituzionali.

La previsione che il giudice escluda il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di

---

<sup>264</sup> Ramajoli, *Osservazioni sui riti speciali*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), giugno 2010, il quale si esprime con favore rispetto alla conversione del rito.

<sup>265</sup> Merusi, *In viaggio con Laband ...*, op.cit., in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), aprile 2010.

tutela previsti, riecheggia quella dell'art. 1227, comma 2, c.c., salvo includere, tra gli oneri del danneggiato, anche l'attivazione degli strumenti di tutela, con formulazione che si discosta lievemente da quella proposta dal Consiglio di Stato.

Soluzione non lontana da quella vigente in Germania e nell'Unione europea, che non sembra essere stata intaccata dalle modifiche del Governo<sup>266</sup>.

Le reali differenze tra soluzione proposta dal Consiglio di Stato ed esaltata come idonea a superare ogni contrasto dai vertici delle due giurisdizioni consistono nella riduzione da 180 a 120 giorni del termine di decadenza, dalla sostituzione del termine “*può escludere*” con “*esclude*” e dall'eliminazione al riferimento all'invito all'autotutela ai fini dell'assolvimento dell'onere di diligenza del danneggiato.

Alcuni degli argomenti critici che ora vengono mossi per affermare che in realtà si tratterebbe di una “pregiudizialità mascherata” sono argomenti che tendono in realtà a sostenere la tesi dell'assoluta indifferenza dell'azione di risarcimento rispetto all'azione di annullamento; tesi che però non è stata mai proposta né dalla Cassazione né in sede di lavori del Codice e che è del tutto minoritaria anche con riferimento agli altri ordinamenti europei<sup>267</sup>.

Uno degli aspetti per il quale per molti le delusioni prevalgono sulle speranze è costituito dalla perdurante

---

<sup>266</sup> Chieppa, *Il Codice del processo amministrativo*, op.cit..

<sup>267</sup> Villata, *Resoconto del seminario sul libro II (il processo amministrativo di I grado) del progetto di codice del processo amministrativo svoltosi il 9 aprile 2010 presso l'università degli studi di Messina* (cura di L.Casoli, U.Graziana, L.Murgolo), in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), aprile 2010, rileva che in realtà, se si vuol parlare di azione risarcitoria autonoma con pregiudiziale “mascherata”, il principio appare affermato compiutamente già nelle tre ordinanze della Cassazione del 2006.

assenza nel processo amministrativo di una fase istruttoria, in cui, prima dell'udienza, il giudice “*prenda in mano il fascicolo, veda di cosa ci sia bisogno*”, rilevi la mancanza di documentazione o la necessità di atti istruttori, in modo da arrivare all'udienza senza che manchi nulla per arrivare ad una decisione<sup>268</sup>.

Non vanno dimenticati gli insegnamenti della dottrina sull'importanza della prova e dell'accesso al fatto nel processo amministrativo e per dare massima attenzione al fatto è necessaria una istruttoria adeguata<sup>269</sup>.

E' stato anche rilevato che l'analisi sistematica dei ricorsi da parte di un giudice istruttore potrebbe comportare un onere ingiustificato, dal momento che molti ricorsi sembrano destinati a non essere decisi<sup>270</sup> e l'osservazione ci pare corretta, in quanto l'istituzionalizzazione di una sorta di udienza istruttoria finirebbe per allungare in modo notevole i tempi del processo.

Tuttavia, le critiche colgono nel segno laddove evidenziano che le novità introdotte dal Codice sono sul punto di non grande rilievo, limitate alla conferma della delegabilità dei poteri istruttori presidenziali e alla possibilità che, in sede di esame della domanda cautelare, il collegio adotti, su istanza di parte, i provvedimenti necessari per assicurare la completezza dell'istruttoria e l'integrità del contraddittorio.

---

<sup>268</sup> Villata, *Resoconto*, cit. e Merusi, *Relazione*, cit.

<sup>269</sup> Nigro, *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, Milano, 1968, II, pag. 769. In uno dei suoi ultimi discorsi (*L'avvocato amministrativista*) Nigro invitava gli avvocati amministrativi a dare la massima attenzione al fatto per valutare l'azione della P.A. (discorso è pubblicato in Grossi – Nigro, *Mario Nigro giurista*, Milano, 1998).

<sup>270</sup> Travi, *Osservazioni generali*, cit.

Si poteva pensare, ad esempio, ad anticipare la nomina del relatore a quattro mesi prima dell'udienza con attribuzione di poteri istruttori, sempre al fine di disporre gli adempimenti istruttori o l'integrazione del contraddittorio. In questo modo non vi sarebbe alcuno spreco di risorse ed energie e si assicurerebbe l'esigenza dell'arrivo in udienza di un fascicolo istruito.

Tale modalità non è esclusa dal Codice, ma è rimessa alle iniziative organizzative del presidente.

In definitiva, emergono luci e ombre dopo una prima lettura del Codice e non resta ora che attendere il primo periodo di collaudo per verificare se prevarranno le delusioni (..per quello che non è stato) o le speranze (... per quello che sarà).

## **5.7 Valutazione**

Dopo aver preso in esame le delusioni e le speranze generate dall'approvazione del Codice, non ci possiamo sottrarre, considerato che abbiamo voluto fortemente dedicare un capitolo della presente ricerca a tale argomento, dall'esprimere un giudizio complessivo sull'operazione posta in essere.

Nella consapevolezza che su molte questioni si è persa un'occasione, si anticipa che il giudizio, pur con molte riserve, è da molti considerato positivo.

In primo luogo, l'aver portato a compimento l'approvazione del Codice è un risultato di assoluto rilievo per chi ha ideato e creduto nella bontà dell'operazione, soprattutto tenuto conto dei plurimi fallimenti del passato.

Ma, ovviamente, il giudizio non si può fermare qui, accontentandosi di un codice a qualunque costo a prescindere dal contenuto.

E' stato evidenziato che con il Codice la giustizia amministrativa diventa definitivamente giurisdizione amministrativa, si emancipa definitivamente dall'ipoteca di un'antica legislazione emanata in un'epoca in cui il giudice amministrativo non poteva nemmeno essere definito come giudice, ed acquisisce un suo vero e proprio statuto che la pone accanto a quella civile e penale<sup>271</sup>.

---

<sup>271</sup> Gisoni, *Alcune riflessioni sulla permanenza di un'azione di adempimento nell'ultima bozza del nuovo codice amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), giugno 2010, secondo cui il sistema delle azioni, come è intuibile, costituisce il cuore stesso di questa operazione e le modifiche apportate dal Governo fanno pensare ad un colpo di coda della parte più

Il testo elaborato dal Consiglio di Stato era certamente migliorabile in diversi punti e si auspicava che ciò sarebbe potuto avvenire nella fase successiva dei pareri delle Commissioni parlamentari; non è andata così e quella fase è stata giocata in difesa di regole nel frattempo espunte.

Non va però dimenticato che il codice, entro due anni dalla sua emanazione, come espressamente previsto dalla legge di delega, potrà essere soggetto a modifiche, le quali, peraltro, in conformità alla natura dei decreti c.d. correttivi e integrativi, quale più volte definita dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, dovranno porre rimedio ad eventuali sviste o lacune e introdurre i miglioramenti che siano apparsi necessari o opportuni nel corso della prima applicazione della nuova disciplina<sup>272</sup>.

La fase di “collaudo” del Codice sarà, quindi, importante e fortunatamente il Codice è snello, relativamente aperto e suscettibile di diverse interpretazioni, senza costringere la giurisprudenza amministrativa in angusti spazi, che non ha mai conosciuto, e dando a dottrina e giurisprudenza la possibilità di continuare il cammino verso una continua evoluzione del processo amministrativo.

---

tradizionalista dei giudici amministrativi, contrari ad un'evoluzione troppo spinta del processo e timorosa che, attraverso l'azione di adempimento il giudice amministrativo possa assumere in prima persona compiti di amministrazione attiva riservati alla P.A.. Anche se poi conclude che vi è più di un motivo per dubitare che nella sua attuale versione debba ritenersi davvero espunta ogni tutela reintegratoria o ripristinatoria degli interessi legittimi pretensivi.

<sup>272</sup> De Lise, *Verso il Codice del processo amministrativo*, cit., aggiungendo che i correttivi non dovranno operare alcuna “controriforma”, evitando gli stravolgimenti verificatisi in altre occasioni (basti pensare al codice dei contratti pubblici), in contrasto sia con i principi cui si è inteso informare il testo che con quelli che regolano la delegazione legislativa e, in particolare, i termini entro i quali essa deve essere attuata.

Si potrebbe obiettare che, dopo tante attese riposte nella codificazione, si finisca per invocare ancora una volta l'apporto pretorio degli stessi giudici.

E' una responsabilità di grande rilievo che grava sui giudici e che è stata acutamente definita come "*quella di non comportarsi come coloro che, guardando il ritratto di Dorian Gray, specchiandosi in esso; si vedono sempre giovani, ma rischiano di ritrovarsi improvvisamente vecchi*"<sup>273</sup>.

Ma vi è più di un motivo per essere ottimisti nella capacità del giudice amministrativo di accettare e sostenere questa sfida.

In primo luogo, dall'operazione Codice, il Consiglio di Stato e i giudici amministrativi escono rafforzati, essendo riusciti ad elaborare un testo apparentemente privo di tentazioni autoreferenziali o corporative e avendo dimostrato di potersi aprire alla realtà esterna senza preconcetti.

Forse, le successive correzioni apportate al testo dal Governo finiscono per accentuare tale giudizio positivo, rendendo evidente la diversità di approccio, sotto il profilo della ricerca dell'effettività della tutela, tra la Commissione istituita presso il Consiglio di Stato e gli uffici della Presidenza del Consiglio e, più in generale, del Governo.

---

<sup>273</sup> Pajno, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, cit., pag. 119, il quale aggiunge che un'altra responsabilità più generale, incombe, d'altra parte, su tutti i giudici, di ogni ordine di giurisdizione, comunque interessati alla vicenda del riassetto delle norme sulla giustizia amministrativa: occorre evitare di comportarsi come gli abitanti delle *città invisibili* di Italo Calvino, attentissimi a ciò che succede al proprio interno, e incapaci di rendersi conto che è rimasta invisibile una grande città che è sorta intorno a loro. Il codice può, aiutare a rendere visibili le città invisibili, a mostrare e rendere palesi i cambiamenti che sono già intervenuti.

Non può tuttavia essere negato che il Consiglio di Stato ha saputo proporsi in questa occasione come valido interprete di una funzione “consultiva”, intesa nel senso più nobile del termine; intesa come apporto tecnico alla redazione di un testo normativo; ed è emersa nettamente la differenza tra il ruolo istituzionale svolto dalla Commissione e dai giudici amministrativi e dagli altri componenti che ne hanno fatto parte e l’ausilio che analoghe professionalità hanno dato alla successiva fase di correzioni governative.

Quando il Consiglio di Stato è chiamato istituzionalmente a dare il proprio apporto fuori dall’ambito giurisdizionale, lo fa con modalità che non differiscono di molto dall’esercizio delle funzioni giurisdizionali; mentre lo stesso non può essere detto quando l’apporto viene dato dai singoli, chiamati dal governo a fornire il proprio contributo.

Un segnale di ciò è arrivato proprio il giorno della pubblicazione del Codice in gazzetta ufficiale (7 luglio 2010); in quello stesso giorno è stata pubblicata la sentenza della Corte Costituzionale 7 luglio 2010 n. 236, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 83-*undecies* del decreto del Presidente della Repubblica 16 maggio 1960, n. 570 (Testo unico delle leggi per la composizione e la elezione degli organi delle Amministrazioni comunali), nella parte in cui, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, costituente diritto vivente, escluderebbe la possibilità di un’autonoma impugnativa degli atti del procedimento preparatorio alle elezioni, ancorché immediatamente lesivi, anteriormente alla proclamazione degli eletti.

E' vero che la sentenza ha colpito non il Codice, ma un precedente orientamento del Consiglio di Stato, qualificato come diritto vivente<sup>274</sup>, ma è anche vero che il Consiglio di Stato si era dimostrato in grado di auto emendarsi e di correggere, nel testo proposto del Codice, quell'orientamento, ammettendo l'impugnabilità di tutti gli atti della fase preparatoria delle elezioni sottoposte alla sua giurisdizione.

Le modifiche apportate dal Governo hanno limitato l'immediata impugnabilità alle sole esclusioni delle elezioni amministrative con legittimazione ristretta ai delegati delle liste e dei gruppi di candidati esclusi.

La fattispecie esaminata dalla Consulta era relativa all'impugnazione di un provvedimento di esclusione e, per le esclusioni, la non impugnabilità immediata degli atti preparatori delle elezioni europee e la limitazione alla legittimazione alla immediata impugnazione degli atti preparatori delle elezioni amministrative solo ai delegati delle liste e dei gruppi di candidati esclusi (previste dal Codice) si pongono in diretto contrasto con i principi affermati dalla Corte, anche se si renderà necessario sollevare una questione di costituzionalità.

Non vi può essere, infatti, alcun valido motivo perché la limitazione della tutela sia possibile per le elezioni europee e perché per alcuni soggetti legittimati al ricorso operi una limitazione sui tempi della tutela, che nella sostanza preclude quella componente essenziale costituita dalla fase cautelare.

Un discorso diverso potrebbe essere fatto per le ammissioni, ma l'impressione è che i principi affermati dalla

---

<sup>274</sup> Cons. Stato. Ad. plen., 24 novembre 2005, n. 10

Corte travolgano anche la limitazione all'immediata impugnabilità per tali atti, che sono espressamente richiamati in un sopra menzionato passaggio motivazionale della sentenza.

Una delle modifiche effettuate dal Governo rispetto al testo approvato dal Consiglio di Stato non nasce, quindi, sotto una "buona stella" ed anzi subisce, nel giorno stesso della pubblicazione del testo in gazzetta ufficiale, una bocciatura da parte del giudice delle leggi, riguardo alla cui entità si dovrà attendere i successivi e probabili giudizi dopo l'entrata in vigore del Codice.

Il testo proposto dal Consiglio di Stato era, invece, già in linea con i principi affermati dalla Corte Costituzionale e tale dato, su cui si deve riflettere, costituisce una prima immediata conferma delle valutazioni fin qui svolte.

Ma ora il compito del Consiglio di Stato e dei giudici amministrativi tutti non è quello di guardare al recente passato e limitarsi a compiacersi di riscontri ex post della bontà del testo proposto rispetto a quello approvato.

Dal 16 settembre 2010 in poi tutto questo appartiene al passato e il compito dei giudici è quello di guardare avanti, non di restare fermi o volgere lo sguardo indietro; i giudici amministrativi devono oggi prendere atto che con il Codice si è compiuto un passo importante per la costruzione del sistema costituzionale della giurisdizione amministrativa.

Le lacune del Codice non devono costituire un alibi, ma rappresentare uno stimolo per porsi al passo con i tempi e dimostrarsi in grado di dare nuovo impulso alla evoluzione del processo amministrativo verso l'effettività della tutela, di cui il

Codice costituisce una tappa, una tappa importante, ma non il punto di arrivo.

Il punto di arrivo si trova ogni giorno nelle aule di udienza ed è costituito dal dare risposta alle domande di giustizia che provengono dai cittadini e il compito del giudice è quello appunto di dare giustizia e, per farlo, deve avere, e saper applicare e modellare, strumenti processuali efficaci, messi a disposizione delle parti.

E il giudice amministrativo, supportato dalla dottrina e dal foro, deve dimostrarsi in grado di accettarla e di vincerla.



## **Capitolo 6**

### **La nomofilachia amministrativa**

#### ***6.1 Le fonti del principio***

Le disposizioni previgenti al c.p.a. in materia di compito nomofilattico del Consiglio di Stato erano contenute negli artt. 73 e 78 del R.D. 17 agosto 1907, n. 642 e nell'art. 45, commi 2 e 3 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054.

Tali disposizioni vengono riprese oggi dall'art. 99 del c.p.a..

Quest'ultimo articolo è diretto a rafforzare la funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

L'istituto della nomofilachia nel processo amministrativo trova un indiretto fondamento costituzionale nell'art. 111 Cost. che, limitando la possibilità del ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato solo ai motivi inerenti alla giurisdizione, toglie le relative controversie al potere nomofilattico della Corte di Cassazione realizzando un implicito riconoscimento dell'esclusiva spettanza al Consiglio di Stato della funzione nomofilattica nelle controversie di sua competenza.

La norma di riferimento del sistema previgente è l'art. 45 del T.U. 1054/1924 che, ai commi 3 e 4, prevedeva la possibilità, rispettivamente per la sezione e per il Presidente del Consiglio di Stato, di rimettere all'Adunanza Plenaria la decisione del ricorso.

Il più antico antecedente storico del citato art. 45 è stato l'art. 38 del R.D. 31 marzo 1889, n. 5992 che, fissando la prima disposizione con finalità nomofilattiche relativa alla giurisdizione amministrativa, disponeva che: *“se la sezione riconosce che il punto di diritto sottoposto alla sua decisione ha dato luogo a precedenti decisioni tra loro difformi della stessa sezione, potrà rinviare con ordinanza la discussione della controversia ad altra seduta plenaria con concorso di nove votanti”*.

A seguito dell'istituzione della V sezione del Consiglio di Stato, fu emanato un nuovo testo unico (il R.D. 17 agosto 1907, n. 638) che, all'art. 37, comma 4, recepiva integralmente il disposto del citato art. 38, R.D. n. 5992/1889, integrandolo con riferimento all'esistenza di due sezioni e citando per la prima volta l'“Adunanza” (di cui al successivo comma 6 disponeva la composizione).

Possiamo allora prendere atto di come l'istituto della rimessione dell'Adunanza Plenaria è storicamente più risalente delle stesse Sezioni Unite della Cassazione, non contemplate dal codice del 1865 ed introdotte solo successivamente, proprio sulla falsariga di quanto previsto dalle leggi sul Consiglio di Stato.

In una sorta di rincorsa tra le due giurisdizioni superiori è solo sulla base dell'art. 374 c.p.c. che la successiva legge 21 dicembre 1950, n. 1018 ha introdotto nel testo dell'art. 45 T.U. 1054/1924 un capoverso che ha attribuito al Presidente del Consiglio di Stato il potere di deferire all'Adunanza Plenaria, su richiesta delle parti o d'ufficio, qualunque ricorso

che comporti la “*soluzione di questioni di massima di particolare importanza*”.

In conseguenza di tale integrazione, i commi 2 e 3 del citato art. 45 apparivano corrispondenti, rispettivamente, alle ipotesi degli artt. 376, comma 2, e 374, comma 2, c.p.c. con la differenza che, a norma dell’art. 376, comma 2, c.p.c. la sezione semplice della Cassazione non può rimettere direttamente la controversia alle Sezioni Unite ma deve restituirla al Primo Presidente che, solo, può provvedervi.

Nel testo del nuovo art. 99 c.p.a. sono confluiti ai primi due commi, i commi 2 e 3 del previgente art. 45, con l’unica integrazione, al secondo comma, dei casi in cui il Presidente può deferire all’Adunanza Plenaria la decisione del ricorso: infatti, all’ipotesi preesistente, della necessità di “*risolvere questioni di massima di particolare importanza*”, è stata aggiunta anche quella dell’esigenza di “*dirimere contrasti giurisprudenziali*”. Si tratta dello stesso presupposto che legittima, a norma del primo comma, la rimessione del ricorso all’Adunanza Plenaria da parte della sezione onde ritenersi che, con tale modifica, il legislatore abbia voluto affidare al Presidente uno strumento surrogatorio per l’ipotesi in cui la singola sezione non abbia colto l’esistenza dei contrasti giurisprudenziali involgenti la questione oggetto del ricorso.

La collocazione dell’art. 99 nel titolo relativo alle impugnazioni in generale comporta l’applicabilità della relativa disciplina non solo all’appello ma anche alla revocazione e all’opposizione di terzo, quando tali rimedi vengano proposti davanti al Consiglio di Stato.

## **6.2 La decisione dell'Adunanza Plenaria**

Il comma 3 dell'art. 99 concentra in sé il punto discriminante tra l'istituto della rimessione all'Adunanza Plenaria e quello, proprio del processo civile, della decisione delle Sezioni Unite. Infatti, mentre la Corte di Cassazione enuncia il principio di diritto cui deve poi uniformarsi il giudice di rinvio, unico organo deputato a decidere la controversia (fatta salva la possibilità della Suprema Corte di decidere *“la causa nel merito quando non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto”*), invece nel processo amministrativo oggetto della rimessione all'Adunanza Plenaria è lo stesso ricorso e non il singolo punto di diritto controverso.

Tale principio era tradizionalmente desumibile dall'art. 73 del regolamento di procedura 17 agosto 1907, n. 642 (ora abrogato), norma che, disponendo che *“l'Adunanza Plenaria... decide su tutte le altre questioni della controversia”*, vuole intendere che, a seguito della rimessione, l'Adunanza Plenaria è giudice sia del fatto sia del diritto; ciò manifesta una sostanziale peculiarità delle modalità con cui l'A.P. esercita la funzione nomofilattica, decidendo, analogamente a quanto operato dalle sezioni semplici, anche il *“fatto”* delle controversie rimesse alla sua attenzione ed ispirando, dunque, la sua attività ad una compenetrazione della funzione nomofilattica con quella più propriamente giurisdizionale.

Le ragioni di tale peculiare atteggiarsi della funzione nomofilattica dell'A.P. sono state individuate dalla dottrina maggioritaria nella particolare finalità del processo

amministrativo, consistente, a norma dell'art. 100 Cost., nella tutela della "giustizia dell'amministrazione" in quanto tale ultimo concetto, a norma dell'art. 1 della legge 241/90, coinvolge non solo il necessario rispetto della legalità ma anche di canoni metagiuridici come imparzialità, buon andamento, adeguatezza, proporzionalità, efficacia ed economicità, è evidente come per tale via la stessa Carta costituzionale assegni al giudice amministrativo un ruolo pratico che non può prescindere dall'analisi del fatto sottoposto alla sua attenzione.

Comunque, con tutta probabilità, l'estendersi dei casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con il conseguente rischio di disparità di trattamento (sotto lo specifico profilo della nomofilachia) di situazioni giuridiche di pari dignità sulla base del giudice competente a decidere la controversia, ha indotto il legislatore a rafforzare la funzione nomofilattica dell'A.P. assimilandola a quella esercitata dalle Sezioni Unite. Pertanto, da un lato, come già accennato, il terzo comma ha aumentato le ipotesi di deferimento all'A.P. da parte del Presidente mentre, dall'altro lato, il comma quinto dell'art. 99 prevede la possibilità che l'A.P. detti il principio di diritto anche quando il ricorso non presenti i requisiti per essere deciso nel merito (facendo proprio così la disposizione del comma 4 dell'art. 363 c.p.c.). In particolare, in sede di definitiva approvazione del Codice, il quarto comma è stato sensibilmente modificato attraverso la previsione, accanto alla precedente statuizione secondo cui "*l'A.P. decide l'intera controversia*", della possibilità per la stessa di "*enunciare il*

*principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente”.*

Tale norma rappresenta un notevole superamento della modalità tradizionale di esercizio del potere nomofilattico dell’A.P. (che è legata indissolubilmente alla soluzione del caso concreto) anche se, secondo la volontà, piuttosto chiara, del legislatore, per l’A.P. l’ipotesi di *routine* resta quella della decisione dell’intera controversia mentre sembra eccezionale, e *sub condicione* alla specifica valutazione del Collegio, l’ipotesi di restituzione del giudizio alla sezione semplice.

Inoltre, a coronamento di quella che è stata definita una vera e propria rincorsa fra i due istituti *de quibus*, con la riforma a cura della legge 2 febbraio 2006, n. 40, anche alle Sezioni Unite è stato consentito, per il caso che nel ricorso siano contenuti motivi di competenza delle Sezioni Semplici insieme con i motivi di competenza delle Sezioni Unite, decidere l’intero ricorso: appare evidente come, così facendo, la modalità di esercizio della funzione nomofilattica delle Sezioni Unite si avvicini ulteriormente a quella che tradizionalmente caratterizza il Consiglio di Stato secondo quanto *ut supra* descritto.

### **6.3 Il valore della decisione**

L'art. 99 del c.p.a., nel testo precedente a quello, poi, definitivamente approvato, non conteneva alcuna disposizione analoga all'art. 374, comma 3, c.p.c., norma che vieta alle Sezioni Semplici di disapplicare il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite.

La dottrina si era già chiesta quale fosse, nel processo amministrativo, l'efficacia della decisione dell'A.P. ed in particolare se alla stessa potesse essere riconosciuta autorità vincolante per il giudice amministrativo<sup>275</sup>.

A voler bene considerare ciò, una volta riconosciuto l'intento del legislatore di rafforzare la funzione nomofilattica dell'A.P., sarebbe risultato in contraddizione con tale scopo ritenere che la decisione del Supremo Organo mantenesse una semplice autorità morale, come parte della giurisprudenza affermava in precedenza. Era senz'altro più coerente con il concetto della funzione nomofilattica dell'A.P. discutere che la disposizione di cui al citato comma 3 dell'art. 374 c.p.c. potesse intendersi estesa, sia pure implicitamente, anche all'ipotesi di rimessione all'A.P..

Il legislatore delegato, intuendo le difficoltà interpretative che potevano originare dalla mancanza di una norma espressa analoga a quella prevista per il processo civile, in sede di definitiva approvazione del codice ha inserito il comma 3 che contiene una previsione del tutto sovrapponibile a quella dell'art. 374, comma 3, c.p.c..

---

<sup>275</sup> Luiso, *Le impugnazioni nel progetto di Codice del processo amministrativo*, sta in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2010.

Come accade nel processo civile, anche nel processo amministrativo la Sezione Semplice che non intenda aderire al precedente creato dall'A.P., deve reinvestire l'A.P. medesima con ordinanza motivata. Tale disposizione non ha il valore di obbligare la sezione ad emettere una pronuncia di contenuto conforme al precedente dell'A.P. ma piuttosto quella di impedirle di adottare una pronuncia di contenuto difforme e di obbligarla a rivestire l'eventuale dissenso con una ordinanza motivata che rimetta la questione davanti all'A.P..

Pertanto, è probabile che con riferimento all'art. 99, comma 3, c.p.a. vengano sollevati i dubbi di costituzionalità già avanzati con riferimento all'art. 374, comma 3, c.p.c. che riguardano una asserita incompatibilità con l'art. 101 della Costituzione. Secondo parte della dottrina<sup>276</sup> imponendo al Giudice di sottostare ad un precedente, il legislatore delegato avrebbe creato un ulteriore vincolo per il giudicante, così violando il canone dettato dall'art. 101 Cost. che ravvisa la fonte di tale vincolo unicamente nella legge.

I predetti dubbi potranno essere superati se si considera che è lo stesso decreto delegato, che è legge in senso sostanziale, ad imporre al Giudice delle Sezioni Semplici di non disattendere l'orientamento della Plenaria, per cui può dirsi che la fonte del vincolo delle sezioni semplici sia anche in tal caso, seppure per via indiretta, la legge<sup>277</sup>.

---

<sup>276</sup> Chiarloni, *Prime riflessioni su recenti proposte di riforma del procedimento in cassazione*, sta in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2005.

<sup>277</sup> Viola, *Il vincolo delle Sezioni Unite nel d.l.vo 40/2006: ombre e luci*. Sta in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

## **Capitolo 7**

### **Unicità della giurisdizione**

#### ***7.1 Partigiani e giurisprudenza***

Quello dell'unicità della giurisdizione, andiamo a soggetto, è un concetto relegato per anni in secondo piano in nome della specialità, e forse della sopravvivenza e del prestigio, dei giudici amministrativi.

L'origine non fu però questa, basti ricordare che la legge abolitrice del contenzioso amministrativo della nuova Italia unita mirava all'unificazione della giurisdizione.

Invece, poco dopo, sulla scorta della mancata tutela degli interessi legittimi, si trovò il modo di differenziare la giurisdizione amministrativa con tutta una serie di motivazioni che, se allora potevano sembrare degne di considerazione, oggi hanno perso il loro reale significato specie e proprio alla luce del principio di effettività della tutela oggetto della presente ricerca.

Nella nostra disamina intendiamo prendere le mosse da coloro che, per partigianeria (nel senso grammaticale del termine), sono contrari all'unicità della giurisdizione e che difendono la sopravvivenza, ed anche il rafforzamento, della giurisdizione amministrativa, passando poi alla giurisprudenza costituzionale che ha dato un segno ineccepibile, opposto ai partigiani, di come la giurisdizione vada interpretata alla luce dei principi costituzionali.

## **7.2 La giurisdizione partigiana**

Paradigmatico, non condivisibile ma degno del massimo rispetto, in particolare sul fronte delle critiche dell'anomalia diritti soggettivi-interessi legittimi del nostro ordinamento, è il discorso tenuto dal Presidente del Consiglio di Stato Renato Laschena in sede di audizione dinnanzi alla Commissione Bicamerale per le riforme costituzionali il 15 aprile 1997.

Lo riportiamo per esteso.

*“Si presenta anzitutto il problema di quale significato debba essere attribuito al principio dell'unità della giurisdizione. È un tema ricorrente nel nostro ordinamento, nella nostra storia. Sappiamo che nel 1865 fu realizzato questo disegno razionale di unità della giurisdizione e nel 1889 si corse alla modifica. Il tema riemerse in sede di Assemblea costituente e poi si scelse la forma che conosciamo e che oggi è vigente, in base ad alcune considerazioni che mi onorerò di esporvi.*

*“Questo principio dell'unità della giurisdizione sul piano ordinamentale significa che tutti i giudici, cioè tutti coloro che comunque esercitano funzioni di garanzia in posizione necessariamente neutrale e quindi di terzietà, hanno uno statuto di indipendenza costituzionalmente garantito. Sul piano del processo, l'obiettivo per quanto riguarda il giudice amministrativo consiste nell'individuare il giudice competente. Si dice comunemente che l'ordinamento italiano è l'unico a conoscere la figura dell'interesse legittimo. Mi è sufficiente rilevare che il riconoscimento dell'interesse legittimo è nell'articolo 24 della Costituzione. Ma in effetti l'anomalia*

*italiana non è nel riconoscimento dell'interesse legittimo, bensì nel fondare il riparto della giurisdizione sulla distinzione tra diritti ed interessi.*

*“E qui mi riallaccio un poco al discorso su come intervenne la riforma del 1889, su come il costituente prescelse il sistema attuale. Il criterio di riparto trova infatti più propriamente il suo fondamento nella realtà dell'esercizio del potere pubblico e dell'attività dell'amministrazione. Sono queste le vere esigenze che nella data ricordata (1889) determinarono l'istituzione della quarta sezione. Il Consiglio di Stato in tutto questo secolo, in questi 110 anni, ha interpretato e soddisfatto tali necessità con l'ausilio prezioso, veramente prezioso, dell'avvocatura italiana e con l'apporto determinante della dottrina. Nell'ultimo quarto di secolo i nuovi organi di giustizia amministrativa di primo grado, i tribunali amministrativi regionali, hanno anch'essi contribuito in misura rilevante alla tutela dei singoli, nel rispetto della discrezionalità della pubblica amministrazione.*

*“In uno Stato di diritto, la «riserva» in favore della pubblica amministrazione della cura di interessi concreti comporta necessariamente, molto spesso, il sacrificio di interessi individuali, attraverso atti di natura discrezionale, che presuppongono scelte, tra le più possibili, per il raggiungimento dei fini che le leggi si propongono di perseguire attraverso la pubblica amministrazione. Negli Stati continentali europei che, come il nostro, sono a regime di diritto amministrativo, le controversie tra i cittadini e la pubblica amministrazione sono risolte da un apposito ordine di giudici amministrativi, diverso da quello dei giudici ordinari. Ciò non perché le garanzie del*

*cittadino nei confronti della pubblica amministrazione debbano essere attenuate o perché la pubblica amministrazione debba godere di uno statuto speciale, ma perché il modo di realizzare quelle esigenze di tutela e di garanzia è diverso in quanto, a causa della «riserva» di amministrazione, le tecniche e la sostanza della soluzione delle controversie con il cittadino sono necessariamente diverse da quelle che intercorrono tra i privati.*

*“Il giudice, in sede di giurisdizione amministrativa, non deve decidere del «mio» e del «tuo», né deve stabilire semplicemente chi abbia ragione. Per raggiungere tale risultato, egli deve necessariamente operare una verifica circa la correttezza del comportamento dell'azione amministrativa in quel caso specifico. Se così non fosse, tutta l'azione dei pubblici poteri sarebbe concentrata nei giudici, cui sarebbe affidato, già in prima battuta, il compito delle scelte discrezionali, che la tradizione giuridica europea affida invece ad una fitta rete di organi amministrativi che si tende, con l'allargamento del sistema delle autonomie, a rendere sempre più rappresentativi e, quindi, responsabili.*

*“In definitiva, a nostro avviso, l'istituzione del giudice amministrativo deriva, quale logico corollario, dalla stessa configurazione della pubblica amministrazione prevista nel nostro ordinamento e dalla peculiare natura del rapporto tra cittadino ed amministrazione nell'esercizio dei pubblici poteri.*

*“Rimane il problema del riparto della giurisdizione amministrativa.*

*“Francamente, il criterio del riparto in base alle situazioni giuridiche soggettive - se cioè si tratti di diritto soggettivo o di interesse legittimo - non è assolutamente soddisfacente e, del*

*resto, la stessa dottrina lo ha da tempo superato. Il Consiglio di Stato auspica - e sottopone alla vostra sovrana valutazione - che la competenza della giustizia amministrativa sia definita in base alle materie oggetto delle controversie, cioè in base a quelli che si chiamano settori organici di attività della pubblica amministrazione. Ne citerò alcuni, a titolo esemplificativo, sottoponendoli sommessamente alla vostra attenzione: espropriazioni, urbanistica, appalti, concessioni.*

*“Il delinarsi di una riforma dello Stato nella quale più ampie saranno le autonomie, potrebbe porre l'esigenza di un diverso ordinamento degli organi di giustizia amministrativa, le cui competenze, proprio in relazione alla diversa struttura dello Stato, potrebbero essere meglio individuate e precisate. Potrebbe, cioè, prospettarsi l'articolazione della giurisdizione amministrativa in tribunali amministrativi e, come in altri ordinamenti europei, in corti amministrative di appello, in numero di tre o quattro, con competenza pluriregionale, prevedendo il ricorso al Consiglio di Stato in casi limitati e con determinati filtri, per soli motivi di legittimità.*

*“Il Consiglio di Stato, d'altra parte, potrebbe essere chiamato a conoscere, in primo ed unico grado, dei ricorsi avverso determinati atti di autorità centrali dello Stato. Inoltre, dovrebbe essere considerata anche l'esperienza già maturata nell'ordinamento vigente in due regioni italiane: in Sicilia, a seguito dell'istituzione, nel 1948, del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana; nel Trentino Alto Adige, con l'istituzione, nel 1984, del tribunale amministrativo di Trento e della sezione autonoma di Bolzano. In entrambi i casi, è prevista la partecipazione di membri laici designati,*

*rispettivamente, dalla regione Sicilia e dalle province di Trento e Bolzano, all'amministrazione della giustizia. Per quanto riguarda specificamente le province di Trento e Bolzano, va considerato che tutte queste riforme sono state introdotte in attuazione del vecchio pacchetto De Gasperi-Gruber.*

*“Non solo. L'articolo 93 dello statuto della regione Trentino Alto Adige stabilisce, già oggi, che un consigliere appartenente al gruppo di lingua tedesca della provincia di Bolzano faccia parte delle sezioni del Consiglio di Stato investite dei giudizi d'appello sulle decisioni della sezione autonoma di Bolzano.*

*“Il secondo punto sul quale vorrei prospettare alcune osservazioni riguarda la giurisdizione e la funzione consultiva. Il principio dell'unità della giurisdizione viene evocato anche al fine di affermare che nel Consiglio di Stato non possono convivere funzioni consultive e giurisdizionali. Ciò costituirebbe una impropria commistione, foriera di inquinamento della giurisdizione. A tale proposito, mi siano consentite alcune considerazioni. La funzione consultiva del Consiglio di Stato non è una forma di consulenza tecnico-legale fornita all'amministrazione e non consiste nel dare consigli a quest'ultima; per questo, esiste un'istituzione prestigiosa: l'Avvocatura dello Stato. La funzione consultiva del Consiglio di Stato - che io definirei «consultazione» - ha le stesse finalità di garanzia proprie di quella giurisdizionale: verificare cioè la legalità delle scelte dell'amministrazione. Il Consiglio di Stato in sede consultiva, in sostanza, non è l'avvocato dell'amministrazione, ma esplica le medesime funzioni sia nella sede consultiva che in quella giurisdizionale. Ad esempio, una*

*delle materie oggetto di consultazione è quella relativa ai pareri sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica. In questo caso è addirittura prevista l'alternatività tra ricorso straordinario e giurisdizionale. Ciò comprova come le due funzioni siano considerate sostanzialmente equivalenti dal legislatore.*

*“Si parla di «commistione di funzioni» e si sostiene che chi ha «consigliato» l'amministrazione non può poi giudicare le stesse scelte. Va detto che nella realtà il «circolo funzione consultiva-giurisdizionale» serve ad assicurare lo stesso tipo di controllo di legalità sull'azione amministrativa. Prevedere distinti organismi potrebbe comportare, nei fatti, l'attenuazione della garanzia di legalità e l'introduzione di un elemento di irrazionalità nel sistema.*

*“Va inoltre considerato che quasi tutti gli ordinamenti europei, almeno quelli continentali, attribuiscono all'organo di vertice della giurisdizione amministrativa funzioni consultive, quanto meno in materia di atti normativi e regolamentari. È interessante notare che esercitano funzioni giurisdizionali e consultive anche la Corte di giustizia dell'Unione europea (articolo 228 del Trattato), la Corte internazionale di giustizia (articolo 96 dello Statuto dell'ONU), la Corte europea dei diritti dell'uomo (legge 653 del 1966).*

*“La necessità di una consulenza in funzione di garanzia neutra è particolarmente avvertita qualora si optasse per una forma di governo, favorita dall'affermarsi del sistema maggioritario, in cui il Parlamento predispose leggi di indirizzo ed il Governo emana norme sull'amministrazione, cioè i regolamenti. In questi casi, già la vigente legge n. 400 del 1988*

*bilancia l'accresciuto potere del Governo, a garanzia della legalità e delle minoranze, con l'introduzione di una serie di garanzie procedurali, tra cui il parere del Consiglio di Stato. Ne deriva che la funzione consultiva, in tanto ha una sua logica, in quanto è esercitata nella posizione di terzietà ed indipendenza riconosciute alla funzione giurisdizionale, da magistrati che abbiano le stesse guarentigie dei colleghi che esercitano quest'ultima funzione. D'altra parte, l'ordinamento vigente già pone precise previsioni idonee ad evitare l'insorgere di ogni situazione di incompatibilità soggettiva. Mi rendo conto che questa può essere una legittima preoccupazione, ma già l'ordinamento vigente pone queste incompatibilità. Un eventuale rafforzamento - non so se con legge costituzionale o con legge ordinaria: dipenderà da cosa deciderete - potrebbe introdurre un ulteriore elemento di chiarezza in materia. Quanto all'organo di autogoverno, al quale vorrei dedicare brevi annotazioni, nel designare la sua composizione, occorrerebbe tenere conto della peculiare identità di tutta la magistratura amministrativa e del Consiglio di Stato.*

*“A nostro avviso, gli atti dell'organo di autogoverno non dovrebbero essere poi sottratti al regime generale delle impugnative previste a tutela di situazioni giuridiche soggettive dei magistrati. Ovviamente, spetterà a voi stabilire eventualmente un particolare percorso, un particolare sistema di impugnazioni, come abbiamo sentito oggi in questa sede.*

*“Intendo svolgere un'ultima considerazione sulla magistratura, in particolare sul Consiglio di Stato, che oggi ha una composizione varia che favorisce il pluralismo delle idee: accanto alla nomina diretta e alla provenienza dal TAR vi è, per*

*antica tradizione, il sistema del reclutamento per concorso. Nel quadro del riordinamento delle magistrature, che vuole esaltare la professionalità e il merito, dovrebbe acquistare rilievo anche maggiore il reclutamento mediante pubblico concorso per l'accesso al Consiglio di Stato. Compete a voi stabilire se questo debba essere fatto con legge costituzionale o rinviato alla legge ordinaria.*

*"In secondo luogo, la nomina diretta a consigliere di Stato potrebbe essere disciplinata secondo un sistema garantista che si ispiri alla previsione dell'attuale articolo 106, comma 3, della Costituzione, tenendosi in particolare considerazione, oltre alle esperienze maturate nella professione, nell'avvocatura e nell'insegnamento universitario, le esperienze maturate nella pubblica amministrazione, non soltanto nel campo giuridico-amministrativo, ma anche nel settore economico-finanziario.*

*"Ritengo di non dover aggiungere altro alla mia esposizione, se il presidente consente, consegnerò alla segreteria della Commissione il testo scritto contenente queste mie osservazioni".*

Riassumendo le cose che ci hanno maggiormente colpito, il Presidente Laschena:

- 1) ritiene che l'istituzione del giudice amministrativo derivi, quale logico corollario, dalla stessa configurazione della pubblica amministrazione prevista nel nostro ordinamento e dalla peculiare natura del rapporto tra cittadino ed amministrazione nell'esercizio dei pubblici poteri;

- 2) critica il riparto in base alle situazioni giuridiche soggettive, se cioè si tratti di diritto soggettivo o di interesse legittimo, ritenendolo assolutamente insoddisfacente;
- 3) anticipa l'idea di una competenza esclusiva della giustizia amministrativa definita in base alle materie oggetto delle controversie, cioè in base a quelli che si chiamano settori organici di attività della pubblica amministrazione;
- 4) difende la funzione consultiva del Consiglio di Stato;
- 5) delinea una articolazione della giurisdizione amministrativa in tribunali amministrativi e, come in altri ordinamenti europei, in corti amministrative di appello, in numero di tre o quattro, con competenza pluriregionale, prevedendo il ricorso al Consiglio di Stato in casi limitati e con determinati filtri, per soli motivi di legittimità.

È, chiaramente, la posizione di parte, legittima per carità, di una persona che viveva la giurisdizione amministrativa e che si spendeva per salvaguardarne ed aumentarne il peso. È, inoltre, la posizione autorevole di un magistrato amministrativo che anticipa, da facile profeta, la demolizione del riparto diritti soggettivi-interessi legittimi da parte della Corte di Cassazione con la pluricitata sentenza 500/99 e che apre la stagione del sempre maggior ricorso alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Certo è, però, molto distante da coloro che sostengono la necessità di una riduzione ad unità della giurisdizione atteso che si spinge, in linea, come vedremo *infra* con il sistema francese, a prospettare l'istituzione di corti amministrative di appello lasciando al Consiglio di Stato funzioni pari alla Suprema Corte.

### **7.3 Giurisprudenza costituzionale**

Sono occorsi dieci anni dall'audizione di cui al paragrafo precedente affinché la giurisprudenza costituzionale prendesse una chiara posizione sulla questione.

Non c'è voluto molto, di fronte alla sentenza 12 marzo 2007, n. 77, per cogliere che, con una decisione storicamente consapevole, la Corte costituzionale ha inciso sul sistema di giustizia amministrativa inducendo una trasformazione di portata fondamentale che, sia pure annunciata in dottrina, e in larga misura preparata dalla giurisprudenza di Cassazione<sup>278</sup>, non era affatto scontata.

In sostanza, la Corte ha definitivamente affermato il principio della conservazione degli effetti della domanda proposta innanzi al giudice sprovvisto di giurisdizione come un principio generale che discende direttamente dagli artt. 24 e 111 cost. conferendo un nuovo assetto al sistema dei rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo e proiettando una luce diversa con la quale guardare (*rectius*: riguardare) al riparto di funzioni delineato dalle leggi del 1865 e del 1889<sup>279</sup>.

Se è indubitabile che la separazione delle giurisdizioni continua ad essere il carattere distintivo del nostro sistema di giustizia amministrativa, l'impressione, di fronte a questa sentenza, è che la Corte non sia più disposta a tollerare la presenza nell'ordinamento di meccanismi processuali che, per

---

<sup>278</sup> Cassazione SS.UU. 22 febbraio 2007, n. 4109.

<sup>279</sup> Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano 1985, nonché Mannori-Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2005.

prestare omaggio al principio di separazione, finiscano con tradursi in una limitazione della tutela assicurata alle posizioni soggettive riconosciute e protette negli artt. 24 e 113 Cost. che si contrappongono all'oggetto della nostra ricerca, *c'est-à-dire*, alla effettività.

Siamo ancora distanti dal potere affermare un principio di unità della giurisdizione, come sempre più frequentemente si è auspicato da parte degli studiosi, soprattutto negli anni più recenti<sup>280</sup> e, ciò è di tutta evidenza, anche perché sarebbe al di là dei poteri della Corte affermare questa soluzione, stante il riconoscimento costituzionale della bipartizione diritti/interessi e la conseguente riserva di competenza al Consiglio di Stato; né, sinceramente, tale evoluzione sembra oggi potersi realisticamente immaginare.

Quel che appare certo, però, è che la decisione cui ci riferiamo va analizzata con attenzione proprio perché mette in luce come taluni istituti processuali, di per sé perfettamente coerenti con una concezione tradizionale del riparto di giurisdizioni, non siano più condivisibili in un contesto in cui cognizione del giudice ordinario e cognizione del giudice amministrativo appaiono sovrapporsi e in cui la consueta distinzione tra diritti e interessi sembra ormai irrimediabilmente indebolita.

---

<sup>280</sup> Pastori, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, Riv. dir. proc. 1996, pagg. 919 ss.; Marzuoli- Orsi Battaglini, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in Dir. pubbl. 1997, pagg. 895 ss.; Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, in Dir. pubbl. 1998, pagg. 371 ss.; Proto Pisani, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa*, in Foro it. 2001, V, pagg. 21 ss.; Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia 'non amministrativa'*, Milano, 2005; Travi, *Rileggendo Orsi Battaglini, Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia 'non amministrativa'*, Dir. pubbl., 2006, pagg. 91 ss..

Anzi, possiamo affermare che, per un verso, la vicenda relativa alla risarcibilità dell'interesse legittimo e, per altro verso, l'aumento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo hanno posto, in qualche misura, le premesse affinché venisse meno, nella percezione generale, l'assolutezza della distinzione qualitativa tra diritti e interessi, così come ci proviene dal processo di formazione dello stato di diritto in Italia e come si è voluto mantenere soprattutto da parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Per cui, certi istituti, come quello del divieto di *translatio iudicii*, fossero d'un tratto avvertiti dai giudici di merito<sup>281</sup>, ancor prima che dalla Corte costituzionale, come non più accettabili o comunque non più compatibili con un sistema processuale ormai molto distante dalla sua struttura originaria, ci dà la misura delle profonde trasformazioni intervenute in un sistema che proprio sul mantenimento della bipartizione diritti/interessi poggiava le sue radici e si è sviluppato.

Se in passato il sistema poteva reggersi sul fatto che il giudice amministrativo non era quasi mai chiamato ad interpretare norme di diritto comune, così come il giudice ordinario cercava di tenersi lontano dalla applicazione di norme di diritto speciale, oggi la situazione sembra molto cambiata ed i principi del codice civile in materia di obbligazioni, responsabilità e contratti sono ormai normale

---

<sup>281</sup> TAR Toscana 25 novembre 2004, n. 6051, cit. da Gioia, *Osservatorio sulla giustizia amministrativa*, in *Danno e resp.*, 2005, pag. 108. Si evince il disagio diffuso presso i tribunali di merito per il fatto che, subito dopo la dec. 204 del 2004, e prima di ogni intervento della Cassazione o della Corte costituzionale, il T.A.R. Toscana abbia in almeno un caso ammesso la riassunzione del giudizio dopo la declinatoria di giurisdizione da parte di un tribunale ordinario.

oggetto della cognizione del giudice amministrativo come del giudice ordinario<sup>282</sup>.

Pensiamo alla questione relativa alla cd. “pregiudiziale di annullamento” per l’esperibilità dell’azione risarcitoria che, sulla base di un orientamento del Consiglio di Stato<sup>283</sup>, viene sistematicamente negata dai giudici amministrativi in assenza di una tempestiva e preliminare impugnazione del provvedimento lesivo<sup>284</sup> mentre viene ammessa dalle Sezioni Unite della Cassazione<sup>285</sup>, considerati i diversi confini della cognizione e le diverse finalità del giudizio civile rispetto a quello amministrativo.

Ma gli esempi potrebbero moltiplicarsi con facilità e toccare la questione della competenza a conoscere dell’azione di risarcimento per la lesione di interessi proposta dopo il passaggio in giudicato della sentenza amministrativa di annullamento, su cui è dovuta ancora intervenire la Corte con la sentenza 191 del 2006<sup>286</sup> e altre ancora<sup>287</sup>.

---

<sup>282</sup> Proto Pisani, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa*, cit., p. 25.

<sup>283</sup> Cons. Stato A.P. 20 gennaio 2003, n. 4; *contra*, e sulla linea delle SS. UU., finora solo Cons. stato, V, 31 maggio 2007, n. 2822.

<sup>284</sup> T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, n. 3710/2006 e T.A.R. Piemonte, Sez. I, 13 novembre 2006, n. 4130

<sup>285</sup> Cass. S.U. 13 giugno 2006, n. 13659; Cass. S.U. 13 giugno 2006 n. 3660.

<sup>286</sup> Corte cost. 11 maggio 2006, n. 191, in *Giur. cost.* 2006, pagg. 1921 ss., con note di S. Lariccia, *Alla ricerca dei provvedimenti amministrativi mediamente riconducibili all’esercizio del potere pubblico: un nuovo avverbio per il dibattito tra i giudici, gli avvocati e gli studiosi della giustizia amministrativa italiana*, pagg.1935 ss. e Greco, *Giurisdizione esclusiva e dintorni: la Corte apre alla tutela meramente risarcitoria davanti al giudice amministrativo?* pagg. 1945 ss..

<sup>287</sup> Cons. Stato sez. IV, 26 maggio 2006 n. 3191; Cass. SS.UU. 10 luglio 2006, n. 15615; Cass. SS. UU. 7 febbraio 2007, n. 2688 con riferimento al problema di individuare il giudice competente a conoscere dell’occupazione senza titolo di un bene oggetto di dichiarazione di pubblica utilità.

Sembrerebbe che stiamo assistendo, all'interno del sistema dei rapporti tra giurisdizioni, ad una riedizione, in forme diverse dal passato, del criterio del *petitum* come vero elemento di discriminare tra le giurisdizioni: di modo ch , la giurisdizione finisce con l'incardinarsi in questo o in quell'ordine di giudici a seconda del tipo di provvedimento richiesto nell'atto introduttivo del giudizio<sup>288</sup>.

Perci , davanti a questa uniformazione continua dell'oggetto della cognizione dei due ordini di giudici, sembrano sempre meno attuali anche le ragioni che in passato hanno giustificato la permanenza di meccanismi processuali volti a difendere, sul presupposto della loro diversit , la separazione delle giurisdizioni e che, nel contesto attuale, sembrano costituire solo un ostacolo al principio della piena realizzazione di diritti e interessi all'interno del processo.

Non   casuale, del resto, che, agli occhi di studiosi del diritto processuale comune, possa sembrare abnorme che, nella situazione venutasi a creare dopo le ultime riforme, manchi nel sistema un organo a cui spetti una funzione di interpretazione di ultima istanza di norme che possono ormai essere interpretate diversamente da diversi ordini di giudici e che, di in ragione di ci , l'armonizzazione degli orientamenti sia affidato al puro *self-restraint* di questi<sup>289</sup>, tanto da indurre parte della dottrina, con riferimento alla disciplina che ammette il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato "*per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*", di parlare di una situazione che d  luogo ad una materiale

---

<sup>288</sup> Berti, *La giustizia amministrativa dopo il d.lgs. n. 80 del 1998 e la sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000, pagg. 1 ss..

<sup>289</sup> Proto Pisani, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa*, op.cit., pag. 26.

violazione dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale<sup>290</sup>.

Perciò, a fronte di questa carenza che si è venuta a creare nell'organizzazione delle giurisdizioni, non ci deve nemmeno sorprendere che, nella sostanza, finisca con lo scaricarsi sulla Corte costituzionale il compito di fare ordine, come è avvenuto con la citata sentenza 191 del 2006 e ancora prima con la sentenza 204 del 2004<sup>291</sup>, se non altro perché la situazione che abbiamo appena descritto ha come risultato finale una situazione di incertezza che lede profondamente il diritto dei soggetti a ricevere una tutela processuale non solo (e non tanto) tempestiva, quanto uniforme.

Insomma, ci sembra che, per una esigenza obiettiva del sistema, il compito di coordinare le giurisdizioni stia rifluendo ora in capo alla Corte costituzionale, per il solo fatto che la situazione di disordine tra le giurisdizioni venutasi a creare finisce con l'essere lesiva di posizioni soggettive e, dunque, può essere inquadrata come una situazione di conflitto tra i principi costituzionali sulla tutela giurisdizionale e le norme che conseguono dal riparto di giurisdizione: come è stato il

---

<sup>290</sup> Bile, *Qualche dubbio sul nuovo riparto di giurisdizione* (relazione al Convegno di Cagliari del 26 settembre 1998 su “*La tutela di diritto privato nel nuovo riparto di giurisdizione*”), in *Corriere Giur.*, 1998, pagg. 1475 ss..

<sup>291</sup> Corte cost. 6 luglio 2004, in *Giur. cost.* 2004, p. 2181 ss., con note di Scoca, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, pag. 2209 e Lariccia, *Limiti costituzionali alla “discrezionalità” del legislatore ordinario nella disciplina della giustizia amministrativa*, pagg. 2220 ss.. Interessanti anche i contributi di Cerulli Irelli, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004*, sta in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); L.Coen, *Corte cost. 204/2004: una prima lettura in tema di servizi pubblici*, *Forum di Quaderni costituzionali*; Garofoli, *La nuova giurisdizione in tema di servizi pubblici dopo Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, sta in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it); Clarich, *La “tribunalizzazione” del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte costituzionale 5 luglio 2004, n. 204*, sta in [www.giustizia.amministrativa.it](http://www.giustizia.amministrativa.it).

caso, appunto, dell'art. 30 della legge 1034 del 1971, oggetto di questione di legittimità costituzionale.

Alla luce di ciò dobbiamo leggere, fra le righe, quel passaggio della sentenza in commento in cui si afferma (punto 5 del *Considerato in diritto*) che la pluralità delle giurisdizioni non può “*risolversi in una minore effettività, o addirittura una vanificazione della tutela giurisdizionale*”.

Che questa constatazione sia posta alla base della decisione in commento, ed alimenti il discorso della Corte, ci dà in qualche modo la misura di quanto profondo ormai sia stato l'apporto della Costituzione nella ridefinizione del sistema di giustizia amministrativa e di quanto questa prospettiva sia ormai diffusa nel modo di guardare alla distinzione tra diritti e interessi.

Difatti, l'idea per cui il sistema dei rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo dovrebbe essere letto e interpretato, innanzitutto, nella prospettiva della tutela dei diritti e degli interessi coinvolti nel giudizio, se pure anticipata da parte degli studiosi, soprattutto dopo l'avvento della Costituzione del '48, aveva sempre scontato in passato la difficoltà di conciliarsi con un sistema di regole processuali ancora ispirato alla logica della separazione tra le giurisdizioni come un valore ordinamentale in sé meritevole di tutela<sup>292</sup>.

---

<sup>292</sup> Per i primissimi spunti del dibattito sull'influsso di principi costituzionali sulla giustizia nell'amministrazione si veda Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano 1966, pagg. 8 ss., ma si veda soprattutto la ricostruzione che dei lavori in Costituente in punto di giurisdizione unica si ritrova in Berti, *Commento agli artt. 113 e 103, 1° e 2° co.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1987, pag. 92, soprattutto con riferimento alla proposta di giurisdizione unica di Calamandrei; ma dello stesso, vedi ora *Corso breve di giustizia amministrativa*, Padova 2004, pagg. 123 ss.

Anche dopo l'avvento della Costituzione repubblicana l'esistenza di un giudice speciale per l'amministrazione doveva e poteva trovare giustificazione, se non nell'assetto storico del sistema di giustizia amministrativa, nella specialità della posizione soggettiva vantata dal privato nel corso del giudizio.

Su questa base si è potuto, così, continuare a legittimare la distinzione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, sia pure a fronte di una sempre più marcata insoddisfazione sulla diversità di tutela nei confronti del privato che questa distinzione teneva ancora in vita.

La necessità di riconoscere la costituzionalizzazione del riparto di giurisdizione per un verso e, per altro verso, l'idea per cui a legittimare l'organizzazione dello stato dovrebbero essere le posizioni soggettive del privato (e non viceversa), spingevano a ritenere che l'interesse legittimo avrebbe potuto essere compatibile con la costituzione solo a condizione di una sua profonda e progressiva trasformazione<sup>293</sup>, che non a caso è stata faticosamente, anche se brillantemente, guidata negli anni da parte della dottrina giuridica.

Adesso, che questo modo di intendere la separazione tra poteri<sup>294</sup> come un valore in sé, finisce, in vero, con il tradursi

---

<sup>293</sup> Allegretti, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico* (1984), ora in *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996 pagg. 135 ss.; Ledda, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti* (1997), ora in *Scritti giuridici*, Padova 2002, pagg. 389 ss.

<sup>294</sup> E' assodato, in dottrina, che la classica tripartizione delle funzioni dello Stato in legislativa, esecutiva e giudiziaria non sia propria della Carta costituzionale del 1948, che non riconosce il principio organizzativo della divisione dei poteri, si veda Modugno, *Poteri (divisione dei)*, *Nov. Digesto It.*, vol. XIII, Torino, 1966, pagg. 473 ss. Tale rigida distinzione, ancor oggi diffusa nel linguaggio e sentire comune, non ha invero alcuna valenza nel diritto vigente ed è probabilmente frutto della suggestione dettata dalla celeberrima opera di MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi (L'esprit de lois, 1748)*, che delinea, a garanzia della libertà del cittadino, la teoria della separazione dei poteri dello Stato. Invero, pur accennandosi in Costituzione alle funzioni legislative (artt. 70, 76, 77),

in una minore efficacia del livello di protezione delle posizioni soggettive del privato di fronte all'amministrazione è circostanza che già era stata ampiamente rilevata da parte degli studiosi.

Ciò è apparso tanto più grave, quanto più chiara si è andata facendo nel tempo la consapevolezza che il principio della separazione tra poteri, da cui in fondo si origina la separazione tra le giurisdizioni, non può finire con il tradursi in un limite per le garanzie del cittadino<sup>295</sup>. Perciò, quello del divieto di *translatio iudicii* altro non era se non uno dei molti istituti in cui questo principio di separazione finiva con il realizzarsi nell'ordinamento.

Anche in ragione di ciò, spostando l'obiettivo alla sentenza in commento, ci possiamo rendere conto che il compiacimento e l'accettazione delle forme che nel XIX secolo sono state date al sistema dei rapporti tra giurisdizioni aveva sempre impedito che gli effetti della domanda proposta innanzi ad giudice potessero essere fatti valere in un processo incardinato presso un'altra giurisdizione.

---

giudiziaria (art. 102) e amministrativa (art. 118) esse non sono attribuite, in modo ripartito, a tre distinti organi costituzionali, ma ad una pluralità di essi “*oltre che di enti territoriali a rilevanza costituzionale*”, prevedendo “*non tre soltanto e non soltanto «poteri», ma diversi centri di potere, statuali e non statuali*”; Modugno, *Poteri (divisione dei)*, op.cit., pag. 489. Da quanto sopra, consegue che, nell'ordinamento vigente, le funzioni pubbliche sono svolte in modo assai meno schematico della triade di derivazione illuministica, conoscendosi casi di funzioni amministrative assolve dai giudici (tale è, almeno secondo alcuni in dottrina, l'attività di volontaria giurisdizione) o dal Parlamento (leggi-provvedimento), funzioni normative attuate dall'apparato esecutivo (l'attività regolamentare) e ipotesi di risoluzione dei conflitti affidati alla pubblica amministrazione (i ricorsi amministrativi), ecc. cosicché, “*la tripartizione delle funzioni vuole esprimere soltanto un principio politico [...] la verità è che l'organizzazione è infinitamente più complessa*”; Satta, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, pag. 223; Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, VII ed., Milano, 2005, pagg. 62 ss.; Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, VI ed., Milano, 2004, pagg. 121 ss.

<sup>295</sup>Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, op.cit., pag. 374.

Se giudici ordinari e giudici amministrativi dovevano essere corpi separati in omaggio ad una tradizione antica, anche la possibilità di collegare questi due ordini all'interno di una unica vicenda processuale non poteva non essere negata, come, in effetti, è accaduto nella giurisprudenza, partendo dal presupposto della radicale diversità delle posizioni soggettive vantate all'interno di ciascun giudizio e dalla radicale diversità dei giudizi destinati a svilupparsi a tutela di quelle posizioni.

Si spiega anche così, per esempio, il fatto che nella disciplina del codice del 1940 la riassunzione del processo fosse ammessa solo in caso di difetto di competenza (art. 50 c.p.c.) e non di giurisdizione e, per contro, che la riassunzione a seguito di regolamento (preventivo) di giurisdizione fosse consentita solo davanti al giudice ordinario (art. 367, comma 2, c.p.c.) e non davanti al giudice amministrativo o ad altri giudici speciali.

Si può spiegare, altresì, il fatto che l'art. 367, comma 2, c.p.c. non sia stato solo raramente usato per consentire nei fatti una *translatio* dal giudice amministrativo al giudice civile, che pure, forse, sarebbe stata possibile.

La separazione delle giurisdizioni, alla fine, doveva essere vista come un valore in sé e, dunque, anche la pronuncia declinatoria di giurisdizione doveva essere tale da chiudere in via definitiva una vicenda processuale, salva la possibilità di incardinare un altro giudizio avanti un altro giudice.

Alla diversità delle giurisdizioni, pertanto, doveva corrispondere la diversità delle vicende processuali, senza alcuna possibilità di contatto tra i due giudizi<sup>296</sup>.

---

<sup>296</sup> Sulla vicenda che ha condotto alla attuale disciplina della *translatio* nel Codice del 1940 si veda Cipriani, *Riparto di giurisdizione e' translatio iudicii'*, Riv. trim. dir. proc. civ. 2005, pagg. 729 ss., in cui si rivisitano e sviluppano le tesi già esposte in Cipriani, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1977, peraltro fortemente critiche verso il mantenimento del regolamento di giurisdizione nel sistema. Per lungo tempo, infatti, e sulla scorta del Codice del 1865, la scelta di consentire la *translatio* nel caso di accertato difetto di competenza (e non di giurisdizione) contenuta nell'art. 50 c.p.c. è stata accolta come un dato acquisito da parte della dottrina processualistica (cfr. Redenti, *Diritto processuale civile*, II ed., vol. II, Milano, 1957; Attardi, *Diritto processuale civile*, III ed., Padova, 1999; Vaccarella, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975, pag. 129, verso la quale non si è data contestazione alcuna, almeno fino alla presa di posizione di Andrioli, *Bilancio della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all E*, in Riv. trim. di dir. e proc. civ., 1965, pagg. 1622 ss., secondo il quale, per ragioni di coerenza del sistema, l'art. 367, 2° comma, c.p.c. avrebbe dovuto essere letto nel senso di consentire la trasmissione della causa dal giudice dei diritti al giudice degli interessi e viceversa, secondo la stessa logica trasfusa nell'art. 50 c.p.c. (in questo senso, adesivamente, Nigro, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in Riv. trim. dir. pubbl. 1970, pag. 763 e, quindi, *Giustizia amministrativa*, II ed., Bologna, 1979, pag. 204). Ed effettivamente, l'idea per cui la *translatio* dovesse operare solo nel caso di difetto di competenza e non di giurisdizione doveva sembrare a dir poco illogica a chi – come Andrioli – non tenesse in conto il problema della necessaria separazione delle giurisdizioni conseguente alla scelta condotta dal costituente di 'congelare' la situazione creatasi anteriormente alla costituzione del 1948. L'introduzione, solo pochi anni dopo l'avvio della riflessione, dell'art. 30 della legge 1034 del 1971, peraltro complicava ulteriormente il quadro. Infatti, con quella disposizione si ammetteva la possibilità di chiedere il regolamento di giurisdizione davanti ai T.A.R., ma ci si dimenticava di ricordare la norma al sistema prevedendo la possibilità di riassumere il giudizio davanti al giudice amministrativo in caso di esito favorevole alla giurisdizione amministrativa. Cosicché ci si è trovati con un art. 367, 2° comma, c.p.c. che, pensato per il regolamento di giurisdizione chiesto nel processo civile, ammette (astrattamente) la riassunzione del giudizio davanti allo stesso giudice civile e una norma, l'art. 30 legge 1034 del 1971, che nulla diceva al proposito. L'esito paradossale era che, qualora la Cassazione avesse ritenuto la giurisdizione del giudice amministrativo la riassunzione sarebbe stata impossibile, mentre qualora fosse ritenuta la giurisdizione del giudice civile, sarebbe stato possibile utilizzare l'art. 367, 2° comma, c.p.c. per riassumere il processo davanti a quel giudice. Ciò nonostante la giurisprudenza ha continuato a ritenere in modo uniforme che la declinatoria di giurisdizione chiudesse definitivamente il processo senza nessuna conservazione di effetti. Di recente, e dopo la dec. 204 del 2004, in Oriani, *Sulla translatio iudicii dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa)*, in Foro it., 2004, V, pagg. 9 ss. la questione è tornata di attualità. Per sostenere la tesi della *translatio* dal giudice civile al giudice amministrativo si muove dalla lettera dell'art. 382, 3° comma, c.p.c., per poi concludere che, al di fuori dei casi ivi previsti di cassazione senza rinvio per difetto di giurisdizione (i.e. nel caso di difetto di giurisdizione di ogni giudice), "la Cassazione, nello statuire sulla giurisdizione ... dovrà rinviare al giudice fornito di giurisdizione, davanti al quale la causa deve continuare". Si veda anche Monteleone, *Diritto processuale civile*, II ed., Padova 2000, pag. 684; Luiso, *Diritto processuale civile*, III ed., vol. II, Milano, 2000, pag. 434.

Unica eccezione a questo regime, come abbiamo sostenuto, doveva essere la *translatio* prevista “a senso unico” dall’art. 367, comma 2, c.p.c., vale a dire quella da giudice amministrativo al giudice ordinario.

Il fatto che, sulla scorta di una prassi giurisprudenziale precedentemente instauratasi innanzi alla giurisdizione amministrativa<sup>297</sup>, il legislatore del 1971 avesse poi previsto nell’art. 30 della legge 1034 la possibilità di esperire il regolamento di giurisdizione con una norma espressa, più che risolvere, finiva per cristallizzare il problema, innanzitutto per il fatto che la legge sui Tribunali Amministrativi, coerentemente con la logica della separazione, non prevedeva alcun meccanismo di raccordo con altre giurisdizioni.

L’assetto dei rapporti tra giudizio ordinario e giudizio amministrativo si è mostrato sempre più privo di una giustificazione razionale è dimostrato dalla crescente insoddisfazione manifestata dagli studiosi nei confronti di questa sistemazione, della quale si lamentava la irragionevolezza, prima di tutto muovendo dalla equiparazione, sancita nella Costituzione, tra diritti e interessi e di cui si lamentava la tendenza a chiudere giudizi con pronunce puramente processuali.

Inoltre, in aggiunta a quanto dicevamo all’inizio, è necessario osservare che le trasformazioni del sistema della giustizia amministrativa, ed in particolare la dilatazione che ha avuto negli ultimi anni la giurisdizione esclusiva a seguito del D.LGS. 80/1998 e della legge 205/2000 e di cui si ha un

---

<sup>297</sup> Benvenuti, *Conflitto di attribuzione e regolamento di giurisdizione* (1950), ora in *Scritti giuridici*, vol. II, pagg. 1037 ss.

segno tangibile nella sentenza n. 204 del 2004 della Corte, hanno finito negli ultimi anni per rendere quello della *translatio iudicii* non già (e non solo) un problema di astratta aderenza del sistema processuale ai principi costituzionali, ma soprattutto un problema pratico per tutti quei non pochi giudizi che, dopo la richiamata decisione 204 del 2004, rischiavano di chiudersi con una pronuncia puramente declinatoria.

Difatti, se si ragiona sulla circostanza per cui nella sentenza 204, che della sentenza in commento costituisce la premessa, la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale *in parte qua* sia dell'art. 33, commi 1 e 2 del D.LGS. 80/1998 che dell'art. 34, comma 1, come riformati dalla legge 205/2000 non è difficile osservare come da questa scaturisse una situazione per cui, venuta meno per mano della Corte la c.d. giurisdizione per blocchi prevista nel 2000, i processi già avviati davanti al giudice amministrativo sulla base di quella disciplina avrebbero dovuto chiudersi per (sopravvenuto) difetto di giurisdizione.

Il punto reale è che, declinatasi la giurisdizione da parte del giudice amministrativo a seguito della sentenza della Corte, si poneva la necessità per le parti coinvolte in quei processi di riavviare il giudizio innanzi al giudice ordinario.

Il che, a seconda dei casi, era o impossibile (ad es. a seguito di decadenza sostanziale: si pensi alle azioni di reintegra o manutenzione del possesso ex artt. 1168 e 1170 c.c.) o estremamente gravoso a seguito della perdita degli effetti processuali derivanti dalla domanda (erroneamente) proposta davanti a un giudice sprovvisto di giurisdizione.

Senonché, era facile rilevare, subito dopo la sentenza 204 del 2004, che “*moltissimi giudizi, che pur erano stati iniziati nel pieno rispetto della legge ordinaria, corrono ora il rischio di concludersi in mero rito, e cioè nel peggiore dei modi*”<sup>298</sup>.

Se riflettiamo su questa vicenda possiamo ben capire per quali motivi quello della *translatio iudicii* e quello della conservazione degli effetti (sostanziali e processuali) già prodotti fosse *hic et nunc* divenuto un problema che induceva a ripensare con urgenza il sistema dei rapporti tra giudice ordinario e giudici speciali all'interno dell'ordinamento, al di là delle generiche aspirazioni ad una riforma del sistema processuale orientato ad una più soddisfacente tutela delle posizioni soggettive e al di là dei discorsi sulla effettiva compatibilità con la costituzione del sistema delle giurisdizioni separate.

Anche per queste ragioni la Corte di Cassazione (S. U. 22 febbraio 2007, n. 4109) aveva cercato di forzare al massimo i limiti del proprio sindacato, proponendo una interpretazione degli artt. 50 e 382 c.p.c. del tutto nuova rispetto al passato.

Per affermare il principio della *translatio iudicii*, la Cassazione aveva cercato di seguire la strada dell'interpretazione conforme a Costituzione, partendo dal presupposto della inesistenza nell'ordinamento di un esplicito divieto di *translatio* dal giudice ordinario al giudice speciale e viceversa. Recependo alcuni spunti già proposti dagli

---

<sup>298</sup> Cipriani, *Riparto di giurisdizione e 'translatio iudicii'*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2005, pag. 731.

studiosi<sup>299</sup>, la Cassazione, in poche parole, affermava il principio per cui l'art. 382 c.p.c. avrebbe disposto la cassazione senza rinvio nel solo caso di difetto assoluto di giurisdizione, mentre in ogni altro caso la Corte avrebbe dovuto indicare il giudice innanzi al quale riassumere il giudizio, in modo analogo a quanto disposto dall'art. 50 c.p.c. per il difetto di competenza. Questo modo di argomentare non poteva essere letto come una violazione della lettera della legge; anzi, secondo la Cassazione, tale lettura sarebbe stata imposta proprio dalla necessità di garantire la massima effettività ai principi racchiusi nell'art. 24 Cost., oltre che dal principio per cui il processo dovrebbe tendere quanto più possibile a produrre una decisione sul merito.

Adesso, che questo orientamento della Cassazione dovesse essere valutato favorevolmente, come in effetti è stato<sup>300</sup>, nulla toglie al fatto che nella decisione *de qua* si ritrovassero anche alcuni elementi che inducevano a pensare ad un mutamento nell'assetto dei rapporti tra Cassazione e Corte costituzionale. In tale decisione, infatti, la Cassazione, riteneva di non dover procedere a sollevare questione di legittimità davanti alla Corte, cercando piuttosto di risolvere autonomamente il problema in virtù dei propri poteri interpretativi, *c'est-à-dire* attraverso lo strumento, di per sé problematico, dell'interpretazione conforme a Costituzione<sup>301</sup>; il che non poteva non creare qualche perplessità tanto in ragione dell'arditezza della tecnica interpretativa adottata

---

<sup>299</sup> Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1960, pagg. 568 ss..

<sup>300</sup> Sandulli, *I recenti interventi della Corte costituzionale e della Corte di cassazione sulla 'translatio iudicii'*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).; Sigismondi, *La distanza tra le giurisdizioni si riduce: è ammessa la 'translatio iudicii'*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, pagg. 826 ss..

<sup>301</sup> Sorrenti, *L'interpretazione conforme a costituzione*, Milano, 2006.

dalla Cassazione, che nei fatti rimodellava il diritto positivo, affermando di desumere direttamente dalla Costituzione una norma contraria al diritto vigente, quanto in ragione dell'indebolimento dei confini tra giurisdizione costituzionale e giurisdizione della Cassazione implicita in questa soluzione.

E ciò perché risulta spontaneo chiedersi quale sia il ruolo effettivo della Corte costituzionale nel momento in cui la giurisdizione ordinaria avverte il bisogno di "adattare" direttamente l'ordinamento positivo alla Costituzione, secondo una tecnica di giudizio che sembra più appartenere alla logica di un sindacato "diffuso" che di un sindacato "accentrato" di costituzionalità.

Ciò, di per sé, ci fa anche capire per quali motivi la Corte costituzionale abbia ritenuto di intervenire con i suoi ben più ampi strumenti per recepire il diritto, per così dire, "vivente" imposto dalla Cassazione nell'ambito della sua giurisprudenza.

Vi è di più, il caso giunto alla cognizione della Corte costituzionale presentava, per la verità, caratteri almeno in parte diversi rispetto alla fattispecie da cui aveva preso le mosse la Cassazione solo qualche mese prima.

A rilevare, infatti, in questo caso non era tanto il problema della *translatio iudicii* e della riassunzione del giudizio, quanto il problema della conservazione degli effetti sostanziali della domanda, vertendosi qui in una situazione singolare, in cui un privato titolare di concessione per occupazione di suolo pubblico prima aveva il giudice ordinario per una azione di manutenzione e reintegra del possesso nei confronti di una pubblica amministrazione che in quello

spazio aveva costruito un impianto di raccolta dei rifiuti, poi si vedeva opporre dal giudice della cautela il difetto di giurisdizione, essendo la materia dei “servizi pubblici” riservata alla giurisdizione esclusiva dall’art. 34 D.LGS. 80/1998, come modificato dalla legge 205/2000 e, quindi, proposto ricorso davanti al TAR, veniva ad inciampare negli effetti della sentenza 204 del 2004, il quale, però, prima di restituire tutto al giudice ordinario, sollevava questione di costituzionalità dell’art. 30 legge T.A.R. nella parte in cui non ammetteva *“l’adozione di ogni altra pronuncia volta ad assicurare la possibilità di riassumere il processo davanti al giudice fornito di giurisdizione”*.

È semplice rendersi conto che, in questo caso, a venire in rilievo non era solo il problema della *translatio*, che di per sé tocca una pluralità di effetti, quanto il problema della conservazione degli effetti delle attività processuali già svolte e la necessità di evitare che il decorso del termine per l’esercizio delle azioni possessorie, dovuto allo scaricabarile delle competenze, potesse poi tradursi in una lesione del diritto alla difesa ex art. 24 Cost..

Di fronte ad una ipotesi del genere, pertanto, non è difficile capire perché la Corte abbia affermato l’esigenza di una lettura unitaria dei rapporti tra giudice ordinario e speciale, ritenendo del tutto indifferente che il giudizio debba essere riassunto innanzi a questo o a quel giudice e sancendo il principio della conservazione degli effetti sostanziali e processuali già prodotti nel passaggio da un rito all’altro, dal momento che ogni altra soluzione si sarebbe tradotta in una lesione del diritto di difesa ex art. 24 Cost..

Che la Corte si sia pronunciata solo sull'art. 30 legge 1034 del 1971, peraltro, nulla toglie al fatto che il suo discorso debba essere inteso come volto ad introdurre un meccanismo unificante tra le giurisdizioni, volto a garantire un canale di comunicazione che porta a leggere come una unica vicenda processuale domande presentate in tempi diversi davanti a giudici diversi.

E che la Corte non si spinga oltre, del resto, si comprende proprio dal fatto che, nella parte finale della sentenza, si invita esplicitamente il legislatore a colmare come meglio ritenga la lacuna venutasi ad aprire nell'ordinamento, essendo lasciata alla discrezionalità di quest'ultimo non già la scelta di conservare gli effetti già prodotti in un giudizio, quanto la scelta in ordine alla disciplina della riassunzione avanti il giudice amministrativo o civile e soprattutto la scelta *“se mantenere in vita il principio per cui ogni giudice è giudice della propria giurisdizione ovvero adottare l'opposto principio seguito dal codice di procedura civile (art. 44 c.p.c.) per la competenza” (Punto 8 del Considerato in diritto).*

Ne deriva che la sentenza della Corte, pur enunciando un principio destinato ad operare da subito all'interno dell'ordinamento processuale è, in qualche misura, e non per colpa della Corte, “monca”, proprio perché postula una integrazione e uno sviluppo, a mo' d'esempio per quanto riguarda la forma dell'atto, il termine di decadenza, le modalità di notifica: tutte cose che non possono non essere riservate alla discrezionalità del legislatore.

È importante, però, che la Corte abbia affermato il principio per cui *“le disposizioni processuali non sono fini a se*

stesse, ma funzionali alla miglior qualità della decisione di merito” (punto 5 del Considerato in diritto): il che sembra destinato a produrre ulteriori sviluppi nella giurisprudenza successiva.

Parrebbero, allora, confermate le previsioni di quanti, anni addietro, avevano previsto che *“sia pure a lunghissimo termine (...) l’unità giurisdizionale vada realizzandosi, sia pure a piccoli passi e per vie insospettate, come effetto non voluto e indubbiamente abnorme della riaffermata, anche nella costituzione, divisione delle situazioni soggettive di tutela e degli ordini dei giudici”*<sup>302</sup>.

In assenza di un intervento legislativo è facile rilevare che il sistema, per rispondere ad una esigenza di tutela uniforme delle situazioni soggettive sostanziali, vada assestandosi su linee parallele, anche se non identiche, a quelle che gli sarebbero proprie se il principio di unità della giurisdizione fosse positivamente affermato: il che sembra costituire, in ultimo, una di quelle “vie insospettate” e, fino a qualche anno fa insospettabili, attraverso cui l’ordinamento giuridico mantiene una sua coerenza, evolvendosi verso forme nuove.

---

<sup>302</sup> Berti, *Commento agli artt. 113 (e 103) cost.*, op.cit. pag. 116.

#### **7.4 Verso l'unità delle giurisdizioni?**

La giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa, come abbiamo già avuto modo di evidenziare, hanno sempre costituito “due compartimenti stagni”: ciascuna interpreta ed applica norme diverse relative, rispettivamente, al c.d. diritto comune e al potere amministrativo, avvalendosi di autorità giudiziarie diverse per garantire la nomofilachia (Corte di Cassazione e Consiglio di Stato).

Oggi la situazione è cambiata, dato che l'interpretazione e l'applicazione del diritto comune non è più riservata al giudice ordinario, così come quelle delle norme sul potere amministrativo non sono più proprie del solo giudice amministrativo.

In tale contesto ci dobbiamo interrogare se sia sostenibile l'esigenza dell'impugnabilità innanzi ad un'unica Corte Suprema delle decisioni sia del giudice ordinario sia del giudice amministrativo cosa che nell'ordinamento italiano, come sappiamo, non è prevista.

Il disposto dell'art. 111, comma 7, Cost. finisce per connotare il dualismo del sistema italiano come non paritario, ma a “prevalenza istituzionale del giudice ordinario”<sup>303</sup>, il che può far sorgere qualche dubbio sulla legittimità costituzionale del sistema italiano di giustizia amministrativa.

A fronte di questo sistema, da sempre farraginoso ed incapace di assicurare una tutela effettiva al cittadino contro la P.A., la dottrina continua ad interrogarsi se sia ancora

---

<sup>303</sup> Clarich, *La “tribunalizzazione” del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte Costituzionale 5 luglio 2004*, op.cit., pagg. 969 ss.

attuale la sottrazione al giudice ordinario della giustizia amministrativa.

La specialità della giurisdizione amministrativa può sembrare non più sostenibile, né in ragione del carattere oggettivo della medesima giurisdizione, né della particolare capacità del giudice amministrativo di cogliere l'interesse dell'amministrazione insito in leggi di diritto pubblico<sup>304</sup>, né, infine, sotto il profilo della satisfattività della tutela fornita dal giudice amministrativo.

Agli argomenti relativi all'esigenza di una attenzione specifica per l'interesse pubblico e alla necessaria specializzazione del giudice amministrativo in ragione della peculiarità del diritto da applicare<sup>305</sup>, i critici della giurisdizione amministrativa oppongono l'esigenza di garantire l'imparzialità, che più fortemente si avverte quando una delle parti in giudizio sia un potere pubblico, ma pure il principio dell'uguaglianza che impone la soggezione del cittadino allo stesso giudice, anche quando la vertenza riguardi una P.A..

Ci si interroga per quali ragioni debbano ancora esistere due giurisdizioni che, pur differenziandosi per la composizione del giudice e per la ricorribilità per cassazione delle decisioni di secondo grado, conoscono le stesse norme e che trattano le controversie secondo procedure simili; e se, invece, i tempi

---

<sup>304</sup> Proto Pisani, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, Foro it. 2001, parte V, pagg. 21 e ss.. A tal fine si è suggerito di istituire sezioni specializzate nell'ambito dell'unica giurisdizione ordinaria.

<sup>305</sup> La questione della specialità della giurisdizione amministrativa è stata affrontata sotto tre ordini di problemi: la specialità dello stato giuridico del giudice (così secondo la concezione di Calamandrei); l'identificazione di una competenza separata; il sindacato della Corte di Cassazione per violazione di legge. Per l'analisi del dibattito storico in seno alla costituente sul tema in oggetto si veda Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, op.cit., pag. 371.

non siano maturi per introdurre un nuovo sistema di giurisdizione unica, articolato nel doppio grado, e con un'unica Corte Suprema<sup>306</sup>.

Che senso ha mantenere l'obsoleta contrapposizione tra diritti soggettivi e interessi legittimi se il vero problema non sta nella definizione delle situazioni soggettive, bensì delle diverse forme di tutela di cui esse godono, identificandosi nella protezione più forte (la tutela specifica, ossia il potere di ottenere dal processo quel bene che è assicurato dal diritto sostanziale), in quella semipiena (la tutela risarcitoria dove il diritto da diritto al bene si trasforma a diritto all'indennizzo), o in quella minore (a fronte di un potere discrezionale)?<sup>307</sup>

La situazione d'incertezza generale sui limiti interni di giurisdizione e la c.d. guerra delle giurisdizioni testimoniano il lento maturare di un problema mal risolto dalla Costituzione, cosa che non ha consentito alla Corte costituzionale di andare oltre nell'affrontare la questione, ossia il problema dell'unitarietà del potere giurisdizionale, di cui si possono cogliere i primi segni nella discussione sull'oggetto del giudizio amministrativo avviata negli anni '60<sup>308</sup>.

---

<sup>306</sup> La scelta del giudice unico è una scelta di politica legislativa, che trova soluzioni varie negli ordinamenti europei. In Spagna vi è una sezione specializzata deputata alla controversie di cui è parte la P.A., mentre in Gran Bretagna è stato istituito un giudice unico con il potere anche di annullare l'atto. Nel sistema francese, le questioni di giurisdizione sono risolte dal *Tribunal de Conflit* composto in egual misura da giudici ordinari e giudici amministrativi. Per una critica al deficit di tutela per i titolari dei diritti che consegue alla sottrazione del controllo di legittimità della Cassazione sulle pronunce dei giudici amministrativi, specie della Corte dei Conti: si veda Scoca, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, *op.cit.*, pag. 2219.

<sup>307</sup> Proto Pisani, *op. ult. cit.*, pag. 28.

<sup>308</sup> Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005, dubita dell'esistenza di un concetto costituzionalmente unitario della giurisdizione.

Ci si chiede se dopo la radicale riforma attuata con la legge n. 205 del 2000 che ha attribuito al giudice dell'atto, nell'ambito della sua giurisdizione, il potere di condannare l'Amministrazione a risarcire il danno causato al terzo, il sistema non sia pronto per fare un ulteriore passo avanti, ovvero attribuire ad un unico giudice la cognizione, non solo della legittimità dell'atto e delle conseguenze esterne, di danno verso il terzo, ma anche sulle conseguenze interne all'Amministrazione, ponendo a carico del funzionario infedele il danno erariale in un unitario contesto decisorio, così da evitare il rischio di conflitti di giudicato tra condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno esterno e proscioglimento del funzionario dalla domanda di risarcimento del danno erariale interno.

La stessa Corte di Cassazione sta operando in via pretoria una revisione della Costituzione nel senso di una sostanziale unificazione della giurisdizione: si pensi alla nozione di giurisdizione e di difetto di giurisdizione che la Corte accoglie per giustificare il proprio sindacato ai sensi dell'art. 111 cost., nel senso di *“tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi e dunque in un senso che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai diversi giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento”*<sup>309</sup>.

La tendenza a revisionare la Costituzione in senso favorevole all'unità della giurisdizione trova espressione anche nei recenti orientamenti giurisprudenziali della Corte in materia di equiparazione del difetto di giurisdizione al difetto

---

<sup>309</sup> Cass. sez. un. 23 dicembre 2008, n. 24883.

di competenza del giudice adito a proposito del già richiamato problema della *traslatio iudicii*<sup>310</sup>.

La soluzione della giurisdizione unica trova consensi anche in dottrina<sup>311</sup>.

Si è rilevato in proposito che detta soluzione non diminuirebbe i margini di tutela per il cittadino, perché il confronto tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione unica non rappresenta un confronto tra modelli di processo diversi (tra il processo civile ed il processo amministrativo) o tra tecniche di tutela, né un confronto tra posizioni soggettive, ma configura un confronto fra “giudici”: il problema di fondo è dunque quello di stabilire quale debba essere il giudice per le vertenze con l'Amministrazione<sup>312</sup>.

Se è vero che il Giudice dell'Amministrazione deve essere un “vero” giudice, specie sotto il profilo della garanzia di indipendenza, il Consiglio di Stato, la cui struttura si connota per la commistione tra funzioni consultive e funzioni giurisdizionali, può non sembrare il “migliore” giudice per le vertenze tra cittadino e P.A.: un giudice, ci permettiamo di asserire, che nell'esperienza da operatori del diritto spesso assume un atteggiamento paternalistico nei confronti degli atti delle Pubbliche Amministrazioni, salvandone gli effetti a discapito del “povero” cittadino.

---

<sup>310</sup> In tale contesto, assume significato anche la tesi che, alla luce della sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale, propugna l'eliminazione della giurisdizione esclusiva dal panorama delle giurisdizioni del giudice amministrativo, sulla premessa che le materie di possibile giurisdizione esclusiva si ridurrebbero alle materie in cui sussistono soltanto interessi legittimi: si veda Scoca, *op. ult. cit.*, pagg. 2209 e ss..

<sup>311</sup> De Lise, *Introduzione*, in *Nuove frontiere del giudice amministrativo*, *op.cit.*, secondo il quale la giurisprudenza amministrativa continua a difendere la pluralità di giurisdizione come una ricchezza ed un valore aggiunto piuttosto che come un fatto di complicazione.

<sup>312</sup> Travi, *op. ult. cit.*, pag. 381.

A fronte dell'esigenza di estendere anche al giudice dell'amministrazione le massime garanzie di indipendenza richieste per l'esercizio della funzione giurisdizionale non sembra più sostenibile l'argomento della necessaria esperienza specifica nell'amministrazione né quello della specialità del diritto amministrativo al fine di giustificare lo *status* speciale di giudice amministrativo, atteso che al giudice, sia amministrativo sia ordinario, si richiedono sempre valutazioni in termini di legittimità dell'atto amministrativo<sup>313</sup>.

Se si assume la diversità di stato giuridico come vero criterio della specialità, la specialità del giudice amministrativo può sembrare in fase di recessione, perché se la disciplina dello stato giuridico diventa la medesima, anche l'impugnazione di provvedimenti amministrativi dovrebbe essere giudicata da un giudice ordinario<sup>314</sup>.

Il giudice degli atti amministrativi non sarebbe più a rigore “speciale”, ma un giudice “specializzato”, che può essere attratto all'interno della giurisdizione ordinaria e per il quale può configurarsi un collegamento più stretto con la Corte di Cassazione.

In merito al dubbio se il superamento della giurisdizione amministrativa non rischi di travolgere anche la specialità del diritto amministrativo, si è rilevato che ciò che rende problematica la tutela giurisdizionale del cittadino non è tanto l'incidenza sempre maggiore del diritto comune rispetto all'attività amministrativa, quanto la previsione di due

---

<sup>313</sup> Orsi Battaglini e Marzuoli, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, Dir. pubbl., 1997, pagg. 902 e ss..

<sup>314</sup> Travi, *op. ult. cit.*, pag. 384.

giurisdizioni separate che genera situazioni di incertezza e contraddizioni nei giudicati<sup>315</sup>.

L'introduzione di un "giudice unico" si allinea alla nuova prospettiva "*individualistica*" del diritto d'azione. Essa impone di riconoscere il principio dell'"*atipicità*" delle azioni. Infatti, a rendere più effettiva la tutela giurisdizionale può contribuire proprio tale principio dell'atipicità dell'azione davanti al giudice amministrativo (secondo un modello già seguito dal legislatore in materia di misure cautelari), in considerazione della variegata realtà dei rapporti sociali che richiedono tutele differenziate ed alla quale male si addice un sistema di azioni tipiche. All'arricchimento dei poteri del giudice amministrativo corrisponde ormai una pluralità di azioni a disposizione del ricorrente il quale può formulare le domande giudiziali in modo più articolato, combinandole, cumulandole o subordinandole una all'altra<sup>316</sup>. Essa impone anche la riserva al cittadino della scelta dell'azione da esperire, nell'ottica di quella visione paritaria del diritto amministrativo cara al parte della dottrina.

Al riguardo va evidenziato come la possibilità di articolare la domanda giudiziale, sia in termini di annullamento sia in termini di condanna al risarcimento del danno, per equivalente o in forma specifica, valorizza il ruolo del ricorrente come protagonista dell'azione nella ricerca della tutela più adeguata possibile, avvicinando il processo amministrativo a quello civile, come processo di parti retto dal principio dispositivo.

---

<sup>315</sup> Travi, *op. cit.*, pag. 385.

<sup>316</sup> Domenichelli, *op. ult. cit.*, pag. 16.

### ***7.5 La giurisdizione amministrativa negli altri paesi***

Prima di proseguire, per andare a concludere, riteniamo utile avere maggiori spunti di riflessione gettando uno sguardo ai sistemi d'oltralpe.

Il Consiglio di Stato, ovvero la Corte suprema amministrativa con funzioni consultive e giurisdizionali, esiste in Francia, Italia, Belgio, Olanda, Grecia, Svezia, Norvegia, Finlandia, Polonia e Svizzera.

Il modello francese influenza anche molti paesi non europei, specie di tradizione francofona, sì da essere il modello largamente maggioritario nel mondo.

Importanti funzioni consultive sono possedute, accanto a quelle giudicanti, anche dalle due più importanti Corti internazionali: la Corte di giustizia dell'O.N.U., con sede all'Aja e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea di Lussemburgo.

In Germania esiste una Corte Suprema Amministrativa simmetrica alle altre Corti Supreme (civile, penale, del lavoro e della famiglia), simile alla nostra Corte di Cassazione, ma con una posizione estremamente qualificata (accesso per nomina e non per progressione di carriera ed organo di autogoverno separato da quello previsto dalle Corti di merito). In tale Paese solo di recente si è venuta affermando la tutela nei confronti dei pubblici poteri delle posizioni soggettive diverse dai diritti soggettivi.

In Spagna vi è un complesso sistema di giustizia amministrativa facente leva su organi semi-amministrativi del

contenzioso in primo e in secondo grado e su una sezione specializzata della Corte Suprema di Cassazione al vertice.

Il Consiglio di Stato, destinatario di funzioni solo consultive, ha competenze completamente diverse dagli altri Consigli di Stato europei e si caratterizza, al pari dei Consigli di Stato preunitari, come Consiglio della Corona.

In Inghilterra non esiste alcun diritto amministrativo. Il sindacato sui poteri pubblici o è escluso, in relazione a determinate categorie di atti riconducibili a prerogative regie, o è affidato ad un complesso sistema di organi speciali non giurisdizionali. Ciò vuol dire, fra l'altro, che non c'è alcun controllo del giudice su ampie materie largamente controllate in Italia.

Infine, in Austria vi è una Corte Suprema Amministrativa che non ha funzioni consultive perché, in tale realtà, c'è la tendenza ad assicurare la legalità dell'azione amministrativa in via preventiva, nel corso del procedimento amministrativo anziché ricorrendo alla consulenza di organi neutrali.

## 7.6 Il modello francese

Il sistema delle impugnazioni di cassazione nella giustizia amministrativa francese ci può essere d'aiuto per avere un modello di comparazione con il nostro sistema<sup>317</sup>.

Il modello francese è di particolare interesse perché è stato destinatario di due riforme legislative: la legge 31 dicembre 1987, n. 87/127 e la legge 8 febbraio 1995, n. 95/125.

Tali riforme hanno attribuito al *Conseil d'État* le funzioni di una vera e propria Cassazione amministrativa, che poi è quello che manca nel nostro sistema con compressione del principio di effettività della tutela, non solo nei confronti delle sentenze degli organi di giurisdizione amministrativa speciale, ma proprio nei confronti degli organi ordinari di giurisdizione amministrativa<sup>318</sup>.

Il controllo esercitato dal *Conseil d'État* quale giudice di cassazione riguarda sia il controllo della regolarità esterna della decisione impugnata, *c'est-à-dire* le questioni pregiudiziali, sia il controllo della legalità interna, *c'est-à-dire* l'errore di fatto e di diritto sulle questioni decise.

Secondo il sistema francese, il *Conseil d'État*, nella sua funzione di giudice di cassazione, controlla che le Corti amministrative di appello si siano pronunciate su tutta la domanda. Non a caso in Francia l'azione di risarcimento del danno è autonoma rispetto a quella pregiudiziale e quindi non

---

<sup>317</sup> Ferroni, *Unità della giurisdizione e motivi di giurisdizione: possibili effetti sull'impugnazione delle decisioni del Consiglio di Stato in Cassazione*, sta in *Diritto Processuale Amministrativo* 2/2008.

<sup>318</sup> Massot – Stair - Fouquet - Guyomar, *Le conseil d'Etat juge de Cassation*, Paris, 2001.

è condizionata dal previo e tempestivo annullamento dell'atto viziato.

Come dicevamo, in Italia manca la cassazione amministrativa, sia essa, come avremo modo di precisare, interna alla Suprema Corte sotto forma di una ulteriore sezione, ovvero esterna e sovraordinata all'attuale sistema T.A.R. – Consiglio di Stato come auspicato da Laschena (cfr. 7.2). Ciò comporta che la Suprema Corte è spesso costretta a prendere posizione laddove non sembra possa farlo in nome dell'effettività della tutela del cittadino innanzi al giudice amministrativo



## **Capitolo 8**

### **Conclusioni**

#### **8.1 Il punto di partenza**

L'obiettivo individuato *ex ante*<sup>319</sup>, in sede di proposta del presente progetto di ricerca, era quello di delineare il principio di effettività della tutela rispetto alla giurisdizione amministrativa e, stante lo stretto legame del principio alle modalità di distribuzione della giurisdizione, di approfondire il dibattito che è conseguito alle sentenze della Corte di Cassazione a S.U. del 22 febbraio 2007, n. 4109, della Corte Costituzionale del 12 marzo 2007 n. 77 e dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 22 ottobre 2007, n. 12 che riguardano:

- 1) il modo di relazionarsi ed i limiti dell'autonomia dell'ordine giurisdizionale della giustizia amministrativa rispetto all'ordine giurisdizionale ordinario formalmente previsto nella Costituzione. In merito, a tutta prima, abbiamo accennato alla posizione assunta dalla Corte Costituzionale nella sentenza 77/2007 che, a proposito della *translatio iudicii*, ha insistito sull'unicità della giurisdizione volta a garantire l'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale ribadendo che “*Se è vero, infatti, che la Carta Costituzionale ha recepito, quanto alla pluralità dei giudici, la situazione all'epoca esistente, è anche vero che la medesima Carta ha, fin dalle origini,*

---

<sup>319</sup> Gattuso, *Relazione I anno di dottorato*, Catania, ottobre 2009.

*assegnato con l'art. 24 (ribadendolo con l'art. 111) all'intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi".*

- 2) sulla tipologia e l'oggetto del processo amministrativo alla luce del principio comunitario di effettività della tutela e del principio del giusto processo come elevato a rango costituzionale dal riformato art. 111 della Costituzione.

Le ipotesi da verificare, alla luce degli obiettivi individuati *ut supra* e dello stato iniziale della ricerca, erano essenzialmente:

- 1) verifica della costituzionalità della esclusione della possibilità di impugnare le decisioni del Consiglio di Stato in Cassazione per violazione di legge, cosa che appariva confliggere con il principio di uguaglianza, sia per la disparità dei gradi di giurisdizione cui sono soggette le decisioni dei due ordini giurisdizionali, sia per la deroga al principio di nomofilachia del diritto esercitato dalla Corte di Cassazione;
- 2) verifica della possibilità di riconduzione ad unità dei due ordini alla luce dello spostamento del criterio di riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario con attribuzione al primo, in sede di giurisdizione esclusiva, di materie in cui sono frequenti le pretese risarcitorie che, contrariamente a quando erano attribuite alla giurisdizione ordinaria e,

quindi, coperte dalla garanzia costituzionale per vizio di violazione di legge di cui all'art. 111, comma 7, della Costituzione, risultano depotenziate, in quanto le suddette pretese risarcitorie avrebbero potuto essere tutelate solo in caso di vizio di difetto di giurisdizione.

## **8.2 Valutazione in itinere**

Con l'evolversi della ricerca<sup>320</sup> abbiamo affinato il tiro puntando l'attenzione sulle motivazioni dell'espandersi della giurisdizione esclusiva che il legislatore ha via via assegnato al giudice amministrativo, cosa che ha indotto la Corte Costituzionale, su remissione del giudice *a quo* (Tribunale monocratico di Napoli, III sez. civile), ad intervenire per delimitare più precisamente tale possibilità di riparto della giurisdizione.

Infatti, abbiamo potuto evidenziare come, a Costituzione invariata, l'unica strada per aggirare la bipartizione diritti soggettivi/interessi legittimi, sulla base della quale non si poteva più individuare la competenza del giudice ordinario rispetto a quello amministrativo, era quello di amplificare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, *c'est-à-dire* le ipotesi in cui il giudice amministrativo conosce di diritti soggettivi ed interessi legittimi.

Proprio con sentenza 5 febbraio 2010, n. 35 i giudici della Consulta delineano i confini che il legislatore ordinario deve rispettare, alla luce dell'art. 103, comma 1, Cost., nel positivizzare nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e dichiarano infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 del D.L. n. 90/2008, dal titolo "*Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella Regione Campania e ulteriori disposizioni di protezione civile*", convertito con modificazioni dalla legge 14 luglio 2008, n. 123.

---

<sup>320</sup> Gattuso, *Relazione II anno di dottorato*, Catania, ottobre 2010.

La disposizione *de qua* ha previsto la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di tutte le controversie, anche in ordine alla fase cautelare, comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati, aggiungendo che la giurisdizione si intende estesa anche alle controversie relative a diritti costituzionalmente tutelati.

Preliminarmente, la Corte specifica che l'art. 103, comma 1, della Costituzione, pur non avendo conferito al legislatore ordinario un'assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva gli ha, tuttavia, riconosciuto il potere di indicare "particolari materie" nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione investe anche diritti soggettivi (sentenze n. 204/2004; n. 191/2006; n. 140/2007).

Secondo la Consulta, nella definizione dei confini della giurisdizione esclusiva è necessario:

- in primo luogo, che la controversia involga situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse (*rectius*: intrecciate). È bene, però, aggiungere che, se è pur vero, in linea con le ragioni storiche all'origine della configurazione di tale giurisdizione, che è normalmente necessaria la sussistenza di un intreccio di posizioni giuridiche nell'ambito del quale risulti difficile individuare i connotati identificativi delle singole situazioni soggettive, non può escludersi che la cognizione del giudice amministrativo possa avere ad oggetto, ricorrendo gli altri

requisiti indicati di seguito, anche soltanto diritti soggettivi (sentenza n. 259 del 2009);

- in secondo luogo, è necessario che il legislatore assegni al giudice amministrativo la cognizione non di "blocchi di materie", ma di materie determinate;

- infine, è richiesto che l'amministrazione agisca, in tali ambiti predefiniti, come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi sia mediante moduli consensuali ai sensi dell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e ss.mm.ii., sia infine mediante comportamenti, purché questi ultimi siano posti in essere nell'esercizio di un potere pubblico e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio. In tale ultimo caso, infatti, la cognizione delle controversie nascenti da siffatti comportamenti spetta alla giurisdizione del giudice ordinario

In relazione al caso di specie, Il Tribunale ordinario remittente aveva rilevato che la norma impugnata, attribuendo tutte le controversie, comunque attinenti alla complessiva gestione dei rifiuti, ivi comprese quelle nascenti da comportamenti, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, impedirebbe al Tribunale stesso di decidere la controversia.

Ebbene, il presupposto posto alla base della questione viene smentito dai giudici costituzionali.

Infatti, il Tribunale non aveva tenuto in considerazione la celeberrima distinzione tra comportamenti costituenti espressione di un potere amministrativo e quelli meramente

materiali posti in essere dalla P.A. al di fuori dell'esercizio di una attività autoritativa.

Ne consegue che nella controversia all'esame del remittente, venendo in rilievo questioni meramente patrimoniali connesse al mancato adempimento da parte dell'amministrazione (A.S.L. di Napoli) di una prestazione pecuniaria nascente da un rapporto obbligatorio, i comportamenti posti in essere dall'amministrazione stessa non sono ricompresi nell'ambito di applicazione della norma impugnata, come sopra interpretata, e rientrano, invece, nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, nella specie correttamente adita.

*En ce que concerne* la tipologia e l'oggetto del processo amministrativo alla luce del principio comunitario di effettività della tutela e del principio del giusto processo come elevato a rango costituzionale dal riformato art. 111 della Costituzione, dopo avere ricondotto la portata minima del principio di effettività, secondo un'accezione pubblicista, alle clausole di legittimità dello Stato nonché a quelle di positività, validità ed efficacia dell'ordinamento giuridico, secondo l'opzione ricostruttiva favorita dai fondatori della moderna teoria generale del diritto (Kelsen e Santi Romano), occorre chiarire il significato che tale principio assume per il diritto processuale civile per potere poi restringere il campo al diritto processuale amministrativo.

Come abbiamo avuto modo di riportare già, scriveva, difatti, Chiovenda, che il principio di effettività costituisce la *"vivida stella che irradia la sua luce sull'intero sistema"*, e che assicura *"tutto quello e proprio quello"* che il processo civile,

mezzo di espressione della funzione giurisdizionale, è chiamato ad offrire per il perseguimento del bene della vita azionato.

Per approfondire la nostra indagine occorre, allora, ricercare i fondamenti minimi dell'effettività della tutela giurisdizionale quale regola fondamentale del processo, riferendoci all'importante ruolo giocato dalla Corte di Giustizia nell'attività concretizzatrice condotta, per riportare la garanzia in questione *“al giusto processo, alla tutela differenziata ed al diritto ad un prodotto giustiziale atipico ed elastico nell'ottica rimediale”*.

### **8.3 Avvicinamento all'obiettivo**

In vicinanza dell'obiettivo, abbiamo ritenuto importante ripercorrere<sup>321</sup>, partendo dall'inizio, la via che ci avrebbe condotto al risultato finale.

I punti di partenza erano essenzialmente due, per come concentrati nel titolo della ricerca: il principio di effettività da un lato, come argomento principale, ma anche trasversale agli altri, e l'esame della giurisdizione amministrativa nelle sue similitudini e differenze con la giurisdizione ordinaria.

Per quel che concerne il principio di effettività, ci sentiamo di potere affermare che l'importanza dell'approfondimento di un argomento di tal fatta è stata confermata nel diritto positivo con l'emanazione, in corso di ricerca, del Codice di Procedura Amministrativa, da molti denominato nuovo codice dimenticando che una cosa è nuova quando sostituisce quella vecchia e che, nel caso di specie, non era presente nell'ordinamento giuridico un codice in *subiecta materia*.

L'emanazione del codice *de quo*, come è noto, è avvenuta con il D.Lgs. 104/2010, entrato in vigore il 16 settembre 2010. Esso, contrariamente ai codici di procedura penale e di procedura civile, si apre con l'enunciazione dei principi che ne sono alla base e, nell'art. 1, il primo principio è proprio quello dell'effettività.

Ciò, con tutta probabilità, nasconde una preoccupazione consolidata nel tempo in quanto, nella sua più che secolare storia, come abbiamo potuto ampiamente sostenere, la tutela

---

<sup>321</sup> Gattuso, *Relazione di III anno di dottorato*, Catania, ottobre 2011.

garantita dal giudice amministrativo non è stata né piena né effettiva, risultando, nei fatti, inadatta a soddisfare completamente le aspettative di giustizia del cittadino nei confronti della P.A.. Solo nell'ultimo quindicennio, e in modo sempre più continuo, la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo ha visto colmare le sue lacune, grazie all'opera della giurisprudenza, del legislatore e del diritto europeo.

La particolarità propria del sistema italiano, che ha condotto la dottrina più critica a sostenere che "*Qui non vi è nulla da modificare. Vi è solo da cambiare in radice*"<sup>322</sup> è stata quella di essere imperniato, esempio unico nel sistema europeo, intorno all'interesse legittimo.

Un principio quello dell'effettività della tutela nella giurisdizione amministrativa che viene positivizzato all'interno (*rectius*: all'inizio) del c.p.a. ma che rischia di essere un pennacchio (utilizzando l'affermazione che Calamandrei usò per indicare il titolo V della Costituzione in sede di Assemblea costituente), per un verso perché manca il controllo sulla violazione di legge da parte di una Suprema Corte e, per altro verso, perché la funzione consultiva ancora oggi assegnata al Consiglio di Stato (ed anche al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Sicilia) mina l'indipendenza che, assieme all'autonomia, caratterizzano in giudice veramente terzo.

Per quel che concerne, invece, l'analisi della giurisdizione amministrativa, la tesi di partenza secondo la

---

<sup>322</sup> Giannini-Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in Enc.Dir. XIX, Milano, 1970, pag. 294.

quale, per mera intuizione, si doveva andare verso la realizzazione di una giurisdizione unica, anche allo scopo di consentire il sindacato di legittimità della Suprema Corte pure sulle decisioni nella materia amministrativa, è più ardua da sostenere di quella che poteva sembrare a tutta prima.

Il sistema della giurisdizione amministrativa è blindato da norme di rango costituzionale che ne prevedono la specialità (art. 103) e che ne sottraggono le decisioni al controllo di legittimità (art. 111, ultimo comma) della Suprema Corte, prevedendo espressamente il solo controllo per motivi di giurisdizione.

L'idea allo stato embrionale di giurisdizione unica, in cui i giudici amministrativi del T.A.R. transitano alla giurisdizione ordinaria divenendo Sezione Specializzata amministrativa, mentre il Consiglio di Stato diviene sezione aggiunta della Corte di Cassazione, è consentita dallo stesso art. 102, III comma della Costituzione, che prevede proprio la possibilità di istituire presso i giudici ordinari sezioni specializzate come quella agraria e per la proprietà industriale.

Resta il fatto che in un eventuale disegno così raffigurato, non possibile a Costituzione invariata, manca, e va istituito *ex novo*, il giudice di appello con conseguente necessità di creare anche una sezione della Corte di Appello specializzata amministrativa.

Tale idea, lo ripetiamo, resa impraticabile dalle norme costituzionali che separano la giurisdizione amministrativa da quella ordinaria, può trovare un proprio alleato nel contrasto fra il principio di uguaglianza davanti alla legge e

l'impossibilità di ricorrere per cassazione per motivi di legittimità.

Non c'è chi non veda come ancora oggi, se la situazione giuridicamente tutelata è attribuita al giudice ordinario il cittadino, al pari del mugnaio di Postdam che, finchè c'è un giudice a Berlino, può ottenere giustizia, gode di tre gradi di giudizio se, invece, è attribuita alla giurisdizione esclusiva non può fare valere la violazione di legge davanti ad una Corte di Cassazione.

Infatti, come metodo residuale, attualmente adottato, per garantire l'effettività della tutela in assenza di riconduzione ad unità del sistema giurisdizionale e della tendenza del legislatore, resta quello di limitare al minimo il ricorso alla giurisdizione esclusiva con la quale, al contrario, si è invece tentato di risolvere il pasticcio nostrano della bipartizione diritto soggettivo-interesse legittimo.

#### **8.4 Ipotesi di riforma**

Contrariamente a quanto si suole fare, vale a dire non schierarsi apertamente per una delle ipotesi possibili, riteniamo utile sostenere con forza quella che riteniamo essere la soluzione migliore per garantire ai cittadini, alla luce del principio di effettività, la tutela più efficace contro i comportamenti della pubblica amministrazione, che è poi la base per difendere la presente ricerca.

Tale soluzione è quella in forza della quale occorre promuovere l'approvazione di una legge costituzionale che rimuova gli ostacoli ancora esistenti, nell'art. 103 e nell'ultimo comma dell'art. 111, per la riconduzione ad unità della giurisdizione e che consenta di eliminare del tutto la giurisdizione speciale amministrativa facendo sì, attraverso una successiva legge ordinaria, che avvenga l'incorporazione dei Tribunali Amministrativi Regionali all'interno dei Tribunali ordinari sotto forma di Sezioni Specializzate Amministrative (con giudici monocratici), che si creino le relative Corti di Appello (collegiali) e che si istituisca una o più sezioni amministrative presso la Suprema Corte di Cassazione.

Il Consiglio di Stato tornerebbe alle sue originarie funzioni di organo consultivo dell'amministrazione.

In alternativa, senza preferirla, la soluzione che, sulla scorta delle pressioni occulte (si badi bene: occulte non *lobbystiche*) che tenderanno a garantire la sopravvivenza della giurisdizione amministrativa contando sulla particolare difficoltà di approvazione di una legge costituzionale, per meri giochi di potere che non terranno conto nemmeno dell'attuale

crisi economica che sta colpendo il nostro paese e che sta portando persino all'abolizione di enti territoriale storici come le Province, sarà quella di seguire il modello francese, lasciando i Tribunali Amministrativi Regionali, creando un certo numero di Corti Amministrative di Appello e attribuendo al Consiglio di Stato la funzione di cassazione.

Una soluzione che ci sembra farraginoso e poco efficiente rispetto alla prima perché continuerà, comunque, nell'errore di mantenere due giurisdizioni a compartimenti stagni con limitazione sostanziale di quella effettività della tutela che è sì una vivida stella, in potenza, ma che, così facendo, è destinata a restare lontana nella volta celeste, dalla quale continuare a proiettare una luce fioca in luogo di quel chiarore che le è proprio e che potrebbe richiarare la giurisdizione.

## BIBLIOGRAFIA

### Pubblicazioni tradizionali

- 1) **AA.VV.** Commentario breve alla Costituzione, sub. Art. 24, a cura di Crisafulli, Bartole, Bin e Paladin, Padova, 2008.
- 2) **AA.VV.**, Riscrivere i diritti in Europa, Bologna, 2001.
- 3) **Abbamonte**, Il ritiro dell'atto impugnato nel corso del processo e la delimitazione dell'oggetto del giudizio innanzi al Consiglio di Stato, in Studi in onore di A. Papaldo, Milano, 1975.
- 4) **Abbamonte**, Alcune riflessioni sull'evoluzione di concetti ed indirizzi sulla giustizia nell'amministrazione e sulla cooperazione tra giurisdizioni, in Le nuove frontiere del giudice amministrativo, Il Nuovo Processo Amministrativo, Giuffrè, Milano.
- 5) **Adinolfi**, I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 1994.
- 6) **Ago**, Il requisito dell'effettività dell'occupazione in diritto internazionale, Roma, 1934.
- 7) **Allegretti**, Pubblica amministrazione e ordinamento democratico (1984), ora in Amministrazione pubblica e Costituzione, Padova, 1996.
- 8) **Andolina**, La cooperazione internazionale nel processo civile, Relazione al X Congresso mondiale di diritto processuale della *International Association of Procedural Law* a Taormina, 17-23 settembre, 1995, pubblicata nei relativi Atti, in *Trans-national aspects of procedural law*, I-III, Milano,

1998, in Riv.trim.dir.proc.civ., 1996 ed in Ricerche sul processo, III

9) **Andolina**, Giurisdizionalità originaria e giurisdizionalità indotta dei procedimenti, in Riv.dir.proc., 1990.

10) **Andolina-Vignera**, I fondamenti costituzionali della Giustizia civile, Torino, 1997.

11) **Andreani**, La motivazione della sentenza amministrativa, in Dir.Proc.Amm., Giuffrè, Milano, 1986.

12) **Andrioli**, Progresso del diritto e stati del processo, in Scritti in memoria di P.Calamandrei, V, Padova, 1958.

13) **Andrioli**, Bilancio della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all E, in Riv trim. di dir. e proc. civ., 1965.

14) **Andrioli**, La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica Italiana, in N.riv.dir.comm., 1954, I.

15) **Andrioli**, Commento al codice di procedura civile, II, Napoli 1960.

16) **Andrioli**, La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana, in Annuario dell'Università di Pisa 1954-1955, Pisa, 1957.

17) **Andrioli**, Progresso del diritto e stasi del processo, in Scritti giuridici in memoria di P.Calamandrei, V, Padova, 1958.

18) **Attardi**, Preclusione (principio di), Enc. dir. XXXIV, Milano, 1985.

19) **Attardi**, Diritto processuale civile, III ed., Padova, 1999.

20) **Bachelet**, La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana, Milano 1966,

- 21) **Baldassarre**, Diritti inviolabili, in Enc. Giur., XI, Roma, 1989.
- 22) **Benazzo**, Diritti fondamentali, giudici costituzionali e integrazione europea, in Riv. it.dir.pubbl.com, 1998.
- 23) **Benvenuti**, voce Giudicato (Diritto Amministrativo), in Enc.Dir. Vol. XVIII, Giuffrè, Milano.
- 24) **Benvenuti**, Conflitto di attribuzione e regolamento di giurisdizione (1950), ora in Scritti giuridici, vol. II.
- 25) **Benvenuti**, Funzione amministrativa, procedimento, processo, in Riv. trim. dir. pubbl. 1952.
- 26) **Benvenuti**, voce Contraddittorio (dir. amm.), Enc. dir. 1961.
- 27) **Benvenuti**, L'istruzione nel processo amministrativo, Milano, 1952.
- 28) **Berti**, Commento agli artt. 113 e 103, 1° e 2° co., in Commentario della Costituzione, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1987.
- 29) **Berti**, Corso breve di giustizia amministrativa, Padova 2004.
- 30) **Berti**, La giustizia amministrativa dopo il d.lgs. n. 80 del 1998 e la sentenza n. 500/1999 della Cassazione, in Dir. pubbl., 2000.
- 31) **Betti**, Problematica del diritto internazionale, Milano, 1956.
- 32) **Biavati-Carpi**, Diritto processuale comunitario, Milano, 1994.
- 33) **Biavati**, Prime note sulla giurisdizione comunitaria dopo il trattato di Amsterdam, in Riv.trim.dir.proc.civ., 1998.

- 34) **Biavati**, Europa e processo civile. Metodi e prospettive, Torino, 2003.
- 35) **Bile**, Qualche dubbio sul nuovo riparto di giurisdizione (relazione al Convegno di Cagliari del 26 settembre 1998 su “La tutela di diritto privato nel nuovo riparto di giurisdizione”), in Corriere Giur., 1998.
- 36) **Bonsignori**, Tutela giurisdizionale dei diritti, Tomo I, Disposizioni generali, Bologna, 1999.
- 37) **Cacciavillani**, Giudizio amministrativo e giudicato, Cedam, Padova, 2005.
- 38) **Caianiello**, Cessazione della materia del contendere, Enc. dir., agg. IV, Milano.
- 39) **Caianiello**, Manuale di diritto processuale amministrativo, Torino, 2003.
- 40) **Calabrò**, voce Processo amministrativo, Enc. giur. trecc. 2002.
- 41) **Calamandrei**, L'avvenire dei diritti di libertà, in Opere giuridiche, III, Napoli, 1968.
- 42) **Calamandrei**, Istituzioni di diritto processuale civile, I, Padova, 1943
- 43) **Calamandrei**, La relatività del concetto di azione, in Studi sul processo civile, V, Padova, 1947
- 44) **Cammeo**, Pretesa efficacia vincolante delle decisioni degli organi di giustizia amministrativa in casi simili, nota a Consiglio di Stato, Sezione V, 5 maggio 1911, in Rivista di Diritto Pubblico, III, 1911.
- 45) **Cannada Bartoli**, Processo amministrativo (considerazioni introduttive), in Noviss. Dig. It. III, UTET, Torino, 1966.

- 46) **Cannizzaro**, Tutela dei diritti fondamentali nell'ambito comunitario e garanzie costituzionali secondo le corti costituzionali italiana e tedesca, in Riv.dir.internaz., 1990.
- 47) **Cappelletti-Vigoriti**, I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano, in Riv.dir.proc., 1971.
- 48) **Carnacini**, Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, in Studi in onore di E.Redenti, Milano, 1951.
- 49) **Carnelutti**, Lezioni di diritto processuale civile, IV, La funzione del processo di cognizione, Padova 1925.
- 50) **Carratta**, Prova e convincimento del giudice nel processo civile, in Riv.dir.proc., 2003.
- 51) **Casetta**, Compendio di diritto amministrativo, Milano, Giuffrè, 2005.
- 52) **Casetta**, Manuale di diritto amministrativo, VII ed., Milano, 2005.
- 53) **Cassese**, Le basi del diritto amministrativo, VI ed., Milano, 2004.
- 54) **Cassese**, *Le droit tout puissant et unique de la société*. Paradossi del diritto amministrativo, in Rivista trimestrale di diritto pubblico 4, 2009.
- 55) **Cassese**, Il diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni nazionali, in AA.VV. Diritto amministrativo comunitario, Maggioli editore, 1998.
- 56) **Cassese**, Tendenze e problemi del diritto amministrativo, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, n. 4, 2004.
- 57) **Cecchetti**, Giusto processo (diritto costituzionale), in Enc.dir., aggiornamento, V, Milano, 2001.

- 58) **Cerino Canova**, La domanda giudiziale ed il suo contenuto, in Commentario al codice di procedura civile diretto da E. Allorio, Torino, 1980.
- 59) **Cerulli Irelli**, Principii del diritto amministrativo, Torino, Giappichelli, 2005.
- 60) **Chiarloni**, Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione, in Riv.trim.dir.proc.civ., 2008.
- 61) **Chiti**, Effettività e diritto comunitario, in Dir. Proc Amm., 1998.
- 62) **Chiovenda**, Principii di diritto processuale civile, Napoli, 1965.
- 63) **Chiovenda**, Della azione nascente da contratto preliminare, in Riv.dir.comm., 1911, ripubblicato in Saggi di diritto processuale civile (1894-1937), I, Milano, ristampa 1993.
- 64) **Chiovenda**, Istituzioni di diritto processuale civile, I, Napoli, 1935, ristampa 1965.
- 65) **Chiovenda**, L'azione nel sistema dei diritti, in Saggi di diritto processuale civile (1894-1937), I, Milano, 1993.
- 66) **Chiovenda**, Saggi di diritto processuale civile, Bologna, 1904.
- 67) **Chiovenda**, Principii di diritto processuale civile, Napoli, 1965.
- 68) **Cintioli**, L'effettività della tutela giurisdizionale nell'annullamento dei regolamenti, in Foro amm.-Tar, 2003.
- 69) **Cipriani**, Riparto di giurisdizione e *translatio iudicii*, Riv. trim. dir. proc. civ., 2005.
- 70) **Cipriani**, Il regolamento di giurisdizione, Napoli, 1977.

- 71) **Clarich**, Il processo amministrativo a “rito ordinario”, in Riv. dir. proc., 2002.
- 72) **Clarich**, Giudicato e potere amministrativo, Padova, 1989.
- 73) **Coen**, Corte cost. 204/2004: una prima lettura in tema di servizi pubblici, Forum di Quaderni costituzionali.
- 74) **Comoglio**, La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile, Padova, 1970.
- 75) **Comoglio**, Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali, in Riv.trim.dir.proc.civ., 1994.
- 76) **Comoglio**, I modelli di garanzia costituzionale del processo, in Riv.trim.dir.proc.civ., 1991.
- 77) **Comoglio**, Etica e tecnica del giusto processo, Torino, 2004.
- 78) **Comoglio**, Dell’esercizio dell’azione, in Commentario della Costituzione, a cura di Branca, Rapporti civili (art. 24-26), Bologna-Roma, 1981, sub art. 24, comma 1.
- 79) **Comoglio**, Note riepilogative su azione e forme di tutela nell’ottica della domanda giudiziale, in Riv.dir.proc., 1993.
- 80) **Consolo**, Per un giudicato pieno e paritario a prezzo di un procedimento amministrativo all’insegna del principio di preclusione?, in Dir. proc. amm. 1990.
- 81) **Consolo**, Oggetto del giudicato e principio dispositivo, Riv. trim. dir. proc. civ. 1991.
- 82) **Corsaro**, Giudizio di ottemperanza ed effettività della tutela, in Foro amm.-CdS, 2007.
- 83) **Corso**, Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva, in Foro it., 1989, V.

- 84) **D'Andrea**, voce Effettività, in Dizionario di diritto pubblico, diretto da S.Cassese, Milano, 2006.
- 85) **De Lise**, Verso il Codice del processo amministrativo, Conclusioni della Tavola rotonda tenutasi il 21 aprile 2010 presso la Corte di Cassazione.
- 86) **Denti**, La giustizia civile, Bologna, 1989.
- 87) **Denti**, voce Azione, I) diritto processuale civile, in Enciclopedia Giuridica, Roma, 1989-1992.
- 88) **De Salvia**, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, terza edizione, Napoli, 2001.
- 89) **Di Majo**, La tutela civile dei diritti, Milano, 1982.
- 90) **Domenichelli**, Occupazione espropriativa, comportamenti e giudice amministrativo (una storia italiana), in Dir. proc. amm., 2005.
- 91) **Domenichelli**, La parità delle parti nel processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 2001.
- 92) **Draetta**, Elementi di diritto dell'UE, Milano, Giuffrè, 1999.
- 93) **Falcon**, Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza, in Dir. proc. amm. 2001.
- 94) **Fazzalari**, Tutela giurisdizionale dei diritti, in Enciclopedia del diritto, Milano, 1998.
- 95) **Fazzalari**, Il giusto processo e i "processi speciali civili", in Studi in memoria di Angelo Bonsignori, Milano, 2004, Tomo I.
- 96) **Fazzalari**, Azione civile (teoria generale e diritto processuale), in D.disc.priv., sez. civ., II, 1988.

- 97) **Fazzalari**, Per un processo comune europeo, in Riv.trim.dir.proc., 1994.
- 98) **Ferrara**, Interesse e legittimazione al ricorso Interesse e legittimazione al ricorso giurisdizionale amministrativo, in Dig. Disc. Pubbl., vol. III, Torino, 1993.
- 99) **Ferrajoli**, Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, Bari, 1989.
- 100) **Ferrarese**, *La governance* tra politica e diritto, Bologna, Il Mulino, 2010.
- 101) **Ferrari**, I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti, Milano, 2002.
- 102) **Ferroni**, Unità della giurisdizione e motivi di giurisdizione: possibili effetti sull'impugnazione delle decisioni del Consiglio di Stato in Cassazione, sta in Diritto Processuale Amministrativo 2/2008.
- 103) **Gallo**, voce Processo amministrativo, Enc. dir..
- 104) **Giacchetti**, Giustizia amministrativa, alla ricerca dell'effettività smarrita, in Dir.Proc.Amm., Milano, Giuffrè, 1996.
- 105) **Giannini**, Discorso generale sulla giustizia amministrativa, in Riv. dir. proc., 1963.
- 106) **Giannini**, Accertamento, Enc. dir., I, Milano, 1958.
- 107) **Giannini-Piras**, Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione, in Enc.Dir. XIX, Milano, 1970.
- 108) **Gioia**, Osservatorio sulla giustizia amministrativa, in Danno e resp., 2005.
- 109) **Greco**, L'accertamento autonomo del rapporto, Milano, 1980.

- 110) **Grossi**, Introduzione ad uno studio dei diritti inviolabili nella Costituzione italiana, Padova, 1972.
- 111) **Guicciardi**, La giustizia amministrativa, rist. della 3° ed., Padova, 1957.
- 112) **Iannotta**, La considerazione del risultato nel processo amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto, in *Dir. proc. Amm.*, 1998.
- 113) **Kelsen**, *Théorie générale du droit International public. Problèmes choisis, in Recueil des cours (Académie de droit International de La Haye)*, 1932, IV.
- 114) **Kelsen**, La dottrina pura del diritto, trad.it., Torino, 1965.
- 115) **La China**, Giusto processo, laboriosa utopia, in *Riv.dir.proc.* 2005.
- 116) **Lanfranchi**, voce Giusto Processo, I) Processo civile, in *Enc.giur.* Roma, 2001.
- 117) **Laschena**, Riforme del processo amministrativo, in *Cons. Stato*, 1980, II.
- 118) **Ledda**, La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti, (1997), ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002.
- 119) **Liebman**, Manuale di diritto processuale civile, Principi, settima edizione a cura di Colesanti- Merlin-Ricci, Milano, 2007.
- 120) **Liebman**, L'azione nella teoria del processo civile, in *Scritti giuridici in onore di F.Carnelutti*, II, Padova, 1950.
- 121) **Liebman**, L'azione nella teoria del processo, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962.
- 122) **Luiso**, Diritto processuale civile, III ed., vol. II, Milano, 2000.

- 123) **Lupoi**, Appendice I, in Carpi-Colesanti-Taruffo, Commentario al codice di procedura civile, Padova, 1994.
- 124) **Mandrioli** (a cura di), voce Giurisdizione (in generale), in Dig.disc.priv., sez.civ., IX, Torino, 1993.
- 125) **Mannori-Sordi**, Storia del diritto amministrativo, Roma-Bari, 2005.
- 126) **Marino**, Giudice amministrativo, motivazioni degli atti e “potere” dell’amministrazione, Foro amm., TAR, 2003, I.
- 127) **Marino**, Aspetti della recente evoluzione del diritto degli enti locali, Palermo, Quattrosoli, 2007.
- 128) **Marzuoli-Orsi Battaglini**, Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l’amministrazione?, in Dir. pubbl., 1997.
- 129) **Massot – Stair - Fouquet - Guyomar**, *Le conseil d’Etat juge de Cassation*, Paris, 2001.
- 130) **Mattarella**, Codificazione, in Dizionario di diritto pubblico, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006.
- 131) **Menchini**, I limiti oggettivi del giudicato civile, Milano, Giuffrè, 1987.
- 132) **Mengoni**, L’oggetto dell’obbligazione, in Jus, 1952.
- 133) **Mengozi**, Il diritto comunitario e dell’Unione europea, in Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia, diretto da F. GALGANO, vol. XV, Padova, 1997.
- 134) **Merusi**, Per una maggiore e migliore tutela di situazioni giuridiche soggettive mediante il processo amministrativo, in Mazzaroli (a cura di), Prospettive del processo amministrativo (Atti del convegno di studio – Padova, 10-11 aprile 1987), Padova, 1990.

- 135) **Merusi**, Il contraddittorio nel processo amministrativo, in Dir. proc. Amm., 1985.
- 136) **Micheli**, Giurisdizione ed azione, in Riv.dir.proc., 1956, I.
- 137) **Micheli** a cura di, Processo civile e costituzione, Profili di diritto tedesco ed italiano, presentazione, Milano, 1974.
- 138) **Modugno**, Poteri (divisione dei), Nov. Digesto It., vol. XIII, Torino, 1966.
- 139) **Monteleone**, Diritto processuale civile, II ed., Padova, 2000.
- 140) **Morbidelli**, La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario, Milano, 2001.
- 141) **Muselli**, La giustizia amministrativa nell'ordinamento comunitario, Torino, Giappichelli, 2000.
- 142) **Nigro**, L'appello nel processo amministrativo, Milano, 1960.
- 143) **Nigro**, Giustizia amministrativa, Bologna, Il Mulino, 2002.
- 144) **Nigro**, in Atti del Convegno svoltosi a Firenze nel marzo 1985 in diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza, Rimini, 1987.
- 145) **Nigro**, Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico, in Riv. trim. dir. pubbl., 1970.
- 146) **Nigro**, Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo, in Riv. Dir. Proc., 1978.
- 147) **Nigro**, La riforma del processo amministrativo, Milano, 1980.
- 148) **Nigro**, Crisi del giudizio di annullamento, prospettive e linee di tendenza del processo amministrativo, in L. Mazzaroli

(a cura di), Prospettive del processo amministrativo (Atti del convegno di studio – Padova, 10-11 aprile 1987), Padova, 1990.

149) **Nigro**, Il giudice amministrativo “signore della prova”, in Studi in memoria di Andrea Torrente, Milano, 1968.

150) **Nigro**, Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo), in Riv. dir. proc., 1980.

151) **Onida**, Costituzione italiana, in Digesto disc. Pubbl., IV, Torino, 1989.

152) **Oriani**, Il principio di effettività della tutela giurisdizionale, Napoli, 2007.

153) **Oriani**, Sulla *translatio iudicii* dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa), in Foro it., 2004, V.

154) **Orsi Battaglini**, Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa, Milano, 2005.

155) **Ottolenghi**, Il principio di effettività e la sua funzione nell'ordinamento internazionale, in Riv.dir.int., 1936.

156) **Pace**, *Contraint par corps*, L'arresto personale per debiti nell'Italia liberale, Torino, Giappichelli, 2002.

157) **Pajno**, Il Codice del processo amministrativo fra "cambio di paradigma" e paura della tutela, in Giornale di diritto amministrativo, 2010.

158) **Pajno**, La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione, in Diritto processuale amministrativo, n. 1, 2010.

159) **Pastori**, Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa, Riv. dir. proc. 1996.

- 160) **Peces-Barba**, Teoria dei diritti fondamentali, Milano, 1993.
- 161) **Pekelis**, Azione (teoria moderna), in Nuovo Digesto, II, Torino, 1937.
- 162) **Pellegrino** (a cura di), Verso il processo amministrativo, Nel diritto editore, 2010.
- 163) **Petrillo**, Brevi note sui profili applicativi dell'art. 111 Cost. ("Giusto processo") al processo tributario, in Giust.civ., 2006, fasc. 12.
- 164) **Picozza**, L'effettività della tutela giurisdizionale nel processo amministrativo rispetto al diritto comunitario, in Processo amministrativo e diritto comunitario, Padova, Cedam, 1997.
- 165) **Piovani**, Effettività (principio di), in Enciclopedia del diritto, Milano, 1965, vol.XIV.
- 166) **Piras**, Interesse legittimo e giudizio amministrativo, Milano 1960, I.
- 167) **Pivetti**, Per un processo civile giusto e ragionevole, in Il nuovo art. 111 della costituzione e il giusto processo civile, 2005.
- 168) **Police**, sub. Art. 24 costituzione, in AA.VV., Commentario alla Costituzione, a cura di Bifulco-Celotto-Olivetti, Torino, 2006.
- 169) **Proto Pisani**, Lezioni di diritto processuale civile, seconda edizione, Napoli, 1996.
- 170) **Proto Pisani**, Breve note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria, in Foro it. 1983, V.
- 171) **Proto Pisani**, plurimi articoli ripubblicati in Le tutele giurisdizionali dei diritti, Napoli, 2003.

- 172) **Proto Pisani**, Lezioni di diritto processuale civile, Napoli, 1994.
- 173) **Proto Pisani**, Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?, Foro it. 2001, parte V.
- 174) **Pugliese**, voci Giudicato civile (storia) e (diritto vigente), Enc. dir., XVIII Milano, 1969.
- 175) **Puleo**, Quale giustizia per i diritti di libertà? Diritti fondamentali, effettività delle garanzie giurisdizionali e tecniche di tutela inibitoria, Milano, 2005.
- 176) **Racchiusa**, Controllo sull'equilibrio e governo dell'autonomia negoziale nelle relazioni contrattuali fra imprese, sta in: Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti, a cura di R.Tommasini, Torino, Giappichelli, 2007
- 177) **Recchia**, Corte di Giustizia delle comunità europee e tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca. Verso un "catalogo" europeo dei diritti fondamentali? , in La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario. Atti del Seminario (Roma, 15-16 ottobre 1990), Milano, 1991.
- 178) **Redenti**, Diritto processuale civile, II ed., vol. II, Milano, 1957.
- 179) **Romano**, L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione, ora in Scritti minori a cura di Zanobini, I, Milano, 1950.
- 180) **Romano**, L'ordinamento giuridico, Firenze, 1964.
- 181) **Romano**, In tema di intervento nel processo amministrativo, in Foro amm., 1961.

- 182) **Romano**, Principi di diritto costituzionale generale, seconda edizione, Milano, 1946.
- 183) **Romano**, Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle Carte costituzionali europee. Profili storici e comparatistica, in Atti del Convegno in onore di F.T.Valiente, (Messina, 15-16 marzo 1993), Milano, 1994.
- 184) **Romano**, La pregiudizialità nel processo amministrativo, Milano, 1958.
- 185) **Romano**, Frammenti di un dizionario giuridico, Milano, 1947.
- 186) **Romano**, Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale, in Foro it., 1982, V.
- 187) **Romano Tassone**, Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità, Milano, 1987.
- 188) **Sala**, Procedimento e processo nella nuova legge n. 241, in La giustizia amministrativa in trasformazione, sta in AA.VV., Milano, CEDAM Hoepli, 2006.
- 189) **Sala**, Parti ed interessi tra procedimento e processo: la formazione della materia del giudizio, in Dir. amm., 2008.
- 190) **Salvioli**, L'effettività in diritto internazionale, in Riv.trim.dir.pubbl., 1953, II.
- 191) **Sandulli**, Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici subordinati, Napoli, 1963.
- 192) **Sandulli**, Manuale di diritto amministrativo, Napoli, Jovene, 1989.
- 193) **Sanfilippo**, Istituzioni di Diritto Romano, Soveria Mannelli, Rubettino, 2002.

- 194) **Scoca**, Caratteri generali del processo amministrativo, in Giustizia amministrativa, a cura di F.G.Scoca, Torino, 2009.
- 195) **Sassani**, Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto, Padova, 1989.
- 196) **Satta**, Giurisdizione (nozioni generali), in Enc. dir., XIX, Milano, 1970.
- 197) **Schinaia**, Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione, in Dir. proc. Amm., 1999.
- 198) **Sica**, Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza, nei confronti della pubblica amministrazione, Milano, 1991.
- 199) **Sigismondi**, La distanza tra le giurisdizioni si riduce: è ammessa la *'translatio iudicii'*, in Urbanistica e appalti, 2007.
- 200) **Sordi**, Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo, Milano, 1985.
- 201) **Sorrenti**, L'interpretazione conforme a costituzione, Milano, 2006.
- 202) **Sorrentino**, Vizio di incompetenza e processo amministrativo di risultato, in Dir. proc. amm., 2000.
- 203) **Stella Richter**, L'aspettativa di provvedimento, Riv. trim. dir. pubbl. 1981.
- 204) **Taruffo**, Considerazioni sulla teoria chiovendiana dell'azione, in Riv.trim.dir.proc.civ., 2003.
- 205) **Tarzia**, L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile, in Riv.dir.proc., 2001.
- 206) **Tavormina**, Dedotto, deducibile e costituzione, in Riv.dir.proc., 1992.

- 207) **Tommasini** a cura di, *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, Giappichelli, Torino, 2007.
- 208) **Torchia**, *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, 2001.
- 209) **Torchia**, *Le nuove pronunce e l'ambito di decisione del giudice*, relazione al 56° Convegno di Studi Amministrativi di Varenna, 23-25 settembre 2010.
- 210) **Travi**, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, ed. 2006.
- 211) **Travi**, *Rileggendo Orsi Battaglini, alla ricerca dello stato di diritto per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, in *Dir. pubbl.*, 2006.
- 212) **Travi**, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2010.
- 213) **Travi**, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.* 1998.
- 214) **Trimarchi Banfi**, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003.
- 215) **Triolo**, *Primato del diritto e giustizia. Diritti fondamentali e costituzione*, Torino, 1996.
- 216) **Trocker**, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo. Parte prima*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2007.
- 217) **Vaccarella**, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975.
- 218) **Vattel, Droits des gens**, I, 1, Paris, 1758.
- 219) **Verde**, *Profili del processo civile*, Napoli, 1991.

220) **Verde**, Ma cos'è questa giustizia amministrativa?, in Dir. proc. amm., 1993.

221) **Violante**, Magistrati, Torino, 2009.

222) **Virga**, Integrazione della motivazione nel corso del giudizio e tutela dell'interesse alla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato, in Dir. proc. amm., 1993.

223) **Volpe**, La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi, in Dir. proc. amm., 2008.

224) **Zito**, Integrazione della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta, in Dir. proc. amm., 1994.

#### Publicazioni on line

225) **Cerulli Irelli**, Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004, sta in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

226) **Cerulli Irelli**, Diritto europeo e diritto interno nel sistema di tutela giurisdizionale delle controversie di diritto pubblico (intorno al principio di effettività), sta in [www.centrodirittoeuropeo.it](http://www.centrodirittoeuropeo.it).

227) **Chiarloni**, Prime riflessioni su recenti proposte di riforma del procedimento in cassazione, sta in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

228) **Chieppa**, Il Codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela, sta in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

229) **Clarich**, La “tribunalizzazione” del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte costituzionale 5 luglio 2004, n. 204, sta in [www.giustizia.amministrativa.it](http://www.giustizia.amministrativa.it).

- 230) **D'Angelo**, Osservazioni sulle disposizioni in tema di istruttoria, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).
- 231) **De Lise**, Verso il Codice del processo amministrativo, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).
- 232) **Domenichelli**, Resoconto del Seminario svoltosi il 26 marzo 2010 a Padova presso l'Archivio Antico, Palazzo del Bò, via VIII Febbraio n. 2 sul libro I (Disposizioni Generali) del Progetto di Codice del processo amministrativo, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).
- 233) **Garofoli**, La nuova giurisdizione in tema di servizi pubblici dopo Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204, sta in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).
- 234) **Gisondi**, Alcune riflessioni sulla permanenza di un'azione di adempimento nell'ultima bozza del nuovo codice amministrativo, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).
- 235) **Iannotta**, Intervento al seminario sui Libri IV e V (ottemperanza, riti speciali e norme finali) del progetto di Codice del processo amministrativo svoltosi il 7 maggio 2010, Resoconto in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).
- 236) **Luiso**, Le impugnazioni nel progetto di Codice del processo amministrativo, sta in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).
- 237) **Merusi**, In viaggio con Laband..., , in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).
- 238) **Merusi**, Relazione tenuta al Seminario "La sistematica delle azioni nel nuovo processo amministrativo", organizzato dal Dipartimento di Studi Giuridici "Angelo Sraffa" dell'Università Bocconi di Milano e dalla Scuola di specializzazione per le professioni legali delle Università Bocconi e di Pavia, tenutosi il 6 maggio 2010 presso l'Università Bocconi, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

- 239) **Pellegrino**, Il codice al passaggio decisivo. Tra grande occasione e strani paradossi, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).
- 240) **Ramajoli**, Osservazioni sui riti speciali, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).
- 241) **Romano Tassone**, Così non serve a niente, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).
- 242) **Saitta**, Il codice che poteva essere..., in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)
- 243) **Saitta**, “Vecchio” Consiglio di Stato, addio?, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).
- 244) **Sandulli**, I recenti interventi della Corte costituzionale e della Corte di cassazione sulla ‘translatio iudicii’, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).
- 245) **Scoca**, in Resoconto del convegno svoltosi presso il Consiglio di Stato il 19 maggio 2010 “Il processo amministrativo (ieri – oggi – domani)” (a cura di M. Nunziata), in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).
- 246) **Travi**, Osservazioni generali sullo schema di decreto legislativo con un ‘codice’ del processo amministrativo, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).
- 247) **Vignera**, Garanzie costituzionali del diritto alla tutela giurisdizionale e durata del processo, 2004, in [www.ambientediritto.it](http://www.ambientediritto.it).
- 248) **Villata**, Resoconto del seminario sul libro II (il processo amministrativo di I grado) del progetto di codice del processo amministrativo svoltosi il 9 aprile 2010 presso l’Università degli studi di Messina (cura di L.Casoli, U.Graziana, L.Murgolo), in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

249) **Viola**, Il vincolo delle Sezioni Unite nel d.l.vo 40/2006: ombre e luci. Sta in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).