

# Università degli Studi del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”



UNIVERSITÀ DEL PIEMONTE ORIENTALE

Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze Politiche,  
Economiche e Sociali

Dottorato in Istituzioni pubbliche, sociali e culturali: linguaggi, diritto,  
storia - Curriculum in autonomie, servizi pubblici, diritti

Tesi di Dottorato in  
Diritto Amministrativo  
(IUS/10)

***“Tecniche di garanzia del principio di effettività e  
tempestività della tutela nel processo  
amministrativo”***

Coordinatore  
Prof.ssa Chiara Tripodina

Tutor  
Prof.ssa Piera Vipiana

Candidato  
Dott. Eugenio Tagliasacchi

XXXI° ciclo

A.A. 2021 - 2022

# Indice

**Introduzione: Origini e polisemie del principio di effettività e di tempestività della tutela.... 4**

**Capitolo primo: effettività della tutela e pluralità di azioni..... 9**

1. Il significato dell'effettività della tutela ..... 9
2. La nuova natura del processo amministrativo: dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto ... 10
3. Le azioni esperibili: il percorso verso l'atipicità ..... 14
4. Il principio di effettività e la tutela di annullamento ..... 20
  - 4.1. L'annullamento non retroattivo ..... 22
  - 4.2. Il superamento del binomio tra illegittimità e annullamento ..... 26
  - 4.3. One shot temperato..... 34
5. Il principio di effettività e la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo ..... 40
  - 5.1. La tutela risarcitoria per equivalente e la tutela specifica ..... 40
6. Il principio di effettività e l'azione di mero accertamento ..... 44
7. Il principio di effettività e la tutela di condanna pubblicistica..... 50
  - 7.1 Il secondo correttivo al Codice del processo amministrativo (D.lgs. 14 settembre 2012, n. 160)..... 52

**Capitolo secondo: le conseguenze del principio di effettività sulla tutela cautelare ..... 53**

1. I caratteri e i presupposti della tutela cautelare ..... 53
2. Le linee evolutive della tutela cautelare ..... 57
3. La tutela cautelare ante causam..... 63
  - 3.1. Il dibattito sulla mancata previsione di una tutela cautelare ante causam: gli interventi della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia ..... 64
  - 3.2. I presupposti e il procedimento cautelare ante causam nel Codice del processo amministrativo ..... 67

**Capitolo terzo: effettività della tutela e giudicato amministrativo..... 71**

1. Il giudicato formale e sostanziale..... 71
2. I limiti soggettivi e oggettivi del giudicato ..... 75
3. L' inottemperanza e l' illegittimità successiva al giudicato. .... 84
4. Gli strumenti "anticipatori" in sede di cognizione ..... 96
5. Sopravvenienze di fatto e di diritto rispetto al giudicato amministrativo ..... 103
6. Giudicato amministrativo e diritto sovranazionale ..... 124

**Capitolo quarto: La tempestività della tutela come corollario dell'effettività?..... 138**

1. Il complesso rapporto tra semplificazione ed effettività..... 138
2. Tempo e azione amministrativa ..... 143
3. Tempo e processo: un valore assoluto?..... 163
4. Riti speciali e riti specialissimi..... 172

**Considerazioni conclusive: Il vero ruolo del principio di effettività della tutela nel superamento delle "regole classiche" del processo amministrativo e l'inscindibilità del binomio "effettività e tempo"..... 189**

**Bibliografia..... 193**

*Alla memoria del Prof. Lorenzo Acquarone,  
al quale devo la passione e l'interesse  
per il diritto amministrativo*

# **Introduzione: Origini e polisemie del principio di effettività e di tempestività della tutela**

*In via di premessa, sia consentito ricordare il compianto Prof. J. Luther, al quale devo, tra l'altro, la stessa idea di questo tema di ricerca e anche l'esatta formulazione del titolo di questa tesi, individuato all'esito di una lunga conversazione avuta con lui, come era sua abitudine con noi dottorandi.*

Il presente lavoro si propone l'obiettivo di evidenziare come le più profonde e radicali trasformazioni del processo amministrativo intervenute nel corso degli ultimi lustri siano il frutto di applicazioni - più o meno consapevoli - del principio di effettività della tutela giurisdizionale, che ha determinato il superamento di una pluralità di dogmi e regole classiche che caratterizzavano la stessa struttura del processo, originariamente concepito esclusivamente quale giudizio sulla legittimità dell'atto impugnato, secondo una visione tradizionale e ritenuta imposta dal rispetto del principio di separazione dei poteri.

I precipitati logici della suddetta impostazione determinavano una notevole rigidità del processo amministrativo, rigidità che lo rendeva connotato da taluni profili peculiari, tra cui l'assoluta centralità dell'azione di annullamento, con conseguente marginalità delle azioni dichiarative e di condanna, comunque non ritenute ammissibili ove non espressamente previste, con una radicale preclusione rispetto all'accoglimento di un principio di atipicità delle azioni esperibili. Analogamente, nella visione tradizionale, si ravvisava la sussistenza di una relazione biunivoca tra illegittimità e annullamento, con esclusione di ipotesi di accertamento dell'illegittimità senza contestuale pronuncia di una sentenza costitutiva che eliminasse il provvedimento viziato dalla realtà giuridica, ristabilendo la legalità violata. Né si riteneva derogabile la regola secondo cui l'annullamento avesse effetti necessariamente *ex tunc*, con rimozione del provvedimento fin dal momento della sua adozione.

La rimozione del provvedimento, peraltro, consentiva la riedizione del potere amministrativo, derivante dal dogma dell'inesauribilità del potere stesso, con conseguente possibilità di infiniti provvedimenti negativi, successivi a ogni ulteriore annullamento del provvedimento in via giurisdizionale, con rifiuto, dunque, della teoria del c.d. "one shot temperato".

Un ulteriore corollario della centralità dell'azione di annullamento riguardava la tutela cautelare, che, in considerazione del rapporto di simmetria rispetto all'azione di merito (imposta dalla natura necessariamente strumentale del processo cautelare), era limitata alla sola istanza di sospensione del provvedimento impugnato. Ne conseguiva l'esclusione di ogni misura cautelare atipica, tra cui quelle sostitutive o propulsive, ed altresì l'assenza di forme di tutela *ante causam*, richieste, quindi, prima della proposizione del ricorso di merito volto a ottenere l'annullamento dell'atto.

Infine, la stabilità del giudicato, come espressione della funzione giurisdizionale, era considerata alla stregua di un valore assoluto e quindi inderogabile.

Un processo così strutturato e rigidamente ancorato a questa concezione tradizionale, così sinteticamente descritta, tuttavia, non risultava pienamente in linea con la moderna interpretazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Al riguardo, qualsiasi indagine che verta sui profili applicativi del principio di effettività della tutela giurisdizionale deve anzitutto confrontarsi con le origini del principio stesso. In tale ottica, è imprescindibile il richiamo alle tesi sostenute da Giuseppe Chiovenda, secondo cui il processo deve dare al titolare di una situazione giuridica soggettiva “*tutto quello e proprio quello*” che il diritto sostanziale gli riconosce <sup>(1)</sup>. In prima approssimazione si può sostenere, infatti, che questo enunciato sintetizzi, nel modo più semplice e cristallino, il nucleo essenziale del significato storicamente attribuito al principio di effettività della tutela giurisdizionale, significato che esso ancor oggi conserva.

Dal punto di vista delle fonti, l'effettività trova fondamento ed espresso riconoscimento direttamente nei testi normativi collocati al vertice assoluto nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento nazionale e delle altre Carte dei diritti: si pensi all'articolo 24 della Costituzione e agli articoli 6 e 13 della CEDU <sup>(2)</sup>.

---

<sup>1</sup> G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1912, p. 81.

<sup>2</sup> Per un inquadramento generale della materia, si vedano anzitutto F. MANGANARO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 428 ss. nonché E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 685 ss. Per ulteriori riflessioni in argomento, cfr. altresì: F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 669 ss.; M. ALLENA, *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2012, pp. 267 ss.; ID., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 569 ss.

Più di recente il legislatore ha ritenuto necessaria la solenne affermazione del principio nell'ambito del Codice del processo amministrativo (3). È molto significativo che la prima codificazione sistematica delle norme processuali amministrative si apra, all'articolo 1, con la previsione secondo cui la giurisdizione amministrativa deve assicurare *“una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”*4.

Invero, la tanto celebrata codificazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale non va considerata alla stregua di un punto di inizio ovvero di una svolta realizzata da un legislatore colto da una sorta di improvvisa illuminazione, ma rappresenta, al contrario, solo una delle ultime tappe di un lento percorso evolutivo che ha interessato il nostro ordinamento giuridico considerato nella sua interezza e che altro non è se non una delle espressioni di un profondissimo cambiamento culturale e di sensibilità.

È dunque evidente che, come tutte le grandi trasformazioni che hanno interessato il pensiero giuridico moderno, anche la parabola evolutiva del principio di effettività della tutela giurisdizionale è stata il frutto di una sinergia tra una pluralità di fattori concomitanti.

In quest'ottica va riconosciuto il ruolo fondamentale rivestito, come si vedrà, dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, oltre, naturalmente, ad alcuni rilevanti interventi normativi del Legislatore.

Non può essere nemmeno dimenticata la crescente influenza del diritto sovranazionale, sia diretta, attraverso le argomentazioni della Corte di Giustizia e gli interventi normativi del Parlamento e del Consiglio, sia indiretta, mediante la costante opera interpretativa dei giudici nazionali volta all'adeguamento dell'ordinamento interno a quello sovranazionale, pur nel rispetto del principio di attribuzione.

Si può sostenere, in quest'ottica, che il principio della “effettività” della tutela non rappresenti che una delle articolazioni del c.d. “giusto processo”, principio inserito, come noto, nell'articolo 2 del Codice del processo amministrativo in attuazione dell'articolo 111 della Costituzione.

Il processo, per poter essere definito “giusto”, oltre ad assicurare il contraddittorio nello svolgimento della dinamica processuale, la parità delle parti e una durata ragionevole, deve anche fornire gli strumenti giuridici adeguati a consentire una piena tutela delle pretese sostanziali fatte valere in giudizio.

---

<sup>3</sup> Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo (G.U. n. 156 del 7 luglio 2010).

<sup>4</sup> Per una introduzione sul rapporto tra principio di effettività e codice del processo amministrativo, cfr. R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2010 nonché R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010. Per ulteriori richiami e approfondimenti dottrinali si rimanda al prosieguo della trattazione.

Nella Relazione finale al Codice del processo amministrativo si legge che *“l’effettività è la capacità del processo di conseguire risultati nella sfera sostanziale, e ciò per quanto più è possibile (quindi quando non vi ostino sicure preclusioni processuali): ciò ha costituito uno degli obbiettivi della codificazione”*.

Un elemento fondamentale per l’attuazione del principio in esame è la realizzazione della “concentrazione delle tutele”.

Si tratta di un concetto espressamente enunciato all’articolo 7, comma 7, del Codice del processo amministrativo, ove si legge che *“Il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi”* <sup>(5)</sup>. Come si avrà modo di illustrare nel prosieguo, lo scopo di assicurare detta concentrazione non di rado orienta l’argomentazione e l’interpretazione giurisprudenziale.

Si può senz’altro dire che la ricerca di una tutela effettiva caratterizza la storia della giustizia amministrativa e proprio il principio in esame ha giustificato tutte le “rivoluzioni copernicane” che hanno interessato il sistema di tutela processuale amministrativo, segnandone le tappe evolutive più importanti, portando al superamento delle regole classiche cui si faceva cenno in precedenza. Si è così fatta strada una nuova consapevolezza, che ha scardinato la tradizionale nozione di un processo amministrativo incentrato esclusivamente sull’atto impugnato, segnando un mutamento del baricentro dall’atto al rapporto sottostante, con cognizione estesa alla fondatezza della pretesa sostanziale. Dirompenti sono state le conseguenze di questa nuova prospettiva. Da un lato, alla sola azione di annullamento si sono affiancate forme di tutela distinte e diverse, veicolate attraverso azioni di condanna e azioni di accertamento mero, ritenute ammissibili anche ove non espressamente previste, quindi atipiche. È entrato in crisi il principio della corrispondenza biunivoca tra illegittimità e annullamento, con la configurabilità di pronunce che escludono in tutto o in parte la retroattività dell’annullamento dell’atto illegittimo o, addirittura, si limitano a circoscrivere la portata della pronuncia ai soli effetti conformativi pro futuro. Lo stesso legislatore ha provveduto a codificare un’ipotesi di vizio di illegittimità non invalidante (art. 21-octies comma 2, L. 241/1990) e azioni che limitano l’accertamento dell’illegittimità a soli fini risarcitori.

La rinnovata sensibilità e considerazione per la pretesa sostanziale del ricorrente ha, poi, condotto a delimitare anche la portata del principio tradizionale dell’inesauribilità del potere amministrativo, attraverso l’affermazione del c.d. “one shot temperato”.

---

<sup>5</sup> In tal senso, A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al libro I*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.1, 2011, p. 100.

L'esperibilità di azioni atipiche ha avuto anche notevoli conseguenze rispetto alla tutela cautelare, in virtù del rapporto di corrispondenza tra cautela e merito, aprendo le porte a forme di tutela cautelare atipica, oltre che alle ordinanze propulsive e sostitutive.

Ebbene il presente lavoro si propone l'obiettivo di evidenziare come tutte queste radicali trasformazioni siano state diretta conseguenza dell'elaborazione interpretativa del principio di effettività della tutela.

Si deve ancora evidenziare, in queste note introduttive, come sia possibile individuare una pluralità di prospettive in cui collocare il principio *de quo*.

In un'accezione positiva esso può indicare il diritto ad un rimedio adeguato; in un senso più ampio e comprensivo di un significato negativo, va intesa anche quale necessità di efficienza e, quindi, come divieto di abuso del processo<sup>6</sup>.

Tracciate queste generali premesse che muovono in un'ottica processuale, va riconosciuto che il principio di effettività trova la sua massima capacità espansiva in ambito europeo, ed è qui che supera la barriera concettuale dell'ottica processuale per invadere il terreno del diritto sostanziale. Ed infatti, un ruolo determinante è stato rivestito al riguardo dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea che si è preoccupata non solo di delineare il quadro delle garanzie processuali operanti nel giudizio, ma anche di individuare e delimitare i tratti della fattispecie costitutiva del diritto azionato in giudizio, in particolare quando questo diritto è quello al risarcimento del danno.

Va ricordato, infine, che l'articolo 47 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea assicura il diritto ad un ricorso effettivo dinanzi a un giudice e l'ambito applicativo in cui la Corte di Giustizia ha portato alla massima estensione il suddetto principio è proprio quello del risarcimento del danno.

Ciò che appare necessario e che rappresenta l'obiettivo ultimo del presente lavoro è una *reductio ad unitatem* degli strumenti di effettività ed una loro sistematizzazione. Sotto tale profilo, si rende dunque necessaria, in primo luogo, una ricostruzione della nozione di effettività, desunta, per astrazione, dalle sue applicazioni pratiche.

In un secondo momento si cercherà di verificare se la tempestività della tutela rappresenti un corollario indefettibile dell'effettività.

---

<sup>6</sup> In questo senso va letta la giurisprudenza del Consiglio di Stato a partire dal 2012 e la recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sull'inammissibilità dell'appello fondato sul difetto di giurisdizione del soggetto che abbia adito il Giudice di prime cure e ivi sia rimasto soccombente nel merito (Cassazione civile, Sezioni Unite, 20 ottobre 2016, n. 21260).



# Capitolo primo: effettività della tutela e pluralità di azioni

**SOMMARIO:** 1. Il significato dell'effettività della tutela. – 2. La nuova natura del processo amministrativo: dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto – 3. Le azioni esperibili: il percorso verso l'atipicità. – 4. Il principio di effettività a tutela di annullamento. – 4.1. L'annullamento non retroattivo. – 4.2. Il superamento del binomio tra illegittimità e annullamento. – 4.2.1. L'articolo 21-octies, comma 2, L. 241/90. – 4.2.2. L'articolo 34, comma 3, del Codice del processo amministrativo. – 4.3. One shot temperato. – 5. Il principio di effettività e la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo. – 5.1. La tutela risarcitoria per equivalente e la tutela specifica. – 6. Il principio di effettività e l'azione di mero accertamento. – 7. Il principio di effettività e la tutela di condanna pubblicistica. – 7.1. Il secondo correttivo al Codice del processo amministrativo (D.lgs. 14 settembre 2012, n. 160).

## 1. Il significato dell'effettività della tutela

Il parametro che si è affermato a livello sovranazionale e, in particolare, in ambito europeo per definire l'effettività della tutela si sviluppa su due livelli, i c.d. *standards* <sup>(1)</sup> internazionali che consentono di valutare gli ordinamenti giuridici nazionali in termini di effettività della tutela.

A questo riguardo i sistemi nazionali devono prevedere, sotto un profilo strutturale, strumenti che garantiscano imparzialità e indipendenza dell'organo giudicante, mentre si parla di effettività della tutela in senso stretto sotto il "profilo funzionale" <sup>(2)</sup>.

---

<sup>1</sup> S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc.1, 2013, pag. 47 ss. Sull'effettività della tutela delle situazioni giuridicamente rilevanti in ambito europeo e sulle sue ricadute nell'ordinamento processual-amministrativistico italiano, si veda significativamente M.C. ROMANO, *Ordinamento amministrativo europeo, situazioni protette e oggetto del sindacato giurisdizionale. Tra Corte di Giustizia e corti nazionali*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.1-2, 2014, pagg. 101 ss. nonché, per ulteriori spunti ricostruttivi, M.P. CHITI, *Introduzione. Lo spazio amministrativo europeo*, in *Lo spazio amministrativo europeo, Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di M.P. CHITI E A. NATALINI, Bologna, 2012, pagg. 32 ss. Sul rapporto tra il sistema dei principi dell'azione amministrativa in ambito europeo e le garanzie di effettività, si vedano, *ex multis* E. SANNA TICCA, *Cittadino e pubblica amministrazione nel processo di integrazione europea*, Milano, 2004, spec. 127 ss., e A. MASSERA, *Principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, 707 s. Per ulteriori approfondimenti sul tema, cfr.: R. CARANTA, *Diritto comunitario e tutela giuridica di fronte al giudice amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 81 ss.; M. GNES, *Giudice amministrativo e diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 331 ss.; D.U. GALETTA, *Giustizia amministrativa italiana e diritto comunitario: problemi e prospettive di sviluppo nell'ottica di una giustizia amministrativa europea*, in *Riv. it. dir. comun.*, 1999, 1003 ss.; M.P. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 499 ss.; E. PICOZZA, *L'effettività della tutela nel processo amministrativo alla luce dei principi comunitari*, in *Jus*, 1997, 187 ss.; G. GRECO, *L'effettività della giustizia amministrativa nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. comun.*, 1996, 797 ss.

<sup>2</sup> S. BATTINI, *op. ult. cit.*

Il problema dell'effettività della tutela si è posto, in particolare, nei rapporti fra privato e amministrazione pubblica nell'esercizio dei propri poteri, riguardando maggiormente l'assetto della giustizia amministrativa. La ragione è da rinvenire nella rilevanza politica <sup>(3)</sup> delle decisioni assunte dalla pubblica amministrazione nel proprio raggio d'azione, che, nelle ipotesi di lesione dei diritti del privato, rischia di determinare anche uno squilibrio delle posizioni in ambito processuale. A questo proposito occorre considerare i limiti del giudicato amministrativo riguardo il merito delle scelte compiute dall'amministrazione e pertanto insindacabili, in virtù del principio di separazione dei poteri <sup>(4)</sup>.

Sotto il profilo degli standards a cui si accennava in precedenza i limiti imposti al giudice amministrativo incidono sia sul primo aspetto, strutturale, dell'imparzialità e terzietà del giudice a causa dei limiti che connotano il sindacato di legittimità e, in termini di effettività della tutela, rispetto alle decisioni dell'esecutivo, c.d. *deference* <sup>(5)</sup>.

Occorre osservare, inoltre, come l'effettività non sia un principio statico ma mutevole <sup>(6)</sup> e influenzato dal contesto e dall'evoluzione storica e dalla continua ricerca di un equilibrio tra due opposte esigenze, la tutela dei diritti, da un lato e l'esercizio del potere pubblico dall'altro. Il tentativo di coordinare queste due contrapposte esigenze non si è sempre risolto in risultati brillanti e, in particolare, la relativa trasposizione in sede processuale è risultata spesso inadeguata e ha richiesto un processo di ridefinizione del principio che, come si dirà, ha impegnato a lungo le Corti, sia nazionali sia la Corte di Giustizia.

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

Come è noto, il processo amministrativo classico nasce come sistema impugnatorio puro <sup>(7)</sup>, teso all'accertamento della conformità dell'azione amministrativa alla legge e, dunque, volto a un controllo di legittimità sui provvedimenti emessi dall'Amministrazione.

---

<sup>3</sup> Sostenitore della rilevanza politica della lite: F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, Cedam, 1936, 253.

<sup>4</sup> S. BATTINI, op. ult. cit. con riferimento a limiti e "attenuazioni".

<sup>5</sup> S. BATTINI, op. ult. cit. Secondo l'autore la *deference* può essere variamente articolata e ad intensità crescente, esempio emblematico è costituito dal difetto di giurisdizione per incompetenza del giudice a conoscere il merito delle decisioni dell'esecutivo fino a ipotesi attenuate di "debolezza del sindacato". Il rapporto tra indipendenza del giudice ed effettività della tutela viene risolto in termini di proporzionalità inversa.

<sup>6</sup> C. FELIZIANI, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la convenzione europea dei diritti dell'uomo in diritto processuale amministrativo*, fasc.3, 1° settembre 2019, pag. 758.

<sup>7</sup> Sistema caratterizzato dalla centralità e dalla esclusività dell'azione di annullamento affiancata dalla sospensione del provvedimento, quale unica tutela cautelare tipizzata. Per un'ampia disamina, anche sotto il profilo storico, del

Il ricorrente incontrava un limite nella tutela della propria posizione sostanziale con riferimento, in particolare, agli interessi legittimi pretensivi, considerato che il solo vaglio di legittimità consentiva una verifica meramente estrinseca, preclusiva di ogni accertamento circa la fondatezza nel merito della pretesa sostanziale dedotta in giudizio <sup>(8)</sup>.

Invero, nell'ipotesi di lesione di un interesse legittimo di tipo oppositivo, l'obiettivo del titolare consiste nella tutela degli interessi della propria sfera giuridica avverso provvedimenti di carattere restrittivo o ablatorio posti in essere dall'autorità amministrativa che abbiano determinato, come conseguenza, la compressione di quella stessa sfera giuridica del ricorrente <sup>(9)</sup>. Tipico esempio di compressione della posizione sostanziale del privato, per effetto di un provvedimento della pubblica amministrazione, è quello relativo al decreto di esproprio per ragioni di pubblica utilità. In questo caso, infatti, l'interesse del ricorrente trova piena soddisfazione in una tutela di tipo demolitorio che, attraverso l'annullamento del provvedimento illegittimo, determina il ripristino della situazione precedente all'emanazione dell'atto.

Il necessario rispetto del principio di effettività della tutela, nell'ipotesi della lesione di un interesse oppositivo, non impone neppure la previsione di una pluralità di azioni processuali, trovando piena soddisfazione nell'esperibilità della sola azione di annullamento ove gli effetti della sentenza siano correttamente modulati. È frequente, al riguardo, l'affermazione secondo cui la sentenza sarebbe sostanzialmente autoesecutiva, consentendo un'adeguata tutela satisfattiva anche in assenza di ulteriore attività dell'Amministrazione, essendo appunto sufficiente la mera elisione degli effetti dell'atto.

---

giudizio amministrativo quale sistema impugnatorio puro, si vedano i sempre validi contributi di E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in Dig. IV (disc.), VII, Torino, 1991, pagg. 508 ss. e di S. GIACCHETTI, *L'oggetto del processo amministrativo*, in *Studio per il Centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, vol. III, Roma, 1981, pagg. 1483 ss.

<sup>8</sup> L'azione che meglio sosteneva questo sistema, basato su una rigida tipicità delle tipologie di tutela amministrativa, era quella che portava all'annullamento del provvedimento che il ricorrente riteneva affetto da vizi.

<sup>9</sup> Per una completa e approfondita disamina, F.G. COCCA, *L'interesse legittimo, storia e teoria*, Torino 2017. Per una ricostruzione dell'interesse legittimo come una situazione giuridica sostanziale e del tutto autonoma dal diritto soggettivo si vedano anche F.G. COCCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990 nonché ID., *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 379 ss. In senso contrario, cfr. A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 496 ss., secondo il quale l'esercizio di una pubblica funzione configura solo forme di tutela differenti e non già l'emergere di una situazione giuridica distinta dal diritto soggettivo. Si vedano anche L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003 e C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, secondo i quali le controversie tra amministrazione pubblica e cittadino sarebbero contraddistinte dalla tradizionale coppia pretesa-obbligo sicché sull'esercizio del potere dell'amministrazione graverebbero veri e propri obblighi di comportamento, radicando in capo al privato veri e propri diritti soggettivi

Con riferimento all'interesse legittimo pretensivo, invece, valgono considerazioni opposte. La tutela di tale diversa tipologia di interesse legittimo non può risolversi nel mero annullamento dell'atto, dal momento che il titolare vedrà soddisfatto il proprio interesse solamente attraverso l'adozione di un provvedimento ampliativo della sua sfera giuridica, come tipicamente avviene nel caso della richiesta di rilascio del permesso di costruire, di una licenza o di altra autorizzazione. È evidente come, nel caso in cui la lesione si sia concretizzata per effetto del diniego di un provvedimento ampliativo, il mero annullamento di questo non sia sufficiente a soddisfare la pretesa sostanziale sottostante, per l'intrinseca inidoneità a garantire il bene della vita finale.

Alla luce di queste ultime considerazioni è diffusa l'opinione secondo cui la tradizionale impostazione del processo amministrativo accordasse una tutela pienamente soddisfacente solamente a una categoria di interessi legittimi, quelli di tipo oppositivo, mentre non erano tenute pienamente in considerazione le peculiarità degli interessi pretensivi.

L'inadeguatezza, in termini di tutela sostanziale, di un processo amministrativo improntato sull'atto e non sul rapporto, è emersa, con particolare evidenza, oltre che alla luce del ruolo del giudice amministrativo come giudice dell'economia <sup>(10)</sup>, soprattutto in relazione al principio sancito dall'art. 24 Cost., dal quale si desume la necessità di riconoscere parità di tutela ai diritti soggettivi e agli interessi legittimi, senza alcuna distinzione o gerarchia, nell'ambito di questi ultimi, tra interessi legittimi oppositivi e pretensivi <sup>(11)</sup>.

Sull'interpretazione dell'art. 24 Cost si è espressa la giurisprudenza della Corte Costituzionale, affermando in modo lapidario, per gli interessi legittimi, *“le medesime garanzie assicurate ai*

---

<sup>10</sup> Con riferimento ai nuovi orizzonti del diritto amministrativo rispetto alla regolazione del mercato, BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, Giappichelli, 2019; E. BRUTI LIBERATI E F. DONATI; *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2007; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006.

<sup>11</sup> Sulla *vexata quaestio* se il giudizio amministrativo possa sospingersi sino ad un autonomo accertamento del rapporto sostanziale al fine di accordare una tutela immediata al bene della vita agognato dall'istante, v. anzitutto il sempre attuale G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel processo amministrativo*, Milano, 1980, nonché ID., *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 481 ss. Sul tema cfr. anche, tra i molti: G.P. CIRILLO, *L'annullamento dell'atto amministrativo e il giudizio sull'antigiuridicità ingiusta dell'illecito derivante dall'illegittimo esercizio dell'azione amministrativa* (nota a Cons. St., ad. plen., 26 marzo 2003, n. 4), in *Foro amm.-CdS*, 2003, 885 ss.; R. SAVOIA, *L'effettività e il ruolo del giudice, ovvero dalla giurisdizione all'azione (commento al d.leg. 2 luglio 2010 n. 104 «attuazione dell'art. 44 l. 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo»)*, in [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it), 2010; R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2010; R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010.

*diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare” (12).*

A dispetto delle lacune normative in tema di protezione degli interessi legittimi pretensivi, l’attenzione della dottrina e della giurisprudenza si è data carico di avviare profonde riflessioni, nel tentativo di assicurare pari tutela a entrambe le figure.

Questo processo di parificazione del livello di tutela anche rispetto agli interessi pretensivi è avvenuto gradualmente, attraverso una pluralità di fasi.

In un primo momento si è inteso introdurre, in via interpretativa, l’azione avverso il silenzio-rifiuto o silenzio inadempimento (13), della quale si dirà meglio in seguito, che ha costituito una prima forma di azione di condanna pubblicistica. Successivamente, l’inadeguatezza della previsione di un’unica forma di tutela cautelare, di carattere sospensivo, ha suggerito un percorso verso forme di atipicità anche di questa.

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

Proprio per far fronte a questa esigenza di tutela si è progressivamente affermato in giurisprudenza il superamento del principio di tipicità delle forme di tutela cautelare mediante l’introduzione di nuove tipologie, in particolare, attraverso le c.d. ordinanze di *remand*, ordinanze anticipatorie, propulsive o sostitutive. Ma a ben vedere, la principale svolta nell’evoluzione interpretativa della quale si sta discutendo può essere rinvenuta nella pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella celebre sentenza n. 500 del 1999 (14), che,

---

<sup>12</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 204 del 2004, con nota di F. G. SCOCA, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. Cost.*, 2004, p. 2181 ss..

<sup>13</sup> Azione di creazione giurisprudenziale che consente al privato cittadino leso dall’inerzia della pubblica amministrazione di agire per ottenere, da parte del giudice, una condanna dell’Amministrazione a provvedere, con la puntualizzazione (già messa in luce dall’Adunanza Plenaria n. 10 del 1978) che in tale giudizio il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza della pretesa (giudicando quindi sul rapporto) e conseguentemente condannando l’amministrazione ad un *facere* provvedimento specifico. Per un’applicazione del principio di effettività in relazione all’istituto del silenzio-rifiuto, precedentemente all’entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, si vedano *ex multis*, con la bibliografia ivi indicata, A. GIUFFRIDA, *Rito speciale avverso il silenzio-rifiuto della pubblica amministrazione e ragioni di effettività della tutela giurisdizionale* (nota a TAR Puglia, sez. I, 22 dicembre 2008, n. 2932), in *Foro amm.-TAR*, 2009, 214 ss. (spec. 218 s.) e in ID., *Il silenzio-rifiuto fa ancora rumore nel faticoso cammino della giurisprudenza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2009, 565 ss. (spec. 570 s.).

<sup>14</sup> Cassazione Civile, Sezioni Unite, 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, p. 2487, con nota di A. PALMIERI – R. PARDOLESI; in *Giust. Civ.*, 1999, I, p. 2261, con nota di M.R. MORELLI; in *Urb. App.*, 1999, p. 1067 con nota di M. PROTTO; in *Corr. Giur.*, 1999, p. 1367, con note di A. DI MAJO e V. MARICONDA; in *Giur. Cost.*, 1999, p. 3217, con nota di F. SATTA.

per la prima volta, riconobbe la risarcibilità anche per l'ipotesi di lesione di un interesse legittimo, indifferentemente oppositivo o pretensivo.

Naturalmente, nel presente contesto evolutivo ha avuto un ruolo rilevante anche l'emanazione del Codice del processo amministrativo, attraverso il D.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 e, in particolare, l'articolo 34, comma 1, lettera c, che consente al giudice amministrativo, in caso di accoglimento del ricorso, di procedere alla *“adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio”*. La norma consente, dunque, al giudice, non diversamente da quanto avviene per le sentenze di annullamento, una possibilità di modulazione del contenuto e della portata della sentenza di condanna.

Sulla base delle considerazioni che precedono, emerge fin d'ora quel processo di lenta ma costante affermazione del principio di effettività della tutela attraverso una pluralità di fasi che hanno condotto al perfezionamento delle tecniche di tutela dell'interesse legittimo che, da principio di derivazione processual-civilistica, ha trovato una sempre più incisiva attuazione nel processo amministrativo.

Questo processo evolutivo, intrinsecamente collegato al tema della natura dell'interesse legittimo, ha determinato, come punto di approdo, il riconoscimento dello stesso nella sua dimensione sostanziale, quale posizione soggettiva collegata a un *“bene della vita”*, a prescindere dalla circostanza che il ricorrente intenda conseguire detto bene (come avviene nel caso di interesse legittimo pretensivo) ovvero conservarlo (come avviene nell'ipotesi di interesse legittimo oppositivo), finendo per determinare un mutamento della prospettiva processuale, da un giudizio sull'atto ad un giudizio *“sul rapporto”* <sup>(15)</sup>.

### **3. Le azioni esperibili: il percorso verso l'atipicità**

L'esigenza di tutela della posizione del privato rispetto alla Pubblica Amministrazione non è stata sempre adeguatamente considerata. Secondo una diffusa analisi storica, infatti, la prospettiva del Legislatore nella fase post-unitaria era rivolta principalmente a definire le *“guarentigie dell'amministrazione nei confronti del potere giudiziario”* <sup>(16)</sup>.

---

<sup>15</sup> S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc.1, 2013, pag. 47.

<sup>16</sup> Si può richiamare sul punto la celebre frase di Stanislao Mancini, pronunciata in occasione dei lavori parlamentari che hanno portato, nel 1865, all'approvazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo: *“[...] sia pure che l'autorità amministrativa abbia fallito alla sua missione, che non abbia provveduto con opportunità e saggezza, [...] sia pure che essa abbia, e forse anche senza motivi, rifiutato ad un cittadino una permissione, un vantaggio, un favore [...] sia pure che questo cittadino è stato di conseguenza ferito, e forse*

Le norme che regolavano il processo vennero introdotte col T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato, 26 giugno 1924, n. 1054, con l'art. 45 che, in particolare, riguardava il ricorso giudiziale e disponeva che lo stesso poteva essere proposto avverso “*atti e provvedimenti*” e, nell'ipotesi di accoglimento, il Consiglio di Stato avrebbe disposto l'annullamento dell'atto o del provvedimento (“*salvo gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa*”).

L'unica tipologia di azione concepibile in un sistema caratterizzato dal rigido rispetto del principio di tipicità e da un deferente e generalizzato ossequio al principio di separazione dei poteri era, appunto, l'azione di annullamento, strettamente connessa al rilievo dei vizi del provvedimento, desunti sulla base di un vaglio meramente formale e privo di sindacato sul merito della pretesa fatta valere in giudizio. Si trattava in sostanza di un giudizio esclusivamente sull'atto e non sul rapporto.

L'avvento del codice del processo amministrativo, la codificazione del principio di effettività della tutela e l'intervento della giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>(17)</sup> hanno ulteriormente rafforzato il ruolo centrale della domanda giudiziale di parte, coerente con una giurisdizione di tipo soggettivo, e, soprattutto, della “pretesa sostanziale” del ricorrente. Al giudice amministrativo spetta il vaglio circa l'effettiva fondatezza della pretesa fatta valere in giudizio<sup>(18)</sup>.

In realtà, sebbene l'azione di annullamento continui a “rappresentare la dimensione naturale della giustizia amministrativa”<sup>(19)</sup>, il ricorrente ha a disposizione una pluralità di azioni a tutela del proprio interesse. Come è noto il Codice del processo amministrativo annovera, tra le altre, l'azione di nullità prevista dall'art 31, c. 4 c.p.a., l'azione di condanna (art. 30, c. 1, e 34, c. 1 c.p.a.) che comprende anche le somme dovute a titolo di risarcimento del danno, l'azione avverso il silenzio, art. 31, c. 1, 2 e 3 c.p.a., definita mista, di accertamento e di condanna, che consente appunto l'accertamento del dovere di provvedere e quindi dell'illegittimità dell'inerzia, nonché la condanna all'adozione del provvedimento purché siano esauriti i margini

---

*gravemente, nei propri interessi: che perciò? [...] che cosa ha sofferto il cittadino in tutte le ipotesi testé discorse? Semplicemente una lesione degli interessi? Ebbene, che vi si rassegni”.*

<sup>17</sup> Secondo quanto affermato dall'Avvocato Generale Cruz Vilallón nella causa C-69/10, il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, quale enunciato dall'art. 47 della Carta, “*ha acquisito un'identità ed una essenza proprie, proiettandosi al di là della mera sommatoria degli enunciati di cui agli artt. 6 e 13 CEDU. In altri termini, il diritto fondamentale in esame viene ad acquistare, quale diritto sancito e garantito dall'ordinamento dell'Unione, un contenuto proprio, nella definizione del quale giocano un ruolo fondamentale non soltanto gli strumenti internazionali cui tale diritto si ispira, tra i quali, in primis, la CEDU, ma anche le tradizioni costituzionali da cui tale diritto deriva e, con esse, l'universo concettuale dei principi che caratterizzano lo Stato di diritto*”.

<sup>18</sup> L. TORCHIA, *I principi generali, Il Nuovo codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 1117.

<sup>19</sup> S. MENCHINI, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.4, 1 dicembre 2020, pag. 803

di discrezionalità e non siano necessari ulteriori adempimento istruttori. Si tratta dell'azione di adempimento, prevista dall'art. 31 c. 3 c.p.a., che potrebbe definirsi complementare alla domanda di annullamento del provvedimento o alla sopracitata azione avverso il silenzio, che consente la condanna all'adozione del provvedimento richiesto <sup>(20)</sup>.

Gli ormai del tutto consolidati approdi ermeneutici in ordini all'ammissibilità dell'azione risarcitoria per gli interessi pretensivi e dell'azione di condanna all'adempimento <sup>(21)</sup> sono stati successivamente recepiti dal legislatore nel Codice del processo amministrativo, dando nuova linfa all'analisi sulle forme di tutela disponibili e sul rapporto tra effettività e "atipicità" <sup>(22)</sup>.

Proprio in ragione delle considerazioni circa la necessità del superamento della tipicità delle forme di tutela per esigenze di effettività della stessa, l'originaria versione del Codice del processo amministrativo è stata rivista in senso estensivo e ampliativo. Tale estensione è avvenuta in attuazione, a ben vedere, dell'articolo 44 della legge delega 69 del 2009 <sup>(23)</sup>, rispetto al quale, tuttavia, è stata evidenziato come la versione originaria del Codice non avesse aderito alla prospettazione del novero espresso delle azioni esperibili <sup>(24)</sup>, compiendo quello che venne

---

<sup>20</sup> S. MENCHINI, *op. ult. cit.*. L'autore cita, inoltre, l'azione costitutiva di adozione di un nuovo atto, ovvero di modifica o riforma di quello impugnato, nei soli casi di giurisdizione di merito (art. 34, comma 1, lett. d), c.p.a..

<sup>21</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 23 marzo 2011, n. 3; e in particolare TAR Lombardia 8 giugno 2011, n. 1428, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 1187.

<sup>22</sup> Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto – Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005, p. 54. L'Autore richiama, oltre ad alcune disposizioni relative al processo civile che sanciscono l'atipicità della tutela (in particolare, per quanto riguarda la tutela cautelare, l'articolo 700 del cod. proc. civ. e nel contesto del diritto del lavoro l'articolo 28 dello Statuto dei lavoratori), l'articolo 63, comma 2, del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 secondo il quale, nelle controversie di lavoro che riguardano i dipendenti pubblici assoggettati al regime della privatizzazione, il giudice "adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati". Per un approfondimento sulla configurabilità dell'azione di condanna all'adempimento nel processo amministrativo, si vedano i seguenti contributi: A. TRAVI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 222 ss.; ID., *Processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno: il risarcimento in forma specifica*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1004 ss.; M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557; A. CARBONE, *Azione di adempimento e codice del processo amministrativo*, in *giustamm.it*, 7/2010; ID., *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, in *Foro amm.Tar*, 2011, pagg. 1499 ss.; E. FOLLIERI, *Le azioni di condanna*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2011.

<sup>23</sup> L'articolo 44, comma 2, lett. b), n. 4 della legge di delega, aveva inteso auspicare l'emanazione di "pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa".

<sup>24</sup> Il silenzio del Legislatore su punto è stato parzialmente superato dai due decreti correttivi del Codice (D.lgs. 15 novembre 2011, n. 195 e D.lgs. 14 settembre 2012, n. 160). In particolare, quello del 2012, nel testo approvato dalla Commissione costitutiva presso il Consiglio di Stato, introduceva una norma *ad hoc*, che indicava espressamente le azioni esperibili nel processo amministrativo: il nuovo articolo 28-bis, invero, prevedeva che "Nell'ambito della giurisdizione amministrativa le parti possono proporre le azioni costitutive, dichiarative e di condanna idonee a soddisfare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio". In sede di emanazione definitiva del D.lgs. 14 settembre 2012, n. 160, tuttavia, la norma in questione è stata espunta: la ragione di tale scelta si sostanziano "nell'esigenza di salvaguardare la flessibilità del sistema, evitando di introdurre elementi di rigidità da cui non discenderebbe un ampliamento delle tutele. È apparso, pertanto, più coerente con le finalità del codice, in linea con la tradizione della codificazione processuale civile italiana, far desumere dal sistema ed affidare all'evoluzione delle realtà processuali il novero delle azioni in funzione di ragioni di effettività delle tutele". Il secondo correttivo ha l'indubbio merito di aver ampliato il complesso delle azioni positivizzate da



considerato un significativo passo indietro rispetto alla previsione della legge delega. Nella attuale formulazione del Codice del processo amministrativo, dunque, sono rinvenibili solamente all'articolo 29 l'azione di annullamento, all'articolo 30 l'azione risarcitoria o di condanna privatistica, l'azione di esatto adempimento o condanna pubblicistica e, infine, all'articolo 31 l'azione sul silenzio della pubblica amministrazione e quella di nullità.

Occorre osservare come il suddetto principio di atipicità della tutela non sia stato, in realtà, codificato nel Codice del processo amministrativo; tuttavia, questo aspetto non appare, per unanime opinione, preclusivo della configurabilità del predetto principio ed è, altresì, la ragione per la quale si ritiene che esso possa essere ricavato in via interpretativa secondo gli ordinari canoni ermeneutici.

Il principio di atipicità si ricava, dunque, per astrazione, considerando la struttura del Codice del processo amministrativo nel suo assetto generale e considerando come elemento fondamentale la disposizione di cui all'articolo 34 del Codice del processo amministrativo, nella parte in cui, nel fissare i confini dei possibili contenuti delle pronunce giudiziali, consente al giudice di adottare ogni misura necessaria per garantire la soddisfazione della pretesa dedotta dal ricorrente.

Al riguardo mantengono ancor oggi primaria rilevanza le pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, rese nel 2011, n. 3 e n. 15, nonché la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite 9 marzo 2015, n. 4683 <sup>(25)</sup>.

In tale occasione, infatti, le Sezioni Unite, pur rigettando il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione, si sono espresse riguardo all'effettività della tutela giurisdizionale sostenendo espressamente che solo "*l'atipicità delle forme di tutela*" sia pienamente coerente con un sistema improntato al principio di effettività, laddove la tipizzazione delle azioni non risulta del tutto in linea con i principi costituzionali pur richiamati dall'art. 1 del Codice del processo amministrativo, nonché con i criteri fissati dalla legge delega. Il richiamo ai principi costituzionali si rinviene anche nella pronuncia del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 20 luglio 2012, n. 28, che, chiamata a pronunciarsi circa l'esperibilità dell'azione di esecuzione in forma specifica prevista dall'art. 2932 cod. civ. in una fattispecie di attuazione degli obblighi di urbanizzazione oggetto di una convenzione urbanistica, ha affermato che il limite della sola

---

un'espressa previsione di legge: quest'ultimo ha modificato l'articolo 34, comma 1, lett. c), C.p.a., inserendo la cd. "*azione di esatto adempimento*".

<sup>25</sup> Con la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3 del 2001 il Consiglio di Stato ha affermato come "*la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita interessato dall'esercizio del potere pubblicistico, che si compendia nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione o la difesa dell'interesse al bene*", si devono ritenere esperibili tutte le azioni che siano necessarie per tutelare in concreto l'interesse sostanziale.

ammissibilità delle azioni tipiche si pone in insanabile contrasto sia con i suddetti principi richiamati dall'art. 1 c.p.a. sia con l'articolo 24 Cost. specificamente riferito alla tutela giurisdizionale.

Sul piano interpretativo, i sostenitori dell'atipicità delle azioni nel processo amministrativo tendono a ricondurre l'ammissibilità di forme di tutela diverse da quelle legislativamente previste in un quadro più generale, proponendo applicazioni dirette degli artt. 24 e 111 Cost. (26). Infatti, a fronte di una disciplina alquanto frammentata, anche in prospettiva diacronica, si sostiene che sarebbe proprio il carattere generale delle norme costituzionali richiamate a far propendere per una loro rilevanza anche sotto tale profilo. D'altra parte, la già ricordata assenza, nella versione finale del Codice del Processo amministrativo, di un elenco espresso di azioni esperibili porterebbe ulteriormente a concludere nel senso dell'atipicità delle forme di tutela (27).

Con riferimento alla centralità dell'art. 24 Cost. rispetto a ogni percorso argomentativo che conduca all'affermazione del principio di atipicità della tutela, vengono in mente le parole pronunciate da Virgilio Andrioli, il quale invocava lo stesso livello di tutela anche per il titolare di un interesse legittimo, parimenti considerato dalla norma costituzionale. L'art. 24 Cost. assume, secondo l'Autore, i caratteri di una *“una sorta di norma in bianco”* in una dimensione prettamente sostanziale e pone le linee guida in materia di tutela per tutte le situazioni giuridiche soggettive, indipendentemente dalla loro natura di diritti soggettivi o di interessi legittimi. Ne consegue che qualora una norma di rango ordinario precludesse, di fatto, al titolare di una delle suddette situazioni giuridiche di ottenere in giudizio una tutela soddisfattiva della propria pretesa, essa sarebbe incostituzionale per contrasto con l'art. 24 Cost. (28).

Un'analogia prospettiva è sostenuta da altre autorevoli voci (29), che qualificano l'art. 24, 1° comma, Cost. come norma caratterizzata da doppia funzione, *“immediata”* da un lato, volta a tutelare in sede giurisdizionale diritti soggettivi e interessi legittimi, e *“mediata”*, dall'altro lato, evidenziandone la strumentalità rispetto alla posizione soggettiva.

Lo stesso dettato dell'art. 24 Cost. sembra dunque delineare un sistema di atipicità delle forme di tutela per la stessa funzione delle norme processuali, intrinsecamente servente rispetto alle

---

<sup>26</sup> E. SCOTTI, *Tra tipicità e atipicità delle azioni nel processo amministrativo (a proposito di Ad. plen. 15/11)*, in *Dir. amm.*, fasc.4, 2011, pag. 765.

<sup>27</sup> Vengono in mente le parole di G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1933, p. 50 *“Nel diritto moderno le azioni sono tante quante sono le norme che possono attuarsi (quanti sono, cioè, i diritti soggettivi previsti dal diritto sostanziale), e non hanno necessariamente e rigorosamente un nome.”*

<sup>28</sup> Cfr. V. ANDRIOLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto sociale*, 1954, p. 314.

<sup>29</sup> Vedi A. PROTO PISANI, *Introduzione sull'atipicità dell'azione e la strumentalità- del processo*, in *Foro.it*, 2012, V, p. 3.

situazioni giuridiche soggettive che si intendano di volta in volta tutelare. In tale contesto fa invece eccezione l'azione di annullamento, per la quale l'art. 113, c. 3 Cost. pone un'espressa riserva di legge, in ragione della quale non si reputa possibile, invece, ammettere forme di tutela atipiche e diverse da quelle disciplinate dal Codice <sup>(30)</sup>.

Si deve allora ritenere che, alla luce dell'affermazione del principio di atipicità delle azioni in ambito amministrativo, alcune forme di tutela espressamente codificate, quali a titolo esemplificativo l'azione di rivendicazione (art. 948 cod. civ.), l'azione negatoria (art. 949 cod. civ.), le azioni in tema di repressione della concorrenza sleale dovrebbero essere ritenute esperibili.

Sotto un diverso profilo, va ancora rilevato che l'accoglimento del principio di atipicità delle forme di tutela determina altresì delle conseguenze pratiche anche rispetto al possibile contenuto delle azioni tipiche, già definite astrattamente dal legislatore.

Sebbene, infatti, per le predette azioni vi sia stata una tipizzazione da parte del legislatore con riferimento ai caratteri e agli aspetti essenziali, nonché, soprattutto, con riferimento al tipo di pronuncia giudiziale astrattamente proponibile (c.d. *petitum mediato*), lo stesso non può dirsi in relazione al contenuto concreto delle domande giudiziali proponibili.

A questo proposito può aversi particolare riguardo all'azione di annullamento, rispetto alla quale, a fronte del contenuto predefinito dalla legge, volto alla rimozione del provvedimento, si affianca la possibilità per il giudice di annullare il provvedimento con effetti *ex-nunc* ovvero di evitare l'annullamento, limitando la pronuncia ai soli profili conformativi pro futuro, qualora tale decisione si adatti maggiormente alla pretesa sostanziale del ricorrente, consentendone la piena soddisfazione, in deroga alla regola generale che imporrebbe l'eliminazione degli effetti *ex tunc*. La tesi è stata accolta, come meglio si dirà, da un significativo precedente del Consiglio di Stato del 2011, ove è stata affermata la possibilità per il giudice di discostarsi dal contenuto dell'azione tipica qualora l'applicazione del regime tipizzato si possa porre, in una prospettiva concreta, in contrasto l'interesse e con le esigenze di tutela dello stesso ricorrente, al punto che l'adesione alla regola generale determinerebbe una pronuncia *manifestamente ingiusta*" <sup>(31)</sup>.

---

<sup>30</sup> CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)* in *Dir. proc. amm.*, fasc.2, 2013, pag. 385 ss.

<sup>31</sup> *Cfr.* Consiglio di Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, in *Riv. giur. Ambiente*, 2011, 6, p. 818, con nota di A. DE FEO; in *Foro amm. CDS*, 2012, 2, p. 425, con nota di C. FELIZIANI; in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, p. 260, con nota di C. E. GALLO e A. GIUSTI.

## 4. Il principio di effettività e la tutela di annullamento

Si è precedentemente osservato come la struttura del processo amministrativo sia stata tradizionalmente concepita secondo la tradizionale dimensione impugnatoria. Sul punto, nonostante il processo amministrativo si sia evoluto verso un giudizio di cognizione relativo non solo all'atto, ma, piuttosto, "al rapporto" <sup>(32)</sup>, l'azione di annullamento conserva ancor oggi inevitabile centralità, soprattutto con riferimento alla compressione di interessi legittimi oppositivi e in relazione a provvedimenti che siano espressione di scelte discrezionali, ove la discrezionalità non sia esaurita e dunque non possa essere emanata una pronuncia di condanna all'adozione del provvedimento.

Il Codice del processo amministrativo disciplina l'azione di annullamento all'art. 29 "*per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni*", presupponendo un provvedimento lesivo, avverso il quale, nel termine decadenziale può essere proposto ricorso. La previsione del termine di decadenza ha condotto taluni a sostenere che si tratterebbe di un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto alla tutela dei diritti soggettivi, che prevede unicamente un termine di prescrizione.

A ben vedere, la diversità di disciplina risulta giustificata dalla necessità di assicurare la certezza dei rapporti giuridici in quelle ipotesi in cui vi sono una pluralità di soggetti coinvolti, con la conseguente necessità di bilanciare la celere definizione della controversia con la tutela dei soggetti interessati dagli effetti del sindacato sull'atto amministrativo.

Con la formulazione dell'art. 30 c.p.a. il legislatore ha inteso raggiungere un equilibrio sul punto, ammettendo la possibilità di proporre una domanda di risarcimento in via autonoma, ma subordinandola all'esercizio dell'azione entro un termine di decadenza breve, fissato in centoventi giorni, superando così la tesi della pregiudizialità amministrativa. La scelta del legislatore di introdurre un termine decadenziale di centoventi giorni per la proposizione dell'azione di condanna al risarcimento del danno è stata sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale, che si è espressa con l'ordinanza n. 57 del 31 marzo 2015 <sup>(33)</sup>, dichiarando la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tar Liguria in relazione all'art. 30, c. 5 c.p.a.. La fattispecie oggetto di esame da parte della Corte Costituzionale riguardava la domanda di risarcimento del danno proposta a seguito

---

<sup>32</sup> In merito si veda l'analisi di G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Dir. soc.*, 2016, p. 248.

<sup>33</sup> Corte Costituzionale, ordinanza 31 marzo 2015, n. 57, in *Foro it.*, I, p. 3036, con nota di A. TRAVI.

dell'annullamento di un provvedimento amministrativo in sede di ricorso straordinario proposto al Presidente della Repubblica ma la questione è stata ritenuta priva di rilevanza in quanto che sia la pronuncia di annullamento del provvedimento, sia il provvedimento stesso si collocavano in epoca antecedente rispetto all'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo.

Nel caso di specie, il Tar Liguria aveva ritenuto di applicare il principio *tempus regit actum* in ragione della sua riferibilità alle norme di diritto processuale e, dunque, anche alle norme introduttive di un termine di decadenza, come l'articolo 30, comma 5, C.p.a..

La Corte Costituzionale, per contro, ha ritenuto dovesse trovare applicazione l'art 2, All. 3, c.p.a., secondo cui «*Per i termini che sono in corso alla data di entrata in vigore del codice continuano a trovare applicazione le norme previgenti*», sicché, per le azioni risarcitorie conseguenti all'annullamento di un provvedimento amministrativo intervenuto prima dell'entrata in vigore del Dlgs. 104 del 2010 non sarebbe stato applicabile il termine decadenziale di centoventi giorni, bensì l'ordinario termine di prescrizione quinquennale previsto dall'art. 2947 cod. civ..

Successivamente è intervenuta sul tema anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 6/2015 <sup>(34)</sup>, con la quale, preso atto dell'esistenza di due divergenti interpretazioni in merito all'applicazione dell'articolo 30 C.p.a. ai fatti anteriori all'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, ha respinto la tesi minoritaria che ne ammetteva l'applicazione in ragione del principio *tempus regit actum*, aderendo all'opposto orientamento, ampiamente maggioritario. Secondo l'Adunanza Plenaria, infatti, l'applicazione del termine previsto dall'art 30 c.p.a. ai fatti anteriori determinerebbe un'irragionevole frustrazione delle prospettive di tutela con contestuale lesione del legittimo affidamento riposto nella disciplina vigente. È significativo che, sul punto, il Consiglio di Stato sottolinei la necessità di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, imposta dall'esigenza di rispettare non solo i principi costituzionali interni, ma, altresì, i principi sovranazionali, comunitari ed europei.

A breve distanza dalla citata pronuncia del Consiglio di Stato, anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è espressa sulle regole per la proposizione dell'azione risarcitoria nella sentenza 26 novembre 2015, C-166/2014 <sup>(35)</sup>, con particolare riferimento al rispetto del principio di effettività della tutela proprio in relazione al termine per la proposizione della domanda di risarcimento del danno conseguente ad un provvedimento illegittimo.

Nel caso esaminato dalla Corte di Giustizia veniva in rilievo la disciplina austriaca che assoggettava l'azione di accertamento dell'illegittimità del provvedimento a un termine

---

<sup>34</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 6 luglio 2015, n. 6, in *Foro it.*, III, p. 502, con nota di A. TRAVI.

<sup>35</sup> Corte di Giustizia UE, sez. V, 26 novembre 2015, n. 166, in *Foro Amministrativo*, 2015, 11, p. 2704.

decadenziale fissato in sei mesi a decorrere dal giorno seguente a quello di aggiudicazione dell'appalto, a nulla rilevando la conoscenza dell'illegittimità dell'atto da parte del danneggiato. La Corte ha dichiarato l'incompatibilità col diritto europeo della normativa austriaca che faceva decorrere il termine di proposizione della domanda risarcitoria a prescindere dalla conoscenza dei profili di illegittimità del provvedimento, in ragione della lesione del diritto di difesa del danneggiato.

#### 4.1. L'annullamento non retroattivo

Come è noto, secondo il modello tradizionale, la tutela impugnatoria si caratterizza per la rimozione degli effetti del provvedimento amministrativo illegittimo con efficacia *ex tunc*. Tanto per l'annullamento in sede giurisdizionale, quanto per l'annullamento in autotutela, infatti, la rimozione integrale dei vizi che affliggono il provvedimento è ritenuta necessaria al fine di ripristinare la legalità violata. Sebbene l'applicazione di tale tradizionale canone riguardi entrambe le forme di annullamento citate, occorre sottolineare come le stesse trovino fondamento su presupposti diversi. In particolare, la tutela in sede giurisdizionale è a carattere vincolato, mentre l'annullamento del provvedimento in autotutela è connotato da profili di discrezionalità rimessi alla valutazione della Pubblica Amministrazione che verifica l'effettiva sussistenza di un interesse pubblico "concreto e attuale" ulteriore rispetto al ripristino della legalità.

Prima della già richiamata sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, la giurisprudenza era fermamente orientata nel sostenere che con la pronuncia di annullamento viene meno l'efficacia del provvedimento impugnato con effetto retroattivo sino al momento della sua adozione. La citata pronuncia ha, invece, ritenuto di superare questo indirizzo, inaugurando un nuovo orientamento, coerente con la valorizzazione dei principi di effettività e proporzionalità <sup>(36)</sup>. Determinante, in tal senso, risulta la particolarità della vicenda posta all'attenzione del Consiglio, che riguardava l'impugnazione del Piano Faunistico Venatorio adottato dalla regione Puglia da parte del WWF (World Wide Fund for Nature) sulla base di un vizio procedimentale che inficiava l'atto impugnato in ragione della mancata acquisizione della VAS (valutazione ambientale strategica). Sul punto, la pronuncia aveva parzialmente accolto le argomentazioni relative ai profili di illegittimità lamentati, ritenendo che il Piano regionale

---

<sup>36</sup> T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 22 gennaio 2014, n. 102; Consiglio di Stato, Sez. V, 26 gennaio 2012, n. 340.

fosse effettivamente illegittimo ma non ha ritenuto necessario annullarlo, introducendo una prima deroga al principio affermato “*ab antiquo et antiquissimo tempore*” in merito agli effetti *ex tunc* della pronuncia di annullamento. Tale deroga a un principio tradizionale del diritto amministrativo è stata ritenuta configurabile dal Consiglio di Stato in ragione del contrasto tra la retroattività con effetto *ex tunc* e il principio di effettività della tutela, ossia in tutte le ipotesi nelle quali l'applicazione del suddetto principio finirebbe per risultare incongrua o manifestamente ingiusta.

In tal modo, dunque, la giurisprudenza attribuisce al giudice la facoltà di modulare gli effetti della sentenza e questo potere si estrinseca nella possibilità di adottare una pronuncia i cui effetti decorrano solamente *ex nunc*, siano solo parzialmente retroattivi <sup>(37)</sup>, o addirittura siano limitati al solo effetto conformativo pro futuro, escludendo totalmente l'annullamento del provvedimento. Si può ritenere che le ipotesi di annullamento *ex nunc* e parzialmente retroattivo trovino conferma e fondamento normativo nell'articolo 34, comma 3, del Codice del processo amministrativo. La norma dispone, infatti, che “*quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori*”. Secondo il dettato normativo dell'art. 34, c.3, c.p.a. nell'ipotesi di evoluzione della situazione di fatto tale per cui l'annullamento dell'atto non apporterebbe alcuna utilità al ricorrente il giudice può disporre unicamente il risarcimento del danno in favore del ricorrente. Il caso esaminato riguardava proprio un'ipotesi in cui l'annullamento del provvedimento non avrebbe apportato alcuna utilità per il ricorrente, ma al contrario, la rimozione di quelle pur insufficienti tutele avrebbe determinato come conseguenza la totale assenza di limiti all'attività venatoria, con lesione dell'interesse dello stesso ricorrente.

La decisione, inoltre, ha richiamato anche gli articoli 21-nonies della legge n. 241 del 1990 e 121 e 122 del Codice del processo affermando la facoltà del giudice di esercitare un potere valutativo in ordine agli effetti concreti della propria pronuncia.

Ne consegue che nei casi in cui il ricorrente non invochi la rimozione dell'atto impugnato, ma miri all'accertamento dell'inadeguatezza della disciplina esistente, la rimozione degli effetti dell'atto frustrerebbe l'interesse sostanziale sotteso al ricorso: è il principio di effettività della tutela che impone di garantire al ricorrente vittorioso una pronuncia coerente con la sua pretesa sostanziale.

---

<sup>37</sup> La stessa ricostruzione era stata operata in una precedente pronuncia del Consiglio di Stato con la sentenza del 9 marzo 2011, Sez. VI, n. 1488.

Lo stesso principio vige anche a livello sovranazionale e in particolare trova enunciazione nell'art 264 del Trattato sul funzionamento della Unione Europea che attribuisce agli organi giurisdizionali, in sede di annullamento, la facoltà di precisare quali siano gli effetti dell'atto da considerarsi definitivi. Da tale regola si desume, dunque, implicitamente che con l'annullamento non decade automaticamente *ex tunc* qualsiasi effetto dell'atto impugnato.

In questo senso, infatti, per orientamento consolidato della Corte di Giustizia, persino nella giurisprudenza più risalente <sup>(38)</sup>, tale deroga rispetto agli effetti *ex tunc* delle pronunce di annullamento è stata ritenuta ammissibile. Spetta, dunque, alla Corte stabilire il termine di decorrenza degli effetti della sentenza di annullamento, avuto particolare riguardo, in primo luogo, del principio di certezza del diritto, della pretesa nel caso concreto del ricorrente risultato vittorioso, nonché di ogni circostanza ulteriore che possa risultare utile <sup>(39)</sup>.

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

Nella pronuncia richiamata, con riferimento al piano faunistico pugliese, la sentenza non dispone l'annullamento, incidendo solamente sull'attività amministrativa futura che in questo modo risulta vincolata. In questa prospettiva la sentenza ha affermato la perdurante vigenza del Piano fino alla sua modifica ovvero ad un nuovo intervento da parte della Regione Puglia, per garantire quel pur minimo livello di tutela.

Analogamente, anche in settori diversi da quello preso in considerazione dalla pronuncia che precede è stata adottata la medesima soluzione, come avvenuto in occasione di alcune pronunce della Corte costituzionale in relazione alla modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità.

A norma dell'articolo 30 della Legge 87/1953 <sup>(40)</sup>, infatti, le sentenze della Corte Costituzionale che sanciscono l'illegittimità costituzionale di una norma hanno efficacia retroattiva e a questa regola è stata comunemente attribuita valenza generale, ritenendola riferibile a qualunque tipo di pronuncia <sup>(41)</sup>.

---

<sup>38</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 5 giugno 1973, Commissione contro Consiglio in C-81/72; Corte di Giustizia, 25 febbraio 1999, Parlamento contro Consiglio, in C-164/97 e 165/97.

<sup>39</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 10 gennaio 2006, in C-178/03; 3 settembre 2008, in C-402/05 e 415/05; 22 dicembre 2008, in C-333/07.

<sup>40</sup> Art. 30: "le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione".

<sup>41</sup> Così, *ex multis*, Corte Costituzionale, sentenze n. 49 del 1970, n. 58 del 1967 e n. 127 del 1966.



La questione si pone in relazione alle dichiarazioni di illegittimità costituzionale, con particolare riferimento ai rapporti c.d. *esauriti*.

Proprio la definizione di rapporto esaurito non è, tuttavia, di agevole identificazione e ci si chiede se sia da intendersi come coincidente con l'intervenuto passaggio in giudicato della sentenza. Sul punto, è rinvenibile quanto meno una significativa eccezione in relazione all'ipotesi di *abolitio criminis* che, in ambito penale, non conosce alcun limite e opera, in coerenza con il principio del favor rei, anche qualora si sia consolidato il giudicato penale di condanna. Nella suddetta ipotesi di dichiarazione di illegittimità costituzionale, infatti, la norma censurata sarebbe illegittima e la stessa sorte si estenderebbe alla pena concretamente comminata.

Fuori dall'ambito penale la Corte Costituzionale con la sentenza n. 10 del 2015 è pervenuta ad affermare che la dichiarazione di illegittimità costituzionale della c.d. "Robin Tax" dispiegasse i propri effetti solo con riferimento ai rapporti futuri, escludendo in tal modo la retroattività della dichiarata incostituzionalità, al fine di evitare l'altrimenti necessaria restituzione degli importi versati in adempimento dell'obbligazione tributaria, in considerazione delle ragioni di tutela dell'equilibrio finanziario dello Stato.

La facoltà di calibrare gli effetti delle sentenze, affermata dalla giurisprudenza, non è stata unanimemente condivisa dalla dottrina e ha ricevuto critiche da parte di coloro che hanno ritenuto che quanto affermato dalla giurisprudenza circa la possibilità di modulare gli effetti delle pronunce sarebbe in contraddizione con il carattere tipico dell'azione di annullamento, nonché con il principio della riserva di legge previsto dall'articolo 113, comma 3, Cost. nella misura in cui attribuisce soltanto alla legge la facoltà di stabilire gli effetti dell'annullamento dell'atto. Secondo questa prospettiva, inoltre, la possibilità di calibrare gli effetti della sentenza non potrebbe essere rimessa al giudice e sarebbe preclusa, in particolare, in considerazione della natura genetica dei vizi dell'atto, da cui deriva la necessità di una pronuncia costitutiva con l'eliminazione del provvedimento con effetti *ex tunc*.

In questo senso, la ricostruzione della giurisprudenza amministrativa sarebbe criticabile proprio sotto il profilo della discrezionalità che di fatto verrebbe attribuita all'organo giurisdizionale <sup>(42)</sup>.

---

<sup>42</sup> Cfr. A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Rivista della regolamentazione dei mercati*, fascicolo 2/2016. Secondo l'Autore: "[...] non pare che, in presenza di un annullamento, sia fisiologico (come invece ritiene la giurisprudenza amministrativa) che l'amministrazione fruisca ancora di un'ampia discrezionalità rispetto all'esercizio del potere regolatorio in via retroattiva, con il solo limite, peraltro consueto, rappresentato dall'osservanza della regola sancita nella sentenza di annullamento (e la cui violazione aveva determinato l'illegittimità dell'atto). Non sembra sufficiente neppure un temperamento orientato alla logica del bilanciamento

In ogni caso, i richiamati principi sono stati recentemente ribaditi dal Consiglio di Stato <sup>(43)</sup> che ha condiviso l'orientamento secondo cui il giudice amministrativo, nell'esercizio dei propri poteri conformativi può determinare, anche in sede di cognizione, quale sia la regola più corretta per governare il caso concreto, tenendo conto della normativa applicabile nella materia in questione e dell'esigenza che non si producano conseguenze incongrue o asistematiche: tale potere conformativo può essere esercitato dal giudice amministrativo anche per chiarire gli effetti di una propria sentenza.

Da ultimo si è nuovamente affermato che *“anche in caso di accoglimento del ricorso straordinario va riconosciuta la possibilità di “modulare” gli effetti dell’annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo, qualora ciò si renda necessario per una migliore tutela degli interessi fatti valere nel giudizio in confronto con quelli pubblici e privati coinvolti ed anche al fine di evitare che le esigenze di effettività della tutela trasmodino in situazioni di incertezza giuridica o amministrativa”* <sup>(44)</sup>. Nel caso di specie, più precisamente, si era stabilito di far decorrere l'annullamento del Piano Specifico di Prevenzione Anti Incendio Boschivo della Regione Toscana dall'approvazione del nuovo piano, senza dunque determinarne alcuna efficacia *ex tunc* <sup>(45)</sup>.

La possibilità per il giudice di modulare nel tempo l'efficacia delle proprie pronunce è stata peraltro ribadita anche dalla Adunanza Plenaria che nel 2017 ha riconosciuto la facoltà di modulare temporalmente le proprie pronunce, in particolare limitandone gli effetti al futuro, qualora si verificano le seguenti condizioni: *“a) obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare; b) esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata; c) necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare ripercussioni economiche”* <sup>(46)</sup>.

## 4.2. Il superamento del binomio tra illegittimità e annullamento

---

*richiamata comunemente per tutelare l'affidamento, perché in casi del genere la retroattività contraddice sempre all'affidamento, anche perché si profilano affidamenti di segno diverso”*

<sup>43</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 16/04/2018, n. 2268.

<sup>44</sup> Consiglio di Stato, sez. I, 30/06/2020, n. 1233 in Foro Amministrativo (II) 2020, 6, 1198.

<sup>45</sup> C. COMMANDATORE, *L'effetto conformativo e la modulazione degli effetti della sentenza di annullamento del giudice amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 1, 101 (nota a sentenza).

<sup>46</sup> Consiglio di Stato ad. plen., 22/12/2017, n. 13 in Foro it. 2018, 3, III, 145.

La tutela giurisdizionale in ambito amministrativo, concepita tradizionalmente come giudizio di annullamento dell'atto impugnato, è da sempre collegata a doppio filo con il binomio illegittimità-annullabilità. L'annullamento dell'atto viziato rappresentava, infatti, l'unico strumento previsto dall'ordinamento effettivamente idoneo a ristabilire la situazione voluta in conformità con la previsione normativa. Questa forma di tutela garantisce non solo l'impedimento degli effetti che devono ancora verificarsi, ma, naturalmente, la rimozione di tutti gli effetti già prodottisi dal momento dell'adozione del provvedimento, in ossequio alla regola dell'annullamento *ex tunc*, descritta nel paragrafo precedente.

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

#### *4.2.1. L'articolo 21-octies comma 2 L. 241/90*

Tra le disposizioni normative che ben rappresentano la dissociazione tra l'accertata illegittimità dell'atto e il conseguente annullamento dello stesso occorre menzionare l'articolo 21-octies della Legge 241 del 1990. Al primo comma viene riproposta la tradizionale tripartizione dei vizi di legittimità, già contenuta nell'articolo 26 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, secondo cui è annullabile il provvedimento amministrativo affetto dai vizi di violazione di legge, eccesso di potere e incompetenza. Al secondo comma, invece, la norma trae le sue origini da un orientamento dottrinale tedesco che sosteneva la *Teoria dell'irregolarità non invalidante*, attualmente rinvenibile al paragrafo 45 del *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Legge sul procedimento amministrativo del 1976), a norma del quale eventuali errori di forma o procedurali sono da ritenersi irrilevanti e non inficiano l'atto sul piano della validità in assenza di un'ulteriore valutazione in merito al contenuto della decisione finale, nel senso che questo sarebbe stata differente qualora le disposizioni procedurali fossero state pienamente rispettate.

Analogamente, infatti, il secondo comma dell'articolo 21-octies della L. 241/1990, recependo un orientamento giurisprudenziale già consolidato in seno alla giurisdizione amministrativa, fa applicazione dei principi della c.d. prova della resistenza, di conservazione degli atti, di strumentalità delle forme e del raggiungimento dello scopo. In conformità a tali principi si tendono a considerare come mere irregolarità non invalidanti quelle difformità dell'atto rispetto

al paradigma normativo che comportino vizi meramente formali che non incidono sul contenuto sostanziale dell'atto.

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

Le voci critiche rispetto al secondo comma dell'art. 21-octies L. 241/1990 hanno rilevato possibili profili di incostituzionalità in ragione del contrasto con gli articoli 24 e 113 Cost, con particolare riferimento alla limitazione della tutela giurisdizionale nelle suddette ipotesi di vizi formali o procedurali (<sup>47</sup>).

Ha destato, poi, particolare attenzione il tema della qualificazione giuridica della norma, essendo controversa la natura sostanziale o processuale della stessa. La tesi maggiormente condivisa ne ha riconosciuto la valenza processuale, ravvisando, nel caso di vizi non invalidanti, una carenza di interesse ad agire del ricorrente, essendo pertanto ingiustificata una pronuncia di annullamento del provvedimento (<sup>48</sup>).

---

<sup>47</sup> Si esprimono in senso critico all'introduzione della norma: A. TRAVI, *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 453; F. G. SCOCA, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei procedimenti amministrativi*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2006, 61; F. SAITTA, *Art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990: ecco perché si finisce per "rimpiangere il passato"*, in *Giustizia amministrativa*, 2008, p. 272; ID, *L'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990 approda alla Consulta: riflessioni su un (opinabile) giudizio di (non) rilevanza* (con G. Tropea), in *Giustamm.it*, n. 2/2010, e in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 566 ss.; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, L. 241/90: quando il legislatore non può e non deve*, in *www.giustamm.it*, n.4/2005; A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 78. Favorevoli all'idea contraria che l'articolo in commento non arrechi alcun vulnus ai valori partecipativi né al principio di legalità e che, quindi, vada esclusa la sua illegittimità costituzionale, G. SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 589; L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 599; ID, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. Amm.*, 2008, p. 114, secondo il quale l'art. 113 Cost. non generalizza la tutela dell'annullamento ma sancisce il principio della pienezza ed effettività della tutela del cittadino contro la pubblica amministrazione che, nel caso dell'art. 21-octies, sarebbe garantita dalla praticabilità del rimedio alternativo risarcitorio. Parte della dottrina (Cfr. G. VIRGA, *Le modifiche e interazioni alla legge n. 241 del 1990 recentemente approvate. Osservazioni derivanti da una prima lettura*, in *www.LexItalia.it*, n.1/2005; M. VAGLI, *La comunicazione di avvio del procedimento negli atti vincolati tra evoluzione giurisprudenziale e novità legislative*, in *www.LexItalia.it*, n.4/2005, ha inoltre rilevato che il legislatore attraverso la seconda parte del secondo comma dell'articolo 21-octies avrebbe inserito una disciplina per alcuni versi migliorativa della posizione del ricorrente: in seguito alla Legge del 2005, infatti, il requisito dell'utilità dell'apporto partecipativo è formalizzato nella legge, ma l'onere della prova (ora dell'inutilità) è a carico dell'Amministrazione resistente che deve dimostrare in giudizio che, nonostante l'omessa comunicazione d'avvio, il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

<sup>48</sup> Il tipo di sentenza resa all'esito di un giudizio in cui il giudice amministrativo accerti l'illegittimità ma non disponga l'annullamento del provvedimento illegittimo impugnato è in realtà discussa in dottrina. Secondo un primo orientamento si tratterebbe di una pronuncia di rigetto nel merito per infondatezza della domanda, in tal senso F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005, p. 1881; mentre per l'orientamento dottrinale prevalente si tratterebbe di una pronuncia di mero rito per inammissibilità della domanda attesa la carenza di una condizione dell'azione, l'interesse ad agire, in tal senso D. U. GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo art. 21-octies della Legge 241/90*, in *www.giustamm.it*. Si tratterebbe ad ogni modo di una sentenza di rito

Vi è anche chi ha ritenuto come la preclusione dell'annullamento del provvedimento per vizi formali e procedurali prevista dall'art 21 octies L. 241 del 1990 possa essere accostata all'ammissibilità della proposizione della domanda di adempimento <sup>(49)</sup>.

Questa ricostruzione della disposizione evidenzia il superamento della tradizionale concezione dell'azione di annullamento come inscindibilmente connessa all'illegittimità dell'atto, quindi quale conseguenza necessaria dell'illegittimità, e coincide, inoltre, con una più moderna visione del processo amministrativo, maggiormente sostanzialistica e improntata su un giudizio sul rapporto e non più soltanto sull'atto, in una prospettiva svincolata da logiche esclusivamente formali.

Sebbene il mutamento di prospettiva sia evidente, nell'applicazione pratica si sono registrate resistenze da parte della giurisprudenza amministrativa, atteso che secondo un indirizzo ermeneutico, quanto ai provvedimenti vincolati, occorrerebbe sul piano probatorio, la rigorosa dimostrazione della sussistenza di presupposti di fatto e di diritto strettamente rispondenti a quelli prescritti dalla legge <sup>(50)</sup>.

Non vi è unanimità di vedute, inoltre, neppure sull'interpretazione con riferimento all'aspetto dell'onere probatorio nella parte in cui la disposizione prevede che l'amministrazione possa fornire in giudizio la prova che il contenuto del provvedimento finale non avrebbe potuto essere sostanzialmente differente <sup>(51)</sup>. Con questo inciso, il legislatore pare collocare la prova dell'onere liberatorio in capo all'amministrazione e la giurisprudenza lo ha spesso interpretato nel senso di richiedere una prova rigorosa dell'aspetto vincolato del provvedimento.

---

atipica in quanto la sua pronuncia passa necessariamente dal preventivo accertamento del merito della questione, ovvero dell'illegittimità effettiva dell'atto impugnato sulla scorta del vizio formale denunciato. Secondo una diversa impostazione la sentenza resa in applicazione dell'art. 21-octies sarebbe una sentenza di rigetto e non di mero rito, perché contiene un nucleo di accertamento circoscritto all'illegittimità dell'atto impugnato, ma dettata da motivi di rito che tuttavia non andrebbero identificati nell'assenza di una condizione dell'azione quanto nell'improponibilità oggettiva della domanda. In tal senso F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2/2008, p. 391. Secondo una diversa tesi, pur trattandosi di una sentenza in rito, la motivazione dell'inammissibilità della domanda non si fonderebbe sull'assenza di un interesse ad agire che invece esisterebbe sia nell'ipotesi in cui si facciano valere interessi oppositivi, sussistendo in tal caso l'utilità di continuare a godere del bene fino alla reiterazione dell'atto in sede di riesercizio del potere, sia nel caso di interessi pretensivi, laddove la prospettiva di sopravvenienze rende astrattamente possibile l'emanazione dell'atto favorevole. In realtà ciò che difetterebbe sarebbe la lesione dell'interesse legittimo in quanto, nel momento in cui il provvedimento è stato emanato e il destinatario si rivolge al giudice, la mancata realizzazione dell'utilità sostanziale è conforme a diritto. In tal senso L. FERRARA, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità"*. *Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. Amm.*, 2008, p. 106.

<sup>49</sup> P. CARPENTIERI, azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo) in *Dir. proc. amm.*, fasc.2, 2013, pag. 385.

<sup>50</sup> "Dalla legge o da un atto amministrativo generale o di un pregresso accordo amministrativo raggiunto con il privato ed oggettivamente incontestabili dalle parti" cfr. Consiglio di Stato, 4 febbraio 2004, n. 395, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Friuli – Venezia Giulia, 11 maggio 2006, n. 346.

<sup>51</sup> "Qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

Tuttavia, un'interpretazione sistematica suggerisce che, quanto alla distribuzione dell'onere probatorio, sia più ragionevole una diversa soluzione, che imponga al ricorrente di indicare nel ricorso gli elementi che avrebbero potuto consentire un'istruttoria completa e, in tal modo, un diverso esito del procedimento.

Sebbene, come evidenziato, non vi sia uniformità di vedute riguardo alla natura dell'art 21-octies L. 241/90, non vi è alcun dubbio, invece, sull'individuazione della ragione giustificatrice della norma che, nella logica del legislatore, è posta a tutela della necessità di distinguere le ipotesi di vizi puramente formali rispetto ai vizi sostanziali, che incidano propriamente sul contenuto sostanziale provvedimento impugnato. Da tale distinzione discende la necessità di consentire l'annullamento dei provvedimenti illegittimi lesivi di situazioni giuridiche sostanziali e non quelli unicamente viziati in relazione ad aspetti procedurali. Occorre osservare, peraltro, che rispetto al concetto di "vizio formale" richiamato dall'articolo, si registra una notevole vaghezza della disposizione che non consente di definirne la disciplina ed i contorni, se non in via interpretativa.

La giurisprudenza ha ricostruito tale nozione attraverso un approccio casistico, che ha condotto all'individuazione di una pluralità di ipotesi, tra cui sono annoverate la mancata individuazione dell'organo da adire per la proposizione del ricorso, ovvero l'assenza dell'indicazione del responsabile del procedimento, o ancora l'omessa comunicazione di avvio del procedimento, espressamente richiesta *ex lege* <sup>(52)</sup>.

È opinione condivisa in dottrina che la funzione dell'articolo 21-octies costituisca una rilevante espressione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, proprio in relazione alla sua idoneità a selezionare le pronunce giudiziali effettivamente idonee a realizzare la pretesa sostanziale del ricorrente <sup>(53)</sup>.

#### 4.2.2. *L'articolo 34 comma 3 del Codice del processo amministrativo*

---

<sup>52</sup> Consiglio di Stato, 30 settembre 2002, n. 5003; 25 gennaio 2003, n. 344; 14 febbraio 2003, n. 811. Per un approfondimento sui vizi formali non invalidanti nel procedimento amministrativo si rinvia a F. G. SCOCA, *Vizi formali e sistema delle invalidità*, in Atti del Convegno, *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004, p. 59 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Considerazioni in tema di sanatoria dei vizi formali*, in Atti del convegno, *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004, p. 101 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrative ed illegalità utile*, Torino, 2006, p. 287.

<sup>53</sup> V. in tal senso L. FERRARA, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. Amm.*, 2008, pp. 103 ss, secondo il quale l'atto affetto dal vizio formale si qualifica come illegale ma non illegittimo.

Nel Codice del Processo amministrativo si può rintracciare un'altra disposizione tesa a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, della quale si deve tenere conto per l'individuazione delle "tecniche di garanzia del principio di effettività della tutela" di cui ci si occupa in questa prima parte: si tratta dell'art. 34 c.p.a., in particolare del comma 3 <sup>(54)</sup>, secondo cui qualora la pronuncia di annullamento del provvedimento non comporti alcuna utilità per il ricorrente, il giudice può accertare l'illegittimità del provvedimento a soli fini risarcitori. Anche l'articolo 34 del Codice del processo amministrativo, pertanto, rientra tra quelle ipotesi che determinano il superamento del binomio indefettibile tra illegittimità e annullamento.

La disposizione introduce dunque un'ipotesi di accertamento dell'illegittimità svincolata dalla pronuncia di annullamento e collegandola quindi al solo risarcimento del danno: la strumentalità rispetto all'effettività della tutela può essere colta nella circostanza che tale disposizione risulta volta a garantire che l'accoglimento del ricorso realizzi nel modo più utile ed efficace l'interesse sostanziale del ricorrente, evitando l'adozione di pronunce costitutive ritenute non necessarie <sup>(55)</sup>.

Ebbene, dall'articolo 34 comma 3 è ricavabile un principio di carattere generale che consente di inibire la pronuncia di annullamento di quei provvedimenti che abbiano ormai esaurito i loro effetti, preservando, però, l'interesse all'accertamento con efficacia di giudicato della loro illegittimità per finalità risarcitorie.

È stato discusso, in passato, se, ai fini dell'applicazione della norma, sia necessaria un'espressa richiesta del ricorrente o se, al contrario, il giudice possa disporre d'ufficio il risarcimento del danno in luogo dell'annullamento del provvedimento impugnato del quale abbia ravvisato l'illegittimità. L'orientamento giurisprudenziale oggi prevalente, in conformità con la qualificazione del processo amministrativo come processo governato dal principio dispositivo, ritiene che tale disposizione vada interpretata nel senso che occorre un'espressa domanda, non potendo, in caso contrario, il giudice convertire l'originaria domanda di annullamento in una domanda risarcitoria <sup>(56)</sup>.

Al contrario, secondo una tesi minoritaria, non sarebbe necessaria una specifica richiesta di parte. In questa prospettiva si osserva che non risulta nella disposizione un esplicito riferimento alla necessità di una domanda di parte, essendo d'altra parte la domanda di accertamento di per

---

<sup>54</sup> Art. 34, c. 3, c.p.a.: "*quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori*".

<sup>55</sup> Un classico esempio di applicazione pratica della disposizione è un provvedimento illegittimo di esproprio che abbia irreversibilmente prodotto i suoi effetti con la trasformazione dell'area tramite la realizzazione di un'opera pubblica.

<sup>56</sup> *Ex plurimis*, Consiglio di Stato, sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6539; 6 dicembre 2010, n. 8550; 28 dicembre 2012, n. 6703, in [www.giustizia.amministrativa.it](http://www.giustizia.amministrativa.it).

sé contenuta in quella, più ampia, di annullamento, della quale costituisce presupposto necessario.

A tale proposito, sulla corretta portata dell'articolo 34, comma 3, è successivamente intervenuta la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 4 del 2015 <sup>(57)</sup>, resa in un caso in cui era stato impugnato il provvedimento di approvazione della graduatoria di un concorso, poi risultato illegittimo per un vizio non imputabile ad alcun candidato, con la particolarità che la pronuncia che aveva accertato l'illegittimità era sopraggiunta a distanza di molti anni (circa quindici) dall'approvazione della graduatoria, con l'evidente conseguenza che l'annullamento avrebbe comportato, per i vincitori incolpevoli un "*impatto devastante sulla vita loro e delle loro famiglie*".

Nell'ordinanza di remissione si sostenne che, pur avendo il ricorrente impugnato la graduatoria chiedendone l'annullamento, il giudice, alla luce di una valutazione complessiva delle circostanze del caso concreto, avrebbe potuto limitarsi a pronunciare il risarcimento in luogo dell'annullamento degli atti impugnati. In tal senso, a giudizio della sezione rimettente, potevano essere adottati i principi di giustizia richiamati dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 2755 del 2011, illustrata in precedenza, nonché i principi di proporzionalità, equità e giustizia, "*che debbono permeare anche la giustizia amministrativa, oltre che l'attività della pubblica amministrazione*".

Nel caso di specie, però, nonostante il lungo tempo trascorso, la parte aveva continuato a domandare l'annullamento dei provvedimenti impugnati chiedendo, anche nel *petitum* delle conclusioni rese in sede di appello, la "rinnovazione" della procedura concorsuale e la medesima posizione venne in seguito espressamente ribadita in sede di udienza di discussione. Al riguardo, tuttavia, l'Adunanza Plenaria non ritenne condivisibile la tesi cui aveva mostrato adesione la sezione remittente, sulla scorta della considerazione che il limite naturale all'applicazione del terzo comma dell'articolo 34 fosse proprio la domanda di parte, in attuazione del principio dispositivo che governa anche il processo amministrativo <sup>(58)</sup>. Ed è dunque proprio in virtù di tale principio che si deve escludere che, a fronte di un provvedimento dichiarato illegittimo per il quale sia stata proposta una domanda di annullamento, il giudice possa mutare *ex officio* la domanda di annullamento convertendola in un'azione di risarcimento. Si è anche osservato, d'altra parte che l'azione di annullamento e la domanda di risarcimento

---

<sup>57</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 13 aprile 2015, n. 4, in *Foro it.*, 2015, 5, III, p. 265, con nota di A. TRAVI.

<sup>58</sup> A tale proposito, i giudici di Palazzo Spada ricordano la regola secondo la quale nel processo amministrativo debba darsi al ricorrente vittorioso tutto quello e soltanto quello che abbia chiesto ed a cui abbia titolo, la quale è stata ribadita dalle sentenze di questa stessa Adunanza plenaria n. 4 del 7 aprile 2011 e n. 30 del 26 luglio 2012.



del danno si differenziano quanto agli elementi costitutivi, atteso che nella prima, la *causa petendi* consiste nell'illegittimità del provvedimento e il *petitum* immediato è l'emanazione di una sentenza costitutiva, laddove, nella seconda, la *causa petendi* è l'illiceità del fatto e il *petitum* immediato è una pronuncia di condanna.

Al giudice è invero attribuita non già la facoltà di sostituire la forma di tutela richiesta con una diversa, ma soltanto quella di “*determinare, in relazione ai motivi sollevati e riscontrati e all'interesse del ricorrente, la portata dell'annullamento, con formule ben note alla prassi giurisprudenziale, come l'annullamento parziale, <<nella parte in cui prevede>> o <<non prevede>>, ovvero <<nei limiti di interesse del ricorrente>> e così via*”.

Pertanto, nei casi in cui il tipico effetto demolitorio dell'azione di annullamento andasse a ledere l'interesse del ricorrente, il giudice potrebbe adottare una pronuncia di accertamento per la sopravvenuta carenza di interesse in capo al ricorrente che aveva impugnato il provvedimento chiedendone l'annullamento.

Il Consiglio di Stato pertanto giunge alla conclusione che non è possibile consentire al giudice, in presenza di un effettivo interesse all'annullamento, di derogare al principio della domanda per “*ragioni di opportunità, giustizia, equità, proporzionalità*”, e in diverso senso si deve escludere il c.d. principio di continenza. Infatti, pur essendo pacifico che l'accertamento è indicativamente compreso nell'annullamento, così come “*il più comprende il meno*”, è altresì vero che l'accertamento a fini risarcitori è “*qualcosa di più o comunque di diverso dalla domanda di annullamento*”.

L'Adunanza Plenaria giunge quindi alla conclusione che l'interesse del ricorrente ad ottenere la pronuncia di annullamento doveva ritenersi persistente, non rilevando, a tal fine, il tempo trascorso. Del resto, è principio consolidato che la durata del processo non può e non deve danneggiare il ricorrente che ha ragione e inoltre, in caso contrario, si perverrebbe paradossalmente all'inammissibile conclusione di infliggergli un doppio danno<sup>(59)</sup>.

Ne consegue che il principio della domanda non consente al giudice amministrativo che abbia ravvisato la fondatezza del ricorso di limitarsi, in assenza di un'apposita domanda di parte, a condannare l'Amministrazione al risarcimento dei danni anziché procedere all'annullamento degli atti illegittimi impugnati. Tale conclusione, a giudizio dell'Adunanza Plenaria, è valida a una condizione: è necessario, infatti, che perduri l'interesse del ricorrente all'annullamento, considerato che, in caso contrario, il giudice amministrativo dovrà dichiarare la sopravvenuta carenza d'interesse.

---

<sup>59</sup> Sul principio del diritto al giusto processo in tempi ragionevoli, si veda l'art. 6 CEDU e, in campo nazionale, la Legge c.d. Pinto n. 89 del 24 marzo 2001, sulla durata ragionevole dei giudizi.

### 4.3. One shot temperato

Con riferimento agli effetti della pronuncia di annullamento, all'esito di un articolato percorso interpretativo <sup>(60)</sup>, si è affermata nel nostro ordinamento la c.d. teoria della tripartizione degli effetti del giudicato di annullamento <sup>(61)</sup> secondo cui dal giudicato deriverebbero un effetto caducatorio o eliminatorio, un effetto ripristinatorio e un effetto conformativo.

Nell'ipotesi in cui la sentenza determini il tradizionale effetto demolitorio gli effetti eliminatori, che travolgono il provvedimento illegittimo si estendono anche a tutti gli atti esecutivi e attuativi del provvedimento impugnato dal quale discendono. L'effetto ripristinatorio tende appunto a ripristinare la situazione di fatto antecedente al provvedimento, con la contestuale caducazione di tutti gli effetti lesivi determinati dall'atto impugnato dal momento della sua genesi fino alla pronuncia della sentenza <sup>(62)</sup>. A questo proposito e in questo contesto si inserisce la pronuncia del Consiglio di Stato citata in precedenza (*Cons. Stato n. 2755 del 2011*) che, nell'affermare la possibilità per il giudice amministrativo di calibrare gli effetti della sentenza di annullamento, mediante la deroga alla regola degli effetti *ex tunc* della pronuncia di annullamento, ha introdotto un importante elemento di novità.

Secondo la teoria tripartita degli effetti del giudicato di annullamento, si produce anche un effetto conformativo, che impone all'Amministrazione di attenersi, in sede di riedizione del potere, a quanto stabilito dal giudice amministrativo nella pronuncia di annullamento. In tal senso, l'Amministrazione dovrà attenersi a quanto stabilito in motivazione, con il divieto di

---

<sup>60</sup> V. in proposito M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, p. 37 ss., che descrive nel dettaglio il passaggio della teoria del giudicato attraverso tre distinte fasi rappresentate dalle posizioni dottrinali rispettivamente di F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Vol. I, Milano, 1911, p. 275; A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al consiglio di stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, p. 410 e F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1969, p. 893; per una più recente ricostruzione si veda di M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Il giudizio di ottemperanza*, Milano, 1983, p. 63 in cui la crisi del modello classico del processo amministrativo come processo di impugnazione determina una rivisitazione della portata degli effetti della sentenza e dell'ambito oggettivo del giudicato. Per uno studio più recente sul giudicato amministrativo: S. VALAGUZZA, *Il giudicato*, in *Manuale di diritto amministrativo e di giustizia amministrativa*, (a cura di) G. CARLOTTI, 2014; ID, *Giudicato amministrativo di annullamento ed effetti risarcitori*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2002, p. 685.

<sup>61</sup> La tripartizione degli effetti scaturenti dalla sentenza di annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo è stata per la prima volta affermata da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, p. 313; ID, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in AA.VV., *Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione*, Milano, 1983, p. 63; e poi ripresa *ex multis* da C. CACCIAVILLANI, *Il giudicato*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, p. 547; G. CORSO, *Processo amministrativo e tutela esecutiva*, in *Foro it.*, V, 1989, 421; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, p. 300.

<sup>62</sup> Sull'effetto ripristinatorio si veda M.S. GIANNINI, *Sulla ripristinazione conseguente all'annullamento di un atto estintivo del rapporto di pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1942, III, p. 146; E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento*, (voce), in *Enc. Dir.*, Milano, II, 1958, p. 496; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, p. 196.

reiterazione dei vizi del provvedimento originario. In conformità col principio di continuità dell'azione amministrativa, l'Amministrazione avrebbe astrattamente la facoltà di provvedere sulla vicenda già oggetto di annullamento un numero infinito di volte, poiché, in sede di riedizione del potere, gli elementi o i fatti nuovi non potrebbero essere coperti dal giudicato, non essendo stati oggetto di accertamento giudiziale <sup>(63)</sup>. In queste ipotesi verrebbe di fatto vanificata l'efficacia del giudizio di annullamento, con conseguente reiterazione dell'oggetto della controversia in misura potenzialmente inesauribile <sup>(64)</sup>, con ripercussioni sulle legittime ragioni del ricorrente e con violazione del principio di ragionevole durata del processo.

Evidente appariva pertanto il potenziale contrasto tra l'inesauribilità del potere amministrativo conseguente a una pluralità di annullamenti in sede giurisdizionale e le esigenze sottese al principio di effettività della tutela.

Il Consiglio di Stato nel 2014, preso atto della potenziale inesauribilità del contenzioso, in considerazione del numero indeterminato di possibili reiterazioni dello stesso provvedimento con nuovi vizi <sup>(65)</sup> e chiarito come nel giudizio amministrativo occorra che la controversia trovi ad un certo punto una soluzione definitiva <sup>(66)</sup>, ha attenuato detto principio di inesauribilità del potere amministrativo prevedendo il meccanismo del c.d. *one shot temperato*.

---

<sup>63</sup> In questo senso M. TRIMARCHI, Sui vincoli alla riedizione del potere amministrativo dopo la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 2/2013, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.1, 2015, p. 393 ss. e M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, p. 247 ss.

<sup>64</sup> Sulla "inesauribilità del potere", *Cfr.* Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 novembre 2011, n. 6162 e Cons. St., Sez. IV, 4 marzo 2011, n. 1415 secondo cui «n sede di ottemperanza al giudicato l'Amministrazione è tenuta non solo a uniformarsi alle indicazioni rese dal giudice e a determinarsi secondo i limiti imposti dalla rilevanza sostanziale della posizione soggettiva azionata e consolidata in sentenza, ma anche a prendere diligentemente in esame la situazione controversa nella sua complessiva estensione, valutando non solo i profili oggetto della decisione del giudice, ma pure quelli comunque rilevanti per provvedere definitivamente sull'oggetto della pretesa, all'evidente scopo di evitare ogni possibile elusione del giudicato; corollario di ciò è il dovere dell'Amministrazione, in sede di riesame della vicenda controversa, di essere particolarmente rigorosa nella verifica di tutti i possibili profili rilevanti, esaminando l'affare nella sua interezza e sollevando tutte le questioni che ritenga d'interesse, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili ancora non esaminati; tanto allo scopo di evitare che la realizzazione dell'interesse sostanziale del ricorrente possa essere frustrata dall'artata reiterazione ad libitum di provvedimenti sfavorevoli, basati su sempre nuovi e inediti supporti motivazionali» in *dejure.it*; in seguito T.A.R. Sardegna, Sez. I, 17 maggio 2018, n. 474 in *dejure.it*: "l'annullamento di un provvedimento amministrativo a carattere discrezionale che abbia negato la soddisfazione di un interesse legittimo pretensivo non determina la sicura attribuzione del bene della vita, ma obbliga semplicemente l'amministrazione a rinnovare il procedimento tenendo conto della portata conformativa della sentenza."

<sup>65</sup> Così M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, p. 247 ss., secondo il quale ogni controversia sarebbe potenzialmente destinata a non concludersi mai con un definitivo accertamento sulla spettanza – o meno – del bene della vita richiesto.

<sup>66</sup> Tra tutte *cfr.* Cons. St., Sez. IV, 4 marzo 2011, n. 1415 in *Foro amm.* CDS 2011, 3, 846 secondo cui «n sede di ottemperanza al giudicato l'Amministrazione è tenuta non solo a uniformarsi alle indicazioni rese dal giudice e a determinarsi secondo i limiti imposti dalla rilevanza sostanziale della posizione soggettiva azionata e consolidata in sentenza, ma anche a prendere diligentemente in esame la situazione controversa nella sua complessiva estensione, valutando non solo i profili oggetto della decisione del giudice, ma pure quelli comunque rilevanti per provvedere definitivamente sull'oggetto della pretesa, all'evidente scopo di evitare ogni possibile elusione del giudicato; corollario di ciò è il dovere dell'Amministrazione, in sede di riesame della vicenda controversa, di essere particolarmente rigorosa nella verifica di tutti i possibili profili rilevanti, esaminando

In virtù di tale meccanismo, dopo un primo giudicato di annullamento che implichi la riedizione del potere da parte della P.A. quest'ultima potrà esaminare nuovamente la questione sollevando tuttavia, in questa seconda occasione, ogni aspetto che ritenga rilevante, ogni motivo ostativo, non potendo più in seguito tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati.

Nella prospettiva qui delineata, dunque, l'amministrazione può adottare un secondo provvedimento atto a frustrare nuovamente le aspettative del soggetto privato.

A questo proposito, è stata la giurisprudenza che, ancora una volta, ha individuato un punto di equilibrio nella regola del c.d. *one shot* in versione temperata, che consente all'Amministrazione di poter riesaminare la questione dopo l'annullamento giurisdizionale, ma esclusivamente per un'ulteriore volta, all'esito di un esame complessivo dal quale devono emergere tutti i profili che l'Amministrazione intende contestare.

L'amministrazione, dunque, una volta che abbia adottato la nuova determinazione a seguito della pronuncia di annullamento non potrà successivamente assumere ulteriori provvedimenti di diniego nel caso in cui intervenga un secondo annullamento giurisdizionale, neppure in relazione a profili che non siano stati esaminati e che, pertanto, non risultino coperti dal giudicato (67).

---

*l'affare nella sua interezza e sollevando tutte le questioni che ritenga d'interesse, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili ancora non esaminati; tanto allo scopo di evitare che la realizzazione dell'interesse sostanziale del ricorrente possa essere frustrata dall'artata reiterazione ad libitum di provvedimenti sfavorevoli, basati su sempre nuovi e inediti supporti motivazionali» in dejure.it.*

<sup>67</sup> Questo orientamento è stato inaugurato dalla V sezione del Consiglio di Stato con una nota pronuncia, la sentenza n. 134 del 1999, in *Foro it.*, 1999, III, p. 166 ss., secondo cui: “[...] si deve far carico dell'esigenza che la controversia tra l'amministrazione e l'amministrato trovi ad un certo punto una soluzione definitiva. È infatti esatto il rilievo che una vicenda potrebbe non avere ragionevole fine, ove si consentisse all'amministrazione di procedere più volte nell'emanazione di nuovi atti, in tutto conformi alle statuizioni della sentenza, ma egualmente sfavorevoli al ricorrente, in quanto fondati su aspetti sempre nuovi del rapporto. A fronte di tale esigenza di effettività della tutela giurisdizionale, il punto di equilibrio tra il diritto del cittadino alla rapida definizione dell'affare dopo un giudicato d'accoglimento e la giustificata aspettativa del potere pubblico, di esercitare la propria discrezionalità anche sugli aspetti del rapporto controverso prima non esaminati va determinato come segue. Quando, dopo un annullamento giurisdizionale, l'autorità amministrativa debba riesaminare la vicenda, essa è tenuta a far ciò con un'attenzione tutta particolare. Non deve apparire negativamente prevenuta nei confronti dei privati che hanno dovuto rivolgersi al giudice; e dunque non deve esporli alla prospettiva di una pluralità d'altri giudizi ulteriori. Né deve ingombrare per troppe volte, rispetto al medesimo rapporto, gli uffici giudiziari. Risultati, questi, che possono realizzarsi richiedendosi all'amministrazione - dopo un giudicato di annullamento da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo - d'esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili ancora non esaminati”. Cfr. ancora, il T.A.R. Liguria, Genova, sez II, 5 giugno 2015, n. 541, in *Foro amm.*, 2016, VI, p. 1757 ss., ove si afferma che: «[...] secondo una giurisprudenza che il collegio condivide, il principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale amministrativa di cui all'art. 1 c.p.a. esige che “dopo il passaggio in giudicato di una sentenza nei confronti della P.A., occorre che la controversia fra l'amministrazione e l'amministrato trovi ad un certo punto una soluzione definitiva, e dunque occorre impedire che l'amministrazione proceda più volte all'emanazione di nuovi atti, in tutto conformi alle statuizioni del giudicato, ma egualmente sfavorevoli all'originario ricorrente, in quanto fondati su aspetti sempre nuovi del rapporto, non toccati dal giudicato. A tal fine è necessario affermare il principio secondo cui l'amministrazione - dopo un giudicato di annullamento da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo

La soluzione accolta nel nostro ordinamento può definirsi temperata, poiché da una parte esclude che sussista un potere di riedizione illimitato, ma dall'altra parte non impedisce di tenere in considerazione eventuali ulteriori elementi sopravvenuti. Si viene così a creare un doppio binario di riedizione del potere da parte della Pubblica Amministrazione. In una prima fase la riedizione del potere è tendenzialmente libera e a seguito della pronuncia giudiziale demolitoria l'Amministrazione può emanare nuovamente un provvedimento di diniego dello stesso contenuto di quello annullato, purché sorretto da motivazioni diverse, mentre le ulteriori motivazioni che seguano ad un secondo giudicato di annullamento non possono fondarsi su elementi non esaminati in precedenza o esclusivamente su una diversa motivazione.

Si utilizza, a tale proposito, l'efficace espressione *one shot temperato*, in contrapposizione al diverso istituto definito *one shot puro*, espressamente previsto in alcuni ordinamenti ove è imposto alla P.A. il limite di pronunciarsi una sola e unica volta sull'istanza del privato, facendo emergere in detta occasione tutte le possibili motivazioni che si oppongono all'accoglimento dell'istanza.

In altri termini, secondo il modello del *one shot temperato*, si accordano all'amministrazione *due chances*: in seguito all'annullamento di un provvedimento amministrativo a carattere discrezionale che abbia negato la soddisfazione di un interesse legittimo pretensivo e che non determina la sicura soddisfazione del bene della vita, la P.A. potrà rinnovare il procedimento e motivare ancora una volta, ma non oltre, sulla inaccoglibilità dell'istanza del privato sulla base di circostanze non dedotte nel primo provvedimento reiettivo annullato.

Al diverso principio del *one shot* puro ha, in realtà, fatto riferimento anche una parte della dottrina italiana. Questa, valorizzando aspetti sostanziali e non solo processuali <sup>(68)</sup>, ritiene di poter superare la questione della riedizione del potere amministrativo, imponendo

---

– ha l'obbligo di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, l'insieme delle questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati. Tale regola può soffrire di una limitata eccezione unicamente in relazione a rilevanti fatti sopravvenuti o che non sono stati esaminati in precedenza per motivi indipendenti dalla volontà dell'amministrazione ovvero su una nuova normativa" (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1018, che ha in tal modo temperato la teoria così detta del "one shot", ammessa in altri ordinamenti); Ex multis, Consiglio di Stato, Sez IV, 25 marzo 2014, n. 1357; Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2010, n. 633; Consiglio di Stato, sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134.

<sup>68</sup> Fra le teorie che fondate su aspetti processuali si ricordano, al di là del menzionato *one shot temperato* – secondo cui la discrezionalità amministrativa non si esaurisce già nella fase procedimentale con l'emanazione del primo provvedimento, ma si consuma nel tratto di giudizio successivo e con la riduzione del potere amministrativo che ne segue – anche quelle di coloro che sostengono che nel processo amministrativo possa applicarsi la regola secondo cui giudicato comprenderebbe tanto detto quando il deducibile.

all'amministrazione di dedurre tutti i fatti costitutivi del potere già nella fase procedimentale (69).

In tal modo la discrezionalità della P.A., dopo il primo diniego successivo al giudicato di annullamento, sarebbe già consumata e l'amministrazione non avrebbe più alcun margine per un'eventuale successiva rinnovazione del potere in senso negativo su basi diverse da quelle esternate nel primo provvedimento.

A tale teoria, i cui profili critici si rinvergono nell'assenza di una previsione legislativa che espressamente la disciplini (70), si affiancano le tesi interpretative fondate invece su aspetti processuali (71), fra cui, per l'appunto, il c.d. *one shot* temperato (anche noto come "*second best*" o "*doppia chance*"). Quest'ultimo, nonostante le numerose critiche (72), ha trovato applicazione in diverse pronunce giurisprudenziali (73), che ne hanno evidenziato la coerenza con il diritto alla ragionevole durata del giudizio, oltre che con il principio del legittimo affidamento e con l'effettività della tutela giurisdizionale, a cui sono riconnessi i corollari della stabilità e della certezza dei rapporti giuridici consolidatesi (74).

In particolare, merita menzione la nota pronuncia del Consiglio di Stato n. 4987 del 2014, nella quale si è affermata, come principio generale, la regola secondo cui, in conseguenza dell'accesso alla tutela demolitoria, permane per una sola volta la facoltà di rideterminazione

---

<sup>69</sup> M. CLARICH, op. cit., 190 e 191 che "*può essere opportuno tentare di affrancare l'onere di cui si è detto [...] dalle nozioni di oggetto del giudizio e di giudicato. Conviene dunque spostare progressivamente il centro dell'attenzione dal piano del processo al piano dei rapporti sostanziali, prendendo in considerazione la disamina del potere amministrativo*".

<sup>70</sup> Taluni hanno fatto riferimento all'art. 10 bis L. 241/90 che impone all'amministrazione l'obbligo di illustrare tutte le ragioni che ostano all'accoglimento dell'istanza, sicchè nel giudizio amministrativo successivo a un primo diniego dell'istanza del singolo entrano tutte le questioni sulla fondatezza della pretesa sia quelle dedotte sia quelle soltanto deducibili ma non esternate dall'amministrazione con cognizione piena del giudice in ordine a tutti i profili della vicenda sostanziale. Tale disposizione che ha tuttavia un ambito di applicazione limitato, potendo essere richiamato solo nei procedimenti ad istanza di parte, ed ha una efficacia limitata dalla compresenza di altre disposizioni come l'art. 2 L. 241/90 che prevede, in taluni casi, che l'amministrazione concluda il procedimento con un provvedimento redatto in forma semplificata che, quindi, non presuppone neppure le esternazioni le ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza. Sul punto si veda P. CERBO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, fasc 1, 32.

<sup>71</sup> Oltre al *one shot* temperato si ricorda la tecnica del *remand* in sede di ordinanza cautelare propulsiva e il principio di non contestazione, che consente di estendere la cognizione del giudice non soltanto a quanto dedotto dal ricorrente ma anche a tutto il deducibile e quindi a tutti i presupposti sostanziali espressione di discrezionalità del rapporto amministrativo.

<sup>72</sup> Come accade per il cd. *one shot* puro è stato osservato che manchi una base normativa che imponga all'amministrazione una sorta di termine perentorio "decadenziale" o "prescrizionale", dopo un primo giudizio, superato il quale il potere si estinguerebbe. In questo senso G. PESCATORE, *L'esaurimento della discrezionalità nel giudizio amministrativo: considerazioni e spunti ricostruttivi alla luce del principio di effettività della tutela*, (Relazione al Convegno "*La discrezionalità amministrativa e i limiti del sindacato giurisdizionale*", Torino, 19 maggio 2017) in [www.avvocatiamministrativistipiemonte.org](http://www.avvocatiamministrativistipiemonte.org).

<sup>73</sup> *Ex multis*, Cons. di Stato, Sez. V, 6 febbraio 1999 n. 134; Cons. di Stato, Sez. IV, 5 agosto 2003, n. 4539; Cons. di Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2010, n. 633; Cons. di Stato, Sez. IV, 12 giugno 2013 n. 3259; Cons. di Stato Sez. IV, 6 ottobre 2014 n. 4987; Cons. di Stato, Sez. III, 3 novembre 2017, n. 5087, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>74</sup> Cfr. Cons. St., Sez. VI, 17 marzo 2016, n. 1105.

in capo all'amministrazione, soprattutto, appunto, nelle ipotesi di interessi legittimi pretensivi che richiedono il rilascio di un provvedimento ampliativo. In altre parole, si sottolinea come, a seguito dell'annullamento del provvedimento lesivo consistente nel diniego di un atto ampliativo della sfera giuridica del ricorrente, non incomba sull'Amministrazione l'obbligo di emanazione automatica del provvedimento favorevole a cui aspira il ricorrente, ma è facoltà della stessa considerare ulteriori elementi preclusivi. Inoltre, rispetto alla corretta portata del principio in esame, merita particolare attenzione anche la sentenza n. 439 del 2015 che ha esaminato l'ambito specifico delle preclusioni a carico della P.A, verificandone l'operatività in presenza di un giudicato demolitorio che si limiti ad evidenziare la sussistenza di meri vizi procedurali. Sul punto, si ritiene che l'assenza di un giudicato su profili sostanziali, ossia sulla fondatezza della pretesa, ma incentrato esclusivamente su vizi formali o procedurali non sia idoneo a produrre effetti preclusivi rispetto alla riedizione del potere da parte dell'Amministrazione, la quale avrà quindi facoltà di pronunciarsi nuovamente.

Va quindi precisato che il Consiglio di Stato ha negato il prodursi di un effetto preclusivo in presenza di un secondo giudicato demolitorio fondato su meri vizi procedurali, sì che in tali casi la P.A. manterrà integro il proprio potere di pronunciarsi nuovamente sulla questione.

Recentemente, peraltro, si sono registrate ulteriori indicazioni in senso favorevole alla teoria del one shot temperato, provenienti direttamente dal legislatore con il D.L. 76/2020, che ha inserito un nuovo inciso nell'ambito dell'art. 10-bis L. 241/1990. Tale novella ha infatti previsto all'articolo 10-bis L. 241/90 <sup>(75)</sup>, in relazione alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, che, in caso di annullamento giurisdizionale del provvedimento adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere, l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato.

L'intento del legislatore parrebbe essere quello di concentrare ulteriormente la tutela ed evitare progressivi giudizi laddove l'amministrazione, pur disponendo già degli elementi necessari per opporre il diniego fin dall'istruttoria resa sull'istanza del privato, li abbia pretermessi per poi evidenziarli solo successivamente. Tale diseconomica modalità di esercizio del potere risulta dunque oggi non più consentita <sup>(76)</sup>.

---

<sup>75</sup> Art. 10 bis L. 241/90 *Nei procedimenti ad istanza di parte (...). In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato.*"

<sup>76</sup> Cons. Stato, 27 aprile 2021, n. 3385 per cui "tale precetto che impone alla pubblica amministrazione di esaminare l'affare nella sua interezza – già nella fase del procedimento (e non solo nel processo come la giurisprudenza già riteneva in alcune ipotesi: cfr Consiglio di Stato n. 1321 del 2019), sollevando, una volta per tutte, le questioni ritenute rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati – dovrà trovare attuazione per evidenti ragioni sistematiche (e per evitare facili aggiramenti) anche nel caso di convalida per difetto di motivazione".

## 5. Il principio di effettività e la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo

Come è stato più volte notato <sup>(77)</sup> il rispetto di elevati standard di effettività della tutela giurisdizionale deve necessariamente confrontarsi con il tema del risarcimento del danno, superando l'ottica civilistica tradizionale secondo cui esso era concepito unicamente come una "materia" e come diritto soggettivo autonomo, senza alcun collegamento rispetto alla lesione dell'interesse legittimo dal quale discendeva, per aderire alle più moderne concezioni dell'istituto del risarcimento quale tecnica di tutela ulteriore della situazione giuridica lesa <sup>(78)</sup>.

### 5.1. La tutela risarcitoria per equivalente e la tutela specifica

In merito alle conseguenze del rispetto del principio di effettività della tutela sulla tutela risarcitoria deve essere riservata particolare attenzione al rapporto tra tutela risarcitoria per equivalente e tutela specifica <sup>79</sup>.

Al riguardo, è preliminarmente necessario chiarire, sul piano concettuale, che il riferimento alla tutela specifica è stato, talvolta, erroneamente inteso come riferibile non esclusivamente alla tutela risarcitoria in forma specifica, ma anche a situazioni in cui, in realtà, non è dato rilevare la presenza di un danno, come, per esempio, all'azione di esatto adempimento (articolo 1453 cod. civ.), all'azione inibitoria (articoli 7, 10 e 2599 cod. civ.), alla tutela restitutoria (articolo 1168 cod. civ.), alla tutela ripristinatoria (riduzione in pristino ex articolo 872 cod. civ.), all'azione di esecuzione in forma specifica (artt. 2930 e ss. cod. civ.) e addirittura agli effetti del giudicato di annullamento.

Tuttavia, tali forme di tutela vanno tenute accuratamente distinte: soltanto il risarcimento del danno in forma specifica ex articolo 2058 cod. civ., proprio in quanto riconducibile all'azione

---

<sup>77</sup> C. FELIZIANI, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc.3, 1° settembre 2019, pag. 758.

<sup>78</sup> C. FELIZIANI, op. ult. cit., l'autrice lo definisce un "un indennizzo non dichiarato" e un ruolo determinante nella erronea qualificazione del risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi sarebbe da imputare.

<sup>79</sup> G. ACQUARONE, *La tutela degli interessi legittimi in forma specifica*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 2019, p. 47 ss.



di risarcimento, presuppone che si sia già verificato un danno e che questo sia riferibile al danneggiante sul piano causale e ad esso attribuibile sulla base di un giudizio di colpevolezza. Inoltre, il limite dell'eccessiva onerosità è previsto esclusivamente con riguardo all'azione di risarcimento in forma specifica, ex articolo 2058 cod. civ., e non invece nelle altre forme di tutela precedentemente elencate, sicché, a titolo esemplificativo, la domanda di esatto adempimento o l'azione di esecuzione in forma specifica ben possono essere accolte a prescindere dalla loro onerosità. Solo l'articolo 2058 cod. civ. prevede che *“il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica qualora sia in tutto o in parte possibile. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore”*.

Già con l'articolo 35 del D.lgs. n. 80 del 1998, riferito alla «reintegrazione in forma specifica», si introdusse anche nel processo amministrativo la tutela prevista dall'articolo 2058 cod. civ.. Come noto, l'articolo 2058 cod. civ., pur essendo inserito in un titolo del codice dedicato alla responsabilità extracontrattuale, ad avviso del costante orientamento della Corte di Cassazione, è ritenuto applicabile anche alla responsabilità contrattuale <sup>(80)</sup>.

Declinando le considerazioni rese a margine dell'art. 2058 c.c. in relazione alla tematica della tutela risarcitoria dell'interesse legittimo, emergono quali profili maggiormente problematici, quelli che coinvolgono gli interessi legittimi pretensivi, atteso che è in queste ipotesi che può venire in rilievo l'interesse a proporre in giudizio una domanda di condanna al risarcimento in forma specifica. In tali ipotesi, infatti, l'istante mira a un bene che può essere definito infungibile, sia dal punto di vista economico sia dal punto di vista giuridico (bene della vita finale conseguibile attraverso il provvedimento amministrativo). Per questa ragione, si è spesso sostenuta la necessità di rimediare con una pronuncia del giudice che, “a titolo di risarcimento in forma specifica”, adottasse il provvedimento richiesto e illegittimamente negato dalla P.A.. Tale forma di tutela era ritenuta, appunto, una modalità di risarcimento in forma specifica ed era intesa quale strumento necessario al fine di garantire una tutela piena degli interessi pretensivi e si riteneva colmasse una lacuna del sistema di giustizia amministrativa: l'azione di risarcimento in forma specifica era piegata così allo scopo di introdurre surrettiziamente un'azione di condanna dell'Amministrazione ad adottare il provvedimento, azione che all'epoca non era ammessa.

---

<sup>80</sup> *Ex plurimis*, Cassazione civile, sez. III, 10 luglio 2010, 15726, secondo cui *“Il risarcimento in forma specifica, secondo il principio generale fissato dall'articolo 2058 c.c., e' applicabile anche alle obbligazioni contrattuali, costituendo rimedio alternativo al risarcimento per equivalente pecuniario. In questo senso è la giurisprudenza più recente di questa Corte”*.

Questa interpretazione va criticata, in considerazione dell'esigenza di tenere accuratamente distinte l'azione di risarcimento in forma specifica e quella di condanna all'esatto adempimento, soprattutto sul piano strutturale, in considerazione della profonda diversità dei rispettivi elementi costitutivi.

Sul punto, basti pensare al fatto che nella vigenza del Codice del processo amministrativo, la domanda di condanna all'adozione del provvedimento è svincolata da qualsiasi accertamento in merito alla sussistenza del danno e alla colpevolezza della Pubblica Amministrazione ed è ancorata unicamente all'accertamento dei presupposti per l'adozione del provvedimento vincolato o per il quale siano esauriti i margini di discrezionalità, sicché non costituisce affatto una declinazione della tutela risarcitoria in forma specifica, di qui l'incoerenza della giurisprudenza che, nella vigenza dell'articolo 35 del D.lgs. 80/1998, ma talvolta ancor oggi, utilizzava lo strumento della domanda di risarcimento in forma specifica per introdurre l'azione di esatto adempimento, che, appunto, si fonda su presupposti del tutto diversi.

Parimenti la condanna al risarcimento in forma specifica si distingue da altre forme di tutela "lato sensu specifica" come gli effetti ripristinatori e conformativi del giudicato di annullamento.

In realtà, in un'ottica più attenta alle esigenze concrete della dinamica processuale, si può affermare che quell'interpretazione non fosse, in origine, del tutto inutile o superflua, in quanto giustificata dalla necessità, avvertita nella prassi, di utilizzare l'azione di risarcimento in forma specifica al fine di introdurre in via surrettizia l'azione di condanna pubblicistica, con il non trascurabile effetto di anticipare il momento della tutela dell'interesse pretensivo dal giudizio di ottemperanza a quello di cognizione.

Si potrebbe allora affermare che anche quella evidente forzatura era in fin dei conti dettata dall'esigenza di assicurare, ancora una volta, un più elevato standard di effettività della tutela giurisdizionale.

Deve quindi essere ulteriormente sottolineata l'esigenza di non confondere l'azione risarcitoria con l'azione di adempimento, né con l'esecuzione specifica degli obblighi rimasti inadempiti, né con i normali effetti conformativi e ripristinatori dell'azione di adempimento.

Tuttavia, si sono registrate, soprattutto in passato ipotesi in cui la giurisprudenza tendeva a confondere i piani, sebbene non siano mancate pronunce che ebbero il merito di sottolineare i profili di distinzione: in questo senso i giudici di Palazzo Spada affermarono che l'azione risarcitoria reintegra *"l'interesse del danneggiato mediante una prestazione diversa e*

*succedanea rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio* <sup>(81)</sup>). Sempre il Consiglio di Stato aveva altresì affermato che *“l'adozione, da parte dell'amministrazione, di un determinato provvedimento attiene a profili di adempimento e di esecuzione e non a quelli risarcitori; in presenza di accertata spettanza del provvedimento preteso, l'emanazione dello stesso non costituisce una misura risarcitoria, ma rappresenta la doverosa esecuzione di un obbligo che grava sull'amministrazione* <sup>(82)</sup>”. In un'altra pronuncia è stato inoltre evidenziato come la "reintegrazione in forma specifica" sia stata inserita dal D.lgs. n. 80/1998 e dalla Legge n. 205/2000 nel nostro sistema di giustizia amministrativa fra le modalità della tutela risarcitoria. In effetti la stessa formulazione dell'articolo 35 del D.lgs. n. 80/1998 collocava la «reintegrazione in forma specifica», fra le misure concernenti «il risarcimento del danno ingiusto» (così al primo comma) e fra le «questioni relative all'eventuale risarcimento del danno» (così al quarto comma).

L'articolo 35, a sua volta, risulta coerente con l'articolo 2058 cod. civ. e colloca la reintegrazione in forma specifica fra gli strumenti di reazione al fatto illecito, ossia, appunto, nell'ambito della tutela risarcitoria. Basti pensare all'inserimento dell'articolo 2058 cod. civ. nel titolo del codice dedicato ai «fatti illeciti», alla sua intitolazione come «risarcimento in forma specifica» (che riflette la collocazione all'ambito più ampio del «risarcimento per fatto illecito» imperniato sull'art. 2043 c.c.), o alla tradizionale coincidenza fra «risarcimento in forma specifica» e «reintegrazione in forma specifica». Nello stesso senso, altresì, è stata evidenziata la coerenza della disposizione con la disciplina del risarcimento del danno complessivamente considerata, resa evidente soprattutto dal secondo comma dell'articolo 2058 cod. civ., dove è previsto che, *“se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore”*, il giudice può disporre *“che il risarcimento avvenga solo per equivalente”*.

Nonostante queste nette distinzioni concettuali, talvolta si qualifica come risarcimento in forma specifica l'obbligo per la Pubblica Amministrazione di procedere alla ricostituzione della situazione di fatto e di diritto che si sarebbe configurata in assenza dell'atto annullato. In questo senso, a titolo esemplificativo, è stata qualificata come risarcimento in forma specifica la reintegrazione in servizio del pubblico dipendente o la restituzione di un bene determinato, sottratto al ricorrente in forza di provvedimenti illegittimi annullati. Tuttavia, appare evidente che in queste ipotesi si tratta dei normali effetti conformativi e ripristinatori del giudicato di annullamento e non già di risarcimento del danno strettamente inteso. Altre volte, soprattutto in materia di appalti, in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione, si assiste all'adozione di

---

<sup>81</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, in *Foro it.*, 2003, III, p. 311.

<sup>82</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 3 aprile 2003, n. 1716, in *Giur. it.*, 2003, p. 1953.

una pronuncia che impone all'Amministrazione di affidare l'appalto al ricorrente vittorioso “a titolo di risarcimento in forma specifica”. A ben vedere, però, anche in quest’ultimo caso non si tratta di risarcimento, bensì di un’azione di esatto adempimento o di condanna pubblicistica, che consente al giudice di assegnare al ricorrente vittorioso, già nel giudizio di cognizione, le utilità che dovevano ritenersi di sua spettanza e che pertanto avrebbe conseguito se l'amministrazione avesse agito legittimamente. Il profilo del danno e dell'illecito non è, in tali ipotesi, elemento costitutivo della domanda, atteso che ciò che rileva è solo la fondatezza della pretesa dedotta in giudizio. In questo contesto, conseguentemente, non assume alcun rilievo neppure l'elemento soggettivo dell'illecito.

Tuttavia, ancor oggi, in seguito all’introduzione dell’articolo 121 C.p.a. continua a permanere questo medesimo equivoco, anche sul piano strettamente lessicale. Si deve ritenere, infatti, che quest’azione costituisca un’ipotesi tipizzata di azione di condanna pubblicistica, sebbene la circostanza che sia alternativa al risarcimento per equivalente ha indotto talvolta a definirla alla stregua di un’azione di risarcimento in forma specifica.

## **6. Il principio di effettività e l’azione di mero accertamento**

Nell’ambito delle regole classiche del processo amministrativo che sono risultate sovvertite dall’utilizzo in via interpretativa del principio di effettività della tutela si deve annoverare anche la configurabilità di un’azione di accertamento atipica.

La tutela giurisdizionale amministrativa, ormai pacificamente regolata dai principi di atipicità e pluralità delle azioni, consente dunque non solo la proposizione dell’azione di annullamento, bensì anche di quella dichiarativa o di mero accertamento, tesa ad accertare fatti o rapporti controversi <sup>(83)</sup>. Nonostante la sua stessa ammissibilità sia stata in passato contestata e oggetto

---

<sup>83</sup> A. PROTO PISANI, *La tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, pp. 73 ss., secondo cui l’azione di mero accertamento ha lo scopo di rimuovere l’incertezza determinata dalla contestazione di un diritto preteso dalla parte attrice ovvero di un diritto preteso nei confronti dello stesso, in modo che questi “*senza l’accertamento giudiziale dell’esistenza del suo diritto o dell’inesistenza del diritto altrui non potrebbe eliminare quel danno consistente negli effetti pregiudizievoli della contestazione o affermazione del convenuto*”. Sulla configurabilità e i limiti dell’azione di mero accertamento nel processo amministrativo cfr. i seguenti contributi: G. GRECO, *L’accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980; B. TONOLETTI, *L’accertamento amministrativo*, Padova, 2001; ID., *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 593 ss.; G.D. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Atti del Convegno La tutela dell’interesse al provvedimento*, Trento 2001, 219 ss.; M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell’azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, vol. II; V. DOMENICHELLI, *Le azioni nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1 ss.; F. FRANCIOSI, *Sentenze di rito e giudizio d’ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 83 ss.

di articolato dibattito, si deve sottolineare come una diversa conclusione si porrebbe in insanabile contrasto con quanto enunciato dall'articolo 24 della Costituzione, quale fondamento del principio dell'equivalenza degli strumenti di difesa delle situazioni giuridiche soggettive. Tale impostazione, benché ormai pacificamente condivisa, non è stata però cristallizzata all'interno di una specifica disposizione normativa e si è invece preferito affidare all'elaborazione interpretativa l'individuazione del novero delle azioni esperibili: il C.p.a., infatti, nella sua versione definitiva, non recepiva quanto indicato dall'art. 44, comma 4, lett. b), n. 4, della legge n. 69/2009, in cui venivano indicate espressamente le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna quali pronunce “*idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa*”<sup>(84)</sup>.

Il Codice del processo amministrativo, per contro, disciplina determinate ed eterogenee azioni di accertamento non aventi però carattere autonomo, bensì meramente strumentale rispetto ad altra domanda; a titolo esemplificativo, basti pensare all'azione di accertamento dell'illegittimità a fini risarcitori, prevista dall'art. 34, comma 3 del C.p.a., all'azione di accertamento e condanna in materia di silenzio-rifiuto, di cui agli articoli 31 e 117 del C.p.a., e l'azione per la dichiarazione della cessazione della materia del contendere, ai sensi dell'articolo 34, comma 5, C.p.a.. Pertanto, ove tali azioni di accertamento, tipizzate nel Codice del processo amministrativo, non venissero considerate quali istituti di carattere eccezionale, ma espressione di un principio di portata più generale, potrebbe allora ritenersi per ciò solo ammissibile un'azione generale di accertamento, ricavabile per astrazione dalle singole previsioni codicistiche.

Sul punto assume rilievo, nonostante sia stata successivamente superata dalle riforme legislative, la nota sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 15 del 29 luglio 2011 con cui il Consiglio di Stato, in continuità con la precedente decisione n. 3 del 2011, si è pronunciato sulla tutela del terzo in relazione alla dichiarazione di inizio attività – D.i.a.<sup>(85)</sup>. Risulta utile ricordare

---

<sup>84</sup> Così recitava l'articolo 44 della legge delega 18 giugno 2009, n. 69.

<sup>85</sup> In particolare, nella sentenza in oggetto il Consiglio di Stato precisava, in primo luogo, che la D.i.a. era stata introdotta, in via generale, dall'art. 19 della L. n. 241/1990 e, con specifico riferimento alla materia edilizia, dagli artt. 22 e 23 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (oltre che in materia di promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili, in materia di comunicazioni elettroniche, in materia di attività produttive, in materia di attività imprenditoriali e professionali). Inoltre, prima delle modifiche apportate dalla Legge n. 122/2010, il modello della D.i.a. si articolava in una D.i.a. a legittimazione differita, in quanto l'attività denunciata poteva essere intrapresa solo dopo il decorso del termine di trenta giorni dalla comunicazione e in una D.i.a. a legittimazione immediata, che invece consentiva l'esercizio dell'attività sin dalla data di presentazione della dichiarazione. Successivamente, a seguito delle modifiche apportate dal D.L. n. 78 del 31 maggio 2010 all'art. 19 della legge n. 241/1990, è sempre consentito l'immediato inizio dell'attività oggetto dell'informativa a seguito della presentazione della segnalazione certificata di inizio attività (S.c.i.a.). Per un'ampia disamina sul tema, si veda E. ZAMPETTI, *D.i.a. e s.c.i.a. dopo l'Adunanza Plenaria n. 15/2011: la difficile composizione del modello sostanziale con il modello processuale*, in *Dir. amm.*, fasc.4, 2011, pagg. 811 ss.

brevemente la vicenda da cui trae origine la pronuncia: la controversia, in materia edilizia, vedeva contrapposti i proprietari di due fondi contigui, uno dei quali contestava all'altro di aver aggravato, a seguito della presentazione di una D.i.a., la servitù insistente su ambedue i fondi trasformandola da servitù pedonale a servitù carrabile, in violazione dell'art. 1067 del codice civile. Pertanto, il proprietario del primo fondo aveva impugnato la D.i.a. presentata dall'altro e il TAR adito in primo grado aveva accolto il ricorso annullando l'atto impugnato. Successivamente, veniva proposto appello da parte del proprietario del secondo fondo, con cui veniva dedotta la natura non provvedimentale, bensì privatistica della D.i.a., dalla quale derivava, in tesi, che essa non potesse essere annullata. Con la menzionata pronuncia, il Consiglio di Stato ritenne di confermare l'impostazione tradizionale della natura giuridica privatistica della D.i.a. in quanto atto finalizzato a comunicare alla p.a. l'intenzione di intraprendere un'attività edilizia; in base a tale orientamento, pertanto, il mancato intervento della p.a. deve essere considerato alla stregua di un tacito diniego rispetto all'esercizio dei poteri inibitori previsti dalla legge. Muovendo da tale presupposto, quindi, il Consiglio di Stato ha speso rilevanti considerazioni sulla tutela esperibile da parte del terzo nel tempo intercorrente tra la presentazione della D.i.a. (e, successivamente, della S.c.i.a., la quale consente sempre l'avvio dell'attività subito dopo la presentazione della segnalazione) e il termine perentorio entro cui la p.a. può emanare i provvedimenti inibitori.

A tal proposito, la sentenza rilevava che l'unica azione esperibile in tale contesto era quella di accertamento, ossia quell'azione volta ad ottenere una pronuncia idonea ad attestare l'insussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto di denuncia, non potendosi, infatti, configurare alcun silenzio rifiuto non essendosi ancora perfezionato un atto amministrativo tacito. Tale azione di accertamento, inoltre, risultava altresì produttiva dei conseguenti effetti conformativi con riferimento ai provvedimenti spettanti alla p.a..

In conseguenza di tale assunto, si ponevano due distinte ulteriori questioni problematiche, da un lato, quella dell'ammissibilità di un'azione atipica e, dall'altro lato, quella della compatibilità di tale azione con il divieto, previsto dall'art. 34 comma 2 C.p.a., di adottare pronunce aventi ad oggetto poteri non ancora esercitati.

Sotto il primo profilo, si evidenziava come la tutela approntata dall'azione di mero accertamento fosse l'unica idonea a garantire un'immediata protezione dell'interesse legittimo<sup>(86)</sup>, quale posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, nonostante la mancanza di

---

<sup>86</sup> Si veda, *ex multis*, la sentenza del Consiglio di Stato n. 472, sez. V, 31 gennaio 2012.

un'espressa previsione legislativa, in quanto necessaria per far fronte a imprescindibili esigenze di tutela che non potevano essere soddisfatte attraverso le azioni tipizzate nel Codice.

In altri termini, era appunto, ancora una volta il principio di effettività della tutela giurisdizionale a imporre l'atipicità delle azioni.

Le garanzie derivanti dal dettato costituzionale, agli articoli 24, 103 e 133, infatti, non possono essere considerate come riferibili esclusivamente ai diritti soggettivi, dovendo costituire invece un necessario parametro anche per gli interessi legittimi, con particolare riguardo a tutti quei casi in cui, in mancanza di un provvedimento impugnabile, l'azione di mero accertamento risulta indispensabile per soddisfare la pretesa del ricorrente.

Secondo la tesi fatta propria dal Consiglio di Stato, dunque, non sarebbe desumibile alcuna preclusione legislativa rispetto all'azione di accertamento, per il solo fatto della mancanza di un'espressa disposizione che la preveda. In questo senso, dunque, le azioni tipiche dichiarative, di condanna e costitutive assicurano forme di tutela che non escludono pronunce meramente dichiarative nelle quali la funzione di accertamento non si strumentale ad altra pronuncia.

Invero, tale impostazione può ritenersi confermata implicitamente anche dall'articolo 34, comma 2, C.p.a. il quale dispone che il giudice non possa mai statuire in merito ai poteri amministrativi non ancora esercitati<sup>(87)</sup>, potendosi correttamente ritenere che essa sia riferita alla stessa azione di accertamento, caratterizzata dal rischio di indebita ingerenza del giudice amministrativo nei rapporti non ancora sottoposti alle determinazioni dell'amministrazione.

Nel caso di specie, secondo il Consiglio di Stato, occorre verificare la sussistenza di una violazione dell'art. 34, comma 2, C.p.a. laddove il terzo, nel caso della D.i.a., avesse esperito un'azione di accertamento finalizzata a limitare gli effetti lesivi dovuti all'esercizio dell'attività, in quel limitato arco di tempo nel quale potevano essere esercitati i poteri inibitori. In particolare, nel caso in cui il ricorso venga proposto prima dell'esercizio del potere inibitorio, assume particolare rilevanza la distinzione tra i presupposti processuali (ovvero i requisiti necessari per l'instaurazione del rapporto processuale, che debbono sussistere fin dalla proposizione della domanda) dalle condizioni dell'azione (ovvero i requisiti della domanda che debbono, invece, sussistere al momento della decisione<sup>(88)</sup>); sul punto, si ritiene che

---

<sup>87</sup> Sul punto, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 5/2015, ha precisato che il vizio di incompetenza debba essere sempre esaminato in via pregiudiziale, pena la violazione dell'articolo 34, comma 2 C.p.a., in deroga al potere della parte di graduare i motivi del ricorso; infatti, il concetto di "potere non ancora esercitato" va inteso in senso ampio, ricomprendendo anche il caso in cui l'atto sia stato adottato da un organo diverso da quello preposto dalla legge.

<sup>88</sup> Sul tema si veda la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 1464 del 1983 e, in dottrina, *ex multis*, E. FOLLIERI, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2006, e, più recentemente, C. CUDIA, *Legittimazione a ricorrere, concezione soggettivistica della tutela e*

qualificando la scadenza del termine di conclusione del procedimento come condizione dell'azione, il mancato esercizio del potere al momento del ricorso non può ostare alla proposizione della domanda giudiziale. Pertanto, con la pronuncia richiamata venne confermata l'esperibilità dell'azione di accertamento atipica, anche attraverso la proposizione di una domanda cautelare, ai sensi dell'art. 55 C.p.a., così da impedire il verificarsi di un eventuale pregiudizio grave e irreparabile che l'esercizio dell'attività denunciata avrebbe potuto infliggere al terzo, nelle more della definizione del procedimento amministrativo e della conseguente maturazione della condizione dell'azione.

Le medesime esigenze di effettività della tutela imporrebbero, secondo questa prospettiva, alla scadenza dei termini per l'esercizio dei poteri inibitori, di distinguere due diverse ipotesi: da un lato, il caso in cui l'amministrazione abbia adottato il provvedimento di divieto, di per sé soddisfacente dell'interesse del terzo, e, dall'altro, il caso in cui non abbia adottato alcun provvedimento.

Nella prima eventualità, ove la p.a. abbia esercitato i poteri inibitori, il giudice amministrativo dovrebbe dichiarare la cessazione della materia del contendere, ai sensi dell'art. 34, comma 5, C.p.a., avendo il terzo pienamente soddisfatto il proprio interesse ad evitare la prosecuzione dell'attività ritenuta lesiva.

Diversamente, nel secondo caso, a fronte dell'inerzia della p.a., l'azione di accertamento si converte automaticamente in una domanda di annullamento del diniego tacito di adozione dei provvedimenti inibitori <sup>(89)</sup>.

A seguito di tale sentenza, la giurisprudenza degli anni successivi ha declinato il principio dell'interesse a ricorrere, previsto dall'art. 100 c.p.c. ed applicabile nel processo amministrativo in forza del rinvio esterno di cui all'art. 39 C.p.a., non solo come presupposto processuale

---

*principio di atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in <https://journals.uniurb.it/index.php/pea/article/view/2082>, 08/2020.

<sup>89</sup> Nello specifico, la sentenza afferma che *“in forza del principio di economia processuale, l'azione di accertamento, una volta maturato il termine per la definizione del procedimento amministrativo, si converte automaticamente in domanda di impugnazione del provvedimento sopravvenuto in quanto la portata sostanziale del ricorso iniziale finisce per investire in pieno, sul piano del petitum sostanziale e della causa petendi, la decisione della pubblica amministrazione di non adottare il provvedimento inibitorio. E tanto specie se si considera che detto silenzio provvedimento non introduce, per sua natura, elementi motivazionali che richiedano una specifica contestazione con una nuova iniziativa processuale. Resta salva la facoltà dell'articolazione di motivi aggiunti suggeriti dalle risultanze dell'istruttoria svolta dall'amministrazione o dalla sopravvenienza di nuovi elementi. La proposizione di motivi aggiunti sarà invece onerosa, pena l'improcedibilità del ricorso già presentato, nell'ipotesi in cui la pubblica amministrazione, all'esito del procedimento amministrativo inaugurato con la presentazione della d.i.a., adotti un atto espresso che evidenzi le ragioni della mancata adozione della determinazione inibitoria”*.



dell'azione di annullamento e di condanna, bensì anche come elemento generale per la legittimazione ad agire ai sensi dell'art. 24 della Costituzione <sup>(90)</sup>.

Tuttavia, il Legislatore non ritenne di aderire alla soluzione adottata dall'Adunanza Plenaria n. 15/2011 ed intervenne successivamente con il Decreto Legge 13 agosto 2011, n. 138 (convertito dalla Legge 14 settembre 2011, n. 148) con cui, pur confermando la tesi della natura privatistica delle denunce, dichiarazioni e segnalazioni effettuate ai sensi dell'articolo 19 della L. 241/90, introdusse in tale disposizione, il nuovo comma 6-ter <sup>(91)</sup>, in base al quale il terzo non beneficia di una tutela reale, ma può esclusivamente esperire l'azione avverso il silenzio-inadempimento della p.a., dopo aver sollecitato l'esercizio dei poteri inibitori di cui all'articolo 19, escludendo così l'esperibilità dell'azione di accertamento atipica e della relativa domanda cautelare.

Peraltro, occorre qui sottolineare come tale tutela avverso il silenzio, prevista dal suddetto comma 6-ter, risulti attualmente in contrasto con il novellato articolo 19 che, al nuovo comma 4, attribuisce alla p.a. l'esercizio dell'inibitoria anche dopo la scadenza del termine di 60 giorni <sup>(92)</sup>.

In definitiva, in ossequio al principio di effettività della tutela giurisdizionale, nel processo amministrativo è stata riconosciuta in via interpretativa la possibilità di esperire azioni di accertamento atipiche, non codificate dal Codice del processo amministrativo, volte esclusivamente ad eliminare uno stato di incertezza pregiudizievole per il ricorrente, a mezzo delle quali si domanda dunque di accertare una situazione giuridica soggettiva propria o altrui, indipendentemente dall'adozione di ulteriori pronunce costitutive o di condanna.

Appare, tuttavia, preferibile la tesi secondo cui ai fini dell'esperibilità di tale azione, sia necessaria una precedente contestazione <sup>(93)</sup>, da parte di terzi, circa la titolarità e/o il contenuto di una posizione giuridica di cui ritiene di essere titolare il ricorrente, tale da riconoscere allo stesso un interesse qualificato rispetto a una pronuncia esclusivamente dichiarativa che superi la situazione di incertezza.

Infine, risulta necessario sottolineare, da un lato, la mancanza di indicazioni normative con riferimento al termine decadenziale che, pertanto, non sussiste – salvo che per l'azione di

---

<sup>90</sup> Così, Consiglio di Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002 in *Dir. proc. Amm.*, 2013, 3, p. 854.

<sup>91</sup> In particolare, il comma 6 ter dell'articolo 19, Legge 241/90, prevede che *“la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104”*.

<sup>92</sup> Legge 7 agosto 2015, n. 124, cosiddetta Riforma Madia, *“Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle Amministrazioni pubbliche”*.

<sup>93</sup> Sul punto, T.A.R. Marche, sez. I, 7 gennaio 2014, n. 22 e Consiglio di Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002, secondo cui non sarebbe necessario che la contestazione si espliciti in atti materiali, essendo invece sufficiente percepire una turbativa nel libero godimento del diritto.

accertamento della nullità per motivi diversi dalla violazione ed elusione del giudicato, per la quale si prevede un termine decadenziale di centottanta giorni - e, dall'altro, la subordinazione della pronuncia di accertamento al limite di cui all'articolo 34, comma 2, C.p.a., in forza del quale, come già rilevato, è inibito al giudice amministrativo di potersi pronunciare con riguardo a poteri non ancora esercitati dalla p.a..

## 7. Il principio di effettività e la tutela di condanna pubblicistica

Notevoli sono state le ripercussioni dell'applicazione del principio di effettività rispetto alla c.d. domanda di condanna pubblicistica, che ha condotto ad un ripensamento della tradizionale concezione del dogma della separazione dei poteri.

Al riguardo, si deve osservare come l'ammissibilità dell'azione di condanna ad un *facere* della Pubblica Amministrazione è stata, ancora una volta, frutto di un'elaborazione interpretativa della giurisprudenza, fondata, appunto, in definitiva, sul principio di effettività della tutela giurisdizionale in linea con le posizioni della prevalente dottrina <sup>(94)</sup>, che propose, in particolare, di mutuare dal processo amministrativo tedesco l'azione di condanna all'emanazione di un provvedimento adempimento.

In ossequio al medesimo principio, inoltre, una parte della dottrina sosteneva anche la tesi dell'esperibilità di un'azione di adempimento atipica che rispondesse alla necessità di tutela legata all'adozione di un determinato provvedimento <sup>(95)</sup>.

Tradizionalmente, però, la tesi dell'ammissibilità in via generale di un'azione di condanna pubblicistica era stata ostacolata per il timore che, attraverso il "grimaldello" rappresentato dalla sentenza di condanna, il giudice amministrativo finisse per invadere la sfera del merito, riservata alle valutazioni dell'amministrazione, violando, così, il principio di separazione dei poteri <sup>(96)</sup>.

Tale scetticismo veniva peraltro alimentato dalla mancanza di una disciplina positiva, la quale, infatti, prevedeva meramente la tutela di condanna, cosiddetta privatistica, al risarcimento e al pagamento di somme di denaro relative ai "*diritti patrimoniali consequenziali*" <sup>(97)</sup>.

---

<sup>94</sup> M. NIGRO, *Linee di una riforma necessaria e possibile nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, pp. 254 ss.; inoltre, D. CORLETTI, *La tutela dei terzi nel processo amministrativo*, Padova, 1992, pp. 189 ss..

<sup>95</sup> M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, pp. 584 e ss..

<sup>96</sup> A. CARBONE, *Riflessi sull'azione di adempimento a due anni dall'entrata in vigore del Codice*, in *Il Nuovo Diritto Amministrativo*, Roma, 2, 2013, pp. 3 e ss..

<sup>97</sup> V. art. 7, l. n. 205, 21 luglio 2000.

Anche sotto questo profilo è risultato dirimente il mutamento della natura del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto e, ancora una volta, ha assunto rilievo una svolta giurisprudenziale, rappresentata dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 3/2011 (<sup>98</sup>), con la quale venne reputata ammissibile in via generale l'esperibilità dell'azione generale di condanna ad un *facere* della p.a., volta ad ottenere il bene della vita, in aggiunta, quindi, alle azioni di condanna tipiche espressamente previste dal Codice.

In particolare, il Consiglio di Stato riconobbe l'esperibilità dell'azione di condanna volta ad ottenere l'atto amministrativo oggetto dell'istanza del ricorrente, non solo in caso di silenzio ma anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto, ma a condizione che non residuassero margini di discrezionalità amministrativa e tecnica.

A seguito di tale pronuncia, l'azione di esatto adempimento venne poi espressamente riconosciuta con il D. lgs. 14 settembre 2012, n. 160, che apportò il secondo "correttivo" al Codice del processo amministrativo.

È importante sottolineare, ai fini che qui interessano, come nell'elaborazione giurisprudenziale, l'esperibilità di tale azione sia stata ritenuta desumibile dal combinato disposto degli articoli 30, comma 1 e 34, comma 1, lett. c) del C.p.a..

Infatti, la prima disposizione riguarda genericamente le sentenze di condanna, senza specificarne il relativo contenuto concreto e consentendo, pertanto, di ricondurvi anche l'azione di condanna ad un *facere* della p.a., mentre la seconda norma prevede che la sentenza di condanna debba "*prescrivere l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio*".

Peraltro, la configurabilità di un'azione di esatto adempimento di carattere generale potrebbe essere altresì ritenuta giustificata alla luce del progressivo superamento della posizione di centralità rivestita dalla tutela di annullamento, nonché, per astrazione, sulla base di un'interpretazione estensiva delle singole ipotesi di condanna previste, in materia di silenzio, dall'articolo 31, comma 3, C.p.a., in materia di contratti pubblici, dall'articolo 124 C.p.a. e, per l'azione di classe collettiva, dall'articolo 4 del D.lgs. n. 198/2009 (<sup>99</sup>).

---

<sup>98</sup> Così, Consiglio di Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Foro. it.*, 1, 2012, p. 31. Inoltre, si veda F.G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 988 e ss..

<sup>99</sup> Per un'ampia ricostruzione dell'azione di classe per l'efficienza amministrativa, si veda A. GIUFFRIDA, *Il "diritto" ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Torino, 2012, 179 ss., con i principali riferimenti bibliografici.

## 7.1 Il secondo correttivo al Codice del processo amministrativo (D.lgs. 14 settembre 2012, n. 160)

Come anticipato, il D.lgs. n. 160, del 14 settembre 2012, ha sostanzialmente recepito gli approdi giurisprudenziali culminati con la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 3 del 2011, apportando così il secondo correttivo al Codice del processo amministrativo e prevedendo esplicitamente, all'articolo 34, comma 1, lett. c), l'istituto dell'azione di condanna pubblicistica, ovvero l'azione di condanna volta a ottenere il rilascio del provvedimento richiesto.

In tal modo, il legislatore ha accolto la tesi dell'esperimentabilità dell'azione di esatto adempimento, ossia ad un *facere* specifico della p.a. avente ad oggetto l'adozione del provvedimento illegittimamente rifiutato.

Si tratta, a ben vedere, di una tappa fondamentale nell'ambito della progressiva elaborazione di quelle ulteriori tecniche di garanzia del principio di effettività della tutela giurisdizionale alle quali si accennava all'inizio.

L'azione di esatto adempimento è tuttavia subordinata, ai sensi dell'art. 34 del C.p.a., ad un duplice limite, uno di carattere sostanziale e uno di carattere processuale.

Quanto al primo, si deve sottolineare come il giudice amministrativo si possa pronunciare sulla fondatezza della pretesa solo in caso di attività vincolata ovvero laddove non sussistano margini di discrezionalità amministrativa; il riferimento alla discrezionalità senza ulteriori limitazioni consente di escludere il sindacato anche nel caso in cui residuino in concreto in capo all'amministrazione profili di discrezionalità tecnica.

Quanto al secondo, la domanda di condanna pubblicistica non può essere esperita in via autonoma, bensì solo contestualmente ad altra azione e, in particolare, all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio (art. 34, comma 1, lett. c), C.p.a.). Il soggetto destinatario del provvedimento illegittimo di diniego dovrà pertanto impugnare il diniego o il silenzio entro il termine decadenziale in modo da poter proporre, nel medesimo processo, la domanda di condanna pubblicistica.

Tale requisito di ordine processuale consente così di cogliere la ragione dell'assenza di una previsione normativa con riferimento al termine decadenziale per proporre la domanda di condanna al rilascio del provvedimento, essendo i due tipi di azioni tra loro in rapporto di connessione strutturale e funzionale, tale da determinare un cumulo processuale eterogeneo necessario.

# Capitolo secondo: le conseguenze del principio di effettività sulla tutela cautelare

**SOMMARIO:** 1. I caratteri e i presupposti della tutela cautelare. – 2. Le linee evolutive della tutela cautelare. – 3. La tutela cautelare ante causam. – 3.1. Il dibattito sulla mancata previsione di una tutela cautelare ante causam: la Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia. – 3.2. I presupposti e il procedimento cautelare ante causam nel Codice del processo amministrativo.

## 1. I caratteri e i presupposti della tutela cautelare

La disciplina del giudizio cautelare, originariamente collocata nell'art. 21, comma 8, L. n. 1034 del 1971 "Legge sull'istituzione dei tribunali amministrativi", è attualmente prevista nel Titolo II, Libro secondo del Codice del processo amministrativo, agli articoli 55 e seguenti.

L'istituto della tutela cautelare è presente nel processo amministrativo fin dalla stessa istituzione della giustizia amministrativa, risalente alla legge n. 5992 del 1889 - la cosiddetta "Legge Crispi", istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato "per la giustizia amministrativa" - la quale prevedeva, all'art. 12 <sup>(1)</sup>, la sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato solo in presenza di "gravi ragioni".

---

<sup>1</sup> Ai sensi dell'art. 12 della legge n. 5992/1889 (Legge Crispi): "i ricorsi in via contenziosa non hanno effetto sospensivo. Tuttavia la esecuzione dell'atto o del provvedimento può essere sospeso per gravi ragioni, con decreto motivato della 4<sup>a</sup> sezione sopra istanza del ricorrente".

Successivamente, l'articolo 21, ultimo comma, legge 6 dicembre 1971, n. 1034 "Istituzione dei tribunali amministrativi regionali" dispose che "se il ricorrente, allegando danni gravi e irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto, ne chiede la sospensione, sull'istanza il tribunale amministrativo regionale pronuncia con ordinanza motivata emessa in camera di consiglio. I difensori delle parti debbono essere sentiti in camera di consiglio, ove ne facciano richiesta"; tale disposizione venne però successivamente modificata dall'art. 3, legge 21 luglio 2000, n. 205, secondo cui "se il ricorrente, allegando un pregiudizio grave e irreparabile derivante dall'esecuzione dell'atto impugnato, ovvero dal comportamento inerte dell'amministrazione, durante il tempo necessario a giungere ad una decisione sul ricorso, chiede l'emanazione di misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso, il tribunale amministrativo regionale si pronuncia sull'istanza con ordinanza emessa in camera di consiglio. [...] L'ordinanza cautelare motiva in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato, ed indica i profili che, ad

Analogamente, atteso che l'attuale disciplina conferisce al provvedimento amministrativo carattere di immediata esecutività e, in virtù della presunzione di legittimità dell'atto, la sua impugnazione non ne comporta di per sé sola la sospensione dell'efficacia, ad eccezione del caso in cui sia la stessa amministrazione procedente a sospenderla in via di autotutela o, in alternativa, appunto, qualora la sospensione sia disposta con un provvedimento giurisdizionale.

Quanto allo strumento della tutela cautelare, dunque, è evidente come lo stesso consenta di proteggere il destinatario del provvedimento finale dagli eventuali pregiudizi che potrebbero derivare dalla produzione degli effetti dell'atto, evitando il rischio intrinsecamente connesso alla possibile eccessiva durata dei procedimenti ordinari, che contribuisce alla lesione del principio di effettività della tutela giurisdizionale sotto il profilo della ragionevole durata del processo <sup>(2)</sup>.

È per questa ragione, dunque, che si ritiene che la tutela cautelare costituisca indefettibile espressione del principio di effettività della tutela giurisdizionale <sup>(3)</sup>, in quanto risulta volta a scongiurare le conseguenze negative che potrebbero riverberarsi in concreto sulla possibilità di ottenere il bene della vita anelato dal privato a causa dell'inevitabile trascorrere del tempo nel corso del processo di cognizione.

La principale finalità della tutela cautelare è infatti quella di garantire e salvaguardare gli effetti della decisione finale ed evitare che il tempo necessario per giungere alla pronuncia definitiva frustri, in concreto, le ragioni del ricorrente, come avverrebbe qualora questi finisse per ottenere una sentenza favorevole, ma ormai sostanzialmente priva di effettiva

---

*un sommario esame, inducono a una ragionevole previsione sull'esito del ricorso. I difensori delle parti sono sentiti in camera di consiglio, ove ne facciano richiesta*" (art. 21, comma 8 modificato).

Inoltre, lo stesso art. 3 cit. introdusse i commi 9 e 10 all'articolo 21 (comma 9: *"Prima della trattazione della domanda cautelare, in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, il ricorrente può, contestualmente alla domanda cautelare o con separata istanza notificata alle controparti, chiedere al presidente del tribunale amministrativo regionale, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie. Il presidente provvede con decreto motivato, anche in assenza di contraddittorio. Il decreto è efficace sino alla pronuncia del collegio, cui l'istanza cautelare è sottoposta nella prima camera di consiglio utile. Le predette disposizioni si applicano anche dinanzi al Consiglio di Stato, in caso di appello contro un'ordinanza cautelare e in caso di domanda di sospensione della sentenza appellata;* comma 10 *"In sede di decisione della domanda cautelare, il tribunale amministrativo regionale, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria ed ove ne ricorrano i presupposti, sentite sul punto le parti costituite, può definire il giudizio nel merito a norma dell'articolo 26. Ove necessario, il tribunale amministrativo regionale dispone l'integrazione del contraddittorio e fissa contestualmente la data della successiva trattazione del ricorso a norma del comma undicesimo; adotta, ove ne sia il caso, le misure cautelari interinali"*).

<sup>2</sup> M. BOVE, *Tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 2011, 1, p. 43.

<sup>3</sup> V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, 2019.

utilità in quanto giunta, per esempio, all'esito della piena esecuzione del provvedimento impugnato.

In una diversa prospettiva, anche il ricordato mutamento del baricentro del processo amministrativo da un giudizio sull'atto a un giudizio sul rapporto ha profondamente inciso sulla dimensione della tutela cautelare. Al riguardo, infatti, l'originaria impostazione processuale incentrata sulla sola tutela demolitoria si rifletteva anche sul piano cautelare, concepita dunque in via speculare rispetto all'azione di annullamento del provvedimento e, dunque, mediante la sola sospensione degli effetti del provvedimento impugnato.

Per tale ragione, anche il giudizio cautelare poteva risultare inadeguato rispetto allo scopo di assicurare un'adeguata tutela agli interessi legittimi di natura pretensiva. L'impostazione dell'intero sistema di giustizia amministrativa, ivi incluso il giudizio cautelare, ha subito un significativo cambiamento con l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, che ha garantito una tutela piena ed effettiva agli interessi legittimi non solo di natura oppositiva, ma, appunto, anche pretensiva.

Il giudizio cautelare anche nel processo amministrativo è caratterizzato dalla cognizione sommaria <sup>(4)</sup>, imposta dalle esigenze di celerità del rito, ed è quindi insuscettibile di determinare l'effetto di giudicato previsto all'art. 2909 cod. civ.; l'ordinanza cautelare, infatti, ai sensi dell'art. 55 del Codice del processo amministrativo, può limitarsi ad indicare i profili che *“ad un sommario esame inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso”*.

Il carattere di sommarietà del giudizio cautelare trova, in particolare, giustificazione nel carattere provvisorio del provvedimento, i cui effetti sono destinati ad essere sostituiti da quelli prodotti dalla decisione di merito.

Sul piano funzionale la tutela cautelare si configura, da un lato, quale tutela autonoma che assolve alla funzione di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, anche attraverso l'utilizzo di strumenti connotati da profili di atipicità.

Peraltro, tale autonomia si manifesta anche sul profilo strutturale, in quanto il giudizio cautelare, pur mantenendo carattere accessorio, assume caratteristiche peculiari e, rispetto a quella, differenti. Dall'altro lato, la tutela cautelare si configura come necessariamente

---

<sup>4</sup> Con il termine “sommaria” si intende una cognizione superficiale, sulla base della classificazione di G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, pp. 664 e ss..

strumentale rispetto alla tutela di merito, dalla quale essa non può discostarsi attraverso il riconoscimento in favore del ricorrente utilità maggiori o diverse da quelle che potranno derivare all'esito del giudizio di merito: tra i principi che governano il giudizio cautelare si annovera, appunto, quello secondo cui il provvedimento cautelare non può produrre effetti ulteriori rispetto a quelli che verrebbero prodotti dalla pronuncia di merito <sup>(5)</sup>.

Anche nell'ambito del processo amministrativo, in ogni caso, i presupposti per usufruire della tutela cautelare sono il *periculum in mora* ed il *fumus boni iuris*.

Il primo requisito è espressamente previsto dall'articolo 55, comma 1, C.p.a., in base al quale il ricorrente deve allegare "un pregiudizio grave e irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione sul ricorso". Esso consiste, dunque, nel pericolo che nelle more del giudizio di merito, prima che intervenga il provvedimento definitivo, l'interesse fatto valere subisca una lesione o un pregiudizio; il concetto di irreparabilità è interpretato dalla giurisprudenza in modo "relativo" ovvero comprensivo anche dei pregiudizi "difficilmente riparabili". Tale valutazione viene effettuata dal giudice mediante un giudizio probabilistico e, secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza, la gravità del pregiudizio dovrebbe ritenersi sussistente non solo con riferimento al ricorrente, come testualmente affermato dalla norma, bensì avendo riguardo agli interessi e alle utilità di tutte le parti in causa <sup>(6)</sup>.

Quanto al secondo presupposto, il *fumus boni iuris*, il giudice deve verificare la verosimiglianza o probabilità della fondatezza dell'azione di merito esercitata dal ricorrente, verifica che si basa su un accertamento prognostico ai sensi dell'articolo 55, comma 9, C.p.a., secondo cui il giudice, nell'ordinanza cautelare, "motiva in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato e indica i profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso": il *fumus boni iuris*, dunque, comporta che il ricorso non debba apparire, prima facie, manifestamente inammissibile, improcedibile o infondato, richiedendosi al giudice una sorta di prognosi sulla probabilità dell'esito del giudizio.

Sussiste, poi, un ulteriore presupposto meramente eventuale, cui può essere subordinata la concessione o il diniego della misura cautelare, consistente nel pagamento di una cauzione che può essere discrezionalmente disposta da parte del giudice, ai sensi dell'art.

---

<sup>5</sup> Vedasi Consiglio di Stato, sez. VI, 5 marzo 2013, n. 1310 e, altresì, Consiglio di Stato, sez. IV, 7 luglio 2014, n. 3416.

<sup>6</sup> Si veda, in tal senso, Consiglio di Stato, sez. VI, ord. 23 ottobre 2011, n. 5791.



55 comma 2 C.p.a., quando “*dalla decisione sulla domanda cautelare derivino effetti irreversibili*”; tale cauzione, però, non può mai essere prevista quando la domanda cautelare abbia ad oggetto diritti fondamentali della persona o altri beni di primario rilievo costituzionale.

Si deve ritenere che già l’art. 55 C.p.a., in sostanza, costituisca di per sé una disposizione volta ad attuare un principio di atipicità della tutela cautelare, nell’ambito del quale l’iter accelerato ad essa sotteso, costituito da un accertamento sommario e incompleto, trova contemperamento nella garanzia del contraddittorio tra le parti e in cui, altresì, l’anticipazione provvisoria del contenuto della successiva pronuncia di merito trova la sua ragione giustificativa nella sussistenza dei due suesposti requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Sono parimenti attuazione di una fondamentale esigenza di effettività della tutela anche le misure cautelari presidenziali monocratiche le quali prevedono un’ulteriore anticipazione della tutela, che precede l’esame da parte del collegio, essendo per questa ragione necessari requisiti più stringenti di quelli genericamente propri delle misure collegiali; esse, infatti, possono essere adottate solo in caso di estrema gravità e urgenza e sarà poi compito del collegio decidere con ordinanza sulla conferma o meno del decreto presidenziale, successivamente modificabile su istanza di parte o revocabile.

Così rapidamente sintetizzato un quadro, generico ed essenziale, della disciplina del giudizio cautelare nel processo amministrativo, si può ora volgere lo sguardo alle linee evolutive che l’hanno interessato al fine di evidenziare come anche, a tale riguardo, l’utilizzo in chiave interpretativa del principio di effettività della tutela abbia determinato radicali mutamenti di prospettiva.

## **2. Le linee evolutive della tutela cautelare**

La versione originaria dell’articolo 21 della legge n. 1034 del 1971, antecedente alle modifiche apportate dalla legge n. 205 del 2000, prevedeva esclusivamente una tutela cautelare tipica e tipizzata che consentiva di ottenere esclusivamente la sospensione del provvedimento impugnato. Evidenti erano, tuttavia, i limiti di tale originario sistema, inidoneo ad assicurare una tutela effettiva a fronte di interessi legittimi pretensivi. Infatti, la sospensione dell’atto impugnato, per la sua funzione essenzialmente conservativa della

situazione esistente, può avere efficacia cautelare esclusivamente in relazione a quei provvedimenti che, per la loro attitudine a limitare la sfera giuridica del ricorrente, si collegano ad interessi legittimi oppositivi e non, invece, rispetto agli atti ampliativi della sfera giuridica del ricorrente, alla cui base si pongono interessi legittimi di tipo pretensivo. In quest'ultimo caso, invero, la sospensione del provvedimento di diniego non sarebbe sufficiente ai fini della tutela dell'interesse sostanziale sotteso alla domanda giudiziale. Occorre al riguardo sottolineare che la giurisprudenza, prima della legge n. 205 del 2000, elaborò ulteriori forme di tutela cautelare, diverse dalla sola sospensione. Era dunque emersa nella prassi una trasformazione della tutela cautelare amministrativa, che si presentava *“non più volta, come nell'originaria idea del legislatore, a svolgere un ruolo di mera conservazione dello stato esistente prima dell'emanazione del provvedimento impugnato, bensì ad assicurare le misure di volta in volta idonee a far fronte a ritardi che potrebbero rivelarsi irrimediabili, in specie anticipando i contenuti non solo della decisione definitiva, ma anche della successiva attività rinnovatoria della pubblica amministrazione ovvero quelli dell'eventuale giudizio di ottemperanza”* (7).

In tal senso, nel caso di dinieghi o di comportamenti inerti della p.a., lesivi di interessi legittimi pretensivi, si rendeva necessario il ricorso all'adozione di ordinanze cautelari dal contenuto sostanzialmente positivo e con efficacia propulsiva, attraverso le quali la giurisprudenza ha progressivamente superato in via interpretativa l'ostacolo rappresentato dalla previsione della sola tutela cautelare tipica, limitata alla sola sospensione. Si trattava, a ben vedere, di una soluzione imposta, ancora una volta, da fondamentali esigenze dettate dal principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Analogamente, con riferimento alla tutela cautelare dei diritti soggettivi nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la tutela meramente sospensiva del provvedimento amministrativo risultava poco efficiente nell'ambito di un giudizio volto alla verifica della fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente. A tal proposito è importante rammentare che la Corte Costituzionale, con la sentenza 28 giugno 1985, n. 190 (8), ritenne ammissibile la configurabilità di misure cautelari atipiche concesse dal

---

<sup>7</sup> R. GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, pp. 877 ss..

<sup>8</sup> Si veda la sentenza della Corte Costituzionale n. 190, 28 giugno 1985, secondo cui *“l'illegittimità costituzionale dell'art. 21 u.c. della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei T.A.R. nella parte in cui, limitando l'intervento d'urgenza del giudice amministrativo alla sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, non consente al giudice stesso di adottare nelle controversie patrimoniali in materia di*

giudice amministrativo in materia di diritti soggettivi. Nel caso di specie la Corte reputò necessario che il giudice amministrativo chiamato a pronunciarsi nell'ambito delle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego avesse la possibilità di adottare, in sede di giurisdizione esclusiva, un provvedimento cautelare atipico, suscettibile di essere adattato alle esigenze specifiche del caso concreto.

Il principio di atipicità della tutela cautelare nel processo amministrativo complessivamente considerato venne successivamente codificato solo col Codice del processo amministrativo, segnando così il passaggio da un sistema chiuso e tipico ad un sistema aperto, generale e atipico e, in particolare, riconoscendo al giudice amministrativo il potere di adottare tutte le misure che, ai sensi dell'articolo 55 comma 1 C.p.a., si rivelino idonee ad assicurare gli effetti della decisione di merito.

Logica conseguenza di questa impostazione, in ossequio al principio di separazione dei poteri, è stata l'inibizione di qualsivoglia ingerenza dell'attività giurisdizionale nell'area riservata alla discrezionalità dell'Amministrazione, riproponendosi quelle medesime considerazioni problematiche che già avevano interessato l'ambito della proposizione della domanda di condanna pubblicistica.

Con riferimento alle diverse forme di tutela cautelare, è possibile operare una distinzione a seconda che sorgano controversie riguardanti diritti soggettivi, interessi legittimi oppositivi o interessi legittimi pretensivi. Al riguardo, infatti, i diversi modelli di tutela cautelare a disposizione dal giudice amministrativo sono riconducibili a quattro categorie: misure ordinatorie con contenuto patrimoniale (a tutela dei diritti soggettivi), misure a contenuto negativo di tipo sospensivo (per gli interessi legittimi oppositivi), misure propulsive e misure sostitutive (per gli interessi legittimi pretensivi e per quelli oppositivi).

Decisiva ai fini dell'ammissibilità delle misure cautelari propulsive e sostitutive è stata l'introduzione nel nostro ordinamento dell'azione di condanna all'esatto adempimento, cui si è già precedentemente accennato.

Soltanto attraverso tali misure, infatti, il giudice, in sede cautelare, dispone del potere di invitare la pubblica amministrazione al riesame della vicenda sottoposta al suo esame

---

*pubblico impiego, sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza che appaiono secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, le quante volte il ricorrente abbia fondato motivo di temere che durante il tempo necessario alla prolazione della pronuncia di merito il suo diritto sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile", in Giur. It., 1985, I, 1, p. 1297.*

(cosiddetto *remand* o decisioni propulsive), ovvero quello di attribuire in via interinale, in sostituzione dell'amministrazione, il bene della vita cui aspira il ricorrente (c.d. decisioni sostitutive).

Le decisioni propulsive, oltre a determinare la sospensione del provvedimento negativo impugnato, sono altresì caratterizzate da statuizioni che ordinano all'amministrazione di provvedere in modo conforme al *dictum* giurisdizionale, valutando quindi se concedere al ricorrente, in via interinale, il provvedimento ampliativo richiesto sulla base dell'ordinanza, ovvero negarlo laddove vengano ravvisate ragioni ostative non evidenziate in precedenza ed emerse solamente nell'ambito della nuova valutazione successiva all'ordinanza propulsiva. In altri termini, grazie al *remand*, si instaura una sorta di dialogo tra il giudice amministrativo e l'amministrazione, finalizzato ad orientare la successiva attività discrezionale nella direzione indicata dal provvedimento giurisdizionale <sup>(9)</sup>.

Per quanto attiene alle ordinanze sostitutive, invece, si tratta di misure cautelari mediante le quali il giudice stesso, sostituendosi direttamente all'amministrazione, attribuisce in via interinale il bene della vita richiesto dal ricorrente (si pensi, ad esempio, al rilascio di un'autorizzazione precedentemente negata dal provvedimento amministrativo sospeso). Diversi e molteplici sono stati tuttavia i profili di perplessità emersi in relazione alle ordinanze cautelari sostitutive. Occorre evidenziare al riguardo che secondo attenta dottrina <sup>(10)</sup>, dette ordinanze devono ritenersi ammissibili esclusivamente nella misura in cui non residui alcun margine di discrezionalità in capo all'Amministrazione.

Tra i diversi orientamenti emersi sul punto, quello tradizionale si mostrava contrario, da un lato, alla sospensione dei provvedimenti negativi propri <sup>(11)</sup>, lesivi di interessi legittimi

---

<sup>9</sup> In tal senso, il Consiglio di Stato, sez. IV, 4 febbraio 2013, n. 651, secondo cui “*nel giudizio amministrativo, la circostanza per cui l’ordinanza di sospensione di un diniego sia stata adottata attraverso la c.d. tecnica del remand, ossia mediante la fissazione delle coordinate operative e sistematiche cui informare la concreta riedizione del potere, non consente all’Amministrazione di limitare la propria attività conformativa alla mera rimozione del provvedimento negativo oggetto dell’impugnativa, altrimenti venendo meno il continuum funzionale (anche in chiave procedimentale) che necessariamente deve intercorrere fra lo iussum giudiziale (quand’anche impartito nella forma dell’ordinanza cautelare atipica) e le conseguenze conformative, risolventisi nella riedizione del potere, secondo l’assetto delineato con il comando del giudice*”.

<sup>10</sup> A. TRAVI, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 178.

<sup>11</sup> I provvedimenti di diniego, ossia quelli lesivi di interessi legittimi pretensivi, possono essere distinti in due categorie, da un lato, quelli propri o in senso stretto (come il diniego di autorizzazione) produttivi del solo effetto di precludere l'acquisizione del bene della vita cui aspira il ricorrente, senza produrre effetti modificativi della sfera giuridica del ricorrente stesso, dall'altro, quelli negativi in senso improprio (come

pretensivi, e, dall'altro, all'ammissibilità di ordinanze che imponessero all'Amministrazione il riesame o l'accoglimento dell'originaria istanza già respinta. Tale orientamento restrittivo si fonda su diversi argomenti, due dei quali particolarmente significativi. Un primo argomento risulta essere strettamente correlato alla ritenuta funzione essenzialmente conservativa della misura cautelare, dovendosi riconoscere alla sospensione interinale, quale unica misura originariamente prevista dal sistema, una funzione meramente conservativa, volta a paralizzare, nelle more del giudizio, l'attività dell'amministrazione e l'esecuzione del provvedimento, attraverso la sola imposizione di obblighi di *non facere*.

L'adozione di ordinanze che imponessero un comportamento positivo dell'Amministrazione, con la conseguente introduzione di obblighi, avrebbe infatti inevitabilmente stravolto la natura meramente conservativa del provvedimento cautelare, interferendo con l'ambito della discrezionalità riservata all'amministrazione.

A tale prima argomentazione, i sostenitori dell'orientamento favorevole ad una tutela cautelare di tipo propulsivo per gli interessi legittimi pretensivi replicavano facendo leva sui principi costituzionali di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale, cui è direttamente strumentale la stessa previsione in via generale della tutela cautelare.

La previsione costituzionale di tali principi sarebbe di per sé incompatibile con un sistema di giustizia amministrativa che lasciasse una parte rilevante degli interessi legittimi, segnatamente, appunto, quelli pretensivi, del tutto privi di una forma di tutela cautelare adeguata e soddisfattiva, imponendosi, a tal fine, un superamento dell'originario carattere meramente conservativo delle ordinanze interinali.

Parimenti infondata è considerata la seconda argomentazione utilizzata dai sostenitori della tesi tradizionale, incentrata sulla necessità di evitare indebite invasioni della sfera riservata alla discrezionalità dell'amministrazione, essendo necessario tenere quest'ultima al riparo da indebite ingerenze dell'autorità giudiziaria.

Si osserva, sul punto, che mentre la sostituzione giudiziale è limitata ai soli casi di inerzia, violazione o elusione della misura cautelare, l'ordinanza propulsiva risulterebbe invece

---

il diniego di rinnovo di concessione) produttivi di effetti innovativi, incidenti su una situazione di vantaggio già presente e producendo l'effetto positivo dell'innovazione materiale della realtà preesistente. In tal caso, allora, la sospensione dell'atto negativo è efficace in quanto congela gli effetti materialmente prodotti dal diniego, mentre il primo tipo di provvedimento non trova tutela attraverso la mera sospensiva dell'atto.

finalizzata a stimolare il riesercizio del potere discrezionale dell'amministrazione, nel rispetto dei vincoli stabiliti dall'ordinanza.

Un ruolo decisivo nell'ottica del superamento dell'orientamento tradizionale è stato, come anticipato, ricoperto dalla giurisprudenza che ha progressivamente ammesso la configurabilità di forme di tutela cautelare degli interessi pretensivi rispetto ai quali la sola sospensione era insuscettibile di sortire alcun effetto materiale per il ricorrente.

In questa prospettiva, le prime ipotesi in cui la giurisprudenza ha adottato misure cautelari propulsive hanno riguardato l'ammissione con riserva agli esami o concorsi (12). Il risultato dell'adozione di tali misure consiste nella produzione, in via solo interinale, degli stessi effetti negati dal provvedimento gravato, realizzando di fatto in tal modo una forma di anticipazione degli effetti derivanti dall'esercizio del potere dell'amministrazione conseguente alla sentenza o al giudizio di ottemperanza.

La tutela cautelare, quindi, superando la natura di strumento avente quale esclusiva finalità la temporanea conservazione di una situazione di fatto o di diritto esposta al rischio di un pregiudizio grave e irreparabile, diviene a tutti gli effetti un mezzo per consentire la provvisoria modifica della situazione materiale e giuridica dedotta in giudizio, nel senso conforme alle pretese sostanziali del ricorrente.

Quanto a quella peculiare forma di tutela cautelare definita "atipica", dopo una prima fase di elaborazione prettamente giurisprudenziale, la stessa ha ottenuto la sua piena consacrazione anche a livello legislativo solo nel 2000 con l'articolo 3 della legge n. 205. Il principio di atipicità, peraltro, come già anticipato, viene definitivamente confermato dall'articolo 55 del Codice del processo amministrativo, che, al primo comma, stabilisce che il ricorrente può chiedere l'emanazione delle misure cautelari "*che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul*

---

<sup>12</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 8 febbraio 1982, n. 17, che ammise la sospensione dei provvedimenti negativi e, in particolare, la sospensione del diniego di ammissione agli esami di maturità, consentendo così la partecipazione con riserva da parte del candidato; infatti, la tutela cautelare «*opera sull'effetto preclusivo del provvedimento di non ammissione e [...] serve ad evitare che il tempo occorrente per il processo vanifichi la tutela giurisdizionale prevista dagli artt. 113 e 24 della Costituzione [...], ma non sostituisce le valutazioni riservate*» alla pubblica amministrazione. I giudici di Palazzo Spada, in tale occasione, fecero inoltre riferimento alla sentenza della Corte Costituzionale, 1 febbraio 1982, n. 8, secondo cui "*si avverte la necessità di un istituto, quale [...] il procedimento cautelare, che consenta di anticipare, sia pure a titolo provvisorio, l'effetto tipico del provvedimento finale del giudice, permettendo che questo intervenga re adhuc integra e possa consentire in concreto la soddisfazione dell'interesse che risulti nel processo meritevole di tutela*".

*ricorso*” e si rivelino quindi utili ad evitare che, al momento della pronuncia di merito, la situazione risulti irrimediabilmente compromessa <sup>(13)</sup>.

L’orientamento della giurisprudenza volto ad affermare l’ammissibilità di misure cautelari dal contenuto atipico si fonda anche su un ulteriore argomento, collegato alla necessità di tutelare in pari misura le diverse situazioni giuridiche soggettive, a prescindere dalla loro qualificazione.

Tuttavia, proprio la diversa modulabilità della misura cautelare in relazione alla decisione di merito che in concreto può essere assunta dal giudice non può che porre a carico del ricorrente l’onere di individuare specificamente il tipo di provvedimento richiesto e tale esigenza è - inevitabilmente - ancor più evidente a seguito dell’acquisito carattere di atipicità della tutela cautelare. Se, dunque, il rispetto del principio di effettività deve imporre il carattere necessariamente atipico della tutela cautelare, si deve ritenere che ciò imponga al tempo stesso una più specifica indicazione del *petitum* immediato e mediato, al fine di assicurare la corrispondenza tra il provvedimento cautelare e la decisione di merito.

### **3. La tutela cautelare ante causam**

È interessante notare come un altro significativo impatto del principio di effettività sulla tutela cautelare abbia riguardato non già il tipo di pronuncia che in concreto può essere adottata dal giudice amministrativo, quanto, piuttosto, il profilo della stessa tempestività. Ci si deve, in altri termini, interrogare in merito alla circostanza che il suddetto principio imponga la previsione di forme di tutela cautelare ante causam.

Al riguardo, una prima forma di tutela cautelare *ante causam* è stata introdotta nell’ordinamento processuale amministrativo dall’articolo 245, comma 3 e ss. del Codice dei contratti pubblici <sup>(14)</sup>. Tale modello, originariamente previsto, appunto, in via esclusiva per le controversie relative ai contratti pubblici, è stato però successivamente esteso dal Codice del processo amministrativo a tutti i giudizi davanti al Tribunale Amministrativo Regionale.

---

<sup>13</sup> G. FERRARI, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, Roma, 2010, p. 205.

<sup>14</sup> Tale disposizione è stata sostituita dall’art. 3, comma 19, lett. d), allegato 4 del d.lgs. n. 104/2010, prevedendo che “*la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal Codice del processo amministrativo*”.

Conseguentemente, mentre gli articoli 55 e 56 del Codice del processo amministrativo prevedono provvedimenti cautelari che intervengono in corso di causa, in seguito quindi alla proposizione del ricorso principale, l'articolo 61 disciplina, invece, la tutela precedente all'instaurazione del giudizio (<sup>15</sup>).

Ai fini di una chiara e completa comprensione dell'istituto in commento risulta tuttavia imprescindibile una breve ricostruzione del percorso evolutivo compiuto dalla giurisprudenza comunitaria e dalla Corte Costituzionale al fine di garantire, ancora una volta, il rispetto del principio di effettività della tutela.

### 3.1. Il dibattito sulla mancata previsione di una tutela cautelare ante causam: gli interventi della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia

La mancata previsione legislativa del rimedio cautelare ante causam nel processo amministrativo fu oggetto di una nota rimessione del T.A.R. Lombardia che, nel 2001, sollevò la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (Legge T.A.R.) come novellato dalla legge 21 luglio 2000, n. 205 (Disposizioni in materia di giustizia amministrativa), *“nella parte in cui esclude la tutela ante causam e la conseguente applicabilità dell'art. 700 e degli artt. 669 e seguenti cod. proc. civ. davanti al giudice amministrativo”* (<sup>16</sup>), e dell'articolo 700 del codice di procedura civile *“laddove espressamente prevede che la tutela cautelare ante causam sia accordabile, nel concorso dei presupposti di legge, solo ai diritti soggettivi e non agli interessi legittimi”*.

Tale questione venne, tuttavia, dichiarata manifestamente infondata dalla Corte Costituzionale con l'ordinanza 10 maggio 2002, n.179. La Corte, infatti, ritenne che la mancata previsione dello strumento di tutela in esame non fosse di per sé di ostacolo a una tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche dedotte nel giudizio di merito.

---

<sup>15</sup> L'articolo 61, primo comma, C.p.a. dispone *“in caso di eccezionale gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la previa notificazione del ricorso e la domanda di misure cautelari provvisorie con decreto presidenziale, il soggetto legittimato al ricorso può proporre istanza per l'adozione delle misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare in corso di causa”*.

<sup>16</sup> TAR Lombardia, Sez. III, ordinanza n. 1, 15 febbraio 2001, in *Urb. e app.*, 2001, p. 770.



In particolare, la Corte osservò come risultasse sufficiente - e corretta sul piano costituzionale - la previsione della sola tutela cautelare in corso di causa, sulla scorta della considerazione secondo cui il Legislatore, “*non essendo tenuto, sul piano costituzionale, ad osservare regole uniformi rispetto al processo civile*”, nell’ambito della sua discrezionalità, può in concreto adottare, anche in materia cautelare, norme processuali differenziate tra i diversi tipi di giurisdizione e anche tra i diversi riti processuali (17).

Dopo tale pronuncia della Corte Costituzionale, tuttavia, persistevano notevoli dubbi circa le modalità con cui dare applicazione, nella materia degli appalti pubblici, all’articolo 2 della Direttiva 89/665/CE.

Fu, pertanto, nuovamente il T.A.R. Lombardia (18), a seguito dell’ordinanza della Corte Costituzionale, a disporre, con l’ordinanza 26 aprile 2003, n. 76, un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia in relazione alla medesima questione (19), affinché questa si pronunciasse ai sensi dell’articolo 267 TCE.

---

<sup>17</sup> Si veda, in particolare, D. DE CAROLIS, *Tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo. La Corte Costituzionale mette fine al dibattito?*, in *Urb. e App.*, 2002, p. 791 ss.; inoltre, C. F. GALLO, *Alla Corte Costituzionale il problema della possibilità di provvedimenti ante causam nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. civ.*, 1998, p. 856 ss. e, altresì, G.M. SIGISMONDI, *Processo amministrativo: tutela cautelare e rito monocratico*, in *Urb. e App.*, 1998, p. 1337.

<sup>18</sup> Così, T.A.R. Lombardia, Brescia, ordinanza n. 76, 26 aprile 2003, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>19</sup> Nello specifico, si riportano di seguito i quattro quesiti posti dal T.A.R. Lombardia alla Corte di Giustizia CE:

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

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

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

La Corte di Giustizia, con la sentenza del 29 aprile 2004 C-202/03 <sup>(20)</sup>, si pronunciò sul rinvio pregiudiziale evidenziando che l'articolo 2, n. 1, lett. a), della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE (la cosiddetta “direttiva ricorsi”) “*che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all’applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, deve essere interpretata nel senso che gli Stati membri sono tenuti a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso di merito, qualsiasi provvedimento provvisorio, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica dell’appalto in esame*” <sup>(21)</sup>.

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

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

I medesimi principi vennero successivamente enunciati dalla “nuova direttiva ricorsi”, Dir. 2007/66/CE (“Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto attiene al miglioramento

---

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

<sup>20</sup> In tale ordinanza, la Corte di Giustizia ribadisce parzialmente quanto già esposto nella sentenza del 15 maggio 2003, C-214/00, con cui venne dichiarata l’inadempienza del Regno di Spagna alla “direttiva ricorsi”.

<sup>21</sup> Si veda, in particolare, S. MEZZACAPO, *Il T.a.r. Brescia inibisce all’azienda ospedaliera la stipula del contratto di fornitura dei pasti*, in *Guida al diritto*, 2004, fasc. 28, p. 105 ss.; e, inoltre, M. A. SANDULLI, *Le nuove frontiere della giustizia amministrativa tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva. Introduzione*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2004.

dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici”) e, prima ancora, le “direttive unificate” 2004/18/CE e 2004/17/CE, aventi rispettivamente ad oggetto la disciplina degli appalti pubblici di lavori servizi e forniture e gli appalti nei settori cosiddetti “*ex esclusi*”, secondo le quali “*gli Stati membri assicurano l'applicazione della presente direttiva tramite meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti [...] conformemente alla direttiva 89/665/CEE del Consiglio*”.

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

Fu solo con il Codice del processo amministrativo che la tutela cautelare *ante causam* (<sup>22</sup>), in linea con la legge delega, trovò la sua definitiva generalizzazione, come forma di tutela non solo del tutto autonoma dal giudizio di merito, ma anche estesa a tutte le materie sottoposte alla giurisdizione amministrativa. Il Codice del processo amministrativo, infatti, contempla tale forma di tutela cautelare all'art 61, rubricato “Misure anteriori alla causa”, che contribuisce in modo decisivo a delineare un processo amministrativo cautelare più completo e maggiormente rispettoso del principio di effettività, più volte richiamato anche dalla Corte di Giustizia.

### 3.2. I presupposti e il procedimento cautelare ante causam nel Codice del processo amministrativo

I presupposti necessari per l'accoglimento dell'istanza cautelare richiesta ante causam non divergono da quelli ordinariamente necessari per adottare qualsiasi misura interinale, risultando pertanto necessari *il fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*.

Tra questi, però, assume un particolare e qualificato rilievo il presupposto del *periculum*, descritto dall'articolo 61, comma 1, del Codice del processo amministrativo in termini di

---

<sup>22</sup>Sul punto, si veda M. SANINO, Il processo cautelare, in CERULLI IRELLI (a cura di), Verso il nuovo processo amministrativo, Torino, 2000, pp. 249 e ss..

*“eccezionale gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la previa notificazione del ricorso e la domanda di misure cautelari provvisorie con decreto presidenziale”.*

Ne deriva che proprio tale requisito di “eccezionale gravità ed urgenza”, evidenziato dallo stesso articolo 61, rende le misure cautelari *ante causam* qualitativamente differenti rispetto alle misure cautelari che vengono richieste quando è già pendente il giudizio di merito, previste dagli articoli 55 e 56 dello stesso Codice del processo amministrativo. Se da un lato, infatti, l’articolo 55 richiede solamente l’allegazione di un *“pregiudizio grave ed irreparabile”*, dall’altro, l’art. 56 C.p.a postula quale condizione necessaria per la concessione del decreto cautelare presidenziale la presenza di una situazione *“estrema”* di necessità ed urgenza.

Sotto il profilo procedimentale, la domanda cautelare *ante causam* deve essere proposta al giudice competente per il giudizio di merito, la cui eventuale incompetenza, come riconosciuto dall’articolo 61, comma 3, C.p.a., potrà essere rilevata d’ufficio. Tale previsione normativa è innovativa rispetto al precedente regime in cui non era contemplata una disciplina inderogabile in relazione alla competenza cautelare, rispondendo pertanto alla fondamentale esigenza di evitare un fenomeno distorsivo, largamente diffuso in passato, quale il cosiddetto *“forum shopping”*, in forza del quale il ricorrente poteva chiedere la misura cautelare presso il T.A.R. ove era radicato l’orientamento a lui maggiormente favorevole.

L’articolo 61, comma 2, C.p.a., in ogni caso, prevede che l’istanza sia preventivamente notificata all’organo che ha adottato il provvedimento gravato, oltre che ad uno dei controinteressati. È, tuttavia, ammessa la possibilità che il Tribunale si pronunci omettendo l’accertamento dell’avvenuto perfezionamento della notifica (ipotesi assai remota, in verità, ammettendosi che la notifica possa avvenire a mezzo fax o posta elettronica certificata <sup>(23)</sup> laddove le esigenze cautelari appaiano incompatibili con il suddetto accertamento, per cause non imputabili al ricorrente.

A tale riguardo sia consentito rilevare come sia possibile il verificarsi di una certa tensione tra due principi parimenti meritevoli di tutela, sussistendo, da un lato, l’esigenza di accordare una tutela effettiva al ricorrente che chiede la misura cautelare caratterizzata da

---

<sup>23</sup> A seguito dell’ordinanza della Corte Costituzionale n. 179 del 10 maggio 2002, la notifica si considera perfezionata nel momento in cui l’atto viene consegnato all’ufficiale giudiziario, consentendo altresì che la stessa venga effettuata direttamente dal difensore munito di procura (si veda l. n. 53/1994).

urgenza particolarmente qualificata, mentre, dall'altro, si pone la necessità di accordare il rispetto del diritto di difesa dell'amministrazione e del controinteressato.

A prescindere dal perfezionamento della notifica effettuata ai sensi dell'articolo 61, comma 2, C.p.a, comunque, il procedimento in questione non offre alle parti intimare alcuna garanzia di difesa, attraverso la concessione del termine per la costituzione nel procedimento, essendo tale eventualità rimessa esclusivamente alla valutazione del giudice.

Il contraddittorio risulta quindi compreso ed essendo facoltà del presidente (o del magistrato da lui delegato) sentire le parti "ove necessario", prima di provvedere sull'istanza, si evoca correttamente la nozione di contraddittorio eventuale.

Coerentemente con le esigenze di celerità e urgenza sottese al procedimento cautelare, l'istruttoria, oltre ad essere priva di formalità, si limita unicamente alle attività indispensabili, all'esito delle quali il giudice provvede con decreto.

Tale decreto, in caso di accoglimento dell'istanza cautelare, deve essere notificato dal richiedente alle altre parti, entro il termine perentorio fissato dal giudice e che, in ogni caso, non può essere superiore a cinque giorni.

Peraltro, stante la funzione strumentale che caratterizza ogni forma di procedimento cautelare, il provvedimento *ante causam* perde efficacia ove "*entro quindici giorni dalla sua emanazione non venga notificato il ricorso con la domanda cautelare ed esso non sia depositato nei successivi cinque giorni corredato da istanza di fissazione di udienza; in ogni caso la misura concessa ai sensi del presente articolo perde effetto con il decorso di sessanta giorni dalla sua emissione, dopo di che restano efficaci le sole misure cautelari che siano confermate o disposte in corso di causa*" (articolo 61, comma 5, C.p.a.).

Quanto al suo ambito di applicazione, come sopra rilevato, la misura cautelare *ante causam*, inizialmente riservata alle sole controversie in materia di contratti pubblici, è stata successivamente estesa dal Codice del processo amministrativo a tutte le controversie, subordinandola alla sussistenza di un presupposto aggravato, rispetto a quello previsto per la tutela cautelare in corso di causa: un'estrema gravità ed urgenza

tale da non poter attendere il decorso del tempo necessario per presentare il ricorso e ottenere le eventuali misure presidenziali, né la relativa notifica <sup>(24)</sup>.

Benché la tutela cautelare *ante causam* possa apparentemente rappresentare una deroga espressa al principio del contraddittorio, in realtà, tale garanzia non viene menomata grazie alla sussistenza dell'obbligo di notifica dell'istanza con cui viene richiesta la misura. Ugualmente, non viene meno neppure il carattere di strumentalità tipico della tutela cautelare che, anzi, risulta ancor più accentuato nella tutela cautelare anticipata e, in particolare, sotto il profilo degli effetti che non possono essere diversi o ulteriori rispetto a quelli ottenibili con la sentenza definitiva <sup>(25)</sup>.

---

<sup>24</sup> La domanda deve essere proposta innanzi al giudice competente per il merito e l'eventuale incompetenza può essere rilevata d'ufficio, scongiurando così il proliferare del cosiddetto fenomeno delle "migrazioni cautelari" o, come più comunemente definito, del "forum shopping".

<sup>25</sup> Si veda Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza n. 17 del 05/09/1984.

# Capitolo terzo: effettività della tutela e giudicato amministrativo

**SOMMARIO:** 1. *Il giudicato formale e sostanziale.* – 2. *I limiti soggettivi e oggettivi del giudicato amministrativo.* – 3. *L'inottemperanza e l'illegittimità successiva al giudicato.* – 4. *Gli strumenti "anticipatori" in sede di cognizione.* – 5. *Sopravvenienze di fatto e di diritto rispetto al giudicato amministrativo.* – 6. *Giudicato amministrativo e diritto sovranazionale.*

## 1. Il giudicato formale e sostanziale

Il passaggio in giudicato della sentenza costituisce l'esito della vicenda processuale e definisce, con effetto vincolante fra le parti, la situazione controversa, attuando la legge nel caso concreto.

Tradizionalmente, si è sempre ritenuto che il giudicato rappresentasse una sorta di "scudo impenetrabile e immodificabile" ed era considerato un'estrinsecazione della sovranità dello Stato.

Negli ultimi anni, tuttavia, sta progressivamente assumendo rilevanza il cd. fenomeno della "erosione dell'intangibilità del giudicato". Al fine di assicurare forme di garanzia individuale del cittadino, in ossequio, ancora una volta, al principio di effettività della tutela, si afferma, in casi particolari, la possibilità di infrangere la stabilità del giudicato medesimo.

L'esigenza che si pone, in generale, è quella di trovare un congruo equilibrio tra il principio di effettività della tutela giurisdizionale, riconosciuto dall'art. 1 del c.p.a., da un lato, e quello della certezza del diritto, dall'altro. Sotto questo profilo, il presente capitolo è dedicato al rapporto fra il giudicato e le sopravvenienze, di fatto e di diritto, nonché alle ipotesi di giudicato amministrativo contrario al diritto eurounitario e convenzionale.

A tal fine si descriveranno, in primo luogo, le linee generali del giudicato amministrativo, con particolare riferimento alle differenze intercorrenti fra la nozione di giudicato nel diritto amministrativo e nel processo civile. In difetto di una disciplina specifica sul punto, sono, infatti, ritenute astrattamente applicabili – in virtù del rinvio esterno operato dall'art

39 c.p.a. al codice di procedura civile – le nozioni di giudicato formale e sostanziale di cui agli art. 324 c.p.c. e 2909 c.c., salve le opportune precisazioni sui limiti soggettivi e oggettivi che connotano precipuamente il solo giudicato amministrativo e in particolare la nozione di giudicato a formazione progressiva.

L'analisi di tali ultimi aspetti non può prescindere dal richiamo, anche solo incidentale, al giudizio di ottemperanza di cui agli artt. 112 ss c.p.a., avente come finalità fondamentale quella di far conseguire l'attuazione della *regola iuris* stabilita dalla pronuncia giudiziale rimasta eventualmente inadempita e agli strumenti che consentono di ottenere, già in sede di giudizio di cognizione, una tutela effettiva, senza che sia necessario l'ulteriore ricorso al giudice dell'ottemperanza.

In conclusione, si volgerà l'attenzione alla tematica delle eventuali sopravvenienze di fatto o di diritto e ai rapporti intercorrenti tra Corti nazionali e sovranazionali (Corte di Giustizia e Corte EDU).

Sotto il primo profilo si precisa fin d'ora che l'Adunanza Plenaria, nel tracciare i principi di riferimento circa la perimetrazione dell'incidenza delle sopravvenienze rispetto all'esecuzione di una sentenza definitiva, ha concluso con l'attribuire rilevanza alle sole sopravvenienze intervenute prima della notificazione della sentenza passata in giudicato, idonea a "cristallizzare" la situazione di fatto e di diritto, al fine di evitare che l'esecuzione del giudicato si trasformi nella possibilità di rimettere continuamente in discussione l'oggetto del ricorso introduttivo, in violazione dei principi di ragionevole durata del processo, di effettività della tutela giurisdizionale, di stabilità e certezza dei rapporti giuridici.

Sotto il secondo profilo si rende necessario distinguere, invece, la disciplina comunitaria da quella convenzionale.

In relazione alla prima, la Corte di Giustizia, pur riconoscendo l'importanza di assicurare la stabilità giudicato alla luce delle esigenze di stabilità protette dallo stesso diritto europeo, afferma che, ove l'autonomia procedurale di cui gode ciascuno Stato membro si ponga in contrasto con i principi di equivalenza e di effettività della tutela, la disciplina nazionale sul giudicato dovrà essere disapplicata, con la conseguenza che l'organo giurisdizionale nazionale competente sarà tenuto o a completare la cosa giudicata, o comunque a ritornare su tale decisione, superando dunque l'intangibilità del giudicato medesimo.



Tale meccanismo di travolgimento del giudicato non opera tuttavia con riferimento alla disciplina della Cedu, rispetto alla quale non è ravvisabile un obbligo generale di fare ricorso alla misura ripristinatoria consistente nella riapertura del processo, potendo il privato trovare tutela sotto il mero profilo meramente risarcitorio.

Dalle circostanze che precedono si desume una nuova concezione elastica del giudicato amministrativo, in contrasto con quella, tradizionale, che ne affermava l'intangibilità.

Il giudicato si identifica, in generale, con la decisione contenuta in un provvedimento giurisdizionale che abbia acquisito il carattere della stabilità e della definitività.

Nel processo civile la nozione "*iudicatum*" <sup>(1)</sup> si presenta in una duplice accezione: quella del giudicato in senso formale e quella del giudicato in senso sostanziale.

Il giudicato in senso "formale" o "processuale" indica il particolare grado di stabilità della decisione ed è individuato ai sensi dell'art. 324 c.p.c. <sup>(2)</sup> nell'esaurimento dei mezzi di gravame ordinari ovvero nella decadenza dagli stessi per il decorso del termine o per acquiescenza. Tale forma di giudicato guarda dunque al processo, determinandone la fine e individua la prima fondamentale qualità della pronuncia passata in giudicato: l'impugnabilità.

Il giudicato in senso "sostanziale" o "materiale" realizza invece l'attuazione della legge del caso concreto, definendo gli effetti del provvedimento del giudice sulla realtà extraprocessuale. Esso trova il proprio riferimento normativo nell'art. 2909 c.c. secondo cui "*l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto fra le parti i loro eredi o aventi causa*".

Il diritto amministrativo difetta di una disciplina specifica sul giudicato, che ne stabilisca i principali caratteri <sup>(3)</sup>. L'assenza nel codice del processo amministrativo, o in leggi

---

<sup>1</sup> G. PUGLIESE, *Giudicato civile (storia)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 727 sottolinea la differenza di significato tra "*iudicatum*" e "*res iudicata*". Il termine "giudicato", nella sua neutralità, si riferisce a un qualsiasi elemento che sia stato oggetto di giudizio; anche se non comprenda l'intero rapporto litigioso e non abbia quindi i caratteri per essere qualificato "lite" o "controversia", ma costituisca, ad esempio, una questione contenuta nella lite o ad essa pregiudiziale. Invece, con la seconda locuzione, attribuendo al termine «*res*» il significato tecnico di situazione o rapporto fatto valere in giudizio dall'attore e, di regola, contestato dal convenuto, si indica la lite o controversia al riguardo definitivamente decisa. In sintesi, la sentenza è *res iudicans*, mentre la *res iudicata* "*est causa decisa*", ossia la controversia che la sentenza ha deciso.

<sup>2</sup> Ai sensi dell'art. 324 c.p.c. "*si intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'articolo 395*".

<sup>3</sup> Sul giudicato, *ex multis*, F. BENVENUTI, voce "*Giudicato (diritto amministrativo)*", in *Enc. Dir.*, Milano, 1969; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, III ed., Bologna, 1983; P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo: profili ricognitivi ed individuazione della natura giuridica*, Milano, 1990;

speciali, di una definizione normativa *ad hoc* di “giudicato amministrativo” viene tuttavia colmata in virtù del rinvio esterno effettuato dall’art. 39 c. 1, del d.lgs. n. 104/2010 <sup>(4)</sup> che consente di applicare i principi appena richiamati anche al processo amministrativo, salvo per quanto di seguito precisato.

Più precisamente, con riguardo al giudicato di tipo formale l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha ritenuto riferibile il disposto dell’articolo 324 c.p.c. anche al processo amministrativo, precisando che “*a norma dell’art. 324 del codice di procedura civile - con enunciazione valida anche nel processo amministrativo ex art. 39 c.p.a. - si definisce passata in giudicato la sentenza avverso la quale non sono più ammessi mezzi impugnazione*” <sup>(5)</sup>.

La sentenza del giudice amministrativo passa dunque in giudicato, sotto il profilo formale, una volta che siano decorsi i termini previsti dalla legge per proporre appello avverso la sentenza del TAR oppure ricorso per Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione nei confronti della sentenza del Consiglio di Stato oppure ancora revocazione ordinaria ai sensi dell’art. 395 n. 4 e 5 c.p.c. Parimenti il passaggio in giudicato si verifica quando tali mezzi siano stati tutti esperiti.

Diversamente i mezzi di gravame straordinari <sup>(6)</sup> non subiscono effetti preclusivi derivanti dal *dictum* del giudice e restano pertanto esperibili alle condizioni e nei termini di legge <sup>(7)</sup>.

Maggiori profili di criticità si registrano invece rispetto all’applicabilità al processo amministrativo delle regole processual-civilistiche in tema di giudicato sostanziale, a causa delle peculiarità che caratterizzano quest’ultimo.

In particolare, mentre per quanto concerne le controversie rimesse alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, avente ad oggetto diritti soggettivi, il giudicato

---

più di recente, C. MIGNONE, *L’esecuzione della sentenza* in C. MIGNONE - P.M. VIPIANA, *Manuale di giustizia amministrativa*, II ed., Padova, 2013, 317 e segg.; C. CACCIAVILLANI, *Il giudicato*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, VI ed., Torino, 2014, 587 e segg.; F. FRANCIOSI, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, fasc. 4, 1025 e segg.

<sup>4</sup> Secondo l’art. 39 c.p.a. “*per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali*”.

<sup>5</sup> Consiglio di Stato ad. plen., 03/07/2012, n.24 in *Foro amm.* CDS 2012, 7-8, 1801 (s.m).

<sup>6</sup> Il riferimento è agli strumenti della revocazione straordinaria di cui all’art. 395 n°1, 2, 3, 6 c.p.c. e dell’opposizione di terzo, oggi prevista dall’art. 108 c.p.a.

<sup>7</sup> Ai sensi dell’art. 92, comma 2 c.p.a. “*per i casi di revocazione previsti nei numeri 1, 2, 3 e 6 del primo comma dell’art. 395 c.p.c. e di opposizione di terzo di cui all’art. 108, comma 2, il termine di cui al comma 1 decorre dal giorno in cui è stato scoperto il dolo o la falsità o la collusione o è stato recuperato il documento o è passata in giudicato la sentenza di cui al numero 6 del medesimo articolo 395*”.

amministrativo si connota in maniera analoga al giudicato civile, nel caso di controversie relative alla lesione di interessi legittimi si registra una significativa distanza fra i due sistemi processuali <sup>(8)</sup>.

Il giudicato amministrativo, infatti, così come confermato dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 11 del 2016, è anzitutto un giudicato a “*formazione progressiva*” <sup>(9)</sup> – caratterizzato da un'eventuale riedizione del potere amministrativo e da un giudizio di ottemperanza costituente la prosecuzione del giudizio di cognizione – e pertanto non dotato del medesimo livello di stabilità paragonabile a quello del giudicato civile <sup>(10)</sup>.

Rispetto a tale forma di giudicato si registra, pertanto, una divergenza sul piano temporale tra la *res iudicata* formale e la *res iudicata* in senso sostanziale la quale si realizza, per l'appunto, in seguito alla prima per l'effetto, da un lato, della pronuncia giudiziale e dall'altro della successiva attività amministrativa in esecuzione della stessa.

In quest'ottica il processo amministrativo, più che un punto di arrivo nella soddisfazione della pretesa del singolo, costituisce, in molteplici occasioni, una parentesi che anticipa l'esercizio di una funzione amministrativa, la quale, dopo la pronuncia giudiziale, riprende il proprio corso, sia pur entro i limiti tracciati da quella <sup>(11)</sup>.

Ulteriori profili di differenziazione rispetto al giudicato in ambito civile si individuano poi sia con riguardo ai limiti soggettivi del giudicato amministrativo sia con riguardo ai suoi limiti oggettivi.

## 2. I limiti soggettivi e oggettivi del giudicato

---

<sup>8</sup> C. COMMANDATORE, *Il giudicato a formazione progressiva: problema o risorsa?* in *Giur. It.*, 2016, 2721 s.; ID., *I limiti oggettivi del giudicato amministrativo all'esame della Plenaria. Il commento*, in *Urb. app.*, 2016, 12, 1393 s.; R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, Roma, 2019, p.2103; R. DE NICTOLIS, *Processo amministrativo. Formulario commentato*, Assago, 2013.

<sup>9</sup> Consiglio di Stato ad. plen., 09/06/2016, n.11 in *Foro it.* 2017, 4, III, 186 secondo cui “*la dinamicità e la relativa flessibilità che spesso caratterizza il giudicato amministrativo nel costante dialogo che esso instaura con il successivo esercizio del potere amministrativo permettono al giudice dell'ottemperanza - nell'ambito di quell'attività in cui si sostanzia l'istituto del giudicato a formazione progressiva - non solo di completare il giudicato con nuove statuizioni "integrative", ma anche di specificarne la portata e gli effetti al fine di impedire il consolidamento di effetti irreversibili contrari al diritto sovranazionale*”.

<sup>10</sup> Sul punto P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, cit., p. 414.

<sup>11</sup> A. DI CAGNO, *Giusto processo e giusto procedimento amministrativo – Giudicato e riedizione del potere: esaurimento della discrezionalità nel rapporto con la pronuncia del giudice amministrativo*, in *Giur. It.*, 3, 969.

L'art. 2909 c.c., come anticipato, estende gli effetti del giudicato solo alle parti, i loro eredi o aventi causa. Di conseguenza, i terzi estranei al giudizio non possono né essere pregiudicati dalle statuizioni della sentenza, né riceverne un qualche vantaggio, neppure nel caso in cui siano litisconsorti necessari pretermessi (*res inter alios acta tertiis nocet neque prodest*) <sup>(12)</sup>.

Di regola anche il giudicato amministrativo produce effetti limitatamente alla sfera giuridica dei soggetti che hanno partecipato al processo, senza spiegarne alcuno nei confronti dei cointeressati che non abbiano proposto tempestivamente ricorso <sup>(13)</sup>. Diversamente argomentando si verificherebbe infatti un'elusione, in favore di questi ultimi, del termine di decadenza previsto per l'impugnazione del provvedimento dall'articolo 29 c.p.a. <sup>(14)</sup>.

Tale impostazione è stata recentemente confermata dal Consiglio di Stato, che riprendendo quanto stabilito dalla Adunanza Plenaria n. 4 del 2019 <sup>(15)</sup>, ha affermato che *“in assenza di specifiche norme ad hoc nel D.Lgs. n. 104/2010, il giudizio amministrativo è sottoposto alle disposizioni generali sul processo civile, pertanto il giudicato opera solo inter partes, essendo quindi eccezionali i casi di giudicato amministrativo con effetti ultra partes, che si giustificano solo grazie all'inscindibilità degli effetti dell'atto o all'inscindibilità del vizio dedotto”* <sup>(16)</sup>.

Il principio di efficacia *inter partes* del giudicato subisce tuttavia due diverse eccezioni. La prima deroga è basata sul potere discrezionale dell'amministrazione di estendere gli effetti favorevoli del giudicato, allorché i soggetti estranei al giudizio si trovino in una posizione analoga a quella del ricorrente <sup>(17)</sup>, mentre la seconda è incentrata sulla stessa

---

<sup>12</sup> E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935.

<sup>13</sup> Sul punto P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, cit. p. 260 ss.

<sup>14</sup> Ai sensi dell'art. 29 c.p.a. *“l'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni”*.

<sup>15</sup> Consiglio di Stato ad. plen., 27/02/2019, n. 4 in Foro it. 2019, 4, III, 181 *“Posto che il giudicato amministrativo di regola ha effetti limitati alle parti del giudizio e non ne produce nei confronti dei controinteressati che non abbiano proposto tempestivamente ricorso, esso produce effetti ultra partes solo eccezionalmente, in ragione dell'inscindibilità degli effetti dell'atto o dell'inscindibilità del vizio dedotto, ma anche in questi casi l'indivisibilità degli effetti del giudicato non opera per gli effetti diversi da quelli caducanti”*.

<sup>16</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 26/01/2021, n. 799 in Redazione Giuffrè 2021.

<sup>17</sup> Cons. St., Sez. VI, 29 settembre 1998, n. 1317, in *dejure.it*. Sul punto il Consiglio di Stato, sez. I, 05/10/2005, n. 5345 in Foro amm. CDS 2005, 10, 2878 (s.m.) ha tuttavia precisato che *“il provvedimento discrezionale di estensione ultra partes del giudicato, in quanto funzionalmente diretto ad evitare, secondo il principio di imparzialità, la diversità di trattamento fra soggetti in identica situazione nei confronti dell'amministrazione, ha necessariamente efficacia ex nunc e, pertanto, non comporta il pagamento di*

natura di alcune tipologie di atti il cui annullamento, in considerazione di quelle particolari caratteristiche, produce effetti *erga omnes*.

Al riguardo vanno anzitutto richiamati gli atti a contenuto normativo, quali i regolamenti, dalla cui eventuale impugnazione (e conseguente annullamento) discendono effetti ultra-soggettivi, non potendo più trovare applicazione nei confronti di alcun soggetto <sup>(18)</sup>, poiché sarebbe logicamente inconcepibile che l'atto annullato continuasse ad esistere per quei destinatari che non lo hanno impugnato.

Tra gli atti di natura provvedimentale, vanno poi considerati i provvedimenti inscindibili (o indivisibili) e quelli plurimi scindibili nelle ipotesi in cui venga in rilievo l'inscindibilità del vizio dedotto e accertato.

I primi, al pari di quelli plurimi scindibili, riguardano una pluralità di soggetti, ma i loro effetti non sono suscettibili di essere suddivisi come se si trattasse idealmente di provvedimenti separati, dovendo gli stessi essere considerati necessariamente in modo unitario. Un tipico esempio è ravvisabile nel giudizio di annullamento di un decreto di esproprio di un bene in comproprietà: è evidente che in questa ipotesi l'annullamento del decreto è di per sé idoneo a produrre effetti anche nei confronti dei comproprietari del bene che non hanno partecipato al giudizio, i quali potranno parimenti avvalersi degli effetti della sentenza pronunciata nei confronti del ricorrente.

I provvedimenti plurimi scindibili (o divisibili) invece, pur riguardando una pluralità di soggetti, possono essere, al contrario, suddivisi idealmente in una pluralità di provvedimenti distinti, nonostante si tratti formalmente di un atto unico, sicché gli effetti della loro impugnazione saranno di regola solo *inter partes*. Tuttavia, come anticipato, anche rispetto a tale ultima tipologia di provvedimenti, la sentenza può eccezionalmente produrre effetti *ultra partes*. Ciò accade, più precisamente, quando il vizio che affligge l'atto plurimo scindibile è comune a tutti i soggetti e non solo a uno di questi <sup>(19)</sup>. Ne costituisce un esempio l'annullamento della graduatoria di un concorso per un vizio nella

---

*interessi legali e di rivalutazione monetaria sugli emolumenti arretrati in forza di esso corrisposti*". In senso analogo T.A.R. Palermo, sez. III, 22/07/2008, n.997 in *Foro amm.* TAR 2008, 7-8, 2233 (s.m).

<sup>18</sup> Consiglio di Stato, sez. III, 20/04/2012, n. 2350 in *Foro amm.* CDS 2012, 4, 858 (s.m) per cui "la decisione di annullamento, che per i limiti soggettivi del giudicato esplica in via ordinaria effetti soltanto fra le parti in causa, acquista efficacia *erga omnes* solo nei casi in cui gli atti impugnati siano a contenuto generale inscindibile ovvero a contenuto normativo, nei quali gli effetti dell'annullamento non sono circoscrivibili ai soli ricorrenti, essendosi in presenza di un atto sostanzialmente e strutturalmente unitario, il quale non può esistere per taluni e non esistere per altri".

<sup>19</sup> In tal senso Consiglio di Stato ad. plen., 27 febbraio 2019, n. 4 cit.

fase procedimentale, quale, ad esempio, quello relativo alla costituzione della commissione, che produrrà effetti anche rispetto ai candidati che non hanno preso parte al giudizio.

Sotto tale profilo sono sorti dubbi circa la compatibilità fra l'estensibilità *ultra partes* degli effetti del giudicato e i principi del contraddittorio e del diritto di difesa <sup>(20)</sup>. La giurisprudenza al riguardo, nel considerare i possibili effetti prodotti dal giudicato, ha affermato che sono estensibili ai terzi solo gli effetti caducatori. Invero, si è affermato che *“il giudicato amministrativo produce effetti ultra partes solo eccezionalmente in ragione della inscindibilità degli effetti dell'atto o della inscindibilità del vizio dedotto, ma anche in questi casi l'indivisibilità degli effetti del giudicato non opera per gli effetti diversi da quelli caducanti”* <sup>(21)</sup>.

Anche con riguardo ai limiti oggettivi del giudicato amministrativo si riscontrano significative differenze rispetto al giudicato ordinario civile. Quest'ultimo, come è noto, copre il dedotto e deducibile. Con ciò si intende che il giudicato copre non solo *“le ragioni giuridiche fatte valere in giudizio (c.d. giudicato esplicito), ma anche tutte le altre - proponibili sia in via di azione che di eccezione - le quali, sebbene non dedotte specificamente, si caratterizzano per la loro comune inerenza ai fatti costitutivi delle pretese anteriormente svolte (c.d. giudicato implicito)”* <sup>(22)</sup>. Su di esse si forma l'effetto preclusivo del giudicato, nel senso che tali circostanze non potranno essere oggetto di esame in *“un successivo giudizio, che abbia gli identici elementi costitutivi della relativa azione e cioè i soggetti, la causa petendi e il petitum”* <sup>(23)</sup>, ossia il bene della vita che ne forma oggetto.

---

<sup>20</sup> S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, p.309ss.

<sup>21</sup> Consiglio di Stato ad. plen., 27 febbraio 2019, n. 4 cit. In senso analogo Corte appello, Roma, sez. IV, 02/03/2020, n. 201 in Redazione Giuffrè 2020 *“deve escludersi che l'indivisibilità possa operare con riferimento a effetti del giudicato diversi da quelli caducanti e, quindi, per gli effetti conformativi, ordinatori, additivi o di accertamento della fondatezza della pretesa azionata, che operano solo nei confronti delle parti del giudizio”* e T.A.R., Milano, sez. III, 04/02/2009, n. 1131 in Foro amm. TAR 2009, 2, 344 (s.m) per cui *“l'effetto cassatorio che deriva dalla sentenza amministrativa risente della natura indivisibile dell'atto che ne è oggetto propagandosi necessariamente a tutti i soggetti rispetto ai quali esso aveva prodotto conseguenze giuridiche. Viceversa, il contenuto ordinatorio della pronuncia del giudice amministrativo, incidendo sul rapporto controverso -nei limiti in cui il potere discrezionale e l'articolazione dei motivi di ricorso lo consentono-, non può che essere legato al caso concreto su cui il giudice è chiamato a decidere”*.

<sup>22</sup> Cass., Sez. lav., 30 giugno 2009, n. 15343, in *Giust. civ. Mass.* 2009, 6, 1003; Trib. Roma sez. X, 12/01/2015, n.472 *Redazione Giuffrè 2015*.

<sup>23</sup> Cass. civ., sez. I, 10/02/2020, n. 3032 in Guida al diritto 2020, 22, 79 *“ricorre l'effetto preclusivo del giudicato esterno allorché tra il giudizio in corso e quello definito con sentenza inoppugnabile sussista una piena identità di causa petendi e di petitum, il che non può verificarsi qualora siano azionati in giudizio*

Al di fuori dell'ambito della giurisdizione esclusiva – ove l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato sul rapporto controverso si estende, oltre che alle questioni effettivamente proposte in giudizio, anche a quelle deducibili in via di azione ed eccezione <sup>(24)</sup> – la giurisprudenza amministrativa ritiene che i principi illustrati tendenzialmente non risultino applicabili al giudicato amministrativo. Quest'ultimo si forma infatti solamente in relazione all'oggetto del giudizio e dunque al provvedimento impugnato e, più specificamente, esclusivamente in relazione ai motivi proposti e accolti dalla decisione senza estendersi a quelli non dedotti o non accolti, perché, ad esempio, ritenuti assorbiti dal giudice.

Invero, nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, il giudicato copre soltanto quei vizi che sono stati fatti valere come motivi di ricorso, non potendosi escludere, nell'ipotesi di rigetto della domanda di annullamento, un successivo annullamento, anche in autotutela, da parte dell'amministrazione, per vizi diversi da quelli prospettati e, in ipotesi di accoglimento, una reiterazione del medesimo provvedimento, sia pure emendato dai vizi riscontrati con la pronuncia giudiziale <sup>(25)</sup>.

In questo senso, si deve richiamare la nota sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 2 del 2013, che ha confermato che *“il giudicato amministrativo non può che formarsi con esclusivo riferimento ai vizi dell'atto ritenuti sussistenti, alla stregua dei motivi dedotti nel ricorso”* <sup>(26)</sup>. Solo rispetto a questi ultimi, il giudicato amministrativo comporta la consumazione del potere discrezionale dell'amministrazione, con la conseguenza che questi non potrà

---

*due crediti diversi, sebbene relativi a uno stesso rapporto che si protrae nel tempo, per la cui concreta realizzazione sono necessari due distinti titoli esecutivi. Infatti il giudicato sostanziale (art. 2909 c.c.) che, quale riflesso di quello formale (art. 324 c.p.c.), fa stato a ogni effetto tra le parti per l'accertamento di merito positivo o negativo del diritto controverso, si forma su tutto ciò che ha costituito oggetto della decisione, compresi gli accertamenti di fatto che rappresentano le premesse necessarie e il fondamento logico e giuridico della pronuncia, con effetto preclusivo dell'esame delle stesse circostanze in un successivo giudizio, che abbia gli identici elementi costitutivi della relativa azione e cioè i soggetti, la causa petendi e il petitum”, in senso analogo Cass., sez. I, 9 gennaio 2020, n. 212 « in Giuda al diritto, 2020, 9, p. 63.*

<sup>24</sup> In questo senso T.A.R., Milano, sez. III, 01/08/2019, n. 1807 in *Redazione Giuffrè amm. 2019* per cui *“nel processo amministrativo il giudicato copre il dedotto e il deducibile; ciò vale a maggior ragione in un ambito in cui vengono in rilievo diritti soggettivi, il cui sindacato è riservato alla giurisdizione esclusiva del G.A. e che per tale ragione, si attegga a giudizio sul rapporto piuttosto che sull'atto; pertanto, in tali frangenti, operano in maniera più intensa i principi processualciviltistici, compreso quello secondo il quale i limiti oggettivi del giudicato assumono rilievo allorquando vi sia identità, rispetto a pregressi contenziosi, sia riguardo al bene della vita richiesto (petitum mediato) che alla causa petendi”.*

<sup>25</sup> A. DI CAGNO, *Giusto processo e giusto procedimento amministrativo, op cit.*

<sup>26</sup> Consiglio di Stato ad. plen., 15/01/2013, n.2 in *Foro Amministrativo - C.d.S. (II) 2013, 1, 68.*

più provvedere rispetto a tali aspetti riproponendo il medesimo vizio già accertato nel provvedimento giudiziario, in forza del cd. effetto preclusivo del giudicato <sup>(27)</sup>.

Al di fuori di tali ipotesi, ove residuino profili di discrezionalità per la P.A., quest'ultima potrà riesercitare il potere e, ove lo ritenga, potrà provvedere nuovamente in senso sfavorevole per il privato.

Tanto premesso, è opportuno precisare che non tutti i provvedimenti giudiziari sono suscettibili di acquisire efficacia di giudicato.

Anzitutto si riteneva tradizionalmente che il giudicato amministrativo non potesse formarsi se non sulle decisioni di merito che definivano il ricorso accogliendo o rigettando la domanda e non anche sulle pronunce in rito. Tale assunto è stato tuttavia riconsiderato, distinguendo nell'ambito delle decisioni in rito, le sentenze solo apparentemente "processuali" che in realtà contengono un accertamento della posizione sostanziale o del fondamento della domanda e che sono pertanto idonee ad acquisire l'autorità di cosa giudicata <sup>(28)</sup>.

In tale prospettiva, l'inidoneità al giudicato sostanziale è stata limitata alle sole pronunce di mero rito, che sono *"prive di qualsiasi attitudine a proiettare i loro effetti conformativi oltre i confini del processo, mediante la formazione di regole giuridiche inidonee a dirimere, in via definitiva, conflitti intersoggettivi tra le parti del giudizio, creando solo una preclusione di rito, valida per quel giudizio, la quale non si ripete in altro successivo, se per questo vi siano le condizioni processuali e sostanziali per proporlo"* <sup>(29)</sup>.

---

<sup>27</sup> Più precisamente l'Adunanza Plenaria ritiene che *"vada posta e risolta la questione dell'annoverabilità nell'ambito del giudicato non solo del "dedotto" (ossia di ciò che espressamente è stato oggetto di contestazione ed esame), ma anche del "deducibile" (id est: ciò che, pur non espressamente trattato, si pone come presupposto/corollario indefettibile del thema decidendum)"*. L'esigenza di certezza, propria del giudicato, ossia di un assetto consolidato degli interessi coinvolti, non può proiettare l'effetto vincolante nei riguardi di tutte le situazioni sopravvenute di riedizione di un potere, ove questo, pur prendendo atto della decisione del giudice, coinvolga situazioni nuove e non contemplate in precedenza. Come precisato nel prossimo capitolo, la questione si pone, invece, ove la riedizione del potere si concreti nel valutare differentemente, in base ad una nuova prospettazione, situazioni che, esplicitamente o implicitamente, siano state oggetto di esame da parte del giudice.

<sup>28</sup> Ad analoghe conclusioni si è giunti in tema di sentenze sulla giurisdizione, sulla cessazione della materia del contendere e sull'improcedibilità per difetto di interesse.

<sup>29</sup> T.A.R. Napoli, (Campania) sez. V, 16/01/2017, n.388 in Foro Amministrativo (II) 2017, 1, 227 (s.m), in senso analogo Consiglio di Stato sez. III, 08/02/2018, n.827, in Foro Amministrativo (II) 2018, 2, 177, secondo cui *"le pronunce di mero rito, quale l'improcedibilità, non sono suscettibili di esecuzione, attraverso il rimedio del giudizio di ottemperanza; tali decisioni, infatti, non contengono statuizioni idonee a conformare l'azione amministrativa e non contengono accertamenti di carattere sostanziale, salvo che l'improcedibilità non abbia il contenuto sostanziale di una declaratoria di cessata materia del contendere, che costituisce una specie qualificata di sopravvenuta carenza di interesse, caratterizzata dalla piena attitudine della sentenza a definire, con portata di giudicato extraprocessuale, il rapporto controverso"*.



Alle decisioni di merito sono paragonati peraltro i lodi arbitrali. Invero, ben prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, che all'art. 112, c. 2°, lett. e), prevede espressamente che il giudizio di ottemperanza possa essere proposto per dare attuazione dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili, la giurisprudenza aveva riconosciuto che il lodo arbitrale fosse idoneo al giudicato<sup>(30)</sup>. Esso è infatti caratterizzato dall'“efficacia di sentenza”, ai sensi dell'art. 825, c. 5 c.p.c., sicché allo stesso vanno ricollegati gli effetti dichiarativi, costitutivi ed esecutivi della sentenza di primo grado immediatamente esecutiva.

In secondo luogo, si esclude l'efficacia di giudicato per tutte le pronunce aventi contenuto meramente ordinatorio e non decisorio, quali le sentenze interlocutorie finalizzate all'espletamento dell'attività istruttoria.

In terzo luogo, è stata a lungo controversa la possibilità di assegnare valore di giudicato alla decisione relativa ad un ricorso straordinario al Capo dello Stato. Al riguardo si è definitivamente espressa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, prima nel 2013 e poi nel 2015, affermando che “*i decreti decisori dei ricorsi straordinari al Capo dello Stato, adottati a seguito del parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato, hanno natura sostanzialmente giurisdizionale, in modo da assicurare un grado di tutela non inferiore a quello conseguibile agendo giudizialmente, e nei loro confronti è quindi esperibile il ricorso per l'ottemperanza ai sensi degli artt. 112, comma 2, e 113, comma 1, c.p.a.*”<sup>(31)</sup>. Peraltro, il decreto *de quo* è stato incluso fra i provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 112 c. 2 lett. b c.p.a., con la conseguenza che il ricorso per l'ottemperanza ai sensi dell'art. 113 c.p.a., dovrà essere proposto allo stesso giudice (Consiglio di Stato) che lo ha emesso.

Con riferimento agli effetti del giudicato, oltre a quello preclusivo, si affiancano, in via generale, l'effetto caducatorio e l'effetto ripristinatorio, nonché l'effetto conformativo, teso invece a orientare l'attività amministrativa per il futuro<sup>(32)</sup>.

---

<sup>30</sup> *Ex plurimis* Cons. St., sez. V, 1° marzo 2000 n. 1089 in Giur. it. 2000, secondo cui “è ammissibile il ricorso per ottemperanza proposto ai sensi dell'art. 37 l. 6 dicembre 1971 n. 1034, per ottenere dalla p.a. l'esecuzione di un lodo arbitrale dichiarato esecutivo dal pretore”.

<sup>31</sup> Consiglio di Stato ad. plen., 14/07/2015, n. 7 in Foro Amministrativo (II) 2015, 7-8, 1902, Consiglio di Stato ad. plen., 06/05/2013, n. 9 in Foro Amministrativo (II) 2014, 1, 11.

<sup>32</sup> Per S. BINI, *Giudicato e ottemperanza*, in *Dizionario di diritto amministrativo* a cura di M. CLARICH, G. FONDERICO, Milano, 2007, p. 311 ss. “*il giudicato amministrativo ha una natura poliedrica: lo stesso di presenta con due facce: una rivolta al passato e l'altra al futuro*”. Sul punto anche A. DI CAGNO, *Giusto processo e giusto procedimento amministrativo*, *op cit.*

Più precisamente l'effetto caducatorio o eliminatorio, intrinsecamente collegato alla natura impugnatoria dell'azione di annullamento (art. 29 c.p.a.), è finalizzato all'eliminazione del provvedimento lesivo impugnato con efficacia tendenzialmente *ex tunc*, con conseguenze più o meno soddisfattive del bene della vita del singolo a seconda della natura, pretensiva o oppositiva, del relativo interesse. Come già illustrato nel capitolo primo, nel caso in cui sussista un'esplicita domanda di parte, l'efficacia retroattiva della sentenza costitutiva di annullamento può subire delle deroghe, sempre che il giudice ritenga che la modulazione nel tempo gli effetti della sentenza meglio si adatti alla tutela degli interessi fatti valere in giudizio. Il giudice, infatti, alla luce degli artt. 34 c. 1 lett a) e 1 c.p.a., deve verificare se l'annullamento *ex tunc* risulti coerente o meno con i principi di effettività e di pienezza della tutela giurisdizionale.

Parallelamente all'effetto caducatorio il giudicato realizza un effetto ripristinatorio, in forza del quale la PA è tenuta a ripristinare la realtà giuridica e materiale precedente alla pronuncia stessa <sup>(33)</sup>. Tale effetto è conseguenza diretta dell'efficacia tendenzialmente retroattiva dell'annullamento del provvedimento, al quale consegue la riviviscenza degli atti e delle situazioni travolte dal provvedimento annullato, con l'unica deroga nel caso in cui la situazione di fatto si sia nel frattempo modificata.

Infine, l'effetto conformativo, che concerne le sole sentenze non autoesecutive <sup>(34)</sup>, che richiedono dunque l'adozione di successivi atti da parte della pubblica amministrazione, è volto a conformare la riedizione del potere amministrativo alle statuizioni risultanti dal giudicato di annullamento <sup>(35)</sup>. Coerentemente rispetto ai limiti oggettivi del giudicato, esaminati in precedenza, tale effetto assume rilievo con esclusivo riferimento ai profili specificamente censurati dalla sentenza di annullamento del provvedimento originario <sup>(36)</sup>.

---

<sup>33</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 386 ss.

<sup>34</sup> Fra le pronunce non *self-executive* si richiama, a titolo esemplificativo, quella di annullamento di un atto amministrativo di annullamento che comporta la riviviscenza dell'atto annullato dall'amministrazione.

<sup>35</sup> T.A.R., Catania, sez. I, 15/09/2020, n. 2176 in Foro Amministrativo (II) 2020, 9, 1795 "*l'atto adottato a seguito del riesercizio del potere può essere viziato per illegittimità propria (sindacabile in sede di legittimità), ovvero per violazione/elusione del giudicato (sindacabile in sede di ottemperanza): il discrimine discende dall'effetto conformativo del giudicato; dinanzi ad un ricorso nel quale si deduce la violazione/elusione del giudicato, il giudice dell'ottemperanza deve innanzitutto interpretare la sentenza passata in giudicato per delimitare l'effetto conformativo, accertando poi se i vizi dedotti nel ricorso si riferiscono a questioni sulle quali si è formato il giudicato, ovvero se fuoriescono da esso, integrando una possibile autonoma illegittimità*".

<sup>36</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 25/09/2020, n. 5624 in *l'amministrativista.it* 2020 "*il nuovo provvedimento di rigetto dell'istanza di rilascio di concessione demaniale, fondato su motivazioni autonome e ulteriori rispetto ai profili specificamente censurati dalla sentenza di annullamento dell'originario diniego, deve*

L'effetto conformativo può ritenersi intrinseco, anzitutto, nel già menzionato effetto preclusivo ossia nel divieto per l'amministrazione di reiterare i vizi rispetto ai quali si è formato il giudicato. Tale effetto, che trova il proprio fondamento nel principio del *ne bis in idem* sostanziale, determina la nullità di quel provvedimento che, appunto, reiteri i vizi accertati, per violazione o elusione del giudicato, ai sensi del combinato disposto degli articoli 114 c.p.a. e 21 *septies* L. 241 del 1990.

Si tratta di effetto che ha valenza diversa in base al vizio che viene dedotto in giudizio. Nel caso di annullamento derivante da un vizio sostanziale (difetto dei presupposti soggettivi e oggettivi del potere) l'effetto preclusivo sarà pieno, non potendo l'amministrazione riprodurre l'atto impugnato senza le modifiche rese necessarie dalla pronuncia giudiciale. Al contrario, ove il vizio dedotto attenga alla forma, l'amministrazione avrà la possibilità di rinnovare l'atto annullato, replicandone il medesimo contenuto sostanziale. Allo stesso modo, qualora l'atto venga annullato per difetto di motivazione, sarà possibile per l'amministrazione adottare un nuovo provvedimento con il medesimo contenuto, sorretto da una motivazione adeguata al *dictum* del giudice.

Tradizionalmente si riteneva che la riedizione del potere della P.A. trovasse un unico limite proprio nell'effetto preclusivo del giudicato, che vincolava in negativo la P.A. a non riproporre i medesimi errori e vizi già censurati in sede di accertamento giudiziale.

Con l'affermarsi della concezione del processo amministrativo come giudizio non solo sull'atto ma anche sul rapporto <sup>(37)</sup>, il giudicato amministrativo è stato interpretato in una prospettiva innovativa, non meramente preclusiva, ma soprattutto conformativa <sup>(38)</sup>.

L'effetto conformativo assume particolare rilevanza nell'ipotesi di giudizi aventi ad oggetto interessi legittimi pretensivi, nei quali il ricorrente non mira alla pura e semplice eliminazione dell'atto impugnato e al mero ripristino dello *status quo ante*, inidoneo, di

---

*essere oggetto di impugnazione secondo l'ordinario giudizio di cognizione. Il vincolo conformativo della sentenza ottemperanda non comporta la violazione o elusione del giudicato nella misura in cui l'amministrazione compia nuove scelte discrezionali, le quali si collocano al di fuori delle statuizioni relative al precedente annullamento".*

<sup>37</sup> F.G. SCOCA, *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei tribunali amministrativi regionali*, in Dir. Proc. Amm. 1985, 253 dove si prende atto che ciò che viene sottoposta al giudice non è soltanto l'atto ma il complessivo episodio di vita e cioè l'intera trama degli interessi in gioco.

<sup>38</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit.

per sé, a far conseguire il bene della vita a cui egli è interessato, ma mira ad ottenere una pronuncia volta a condizionare il successivo esercizio del potere.

Tale eventualità va rigidamente distinta dalle ipotesi in cui il giudice abbia il potere di pronunciarsi direttamente sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio dal singolo, come consentito dall'art. 34 c. 1 lett. c.. Al di fuori di questi casi, ossia quando l'attività amministrativa è discrezionale e tale discrezionalità non si è ancora esaurita, la pronuncia del giudice diventa solo la base della successiva riedizione della funzione amministrativa. Si rende dunque necessario comprendere in che termini ed entro quali limiti il potere amministrativo possa persistere a seguito di giudizi in cui l'amministrazione sia soccombente. Occorre, più specificamente, contemperare due opposte esigenze: da un lato il principio di effettività della tutela <sup>(39)</sup> volto ad assicurare un vantaggio non solo formale, ma anche sostanziale al privato, garantendo a quest'ultimo il raggiungimento del risultato pratico perseguito e dall'altro il principio di separazione dei poteri <sup>(40)</sup>, che riserva all'amministrazione uno spazio d'azione non sindacabile e non sostituibile dal giudice <sup>(41)</sup>.

### **3. L' inottemperanza e l'illegittimità successiva al giudicato.**

Dall'effetto conformativo tipico del giudicato discende l'obbligo per la P.A. di adempiere esattamente alla *regula iuris* affermata dalla pronuncia giudiziale. Ove ciò non accada si

---

<sup>39</sup> Proprio nell'ottica di garantire al meglio rispetto del principio di effettività della tutela nel processo amministrativo di cui all'articolo 1 c.p.a. l'art. 34 c1, lett e consente al giudice, in accoglimento del ricorso e nei limiti della domanda, di disporre "le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce e non sospese compresa la nomina di un commissario ad acta". In altri termini si consente al giudice, solo ove espressamente richiesto dalla parte, di anticipare gli effetti della fase di ottemperanza già nel giudizio di cognizione.

<sup>40</sup> Sul principio di separazione dei poteri si vedano F. MODUGNO, voce "Poteri (Divisione dei)", in Noviss. Dig. It., XIII, Torino, 1966, 472 e segg.; G. SILVESTRI, voce "Poteri dello Stato (divisione dei)", in Enc. Dir., XXXIV, Milano, 1985, 670 e segg.

<sup>41</sup> A. DI CAGNO, *Giusto processo e giusto procedimento amministrativo*, op. cit. Si può rilevare che la prevalenza di un principio sull'altro porta evidentemente a conseguenze intollerabili, sicché è preferibile una soluzione che tenti una conciliazione. Secondo P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in Dir. Proc. Amm., 2013, fasc. 2, 385 e segg. "un frettoloso sacrificio del principio di separazione sull'altare della "effettività-satisfattività della tutela giurisdizionale dell'individuo [...] spingerebbe inevitabilmente verso esiti indesiderabili di giurisdizione di tipo oggettivo, in cui il giudice si fa amministratore e assume il governo ultimo della cosa pubblica [...] resta ed emerge in tutta la sua ineludibilità il problema che una siffatta amministrazione giudiziaria della cosa pubblica si collocherebbe al di fuori di qualsiasi canale di legittimazione/controllabilità politico-democratica".

verifica un “inadempimento” dell’amministrazione rispetto agli obblighi derivanti dal giudicato.

A fronte di tale inadempimento il privato potrà esperire il giudizio di ottemperanza che, ai sensi dell’art. 112 c.p.a., ha come finalità fondamentale quella di far conseguire l’attuazione di pronunce rimaste, per l’appunto, inadempite <sup>(42)</sup>.

In una prima fase, si riteneva che l’inadempimento, per il quale risultava esperibile il giudizio di ottemperanza, fosse circoscritto alla sole ipotesi di inerzia totale dell’amministrazione o di suo esplicito rifiuto di adempiere alla sentenza (ipotesi di c.d. inesecuzione in senso stretto). Qualora invece l’amministrazione avesse ottemperato al giudicato con un provvedimento formale di adempimento o di riesercizio del potere, ancorché incompleto o sostanzialmente elusivo, si reputava che gli atti emanati dopo l’annullamento giurisdizionale dovessero essere impugnati attraverso il ricorso ordinario per vizi di legittimità <sup>(43)</sup>.

In una seconda fase, alcune decisioni avevano avvicinato l’inerzia dell’amministrazione ai provvedimenti che palesemente e volontariamente ignoravano o trascuravano il contenuto sostanziale del giudicato. L’inadempimento veniva pertanto riconosciuto anche nei casi di adozione di atti, dapprima, solo in elusione del giudicato e, in seguito, anche in violazione dello stesso <sup>(44)</sup>.

In particolare, si ravvisava elusione del giudicato nelle ipotesi in cui la P.A. si sottraeva all’adempimento di un vincolo puntuale presente nella sentenza del giudice, sicché i provvedimenti formalmente esecutivi del giudicato, ma sostanzialmente difformi nel contenuto, venivano considerati nulli poiché adottati dall’amministrazione in una situazione di carenza di potere in concreto e di conseguenza era riconosciuta al privato la possibilità di esperire l’*actio iudicati* entro il termine di prescrizione decennale <sup>(45)</sup>.

Nel caso di violazione del giudicato, invece, si era inizialmente negata la possibilità di proporre il giudizio di ottemperanza, essendo stato individuato, quale rimedio esperibile,

---

<sup>42</sup> Come si preciserà nei paragrafi successivi a tale natura esecutiva va affiancata una natura cognitoria, sicché il giudizio di ottemperanza si ritiene avere pacificamente natura mista.

<sup>43</sup> Cons. Stato, A.P., n. 27 del 1969; Id., Sez. VI, dec. n. 514 del 1964.

<sup>44</sup> Cfr. Cons. St., Sez. IV, 10 gennaio 1961 n.4

<sup>45</sup> Cfr. Cons. St., Sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2192 in Foro amm. CDS 2006, 4, 1257 (s.m) per cui “*secondo l’indirizzo segnato dall’Ad. plen. del Consiglio di Stato n. 7 del 1995, ora recepito in via normativa dall’art. 21-septies comma 1 l. n. 241 del 1990, nel testo introdotto dalla l. n. 15 del 2005, la condizione di invalidità dell’atto adottato contro lo “iussum” del giudice può essere accertata in ogni momento in sede di giudizio di ottemperanza, indipendentemente dalla proposizione dell’azione di impugnazione entro il termine di decadenza*» in *dejure.it*.

quello dell'azione ordinaria di legittimità per violazione di legge. Si sosteneva, infatti, che la violazione del giudicato presupponesse un margine di discrezionalità nell'esercizio dell'attività amministrativa, conseguentemente l'atto in contrasto con la decisione passata in giudicato doveva considerarsi illegittimo e, pertanto, annullabile a seguito dell'instaurazione dell'ordinario giudizio di legittimità.

La distinzione fra elusione e violazione del giudicato non era tuttavia agevole nella prassi applicativa e per tale ragione la stessa fu, in seguito, superata <sup>(46)</sup>.

Attualmente, infatti, si ritiene irrilevante il residuare in capo alla stessa pubblica amministrazione di poteri discrezionali rispetto alle modalità di emanazione dell'atto di propria competenza, dovendosi unicamente far riferimento al *petitum* sostanziale, al fine di stabilire se il provvedimento successivo al giudicato debba essere impugnato in sede di legittimità con l'ordinaria azione di annullamento, o in sede di ottemperanza. Più precisamente si sostiene che, qualora il ricorrente deduca la difformità dell'atto frutto del riesercizio del potere alla legge sostanziale, il ricorso debba essere proposto in sede di legittimità; invece, qualora il ricorrente censuri l'operato dell'amministrazione ritenendolo in contrasto con l'obbligo di attenersi esattamente all'accertamento contenuto nella sentenza da eseguire, dovrà introdurre il giudizio di ottemperanza <sup>(47)</sup>.

Tale orientamento è stato recentemente confermato dal Consiglio di Stato <sup>(48)</sup>, che ha distinto due momenti nella fase successiva al giudicato, uno relativo alla "*medesima vicenda amministrativa*" ed uno relativo ad una "*diversa, ancorché collegata, vicenda amministrativa*".

---

<sup>46</sup> Si richiama Cons. Stato, Sez. V, 4 giugno 2019, n. 3747 in Redazione Giuffrè 2020 che omette ogni tipo di rilievo nella distinzione fra violazione ed elusione, ai fini dell'esperimento dell'azione di ottemperanza, secondo cui "*La violazione del giudicato è dunque configurabile se il nuovo atto riproduce i medesimi vizi già censurati in giudizio; ovvero quando è in contrasto con precise e puntuali prescrizioni provenienti dalla statuizione della sentenza. Invece si ha elusione del giudicato quando l'amministrazione, pur provvedendo formalmente a dare esecuzione alle statuizioni della sentenza, persegue l'obiettivo di aggirarle in termini sostanziali, giungendo surrettiziamente allo stesso esito già ritenuto illegittimo*". Ai fini meramente definitivi si richiama Cons. St., Sez. IV, 4 marzo 2011, n. 1415, in Foro amm. CDS 2011, 3, 846 secondo cui "*il vizio di violazione del giudicato si mostra meglio delineabile, concretizzandosi quando il nuovo atto emanato dall'amministrazione ripropone o gli stessi vizi già censurati, o quando si pone in contrasto con precise e puntuali statuizioni del giudice. Mentre è più arduo definire i contorni dell'elusione del giudicato*". Secondo Cons. Stato, Sez. V, 12 gennaio 2017, n. 51, in Redazione Giuffrè 2017 "*si ha elusione del giudicato allorché la Pubblica amministrazione, pur provvedendo formalmente a dare esecuzione alle statuizioni del giudice, persegue, l'obiettivo sviato di aggirarle dal punto di vista sostanziale, giungendo surrettiziamente allo stesso esito già ritenuto illegittimo*".

<sup>47</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 26 marzo 1992, n. 335; Id. 7 marzo 1994, n. 219.

<sup>48</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 11/03/2020, n. 1738 in Rivista Giuridica dell'Edilizia 2020, 3, I, 566.

Se l'accertamento non è stato pieno, residuando margini per l'esercizio di poteri discrezionali, l'azione amministrativa successiva al giudicato sarà disciplinata da "regole giudiziali" e da "regole legali", con la conseguenza che: *"i) una parte di tale azione deve rispettare i vincoli che derivano dal giudicato e, in particolare, il vincolo conformativo; ii) un'altra parte della medesima azione, non oggetto di specifico accertamento giudiziale, deve rispettare i vincoli posti dal principio di legalità"* (49).

In tal modo, l'eventuale violazione dei vincoli derivanti dalla pronuncia giudiziale comporterà o l'inesecuzione del giudicato o un'attività elusiva o violativa dello stesso e la relativa tutela avrà luogo in sede di ottemperanza nel termine di prescrizione di dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza.

Qualora invece la violazione attenga al vincolo di tipo legale, la relativa tutela avrà luogo in sede non già di ottemperanza, bensì di cognizione, dovendo dunque essere proposta attraverso l'esercizio dell'azione di annullamento o mediante l'azione di nullità da proporsi rispettivamente entro il termine di decadenza di sessanta giorni (art. 41, c. 2, c.p.a.) o centottanta giorni (art. 31, comma 4, c.p.a.).

In virtù del cd. effetto conformativo, per evidenti ragioni di coerenza e razionalità della complessiva azione amministrativa successiva al giudicato, tuttavia, l'amministrazione non può regolare la "vicenda diversa" in modo difforme dall'intervenuto accertamento giudiziale, sicché l'effetto conformativo incide anche - di riflesso - sulla nuova attività amministrativa e impedisce l'adozione di atti amministrativi che con esso confliggono, a prescindere dalla possibilità di far valere in sede di ottemperanza la contrarietà alle statuizioni della sentenza passata in cosa giudicata al fine di ottenere la declaratoria di nullità degli atti adottati, atteso che la nuova attività soggiace, come illustrato, al solo giudizio di legittimità.

A seconda del tipo di vizio dedotto rispetto all'azione amministrativa su cui incide il giudicato, è talvolta possibile delineare con maggior facilità una distinzione tra violazione ed elusione del giudicato, da un lato, e nuovo autonomo vizio di legittimità, dall'altro.

Si pensi ai casi in cui il giudicato riguarda l'annullamento del provvedimento solo per vizi formali: in tali ipotesi residua un ampio spazio per il rinnovo della valutazione dell'amministrazione. Pertanto, se l'amministrazione, evitando ulteriori vizi formali,

---

<sup>49</sup> Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 11 marzo 2020, n. 1738.

adotta un provvedimento non soddisfacente della pretesa sostanziale dell'originario ricorrente, risulterà esperibile esclusivamente l'azione di annullamento.

Parimenti, ove il giudicato si limiti ad accertare il solo obbligo di provvedere come avviene, ad esempio, all'esito di un'azione avverso il silenzio-inadempimento, il provvedimento amministrativo successivo al giudicato potrà essere eventualmente impugnato esclusivamente per vizi di legittimità, che dovranno essere dedotti in sede di ricorso ordinario di cognizione.

Per contro, nei casi di annullamento dell'atto per vizi sostanziali la successiva attività dell'amministrazione risulta vincolata alle statuizioni del giudice e il rapporto tra il sopravvenuto esercizio della funzione amministrativa e i limiti posti dal giudicato sarà devoluto alla cognizione del giudice dell'ottemperanza, purché i vizi dedotti non riguardino elementi sopravvenuti o del tutto diversi da quelli coperti dal giudicato, o, ancora, non siano comunque espressione della residua autonoma discrezionalità valutativa propria dell'amministrazione<sup>(50)</sup>, dovendosi in tali ultime ipotesi promuovere un autonomo giudizio di annullamento.

Il sistema di giustizia amministrativa, in questo modo, garantisce il rimedio dell'ottemperanza per tutti i comportamenti attivi o omissivi che integrino una forma di inesecuzione della decisione che, come tali, devono considerarsi inadempimento<sup>(51)</sup>.

Le coordinate sopra descritte hanno trovato pieno riconoscimento legislativo nell'art. 21-*septies*, comma 2°, l. 241/1990, così come modificato dall'art. 14 l. 15/2005 che equipara l'elusione e la violazione del giudicato, qualificando in entrambi i casi come nulli gli atti adottati in violazione o elusione del giudicato.

Ambedue le figure (violazione ed elusione) possono infatti oggi essere considerate entrambe ricomprese nell'onnicomprendente nozione di "*contrasto con il giudicato*"<sup>(52)</sup>.

La distinzione appena delineata fra provvedimenti adottati in violazione o elusione del giudicato – devoluti alla cognizione del giudice dell'ottemperanza – e provvedimenti emanati in sede di riedizione del potere amministrativo, illegittimi per altri motivi, e

---

<sup>50</sup> Cons. Stato, sez. IV, 25 giugno 2014, n. 3217.

<sup>51</sup> In sostanza, occorre verificare se il nuovo provvedimento sia viziato perché contrasta con le statuizioni vincolanti del giudicato, e quindi con la particolare regola del rapporto fissata dalla sentenza, ovvero se il nuovo provvedimento sia affetto da nuovi e autonomi vizi di legittimità rispetto a quelli stigmatizzati in sede cognitoria.

<sup>52</sup> M. DI LULLO, *Riedizione del potere, elusione e violazione del giudicato, giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 4, 2017, p. 1517.



impugnabili mediante ricorso ordinario, non si è tuttavia rivelata sempre di semplice individuazione nella prassi applicativa.

Proprio tale difficoltà di qualificazione comportava, frequentemente, che i difensori fossero costretti a promuovere in via prudenziale un doppio giudizio, uno con ricorso ordinario e uno con ricorso di ottemperanza.

Per evitare il distorsivo fenomeno della duplicazione dei giudizi, era stata proposta la possibilità di escludere la riedizione del potere a seguito di un giudicato sfavorevole, ritenendo lo stesso in contrasto con la sfera di autonomia e di responsabilità dell'amministrazione, nonché con il principio di effettività della tutela (<sup>53</sup>).

Parallelamente, con l'intento di semplificare l'attività difensiva e di perseguire l'esigenza di concentrazione della tutela, altri interpreti avevano ipotizzato di enfatizzare il ruolo di "custode del giudicato" propria del giudice dell'ottemperanza, da ritenersi competente per tutti i provvedimenti adottati successivamente al giudicato, sulla base di un criterio meramente cronologico, a prescindere dal fatto che tali atti si ponessero in violazione o elusione dello stesso o riguardassero illegittimità "nuove", per motivi autonomi dal *decisum* (<sup>54</sup>).

La questione relativa ai rapporti tra pronuncia giudiziale e riedizione del potere venne dunque rimessa all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (<sup>55</sup>), in un caso in cui all'esito di una procedura di valutazione comparativa per la copertura di un posto di professore ordinario erano stati dichiarati idonei due candidati, mentre veniva escluso il terzo classificato. Quest'ultimo impugnava la menzionata dichiarazione di idoneità dei concorrenti, la quale veniva annullata in primo e secondo grado, per poi essere nuovamente reiterata dalla stessa Commissione – a seguito di rinnovazione parziale della valutazione comparativa – con una nuova motivazione che confermava la precedente.

Il ricorrente, vittorioso in sede di cognizione e nuovamente escluso, proponeva allora due distinti ricorsi: un primo per ottemperanza, con cui deduceva la nullità del decreto di idoneità, in quanto elusivo del giudicato formatosi, e un secondo in sede ordinaria con cui lamentava la mancata sostituzione della Commissione.

---

<sup>53</sup> Si fa in particolare riferimento ai sostenitori del *cd. one shot* puro, cfr. par. successivo.

<sup>54</sup> ID., *Riedizione del potere, elusione e violazione del giudicato, giudizio di ottemperanza*, p. 1518.

<sup>55</sup> Cfr. Cons. St., Sez. VI, ord. 5 aprile 2012, n. 2024 in *dejure.it*. Si precisa che si è pronunciata sul tema in almeno tra distinte occasioni: Ad. Plen. 2/2013, Ad. Plen. 2/2016, Ad. Plen. 11/2016 su cui si tornerà.

Il T.A.R. con una prima sentenza dichiarava inammissibile il ricorso per ottemperanza, ritenendo la sentenza passata in giudicato formalmente eseguita, e con una seconda pronuncia, accoglieva il ricorso ordinario, giudicando fondata la doglianza avanzata dal ricorrente. Entrambe le sentenze venivano appellate: la prima dal terzo escluso e la seconda dal controinteressato e dall'Università.

Il Consiglio di Stato, previa riunione dei ricorsi, rimetteva la questione all'Adunanza Plenaria al fine di chiarire, in particolare, se l'esigenza di concentrazione potesse spingersi al punto di affermare che qualsivoglia provvedimento adottato dopo un giudicato e in conseguenza di esso (ma in contrasto con la pretesa del ricorrente vittorioso) dovesse essere esaminato in sede di ottemperanza.

L'Adunanza Plenaria, con sentenza n. 2 del 2013, ha anzitutto mostrato di non aderire alle tesi che limitano la riedizione del potere in seguito a una pronuncia giudiziale, in quanto ritenute contrastanti con il principio di autonomia e inesauribilità del potere dell'amministrazione, precisando, tuttavia, che la riedizione del potere debba essere assoggettata a precisi limiti e vincoli derivanti dall'accertamento definitivo del giudice<sup>(56)</sup>. Nella consapevolezza dei problemi derivanti dalla configurabilità di una riedizione del potere senza limiti, l'Adunanza plenaria ha avvertito la necessità di richiamare taluni principi che dovrebbero sempre orientare l'amministrazione e tra questi quello di lealtà, imparzialità, correttezza e buona fede, leale cooperazione e buon andamento. Proprio facendo leva su tali principi, il Consiglio di Stato ha ritenuto di individuare un punto di equilibrio tra le opposte esigenze, al fine di garantire effettività alla tutela giurisdizionale del singolo e salvaguardare parimenti la sfera di autonomia dell'amministrazione.

Tali conclusioni appaiono peraltro conformi all'orientamento interpretativo della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che, in più occasioni, ha specificato come il diritto al giusto processo *ex art. 6 CEDU* implichi il diritto ad una corretta esecuzione del giudicato<sup>(57)</sup>.

---

<sup>56</sup> Sul punto la Plenaria richiama l'art. 112, c. 1, c.p.a., per cui incombe su tutte le parti l'obbligo di dare esecuzione ai provvedimenti del giudice; specialmente, la pubblica amministrazione nel rispetto dei principi di lealtà ed imparzialità espressamente previsti dall'art. 97 Cost. e nel rispetto della Cedu. Ne deriva che, affinché l'operazione valutativa conseguente il riesercizio del potere amministrativo possa considerarsi conforme al giudicato, occorre che essa rappresenti *“il frutto della costatazione di una palese e grave erroneità del giudizio precedente e non sia, invece, l'espressione di una gestione ondivaga e contraddittoria del potere e in quanto tale contrastante, nella prospettiva pubblicistica, con il principio costituzionale del buon andamento e, in quella privatistica, con i principi di correttezza e buona fede”*.

<sup>57</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, 18 novembre 2004, Zazanis c. Grecia, in *Hudooc-European Court of Human Rights*. La dottrina sul giusto processo è assai vasta e spazia in ogni branca ordinamentale. Per una

L'Adunanza Plenaria ha poi confermato l'esigenza di concentrare le forme di tutela rispetto alla medesima vicenda procedimentale dinnanzi al giudice dell'ottemperanza, in quanto questi è il giudice naturale dell'esecuzione della sentenza (58). La devoluzione al giudice dell'ottemperanza anche di profili di cognizione è resa possibile grazie alla struttura "ibrida" del giudizio di ottemperanza, che, per l'esecuzione del solo giudicato amministrativo (e non per quello ordinario), presenta natura mista, ossia di esecuzione affiancata da fisiologici momenti di cognizione (59).

A tale ultimo proposito, allo scopo di evitare l'elusione del termine di decadenza dell'azione impugnatoria in sede esecutiva, la stessa dovrà essere proposta entro il termine di sessanta giorni previsto per il rito ordinario dall'art. 41 c.p.a., così come confermato anche dal richiamo espresso alla necessità di sussistenza dei presupposti di cui all'art. 32, comma 2, c.p.a. (60).

Il giudice dell'ottemperanza è pertanto chiamato, secondo la Plenaria, a qualificare *“in primo luogo qualificare le domande prospettate, distinguendo quelle attinenti propriamente all'ottemperanza da quelle che invece hanno a che fare con il prosieguo dell'azione amministrativa che non impinge nel giudicato, traendone le necessarie*

---

ricostruzione del principio nella prospettiva del diritto costituzionale, si vedano, *ex multis*, A. BARBERA, *Piero Calamandrei e l'ordinamento giudiziario: una battaglia su più fronti*, in S. MERLINI (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico 1944-1948*, Bari, 2007, e V. COLESANTI, *Il giusto processo (art. 111 cost.) civile: la garanzia dei diritti, la durata e i tempi del processo*, in *Iustitia*, 2009, 41 ss. Quanto alla prospettiva europea e della CEDU, cfr., fra i molti: L. DANIELE, *L'effettività della giustizia amministrativa nell'applicazione del diritto comunitario europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1996, 1386 ss.; F. GIUNCHEDI, voce *Giusto processo (profili sovranazionali)*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiorn. 2005, Torino, I, 634 ss.; S. BUZZELLI, *È tempo di giustizia penale di qualità - Il giusto processo secondo Strasburgo - La Cedu, la Corte dei diritti e gli effetti nell'ordinamento italiano*, in *Dir. e giustizia*, 2006, (47), 103 ss.; N. TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'«azione» nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 35 ss. e 439 ss. Infine, per una disamina del principio del giusto processo nella giustizia amministrativa, cfr.: S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo - Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto - Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005; S. TARULLO, *Giusto processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir.-Annali*, Milano, 2008, vol. II, tomo I, 377 ss.; M. MENGOZZI, *Giusto processo e processo amministrativo - Profili costituzionali*, Milano, 2009;

<sup>58</sup> Si afferma che *“il giudice dell'ottemperanza, identificato per il tramite dell'art. 113 c.p.a., deve essere attualmente considerato come il giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto”*.

<sup>59</sup> L'Adunanza Plenaria afferma che *“attuale polisemicità del “giudizio” e dell'“azione di ottemperanza”, dato che, sotto tale unica definizione, si raccolgono azioni diverse, talune meramente esecutive, talaltre di chiara natura cognitoria, il cui comune denominatore è rappresentato dall'esistenza, quale presupposto, di una sentenza passata in giudicato, e la cui comune giustificazione è rappresentata dal dare concretezza al diritto alla tutela giurisdizionale, tutelato dall'art. 24 Cost.”*.

<sup>60</sup> Seguono: Cons. St., Sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3439 in *Foro Amministrativo - C.d.S.* (II) 2013, 6, 1615 (s.m) e *Id.* 12 giugno 2013, n. 3259 in *Foro amm.* CDS 2013, 6, 1595 (s.m).

*conseguenze quanto al rito ed ai poteri decisorii*”: ove il giudice ritenga che il nuovo provvedimento emanato dall’amministrazione costituisca violazione o elusione del giudicato e ne dichiari la nullità, si determina un’ipotesi di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse delle domande attinenti le censure di legittimità dell’atto. Ove invece il giudice respinga la domanda di nullità, disporrà la conversione dell’azione per la riassunzione del giudizio davanti al giudice competente per la cognizione, non potendo conoscere direttamente delle censure di legittimità <sup>(61)</sup>.

Si tratta di una soluzione che trova inoltre il proprio fondamento normativo nell’art. 32, comma 2, primo periodo, c.p.a., secondo cui il “*il giudice qualifica l’azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali*”, e la conversione è possibile “*sussistendone i presupposti*”.

Con riferimento al tema dell’inottemperanza della sentenza passata in giudicato, merita particolare attenzione la recente sentenza n. 1321 del 2019 del Consiglio di Stato, attraverso la quale è stata assunta una posizione innovativa sul tema del rapporto fra riedizione del potere e giudicato, stabilendo un principio del tutto inedito.

Al riguardo, occorre dare conto delle peculiarità che caratterizzavano la vicenda di fatto posta all’attenzione del Collegio, che trae origine da un diniego di abilitazione scientifica nazionale alle funzioni di professore di prima e seconda fascia, reso dalla commissione esaminatrice, nonostante il parere positivo espresso sulle pubblicazioni della candidata. A tale primo diniego, che era stato impugnato ed annullato, seguiva un secondo diniego da parte di una nuova commissione nominata per rivalutare la candidata, ossia la ricorrente risultata vittoriosa, che veniva parimenti impugnato ed annullato.

Nelle more del giudizio di ottemperanza, esperito al fine di ottenere l’esecuzione della sentenza di accoglimento del secondo ricorso, un’ulteriore commissione negava nuovamente alla candidata l’abilitazione scientifica.

In quest’ultima occasione, il T.A.R., nel confermare il giudizio della commissione, respingeva il ricorso, osservando che il carattere tecnico-discrezionale della valutazione della produzione scientifica non avrebbe potuto consentire ai due precedenti giudicati di elidere completamente la discrezionalità della nuova commissione. Più specificamente, secondo il Tribunale, il vincolo imposto alla terza commissione dalle precedenti statuizioni del giudice amministrativo doveva ritenersi limitato al solo riesame della

---

<sup>61</sup> R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo* cit., p. 2203 ss.

posizione della candidata, da eseguirsi mediante un completo riesercizio della propria discrezionalità con valutazione *ex novo* del candidato, senza riferimento alcuno al giudizio svolto dai precedenti commissari.

In sede di appello, il Consiglio di Stato ha colto l'occasione per svolgere alcune considerazioni di carattere sistematico sulle forme di tutela avverso i provvedimenti con cui la P.A. reitera una valutazione tecnica negativa già annullata dal giudice amministrativo <sup>(62)</sup>.

In primo luogo, il Consiglio di Stato, nel richiamare le tesi già espresse dalla Ad. Plen., con le sentenze n. 2 del 2013 e nn. 2 e 11 del 2016, ribadisce che il giudicato amministrativo non possa “*che formarsi con esclusivo riferimento ai vizi dell'atto ritenuti sussistenti, alla stregua dei motivi dedotti nel ricorso*”. Pertanto, la “*sede per sindacare la legittimità dell'atto in sede di riedizione del potere amministrativo sotto profili che non abbiano formato oggetto delle statuizioni della sentenza (andando a coprire spazi lasciati vuoti dal giudicato) non può che essere il giudizio ordinario di cognizione e non il giudizio di ottemperanza*”.

I limiti oggettivi del giudicato amministrativo sono infatti saldamente ancorati agli specifici argomenti di fatto e di diritto che integrano la violazione accertata dal giudice, sicché non può ritenersi sussistente la violazione o elusione del giudicato da parte della terza commissione, in quanto questa, nell'esercizio della propria discrezionalità, non ha violato i divieti specifici previsti dalle due sentenze del Tar.

La violazione del giudicato può invero verificarsi soltanto laddove non sia più riconoscibile all'amministrazione alcun potere di valutare liberamente la candidata, dovendosi diversamente ritenere insussistente qualora la commissione disponga ancora del summenzionato potere di rivalutazione <sup>(63)</sup>.

Tale conclusione determina tuttavia una serie inevitabile di potenziali interminabili procedimenti non soddisfattivi della pretesa del privato. Per questa ragione il Consiglio di Stato ha affermato la progressiva riduzione della discrezionalità tecnica della P.A. e ha condannato l'amministrazione a rilasciare l'abilitazione nazionale di prima fascia al docente universitario ai sensi del già richiamato art. 34 c.p.a..

---

<sup>62</sup> Sul punto A. DI CAGNO, op. cit., F. CAPORALE, *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2019, 4, 499.

<sup>63</sup> M. TIMO, *Il ruolo del giudice amministrativo e l'esaurimento della discrezionalità tecnica*, in *Giur. It.*, 2019, 6, 1405.

Ancora una volta, si tratta, invero, dell'elaborazione di una regola innovativa, resa necessaria dal rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Ad avviso del consiglio di Stato, dunque, l'esaurimento della discrezionalità può interessare non solo ipotesi di discrezionalità pura, ma anche ipotesi di discrezionalità tecnica. In particolare, ciò si verifica qualora si sia venuta a creare una "*insanabile frattura del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri*", che preclude all'amministrazione la possibilità di tornare a decidere sfavorevolmente per il ricorrente anche in relazione a poteri non ancora esercitati. Si tratta di un'inedita ipotesi – diversa rispetto a quella del menzionato "*one shot temperato*" – di esaurimento della discrezionalità per effetto di un comportamento contrario a buona fede dell'amministrazione.

Al riguardo non sono mancate considerazioni critiche, anzitutto da parte di coloro che sostengono che la portata applicativa dell'art. 34 c.1 lett c) (con riferimento all'azione di adempimento) incide solo sull'attività discrezionale amministrativa pura (e non anche su quella tecnica).

A questi si aggiungono coloro che evidenziano come, al fine di rinvenire un comportamento "capzioso", "equivoco" o "contrario a buona fede", sarebbe sufficiente che si susseguissero tre dinieghi dell'amministrazione, all'esito di due precedenti annullamenti giudiziali, sì da considerare esaurita definitivamente la discrezionalità della commissione di concorso <sup>(64)</sup>. In altri termini l'amministrazione avrebbe tre *chances* di esercitare il potere in senso negativo per il cittadino, dopodiché si prospetterebbe una sostituzione da parte del giudice, in evidente contrasto con i principi che caratterizzano il sistema di giustizia amministrativa e anzitutto con il principio di separazione dei poteri. Anche ove venisse respinta la prospettazione da ultimo richiamata e non fosse dunque affermata l'erosione della discrezionalità sulla base della mera ricognizione di tre successivi dinieghi da parte dell'amministrazione, ma fosse invece valutato caso per caso "*l'agire reiteratamente capzioso, equivoco e contraddittorio*", notevoli resterebbero i rischi relativi all'incertezza delle decisioni giurisdizionali, dal momento che nell'individuare come momento di esaurimento della discrezionalità la frattura del

---

<sup>64</sup> A. DI CAGNO, op. cit.

rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino, si lascerebbe al giudice un margine di valutazione molto ampio.

Ne discende che anche la soluzione recentemente individuata dal Consiglio di Stato risulta difficilmente attuabile in concreto, proprio a causa dell'incertezza che deriverebbe sul piano delle conseguenze.

Difficilmente attuabili, in quanto prive di fondamento normativo, sono, a ben vedere, anche le tesi che ipotizzano il venir meno della discrezionalità per effetto del decorso di un momento temporale preciso, sia esso il termine del procedimento (secondo la tesi del *cd one shot puro*) ovvero del processo (*one shot temperato*)<sup>(65)</sup>. Si tratta, infatti, di teorie rispetto alle quali sussistono i medesimi profili critici: l'impossibilità di configurare, al di fuori delle ipotesi tassativamente previste, casi di giurisdizione estesa al merito<sup>(66)</sup> in cui la sentenza sostituisce di fatto il provvedimento, dal momento che l'organo giudiziale nell'esercizio delle sue funzioni assume una posizione neutrale senza perseguire alcun interesse pubblico, in conformità con il quale, invece, deve essere indirizzato il corretto agire amministrativo.

Una possibile soluzione potrebbe rinvenirsi in una previsione legislativa *ad hoc* che stabilisse *per tabulas* la riduzione della discrezionalità amministrativa in conseguenza di uno o più giudizi di annullamento e che consentisse, in modo non dissimile da quanto già accade nei contratti pubblici (art. 120-125 c.p.a.), di proporre tutte le azioni finalizzate alla piena soddisfazione dell'interesse del singolo, in vista dell'ottenimento del bene della vita perseguito<sup>(67)</sup>.

---

<sup>65</sup> A. DI CAGNO, *Giusto processo e giusto procedimento amministrativo*, *op. cit.*

<sup>66</sup> Si veda da ultimo Consiglio di Stato, sez. VI, 11/03/2020, n. 1738 in *Rivista Giuridica dell'Edilizia* 2020, 3, I, 566, cit. secondo cui nel caso di attività discrezionale sottoposta al vaglio giurisdizionale, il giudicato *“ha valenza meno pregnante, in quanto non può estendersi, per assicurare il rispetto del principio costituzionale di separazione dei poteri, a valutazioni riservate alla pubblica amministrazione. Per quanto il giudizio amministrativo verta sul rapporto giuridico al fine di accertare la spettanza delle utilità finali oggetto dell'interesse legittimo, quando l'attività amministrativa è discrezionale, il vincolo giudiziale non può incidere su spazi di decisione, afferenti all'opportunità, attribuiti alla pubblica amministrazione”*.

<sup>67</sup> Tale disciplina riconosce al giudice forti poteri sostitutivi, ammettendo non solo la possibilità di dichiarare l'inefficacia del contratto, ma anche il subentro di una concorrente nel contratto medesimo. Sul punto, si vedano E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo n. 53/2010 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, Fasc. 4, 1067 e segg.; L. Maruotti-C. Saltelli, Artt. 121-122, in *Codice del processo amministrativo*. D.lvo 2 luglio 2010, n. 104. Commentato e annotato con la giurisprudenza, a cura di G. Leone-L. Maruotti-C. Saltelli, Milano, 2010, 918 e segg.; R. DE NICTOLIS, Artt. 121-125, in *Il processo amministrativo*. Commentario al D.lgs n. 104/2010, a cura di A. Quaranta-V. Lopilato, Milano, 2011, 1019 e segg.

## 4. Gli strumenti “anticipatori” in sede di cognizione

I rilievi problematici sopra evidenziati, relativi all’attività che la pubblica amministrazione è tenuta a compiere a seguito della formazione del giudicato, hanno incentivato la progressiva introduzione di nuovi strumenti processuali, diversi dal giudizio di ottemperanza, al fine di assicurare più elevati standards di effettività della tutela, espressamente richiamata dall’art. 1 c.p.a per cui “*la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*” (68).

A partire dal 2010 il legislatore ha infatti inteso estendere i poteri di cognizione del giudice amministrativo, al fine di impedire che il soddisfacimento dell’interesse del privato sia limitato al solo giudizio di ottemperanza.

Sono pertanto oggi ammesse, oltre all’azione di annullamento, anche le azioni tipiche di risarcimento del danno (art. 30 c.p.a.), di accertamento della nullità (art. 31, c. 4 c.p.a.), di condanna in tema di silenzio-inadempimento (art. 31, c. 1, 2 e 3 c.p.a.) nonché, come anticipato, di adempimento (art. 34, c.1°, lett. c) c.p.a.). Nel rispetto dei limiti imposti dalla legge, (69) è ammessa la condanna all’emanazione del provvedimento richiesto e esplicitamente o implicitamente negato dalla pubblica amministrazione (condanna ad un *facere*). Il giudice può, inoltre, condannare l’amministrazione al pagamento di una somma di denaro, anche a titolo di risarcimento del danno e all’adozione di qualsiasi “*misura idonea a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*” (art. 34 c. 1 lett. e): si tratta, come già visto, di un contenuto atipico, modulato in relazione all’esigenza di tutela del ricorrente e predisposto in un’ottica di deflazione del contenzioso.

---

<sup>68</sup> Sull’art. 1 c.p.a., significativamente rubricato “Effettività”, si veda Cons. Stato, Ad. plen., 2 dicembre 2012, n. 3, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2010, 2636 ss. Si veda anche P.M. ZERMAN, *L’effettività della tutela nel Codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2010, secondo cui il principio di effettività rappresenta una delle articolazioni del “giusto processo” ex artt. 111 Cost. e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE, nella misura in cui richiede che al cittadino siano forniti gli strumenti per «la effettiva tutela delle situazioni sostanziali fatte valere in giudizio» e, al contempo, costituisce un presupposto ineludibile per la soddisfazione dei livelli essenziali delle prestazioni ex art. 117 Cost. Sul rapporto tra effettività e modelli di tutela giurisdizionale cfr. F.G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2013, 157 ss., nonché R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2011, 1707 ss., con l’ampia giurisprudenza europea e nazionale ivi richiamata in argomento.

<sup>69</sup> Nonostante il tenore letterale dell’art. 30, c.1, che parrebbe ammettere una più generale azione di condanna atipica all’adozione di atti vincolati, si ricorda che il giudice amministrativo trova un limite potendosi pronunciare solo in caso di attività vincolata o di attività discrezionale esaurita, non potendo in ogni caso invadere le sfere di attribuzione riservate all’amministrazione (art. 34, c. 2°, primo periodo c.p.a.).



Tra queste misure rientra espressamente la nomina di un commissario *ad acta*, che può avvenire anche in sede di cognizione <sup>(70)</sup> con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza.

La figura del commissario *ad acta*, di origine giurisprudenziale <sup>(71)</sup>, ha ricevuto esplicito riconoscimento normativo con l'art. 21 del Codice del processo amministrativo <sup>(72)</sup> che, aderendo alla tesi prevalente <sup>(73)</sup>, lo qualifica in termini di ausiliario del giudice, che si sostituisce all'amministrazione inerte nell'adozione dei provvedimenti necessari <sup>(74)</sup>.

Tale qualifica è avvalorata altresì dall'art. 114, c. 6 che prevede in modo inequivoco che tutti gli atti adottati dal commissario *ad acta* siano ricondotti alla giurisdizione esecutiva del giudice dell'ottemperanza, competente per le questioni concernenti la loro contestazione, a prescindere dall'ampiezza della discrezionalità di cui dispone nell'esecuzione del giudicato. Avverso tali atti le parti del giudizio conclusosi con il giudicato potranno esperire il reclamo, mentre i terzi potranno proporre impugnazione tramite ricorso ordinario di annullamento ex art 29 c.p.a.

Per quanto concerne i poteri del commissario, l'atto giudiziale di nomina gli conferisce formalmente i poteri di amministrazione attiva e la portata di questi ultimi dipende proprio dalla natura soggettiva della figura del commissario. Più precisamente, essendo il giudizio di ottemperanza anche esteso al merito, il commissario *ad acta* avrà il potere di sostituirsi agli organi della P.A. nella valutazione e nella scelta tra le diverse soluzioni.

La giurisprudenza costante del Consiglio di Stato ritiene, infatti, che tale organo sia legittimato "*ad adottare ogni misura conforme al giudicato che si appalesi, in concreto,*

---

<sup>70</sup> La nomina di un commissario *ad acta* rientra infatti di regola fra i poteri del giudice dell'ottemperanza ai sensi dell'art 114, c.4 lett. d, c.p.a.

<sup>71</sup> La prima pronuncia del Consiglio di Stato che ha riconosciuto al giudice amministrativo la possibilità di avvalersi di tale figura risale al 1928 (Consiglio di Stato, sez. IV, 9 marzo 1928, n. 181, in *Foro italiano*, 1928, p. 102 ss.)

<sup>72</sup> L'istituto è stato consacrato, sul piano normativo, dall'articolo 21, comma 14, Legge Tar, introdotto dall'articolo 3, Legge n. 205 del 2000, che ha previsto il potere del giudice amministrativo di individuare il soggetto che deve provvedere ai fini dell'esecuzione delle ordinanze cautelari.

<sup>73</sup> In dottrina si veda M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1981, p. 1157; A.M. SANDULLI, *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, in *Diritto e società*, 1982, p. 19; F. G. SCOCA, *Sentenze di ottemperanza e loro appellabilità*, in *Foro italiano*, 1979, p. 74. In giurisprudenza Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 14 luglio 1978, n. 23; Consiglio di Stato, sez. IV, 14 febbraio 2006, n. 583.

<sup>74</sup> Devono ritenersi oggi superate le tesi che inquadravano la figura commissariale come organo straordinario dell'amministrazione inadempiente ovvero come organo giurisdizionale o amministrativo a seconda della tipologia di atti adottati nel caso concreto.

*idonea a garantire alla parte ricorrente il conseguimento effettivo del bene della vita di cui sia stato riconosciuto titolare nella sentenza da portare ad attuazione” (75).*

Il potere del commissario di sostituirsi all'amministrazione nella valutazione e nella ponderazione dei diversi interessi coinvolti in un determinato procedimento, “*consentono di valorizzare l'elemento discrezionale degli atti emanati da questo soggetto, quale organo ausiliario del giudice: in tal modo, da un lato, in capo all'amministrazione non residua alcun potere discrezionale relativo all'attuazione del provvedimento adottato e, dall'altro lato, è possibile ricorrere all'autorità giudiziaria soltanto qualora vi sia un contrasto fra la sentenza da portare ad esecuzione ed il contenuto del provvedimento adottato dal commissario ad acta” (76).*

Giova peraltro ricordare che la figura commissariale non rileva unicamente nel giudizio di ottemperanza, ma anche nel caso di inerzia della P.A. contestata attraverso l'azione avverso il silenzio. Proprio la figura del commissario *ad acta* nominato nell'ambito del giudizio avverso il silenzio è stata di recente oggetto di un'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria (77).

Quest'ultima con la pronuncia n. 8 del 2021 (78), interrogandosi sui rapporti fra commissario *ad acta* e amministrazione soccombente, ha chiarito che l'amministrazione che è risultata soccombente in sede giurisdizionale non perde il proprio potere di provvedere pur in presenza della nomina e dell'insediamento di un commissario *ad acta* al quale è conferito il potere di provvedere per il caso di inerzia nell'ottemperanza al

---

<sup>75</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 1° marzo 2012, n. 1194, in *Foro amm. CDS*, 2012, 3, p. 621.

<sup>76</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 1° luglio 2015, n. 3258, in *Redazione Giuffrè amministrativo*, 2015.

<sup>77</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 10/11/2020, n. 6925, in *Foro Amministrativo (II)* 2020, 11, 2108. Si riporta, per completezza il quesito sottoposto all'Adunanza Plenaria, che avrebbe dovuto valutare se: “*a) la nomina del commissario ad acta, disposta ai sensi dell'art. 117, comma 3, c.p.a., oppure il suo insediamento comportino - per l'amministrazione soccombente nel giudizio proposto avverso il suo silenzio - la perdita del potere di provvedere sull'originaria istanza, e dunque se l'amministrazione possa provvedere 'tardivamente' rispetto al termine fissato dal giudice amministrativo, fino a quando il commissario ad acta eserciti il potere conferitogli (e, nell'ipotesi affermativa, quale sia il regime giuridico dell'atto del commissario ad acta, che non abbia tenuto conto dell'atto 'tardivo' ed emani un atto con questo incoerente); b) per il caso in cui si ritenga che sussista - a partire da una certa data - esclusivamente il potere del commissario ad acta, quale sia il regime giuridico dell'atto emanato 'tardivamente' dall'Amministrazione. L'Adunanza plenaria dovrà altresì valutare se per la soluzione di tali quesiti occorra affrontare anche le questioni che possono sorgere quando la nomina del commissario ad acta sia disposta non con una sentenza che si sia pronunciata sul silenzio dell'amministrazione, ma con una sentenza di cognizione (anche di annullamento dell'atto impugnato) resa ai sensi dell'art. 34, c.1, lett. e, o con una sentenza resa nell'esercizio della giurisdizione di merito ai sensi dell'art. 114, c. 4, lett. d, del codice del processo amministrativo”.*

<sup>78</sup> Consiglio di Stato, Ad. Plen. 25 maggio 2021, n. 8.

giudicato (ovvero nell'adempimento di quanto nascente da sentenza provvisoriamente esecutiva ovvero da ordinanza cautelare) e fino a quando lo stesso non abbia provveduto. Fino a tale momento si verifica, dunque, una situazione di esercizio concorrente del potere da parte dell'amministrazione che ne è titolare *ex lege* e da parte del commissario che per ordine del giudice deve provvedere all'attuazione della pronuncia giurisdizionale (<sup>79</sup>).

Alla possibilità di nominare un commissario *ad acta* già in sede di cognizione consegue l'attivazione del giudizio di ottemperanza solo in ipotesi residuali: è infatti possibile, così, concentrare in un'unica sede giurisdizionale tutti quegli effetti ripristinatori e conformativi rinvenibili, solitamente, nella formazione progressiva del giudicato.

L'amministrazione potrebbe tuttavia restare inadempiente nei confronti del privato, persistendo nella propria inerzia, anche in seguito alla definizione del giudizio di ottemperanza. Sul punto si deve infatti rammentare che l'oggetto del giudizio di ottemperanza è rappresentato proprio dalla puntuale verifica dell'esatto adempimento, da parte dell'amministrazione, dell'obbligo di conformarsi al giudicato, per far conseguire concretamente all'interessato l'utilità o il bene della vita già riconosciutogli in sede di cognizione, nonché dalla possibilità per il giudice dell'ottemperanza (avente giurisdizione estesa al merito) di sostituirsi all'amministrazione inadempiente.

Sul tema dei poteri decisorii del giudice dell'ottemperanza sono di recente intervenute anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (<sup>80</sup>) le quali hanno affermato che *“non è configurabile un eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo, per invasione della sfera riservata al potere discrezionale della pubblica amministrazione,*

---

<sup>79</sup> In particolare, la Plenaria ha affermato il seguente principio di diritto: *“a) il potere dell'amministrazione e quello del commissario ad acta sono poteri concorrenti, di modo che ciascuno dei due soggetti può dare attuazione a quanto prescritto dalla sentenza passata in giudicato, o provvisoriamente esecutiva e non sospesa, o dall'ordinanza cautelare fintanto che l'altro soggetto non abbia concretamente provveduto; b) gli atti emanati dall'amministrazione, pur in presenza della nomina e dell'insediamento del commissario ad acta, non possono essere considerati di per sé affetti da nullità, in quanto gli stessi sono adottati da un soggetto nella pienezza dei propri poteri, a nulla rilevando a tal fine la nomina o l'insediamento del commissario; c) gli atti adottati dal commissario ad acta non sono annullabili dall'amministrazione nell'esercizio del proprio potere di autotutela, né sono da questa impugnabili davanti al giudice della cognizione, ma sono esclusivamente reclamabili, a seconda dei casi, innanzi al giudice dell'ottemperanza, ai sensi dell'art. 114, comma 6, c.p.a., ovvero innanzi al giudice del giudizio sul silenzio, ai sensi dell'art. 117, comma 4, c.p.a.; d) gli atti adottati dal commissario ad acta dopo che l'amministrazione abbia già provveduto a dare attuazione alla decisione, ovvero quelli che l'amministrazione abbia adottato dopo che il commissario ad acta abbia provveduto, sono da considerare inefficaci e, ove necessario, la loro rimozione può essere richiesta da chi vi abbia interesse, a seconda dei casi, al giudice dell'ottemperanza o al giudice del giudizio sul silenzio”.*

<sup>80</sup> Cassazione civile sez. un., 16/11/2020, n.25951, che ha richiamato i suoi precedenti Cass., S.U., n. 8112 del 2017, n. 13702 del 2018.

*nel caso in cui il giudice dell'ottemperanza, rilevata la violazione od elusione del giudicato amministrativo, adotti provvedimenti in luogo dell'Amministrazione inadempiente, sostituendosi al soggetto obbligato ad adempiere, in quanto, in ossequio al principio dell'effettività della tutela giuridica, il giudizio di ottemperanza, al fine di soddisfare pienamente l'interesse sostanziale del ricorrente, non può arrestarsi di fronte ad adempimenti parziali, incompleti od addirittura elusivi del contenuto della decisione”.*

Il giudice dell'ottemperanza può disporre misure sia ordinarie, sia sostitutive: ai sensi dell'art. 114 c.4 lett. a) c.p.a., può invero ordinare l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione, ovvero può procedere alla diretta adozione del provvedimento in luogo dell'amministrazione inadempiente.

Su richiesta di parte e salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative <sup>(81)</sup>, il giudice può anche fissare una somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione, come si preciserà costituisce titolo esecutivo.

Si tratta delle cd. *astreintes* (o penalità di mora), istituto presente anche in altri ordinamenti europei <sup>(82)</sup> e che nel sistema italiano trova un proprio antecedente normativo nell'art. 614-bis c.p.c., introdotto nel 2009 <sup>(83)</sup>, così come confermato dalla giurisprudenza per cui “*l'art. 114, c. 4, lett. e), del c.p.a. ha introdotto, in via generale,*

---

<sup>81</sup> Secondo un orientamento minoritario in giurisprudenza, fra i validi motivi ostativi all'applicazione dell'istituto rientra l'ipotesi in cui la P.A. resistente versi in una situazione di difficoltà economica oggettiva e debitamente documentata tale per cui le risorse in bilancio siano insufficienti a provvedere all'eventuale pagamento della misura. Si vedano al riguardo TAR Campania, Salerno, sez. I, 25 marzo 2014, n. 622, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Sicilia, Catania, sez. I, 7 gennaio 2013, n. 4, in *Foro amm. - Tar*, 2013, p. 311. *Contra*, C.E.D.U., 29 marzo 2006, *Cocchiarella c. Italia*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1016 e in dottrina F. G. SCOCA, *Natura e funzione dell'astreinte nel processo amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1413, secondo cui non può consentirsi che l'obbligo di provvedere all'esecuzione della sentenza, venga messo in discussione ogni volta che la P.A. inadempiente provi di essere insolvente per problemi di disponibilità economica.

<sup>82</sup> Con riferimento agli altri paesi europei si veda B. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. civ.*, 1999, 4, p. 157 ss.; G. TARZIA, *Presente e futuro delle misure coercitive civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 800 ss.

<sup>83</sup> Il legislatore italiano con la L. 69/2009 ha superato l'iniziale avversione nei confronti dell'introduzione di misure coercitive indirette, previste originariamente solo per ipotesi tassative, non suscettibili di applicazione analogica, così come auspicato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, secondo cui “*il diritto ad un tribunale sarebbe fittizio se l'ordinamento giuridico interno di uno Stato membro permettesse che una decisione giudiziale definitiva e vincolante restasse inoperante a danno di una parte*” (sentenza *Hornsby c. Grecia*, 13 marzo 1997, e *Ventorio c. Italia*, 17 maggio 2011).

*nell'architettura del processo amministrativo, l'istituto della cd. penalità di mora già regolato, per il processo civile, con riguardo alle sentenze aventi per oggetto obblighi di fare infungibile o di non fare, dall'art. 614 bis del c.p.c. (84)".*

Con riguardo alla natura giuridica dell'istituto si registrano due contrapposti orientamenti: il primo attribuisce alle *astreintes* natura risarcitoria, configurandole come una forma di riparazione del danno cagionato dall'Amministrazione al ricorrente, a causa dell'inadempimento o del ritardo nell'adempimento (85), mentre il secondo le riconosce invece una finalità sanzionatoria a fronte della mancata osservanza del comando giudiziale (86), al fine di indurre l'amministrazione all'esecuzione degli obblighi discendenti dalla sentenza.

Gli argomenti a sostegno di quest'ultima tesi sono stati ampiamente richiamati dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 15 del 2014 (87), che ha risolto in senso positivo la questione relativa all'ammissibilità della comminatoria delle penalità di mora, qualora il ricorso di ottemperanza sia stato proposto a fronte della mancata esecuzione di sentenze aventi ad oggetto la condanna a prestazioni di natura pecuniaria emesse nei confronti dell'amministrazione. La pronuncia, dopo un'approfondita disamina dell'istituto, anche in prospettiva comparatistica (88), ha precisato che, da un punto di vista letterale, l'art. 114 c.p.a. ha omissis di riprodurre il limite, stabilito invece per il processo civile dall'art. 614 bis c.p.c., della riferibilità al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi ad oggetto un *non facere* o un *facere* infungibile.

Aderendo all'orientamento che riconosce la natura sanzionatoria delle *astreintes*, il Consiglio di Stato ha peraltro negato il rischio di duplicazione dei risarcimenti, evidenziato dalla tesi minoritaria: la penalità di mora non costituisce infatti un'indebita doppia riparazione del medesimo danno, ma *"l'aggiunta di una misura sanzionatoria ad*

---

<sup>84</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6688.

<sup>85</sup> Ex multis TAR Campania, Napoli, sez. IV, 9/11/2012, n. 4553, in *Foro amm. - Tar*, 2012, p. 3590.

<sup>86</sup> A. CARBONE, *Riflessioni sul valore sanzionatorio dell'astreinte e sulla sua applicazione nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 2014, p. 1300 ss. In giurisprudenza: Consiglio di Stato, sez. IV, 6 agosto 2012, n. 4523, in *Foro amm. - CdS*, 2012, p. 2068; Consiglio di Stato, sez. V, 14 maggio 2012, n. 2744, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 992; Consiglio di Stato, sez. IV, 31 maggio 2012, n. 3272, in *Foro amm. - CdS.*, 2012, p. 1202.

<sup>87</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 25 giugno 2014, n. 15, in *Foro it.*, 2016, 2, III, p. 99.

<sup>88</sup> In aderenza al favor espresso dalla giurisprudenza delle Corti Europee dei Diritti dell'Uomo verso la massima estensione, anche *in executivis*, dell'effettività delle decisioni giurisdizionali, ammette che il rimedio in esame possa operare anche con riguardo alle condanne pecuniarie, *"in quanto non conosce limiti strutturali in ragione della natura della condotta imposta dallo iussum iudicis"*.

*una tutela risarcitoria”, senza causare, quindi, alcuna indebita “locupletazione del creditore e depauperamento del debitore”.*

Alla luce delle argomentazioni appena richiamate, l’Adunanza Plenaria ha quindi affermato il seguente principio di diritto: *“Nell’ambito del giudizio di ottemperanza la comminatoria delle penalità di mora di cui all’art. 114, comma 4, lett. e), del codice del processo amministrativo, è ammissibile per tutte le decisioni di condanna di cui al precedente art. 113, ivi comprese quelle aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria”.*

I principi affermati dalla sentenza sono stati, poi, fatti propri dal legislatore, che con la l. 28 dicembre 2015, n. 208, ha aggiunto un nuovo periodo all’art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a., prevedendo che *“Nei giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, la penalità di mora di cui al primo periodo decorre dal giorno della comunicazione o notificazione dell’ordine di pagamento disposto nella sentenza di ottemperanza; detta penalità non può considerarsi manifestamente iniqua quando è stabilita in misura pari agli interessi legali”*: tale previsione presuppone dunque la possibilità di irrogare le penalità di mora per compulsare l’adempimento di obbligazioni pecuniarie <sup>(89)</sup>.

Più di recente l’Adunanza Plenaria è nuovamente intervenuta sull’istituto in esame affermando il principio secondo cui nel giudizio di ottemperanza per chiarimenti – finalizzato ad ottenere chiarimenti su come ottemperare alla pronuncia – è possibile per il giudice modificare le penalità di mora contenuta nella precedente sentenza, per adeguarla ad eventuali sopravvenienze fattuali o giuridiche che dimostrino, in concreto, la manifesta iniquità in tutto o in parte della sua applicazione <sup>(90)</sup>.

Come anticipato, la statuizione del giudice amministrativo che condanna l’amministrazione al pagamento di una penalità di mora, costituisce titolo esecutivo anche

---

<sup>89</sup> R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 2229.

<sup>90</sup> Consiglio di Stato ad. plen., 09/05/2019, n. 7 in *Diritto Processuale Amministrativo* 2020, 1, 142, che ha precisato che *“salvo il caso delle sopravvenienze, non è in via generale possibile la revisione ex tunc dei criteri di determinazione della astreinte dettati in una precedente sentenza d’ottemperanza, sì da incidere sui crediti a titolo di penalità già maturati dalla parte beneficiata. Tuttavia, ove il giudice dell’ottemperanza non abbia esplicitamente fissato, a causa dell’indeterminata progressività del criterio dettato, il tetto massimo della penalità, e la vicenda successiva alla determinazione abbia fatto emergere, a causa proprio della mancanza del tetto, la manifesta iniquità, quest’ultimo può essere individuato in sede di chiarimenti, con principale riferimento, fra i parametri indicati nell’ art. 614 bis c.p.c. , al danno da ritardo nell’esecuzione del giudicato”.*

per l'esecuzione nelle forme disciplinate dal Libro III del Codice di procedura civile, oltre che per l'iscrizione di ipoteca (<sup>91</sup>).

Pertanto, il ricorrente, a fronte dell'inadempimento dell'amministrazione resistente, non deve rivolgersi all'autorità giudiziaria per chiedere l'accertamento della violazione, ma ha diritto ad agire esecutivamente al fine di soddisfare la propria pretesa pecuniaria (<sup>92</sup>).

Siccome, peraltro, il giudizio di ottemperanza può essere incardinato per conseguire l'attuazione delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati anche del giudice ordinario, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarvisi, esso si pone di regola in concorrenza con il giudizio esecutivo in sede civile.

Sul concorso fra tali rimedi è di recente intervenuto il Consiglio di Stato che, confermando un consolidato orientamento giurisprudenziale, ha affermato che l'azione di ottemperanza davanti al giudice amministrativo e quella di esecuzione dinnanzi al giudice ordinario sono concorrenti e proponibili contestualmente, avendo finalità di ripristinare la lesione della posizione creditoria. Il Consiglio di Stato ha inoltre precisato che *“non si rinviene alcun abuso del diritto fintantoché il creditore non consegua due volte le stesse somme, dal momento che anche nei rapporti tra i due rimedi opera il principio desumibile dall'art. 483 cod. proc. civ. (che detta la disciplina sul cumulo dei mezzi di espropriazione, consentendo al creditore di intraprendere sulla base del medesimo titolo anche più procedure esecutive, salva opposizione del debitore)”* (<sup>93</sup>).

## **5. Sopravvenienze di fatto e di diritto rispetto al giudicato amministrativo**

A seguito del giudicato di annullamento può accadere che, in sede di riedizione del potere, l'amministrazione sia tenuta a confrontarsi con dei mutamenti di fatto e di diritto

---

<sup>91</sup> F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, XII ed., Dike giuridica, Roma, 2018, p. 1910.

<sup>92</sup> Il ricorrente può notificare un atto di precetto al resistente intimando il pagamento della somma di denaro predeterminata nel titolo assumendo la mancata, inesatta o tardiva esecuzione del giudicato. L'amministrazione resistente, in tal caso, avrà la facoltà di proporre opposizione ai sensi dell'art. 615 c.p.c. per contestare la sussistenza della violazione e, dunque, il titolo a pretendere la somma di denaro.

<sup>93</sup> Consiglio di Stato sez. V, 18/01/2021, n.506 in *Redazione Giuffrè* 202, Consiglio di Stato Sez. V n. 6504/2019.

intervenuti successivamente rispetto alla formazione del giudicato <sup>(94)</sup>, mutamenti che possono incidere sulla stessa possibilità, in concreto, di dare esecuzione al giudicato medesimo, limitandone o precludendone l'efficacia nel tempo <sup>(95)</sup>.

Il problema delle cd. sopravvenienze e, più precisamente, della individuazione della disciplina che la P.A. è tenuta ad applicare in sede di esercizio del proprio potere, incide non solo sull'attività successiva ad una pronuncia giurisdizionale, ma anche sulla fase che la precede.

In tale ultima ipotesi, occorre distinguere fra provvedimenti ad efficacia istantanea e provvedimenti ad efficacia durevole. Mentre rispetto ai primi le sopravvenienze risulteranno irrilevanti, avendo detti provvedimenti già esaurito i propri effetti, rispetto ai secondi dovrà essere riconosciuta l'incidenza delle sopravvenienze in tutti i casi in cui il rapporto non abbia esaurito i propri effetti, dal momento che l'amministrazione sarà tenuta a rivalutare la vicenda complessivamente considerata, alla luce del nuovo contesto normativo e di fatto <sup>(96)</sup>.

La regola generale da tenere in considerazione in quest'ultimo caso è quella del *tempus regit actum* e della conseguente rilevanza della disciplina di diritto sopravvenuta all'*actio* del privato.

Tale disciplina è derogabile solo in casi eccezionali – quali la protrazione ingiustificata dei tempi di svolgimento dell'attività amministrativa, contraria ai principi di buona fede e legittimo affidamento del privato – soggetti al diverso principio del *tempus regit actionem* <sup>(97)</sup>.

Il principio *tempus regit actum*, oggi pacificamente accolto in giurisprudenza, si pone in contrasto con quanto precisato dal precedente orientamento maggioritario, che affermava come l'assetto normativo applicabile dovesse ritenersi cristallizzato al momento dell'avvio del procedimento, sicché non avrebbero avuto alcuna rilevanza né le sopravvenienze di fatto, né quelle di diritto intervenute nel corso del suo svolgimento.

---

<sup>94</sup> F. BARTOLOMEI, *Giudizio di ottemperanza e giudicato amministrativo*, Milano, 1987.

<sup>95</sup> Il problema che si pone è in particolare quello di conciliare il principio di effettività della tutela giurisdizionale, corollario di una puntuale esecuzione del giudicato, con il principio di preminenza dell'interesse pubblico espresso dall'adeguamento della azione amministrativa ai mutamenti fattuali medio tempore intervenuti.

<sup>96</sup> M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 242.

<sup>97</sup> Tale principio nel riconoscere che la durata dell'azione amministrativa non possa comportare un detrimento al destinatario, valorizza altresì l'art. 2 della L. 241/90 che prevede il tempo massimo di conclusione.



Come anticipato, le medesime questioni problematiche si pongono nel caso in cui l'amministrazione rieserciti il proprio potere a seguito di una pronuncia di annullamento. In tale evenienza, le sopravvenienze di fatto si pongono quali ostacoli all'esecuzione del giudicato: l'amministrazione non si trova più nella possibilità di eseguire il giudicato per il sopraggiungere di un impedimento materiale – ad esempio la perdita da parte dell'amministrazione stessa della disponibilità giuridica del bene – oppure nei casi in cui l'esecuzione del giudicato trovi un limite in posizioni consolidate di terzi estranei alla lite. Per la prima ipotesi si pensi, ad esempio, al caso in cui la pronuncia abbia ad oggetto la concessione di un lido *medio tempore* eroso dal mare: è evidente che il mutamento della realtà fattuale risulti ostativo rispetto all'esecuzione *decisum* dell'organo giudicante.

Per quanto concerne, invece, la seconda ipotesi, la giurisprudenza, pur affermando il principio secondo cui l'esecuzione del giudicato trova un limite nella tutela di situazioni giuridiche consolidate di terzi estranei alla lite, ha escluso che ciò si verifichi allorché la posizione del terzo derivi direttamente dal provvedimento annullato per effetto della sentenza passata in giudicato ed anche nel caso in cui sia intervenuto un apprezzabile lasso di tempo idoneo a determinarne il consolidamento <sup>(98)</sup>.

Non potendo dunque il privato ottenere l'esecuzione in forma specifica, egli avrà la facoltà di optare per la tutela per equivalente, sotto forma di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 112, c. 3 c.p.a., mediante la proposizione al giudice dell'ottemperanza, ritenuto parimenti competente anche nel caso di inottemperanza dell'amministrazione in ragione di sopravvenienze di fatto o di diritto <sup>(99)</sup>.

Il diritto al risarcimento per equivalente nelle ipotesi di impossibilità sopravvenuta di ottenere in natura il bene della vita di cui è stata riconosciuta la spettanza è stato

---

<sup>98</sup> Cons. St., Sez. VI, 26 febbraio 2003, n. 1086 in Foro amm. CDS 2003, 669.

<sup>99</sup> Prima dell'espressa previsione legislativa tale soluzione era stata propugnata dalla dottrina maggioritaria; cfr. F. SATTA, *Giustizia amministrativa (voce)*, in Enc. Dir., VI, Milano, 2002, p. 484. Contra A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, in Trattato di diritto amministrativo, a cura di CASSESE S., V, Milano, 2003, p. 4629 secondo cui bisognerebbe adottare un rimedio che tenga conto della logica dell'impossibilità sopravvenuta di cui all'art. 1290 c.c., In giurisprudenza, nel medesimo senso si veda ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 06/08/2001, n. 4329 in Danno e resp. 2002, 183 secondo cui *“il risarcimento del danno rappresenta una forma di tutela della parte, vittoriosa nel giudizio di annullamento, alternativa o complementare all'ordinario processo di ottemperanza; in questa prospettiva, nel processo per l'esecuzione del giudicato, che mira a realizzare l'assetto di interessi delineato dalla pronuncia irrevocabile, il risarcimento del danno per equivalente ha la funzione di completare e rendere effettiva la protezione dell'interesse del ricorrente, con particolare riguardo al ristoro dei pregiudizi derivanti dal ritardo nella concreta attuazione della decisione, e dalla impossibilità di realizzare puntualmente il giudicato, per effetto delle sopravvenienze di fatto o di diritto”*.

confermato da un'ulteriore pronuncia dell'Adunanza Plenaria, la n. 2 del 2017 <sup>(100)</sup>. Quest'ultima sentenza ha affermato anzitutto che dal giudicato discende, in generale, l'obbligazione di concedere il bene della vita in forma specifica. Si tratta di un'obbligazione soggetta alla disciplina civilistica in materia di inadempimento contrattuale, ma caratterizzata da una peculiarità rispetto al disposto dell'articolo 1218 c.c..

Infatti, in questo caso, l'impossibilità sopravvenuta *“non estingue l'obbligazione”*, come accadrebbe in applicazione della disciplina civilistica, *“ma la converte, ex lege, in una diversa obbligazione, di natura risarcitoria, avente ad oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dal giudicato in sostituzione della esecuzione in forma specifica; l'insorgenza di tale obbligazione può essere esclusa solo dalla insussistenza originaria o dal venir meno del nesso di causalità, oltre che dell'antigiuridicità della condotta”*. Più specificamente nel caso di violazione o elusione di giudicato, l'Amministrazione può fornire una prova liberatoria consistente nella carenza dell'elemento soggettivo (dolo o colpa), mentre, nel caso di impossibilità sopravvenuta, non imputabile a violazione o elusione di giudicato, si tratta di responsabilità di tipo oggettivo: non è ammessa, infatti, alcuna prova liberatoria fondata sul menzionato elemento soggettivo, potendo la responsabilità essere esclusa nel solo caso di mancanza di nesso di causalità, il cui onere probatorio resta a carico del debitore e nel caso di una causa di giustificazione <sup>(101)</sup>.

Profili critici sono emersi anche rispetto alla rilevanza, o meno, delle sopravvenienze di diritto, ossia dell'introduzione di modifiche normative successive al giudicato, che disciplinino la medesima fattispecie in modo differente rispetto alla regola di giudizio stabilita dalla sentenza passata in giudicato che abbia annullato il provvedimento.

---

<sup>100</sup> Consiglio di Stato, Ad. Plen., 12 maggio 2017, n. 2, in *Foro Amministrativo*, 2017, 5, p. 1012

<sup>101</sup> Tale impostazione si pone peraltro in linea con la giurisprudenza comunitaria che nella pronuncia Corte di giustizia, sez. III, 30 settembre 2010, C-314/09, *Stadt Graz* ha affermato che *“in materia di risarcimento da (mancato) affidamento di gare pubbliche di appalto e concessioni, non è necessario provare la colpa dell'amministrazione aggiudicatrice, poiché il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività della tutela previsto dalla normativa comunitaria; le garanzie di trasparenza e di non discriminazione operanti in materia di aggiudicazione dei pubblici appalti fanno sì che una qualsiasi violazione degli obblighi di matrice sovranazionale consente all'impresa pregiudicata di ottenere un risarcimento dei danni, a prescindere da un accertamento in ordine alla colpevolezza dell'ente aggiudicatore e dunque della imputabilità soggettiva della lamentata violazione”*.

Il silenzio del codice sul punto ha condotto dottrina e giurisprudenza ad interrogarsi sul rilievo da attribuire al cd. *ius superveniens*. Al riguardo si sono registrati essenzialmente tre distinti orientamenti.

Un primo orientamento riteneva che la pubblica amministrazione, nel riesercitare il proprio potere, fosse tenuta ad applicare la normativa sopravvenuta, in forza del già menzionato principio del *tempus regit actum*, in ragione della considerazione che l'attività amministrativa deve costantemente conformarsi al perseguimento dell'interesse pubblico desumibile anche dalle modifiche normative e deve dunque rispettare la sopravvenienza, che supera anche il giudicato.

Ad esso si contrapponeva un secondo orientamento che riteneva del tutto irrilevanti le sopravvenienze di diritto, poiché contrastanti con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, nonché con i principi di buona fede e legittimo affidamento del privato (<sup>102</sup>). In altri termini, tale impostazione riteneva prevalente l'esigenza della parte vittoriosa di vedere effettivamente eseguita la regola affermata dalla pronuncia giurisdizionale rispetto alla contrapposta esigenza dell'amministrazione di rispettare la *regula iuris* in vigore al momento dell'attuazione del giudicato.

Il contrasto era stato composto in epoca risalente dall'Adunanza Plenaria (<sup>103</sup>), che aderendo ad una tesi intermedia, aveva riconosciuto rilevanza alle sopravvenienze di diritto solo ove le stesse fossero intervenute prima della notifica della sentenza di primo grado, idonea a "cristallizzare" la situazione di fatto e di diritto (<sup>104</sup>).

Più specificamente, si riteneva che le sopravvenienze di fatto e di diritto antecedenti alla notifica della sentenza si ponessero come limite all'esecuzione della pronuncia soltanto

---

<sup>102</sup> In dottrina M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, cit. 370 ss.; M. CALRICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., 257 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 394.

<sup>103</sup> Si tratta di un orientamento giurisprudenziale maturato specialmente nell'ambito delle sopravvenienze in materia edilizia e urbanistica, rispetto a provvedimenti di diniego di concessione edilizia, annullati in sede giurisdizionale. Il *leading case* è stato deciso da Cons. Stato, Ad. Plen., 8 gennaio 1986, n. 1 secondo cui "la disciplina urbanistica da applicare in sede di esame di una richiesta di concessione edilizia, conseguente all'annullamento giurisprudenziale del diniego della concessione stessa o conseguente alla declaratoria d'illegittimità del silenzio rifiuto, è quella vigente al momento in cui la sentenza è notificata o comunicata in via amministrativa al sindaco, quale capo e legale rappresentante dell'amministrazione comunale, titolare dell'iniziativa in materia di pianificazione urbanistica, divenendo inopponibili all'interessato le variazioni dello strumento urbanistico sopravvenute successivamente a tale notificazione". In senso analogo Cons. Stato, Ad. Plen., 21 febbraio 1994, n. 4; Cons. Stato, Sez. IV, 24 dicembre 2008, n. 6538; Cons. Stato, 18 ottobre 2002, n. 5694; Cons. Stato, 15 febbraio 2002, n. 942; Cons. Stato, Sez. V, 17 maggio 2000, n. 2874; Cons. Stato, Sez. V, 9 maggio 2001, n. 2607. Sull'irrilevanza delle sopravvenienze successive alla notificazione della sentenza: Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2547 e Cons. Stato, Sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569, in *Foro it.*, 2012, III, c. 612.

<sup>104</sup> M. SANNINO, *Il giudizio di ottemperanza*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 56 ss.

ove avessero determinato un assetto degli interessi pubblici del tutto inconciliabile con quello del privato (assetto salvaguardato dalla pronuncia medesima).

Diversamente, in applicazione del fondamentale principio chiovendiano per cui la durata del processo non può andare a danno della parte che ha ragione, si sarebbe dovuto far riferimento, ai fini dell'esecuzione della sentenza, allo stato di fatto e di diritto vigente al momento dell'adozione degli atti lesivi annullati in sede giurisdizionale <sup>(105)</sup>.

D'altro canto, si riteneva che l'adesione generalizzata al principio del *tempus regit actum* avrebbe consentito al legislatore di superare agevolmente il risultato della funzione giurisdizionale <sup>(106)</sup>.

Si era dunque affermato che, mentre a fronte di situazioni giuridiche istantanee le sopravvenienze devono essere ritenute irrilevanti, trovando necessariamente applicazione la normativa vigente al momento della notificazione della sentenza, per contro, rispetto alle situazioni giuridiche durevoli, le modifiche incidono unicamente sull'attività successiva al giudicato senza che si determini alcun conflitto, bensì una mera successione cronologica delle regole che disciplinano la situazione giuridica <sup>(107)</sup>.

Ciò è particolarmente evidente nei giudizi che riguardano la materia edilizia, che, incidendo su situazioni soggettive istantanee, risultano tendenzialmente insensibili alle frequenti sopravvenienze normative tecniche e di settore <sup>(108)</sup>.

La giurisprudenza successiva alla citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria <sup>(109)</sup>, in senso parzialmente difforme ai principi appena richiamati, ha ritenuto che il rapporto tra giudicato e sopravvenienze di diritto non possa essere ricostruito secondo un unico modello predefinito. Occorrerebbe, infatti, distinguere fra fattispecie che consentono al giudice amministrativo di svolgere, nell'ambito della sua giurisdizione di legittimità, un sindacato pieno sul rapporto dedotto in giudizio e fattispecie che, al contrario, escludono una simile estensione <sup>(110)</sup>.

---

<sup>105</sup> Ibidem, p. 59 ss.

<sup>106</sup> In questo senso l'Ad. Pl., 21 febbraio 1994, n. 4 in Giur. it. 1995, III, 1, 509, ha affermato che "l'immutabilità del giudicato non può cedere di fronte a norme sopravvenute aventi efficacia retroattiva" in quanto "il Parlamento non può sovrapporsi alla Magistratura modificando ex post singole situazioni già definite dal giudice e coperte dall'autorità del giudicato".

<sup>107</sup> C. MATTEUCCI, *Il giudizio di ottemperanza: ius superveniens e giudicato amministrativo a formazione progressiva*, in Foro Amministrativo (II), fasc.11, novembre 2018, p. 2109 ss.

<sup>108</sup> Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2547 in Foro it. 2012, 12, III, 612.

<sup>109</sup> Con. St., Sez. VI, 26 marzo 2014, n. 1472 in *dejure.it*.

<sup>110</sup> Cons. St., Sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569, in Foro amm. CDS 2012, 12, 3297.

Nella prima ipotesi – che si verifica allorché venga proposta un’azione di annullamento di un provvedimento amministrativo avente un contenuto vincolato con contestuale azione di adempimento nella quale si chieda la condanna dell’amministrazione all’adozione del provvedimento richiesto ovvero un’azione avverso il silenzio, in presenza di una attività vincolata o che non presenti ulteriori margini di discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall’amministrazione o ancora un’azione di condanna al risarcimento del danno che presupponga anch’essa, a prescindere dalla natura del potere esercitato, l’accertamento pieno del rapporto <sup>(111)</sup> – il giudicato amministrativo prevale sulla normativa sopravvenuta in ragione della singolarità delle fattispecie e dei valori ad esse sottesi.

Nella seconda ipotesi, che si verifica invece qualora venga proposta un’azione di annullamento di un provvedimento amministrativo discrezionale e un’azione avverso il silenzio avente ad oggetto un’attività caratterizzata da discrezionalità non ancora esercitata dall’amministrazione <sup>(112)</sup>, la normativa successiva, potendo assumere rilievo rispetto agli spazi non interessati dal giudicato, realizza normalmente una successione cronologica di regole di disciplina del potere pubblico. In tali casi, la prevalenza del giudicato si verifica unicamente se, in relazione a quello specifico tratto della vicenda amministrativa vincolato dalla sentenza, la nuova normativa sovrappone la propria regola a quella affermata in via giudiziale, al solo fine di correggere l’esercizio delle funzioni del giudice <sup>(113)</sup>.

La posizione assunta dalla giurisprudenza da ultimo menzionata ha reso necessario un ulteriore intervento dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato <sup>(114)</sup>, su cui meglio ci si soffermerà nel prosieguo, che ha di recente aderito all’indirizzo intermedio sopra richiamato, apportandovi, tuttavia, un significativo correttivo. La pronuncia ha infatti osservato che *“l’esecuzione del giudicato può trovare limiti solo nelle sopravvenienze di*

---

<sup>111</sup> V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2018, p. 1523.

<sup>112</sup> Cons. St., Sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569 in Foro it. 2012, 12, III 612 per cui *“rispetto all’esecuzione del giudicato amministrativo l’incidenza della normativa sopravvenuta va diversamente definita in base al fatto che la sentenza si sia pronunciata in modo pieno sul rapporto o invece non abbia pienamente vincolato la successiva attività amministrativa: nel primo caso il giudicato prevale sulla normativa sopravvenuta, mentre nel secondo caso la normativa sopravvenuta, se interviene negli spazi scelti liberi dal giudicato, integra la disciplina che l’amministrazione è tenuta ad applicare.”*

<sup>113</sup> Si tratta delle ipotesi di “leggi provvedimento” che si caratterizzano per avere un contenuto particolare e concreto incidendo su un numero limitato e determinato di destinatari. Sul punto Corte Cost., 2 aprile 2009, n. 94 e Corte Cost., 8 maggio 2009.

<sup>114</sup> Consiglio di Stato ad. plen., 09/06/2016, n. 11 in Foro it. 2017, 4, III, 186.

*fatto e di diritto antecedenti alla notificazione della sentenza divenuta irrevocabile” e non alla notificazione della sentenza di primo grado, ampliando in tal modo, l’ambito di rilevanza delle sopravvenienze di diritto.*

Anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono intervenute sul tema in due distinte occasioni. Con una prima pronuncia <sup>(115)</sup>, è stata introdotta la distinzione tra l’ipotesi del giudicato relativo a vicende compiute ed esaurite sul piano cronologico, e il giudicato relativo a situazioni definite nel provvedimento impugnato, ma orientate al futuro, in quanto destinate ad essere fonte di ulteriori effetti.

Se la vicenda sostanziale si è esaurita, l’assetto dato dalla sentenza passata in giudicato è insensibile a qualunque modifica successiva al giudicato stesso, ma se, invece, essa presuppone ulteriori evoluzioni future, è ben possibile che un fattore esterno, del tutto indipendente dal giudicato, la modifichi e debba dunque essere tenuto in debita considerazione dall’amministrazione nella fase di riedizione del potere.

Con una seconda pronuncia <sup>(116)</sup> la Corte ha precisato che i principi evidenziati con riferimento alla rilevanza delle sopravvenienze di fatto e di diritto nel giudizio di ottemperanza non possano riferirsi al giudizio generale di legittimità, instaurato per l’impugnazione di un nuovo provvedimento, in cui la soddisfazione del ricorrente deve avvenire *“ora per allora”*, facendo riferimento al momento di presentazione del ricorso. Si tratta di una soluzione in linea con il rispetto del diritto di difesa del ricorrente, da un lato, e con il principio di buona amministrazione dall’altro.

La Corte ha inoltre precisato come la sentenza del giudice dell’ottemperanza che, in contrasto con i principi evidenziati, assegni al ricorrente vittorioso l’incarico (nel caso di specie, si trattava di ruoli direttivi della Magistratura ordinaria) ora per allora, operando direttamente una valutazione di merito del contenuto del provvedimento e ne apprezzi la ragionevolezza – così sovrapponendosi all’esercizio della discrezionalità amministrativa – piuttosto che limitarsi a sindacarne la legittimità, anche sotto il profilo del vizio dell’eccesso di potere, prescrivendo un contenuto dell’attività provvedimentale divenuto nella sostanza di impossibile attuazione, oltrepassa i limiti esterni della giurisdizione,

---

<sup>115</sup> Cass. SS.UU. 9 novembre 2011, n. 23302 in Dir. proc. amm. 2012, 1, 127 per cui *“una cosa è il giudicato che tocca vicende chiuse, delle quali cioè l’intervento del giudice è destinato a segnare la conclusione, altra cosa è la sentenza che, viceversa, riapre una situazione che il provvedimento annullato aveva inteso definire, dischiudendo nuove prospettive per il futuro. A questa diversa tipologia di situazioni corrisponde una diversità di effetti del giudicato amministrativo”*.

<sup>116</sup> Cass SS. UU., 5 ottobre 2015, n. 19787 in Foro Amministrativo (II) 2015, 11, 2745 (s.m).

sicché potrà essere impugnata davanti alle stesse Sezioni Unite per difetto di giurisdizione (117).

Pertanto, successivamente alla sentenza con cui si dichiara l'illegittimità del provvedimento amministrativo, l'amministrazione potrà confermare l'esito del provvedimento precedentemente annullato, con una differente motivazione, oppure prestare definitiva acquiescenza al giudicato amministrativo e non rinnovare il provvedimento. Secondo le Sezioni Unite, in questa evenienza, il ricorrente vittorioso non potendo più ottenere il conseguimento del bene della vita (tutela in forma specifica), avrà diritto al risarcimento del danno da perdita di *chance*.

In una prospettiva di continuità con i principi enunciati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata, in tempi recenti, sul rapporto con le sopravvenienze opponibili in sede di ottemperanza nonché sulla nozione di giudicato a formazione progressiva.

Più specificamente, con la pronuncia n. 11 del 2016, il Consiglio di Stato ha avuto occasione di pronunciarsi in merito all'ipotesi in cui il giudicato nazionale risulti configgente con la normativa sopravvenuta sovranazionale, per tale intendendosi anche quella desumibile da una sentenza interpretativa della Corte di Giustizia dell'unione europea, intervenuta successivamente rispetto alla pronuncia del giudice nazionale.

Ai fini della migliore comprensione dei principi affermati dalla sentenza, occorre tenere conto della vicenda di fatto, caratterizzata da profili peculiari, che traeva origine da una delibera del Comune di Bari che, nel 2003, senza indire alcuna gara ad evidenza pubblica, aveva deciso di affidare all'impresa Pizzarotti l'opera di ricostruzione della cittadella giudiziaria.

Nelle more del lungo contenzioso che aveva visto coinvolte l'impresa affidataria da un lato e il Comune (inerte rispetto all'obbligo di adottare il provvedimento finale) dall'altro, veniva avviata dalla Commissione Europea la procedura di infrazione ai sensi dell'art.

---

<sup>117</sup> In entrambe le sentenze le Sezioni Unite fanno riferimento alla questione dell'impugnabilità delle delibere del Consiglio Superiore della Magistratura di nomina di magistrati in ruoli apicali. Con le SS. UU. n. 23302/2011 ci si interroga sull'esperibilità del giudizio di ottemperanza in una fase in cui il ricorrente-magistrato era entrato in quiescenza e non avrebbe più potuto ricoprire l'incarico, individuando una risposta negativa, in quanto il giudizio di ottemperanza non può comportare un'esecuzione "*ora per allora*". Nella seconda sentenza, SS. UU. n. 19787/2015, invece, la Corte risponde all'applicabilità dei principi individuati nel 2011 al giudizio generale di legittimità, optando per la soluzione negativa, in quanto il magistrato vittorioso, anche se non potrà ricoprire il ruolo desiderato, comunque potrà ottenere l'annullamento della delibera del Csm ed eventualmente anche il risarcimento del danno da perdita di *chance*.

258 TFUE per presunta violazione della normativa europea in materia di affidamento di appalti pubblici di rilevanza comunitaria, a causa del superamento delle soglie previste dal Codice dei Contratti Pubblici del 2006.

Nel 2013, il Consiglio di Stato ritenne necessario ricorrere allo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, al fine di chiarire se sussistesse la necessità di una procedura di evidenza pubblica per l'affidamento dei lavori, nonostante l'esistenza di un giudicato cristallizzato sulla vicenda in oggetto.

La Corte di Giustizia, nel 2015 affermava che *“se le norme procedurali interne applicabili glielo consentono, un organo giurisdizionale nazionale, come il giudice del rinvio, che abbia statuito in ultima istanza senza che prima fosse adita in via pregiudiziale la Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE, deve completare la cosa giudicata costituita dalla decisione che ha condotto a una situazione contrastante con la normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori oppure ritornare su tale decisione, per tener conto dell'interpretazione di tale normativa offerta successivamente dalla Corte medesima”* (118).

A seguito di tale sentenza, poi, il Consiglio di Stato rimetteva la questione all'Adunanza Plenaria affinché quest'ultima si pronunciasse sull'ampiezza del giudicato amministrativo e sulla sua capacità di resistenza rispetto ad uno *ius superveniens* rappresentato da una sentenza della Corte di Giustizia che affermi la contrarietà degli effetti dallo stesso prodotti al diritto dell'Unione Europea.

Al fine di dare risposta al primo quesito posto dall'ordinanza di rimessione, l'Adunanza Plenaria muove dalle considerazioni concernenti l'esatta delimitazione del contenuto e della portata conformativa delle sentenze di cui si chiede l'ottemperanza, rilevando, in particolare, come in nessuna di dette pronunce vi sia stato un accertamento del diritto incondizionato dell'impresa Pizzarotti alla stipula del contratto e alla realizzazione

---

<sup>118</sup> Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 10 luglio 2014 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato - Italia) – Impresa Pizzarotti & C. Spa / Comune di Bari, Giunta comunale di Bari, Consiglio comunale di Bari. Causa C-213/13 in curia.europa.eu. Tale pronuncia si pone in contrasto con l'orientamento tradizionale della Corte di Giustizia che conferma la tendenziale intangibilità del giudicato nazionale nonostante la presenza di statuizioni contrastanti con il diritto europeo. Un primo segnale di tale cambiamento può cogliersi nel caso Köbler (CGUE, 30 settembre 2003, causa C-224/01) in cui la Corte afferma la responsabilità dello Stato membro nei confronti del cittadino leso, quando la violazione del diritto comunitario sia stata realizzata da organi giudiziari nazionali di ultima istanza. Tuttavia, non essendoci identità delle *causae petendi* nelle due diverse azioni, non può sostenersi che si trattasse di un superamento in senso tecnico di giudicato. In questo senso P. BIAVATI, *Inadempimento degli Stati membri al diritto comunitario per fatto del giudice supremo: alla prova la nozione europea di giudicato*, in *Int'l Lis*, 2005, n. 2, p. 62 ss..



dell'opera: dalle sentenze ottemperande deriva, infatti, unicamente un obbligo procedimentale e strumentale (quello di portare a conclusione il procedimento) e non un obbligo sostanziale e finale (quello di concludere il procedimento riconoscendo il diritto alla stipula del contratto o, addirittura, alla realizzazione dell'opera) <sup>(119)</sup>.

La sentenza ribadisce poi che alla pronuncia irrevocabile di annullamento del provvedimento conseguono effetti ripristinatori ed effetti conformativi, rispetto ai quali rimangono impregiudicati i residui profili liberi dell'azione amministrativa e, dunque, in primo luogo, i poteri non esercitati e quelli connotati da un'immanente discrezionalità amministrativa.

Nell'ipotesi di annullamento di un provvedimento discrezionale rispetto al quale residuino margini di discrezionalità dell'amministrazione, si assiste alla formazione di un giudicato che contiene una regola incompleta: il sindacato del giudice di cognizione non può infatti estendersi all'intero rapporto controverso, costituendo, altrimenti, uno sconfinamento nel merito amministrativo con conseguente possibile eccesso di potere giurisdizionale.

In altri termini, il giudicato non può incidere sui tratti liberi dell'azione amministrativa non toccati dallo stesso giudicato e, in primo luogo, sui poteri non esercitati e fondati su presupposti fattuali e normativi diversi e successivi rispetto a quest'ultimo.

È vero che, di regola, l'esecuzione del giudicato amministrativo – in forza del diritto alla ragionevole durata del processo, dell'effettività della tutela giurisdizionale, della stabilità e certezza dei rapporti giuridici – non può divenire il luogo per rimettere in discussione continuamente la situazione oggetto del ricorso introduttivo di primo grado, su cui il giudicato ha conclusivamente deciso, sussistendo invero un *“obbligo di esecuzione secondo buona fede e senza che sia frustrata la legittima aspettativa del privato alla stabile definizione del contesto procedimentale”*, ma è altrettanto vero che le pronunce in esame hanno riconosciuto all'impresa ricorrente unicamente la titolarità di un interesse strumentale e procedimentale, la cui struttura si è progressivamente arricchita e rafforzata fino ad imporre all'amministrazione l'obbligo di concludere il procedimento in maniera *“plausibilmente congrua”* verificando la possibilità di realizzare l'opera compatibilmente con la situazione di fatto e con il sistema normativo e amministrativo.

---

<sup>119</sup> L'adunanza Plenaria sul punto richiama la distinzione, propria del diritto civile, fra obbligazioni di mezzo (o di risultato strumentale) e obbligazioni di risultato, ritenendo nel caso sussistenti unicamente le prime.

È interessante notare che, sul piano “normativo”, nel caso di specie, era successivamente intervenuta la sentenza interpretativa della Corte di Giustizia, alla quale secondo l’Adunanza Plenaria, può essere riconosciuta la natura giuridica di sopravvenienza normativa, la quale, incidendo su un procedimento ancora in corso, determina una “successione cronologica” di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica, precludendo il conseguimento dell’interesse finale <sup>(120)</sup>.

In questo senso, la sentenza ha precisato che la pronuncia può essere incisa dalle sopravvenienze di fatto e di diritto intervenute prima della notificazione della sentenza irrevocabile, sicché le stesse sono tendenzialmente irrilevanti rispetto alle situazioni giuridiche istantanee <sup>(121)</sup>, mentre assumono rilievo rispetto a quelle durevoli rispetto a quella parte del procedimento che si svolge successivamente al giudicato.

In virtù dell’obbligo di cooperazione tra ordinamento interno e sovranazionale di cui all’art 4, par. 3 TUE, l’esecuzione del giudicato può divenire la sede adeguata ad assicurare l’osservanza del diritto euro-unitario, nel rispetto del principio che impone al giudice nazionale di attivarsi per evitare la formazione di un giudicato anticomunitario o, in generale, confliggente con norme di rango sovranazionale cui lo Stato italiano è tenuto a conformarsi.

Al riguardo, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione <sup>(122)</sup> avevano già avuto modo di affermare, con talune importanti pronunce, che si configura la violazione del limite esterno della giurisdizione, qualora una pronuncia del giudice amministrativo interpreti una norma di diritto interno in contrasto con il diritto dell’Unione europea, così come risultante da una sentenza della Corte di Giustizia intervenuta successivamente. Tale ipotesi rientrerebbe infatti in uno di quei casi estremi in cui il giudice adotta una decisione anomala o abnorme – omettendo il corretto esercizio del potere giurisdizionale per

---

<sup>120</sup> V. FERRARO, *L’intangibilità del giudicato amministrativo e il diritto europeo: le recenti pronunce della Corte di Giustizia*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.5, 2014, p. 1065 ss. sostiene come la violazione del diritto europeo ad opera di un giudicato possa (di per sé) essere qualificata come errore di fatto ai sensi dell’art. 395, n. 4 c.p.c.

<sup>121</sup> Come anticipato, rispetto alle situazioni giuridiche ad efficacia istantanea le sopravvenienze normative e fattuali possono, in realtà, avere un’incidenza ove rendano impossibile l’esecuzione del giudicato. Si tratta dell’applicazione del principio per il quale *ad impossibilia nemo tenetur*, che, ove ne ricorrano le condizioni, può integrare il presupposto esplicito della previsione del risarcimento del danno, per impossibile esecuzione del giudicato, sancita dall’art. 112, comma 3°, c.p.a.

<sup>122</sup> Cfr. Cass., SS., UU., ord. 8 aprile 2016, n. 6891, in *Foro it.* 2016, 5, I, 1667, Cass., SS., UU, 6 febbraio 2015, n. 2242 in *Foro Amministrativo (II)* 2015, 6, 1647.

*errores in iudicando o in procedendo* – impugnabile dinnanzi alla medesima Corte di Cassazione

In considerazione dell'esigenza che tutti gli organi dello Stato *“in primis quelli giurisdizionali, si adoperino nei limiti delle rispettive competenze, al fine di evitare la violazione di norme di rango sovranazionale cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione”*, anche il giudice dell'ottemperanza è parimenti tenuto a interpretare e delineare la portata dispositiva e conformativa della sentenza della cui esecuzione si tratta in conformità con il diritto europeo, evitando di desumere dalla stessa delle regole che risultino contrastanti con quest'ultimo.

Al fine di conseguire tale risultato si consente al giudice dell'ottemperanza sia di completare il giudicato con statuizioni nuove e integrative (<sup>123</sup>), sia di specificarne la portata e gli effetti, proprio per impedire il consolidamento di effetti irreversibili contrari al diritto sovranazionale.

Il giudizio di ottemperanza, in quest'ottica, può rappresentare *“un'opportunità ulteriore offerta dal sistema processuale anche per evitare che dal giudicato possano trarsi conseguenze anticomunitarie* (<sup>124</sup>).

Occorre, in altri termini, rivedere l'impostazione tradizionale per affermare invece come la notificazione della sentenza definitiva non sia più condizione idonea a escludere la rilevanza e l'incidenza delle sopravvenienze rispetto a quelle fattispecie in cui l'azione amministrativa risulta indispensabile per attuare l'effetto conformativo del giudicato.

Ne consegue, così, che i ricorsi proposti dall'impresa Pizzarotti vengono respinti in quanto volti a ottenere l'attuazione dell'obbligo di natura procedimentale riconosciuto dalle sentenze ottemperande, ormai precluso dall'insormontabile ostacolo rappresentato dalla sentenza della Corte di Giustizia.

Quanto stabilito dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 11 del 2016 è stato successivamente ribadito con la pronuncia n. 1 del 2017 della stessa Adunanza Plenaria (<sup>125</sup>) che ha dichiarato inammissibile il ricorso per la revocazione (artt. 106, c. 1, c.p.a. e 395, n. 5, c.p.c.) della sentenza n. 11 del 2016 per asserito contrasto con precedenti pronunce passate in giudicato. Nel caso di specie, l'impresa ricorrente, dopo aver visto

---

<sup>123</sup> In forza della natura mista del giudicato di ottemperanza, caratterizzato non solo dalla funzione esecutiva ma anche da profili di cognizione.

<sup>124</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11.

<sup>125</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 6 aprile 2017, n. 1 in Foro Amministrativo (II) 201, 4, 818.

vanificata la possibilità di ottenere il bene della vita richiesto, che le avrebbe consentito di realizzare la cittadella della giustizia del Comune di Bari, aveva invero deciso di ricorrere, in *extrema ratio*, allo strumento della revocazione.

Al riguardo, il Consiglio di Stato ha evidenziato che, ai fini dell'impugnazione per revocazione della sentenza contraria ad altra precedente avente autorità di cosa giudicata, si richiede non solo il contrasto della sentenza revocanda con un'altra precedente avente tra le parti, appunto, autorità di cosa giudicata sostanziale, e dunque l'incompatibilità di statuizioni di merito emesse fra le stesse parti e con identici elementi identificativi della domanda, ma anche la sussistenza del requisito della estraneità del precedente giudicato al *thema decidendum* su cui abbia deciso la sentenza revocanda medesima.

Con riguardo al primo requisito, deve escludersi l'identità dell'oggetto tra la pronuncia ottemperanda che decide la controversia all'esito del giudizio di cognizione e quella emessa in sede di ottemperanza per stabilire l'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato (<sup>126</sup>).

Infatti, qualora le sentenze poste a raffronto costituiscano l'esito, rispettivamente, del giudizio di cognizione e di quello di esecuzione, ciò che viene dedotto come contrasto fra giudicati rappresenta, più precisamente, l'interpretazione che il giudice dell'ottemperanza ha inteso attribuire all'ambito della statuizione della sentenza da eseguire. Il giudizio di ottemperanza, in questo senso, non va configurato alla stregua di un giudizio diverso ed ulteriore intercorso tra le medesime parti, ma deve essere considerato come un'ulteriore fase dello stesso processo ancora in corso di svolgimento: esiste dunque un "unico giudizio", in senso sostanziale, confluito nella decisione di cui si chiede la revocazione. Tale istanza di revocazione si risolve, in realtà, nella richiesta di riesame delle conclusioni alle quali detto giudice è pervenuto, non nell'assenza di consapevolezza dell'esistenza di un giudicato facente stato fra le stesse parti, ma proprio nell'espresso apprezzamento dell'ambito di quest'ultimo e degli adempimenti amministrativi necessari per la sua corretta esecuzione.

Trattandosi, dunque, di un processo funzionalmente unitario, non si può configurare l'esistenza di una pluralità di giudicati autonomi ed esterni, potenzialmente in conflitto tra loro, ma si delinea un medesimo giudicato unitario che viene completato

---

<sup>126</sup> In questo senso Cons. St., Sez. IV, 11 giugno 2015, n. 2855; Cons. St., Sez. V, 20 aprile 2015, n. 1997; Cons. St., Sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6330 in *dejure.it*.

progressivamente dalle successive pronunce. Per tale ragione, non sono integrati i presupposti per attivare il rimedio della revocazione di cui all'art. 395, n. 5 c.p.c.,<sup>(127)</sup>, a pena di introdurre, tramite l'istituto della revocazione, un ulteriore ordinario mezzo di impugnazione a critica illimitata.

In tali ipotesi l'unico rimedio eventualmente esperibile rimarrebbe, pertanto, quello del ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 4 c.p.c.

Come si è già avuto modo di precisare il giudicato amministrativo è dunque un giudicato a formazione progressiva: il giudicato in tale prospettiva si forma non tanto come esito del processo di cognizione, quanto nella fase esecutiva della sentenza, venendo implementato progressivamente tramite il giudizio di ottemperanza e l'azione amministrativa successiva al processo di cognizione (prevalentemente attraverso l'intervento del commissario ad acta, ma anche di quello dell'amministrazione tenuta all'esecuzione), con ovvie ripercussioni sul principio di stabilità e di certezza del *decisum* di cognizione.

In questo quadro, il *proprium* del giudizio di ottemperanza si risolve nell'interpretazione della sentenza ottemperanda, scomponendosi, invero, la decisione da assumere in tale sede in una triplice operazione logica: da un lato, di interpretazione del giudicato al fine di individuare il comportamento doveroso per la pubblica amministrazione in sede di esecuzione, dall'altro di accertamento del comportamento effettivamente tenuto dalla medesima amministrazione e, infine, di valutazione della conformità del comportamento tenuto dall'amministrazione rispetto a quello imposto dal giudicato.

Il Consiglio di Stato evidenzia peraltro come, in ogni caso, il contrasto rilevante ai fini dell'applicabilità dell'art. 395, n. 5, c.p.c. non sia configurabile in relazione a sentenze aventi mero contenuto processuale. Ed infatti, affinché una sentenza possa considerarsi contraria ad un precedente giudicato, occorre che le decisioni in contrasto risultino tra loro incompatibili sul piano sostanziale, in quanto dirette a tutelare beni ed interessi di identico contenuto, nei confronti delle stesse parti, con riferimento ad identici elementi di identificazione della domanda (*petitum e causa petendi*) confluiti nel *decisum* <sup>(128)</sup>,

---

<sup>127</sup> Sul punto si veda S. VALAGUZZA, *L'illusione ottica del giudicato a formazione progressiva*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.1, 2018, p. 296 ss.

<sup>128</sup> Principio affermato fin da Consiglio di Stato, sez. VI, 31/01/1986, n. 81 Foro Amm. 1986, 146 e di recente richiamato da Consiglio di Stato, sez. III, 01/06/2020, n. 3412 in Redazione Giuffrè amm. 2020; Consiglio di Stato, sez. V, 22/07/2019, n. 5167 in Redazione Giuffrè amm. 2019.

potendo quindi il contrasto riguardare solo due pronunce aventi contenuto decisorio di merito e non di mero contenuto processuale.

Ne consegue, in questa prospettiva, che quando, in sede di rinvio pregiudiziale, la Corte di Giustizia chiarisce che il diritto europeo esclude l'affidamento di appalti pubblici di lavori di importo sopra la soglia comunitaria senza l'espletamento di una procedura di gara, non può ravvisarsi alcun contrasto con un precedente giudicato nazionale, reso nell'ambito della medesima vicenda processuale, ove il giudicato nazionale abbia riconosciuto, in favore del ricorrente, interessi meramente procedimentali e non già interessi di tipo sostanziale (non avendo il giudicato nazionale accertato, in capo al privato, il diritto ad ottenere la stipula del contratto).

Nell'ambito delle sopravvenienze di diritto vanno prese in considerazione anche le pronunce della Corte Costituzionale. Queste possono, più precisamente, dichiarare l'incostituzionalità di una norma, con possibili ripercussioni tanto sugli atti amministrativi quanto sulle pronunce passate in giudicato che ne abbiano fatto applicazione.

Con riferimento al primo profilo occorre anzitutto precisare che, ai sensi dell'art. 30, c.3 L. 87 del 1953, la dichiarazione di incostituzionalità ha efficacia *ex tunc*: la norma dichiarata incostituzionale non può infatti trovare applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza (<sup>129</sup>). Ne consegue che le sentenze di accoglimento producono i loro effetti anche sui rapporti sorti precedentemente, purché, però, non definitivamente "conclusi" sul piano giuridico, con esclusione, dunque, dei rapporti "esauriti".

A tale proposito, è stata a lunga dibattuta la sorte degli atti amministrativi adottati in applicazione della norma dichiarata incostituzionale.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ebbe occasione di pronunciarsi sulla questione già in epoca risalente, con la sentenza n. 8 del 1963, ove, dopo aver affermato che *"la dichiarazione di illegittimità costituzionale ha efficacia ex tunc, salvo il limite degli effetti irrevocabilmente prodotti dalla norma incostituzionale (situazioni e rapporti divenuti incontrovertibili per il maturarsi di termini di prescrizione o di decadenza, o perché definiti con giudicato, etc.) ed opera erga omnes, cioè anche fuori dell'ambito del*

---

<sup>129</sup> In seguito all'entrata in vigore di tale disposizione si era definitivamente superato quell'orientamento che, facendo leva sul disposto dell'art. 136 Cost., aveva affermato l'efficacia *ex nunc* della dichiarazione di illegittimità.

*rapporto processuale in cui è stato sollevato l'incidente di incostituzionalità, distinguendosi dalla abrogazione della legge, perchè si estende ai fatti anteriori” ha precisato che “fra legge ed atto amministrativo non sussiste infatti un rapporto di consequenzialità analogo a quello ravvisabile tra atto preparatorio e atto finale del procedimento amministrativo. L'atto amministrativo, quale manifestazione di autonomia del potere esecutivo, ha una sua vita ed una sua individualità propria e non resta direttamente travolto dalla cessazione di efficacia della legge”.*

Tale pronuncia determinò il superamento della teoria, all'epoca maggioritaria, della inesistenza degli atti amministrativi adottati sulla base di una norma dichiarata incostituzionale, aderendo, al contrario, al diverso orientamento che sosteneva l'invalidità degli atti medesimi.

Ipotizzare, infatti, che si trattasse di provvedimenti inesistenti avrebbe comportato un'evidente incongruenza logica: se un provvedimento è stato effettivamente adottato non si può configurare un'ipotesi di inesistenza, ma solo un provvedimento viziato, trattandosi, dunque, di un provvedimento esistente, ma privo “di forza irresistibile e duratura” (130).

Nel caso in cui l'atto amministrativo, considerato valido nel momento in cui è stato adottato, diventi invalido in una fase successiva si avrà dunque un'ipotesi di invalidità per violazione di legge. È con riferimento a tale figura che la dottrina ha delineato la categoria dell'invalidità sopravvenuta, che si verificherebbe quando per cause successive alla sua formazione, l'atto risulta privato di un suo elemento essenziale, oppure viziato e, per tale motivo, suscettibile di essere annullato, purché la sua efficacia non sia completamente esaurita (131).

In questi casi occorrerà distinguere tre diverse ipotesi, ciascuna delle quali implicante una conseguenza diversa: a) l'ipotesi in cui sia pendente un ricorso per annullamento; b) quella in cui l'atto non sia ancora stato impugnato ma non sia ancora divenuto inoppugnabile; c) quella in cui l'atto sia divenuto inoppugnabile.

Mentre, nel primo caso, la dichiarazione di incostituzionalità della legge potrà essere rilevata dal giudice o dalla parte con la conseguenza che in entrambi i casi si disporrà l'annullamento dell'atto, nel secondo caso, essendo ancora aperti i termini per

---

<sup>130</sup> A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, 1989.

<sup>131</sup> ROMANO, *Scritti minori, II, Osservazioni sulla invalidità successiva degli atti amministrativi*, 1950.

l'impugnazione, il privato potrà chiedere la rimozione dell'atto sulla base del vizio derivante dalla dichiarazione di incostituzionalità.

Nella terza situazione, infine, la dichiarazione di incostituzionalità non potrà determinare la riapertura dei termini di decadenza per la proposizione del ricorso di annullamento, ostandovi il limite dell'intangibilità dei rapporti esauriti, nonché il dettato costituzionale dell'art. 136 Cost., secondo cui la dichiarazione di incostituzionalità della norma non può avere efficacia che dal giorno successivo a quello della pubblicazione della sentenza.

Occorre tuttavia precisare che il ricorso alla nozione di "invalidità successiva" per gli atti amministrativi è respinta dalla maggioranza degli interpreti, che la riferiscono, per lo più, ad ipotesi quali l'introduzione di una nuova disciplina (non retroattiva), o il venir meno dei presupposti per l'emanazione del provvedimento, o, ancora, il mutamento delle condizioni di fatto in base alle quali esso è stato emanato (<sup>132</sup>).

Tali sopravvenienze, a ben vedere, non rendono il provvedimento illegittimo: esse possono, qualora si tratti di un provvedimento ad effetti durevoli, determinare l'adozione di atti che ne interrompano gli effetti, come la revoca o la dichiarazione di decadenza.

Altra parte di dottrina afferma invece che possa parlarsi di invalidità successiva solo con riferimento alle ipotesi di legge retroattiva, perché nelle altre ipotesi considerate il provvedimento deve essere ritenuto invalido fin dalla sua adozione (<sup>133</sup>). Peraltro, a parte la difficoltà di considerare invalido un provvedimento conforme alle norme a esso applicabili vigenti al momento della sua adozione, la distinzione non sembra avere rilevanza pratica.

In conclusione, può affermarsi che un provvedimento, comunque viziato – poiché adottato in forza di una legge dichiarata poi incostituzionale – non può dunque essere eliminato dall'ordinamento sulla base del solo fatto che sia stata rimossa la legge in applicazione della quale era stato adottato, occorrendone una formale rimozione (ossia attraverso l'annullamento). Il provvedimento anche se illegittimo o invalido, deve sempre essere considerato esistente, nonché efficace sino al suo annullamento e la sentenza della Corte, semplicemente, lo renderà suscettibile di essere rimosso.

---

<sup>132</sup> ZANOBINI, *Dell'errore di fatto negli atti amministrativi*, in Riv. Dir. Pubbl., ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955.; GIANNINI, *Atto amministrativo*, in Enc. Dir., IV, Milano, 1959; VIRGA, *Diritto Amministrativo, II, Atti e ricorsi*, III ed., Milano, 1995.

<sup>133</sup> SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.



L'ipotesi appena esaminata, riconducibile al *genus* dell'incostituzionalità mediata o indiretta dell'atto – che si verifica allorché l'atto è in rapporto di simpatia, ovvero è conforme, a una legge incostituzionale – va tenuta distinta da quella, meno frequente, di violazione diretta della Costituzione.

Anche in questo caso, tuttavia, si reputa applicabile il rimedio dell'annullamento di cui all'art. 21 *octies* L. 241/90 e l'annullamento in autotutela di cui all'art. 21 *nonies* L. 241/90. Si afferma infatti, con riferimento all'incostituzionalità immediata, che la conformità dell'atto amministrativo alla legge ordinaria non lo pone al riparo dal vizio della violazione di legge derivante dalla contrarietà alla disposizione costituzionale<sup>(134)</sup>. Per quanto concerne invece l'aspetto relativo al principio dell'intangibilità del giudicato formatosi in applicazione di una disposizione poi dichiarata illegittima, si tratta di principio ricavabile dal già richiamato art. 30 c. 3 L. 87/1953, che, a sua volta, costituisce fedele traduzione del principio ricavabile dall'art. 136, primo comma, Cost., letto in combinazione con l'art. 1 della Legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 che disciplina il cd. giudizio incidentale di legittimità costituzionale<sup>(135)</sup>. In base a tale principio le sentenze che dichiarano l'incostituzionalità di una disposizione producono i loro effetti anche sui rapporti sorti precedentemente, purché ancora “pendenti” e, dunque, con esclusione di quelli “esauriti”, che rimangono regolati dalla legge dichiarata invalida. Fra questi rientrano, anzitutto, quelli coperti dal giudicato<sup>(136)</sup> e si tratta di una soluzione coerente con l'esigenza di tutela della certezza delle situazioni giuridiche<sup>(137)</sup>.

---

<sup>134</sup> Si precisa peraltro che quanto alla causa di invalidità che attinge l'atto amministrativo incostituzionale un recente orientamento ritiene applicabile il rimedio della nullità di cui all'art 21 *septis* L. 241/90 e non quello della annullabilità. In particolare, l'atto sarebbe nullo quando rappresenterebbe l'attuazione di una norma attributiva del potere (quale ad esempio l'art. 43 dpr 327/2001 in tema di acquisizione sanante di immobile costruito in assenza di decreto di esproprio o dichiarazione di pubblica utilità), poi dichiarata incostituzionale. Il rilievo della nullità sarebbe esercitabile d'ufficio dal giudice.

<sup>135</sup> Art. 1 “1. - La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione.”

<sup>136</sup> Ex multis, Corte Cost n. 139 del 1984 secondo cui “*Per rapporti esauriti debbono certamente intendersi tutti quelli che sul piano processuale hanno trovato la loro definitiva e irretrattabile conclusione mediante sentenza passata in giudicato, i cui effetti non vengono intaccati dalla successiva pronuncia di incostituzionalità (salvo quanto disposto per la materia penale dal cit. art. 30).*”

<sup>137</sup> Ex multis, Corte Cost n. 10 del 2015 per cui “anzitutto è pacifico che l'efficacia delle sentenze di accoglimento non retroagisce fino al punto di travolgere le «situazioni giuridiche comunque divenute irrevocabili» ovvero i «rapporti esauriti». Diversamente ne risulterebbe compromessa la certezza dei rapporti giuridici. Pertanto, il principio della retroattività «vale [...] soltanto per i rapporti tuttora pendenti, con conseguente esclusione di quelli esauriti, i quali rimangono regolati dalla legge dichiarata invalida» ... Inoltre, come il limite dei «rapporti esauriti» ha origine nell'esigenza di tutelare il principio della certezza del diritto, così ulteriori limiti alla retroattività delle decisioni di illegittimità costituzionale possono derivare dalla necessità di salvaguardare principi o diritti di rango costituzionale che altrimenti

Tale impostazione muta in relazione al successivo quarto comma dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953, che pone una regola specifica e distinta con riguardo alla materia penale. Sul punto si deve fare riferimento alla recentissima pronuncia della Corte Costituzionale, intervenuta proprio in tema di revoca del giudicato da cui discenda l'applicazione di una sanzione amministrativa, di natura sostanzialmente penale, poi dichiarata illegittima<sup>(138)</sup>. Con tale pronuncia, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 c. 4 della L. 87/1953<sup>(139)</sup>, ove interpretato nel senso che tale disposizione non si applichi all'ipotesi di incostituzionalità della sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, disposta con sentenza irrevocabile ai sensi dell'art. 222, c. 2, del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285<sup>(140)</sup>.

Sulla base dell'art. 30, c. 4 – che prevede che *“quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali”* – la Corte di Cassazione a Sezioni Unite<sup>(141)</sup> ha elaborato il concetto di pena illegale sopravvenuta (in quanto oggetto di una dichiarazione di incostituzionalità), affermando che l'esigenza di stabilità del giudicato va considerata recessiva rispetto a quella di ricondurre a legalità la sanzione penale ogni volta che sia dichiarata incostituzionale una norma attinente al profilo sanzionatorio. In relazione all'applicabilità di tale disposizione anche alle sanzioni amministrative aventi carattere sostanzialmente penale, invero, la Corte Costituzionale si era già espressa con la sentenza n. 43 del 2017.

La Corte, nella circostanza da ultimo richiamata, aveva ribadito l'indirizzo, ormai consolidato, della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo cui sono riconducibili alla materia penale tutte quelle sanzioni che, pur non qualificate come penali dagli ordinamenti interni, sono rivolte alla generalità dei consociati; perseguono uno scopo non meramente risarcitorio o ripristinatorio, ma repressivo e preventivo; hanno una

---

risulterebbero irreparabilmente sacrificati. In questi casi, la loro individuazione è ascrivibile all'attività di bilanciamento tra valori di rango costituzionale ed è, quindi, la Corte costituzionale – e solo essa – ad avere la competenza in proposito”.

<sup>138</sup> Corte Cost. 16 aprile 2021, n. 68 in [corte costituzionale.it](http://corte costituzionale.it)

<sup>139</sup> L. 11 marzo 1953, n. 87. Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale. - (Gazzetta Ufficiale 14 marzo 1953, n. 62) e successive modificazioni.

<sup>140</sup> Decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, Nuovo codice della strada.

<sup>141</sup> Cass., Sez. un. pen., 29.5.2014 (dep. 14.10.2014) n. 42858, Pres. Santacroce, Rel. Ippolito, ric. Gatto per cui *“La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa da quella incriminatrice (nella specie dell'art. 69, comma quarto, c.p., intervenuta con sentenza n. 251 del 2012 della Corte costituzionale), idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, comporta la necessità di rideterminare la pena inflitta, anche dopo che sia intervenuta sentenza irrevocabile di condanna”*.

connotazione afflittiva, potendo raggiungere un rilevante grado di severità (cd criteri Engel, dalla sentenza Cedu del 1976).

L'attrazione di una sanzione amministrativa nell'ambito della materia penale in virtù dei criteri elaborati dalla Corte europea determina l'applicazione delle garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione (CEDU), come elaborate sul piano interpretativo dalla Corte medesima, mentre rientra nel margine di apprezzamento riservato a ciascuno Stato la definizione dell'ambito di applicazione delle ulteriori tutele previste dall'ordinamento interno per i soli precetti e le sole sanzioni che tale ordinamento considera, secondo i propri criteri, espressione della potestà punitiva. Ed è dunque per tali ragioni che l'art. 30 c. 4 della L. 87/1953 è stato ritenuto costituzionalmente legittimo.

In particolare, la Corte aveva ritenuto in precedenza che *“nella giurisprudenza della Corte europea il principio di legalità penale, sancito dall'art. 7 CEDU, non è inteso nel senso di esigere che gli Stati parti sacrifichino il principio dell'intangibilità del giudicato in caso di sanzioni amministrative inflitte sulla base di norme successivamente dichiarate costituzionalmente illegittime”*.

In modo diametralmente opposto, invece, con la successiva pronuncia resa nel 2021, la Corte ha esteso alle sanzioni amministrative punitive anche il principio della revocabilità del giudicato nel caso di dichiarazione di incostituzionalità della legge sulla cui base è stata applicata la sanzione amministrativa.

La Corte ha infatti precisato che taluni principi costituzionali risultano ormai pacificamente applicabili anche all'illecito convenzionalmente penale e sono espressione di una tendenza ormai inequivoca, consistente nell'assimilazione delle sanzioni convenzionalmente penali alle sanzioni penali propriamente considerate, in particolar modo, con riferimento agli effetti dell'applicazione delle garanzie costituzionali. Si pensi, sul punto, all'art. 25 Cost. – concernente la irretroattività della norma sfavorevole, la determinatezza dell'illecito e delle sanzioni – o all'art. 3 Cost. relativo alla retroattività della *lex mitior* o ancora alla proporzionalità della sanzione alla gravità del fatto: tali disposizioni costituiscono larga parte dello “statuto costituzionale”, del “volto costituzionale dell'illecito penale”, e riguardano non solo l'illecito penale in senso proprio, ma anche l'illecito convenzionalmente penale. Per tale ragione occorre estendere l'ambito di applicazione dell'art. 30 anche le sanzioni convenzionalmente penali, dovendosi altrimenti ritenere lo stesso costituzionalmente illegittimo.

Nel caso di specie la Corte ha escluso, come per l'appunto accade per le sanzioni penali, che taluno debba continuare a scontare una sanzione amministrativa punitiva inflittagli in base a una norma dichiarata costituzionalmente illegittima: dunque non già oggetto di un semplice ripensamento da parte del legislatore, come avviene con l'abrogazione, ma caratterizzata addirittura da un vizio genetico il cui accertamento impone senza eccezioni di lasciare immune da sanzione o di sanzionare in modo più lieve chiunque dopo tale accertamento commetta il medesimo fatto.

La sanzione amministrativa ritenuta sostanzialmente penale nel caso di specie era la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida rispetto alla quale la precedente sentenza della Corte costituzionale n. 89 del 2019 già aveva dichiarato incostituzionale l'automatismo previsto dall'art. 222 c. 2 Cod. Strada, collegato a qualsiasi condanna o sentenza di patteggiamento per i reati di omicidio stradale o lesioni personali stradali (gravi o gravissime).

## **6. Giudicato amministrativo e diritto sovranazionale**

Ancora dibattuta risulta la questione relativa ai rapporti fra il giudicato nazionale e diritto dell'Unione europea.

La questione problematica riguarda, in particolare, la "tenuta" del giudicato nazionale qualora il principio di diritto dallo stesso enunciato risulti confliggente con il diritto sovranazionale<sup>(142)</sup>. Più precisamente ci si domanda se l'acclarato contrasto del giudicato nazionale con il diritto dell'Unione imponga una sostanziale disapplicazione nei confini nazionali del giudicato pronunciato dal giudice italiano ovvero se, più correttamente, determini l'inidoneità dello stesso a produrre i suoi effetti.

Al riguardo la Corte di Giustizia, come meglio si preciserà in seguito, ha operato una distinzione tra effetti interni del giudicato nazionale – che restano salvi nonostante il riscontrato contrasto con il diritto UE – ed effetti esterni, destinati invece a venir meno.

---

<sup>142</sup> Il contrasto potrebbe sorgere ab origine, ossia nel caso in cui il giudicato risulti irrispettoso con prescrizioni europee già sussistenti al momento della sua formazione ovvero, come più sovente accade, potrebbe essere sopravvenuto. Tale ultima ipotesi si verifica di regola a seguito dell'intervento della Corte di Giustizia dell'Unione europea che abbia interpretato il diritto europeo in maniera contrastante con il giudicato stesso.

Con una prima pronuncia del 18 luglio 2007, C-119/2005 (Caso Lucchini) la Corte di Giustizia, adita in sede di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art 267 TFUE, ha chiarito che il diritto dell'Unione europea osta all'applicazione dell'articolo 2909 c.c., che dovrà essere pertanto disapplicato, *“nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva”*. Nel caso di specie un'impresa aveva ottenuto dal giudice nazionale l'accertamento del diritto ad ottenere una somma di denaro da parte della pubblica amministrazione. Tale erogazione era tuttavia suscettibile di essere qualificata come aiuto di Stato, ed era stata definita illegittima da parte della Commissione europea, con la conseguenza che la pubblica amministrazione, pur a fronte di una pronuncia divenuta definitiva, aveva deciso di adottare un provvedimento di ritiro del finanziamento. A fronte della contestazione da parte dell'impresa dinanzi al giudice amministrativo, la questione era stata dunque rimessa alla Corte di giustizia.

La Corte aveva rilevato come nell'ambito degli aiuti pubblici alle imprese sussistano specifici aspetti demandati alla competenza esclusiva degli organi esecutivi dell'Unione Europea: spetta, dunque, alla Commissione, in forza di una competenza esclusiva esercitata sotto il controllo della Corte di Giustizia, la valutazione della compatibilità di un aiuto, o un regime di aiuti, con il mercato comune. Nel caso di specie, più precisamente, la Commissione aveva affermato che quella somma di denaro, considerata come una forma indebita di aiuto di Stato, risultava incompatibile con la disciplina comunitaria.

In questa prospettiva, deve dunque ritenersi che la ripartizione di poteri fra Unione Europea e stati membri si pone come un limite intrinseco all'applicabilità della disposizione di cui all'art. 2909 c.c.. Se si privilegiasse un'interpretazione rigorosa del principio dell'intangibilità assoluta del giudicato si violerebbero, infatti, i criteri posti a fondamento del sistema di riparto delle competenze, rendendo peraltro impossibile il recupero di un aiuto di Stato dichiarato incompatibile con il mercato comune.

Pertanto, a fronte di un contrasto tra una sentenza nazionale passata in giudicato e una decisione della Commissione, a sua volta definitiva perché non impugnata, la Corte di Giustizia afferma che deve prevalere la seconda, sulla base del criterio generale della preminenza del diritto dell'Unione (cd. *primauté*) e che il giudicato nazionale si consideri

in concreto *tamquam non esset*, con conseguente sua disapplicazione, o meglio, con disapplicazione dell'art. 2909 c.c..

L'apparente cedevolezza del giudicato sostanziale nazionale di fronte al diritto comunitario <sup>(143)</sup>, sancita dalla sentenza Lucchini, è stata successivamente oggetto di un ridimensionamento da parte della più recente decisione del 3 settembre 2009 C-2/2008 (caso Olimpiclub). Nel caso di specie la Olimpiclub s.r.l. era proprietaria di un complesso sportivo insistente su terreno demaniale che aveva ceduto in comodato ad una omonima associazione polisportiva, a fronte della mera assunzione da parte di quest'ultima del canone demaniale, oltre a un rimborso spese annuo, nonché al trasferimento alla società di tutte le entrate lorde dell'associazione polisportiva.

A seguito di una verifica fiscale erano state constatate una pluralità di irregolarità protrattesi per più anni di imposta nella corresponsione dell'Iva. Gli avvisi di rettifica che ne erano seguiti erano stati oggetto di diverse impugnazioni dinanzi alla commissione tributaria, alcune delle quali già accolte con provvedimenti passati in giudicato.

In uno dei processi di impugnazione ancora pendente, la Corte di Cassazione, interrogandosi in merito alla possibilità di invocare il giudicato formatosi in relazione ad alcune specifiche annualità nei contenziosi ancora aperti e relativi ad altre annualità, aveva sottoposto alla Corte di Giustizia il seguente quesito: “*se il diritto comunitario osti all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come quella di cui all'art. 2909 c.c., tesa a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, quando tale applicazione venga a consacrare un risultato contrastante con il diritto comunitario, frustrandone l'applicazione, anche in settori diversi da quello degli aiuti di stato, e, segnatamente, in materia di Iva e di abuso di diritto posto in essere per conseguire indebiti risparmi d'imposta*”, precisando altresì che, secondo il diritto italiano, nelle controversie tributarie il giudicato esterno esplicherebbe efficacia vincolante anche se formatosi in relazione ad un diverso periodo d'imposta, qualora l'accertamento giudiziario concerna un profilo comune ad altre cause (come avviene per i c.d. fatti di rilevanza pluriennale).

In questa seconda occasione, la Corte di Giustizia affermò che il diritto UE non impone di per sé ad un giudice nazionale di “*disapplicare le norme processuali interne che*

---

<sup>143</sup> P. BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rassegna tributaria*, 2007, n. 5, p. 1591 ss. *Contra* F. P. LUISO, *La cedevolezza del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1, 17 ss. che afferma non si sia trattato di cedevolezza del giudicato, bensì di garantire la prevalenza, in materie riservate alla competenza esclusiva della Commissione, del diritto comunitario sul diritto interno.

*attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione*". Ed infatti il precedente caso Lucchini riguarderebbe, secondo la Corte, *"una situazione del tutto particolare e settoriale in cui erano in questione i principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e la comunità in materia di aiuti di Stato"*.

La pronuncia, tuttavia, rende una pluralità di precisazioni relative ai rapporti tra diritto dell'Unione ed efficacia esterna del giudicato, per tale intendendosi, come anticipato, l'efficacia del giudicato in un diverso processo pendente tra le medesime parti. Se certamente il giudicato nazionale ancorché confliggente con il diritto sovranazionale non può essere rimesso in discussione per quel che attiene allo specifico rapporto ormai definito, lo stesso non può spiegare tuttavia effetti esterni, vincolando il giudice nazionale nella definizione di altri giudizi pendenti tra le stesse parti e nei quali venga in rilievo il medesimo rapporto. In altri termini, la disciplina nazionale in tema di giudicato così come interpretata – cioè attraverso l'invocazione del giudicato esterno in relazione agli anni di imposta per i quali era ancora pendente il contenzioso – fa sì che non vengano prese in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate all'imposta. Ciò costituisce un ostacolo effettivo all'applicazione delle norme comunitarie in tema di iva, sicché deve essere necessariamente disapplicata la disciplina nazionale da cui discendono tali conclusioni.

In sintesi, quindi, qualora il giudicato nazionale risulti in contrasto con il diritto UE, la specifica questione con lo stesso definita non può essere rimessa in discussione, eccezion fatta per la materia degli aiuti di Stato, assegnata alla competenza esclusiva dell'Unione europea; il contrasto del giudicato nazionale con il diritto europeo preclude tuttavia che lo stesso possa spiegare effetti esterni ove contrastanti con il diritto sovranazionale.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (<sup>144</sup>) sono da ultimo ritornate sull'ipotesi della cedevolezza del giudicato nazionale di fronte a una competenza decisionale esclusiva dell'Unione Europea, richiamando *mutatis mutandis* il principio già espresso nel precedente caso Lucchini. Si è in particolare affermato che *"la primazia del diritto comunitario non conosce ostacoli nel diritto nazionale quando vengono in considerazione le regole comunitarie interrogabili in tema di competenze decisionali il*

---

<sup>144</sup> Cass. Sez. Un. 20 aprile 2021, n. 10355.

*che d'altronde è essenziale all' affermazione dell'esistenza di un ambito di sovranità europea non tangibile a fronte del quale giudicato nazionale deve recedere per forza salvo ammetterne una potenziale efficacia disgregante”.*

Più precisamente, nel caso di specie, le Sezioni Unite hanno affermato che in materia di acquisizioni di partecipazioni qualificate in banche, l'attribuzione dei poteri decisionali spetta, secondo il Meccanismo di vigilanza unico dell'unione bancaria, alla BCE nel contesto di un procedimento parimenti unitario di cui fanno parte gli atti delle autorità nazionali centrali, sicché *“il rimedio dell'ottemperanza semplicemente non può essere esercitato, in concreto, col fine di sindacare gli atti preparatori delle ANC, poichè anche codesti sono infine atti interni di un procedimento dell'Unione, non soggetti, come la decisione finale, ad altri che alla giurisdizione Europea”.*

L'orientamento che si era consolidato nella giurisprudenza comunitaria ha trovato conferma nella pronuncia 10 luglio 2014, C-213/13 (Pizzarotti) nella quale la Corte ha enunciato puntualmente le coordinate rilevanti per il tema in esame.

Il giudice nazionale dell'ottemperanza, in seguito all' articolata vicenda richiamata in precedenza, ha adito in via pregiudiziale la Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 del TFUE sottoponendo le seguenti questioni pregiudiziali: *“se lo stipulando contratto di locazione di cosa futura, anche sotto la forma ultima suggerita di atto di impegno a locare equivalga ad un appalto di lavori, sia pure con alcuni elementi caratteristici del contratto di locazione e, quindi, non possa essere compreso fra i contratti esclusi dall'applicazione della disciplina di evidenza pubblica secondo l'art. 16 della direttiva 2004/18” e “se, in caso di pronunciamento positivo sul primo quesito, possa il giudice nazionale e, segnatamente, codesto Giudice remittente, ritenere inefficace il giudicato eventualmente formatosi sulla vicenda in oggetto, e descritto in parte narrativa, in quanto abbia consentito la sussistenza di una situazione giuridica contrastante con il diritto dell'Unione degli appalti pubblici e se sia quindi possibile eseguire un giudicato in contrasto con il diritto comunitario”.*

Nel rispondere al primo quesito la Corte ha affermato che il contratto di locazione di un bene immobile futuro, costruito sulla base delle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice, integra un appalto di lavori pubblici, sicché rientra nell'alveo della disciplina comunitaria in materia di appalti. Con riguardo al secondo quesito invece, la Corte ha ribadito anzitutto che l'autonomia procedurale – sia sotto il profilo del



procedimento amministrativo che con riferimento al processo – è una caratteristica di ogni Stato membro e che al giudicato deve essere riconosciuta una posizione di centralità, poiché lo stesso è funzionale a conseguire quelle esigenze di stabilità che vengono protette anche dall'ordinamento comunitario.

Proprio per tale ragione il diritto dell'Unione, nel rispetto dell'autonomia degli Stati e in assenza di una specifica disciplina europea sul punto, non obbliga, di regola, il giudice nazionale a disapplicare le norme interne sulla formazione e sulla stabilità del giudicato (145).

Tuttavia, qualora l'autonomia procedurale finisca per collidere con i principi di equivalenza e di effettività (146), la normativa interna dovrà essere disapplicata e il giudice nazionale sarà tenuto a verificare gli spazi residui di completamento della *res iudicata*, al fine di renderla armonica con i principi e le regole comunitarie, anche in ragione della peculiare conformazione progressiva del giudicato amministrativo. Laddove non sia possibile completare la cosa giudicata o ritornare sulla decisione, gli strumenti di tutela si limiteranno necessariamente alla proposizione dell'azione di risarcimento del danno.

Con lo strumento del giudicato a formazione progressiva si consente, dunque, al giudice nazionale di adattare il *dictum* giudiziale al mutare della situazione contingente in modo tale da superare i profili di eventuale incompatibilità della sentenza passata in giudicato con il diritto sovranazionale, derivanti, per esempio, dalla circostanza che non sia stato sollevato il rinvio pregiudiziale.

Ed infatti, nonostante la primazia del giudicato interno, in virtù del quale gli Stati possono assicurare stabilità e buona amministrazione della giustizia “*se le norme procedurali interne applicabili glielo consentono, un organo giurisdizionale nazionale come giudice del rinvio, che abbia statuito in ultima istanza senza che prima fosse adita in via pregiudiziale la Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE, deve o completare la cosa giudicata costituita dalla decisione che ha condotto a una situazione contrastante con la*

---

<sup>145</sup> La Corte afferma che “*per tener conto dell'interpretazione di una disposizione pertinente di tale diritto offerta dalla Corte posteriormente alla decisione di un organo giurisdizionale avente autorità di cosa giudicata, quest'ultimo ritorni necessariamente su tale decisione*”.

<sup>146</sup> Si ricorda che il principio di equivalenza opera quando situazioni omologhe, protette dall'ordinamento comunitario, vengono disciplinate in maniera dispari rispetto a situazioni omologhe protette dal diritto nazionale, mentre il principio di effettività si ha quando una posizione giuridica protetta dall'ordinamento comunitario, viene a essere resa impossibile sotto forma di tutela, oppure eccessivamente gravosa sotto il profilo della protezione, di modo che, a quel punto, la normativa nazionale si pone in contrasto con la disciplina comunitaria e deve quindi essere disapplicata a fronte del primato del diritto nazionale.

*normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori o ritornare su tale decisione per tener conto delle interpretazioni di tale normativa offerta successivamente dalla Corte medesima”.*

Nei casi limite in cui la pronuncia passata in giudicato si ponga in contrasto con il diritto sovranazionale, resta da domandarsi se si può imporre la cassazione della sentenza amministrativa per impedire che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo ed efficace, espliciti i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, con grave nocumento per l'ordinamento europeo e nazionale e con palese violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi dello Stato deve conformarsi alla normativa comunitaria, così come affermato dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2016, intervenuta sul punto.

Sul punto si registra un recente intervento della Corte di Giustizia (<sup>147</sup>), reso a seguito del rinvio pregiudiziale sollevato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in considerazione dell'interpretazione restrittiva della nozione di ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione risultata prevalente a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 6/2018 che aveva escluso la possibilità delle Sezioni Unite di sindacare le sentenze del Consiglio di Stato per *errores* in iudicando o in procedendo.

Al riguardo la Corte di Giustizia ha precisato che in via generale una limitazione della possibilità di ricorrere in cassazione avverso le sentenze dell'organo supremo della giustizia amministrativa non viola né il principio di equivalenza né quello di effettività e quindi non è contrario al diritto dell'Unione. Risulta, infatti, comunque garantito il rispetto dei diritti che i singoli traggono dal diritto dell'Unione se lo Stato membro conferisce al supremo organo della giustizia amministrativa di detto Stato la competenza a pronunciarsi in ultima istanza, tanto in fatto quanto in diritto, sulla controversia di cui trattasi e di impedire, di conseguenza, che quest'ultima possa ancora essere esaminata nel merito nell'ambito di un ricorso per cassazione dinanzi all'organo giurisdizionale supremo dello stesso Stato.

Ne consegue che dopo la sentenza *Randstad* si deve ritenere che il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione si riferisca alle sole ipotesi: di difetto assoluto di giurisdizione, che ricorre quando il giudice speciale affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento)

---

<sup>147</sup> Corte Giust., G. S., 21 dicembre 2021 -causa C-497/20, *Randstad Italia*.

ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); di difetto relativo di giurisdizione, che ricorre quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici (violazione dei limiti esterni della giurisdizione). Il controllo di giurisdizione non può invece estendersi al sindacato di sentenze di cui pur si contesti di essere abnormi o anomale ovvero di essere incorse in uno stravolgimento delle norme - sostanziali o processuali - di riferimento, pur quando si tratti di norme direttamente applicative del diritto dell'Unione europea.

Il tema dei rapporti tra diritto dell'Unione europea e giudicato nazionale si è posto anche con riferimento alla diversa questione della possibilità di un organo amministrativo di riesaminare una precedente decisione che, divenuta definitiva in forza di una sentenza passata in giudicato, sia successivamente risultata in contrasto con il diritto europeo a seguito di una sentenza della Corte di Giustizia.

A riguardo la stessa Corte di Giustizia, con la sentenza *Kuhne & Heitz* del 2004 <sup>(148)</sup>, aveva indicato le condizioni in presenza delle quali è necessario per l'autorità amministrativa nazionale il riesame, su sollecitazione del privato e in omaggio al principio di cooperazione, di una decisione amministrativa pure divenuta definitiva. Nel caso di specie, all'esito di un giudizio sfavorevole, la parte soccombente aveva chiesto alla P.A. di rimeditare le proprie scelte, dal momento che era intervenuta una pronuncia della Corte di Giustizia, successiva alla decisione del giudice nazionale, che aveva sovvertito quell'orientamento che il giudice nazionale aveva fatto proprio. La parte istante sosteneva, infatti, che alla luce di una rinnovazione dell'orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia, la P.A. avrebbe dovuto rimeditare il proprio provvedimento, pur divenuto definitivo all'esito di un giudizio sfavorevole per la parte istante. Sul punto la Corte di Giustizia, pur riconoscendo la sussistenza del principio di autonomia procedurale degli Stati membri, ribadisce l'obbligo di collaborazione con l'UE a cui gli stessi sono tenuti.

Tale obbligo di leale collaborazione impone allo Stato membro non tanto di annullare il provvedimento amministrativo in autotutela, quanto di riesaminare il caso in presenza delle seguenti condizioni: a) che l'autorità amministrativa nazionale disponga, sulla base

---

<sup>148</sup> Sentenza 13 gennaio 2004 — Causa c-453/00 in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)

del diritto interno, del potere di ritornare su tale decisione; b) che la decisione amministrativa nazionale sia divenuta definitiva per effetto del passaggio in giudicato di una sentenza emessa da un giudice interno di ultimo grado; c) che tale sentenza sulla scorta della giurisprudenza europea successivamente intervenuta risulti fondata su un'interpretazione non corretta del diritto dell'Unione europea, seguita senza che la Corte di giustizia fosse adita in via pregiudiziale; d) che l'interessato abbia sollecitato l'intervento dell'autorità amministrativa immediatamente dopo aver avuto contezza dell'interpretazione del giudice europeo.

Non sussiste pertanto un obbligo di rimozione del provvedimento, quanto un obbligo di riesame dello stesso ove si presentino le condizioni sopra riportate.

Sull'argomento è, poi, tornata nuovamente la Corte di Giustizia con la pronuncia del 12 Febbraio 2008, Willy Kempter KG (<sup>149</sup>), nella quale, attribuendo rilevanza all'esigenza di certezza, ha ribadito che il diritto dell'UE non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquistato carattere definitivo. Ciò non esclude tuttavia che, in circostanze particolari, un organo amministrativo nazionale possa essere tenuto a riesaminare una decisione amministrativa divenuta definitiva in seguito all'esaurimento dei rimedi giurisdizionali interni al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione europea nel frattempo accolta dalla Corte. Tale obbligo sussiste in particolare quando la sentenza del giudice nazionale di ultima istanza sia fondata su un'interpretazione errata del diritto sovranazionale adottata senza che la Corte di Giustizia sia stata adita in via pregiudiziale. Nel caso in cui si verificano simili condizioni il diritto all'esercizio del potere di riesame spetta anche se il ricorrente nella causa principale non abbia invocato il diritto europeo nell'ambito del ricorso giurisdizionale di diritto interno proposto contro tale decisione. Sotto il profilo della sussistenza o meno di un limite temporale di decadenza o prescrizione per la richiesta di riesame, la Corte precisa che eventuali termini sono rimessi all'autonomia procedurale dello Stato membro, fermo restando che l'autonomia procedurale non dovrà porsi in contrasto principi di equivalenza e effettività (<sup>150</sup>).

---

<sup>149</sup> Sentenza 12 febbraio 2008 — Causa c-2/06 in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)

<sup>150</sup> Secondo il principio di equivalenza gli strumenti di tutela garantiti dal diritto interno devono assicurare a una situazione protetta dall'ordinamento comunitario la stessa protezione garantita a situazioni omologhe protette dal diritto interno. Principio di effettività significa invece che gli strumenti di tutela garantiti al cittadino non devono risultare impossibili o eccessivamente onerosi, in maniera tale da non frustrare, sotto il profilo dell'effettività della tutela le aspirazioni, le aspettative, i beni della vita del privato cittadino.

In sede di riesame l'amministrazione dovrà necessariamente tenere in considerazione la posizione dei controinteressati: occorrerà cioè chiedersi se sia possibile intervenire con uno strumento che vada a incidere nei confronti della posizione di un soggetto che ha confidato legittimamente nell'attività amministrativa. Più precisamente, tenuto conto delle posizioni dei controinteressati, laddove non sussistano esigenze di interesse pubblico (art. 21 nonies L. 241/90), l'unico rimedio esperibile rimarrà quello risarcitorio, non potendo essere assicurato in forma specifica il bene della vita anelato dal privato.

A tale questione si affianca quella dell'intangibilità del giudicato che presuppone la validità di un atto amministrativo adottato in violazione della disciplina dell'ordinamento eurounitario e, più in generale, del regime dell'atto amministrativo contrario al diritto dell'Unione. Quest'ultimo, come è noto, fa ingresso nell'ordinamento italiano in posizione sovraordinata rispetto alla legge interna ordinaria (<sup>151</sup>). Tale supremazia del diritto di fonte comunitaria impone che la norma UE, ove sia direttamente applicabile (regolamenti e direttive *self executing*), comporti la disapplicazione della normativa interna con essa contrastante, determinando, invece, l'incostituzionalità della disciplina interna per violazione degli artt. 11 e 117 Cost., ove si tratti di norme UE dotate di mera efficacia indiretta (ferma restando la possibilità per la Corte Costituzionale di sollevare i cd. controlimiti ossia quei principi costituzionali considerati inderogabili anche dalla normativa sovraordinata).

La posizione di sovraordinazione del diritto europeo si registra anche rispetto alle fonti sotto ordinate alla legge e dunque agli atti amministrativi (regolamenti, atti amministrativi generali e provvedimenti).

Originariamente, si riteneva che l'atto amministrativo anticomunitario avrebbe dovuto ritenersi nullo *ex art. 21septies* l. 241/1990 in quanto affetto da un vizio radicale e insanabile. Tale impostazione è stata successivamente superata, in quanto la tesi maggioritaria ritiene oggi che l'atto amministrativo in contrasto con le disposizioni e la giurisprudenza europee sia annullabile per violazione di legge, dal momento che la normativa UE, sovraordinata rispetto a quella ordinaria, ha pur sempre valore di legge. A tale ricostruzione si contrappone quella di un ulteriore orientamento interpretativo che

---

<sup>151</sup> Gli articoli 11 e 117 Cost. sono quelli da cui si ricava la sottoposizione dell'ordinamento italiano ai vincoli di derivazione comunitaria.

evidenza come dalla disapplicazione della legge contrastante con il diritto europeo debba ricavarsi a fortiori la disapplicazione dell'atto amministrativo anticomunitario <sup>(152)</sup>.

Con riguardo poi alla tangibilità del giudicato che presuppone la validità di un atto amministrativo che viola l'ordinamento eurounitario, occorre far riferimento a quanto sopra richiamato in tema di giudicato amministrativo antieuropeo.

In tale prospettiva – anche al fine di garantire la stabilità di una decisione definitiva, idonea ad ingenerare un affidamento qualificato delle parti – la sentenza irrevocabile resterà intangibile <sup>(153)</sup> salvo che ricorrano simultaneamente le seguenti condizioni: esaurimento dei gradi di ricorso interni; mancata disapplicazione, da parte del giudice della norma (*rectius* dell'atto) contrastante con la normativa UE; mancata proposizione del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE da parte del ricorrente; successiva giurisprudenza della Corte di giustizia che sancisca il contrasto della norma interna (*rectius* atto interno) con il diritto europeo.

Il tema del travolgimento del giudicato che si ponga in contrasto con i principi di effettività e/o equivalenza del diritto comunitario non opera, invece, con riferimento alla diversa ipotesi di contrarietà alla Cedu.

Così come affermato dalla Corte Costituzionale <sup>(154)</sup> le norme della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo costituiscono, come noto, fonti interposte “*integratrici del parametro di costituzionalità di cui all'articolo 117, c. 1*”.

Il diritto convenzionale, a differenza di quello europeo, non trova applicazione diretta, sicché, qualora si profili un contrasto tra una norma della CEDU – così come interpretata dalla Corte EDU – e una norma nazionale, non risolvibile in via interpretativa (cd. tentativo di interpretazione conforme), il giudice nazionale non potrà disapplicare le norme nazionali contrastanti con la Convenzione, ma dovrà sollevare una questione di legittimità costituzionale per violazione proprio del menzionato art. 117 Cost. Ed infatti, a partire dalle celebri sentenze della Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 2007, è stato

---

<sup>152</sup> Le critiche rivolte a questo secondo indirizzo sono essenzialmente due: da un lato si evidenzia che anche gli atti amministrativi di matrice europea (come i regolamenti europei) sono soggetti al regime dell'annullabilità, sicché a maggior ragione ben potrebbero considerarsi annullabili gli atti amministrativi emanati dagli Stati membri; dall'altro l'annullamento è conforme ai parametri di effettività ed equivalenza richiesti dalla giurisprudenza europea, dal momento che il termine non eccessivamente breve di 60 giorni assicura una tutela effettiva e che tale rimedio è previsto anche rispetto all'atto amministrativo interno.

<sup>153</sup> Mancano infatti nell'ordinamento interno rimedi specificamente volti alla sua caducazione: la revocazione, disciplinata dall'art. 360 e ss. c.p.c., opera infatti solo per l'errore di fatto (e non invece in caso di errore di diritto, quale sarebbe la mancata applicazione della normativa UE).

<sup>154</sup> Corte Cost., 22 ottobre 2007, n. 348 e 349.

precisato che quando una norma interna viola una norma contenuta nella CEDU o, più in generale, viola delle norme internazionali che l'Italia si è impegnata a rispettare, indirettamente viola l'articolo 117, 1 comma, della Costituzione.

Le norme della CEDU assumono infatti un rango sub-costituzionale e vincolano il legislatore, nell'esercizio della potestà legislativa, a conformare la legislazione alle disposizioni convenzionali medesime. Le stesse, tuttavia, non acquistando rango costituzionale, non sono immuni dal controllo di legittimità costituzionale: pertanto, qualora una norma interposta, così come interpretata dalla Corte Edu, risulti in contrasto con una norma costituzionale il Giudice delle leggi avrà il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro interposto.

In tale contesto è possibile che il giudicato sia ritenuto in contrasto con la disciplina della Convenzione così come interpretata dalla Corte di Strasburgo.

Al riguardo, la Corte Costituzionale <sup>(155)</sup> intervenuta sul punto con una pronuncia additiva, in ambito penalistico, ha ampliato le ipotesi di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna, dichiarando *“l’illegittimità costituzionale dell’art 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario ai sensi dell’art 46, par. 2 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell’uomo”*.

Anche la Corte di Cassazione ha avuto modo di pronunciarsi sul tema, affermando che la violazione delle garanzie convenzionali processuali implica normalmente la necessità della riapertura del processo che dovrà svolgersi nel rispetto delle regole del giusto processo ai sensi dell'art. 6 CEDU <sup>(156)</sup>. Inoltre, la violazione delle garanzie sostanziali (art. 7 CEDU) può giustificare il ricorso all'incidente di esecuzione, ove abbia condotto la Corte EDU ad accertare la mancanza dei presupposti per l'applicazione di quella determinata sanzione e non occorra lo svolgimento di ulteriore attività istruttoria.

Sempre con riguardo alla violazione delle norme CEDU da parte del giudicato nazionale, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con l'ordinanza n. 2 del 2015 <sup>(157)</sup>, ha

---

<sup>155</sup> Corte Costituzionale, 7 aprile 2011, n. 113, in *Giur. Cost.*, 2011, p. 1523.

<sup>156</sup> Cass., Sez. I, 20 settembre 2017, n. 43112

<sup>157</sup> Sulla questione v. P. PATRITO, *Revocazione - se sia ammissibile l'impugnativa per revocazione della sentenza del Consiglio di Stato per contrasto con decisione sopravvenuta della Corte EDU*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2710.

sollevato questione di legittimità costituzionale degli articoli 395 e 396 c.p.c. e dell'articolo 106 C.p.a, in relazione agli articoli 117, comma 1, 111 e 24 Costituzione, nella parte in cui non prevedono un ulteriore caso di revocazione straordinaria del giudicato amministrativo, al fine di poter dare esecuzione alle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che accertino una violazione di un diritto fondamentale.

L'Adunanza Plenaria ha, in particolare, precisato che un contrasto tra l'obbligo dello Stato di conformarsi alle decisioni della Cedu e le norme processuali interne può verificarsi anche nelle ipotesi in cui è in discussione la possibilità di ammettere il ricorso per la revocazione di una sentenza amministrativa passata in giudicato, e infatti il Consiglio d'Europa nelle raccomandazioni riguardanti la riapertura dei processi non esclude i processi civili o amministrativi.

La Corte Costituzionale, tuttavia, con la sentenza n. 123 del 26 maggio 2017, ha dichiarato la questione infondata, rilevando che la Cedu, anche alla luce dell'interpretazione resa dalla Corte di Strasburgo, non impone, nel settore civile e amministrativo, una revisione della sentenza che sia risultata incompatibile con le norme della Convenzione stessa. Infatti, l'obbligo di conformazione necessita di una misura ripristinatoria, che intervenga, quindi, direttamente sugli effetti della sentenza, esclusivamente in ambito penale.

Secondo la Corte *“la riapertura del processo non penale, con il conseguente travolgimento del giudicato, esige una delicata ponderazione, alla luce dell'art. 24 Cost., fra il diritto di azione degli interessati e il diritto di difesa dei terzi, e tale ponderazione spetta in via prioritaria al legislatore”*.

Con tale pronuncia viene dunque posto un freno all'indirizzo volto a collocare il coordinamento fra ordinamento nazionale e ordinamenti europei su un piano tipicamente processuale, a costo di introdurre una profonda revisione dei principi sulla giurisdizione, quando ciò sia ritenuto utile per attuare le pronunce delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo.

L'esigenza di pieno coordinamento fra i due ordinamenti suggerisce che sia il legislatore e non già la Corte Costituzionale a operare le scelte di competenza legislativa e allo stato



non emerge l'esistenza di un obbligo generale di adottare la misura ripristinatoria della riapertura del processo, nelle materie diverse da quella penale (<sup>158</sup>).

Quanto affermato dalla Corte Costituzionale è stato successivamente ribadito dall'Adunanza Plenaria (<sup>159</sup>) che ha precisato che “è inammissibile, in quanto proposto al di fuori dei casi tassativamente stabiliti dall'ordinamento, il ricorso per revocazione proposto avverso un giudicato dell'adunanza plenaria del consiglio di Stato dichiarato lesivo di diritti protetti dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo con sentenza definitiva della corte di Strasburgo”, sicché l'unica tutela esperibile rimane quella di tipo risarcitorio.

---

<sup>158</sup> In senso favorevole alla posizione assunta dalla Corte, preoccupata di non determinare pericolose alterazioni degli istituti processuali si veda A. TRAVI, *Pronunce della Corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2017, 1260 ss., in senso contrario, evidenziando i problemi applicativi F. FRANCIOSI, *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla Cedu non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicato*, in *Federalismi.it*, 2017, n. 3, 1 ss.

<sup>159</sup> Consiglio di Stato ad. plen., 20/12/2017, n. 12 in *Foro it.* 2018, 2, III, 73.

# Capitolo quarto: La tempestività della tutela come corollario dell'effettività?

*SOMMARIO: 1. Il complesso rapporto tra semplificazione ed effettività - 2. Tempo e azione amministrativa - 3. Tempo e processo: un valore assoluto? - 4. Riti speciali e riti specialissimi.*

## 1. Il complesso rapporto tra semplificazione ed effettività

Il termine “semplificare”, dal latino “*sine plica*”, significa etimologicamente “togliere le pieghe”, ossia rendere più lineare e puro ciò che risulta complesso e intricato, senza che venga alterata la sostanza oggetto dell'intervento semplificatorio.

In questo senso il processo di semplificazione amministrativa non va letto come mezzo per legittimare, in ragione di una riduzione dei tempi per la proposizione della domanda giudiziale, forme di decadenza dalla tutela di diritti e interessi, ma quale strumento attraverso cui garantire una più agevole tutela delle pretese del privato <sup>(1)</sup>.

La logica della semplificazione comporta, dunque, il riconoscimento delle sole procedure amministrative in grado di contribuire ad attribuire al privato (ovvero a negargli legittimamente) taluni vantaggi o beni della vita, in seguito a un processo tempestivo, completo, effettivo e connotato da un equo temperamento di tutti gli interessi in gioco. Occorre pertanto precisare che la semplificazione non può ridursi a sinonimo di mera accelerazione delle procedure <sup>(2)</sup>, ma deve altresì orientarsi verso l'implementazione della razionalità delle stesse al fine di garantire al privato il conseguimento di un risultato

---

<sup>1</sup> M. R. SPASIANO, La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico, in Foro amm. TAR, fasc 9, 2010, pag. 3041; D. D'ORSOGNA, Note in tema di conferenza di servizi, semplificazione, operazione in Riv. Nuove Autonomie, 2008, 3-4, 589.

<sup>2</sup> F. MERUSI, La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio, in Riv. Dir. Amm. 2002, 527 ss., M. R. SPASIANO, La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico, cit.

che sia, anzitutto, certo (favorevole o sfavorevole) e ottenuto in tempi congrui <sup>(3)</sup>, anche nell'ottica di una leale collaborazione fra cittadino e privato <sup>(4)</sup>.

È in questo senso che si coglie, ancora una volta, il profilo di collegamento con l'effettività della tutela, che può dirsi assicurata nella misura in cui la tempestività, da strumento volto ad assicurare l'effettività, non si trasformi nel suo contrario, ossia in un valore assoluto, da tutelare di per se stesso e non quale strumento, finendo per assumere portata esclusiva e assorbente.

A tal fine risulta necessario tenere in considerazione due piani distinti, quello strutturale (ossia quello relativo all'organizzazione dei soggetti pubblici, alla distribuzione delle competenze e delle responsabilità dei funzionari, i quali devono essere chiamati a rispondere dei risultati del loro operare) e quello funzionale (riguardante invece il procedimento e gli strumenti di intervento) <sup>(5)</sup>.

Per quanto concerne, in particolare, quest'ultimo profilo occorre ribadire l'esigenza di dotarsi di un'amministrazione che eserciti i suoi poteri in modo effettivo, senza restare inerte, e provvedendo nei tempi strettamente necessari, senza celarsi, come ben evidenziato in dottrina <sup>(6)</sup>, dietro a "silenzi" o a incerte forme di liberalizzazione (quali la s.c.i.a., istituto sul quale si tornerà) che legittimano la produzione di effetti giuridici che scaturiscono direttamente dall'esercizio di un'attività privata e non pubblica, ma che paiono talvolta connotate da incertezza, tanto con riguardo alla loro definizione giuridica, quanto con riguardo agli esiti dalle stesse prodotti <sup>(7)</sup>.

---

<sup>3</sup> F.G. SCOCA, Accordi e semplificazione, in Riv. Nuove Autonomie 2008, 3/4, 558; E. BRUTI LIBERATI, voce Accordi pubblici, in Enc. dir., Aggiornamento, vol. V, Milano, 2000; E. BRUTI LIBERATI, Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati, Milano, 1996.

<sup>4</sup> Tale principio trova oggi un esplicito riconoscimento nell'art. 1 della L. 241/90, al c. 2 bis secondo cui "i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede", comma aggiunto dall' art. 12, comma 1, lett. a), D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120. Per una disamina del principio di leale collaborazione e buona fede si rinvia al capitolo IV.

<sup>5</sup> C. BARBATI, Semplificazioni e processi decisionali nei sistemi multilivello, in Riv. Nuove Autonomie 2008, 3-4, 445; M. R. SPASIANO, Sportello unico per l'edilizia, in T.U. dell'edilizia a cura di M. A. SANDULLI, Milano, 2009, 120 ss.; M. D'ORSOGNA, Lo sportello unico tra semplificazione e competitività, in Riv. Nuove autonomie 2008, 3-4, p. 667 ss..

<sup>6</sup> G. FALCON, La normativa sul procedimento amministrativo: semplificazione o aggravamento? in Riv. Giur. Urban, 2000, 121 ss; E. FERRARI, Dall'inerzia nel provvedere all'inerzia nel provvedere all'inerzia nel vigilare, in Scritti in onore di L. MAZZAROLI, Padova, 2007, II, 83 ss; R. FERRARA, Le complicazioni della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità, in Riv. Dir. Proc. Amm. 1999, 327; M.A. SANDULLI, La semplificazione dell'azione amministrativa: considerazioni generali, in Nuove autonomie, 2008 fasc. 3-4, pp. 405 ss.

<sup>7</sup> Sul punto si rinvia ai recenti dubbi di legittimità costituzionale relativi all'istituto della s.c.i.a. richiamati al Capitolo II.

L'attenzione in questa sede sarà dunque rivolta, in primo luogo, verso l'analisi del binomio tempestività dell'agire amministrativo - effettività della tutela ed in particolare verso l'interrogativo al quale si faceva cenno, per chiarire se la tempestività costituisca sempre una componente indefettibile della nozione di effettività.

Mentre in ambito procedimentale, come si vedrà, la tempestività e la semplificazione dell'agire amministrativo possono assumere connotati positivi, divenendo corollari dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa, in ambito processuale non sempre si giunge alle medesime considerazioni. In tale sede, infatti, la tendenza alla speditezza e alla semplificazione può non comportare, in ogni circostanza, risultati favorevoli per il privato, ponendosi talvolta addirittura in contrasto con il perseguimento dell'effettività della tutela <sup>(8)</sup>.

Proprio a fronte della diversa declinazione che assume la tempestività in ambito procedimentale e in ambito processuale, si ritiene opportuno articolare il presente capitolo in due distinte parti; una prima sezione dedicata esclusivamente al rapporto intercorrente fra tempo e azione amministrativa e una seconda sezione relativa invece al ruolo assunto dal fattore tempo nella fase processuale, con particolare riferimento, infine, ai riti speciali e specialissimi.

Per quanto concerne l'attività amministrativa basti qui anticipare che la certezza di una conclusione tempestiva del procedimento amministrativo trova le sue radici, sul piano del diritto interno, nell'art. 97 della Costituzione ed in particolare nei principi di legalità e buon andamento della pubblica amministrazione <sup>(9)</sup>.

La legalità impone invero all'amministrazione di provvedere nei termini legislativamente previsti, pena le conseguenze risarcitorie e indennitarie di cui si dirà, mentre il buon andamento richiede di comportarsi in modo efficiente, ossia in modo tale da escludere logicamente tanto il ritardo quanto l'inerzia, fattori, entrambi, incompatibili con la cd. buona amministrazione.

---

<sup>8</sup> Sul tema del rapporto fra effettività e tempestività nel processo amministrativo, A. G. OROFINO, *“Il processo amministrativo, tra accelerazione ed effettività”*, in V. Fanti (a cura di), *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, tomo I, Napoli, 2019, 513.

<sup>9</sup> G. MORBIDELLI, *Il tempo nel procedimento*, in V. CERULLI IRELLI, (a cura di) *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 251, F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. Amm.* 2002, 527 e ss.; A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di A.M. Sandulli, Milano, 2011, 230.

Il principio di tempestività dell'azione amministrativa è riconosciuto poi anche a livello comunitario. La dottrina <sup>(10)</sup> ha evidenziato, anzitutto, che lo stesso sia richiamato tanto dall'art 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che riconosce al singolo il diritto a veder trattate le questioni amministrative che lo riguardano, oltre che con imparzialità ed equità, anche “entro un termine ragionevole <sup>(11)</sup>, quanto dall'art. 101 del Progetto di Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa <sup>(12)</sup>. A ciò si aggiunge che il principio di ragionevole durata del procedimento amministrativo sia stato anche richiamato in diverse occasioni dalla Corte di Giustizia <sup>(13)</sup>.

Sempre a livello sovranazionale anche la Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo riconosce espressamente il valore del fattore temporale sancendo, all'art. 6, il principio di ragionevole durata del processo e il diritto di ogni cittadino a che il proprio procedimento giurisdizionale sia esaminato entro un termine ragionevole. Tale riconoscimento assume, peraltro, particolare pregnanza in relazione alla tempistica procedimentale, dal momento

---

<sup>10</sup> V. PARISIO, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione tra prospettive attive e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla L. 11 febbraio 2005 n. 15 e dalla L. 14 maggio 2005 n. 80* in Foro Amm. - Tar, 2006, 2799.

<sup>11</sup> Articolo 41 - Diritto ad una buona amministrazione “1. Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. 2. Tale diritto comprende in particolare: a) il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio; b) il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale; c) l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni. 3. Ogni persona ha diritto al risarcimento da parte dell'Unione dei danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni, conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri. 4. Ogni persona può rivolgersi alle istituzioni dell'Unione in una delle lingue dei trattati e deve ricevere una risposta nella stessa lingua.”

<sup>12</sup> Articolo II-101- Diritto ad una buona amministrazione “1. Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. 2. Tale diritto comprende in particolare: a) il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio;

b) il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale; c) l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni. 3. Ogni persona ha diritto al risarcimento da parte dell'Unione dei danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri. 4. Ogni persona può rivolgersi alle istituzioni dell'Unione in una delle lingue della Costituzione e deve ricevere una risposta nella stessa lingua.

<sup>13</sup> CGUE, 18.3.1997, Guérin automobiles, C 282/95, § 36 e 37, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu) per cui “l'osservanza di un termine ragionevole nella conduzione dei procedimenti amministrativi in materia di politica della concorrenza costituisce un principio generale di diritto comunitario, del quale il giudice comunitario assicura il rispetto”; in senso analogo CGUE, 15 ottobre 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij N. C. (L.V.M.), C 238/99, § 167-171, *ivi*; CGUE, 21 settembre 2006, Technische Unie B.V., C 113/04, § 40, *ivi*; Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied, C 105/04, § 35, *ivi*; Trib. UE, 22 ottobre 1997, Certificatie Kraanverhuurbedrijf (S.C.K.) e F. N.K., cause riunite T 213/95, T18/96 § 56, *ivi*; Trib. UE, 13 marzo 2003, José Martí Peix SA, T 125/01, *ivi*; Trib. UE, 15 ottobre 2008, Azienda Agricola “Le Canne” srl, T 375/05 § 82, *ivi*.

che la stessa Corte di Strasburgo <sup>(14)</sup>, delineando un parallelismo interpretativo fra processo e procedimento amministrativo, consente di ritenere applicabile anche a quest'ultimo il principio della ragionevole durata.

Anche con riferimento al processo amministrativo, occorre evidenziare come il fattore temporale stia progressivamente assumendo un ruolo sempre più rilevante: i privati e la Pubblica Amministrazione <sup>(15)</sup> necessitano infatti di avere, in tempi piuttosto rapidi, certezza sulle rispettive posizioni giuridiche.

In quest'ottica, la dimensione temporale, e dunque la sollecitudine con cui il giudice giunge ad una decisione, si pone, apparentemente, in termini astrattamente coerenti rispetto alle menzionate esigenze di certezza, costituendo, dunque, un'articolazione del medesimo principio di effettività. Non può infatti essere definito come "giusto" quel processo che non rispetti una durata ragionevole, così come richiesto a livello costituzionale dall'art. 111, 2° comma della Costituzione <sup>(16)</sup>.

A ben vedere, in realtà, la tendenza a considerare come prevalenti su altre necessità lo snellimento e la semplificazione – circostanze che evidentemente influiscono positivamente sulla riduzione dei tempi del processo – rischia di frustrare proprio l'esigenza di un processo giusto e di una tutela effettiva <sup>(17)</sup>.

Per quanto riguarda, poi, più specificamente, alcuni riti speciali, fra i quali si richiama il processo in materia di appalti pubblici, è la stessa Direttiva Ricorsi a sottolineare

---

<sup>14</sup> Le nozioni autonome e indipendenti elaborate della giurisprudenza di Strasburgo, hanno condotto all'adozione di una interpretazione estensiva delle espressioni "tribunale", "accusa penale" e "diritti e obbligazioni di carattere civile" tratte dall'art. 6 Cedu rispetto a quella derivante dagli organi giudicanti dei singoli stati membri, così da giungere a sostenere l'estensione applicativa di tale articolo anche ai procedimenti amministrativi. In dottrina sul tema si rinvia a M. ALLENA, *Garanzie procedurali e giurisdizionali alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), E M. RAMAJOLI, *Il giudice nazionale e la CEDU*, in *Dir. Proc. Amm.* 2012, 829.

<sup>15</sup> G. LEONE, *Un processo amministrativo a misura europea. Ovvero, come dare un senso compiuto al principio di sinteticità degli atti giudiziari*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 79, secondo cui "la ragionevole durata del processo [...] è posta a presidio dell'interesse non solo delle parti, ma anche delle amministrazioni resistenti". In termini Cons. St., sez. IV, 24/01/2017, n. 282 in *Redazione Giuffrè amm.* 2017.

<sup>16</sup> Con riferimento al tema della ragionevole durata del processo, v. R. MARTINO, *Diritto all'equa riparazione*, in R. MARTINO, A. PANZAROLA (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile. Dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Torino, 2013, 504; P. BIAVATI, *Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 475; R. GIORDANO, *L'equa riparazione per irragionevole durata del processo*, Milano, 2015; M. BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Napoli, 2010.

<sup>17</sup> M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2016; A. TRAVI, *Le nuove sfide della giustizia amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 173, E. FOLLIERI, *Le garanzie di indipendenza del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1234, che osserva come alcuni dei caratteri propri della tutela giudiziaria, che identificano il giusto processo, possono entrare in contrasto tra loro e richiedere un bilanciamento.

l'importanza che il processo sia “quanto più rapido possibile” (18), in modo da “ottenere la rapida correzione di qualsiasi violazione denunciata” (19), così connettendo strettamente la tempestività all'efficacia stessa del rimedio giurisdizionale.

Per tale ragione, si rende indispensabile l'analisi delle modifiche legislative susseguitesi negli ultimi anni, accomunate dall'intento di conseguire un procedimento e un processo in materia di appalti il più rapido possibile. Si prenderanno in considerazione, in particolare, le principali novità legate al cd. Rito “super-accelerato” in materia di appalti, le posizioni della dottrina e della giurisprudenza al riguardo e alle ragioni per cui, a soli tre anni dalla sua introduzione, il legislatore ha optato per la sua abrogazione.

## 2. Tempo e azione amministrativa

In modo analogo a quanto è avvenuto per il processo amministrativo, anche il procedimento amministrativo è stato oggetto, negli ultimi decenni, di numerose riforme volte a garantire una sempre maggiore semplificazione e speditezza. Tale intento è stato perseguito dal legislatore attraverso due linee direttive: da un lato il potenziamento di strumenti di semplificazione e liberalizzazione amministrativa e dall'altro la previsione di termini massimi di conclusione del procedimento amministrativo.

Con riferimento al primo gruppo di interventi sono riconducibili, a titolo esemplificativo, la S.C.I.A., il silenzio assenso e la conferenza di servizi. Si tratta di istituti, invero, collocati nel Capo IV della L. 241 del 1990 denominato, per l'appunto, “*Semplificazione dell'azione amministrativa*”.

La “nuova” segnalazione di inizio attività (S.C.I.A.)<sup>20</sup>, come noto, trova la propria disciplina nell'art. 19 della Legge n. 241/1990, così come modificato dal D. Lgs. n. 78 del 2010. Tale articolo prevede la facoltà in capo al privato di avviare l'attività oggetto della segnalazione all'amministrazione competente fin dalla data della presentazione della segnalazione stessa, senza che sia necessario attendere la scadenza di alcun termine, con ciò traducendosi in una indubbia accelerazione rispetto alla disciplina previgente (21).

---

<sup>18</sup> Art. 1, § 1 della direttiva 1989/665/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1989.

<sup>19</sup> Penultimo considerando della direttiva 1989/665/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1989.

<sup>20</sup> G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, Milano, 2000.

<sup>21</sup> La previgente disciplina della dichiarazione di inizio attività (DIA) richiedeva, infatti, che il privato attendesse un termine di 60 giorni successivo alla presentazione della dichiarazione prima di poter avviare l'attività dichiarata.

Pur essendo collocata fra gli strumenti di semplificazione amministrativa, la S.C.I.A. appartiene, secondo la dottrina maggioritaria, ai cd. strumenti di liberalizzazione temperata. La stessa non costituisce infatti un *“provvedimento tacito e, conseguentemente, non è direttamente impugnabile”* (22) ma è piuttosto un *“atto soggettivamente ed oggettivamente privato”*, una *“manifestazione di autonomia privata con cui l'interessato certifica la sussistenza dei presupposti in fatto ed in diritto allegati a presupposto del legittimo esercizio dell'attività segnalata alla p.a., la quale può allora essere intrapresa senza il bisogno di un consenso dell'Amministrazione”* (23) la quale conserva, tuttavia, il potere di intervenire, così come previsto dai commi 3 e 4 dello stesso art. 19 (da qui la denominazione di liberalizzazione *“temperata”*). La P.A. dispone invero di un *“triplice ordine di poteri, inibitori, repressivi, conformativi”* (24) da esercitarsi in sede di primo controllo, ossia entro 60 giorni dalla segnalazione (30 in materia edilizia) ex art. 19 c. 3, a cui si aggiunge un eventuale secondo controllo, anche noto come *“controllo misura”*, durante il quale *“l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-nonies”*.

La S.C.I.A. non rappresenta dunque un'istanza di parte per l'avvio di un procedimento amministrativo poi conclusosi in forma tacita, bensì una dichiarazione di volontà privata di intraprendere una determinata attività ammessa direttamente dalla legge.

Tale natura giuridica consente peraltro di escludere che *“l'autorità procedente debba comunicare al segnalante l'avvio del procedimento o il preavviso di rigetto ex art. 10-bis della legge n. 241 del 1990 prima dell'esercizio dei relativi poteri di controllo e inibitori; il denunciante la SCIA, infatti, è titolare di una posizione soggettiva originaria che rinviene il suo fondamento diretto ed immediato nella legge che non ha bisogno di alcun consenso della p.a. e, pertanto, la segnalazione di inizio attività non instaura alcun procedimento autorizzatorio destinato a culminare in un atto finale di assenso, espresso o tacito, da parte dell'amministrazione; in assenza di procedimento, non c'è spazio per la comunicazione di avvio, per il preavviso di rigetto o per atti sospensivi da parte dell'Amministrazione”* (25).

---

<sup>22</sup> T.A.R., Potenza, sez. I, 07/12/2016, n. 1101 in *Redazione Giuffrè amm.*, 2016.

<sup>23</sup> T.A.R., Napoli, sez. II, 25/07/2016, n. 3869 in *Rivista Giuridica dell'Edilizia* 2016, 5, I, 834.

<sup>24</sup> Corte Costituzionale, 13/03/2019, n.45, in *Foro Amministrativo (II)* 2020, 3, 385.

<sup>25</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 18/02/2019, n. 1111 in *Foro Amministrativo (II)* 2019, 2, 227; in senso analogo T.A.R., Catania, sez. II, 03/10/2019, n. 2329 in *Foro Amministrativo (II)* 2019, 10, 1766, T.A.R., Lecce,



Rientra invece pienamente fra gli strumenti di semplificazione il silenzio-assenso, in forza del quale, nei procedimenti ad istanza di parte, il silenzio serbato dall'amministrazione competente fino alla scadenza del termine fissato per la conclusione del procedimento, ovvero la mancata indizione, nel termine di 30 giorni di una conferenza di servizi, nel caso in cui la deliberazione sull'istanza richieda una valutazione congiunta di più interessi pubblici, equivalgono ad un provvedimento di accoglimento.

Parimenti costituisce un esempio di velocizzazione e semplificazione dell'azione amministrativa, come anticipato, la conferenza di servizi, quale modulo procedimentale finalizzato al contemperamento di vari interessi pubblici.

La crescente attenzione per i tempi del procedimento e per il rispetto della stessa offre anzitutto una concreta attuazione ai principi costituzionali di efficienza e buon andamento della P.A. su cui si incentra l'art. 97 della Costituzione e a quelli sovranazionali, già in precedenza menzionati.

Il "fattore-tempo" assume invero, in tale cornice, la consistenza di "valore fondamentale" e di "*componente determinane per la vita e per l'attività dei cittadini e delle imprese per i quali l'incertezza e la lunghezza dei tempi amministrativi può costituire un costo che incide sulla libertà di iniziativa privata ex art. 41 Costituzione*"<sup>(26)</sup>.

A tal proposito pare opportuno individuare, in via preliminare, i principali interventi legislativi sul tema. *In primis*, si deve ricordare la Legge n. 69/2009, la quale ha ridefinito, all'art. 2 della Legge n. 241/1990, i termini concessi all'amministrazione per provvedere<sup>(27)</sup>. Si tratta di termini aventi, per consolidato orientamento giurisprudenziale<sup>(28)</sup>, natura meramente ordinatoria e non perentoria, con la conseguenza che il relativo decorso non comporta né la consumazione del potere di provvedere né tanto meno l'illegittimità del

---

sez. I, 22/11/2018, n. 1730 in *Rivista Giuridica dell'Edilizia* 2019, 1, I, 248, T.A.R., Venezia, sez. III, 28/02/2018, n. 245, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia* 2018, 2, I, 481.

<sup>26</sup> Consiglio di Stato, Parere del 15 aprile 2016 n. 929.

<sup>27</sup> Tali termini sono pari ad un massimo di novanta giorni decorrenti dalla ricezione della domanda o dall'inizio del provvedimento d'ufficio (ovvero a centottanta giorni, nei casi di maggiore complessità), individuato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (ove si tratti di amministrazioni statali) ovvero con atto di altri enti pubblici, trovando applicazione il termine sussidiario di trenta giorni, laddove invece il termine non sia individuato in tal senso, né definito da apposite disposizioni di legge. Il superamento dei termini è consentito, ove ritenuto indispensabile, "*tenuto conto della sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento*".

<sup>28</sup> Nel senso di scindere il giudizio relativo alla legittimità del provvedimento tardivo da quello sulla liceità della condotta tenuta dalla Pubblica Amministrazione, si è espressa anche la Corte Costituzionale, 22 giugno 2004 n. 176, in *Foro Amm.* 2004, 1573, in linea con le precedenti pronunce Corte Cost. 17 luglio 2002, n. 355, *Giur. Cost.* 2002, 2675 e Corte Cost. 23 luglio 1997, n. 262, in *Urb. e app.* 1998, 27.

provvedimento sopravvenuto. Tanto lo si ricava dall'interpretazione letterale e *a contrario* della disposizione in esame, la quale, non contenendo alcuna prescrizione in ordine alla decadenza della potestà amministrativa, né tantomeno all'illegittimità del provvedimento adottato, ne esclude la perentorietà.

In tal senso si richiama la pronuncia del T.A.R. Roma, sez. III 01/03/2019, n. 2712 <sup>(29)</sup> per la quale *“in assenza di una espressa previsione normativa che sanzioni con la decadenza il superamento del termine di conclusione del procedimento, questo riveste natura meramente ordinatoria o sollecitatoria. Il decorso del detto termine non implica, quindi, la consumazione del potere e nemmeno l'illegittimità dell'atto tardivamente adottato, ma consente semplicemente all'interessato di esercitare i rimedi contro il ritardo (tra cui, l'azione ex art. 117 c.p.a.)”*. In termini analoghi si è espresso anche il T.A.R., Catanzaro, sez. I, 25/06/2015, n. 1104 <sup>(30)</sup> per cui nuovamente *“il termine previsto dall'art. 2 l. n. 241/1990, per l'adozione di provvedimenti amministrativi, ha natura ordinatoria e non perentoria. Ne consegue che l'inosservanza di esso da parte dell'amministrazione non esaurisce il potere di provvedere, né determina di per sé l'illegittimità dell'atto adottato fuori termine. La violazione del termine per la conclusione del procedimento, pertanto, non solo non produce la nullità del provvedimento, ma non determina neanche l'annullabilità di esso”*.

Anche di recente il Consiglio di Stato ha fatto applicazione del principio per cui il potere amministrativo di provvedere non viene meno per il mero fatto della scadenza del termine fissato in via ordinatoria per il suo esercizio – ferme restando le conseguenze di tipo disciplinare o risarcitorio per danno da ritardo – ribadendo come *“nei procedimenti amministrativi, anche di carattere valutativo, come quello ora in esame, un termine è perentorio soltanto qualora vi sia una previsione normativa che espressamente gli*

---

<sup>29</sup> T.A.R. Roma, sez. III 01/03/2019, n. 2712 in *Foro Amministrativo* (II) 2019, 3, 563.

<sup>30</sup> T.A.R., Catanzaro, sez. I, 25/06/2015, n. 1104, in *Redazione Giuffrè amministrativo* 2015, ma in termini analoghi si è espresso anche il Consiglio di Stato. Si veda a titolo semplificativo Consiglio di Stato, sez. V, 30/08/2013, n. 4333 in *Foro Amministrativo - C.d.S. (Il)* 2013, 7-8, 2111 (s.m) per cui *“salvo che una norma espressa non disponga altrimenti, i termini stabiliti per la conclusione del procedimento amministrativo hanno in generale natura ordinatoria e non perentoria, con la conseguenza che il loro decorso non comporta la consumazione del potere dell'Amministrazione di provvedere né l'illegittimità dei provvedimenti eventualmente adottati successivamente alla loro scadenza, ma semplicemente la possibilità, per i destinatari interessati, di attivare la procedura del silenzio-rifiuto, atteso che il dovere procedimentale del soggetto pubblico obbligato non può estinguersi per l'inerzia dello stesso, così consentendo all'inerzia di autoassolversi. E se è decorso il termine di un anno dalla conclusione del procedimento, fissato dall'art. 31 c. proc. amm. per la proposizione dell'azione, resta comunque salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento e, dunque, il mantenimento della mora dell'Amministrazione”*.

*attribuisca questa natura, ovvero quando ciò possa desumersi dagli effetti, sempre normativamente previsti, che il suo superamento produce (...). Ove manchi un'espressa indicazione circa la natura del termine o gli specifici effetti dell'inerzia, deve aversi riguardo alla funzione che lo stesso in concreto assolve nel procedimento, nonché alla peculiarità dell'interesse pubblico coinvolto, con la conseguenza che, in mancanza di elementi certi per qualificare un termine come perentorio, per evidenti ragioni di favor, esso deve ritenersi ordinario” (31).*

La stessa legge n. 69/2009 ha poi limitato la possibilità per le Pubbliche amministrazioni di sospendere o interrompere la durata dei termini procedurali ed ha riconosciuto esplicitamente la risarcibilità del danno da ritardo nell'art. 2 bis, comma 1 della Legge n. 241/1990. A tal proposito, sul piano processuale, è prevista specularmente l'azione di condanna al risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente provi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento (art. 30, comma 4 c.p.a.). Si tratta di un'azione esercitabile davanti al giudice amministrativo, avente, in materia di *“risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo”*, giurisdizione esclusiva (art. 133 c.p.a.). Tale azione può essere oggi proposta sia contestualmente ad altra azione, ed in particolare all'azione avverso il silenzio, sia in via autonoma (ex art. 30, comma 1, c.p.a.). La facoltà di esercitare contestualmente le due azioni è prevista dall'art. 117, comma 6, c.p.a., il quale stabilisce che l'azione di condanna al risarcimento del danno da ritardo della p.a. può essere *“proposta congiuntamente a quella avverso il silenzio”*: si tratta di un cumulo di azioni, che il giudice potrà esaminare distintamente, definendo con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattando con il rito ordinario la domanda risarcitoria (32).

---

<sup>31</sup> Cons. Stato sez. II, 22 gennaio 2020, n.537, ma in senso analogo Cons. Stato, Sez. IV, 6 giugno 2017, n. 2718, con riguardo anche a Cons. Stato, A.P., 25 febbraio 2014, n. 10.

<sup>32</sup> In tal senso Cons. Stato sez. V, 21 marzo 2011, n. 1739 in *Foro amm. CDS* 2011, 3, 918 (s.m), secondo cui la citata disposizione ammette la proponibilità contestuale delle due domande, e, a differenza di quanto previsto per l'impugnazione del provvedimento sopravvenuto, non stabilisce una conversione obbligatoria del rito, ma lascia al giudice il potere di decidere con rito camerale l'azione avverso il silenzio, rinviando al rito ordinario la trattazione della domanda risarcitoria. Sul punto si richiamano anche T.A.R. Latina (Lazio) sez. I 20/05/2013, n. 470 in *Foro Amministrativo - T.A.R.* (II) 2013, 5, 1635 e il T.A.R. Salerno (Campania) sez. II, 18/11/2013, n. 2277 in *Foro Amministrativo - T.A.R.* (II) 2013, 11, 3508 (s.m) secondo i quali la domanda di risarcimento del danno cd. da inerzia o ritardo della p.a può essere già decisa in sede camerale senza doverla trattare nelle forme ordinarie qualora emerga sin da subito l'infondatezza di tale domanda, visto che l'art. 117, comma 6 c.p.a. prevede una mera facoltà per il giudice di trattare la questione nelle forme ordinarie.

L'esperibilità dell'azione in via autonoma prescinde, come noto, dalla previa proposizione dell'azione di annullamento dell'eventuale provvedimento di carattere negativo emanato una volta esperiti i termini per la p.a. per provvedere. Sul punto il Codice all'art. 30 ha, infatti, risolto il noto problema della pregiudizialità amministrativa, che aveva condotto la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato ad adottare soluzioni diametralmente opposte<sup>(33)</sup>.

Ulteriori innovazioni sono state poi apportate dall'art. 1 del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5 (cd. decreto semplifica Italia) convertito dalla Legge 4 aprile 2012, n. 35 che ha novellato l'art. 2 della Legge n. 241/1990, modificando i commi 8 e 9 e introducendo i commi dal 9 bis al 9 *quinquies*, i quali prevedono da un lato la responsabilità in capo al dirigente o al funzionario inadempiente per mancata o tardiva emanazione del provvedimento espresso e dall'altro introducono la possibilità di ricorrere al potere sostitutivo in caso di inerzia della p.a..

Il responsabile così individuato dovrà comunicare all'organo di governo, entro il 30 gennaio di ogni anno, i procedimenti, suddivisi per tipologia e strutture amministrative competenti, nei quali non sia stato rispettato il termine di conclusione previsto dalla legge o dai regolamenti. Nei provvedimenti su istanza di parte rilasciati in ritardo dovranno essere espressamente indicati sia il termine previsto dalla legge o dai regolamenti sia quello effettivamente impiegato.

È ancora necessario menzionare l'art. 28 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (decreto del fare) convertito con modificazioni dalla Legge 9 agosto 2013, n. 88 che ha inserito un nuovo comma, comma 1 bis, nell'art 2 bis L. 241/90 il quale prescrive che, su richiesta dell'interessato, l'amministrazione sia condannata, a titolo di indennizzo per il mero ritardo ad una somma pari a trenta euro al giorno per ogni giorno di ritardo (e comunque

---

<sup>33</sup> Mentre la Corte di Cassazione riteneva che l'azione di risarcimento del danno fosse proponibile a prescindere dalla previa proposizione del ricorso per l'annullamento del provvedimento, il Consiglio di Stato, sosteneva la necessità del previo annullamento dell'atto amministrativo. Sul punto cfr. Cassazione civile sez. un., 22/07/1999, n.500, in Foro Amm. 2000, 349 (nota di: SORICELLI) secondo cui "*rispetto al giudizio che, nei termini suindicati, può svolgersi davanti al giudice ordinario, non sembra ravvisabile la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento*" e Consiglio di Stato sez. IV, 28/07/2005, n. 4008, in Foro amm. CDS 2005, 7/8, 2157 secondo cui "*il potere del g.a. di disporre il risarcimento del danno è, nell'attuale ordinamento, secondo la lettura offerta da la Corte costituzionale (C. cost. n. 204 del 2004), rigorosamente circoscritto alla sola ipotesi del previo annullamento dell'atto amministrativo, giacché la ratio della sua attribuzione, essendo fondata sull'art. 24 cost., è quella di evitare a chi ha ottenuto l'annullamento giurisdizionale dell'atto amministrativo di percorrere tutti i gradi della giustizia ordinaria per ottenere la piena soddisfazione delle posizioni soggettive lese.*"

complessivamente ad una somma non superiore a 2000 euro) con decorrenza dalla data di scadenza del termine in cui avrebbe dovuto essere concluso il procedimento <sup>(34)</sup>.

Recentissime sono poi le modifiche introdotte dal D.L. Semplificazioni, n. 76 del 16 luglio 2020, che all'art. 12, ha proposto ulteriori misure organizzative, di maggiore trasparenza sui tempi dei procedimenti, in particolare prevedendo, nel nuovo comma 4 bis dell'art. 2 della l. 241/90, l'obbligo per le pubbliche amministrazioni *“di misurare e rendere pubblici i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi di maggiore impatto per i cittadini e per le imprese, comparandoli con i termini previsti dalla normativa vigente”* <sup>(35)</sup>. Lo stesso D.L. ha inoltre elaborato, per la prima volta, un meccanismo premiale per i pubblici dipendenti più efficienti, fondato sulla previsione di limiti alla responsabilità erariale, che tuttavia non operano nel caso di inerzia dell'amministrazione. Si tratta di strumenti che potranno auspicabilmente favorire la fuoriuscita dell'amministrazione *“dall'impasse della fuga dalla responsabilità”* <sup>(36)</sup>.

All'interno di questo quadro normativo viene a collocarsi l'analisi relativa al rapporto intercorrente fra tempo e azione amministrativa e in particolare il tema dei rimedi concessi al privato per il caso di inerzia o ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento. Tali rimedi risultano inscindibilmente legati, dal momento che la situazione patologica del “ritardo” presuppone necessariamente una fase di inerzia dell'amministrazione che si verifica soltanto una volta maturati i termini concessi alla P.A. per provvedere. Non è dunque casuale che la disciplina sostanziale dell'inerzia e del danno da ritardo venga a collocarsi in disposizioni contigue, art. 2 e art. 2 bis L. 241/90.

---

<sup>34</sup> Per un primo commento alla nuova disciplina, V. M. DONOFRIO, *“Il concetto di “tempo amministrativo”: da emblema di discrezionalità dell'agere publicum a bene suscettibile di indennizzo economico”* in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2013, 28 e ss.; A. VACCARI, *Brevi cenni sulla responsabilità della pubblica amministrazione per ritardo nell'attività provvedimentale*, Foro amm. TAR, fasc.9, 2013, pag. 2949, il quale critica la scelta del legislatore di limitare la corresponsione dell'indennizzo solo ad alcuni procedimenti.

<sup>35</sup> Al comma 2 dell'art. 12, il DL Semplificazioni prevede inoltre che: *“Entro il 31 dicembre 2020 le amministrazioni e gli enti pubblici statali provvedono a verificare e a rideterminare, in riduzione, i termini di durata dei procedimenti di loro competenza ai sensi dell'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241.”*

<sup>36</sup> M. L. MADDALENA, *“Gli incentivi a decidere tempestivamente e il danno da ritardo”*, tratto da giustizia-amministrativa.it, testo dell'intervento svolto in occasione del webinar dal titolo: *“L'efficienza dell'azione amministrativa nel 30ennale della legge generale del procedimento amministrativo”*, organizzato dall'Università di Torino e dall'Università del Piemonte Orientale, tenutosi il 13 luglio 2020, in cui l'autrice sottolinea la tendenza attuale ad *“un'amministrazione difensiva”* cioè un'amministrazione che, per la paura di sbagliare spesso resta inerte, in attesa di indicazioni da parte del giudice amministrativo, così rinunciando all'esercizio della funzione che le è propria, ossia quella di cura dell'interesse pubblico.

La prima disposizione, come noto, stabilisce il generale dovere della P.A. di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso entro i termini ivi stabiliti, ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio. Nel caso in cui ciò non accada, il privato avrà a disposizione taluni strumenti per superare l'inerzia dell'amministrazione.

Accanto ai rimedi paragiurisdizionali/amministrativi previsti dal medesimo articolo ai già richiamati c. 9 *bis* e *quinqües*, si aggiunge naturalmente la speciale azione avverso il silenzio. Si tratta di un'azione concettualmente scindibile in due distinte domande: la prima di natura dichiarativa, volta all'accertamento dell'inadempimento dell'obbligo della P.A. di definire il procedimento nei tempi stabiliti e la seconda rientrante, invece, fra le azioni di condanna della P.A. all'adempimento, ossia all'adozione di un provvedimento esplicito. In quest'ultimo caso il giudice potrà, peraltro, pronunciarsi anche sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, ma *“solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione”* (art. 31 c. 3 c.p.a.).

Una particolare forma di accertamento del silenzio è quella conseguente al sollecito delle verifiche spettanti alla P.A. sulla già menzionata S.C.I.A. A tal proposito, l'art. 19, c. 6 ter, dopo aver stabilito che gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione, prevede che gli stessi, in caso di inerzia, possano *“esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104”*. In relazione a tale ultima disposizione sono state recentemente sollevate due questioni di legittimità costituzionale, entrambe inerenti al profilo della tutela effettiva del terzo leso dall'attività del segnalante <sup>(37)</sup>.

---

<sup>37</sup> Sul punto si richiama quanto affermato sulla natura della s.c.i.a. e sulle azioni esperibili dal terzo dal Consiglio di Stato ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15 in Dir. proc. amm. 2012, 1, 171 NOTA (s.m.) (nota di: FERRARA; BERTONAZZI) per cui *“la dichiarazione di inizio attività (segnalazione certificata di inizio attività) costituisce un atto soggettivamente e oggettivamente privato con cui l'interessato esercita la sua legittimazione ex lege all'esercizio di attività liberalizzate. L'omesso esercizio da parte dell'amministrazione del potere inibitorio entro il termine perentorio dà luogo ad un provvedimento tacito di diniego di adozione del provvedimento inibitorio, nei cui confronti il terzo, controinteressato sostanziale, può proporre davanti al giudice amministrativo azione di annullamento nell'ordinario termine decadenziale e contestuale azione di adempimento finalizzata a conseguire l'ordine giudiziale di adozione del provvedimento inibitorio”* e quanto poi previsto dal legislatore che, confermando la natura privatistica dell'istituto *de quo* ha riconosciuto unicamente l'esperibilità di un'azione avverso il silenzio-inadempimento della p.a. prevedendo al c 6-ter dell'art. 19 L. 241/90 che *“la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti*

In una prima occasione il T.A.R. Toscana <sup>(38)</sup> ha sollevato dubbi di costituzionalità della norma nella parte in cui *“omette di prevedere il termine entro il cui il terzo può avanzare l'istanza di sollecitazione delle verifiche sulla S.C.I.A.”*. La Corte Costituzionale <sup>(39)</sup>, nel dichiarare l'infondatezza della questione, ha chiarito che *“le verifiche cui è chiamata l'amministrazione ai sensi del comma 6-ter sono dunque quelle già puntualmente disciplinate dall'art. 19, da esercitarsi entro i sessanta o trenta giorni dalla presentazione della SCIA (commi 3 e 6-bis), e poi entro i successivi diciotto mesi (comma 4, che rinvia all'art. 21-novies). Decorsi questi termini, la situazione soggettiva del segnalante si consolida definitivamente nei confronti dell'amministrazione, ormai priva di poteri, e quindi anche del terzo. Questi, infatti, è titolare di un interesse legittimo pretensivo all'esercizio del controllo amministrativo, e quindi, venuta meno la possibilità di dialogo con il corrispondente potere, anche l'interesse si estingue”* <sup>(40)</sup>.

La stessa Corte ha precisato, tuttavia, che non sia da escludersi *“l'opportunità di un intervento normativo sull'art. 19, quantomeno ai fini, da una parte, di rendere possibile al terzo interessato una più immediata conoscenza dell'attività segnalata e, dall'altra, di impedire il decorso dei relativi termini in presenza di una sua sollecitazione, in modo da sottrarlo al rischio del ritardo nell'esercizio del potere da parte dell'amministrazione e al conseguente effetto estintivo di tale potere”*.

Il T.A.R. Parma <sup>(41)</sup> ha invece evidenziato come la norma impedisca ai terzi lesi da una S.C.I.A. edilizia illegittima di ottenere dal giudice amministrativo una pronuncia di

---

*all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104”*.

<sup>38</sup> T.A.R. Toscana sez. III - Firenze, 11 maggio 2017, n. 667 in *Rivista Giuridica dell'Edilizia* 2017, 2, I, 328 *“Va rimessa alla Corte Costituzionale, per contrasto con gli artt. 3, 11, 97, 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU ed all'art. 6, par. 3, del Trattato UE, e 117, comma 2, lett. m), Cost., la questione di legittimità dell'art. 19, comma 6-ter, l. 7 agosto 1990, n. 241, nella parte in cui omette di prevedere il termine entro il cui il terzo può avanzare l'istanza di sollecitazione delle verifiche sulla S.C.I.A.”*.

<sup>39</sup> Corte Costituzionale, 13 marzo 2019, n.45, cit. che supera definitivamente l'orientamento per cui *“non avendo il legislatore previsto alcun termine per la proposizione della istanza di intervento inibitorio da parte del terzo, quest'ultimo può chiedere l'esercizio delle accennate verifiche di cui all'art. cit., senza limiti temporali”* in tale senso T.A.R., Potenza, sez. I, 07 dicembre 2016, n. 1101, in *Redazione Giuffrè amm.* 2016, cit.

<sup>40</sup> Punto 9 della motivazione.

<sup>41</sup> T.A.R., Parma, sez. I, 22 gennaio 2019, n. 12 in *Rivista Giuridica dell'Edilizia* 2019, 1, I, 186 *“è rilevante e non manifestamente infondata la questione di l.c. del comma 6-ter dell'art. 19, l. n. 241 del 1990 (ai sensi del quale “La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all' art. 31, commi 1, 2 e 3 del d.lg. 2 luglio 2010 n. 104 ”), per violazione degli artt. 3, 24, 103 e 113 Cost. , nella misura in cui impedisce ai terzi lesi da una s.c.i.a. edilizia illegittima di ottenere dal giudice*

accertamento della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, con conseguente condanna all'adozione dei corrispondenti provvedimenti, anche nel caso in cui sia decorso il termine concesso all'Amministrazione per azionare il potere inibitorio di cui al comma 3 dell'art. 19 l. n. 241 del 1990.

La Corte Costituzionale ha, di recente <sup>(42)</sup>, dichiarato inammissibile per difetto di rilevanza la questione, evidenziando come tuttavia la disposizione preveda vari strumenti per il terzo per reagire ad una SCIA illegittima e ottenere una tutela effettiva. In particolare, ai sensi dell'art. 21 L. 241/90, il terzo leso potrà attivare i poteri di verifica dell'amministrazione di fronte a dichiarazioni false o mendaci <sup>(43)</sup> e potrà agire in sede risarcitoria facendo valere, sussistendone i presupposti, la responsabilità della P.A. inerte (eventualmente anche sotto il profilo del danno da ritardo). Da ultimo, trattandosi di un'attività illecita, per il privato leso dall'attività del segnalante, rimarranno comunque esperibili le ordinarie azioni di tutela civilistica del risarcimento del danno previste dal Codice civile, per equivalente o, eventualmente in forma specifica.

La seconda disposizione, ossia l'art. 2 bis della Legge 241/90, come anticipato, prevede, al di là del risarcimento del danno da ritardo, anche un indennizzo per il mero ritardo, il cui ottenimento è subordinato alla previa attivazione dei poteri sostitutivi del "responsabile per l'inerzia". L'art. 28 del D.l. 28/2013 prevede infatti che *"al fine di ottenere l'indennizzo, l'istante è tenuto ad azionare il potere sostitutivo previsto dall'art. 2, comma 9-bis, della legge n. 241 del 1990 nel termine perentorio di venti giorni dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento"* <sup>(44)</sup>.

L'introduzione dell'indennizzo in esame – rientrante invece nei rimedi prettamente giudiziali – parrebbe porsi quale contrappeso all'atteggiamento piuttosto restrittivo adottato dalla giurisprudenza nel riconoscere il cd. danno da mero ritardo o danno da mera

---

*amministrativo una pronuncia di accertamento della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, con conseguente condanna o comunque effetto conformativo all'adozione dei corrispondenti provvedimenti, anche nel caso in cui sia decorso il termine concesso all'Amministrazione per azionare il potere inibitorio di cui al comma 3 dell' art. 19 l. n. 241 del 1990".*

<sup>42</sup> Corte Costituzionale, 20 luglio 2020, n. 153 in Rivista Giuridica dell'Edilizia 2020, 5, I, 1126 *"è inammissibile per difetto di rilevanza, dovuto ad un petitum incerto e contraddittorio, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 6-ter, della l. 7 agosto 1990 n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), promossa in riferimento agli artt. 3, 24, 103 e 113 Cost."*

<sup>43</sup> Sul punto si veda quanto riportato al Capitolo IV circa la falsità delle attestazioni e delle dichiarazioni e il principio di leale collaborazione e buona fede.

<sup>44</sup> In caso di procedimenti in cui intervengono più amministrazioni l'interessato sarà tenuto a presentare l'istanza all'amministrazione procedente che la dovrà trasmettere tempestivamente al titolare del potere sostitutivo dell'amministrazione responsabile del ritardo.



inerzia amministrativa <sup>(45)</sup>, come peraltro recentemente ribadito dall'Adunanza Plenaria n. 7/2021 <sup>(46)</sup>.

Specialmente in una fase iniziale, infatti, la giurisprudenza maggioritaria subordinava il risarcimento del danno alla prova, da parte del privato, della sostanziale "spettanza" <sup>(47)</sup> del bene della vita oggetto del potere amministrativo e riconosceva, dunque, il diritto al risarcimento solo di fronte all'adozione di un provvedimento tardivo, ma favorevole al privato.

Nessuna questione si poneva, pertanto, per quanto riguarda il risarcimento del danno subito *medio tempore* tra l'annullamento del diniego di provvedimento e la riedizione del potere amministrativo conseguente all'annullamento stesso, ovvero per il pregiudizio sofferto per la tardiva emanazione del provvedimento richiesto. Era infatti pacifico che in simili circostanze la condotta della PA fosse da ritenersi *contra ius e non iure* e fosse pertanto sussistente l'*an debeatur* del risarcimento domandato dal privato. In questi termini si era espressa la nota pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 15 settembre 2005, n. 7 <sup>(48)</sup>, la quale, dopo aver affermato che l'ordinamento può apprestare vari strumenti per garantire il rispetto dei tempi dell'azione amministrativa, mediante misure di carattere punitivo, disciplinare o indennitario, ha escluso che tra questi strumenti possa trovare posto la tutela risarcitoria in sede giudiziale, disattendendo, in tal modo, l'ordinanza di remissione, che invece aveva mostrato significative aperture sul punto <sup>(49)</sup>.

---

<sup>45</sup> Sul punto T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 17/06/2011, n. 613 in *Foro amm. TAR 2011*, 6, 2151 (s.m) che riconduce alla categoria di danno da ritardo tre ipotesi tra loro ben distinte: a) la tardiva adozione di un provvedimento a contenuto favorevole per il privato; b) l'adozione tardiva di un provvedimento legittimo ma sfavorevole per il privato interessato; c) la mera inerzia e cioè la mancata adozione di alcun provvedimento, includendo in quella da mero ritardo unicamente le ipotesi b) e c); nello stesso senso in dottrina V. NERI, *Il bene della vita*, in *Urbanistica e appalti*, Fasc.6, 2018.

<sup>46</sup> Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 23 aprile 2021, n. 7.

<sup>47</sup> Con riguardo all'uso del termine "spettanza" si veda G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 2001, pag. 287. e Id. *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.2, 2009, 241 ess.

<sup>48</sup> Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 15/09/2005, n. 7 in *Foro Amm - Cds*, 2005, 9, 2519; dalla motivazione "Stando così le cose, può affermarsi che il sistema di tutela degli interessi pretensivi - nelle ipotesi in cui si fa affidamento (come nella specie) sulle statuizioni del giudice per la loro realizzazione - consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse pretensivo, incapace di trovare realizzazione con l'atto, in congiunzione con l'interesse pubblico, assuma a suo oggetto la tutela di interessi sostanziali e, perciò, la mancata emanazione o il ritardo nella emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato (susceptibile di appagare un "bene della vita").

<sup>49</sup> Cons. St., ord. 7/03/2005, n. 875 in *Giust. civ. 2006*, 6, I, 1319 *NOTA* (s.m.) secondo cui "l'affidamento del privato alla certezza dei tempi dell'azione amministrativa sembra (...) essere interesse meritevole di tutela in sé considerato."

A tale pronuncia si sono conformate, negli anni successivi, numerose altre decisioni <sup>(50)</sup>, che hanno affermato il medesimo principio di diritto, secondo cui *“il risarcimento del danno da ritardo, relativo ad un interesse legittimo pretensivo, non può essere avulso da una valutazione concernente la spettanza del bene della vita e deve, quindi, essere subordinato, tra l’altro, anche alla dimostrazione che l’aspirazione al provvedimento sia destinata ad esito favorevole e, quindi, alla dimostrazione della spettanza definitiva del bene sostanziale della vita collegato a un tale interesse; l’entrata in vigore dell’art. 2-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241 non ha, infatti, elevato a bene della vita suscettibile di autonoma protezione, mediante il risarcimento del danno, l’interesse procedimentale al rispetto dei termini dell’azione amministrativa avulso da ogni riferimento alla spettanza dell’interesse sostanziale al cui conseguimento il procedimento stesso è finalizzato; inoltre, il riconoscimento della responsabilità della Pubblica amministrazione per il tardivo esercizio della funzione amministrativa richiede, oltre alla constatazione della violazione dei termini del procedimento, l’accertamento che l’inosservanza delle scadenze procedurali è imputabile a colpa o dolo dell’Amministrazione medesima, che il danno lamentato è conseguenza diretta ed immediata del ritardo dell’Amministrazione, nonché la prova del danno lamentato”* <sup>(51)</sup>.

Tale orientamento giurisprudenziale, recentemente ribadito dalla già richiamata sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 7/2021 considera, in altri termini, quale interesse legittimo

---

<sup>50</sup> A titolo esemplificativo si veda Cons. St., sez. IV, 28/05/2013, n. 2899, in *Foro Amm.*, 2013, 05; Cons. St., sez. IV, 23/03/2010, n. 1699, in *Foro Amm.*, 2010, 3, 562.; Cons. St. Sez. IV, 15/02/2005, n. 478, in *Foro Amm.*, 2005, 2, 328; Cons. St. Sez. IV, 29 settembre 2005, n. 5204, in *Foro Amm.* 2005, 9, 2592; Tar Lazio Roma Sez. I bis, 10 /02/2005, n. 1236, in *Giur. Merito* 2005, 7-8, 1661; Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 21/11/2011, in *Foro Amm - Tar*, 2011, 11, 3542; Tar Puglia, Bari, sez. III, 4/05/2012, n. 923, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>51</sup> Cons. Stato IV sezione 6/04/2016 n. 1371 in *Foro Amministrativo (Il)* 2016, 4, 802 (s.m) in termini analoghi di recente Consiglio di Stato, sez. IV, 01/12/2020, n. 7622 in *Redazione Giuffrè amm.* 2020 *“l’art. 2-bis, comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241 prevede la possibilità di risarcimento del danno da ritardo/inerzia dell’amministrazione nella conclusione del procedimento amministrativo non già come effetto del ritardo in sé e per sé, bensì per il fatto che la condotta inerte o tardiva dell’amministrazione sia stata causa di un danno altrimenti prodottosi nella sfera giuridica del privato che, con la propria istanza, ha dato avvio al procedimento amministrativo; il danno prodottosi nella sfera giuridica del privato, e del quale quest’ultimo deve fornire la prova sia sull’an che sul quantum, deve essere riconducibile, secondo la verifica del nesso di causalità, al comportamento inerte ovvero all’adozione tardiva del provvedimento conclusivo del procedimento, da parte dell’amministrazione; e ciò sempre che, nell’ipotesi ora considerata, la legge non preveda, alla scadenza del termine previsto per la conclusione del procedimento, un’ipotesi di silenzio significativo”*.

tutelabile la sola situazione giuridica soggettiva di natura sostanziale, e relega le facoltà procedurali a meri poteri strumentali al perseguimento di detti interessi (<sup>52</sup>).

Ne discende che non sia da considerarsi risarcibile il cd. danno da mero ritardo, ossia quel danno che si traduce, per l'appunto, in una lesione del solo interesse procedimentale, che si verifica, nella maggior parte dei casi, allorquando il provvedimento emanato dall'amministrazione risulti sì tardivo, ma allo stesso tempo anche sfavorevole al privato (<sup>53</sup>).

A favore dell'impostazione giurisprudenziale restrittiva appena descritta si colloca la circostanza per cui l'art. 2 bis, nell'originaria formulazione del disegno di legge Nicolais prevedeva che il risarcimento del danno fosse dovuto “*indipendentemente dalla spettanza del beneficio derivante dal provvedimento richiesto*”. Il fatto di aver eliminato tale inciso nella versione finale della disposizione è stato interpretato come indice sintomatico della volontà del legislatore di restare ancorato all'accertamento del bene della vita finale.

Accanto alle incertezze circa la risarcibilità o meno del danno da mero ritardo, si registravano, poi, ulteriori profili problematici relativi al tipo di responsabilità da ascrivere alla Pubblica Amministrazione inerte. Si discuteva, in particolare, sulla possibilità di riconoscere un inadempimento *strictu sensu*, e dunque una violazione di un'obbligazione specifica e preesistente nei confronti del privato (<sup>54</sup>), ovvero di

---

<sup>52</sup> Nel senso di negare all'interesse procedimentale autonoma rilevanza M. S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1963, che considera gli interessi procedurali quali “*situazioni a contenuto strumentale; presentano tratti comuni con le aspettative legittime, perché, come queste hanno funzione strumentale, e riflettono situazioni ed effetti preliminari; da queste differiscono peraltro perché, mentre l'aspettativa segue la fattispecie entro cui si inserisce in tutta la sua durata per poi cessare (nascendo, in caso di perfezionamento, un diritto), l'interesse procedimentale si esaurisce con l'emanazione dell'atto strumentale a cui attiene, e se lesa, diviene presupposto per l'adozione di misure rivolte o contro l'atto emanato o contro successivi atti non strumentali, ma principali, come la sentenza o il provvedimento amministrativo, del procedimento entro cui si iscrive*”; R. MONTEFUSCO, *Rilevanza dei requisiti di differenziazione e qualificazione nell'individuazione della posizione di interesse legittimo (interesse legittimo tra interesse a ricorrere e interesse illegittimo)*, in *Dir. Proc. Amm.* 1985, 408 ss; G. VIRGA, *Il giudice dormiente e la risarcibilità del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it); E. CANNADA BARTOLI, voce “*Interesse (diritto amministrativo)*”, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano 1972, p. 1 ss..

<sup>53</sup> Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 15/09/2005, n. 7, in *Foro Amm - Cds*, 2005, 9, 2519, cit.

<sup>54</sup> Si tratta della tesi del “contatto procedimentale qualificato”, secondo la quale con la proposizione dell'istanza da parte del privato sorgono in capo alla Pubblica Amministrazione una serie di obblighi normativamente previsti, come quello di provvedere e di farlo entro determinati tempi. Il contatto determina il sorgere di un rapporto obbligatorio, la cui violazione è sanzionata secondo lo schema della responsabilità contrattuale. Tale impostazione è sostenuta, in dottrina, da C. CASTRONOVO, in *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, 177 ss e *Responsabilità civile per pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 653 ss; A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla Pubblica Amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, 500 e ss., 105; in giurisprudenza:

individuare semplicemente un comportamento illegittimo causativo di un danno ingiusto secondo lo schema aquiliano (<sup>55</sup>). Il propendere per una tesi piuttosto che per l'altra avrebbe comportato, come noto, una pluralità di conseguenze pratiche, legate, in particolare, al differente regime probatorio, alla disciplina inerente alla costituzione in mora e ai termini di prescrizione per l'esperimento dell'azione risarcitoria (<sup>56</sup>).

Sulla base di un'apparente *voluntas* legislativa – ricavabile dal fatto che, nel formulare l'art. 2 bis della l. 241 del 1990, il legislatore ha riprodotto il modello previsto dall'art. 2043 c.c. – era considerato tuttavia preferibile, lo schema extracontrattuale (<sup>57</sup>), oggi pacificamente riconosciuto, dovendosi ormai ritenere superata la tesi contrattualistica del cd. "contatto qualificato" (<sup>58</sup>), come espressamente stabilito, ancora una volta, dalla già richiamata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 7/2021.

La preferenza per questa tipologia di responsabilità avrebbe in realtà dovuto indirizzare la giurisprudenza, nel corso degli anni, ad adottare un atteggiamento maggiormente favorevole rispetto alla risarcibilità del danno da mero ritardo, atteggiamento, che, per quanto si vedrà, non risulta sempre del tutto pacificamente riscontrabile nelle pronunce

---

Cons. St., sez. IV, 14/06/2001, n. 3169, in Giur. it., 2001, 2386; Cons. St., sez. V, 6/08/2001, n. 4239, in Giur. it., 2001, 2163; Cons. St., sez. V, 21/01/2002, n. 340 in il Foro amm., 2002, 103.

<sup>55</sup> E. CASETTA, F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto, profili problematici*, in il Foro amm. 2003, 2677; G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in Dir. Proc. Amm., 2009, 241; in giurisprudenza Corte Cost., 7/04/2006, n. 149/o., in Giur. Cost., 2006, 2; Cons. St., sez. IV, 15/02/2005, n. 478, in Foro Amm, 2005, 2, 328, cit., 2005, 2, 328; Cons. St. sez. IV, 29/09/2005, n. 5204, in il Foro amm 2005, 9, 2592; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 22/03/2006, n. 92, in Resp. civ. e prev., 2006, 7-8, 1344; Tar Lazio, Roma, sez. I bis, 10/02/2005, n. 1236, in Giur. Merito 2005, 7-8, 1661 cit.

<sup>56</sup> Occorre precisare il legislatore ha stabilito un autonomo termine di prescrizione dell'azione risarcitoria, individuato nel Codice del processo amministrativo, all'art. 30, comma 3, in massimo un anno e 120 giorni dalla scadenza del termine a provvedere. Per A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012, 57 e ss. e N. SPADARO, *Nota a Consiglio di Stato, 07 marzo 2013, n.1406*, sez. IV, in il Foro Amm. – C.d.S. (II), fasc.11, 2013, pag. 3078, si tratta di un termine che, pur avendo una durata differente rispetto a quello ordinariamente previsto per l'azione risarcitoria per fatto illecito, ne condivide la natura e la ratio, individuata nel venir meno dell'esigenza di tutela sociale di una determinata posizione giuridica, per il mancato esercizio da parte del suo titolare.

<sup>57</sup> R. CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, Milano, 2001, 566; G. RUOPPOLO, *La tutela aquiliana dell'interesse*, in Dir. Proc. Amm. 2001, 716 e ss.; F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in Giur. Cost. 1999, 4045 e ss.; C. VARRONE, *Stato sociale e giurisdizione sui «diritti» del giudice amministrativo*, Napoli, 2001, 188 e ss.; L. TORCHIA, *La responsabilità*, *Trattato di diritto amministrativo*, in Diritto amministrativo generale, a cura di S. CASSESE, tomo II, Milano, 2000, 1451 e ss.; A. ROMANO TASSONE, voce *Risarcimento danno per lesione d'interessi legittimi*, in Enc. Dir., VI, Milano, 2002, p. 984.

<sup>58</sup> F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Roma, 2010, 187-188, 200-201, negli stessi termini, sia pure criticamente per le minori garanzie di tutela del privato di tale regime di responsabilità; R. GISONDI, *Il legislatore consacra la risarcibilità del danno da ritardo*, in F.CARINGELLA – M.PROTTO, *Il nuovo procedimento amministrativo*, Roma, 2009, 159; M. RENNA, *Commento all'art. 2 bis*, in GAROFOLI – FERRARI, *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 136, per cui tuttavia va segnalata l'incoerenza di una tale soluzione legislativa rispetto al sistema della responsabilità della P.A. per il danno da ritardo che presuppone la lesione di "diritti procedurali".

del giudice amministrativo. Lo schema risarcitorio dell'art. 2043 c.c. impone infatti di accertare che il ritardo della Pubblica Amministrazione abbia determinato un c.d. danno ingiusto, e dunque la lesione di una situazione soggettiva ritenuta meritevole di tutela; situazione che certamente non può essere circoscritta alla sola legittima aspettativa del provvedimento finale favorevole, ben potendo l'interesse procedimentale, in quanto tale, assumere, talvolta, rilievo autonomo <sup>(59)</sup>. Si pensi al caso in cui la P.A. concluda, con ritardo, un procedimento, negando, legittimamente, il rilascio di un'autorizzazione commerciale per l'esercizio di un'attività in un determinato luogo. In questo caso paiono evidenti i danni che il privato possa aver subito dal non aver avuto tempestiva comunicazione dell'impossibilità di avviare la propria attività economica in quel particolare immobile, avendo così omesso di presentare le istanze necessarie per aprire la medesima attività in altro immobile nella sua disponibilità <sup>(60)</sup>.

Si pensi ancora al caso di un imprenditore che immobilizzi le proprie risorse e magari rinunci ad altre opportunità di guadagno, in attesa della determinazione della amministrazione: non si può negare che una simile attesa, ove sia protratta per un tempo ingiustificatamente lungo rispetto all'istanza di provvedere del medesimo imprenditore produca, di per sé, una pluralità di danni.

Occorre infatti tener distinto il danno derivante dal "costo" del ritardo – come quello che discende dagli esempi appena riportati – da quello per l'ottenimento tardivo dell'utilità che ci si riprometteva dal provvedimento richiesto: si tratta, invero, di due danni aventi diversa natura <sup>(61)</sup>.

In linea con tale differente impostazione, si registrano diverse pronunce, sia antecedenti sia conseguenti alla già menzionata Ad. Plenaria 7/2005 <sup>(62)</sup>, le quali, discostandosi

---

<sup>59</sup> Esistono infatti norme di natura procedimentale che hanno carattere sostanziale, racchiudendo prescrizioni di carattere sostanziale e prendendo in considerazione interessi particolari. Tra queste rientra sicuramente l'obbligo di rispetto della tempistica procedimentale posto a tutela dell'interesse alla certezza delle situazioni giuridiche e, in ultima istanza, del tempo, come autonomo bene meritevole di tutela.

<sup>60</sup> R. CHIEPPA, *Il danno da ritardo (o da inosservanza dei termini di conclusione del procedimento)* in R. Chieppa – R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011.

<sup>61</sup> F. PATRONI GRIFFI, *La responsabilità dell'amministrazione: danno da ritardo e class action*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) (27.1.2009)

<sup>62</sup> Consiglio di Stato, 07/03/2013, n.1406, sez. IV, in Foro Amm. - C.d.S. (II), fasc.11, 2013, pag. 3078, che afferma che "il tempo è, in sé, un bene della vita per il cittadino e il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento ha sempre un costo" e che "il danno da ritardo potrebbe, in via teorica, sussistere anche nel caso di statuizione finale reiettiva", salvo poi tornare all'impostazione tradizionale per cui "il solo ritardo nell'emanazione di un atto è elemento sufficiente per configurare un danno ingiusto, con conseguente obbligo di risarcimento, nel caso di procedimento amministrativo lesivo di un interesse pretensivo dell'amministrato, ove tale procedimento sia da concludere con un provvedimento favorevole

dall'orientamento prevalente, rappresentano significative aperture sotto il profilo della risarcibilità del danno da mera perdita di tempo.

Tali pronunce affermano espressamente che il risarcimento del danno da ritardo procedimentale dell'Amministrazione è legato all'incertezza prodottasi a causa dell'inosservanza colposa del termine di conclusione del procedimento.

La certezza e il rispetto dei tempi costituiscono, invero, autonomi beni della vita, sui quali il privato deve poter fare ragionevole affidamento, al fine di autodeterminarsi e orientare le proprie scelte <sup>(63)</sup>.

Si tratta, a ben vedere, di decisioni che si collocano in perfetta armonia con la tesi dell'atipicità dell'illecito e degli interessi risarcibili, tesi già sviluppata nella nota sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 500 del 1999, la quale aveva unicamente subordinato la risarcibilità degli interessi legittimi al giudizio di meritevolezza degli stessi <sup>(64)</sup>.

Occorre, dunque, valutare caso per caso quale sia il perimetro di risarcibilità: è indubbio che l'imprenditore dell'esempio precedentemente richiamato, con una risposta celere, anche se di contenuto sfavorevole, avrebbe potuto modificare tempestivamente i propri progetti di investimento e magari dirigersi verso altre opportunità, senza subire inutili aggravii di costi, che dovrebbero essere risarciti in quanto causalmente ricollegabili all'illiceità del ritardo <sup>(65)</sup>.

---

*per il destinatario*", senza così prendere una netta posizione sulla risarcibilità o meno del danno da mero ritardo, nel caso di specie esclusa per mancanza dell'elemento soggettivo in capo all'amministrazione; fra le pronunce più risalenti si ricorda Consiglio sez. VI, sent. 15/04/2003, n. 1945, in *Riv. amm. R. It.* 2003, 973 laddove si era ammesso che la responsabilità potesse sanzionare anche l'inadempimento di quel generico dovere sorto in relazione al "contatto procedimentale", cosicché il danno potesse consistere nelle perdite economiche subite in conseguenza della scorrettezza del comportamento tenuto dalla amministrazione a prescindere dalla spettanza del bene della vita. Spetta, secondo tale pronuncia, al privato scegliere, nella domanda, come impostare la controversia: si potrà decidere di chiedere, oltre o in alternativa al ristoro del pregiudizio derivante dalla perdita del bene finale, anche i danni derivanti dal comportamento scorretto, trattandosi di due voci di danno assolutamente diverse tra loro.

<sup>63</sup> Tar Molise, Campobasso, sez. I, 30/05/2013, n. 357, in Foro Amm. Tar, 2013, 5, 1657; in tal senso anche Tar Sicilia, Catania, sez. II, 1/02/2013, n. 390, in il Foro Amm. Tar, 2013, 713; Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 16/04/2013, n. 828, in il Foro Amm. Tar, 2013, 1372.

<sup>64</sup> Non si può infatti restringere l'ambito degli interessi legittimi risarcibili solo a quelli pretensivi e oppositivi di natura sostanziale, come aveva fatto la giurisprudenza maggioritaria, posto che la sentenza della Cass. S.U. n. 500/99 li aveva presi in considerazione solo a titolo esemplificativo. In tal senso M. CLARICH E G. FONDERICO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, commento a Consiglio di Stato, Ad. Plen. 15/09/2005, n. 7, in Urb. e app. 2006, 67 e ss. cit. e M. L. MADDALENA, "Gli incentivi a decidere tempestivamente e il danno da ritardo" cit.

<sup>65</sup> M. CLARICH E G. FONDERICO, *op. cit.*, 62 e ss.

Il *favor* per il riconoscimento del fattore tempo quale bene autonomo della vita trova, peraltro, una duplice conferma nel dato legislativo. Anzitutto nello stesso art. 2 della L. 241 del 1990, la cui formulazione, essendo priva di un esplicito riferimento al conseguimento del bene della vita, lascia aperta la strada all'irrilevanza del conseguimento stesso: in ossequio al brocardo *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*, se il legislatore avesse davvero inteso subordinare il risarcimento ad un esito favorevole al privato, avrebbe dovuto manifestarlo chiaramente. In secondo luogo, nella rubrica dell'art. 7 della L. 69/2009, "*certezza dei tempi di conclusione del procedimento*", la quale, accanto alla prevista giurisdizione esclusiva del G.A., era considerata da taluni quale riconoscimento, nel caso di risarcimento per il ritardo dell'amministrazione, di un diritto soggettivo autonomo (ritenuto talvolta risarcibile addirittura in assenza di prova del pregiudizio subito) <sup>(66)</sup>.

Prima della sentenza n. 7/2021, l'Adunanza Plenaria era intervenuta anche con la pronuncia 4 maggio 2018, n. 5 <sup>(67)</sup> ove, in un *obiter*, aveva apparentemente aderito alla tesi minoritaria, riconoscendo nella tardiva conclusione del procedimento amministrativo un danno ingiusto che "*si configura a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento (ad esempio il diniego di autorizzazione o di altro provvedimento ampliativo adottato legittimamente, ma violando i termini di conclusione del procedimento)*". Ed infatti "*il ritardo nell'adozione del provvedimento genera una situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione*".

Tali conclusioni sono state tuttavia disattese, oltre che dalla stessa Adunanza Plenaria, anche dalla giurisprudenza immediatamente successiva, che, in adesione all'orientamento tradizionale, ha ribadito la non risarcibilità del danno da mero ritardo <sup>(68)</sup>. Sul punto si

---

<sup>66</sup> Si precisa fin da ora che non è questa la posizione che si intende condividere, ritenendosi risarcibili le conseguenze dannose immediate e dirette prodotte nella sfera patrimoniale (e non) del privato cagionate dal comportamento antiggiuridico e non la lesione del termine in sé, che al più rileverà a titolo di indennizzo.

<sup>67</sup> Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 4/05/2018, n.5 in Foro Amministrativo (II) 2018, 5, 766.

<sup>68</sup> Mostrando tuttavia maggiori aperture nel caso in cui il soggetto leso abbia natura imprenditoriale. In questo senso Consiglio di Stato, sez. IV, 15/01/2019, n. 358, pubblicata in Foro it. 2019, 4, III, 218 NOTA (s.m.) (nota di: MIRRA) per cui "*il danno da ritardo è risarcibile a prescindere dalla prova della spettanza*

richiama la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. III, 2 novembre 2020, n. 6755 <sup>(69)</sup> la quale, dopo aver esplicitamente affermato che *“il tempo dell’azione amministrativa non è un bene in sé”*, ha condiviso l’orientamento per cui non può *“in alcun caso prescindere dalla spettanza di un bene della vita, atteso che è soltanto la lesione di quest’ultimo che qualifica in termini di ingiustizia il danno derivante tanto dal provvedimento illegittimo e colpevole dell’amministrazione quanto dalla sua colpevole inerzia e lo rende risarcibile”*. Secondo tale pronuncia dunque *“l’ingiustizia del danno e, quindi, la sua risarcibilità per il ritardo dell’azione amministrativa è configurabile solo ove il provvedimento favorevole sia stata adottato, sia pure in ritardo, dall’autorità competente ovvero sarebbe dovuto essere adottato, sulla base di un giudizio prognostico effettuabile sia in caso di adozione di un provvedimento negativo sia in caso di inerzia reiterata, in esito al procedimento”*.

Il richiamato giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita – il quale mira a stabilire quale sarebbe stato il corso degli eventi se il fatto antigiuridico non si fosse prodotto e, cioè, se l’amministrazione avesse agito correttamente – dovrebbe essere effettuato sulla base dei principi generali in tema di nesso di causalità materiale e dunque sulla base dei principi generali di cui agli artt. 40 e 41 c.p. declinati secondo la regola della c.d. *“causalità adeguata”* e temperati in base al canone del *“più probabile che non”* <sup>(70)</sup>.

Qualunque sia la tesi che, ad ogni modo, si intende accogliere, non si potrà prescindere dalla dimostrazione dell’elemento soggettivo caratterizzante la condotta tardiva della PA. Si ricorda infatti, come davanti ad un’ipotesi di responsabilità aquilana, non possa ritenersi sufficiente l’accertamento del ritardo, ma occorra valutare, in chiave di colpevolezza, le ragioni del ritardo stesso: ne consegue che la responsabilità della P.A. potrà sussistere solo in presenza di un atteggiamento doloso o colposo della stessa, e non anche quando l’inerzia sia giustificata o comunque sia scusabile. In ambito civilistico,

---

*del bene della vita soltanto nei casi in cui il soggetto, leso dal ritardo dell’amministrazione, abbia natura imprenditoriale”*.

Fra le pronunce più recenti di segno contrario al riconoscimento del risarcimento del danno da mero ritardo si registra Cons. St., sez. IV, 22/07/2020, n. 4669 in *Redazione Giuffrè 2020*; Cons. St., sez. IV, 27/02/2020, n. 1437 in *Diritto & Giustizia 2 MARZO 2020*, Cons. St., sez. IV, 2/12/2019, n. 8235 in *Redazione Giuffrè amm. 2019*; Cons. St., sez. IV, 15/07/2019, n. 4951 in *Redazione Giuffrè 2019*.

<sup>69</sup> Consiglio di Stato, sez. III, 2/11/2020, n. 6755 in *Diritto & Giustizia 30 NOVEMBRE 2020*.

<sup>70</sup> Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751 in *Foro amm. CDS 2009, 1, 282 NOTA (s.m.)*, Cons. St., 2/04/2020, n. 2210 in *Foro Amministrativo (II) 2020, 4, 792*.



come è noto, si è in presenza di un atteggiamento colposo ogni volta che la condotta dell'agente sia contraria ai canoni di diligenza che vengono richiesti nello svolgimento di determinate attività nel contesto sociale o professionale di riferimento ovvero tenga una condotta incurante, imprudente o caratterizzata da imperizia e tale atteggiamento colposo (o doloso) deve essere necessariamente provato, nell'ipotesi di responsabilità aquiliana, da chi lamenta di aver subito il danno.

Per una parte della giurisprudenza <sup>(71)</sup> la regola appena enunciata dovrebbe subire delle deroghe proprio nel campo della responsabilità da ritardo della P.A., deroghe giustificate dal principio di vicinanza alla prova. Si ritiene necessario, infatti, secondo questa prospettiva, che in favore del privato operi, con riguardo all'accertamento dell'elemento soggettivo, una semplificazione probatoria da realizzarsi attraverso il ricorso alle presunzioni semplici di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c. <sup>(72)</sup>.

In forza di tale inversione dell'onere probatorio, il privato potrà dunque limitarsi ad allegare la mancata adozione del provvedimento nei termini <sup>(73)</sup> – che costituisce già di per sé indizio di negligenza – mentre incomberà sull'Amministrazione l'onere di dimostrare la propria assenza di colpa <sup>(74)</sup>, eventualmente nei termini dell'errore scusabile <sup>(75)</sup>.

---

<sup>71</sup> Cons. St., sez. VI, 26/06/2013, n. 3510, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>72</sup> In tale senso Cons. St., sez. IV, 6/07/2004, n. 5012 in *Foro amm. CDS 2004, 2098*, per cui “*le condivisibili esigenze di semplificazione probatoria sottese all'impostazione criticata possono essere parimenti soddisfatte restando all'interno dei più sicuri confini dello schema e della disciplina della responsabilità aquiliana, che rivelano una maggiore coerenza della struttura e delle regole di accertamento dell'illecito extracontrattuale con i caratteri oggettivi della lesione di interessi legittimi e con le connesse esigenze di tutela, ma utilizzando, per la verifica dell'elemento soggettivo, le presunzioni semplici di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c.*”; si veda anche Cons. St., sez. VI, 9/03/2007, n. 1114, in *Resp. civ. e prev. 2008, I, 200* *NOTA (s.m.)*. In senso contrario, ma non del tutto condivisibile, Consiglio di Stato, 07/03/2013, n.1406, sez. IV, in il *Foro Amm. – C.d.S. (II)*, fasc.11, 2013, pag. 3078, cit. che afferma come la prova di tutti gli elementi costitutivi della domanda gravi sul privato ex art. 2697 c.c., e che “*il superamento del termine di conclusione del procedimento costituisce indice oggettivo ma non integra piena prova del danno*”.

<sup>73</sup> G. GRECO, *La riforma della legge 241/90, con particolare riguardo alla legge 69/2009: in particolare, le novità sui termini di conclusione del procedimento e la nuova disciplina della conferenza dei servizi*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), per cui dolo e colpa devono essere riferiti alla mancata adozione di quelli che il d.p.r. n. 231 del 2001 definisce come “*modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire gli illeciti e, in definitiva, delle misure idonee ad evitare il danno di cui all'art. 2050 cc.*”

<sup>74</sup> Esattamente come accade nell'ambito della responsabilità contrattuale e come auspicato dai sostenitori della tesi del contatto sociale.

<sup>75</sup> Si pensi ai casi di equivocità e contraddittorietà della normativa applicabile oppure di novità della questione o di presenza di oscillazioni giurisprudenziali tali da poter condizionare l'operato della Pubblica Amministrazione. Cons. St., sez. VI, 26/06/2013, n. 3510, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) cit. rileva la necessità di valutare “*le condizioni caratterizzanti l'organizzazione e l'attività amministrativa, la chiarezza della normativa, lo stato della giurisprudenza, la complessità delle questioni coinvolte, la condotta degli interessati nel corso del procedimento*”.

La necessità di provare l'elemento soggettivo non sussiste invece nel caso di indennizzo di cui all'art 28 del D.l. 28/2013, che prescinde del tutto da una condotta illecita della PA, essendo automaticamente riconoscibile anche nel caso in cui il ritardo sia scusabile o addirittura dovuto a forza maggiore e dunque per il solo fatto del superamento del termine massimo di conclusione del procedimento concesso all'amministrazione <sup>(76)</sup>.

Occorre ora, in conclusione, indicare i tratti distintivi dell'impostazione apparentemente più corretta, caratterizzata da quella che può essere definita "una tripartizione delle figure", ossia risarcimento del danno previo accertamento della spettanza del bene, risarcimento del danno da mero ritardo e indennizzo da mero ritardo, evidenziando in particolare il *quantum* risarcitorio da attribuirsi in ciascuna delle tre ipotesi.

Il risarcimento del danno, per il caso di provvedimento tardivo ma favorevole, dovrà essere integrale, andando a ricomprendere tanto il danno emergente quanto il lucro cessante, in relazione al bene della vita che il privato avrebbe dovuto tempestivamente ottenere. Il privato, che ha tardivamente ottenuto l'utilità che gli spettava, ha, in altri termini, diritto ad essere risarcito mediante l'azzeramento di tutte le conseguenze dannose del ritardo.

Più complesso pare invece il risarcimento nel caso di danno da mero ritardo. Sul punto si registrano essenzialmente due tesi dottrinali.

Secondo una prima tesi, ormai superata, si trattava di un danno in *re ipsa*: il ristoro avrebbe dovuto essere forfettario o liquidato in via equitativa, essendo originato da una lesione dell'interesse procedimentale in sé considerato, a prescindere dalla prova di ulteriori danni conseguenza <sup>(77)</sup>.

Secondo un'altra tesi, oggi prevalente, l'oggetto della tutela risarcitoria non sarebbe *in re ipsa*, dovendosi, invece, identificare in concreti pregiudizi verificatisi a causa del ritardo nella sfera giuridica del danneggiato, ossia in quei beni della vita lesi in conseguenza del mancato rispetto del termine procedimentale, in linea con l'inquadramento della

---

<sup>76</sup> M. L. MADDALENA, "Gli incentivi a decidere tempestivamente e il danno da ritardo" cit. Si sottolinea che nell'introduzione di un indennizzo per il mero ritardo è stato da taluni visto un ulteriore argomento a favore della tesi della non risarcibilità del danno da mero ritardo, coperto per l'appunto dalla somma a titolo indennitario.

<sup>77</sup> A sostegno di questa prima tesi si schierava quella dottrina che aveva inquadrato la tematica nell'ambito della responsabilità da contatto amministrativo, secondo la quale il danno da mero ritardo avrebbe dovuto essere costruito come lesione della situazione soggettiva procedimentale correlata all'obbligo di conclusione tempestiva del procedimento.

responsabilità da mero ritardo nello schema dell'art. 2043 c.c. e in coerenza con la tesi della risarcibilità del solo danno conseguenza (<sup>78</sup>).

A tale proposito, pare convincente la tesi dottrinale che individua nel parametro della responsabilità precontrattuale i limiti al risarcimento dovuto dall'amministrazione: si tratta del solo interesse negativo, connesso ai danni conseguenza, di natura patrimoniale e non patrimoniale, da selezionare sulla base di un giudizio di meritevolezza (<sup>79</sup>).

Alla luce di questa impostazione deve essere esclusa la risarcibilità del danno non patrimoniale consistente in meri disagi e fastidi, ove non sussistano lesioni di diritti costituzionalmente garantiti, essendo possibile il risarcimento degli stessi, nei limiti in cui ciò sia consentito nel nostro ordinamento (<sup>80</sup>). Questi (così come quelli patrimoniali) saranno risarciti solo ove vengano provati gli elementi costitutivi dell'illecito: tanto quelli oggettivi e dunque le conseguenze dannose immediate e dirette, quanto quelli soggettivi. L'onere della prova dovrà riguardare sia l'*an* sia il *quantum* dei danni risarcibili, non potendosi invocare l'equità integrativa ex art. 1226 c.c. o l'ausilio del c.t.u. (<sup>81</sup>).

Su un piano ancora diverso si colloca l'indennizzo da ritardo, inquadrabile in una forma di ristoro, prevista equitativamente dal legislatore, per il caso di disagio patito per la violazione dei termini di conclusione del procedimento.

È appunto il caso di precisare, che in caso di riconoscimento del danno da ritardo, si dovrà procedere ad una compensazione con l'eventuale indennizzo già ottenuto del privato, risultando altrimenti quest'ultimo beneficiario di un'indebita locupletazione.

### **3. Tempo e processo: un valore assoluto?**

---

<sup>78</sup> M. CLARICH e G. FONDERICO, *op. cit.*, 67 e ss.

<sup>79</sup> *Ibidem* M. CLARICH e G. FONDERICO, *op. cit.*, 67 e ss.; E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, in *Dir amm.* 2009, 521 e ss.; M. L. MADDALENA, "Gli incentivi a decidere tempestivamente e il danno da ritardo" cit. e M.L. MADDALENA, *Il danno da ritardo tra bene della vita finale e mero interesse al rispetto dei tempi del procedimento*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 7, 860 e ss.

<sup>80</sup> Secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. si tratta dei casi in cui: a) il fatto illecito sia astrattamente configurabile come reato; b) ricorra una delle fattispecie in cui la legge espressamente consente il ristoro del danno non patrimoniale anche al di fuori di una ipotesi di reato; c) il fatto illecito abbia violato in modo grave diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale.

<sup>81</sup> Cons. di Stato, IV sezione 12/12/2016 n. 5199.

Prima ancora di essere effettivo ed efficace il processo amministrativo deve essere - ovviamente - funzionale, ossia deve essere in grado di far fronte alle esigenze di giustizia del cittadino <sup>(82)</sup>. L'esigenza di funzionalità è stata perseguita dal legislatore, da un lato, attraverso la riduzione dei tempi del processo e dall'altro mediante meccanismi volti a disincentivare la proposizione di domande giudiziali.

Con riguardo al primo profilo si ricorda anzitutto la scelta di introdurre riti "accelerati" e riti "speciali", sui quali ci si soffermerà nel prossimo paragrafo, scelta, tuttavia, che si è rivelata inidonea, di per sé, a conseguire l'auspicata accelerazione, stante il limitato numero di liti a cui tali riti risultano applicabili.

Sempre con riferimento al binomio tempo-processo, si richiama quanto evidenziato in precedenza circa la stretta correlazione fra i due fattori, declinata nel principio cardine della ragionevole durata del processo, che trova un esplicito riconoscimento tanto a livello costituzionale, quanto a livello sovranazionale.

L'esigenza di garantire celerità alla soluzione delle controversie è sancita anche dall'art. 2 c.p.a., il quale fa riferimento alla "*realizzazione della ragionevole durata del processo*" da assicurarsi attraverso la cooperazione delle parti e del giudice. Nella medesima ottica si collocano ulteriori disposizioni codicistiche, quali l'art. 3 c.p.a. e l'art. 13-ter, c. 5 dell'Allegato II al c.p.a., in tema di lunghezza degli atti processuali.

La prima norma, esortando le parti e il giudice a redigere gli atti in maniera chiara e sintetica <sup>(83)</sup>, diviene strumentale al perseguimento dell'obiettivo di riduzione dei tempi processuali <sup>(84)</sup> e al conseguente smaltimento dell'arretrato.

---

<sup>82</sup> In questo senso A. TRAVI, *Per un giudizio amministrativo effettivo ed efficace: limiti del sistema e proposte operative - celerità ed effettività della tutela giurisdizionale dopo il codice* in *Giur. it.*, 2017, 4, 985, il quale sostiene che "*l'obiettivo della funzionalità è stato affrontato nel codice in una prospettiva più frammentaria che articolata. A questa prospettiva più di recente si sono sommati alcuni interventi generali, "di sistema", ma con risultati che sembrano fino ad oggi scarsamente efficaci*".

<sup>83</sup> F. FRANCIOSI, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 129 e spec. 134. In argomento v. anche E.M. BARBIERI, *L'abuso del «copia ed incolla» nel ricorso giurisdizionale amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1570; P. BIAVATI, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 467; G. CANALE, *La violazione del dovere di sinteticità e chiarezza: abuso del processo?* *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1025.

<sup>84</sup> Si tratta di un'esigenza ribadita anche dalle norme che presiedono i giudizi innanzi alla Corte di Giustizia e alla Cedu, la cui struttura, tuttavia è fortemente difforme, in quanto basata di solito sulla richiesta della corretta interpretazione di una norma sovranazionale, senza che si presentino controversie complesse articolate da un punto di vista fattuale, come invece accade davanti ai Tar. Sui limiti dimensionali vigenti nanti le corti europee, M. GUERNELLI, *Il linguaggio degli atti processuali fra norme, giurisprudenza e protocolli*, in *Riv. tri. dir. proc. civ.*, 2017, 485.

La seconda previsione stabilisce invece che la violazione del limite dimensionale di sinteticità entro cui deve essere contenuto l'atto processuale consente al giudice di non esaminare la parte che eccede il massimo e, dunque, di non pronunciarsi sulla stessa <sup>(85)</sup>. Tale disposizione non determina l'inammissibilità dell'intero atto, ma produce, di fatto, una nuova forma di inammissibilità delle singole doglianze <sup>(86)</sup>, avente carattere sanzionatorio <sup>(87)</sup>.

Occorre, peraltro, precisare che si tratta di una forma di inammissibilità solo eventuale, in quanto permane in capo al giudice la facoltà di valutare comunque le argomentazioni collocate nelle pagine in eccesso <sup>(88)</sup>. Ne discende l'evidente alea (nonché il parimenti evidente rischio di disparità di trattamento) che tale disposizione comporta. Potrebbe infatti avvenire che, a seconda delle valutazioni del giudice, un ricorso più lungo e prolisso venga esaminato per intero, mentre i motivi eccedenti di un ricorso più sintetico non vengano in alcun modo presi in considerazione. Siffatta conclusione si porrebbe in contrasto con il principio di uguaglianza previsto dall'art. 3 della Costituzione, in forza del quale la valutazione relativa all'esame dei motivi eccedenti il limite massimo dovrebbe trovare un'identica ed imparziale applicazione per tutti i casi analoghi.

Ma il tema dell'oscillazione giurisprudenziale, che si potrebbe verificare addirittura rispetto a pronunce emanate da uno stesso giudice, pone un più generale problema concernente il contrasto con la seconda direttiva adottata dal legislatore per garantire la funzionalità del processo amministrativo, ossia con l'intento di scoraggiare il proliferare del contenzioso. Se infatti il privato avesse contezza dell'indirizzo perseguito dalla

---

<sup>85</sup> In tema di limiti alla redazione degli atti processuali si ricorda che il decreto n. 127 del 16 ottobre 2017, ha apportato alcune modifiche al decreto n. 167 del 22 dicembre 2016, recante la disciplina dei criteri di redazione e dei limiti dimensionali dei ricorsi e degli altri atti difensivi nel processo amministrativo, il quale aveva generalizzato il rispetto dei limiti dimensionali, prima previsti dal decreto del Presidente del C.d.S. n. 40/2015 per soli atti di parte concernenti il "rito appalti".

<sup>86</sup> E. M. BARBIERI, *L'abuso del «copia e incolla»*, cit., p. 1580, secondo il quale, in assenza di prescrizioni circa la sorte delle censure nelle pagine del ricorso eccedenti "non si poteva escludere che qualche interprete in futuro potesse ipotizzare l'inammissibilità dei motivi eccedenti"; A. PANZAROLA, *Sulla limitazione «d'autorità» del numero delle pagine degli atti giudiziari cit.*, A. G. OROFINO, "Il processo amministrativo, tra accelerazione ed effettività", cit.

<sup>87</sup> Essa legittima infatti l'omesso esame di motivi eccedenti come accaduto in Cons. St., sez. V, 12/06/2017, n. 2852, in *Foro Amministrativo (II) 2017*, 6, 1273, con la quale non si scrutinano le questioni esposte oltre la soglia massima di 30 pagine.

<sup>88</sup> Cons. St., sez. V, 11/04/2018, n. 2190 in *Foro Amministrativo (II) 2018*, 4, 637 che "a norma del ricordato art. 13 ter, il limite dimensionale di sinteticità entro cui va contenuto l'atto processuale costituisce un precetto giuridico la cui violazione non genera la conseguenza, a carico della parte che lo abbia superato, dell'inammissibilità dell'intero atto, ma solo il degradare della parte eccedentaria a contenuto che il giudice ha la mera facoltà di esaminare".

giurisprudenza fin dal primo grado di giudizio, sarebbe meno propenso a proporre azioni giudiziarie sperando nell'accoglimento di un orientamento a lui più favorevole ma diverso rispetto a quello prevalente <sup>(89)</sup>. Sotto tale profilo parrebbe auspicabile una riflessione del legislatore sull'esigenza largamente avvertita di maggiore uniformità delle decisioni fin dalle pronunce di primo grado <sup>(90)</sup> e sul vincolo del precedente, al fine di raggiungere l'obiettivo di ridurre il numero di ricorsi.

Parimenti necessaria risulta una riflessione relativa ai limiti dimensionali degli atti processuali di parte, che potrebbe incentrarsi, per esempio, sulla lunghezza dei singoli motivi, piuttosto che sul solo parametro del numero di pagine, parametro che rischia inevitabilmente di compromettere il diritto di difesa del privato. Quest'ultimo sarà infatti indotto o a omettere la proposizione di alcune doglianze per il rischio che le stesse non vengano esaminate o comunque a ripensare la struttura del ricorso, collocando le censure ritenute maggiormente fondate nella prima parte del ricorso ancorché, in ipotesi, logicamente successive <sup>(91)</sup>. L'intento del legislatore dovrebbe essere, in altri termini, quello di evitare che i limiti dimensionali possano andare ad incidere negativamente sul diritto di difesa del privato, poiché l'obiettivo di avere decisioni più celeri non potrà mai considerarsi più importante rispetto a quello di ottenere decisioni più giuste e ponderate <sup>(92)</sup>.

Considerazioni analoghe possono essere svolte con riferimento agli atti processuali del giudice, oggetto, negli ultimi anni, di una graduale semplificazione. Sul punto si richiama, in particolare, l'anticipazione della decisione di merito alla fase cautelare (art. 60 c.p.a.), l'introduzione dei decreti presidenziali decisori (art. 85 c.p.a.) e l'utilizzo della sentenza in forma semplificata (art. 74 c.p.a.). Riguardo a quest'ultima occorre tuttavia precisare che una sentenza in "forma semplificata" non può divenire sinonimo di una sentenza poco

---

<sup>89</sup> F. SAITA, *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, in *Dir. amm.*, 2005, 585 ss.. Sulla generale esigenza di trasparenza dei processi decisionali pubblici, A. POLICE, *Prevedibilità delle scelte e certezza dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1996, 697.

<sup>90</sup> C. cost., 22/04/1992, n. 198 in *Giur. cost.* 1992, 1459, la Corte chiarisce che tale esigenza deve essere assicurata mediante l'attività nomofilattica del Consiglio di Stato e, in particolare, mediante quella dell'adunanza plenaria.

<sup>91</sup> In questo senso A. G. OROFINO, *"Il processo amministrativo, tra accelerazione ed effettività"*, cit.

<sup>92</sup> A. PANZAROLA, *Sulla limitazione «d'autorità» del numero delle pagine degli atti giudiziari (art. 120, comma 6, cod. proc. amm.): l'ostacolo (insormontabile) del rispetto del diritto di difesa*, in *Giustizia civile.com*, 2014.

chiara ed eccessivamente stringata, inidonea a consentire alle parti di comprendere le ragioni sulle quali la stessa si fonda, con conseguente violazione del loro diritto di difesa. Pertanto, ove si profili un'effettiva semplificazione nella motivazione, caratterizzata da una sintesi nell'illustrazione del fatto e delle ragioni della decisione, lo strumento della sentenza ex art. 74 c.p.a. sarà certamente utile e da valutare positivamente, ove, invece, la stessa sia utilizzata quale mezzo per rinunciare a una motivazione puntuale o divenga, in questo modo, giustificata una decisione circoscritta alle censure "più liquide", potranno emergere i dubbi sopra richiamati, ai quali può conseguire, inoltre, una proliferazione di impugnative, stante la poca chiarezza delle pronunce<sup>(93)</sup>. A tal riguardo occorre disincentivare la prassi che, facendo perno sulle disposizioni in tema di sinteticità, ha ritenuto "non esigibile una motivazione che in modo pedissequo confuti ogni argomento difensivo, dovendosi al contrario ritenerne sufficiente una che dimostri che il giudice ha comunque seguito un autonomo percorso logico-giuridico"<sup>(94)</sup>, ponendosi questa quasi ai limiti dell'omessa pronuncia in palese violazione del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.

Una soluzione innovativa rispetto agli strumenti sopra richiamati è quella delineata dagli interventi legislativi che hanno valorizzato l'istituto dell'istanza di prelievo, finalizzata a sollecitare il giudice affinché anticipi l'udienza di discussione del ricorso. A tal proposito l'art. 71 bis c.p.a.<sup>(95)</sup> prevede che, una volta presentata l'istanza di prelievo, il T.A.R. possa decidere il ricorso con sentenza in forma semplificata, all'esito di una camera di consiglio destinata a verificare la completezza del contraddittorio, dell'istruttoria e dopo l'audizione delle parti costituite.

Si tratta, nuovamente, di un istituto valutabile tanto in chiave positiva, come estensione del modello di decisione anticipata del ricorso ex art. 60 c.p.a., quanto in chiave negativa, nel caso in cui lo stesso comporti un'eccessiva riduzione degli spazi concreti di difesa per le parti. E infatti, come noto, con riguardo a tale disposizione sono sorte notevoli

---

<sup>93</sup> L'Adunanza Plenaria del Cons. Stato, 27 aprile 2015, n. 5, in *Giur. It.*, 2015, 2192, ha preferito accantonare tali problematiche, insistendo sulla specialità di questo tipo di sentenza.

<sup>94</sup> Cons. St., sez. V, 14/04/2016, n. 1498, in dottrina M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 894, la quale paventa il rischio che l'esito ultimo del depotenziamento della motivazione sia un pericoloso passaggio dalla sentenza al verdetto, mediante il quale si possa decidere anche senza motivare, in palese violazione dell'art. 111, comma 6, Cost. sul giusto processo, e con approccio che finirebbe per disattendere anche i principi di trasparenza, pubblicità e responsabilità del decisore.

<sup>95</sup> Si tratta di una disposizione introdotta dalla L. 28 dicembre 2015, n. 208.

perplexità che attengono in particolare all'assoggettamento dell'intera fase decisoria al "rito camerale" e all'ampiezza delle difese che possono essere svolte dai difensori delle parti nella camera di consiglio (apparentemente limitate a difese essenzialmente scritte, poiché l'intervento dei difensori nella camera di consiglio parrebbe avere ad oggetto le sole condizioni di ammissibilità della decisione). Anche in questo caso, dunque, è necessario evitare il rischio che tra i vari corollari del principio del giusto processo si attribuisca rilievo preponderante a uno solo di essi in danno degli altri. Non si può infatti dimenticare che – nonostante la tendenza legislativa più recente sia evidentemente quella di garantire una sempre maggiore celerità del processo – il principio di effettività della tutela non si esaurisce nella ragionevole durata del processo, ma si compone di una pluralità di aspetti <sup>(96)</sup>, fra i quali il diritto della parte di essere ascoltata e di esporre adeguatamente le proprie difese, oltre a un adeguato approfondimento della fase istruttoria.

Costituiscono, invece, espressione di strumenti volti a disincentivare la proposizione dei ricorsi, le norme che impongono oneri economici a carico di chi chieda tutela giurisdizionale. Fra queste si ricordano quelle relative al pagamento dei contributi unificati <sup>(97)</sup> per attivare il giudizio e quelle concernenti la facoltà per il collegio di subordinare la concessione di misure cautelari alla prestazione di una cauzione.

L'utilizzo del contributo unificato a tal fine è una soluzione che parte della dottrina ha criticato in modo particolarmente aspro, ritenendola "inaccettabile" per qualsiasi Stato che ambisca a presentarsi come "civile" <sup>(98)</sup>. Ed infatti tali tributi, a differenza delle cauzioni che saranno in seguito esaminate, non solo non sono in alcun modo collegati alla pretesa fatta valere in giudizio, essendo richiesti in una fase antecedente allo stesso, ma non sono neppure coerenti con lo scopo di assicurare al processo uno svolgimento più conforme alla sua funzione <sup>(99)</sup>.

---

<sup>96</sup> A. TRAVI, *Per un giudizio amministrativo effettivo ed efficace*, cit., il quale osserva che "il contenzioso sugli appalti ha raggiunto, così, livelli elevati di tempestività nelle decisioni, che lo staccano nettamente anche dagli altri riti accelerati e che lo pongono per il profilo della durata del processo tra i più efficienti in Europa. Tuttavia, l'obiettivo esasperato di ridurre i costi del contenzioso sugli appalti, per gli enti pubblici e in genere per il Paese, ha prodotto soluzioni sempre più distanti dall'esigenza prioritaria di tutela del cittadino".

<sup>97</sup> G. SCARSELLI, *Il contributo unificato di iscrizione a ruolo (istruzioni per l'uso)* *Foro it.* 2002, V, 75.

<sup>98</sup> A. TRAVI, *Per un giudizio amministrativo effettivo ed efficace*, cit.

<sup>99</sup> F.G. SCOCA, *Il «costo» del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1414; P.M. VIPIANA, *Brevi riflessioni sul ruolo attuale della giurisprudenza dei tribunali amministrativi regionali*, in *Federalismi.it*, 2013, n. 8, 7, la quale li definisce come non apprezzabili "strumenti volti ad abbattere il contenzioso che sono stati introdotti dal legislatore, quale il pesante sistema



Per questa ragione sono state sollevate alcune questioni di legittimità costituzionale in relazione alle disposizioni concernenti determinati oneri contributivi <sup>(100)</sup>. La Corte Costituzionale ne ha, tuttavia, affermato la piena legittimità, dichiarando la compatibilità fra il principio costituzionale che assicura la tutela giurisdizionale delle posizioni soggettive (art. 24 Cost.) e le stesse norme che impongono determinati oneri a chi richieda una simile tutela. La Corte ha, in particolare, affermato che *“la Costituzione non garantisce a tutti l’esercizio gratuito della tutela giurisdizionale e non vieta di imporre prestazioni fiscali in razionale correlazione con il processo, risultando illegittimi soltanto quegli istituti tributari o quelle modalità di applicazione delle varie imposte, che, per natura o misura, rendano sostanzialmente impossibile o eccessivamente gravoso lo svolgimento delle attività processuali* <sup>(101)</sup>. È pertanto possibile l’imposizione di oneri a carico della parte che agisca ogniqualvolta *“siffatti oneri siano finalizzati a sollecitare l’attore ad una maggiore responsabilità nell’apprezzamento delle proprie ragioni, in modo da dissuaderlo dall’abusare del diritto di azione, così recando intralcio all’amministrazione della giustizia, visto che non è possibile dare al diritto alla tutela giurisdizionale una estensione tale da farne sviare la funzione, dirigendola ad uno scopo sterile o dilatorio”* <sup>(102)</sup>.

Maggiori perplessità, anche sotto un profilo di incompatibilità con il dettato costituzionale, sono sorte con riguardo ai contributi unificati nei giudizi in materia di appalti. Come noto, infatti, in queste ipotesi, gli importi dovuti aumentano in misura esponenziale. Sarebbe allora opportuno domandarsi se tali importi possano essere ritenuti adeguati o se invece rendano eccessivamente gravoso l’esercizio dell’azione, con la conseguenza che, in forza di quanto sopra illustrato, ne andrebbe dichiarata l’illegittimità costituzionale.

Sul punto, la Corte di Giustizia ha ritenuto che la previsione di importi maggiorati per il solo settore degli appalti non comporti una violazione del principio di equivalenza, in quanto gli stessi risultano applicabili a tutte le controversie, senza distinzioni fra giudizi

---

*di imposizione fiscale sui ricorsi giurisdizionali amministrativi: sistema che probabilmente contrasta con il disposto dell’art. 6 della Cedu e rasenta l’incostituzionalità, sub specie di incompatibilità con il riconoscimento, sancito nella Carta costituzionale, del diritto di accesso alla tutela giurisdizionale”.*

<sup>100</sup> Si trattava dell’art. 21 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 634 (Disciplina dell’imposta di registro).

<sup>101</sup> C. cost., 21 gennaio 1999, n. 7 in *Foro it.* 2000, I,1780.

<sup>102</sup> C. cost., 3 maggio 1963, n. 56 in *Giur. cost.* 2003, 1.

attinenti all'applicazione di norme interne e giudizi che invece richiedono l'applicazione della normativa comunitaria <sup>(103)</sup>.

Considerazioni diverse andrebbero fatte nel caso in cui fosse preso come parametro il principio di uguaglianza, dettato dall'art. 3 Cost.: non si comprende infatti perché la riscossione dei tributi debba essere effettuata in modo differente per due riti, ordinario e speciale, caratterizzati da un andamento e da esigenze non difformi. Se il contributo ha come finalità la copertura del costo di attivazione della macchina giudiziaria, tale costo non muta a seconda della materia o del rito.

La disparità di trattamento può dunque essere giustificata soltanto alla luce dell'ampia discrezionalità di cui il gode il legislatore nello stabilire la quantificazione dei tributi processuali, come più volte dichiarato dalla stessa Corte Costituzionale <sup>(104)</sup>. D'altronde l'intento legislativo posto alla base di simili decisioni sarebbe in linea con l'esigenza di dissuadere il privato dal proporre impugnazioni in determinati settori strategici, quali quello degli appalti.

Non manca tuttavia chi sostiene, in dottrina, che i medesimi risultati possano essere conseguiti anche attraverso una maggiore responsabilizzazione *ex post* delle parti <sup>(105)</sup>. Se infatti fossero previste delle ulteriori "penali" per l'utilizzo strumentale del ricorso e, in generale, per gli abusi processuali posti in essere dalle stesse, il numero di ricorsi subirebbe, con ogni probabilità, un decremento. L'art. 26, c. 2 c.p.a., a ben vedere, consente di comminare già una sanzione pecuniaria a carico della parte che agisca o resista in giudizio "temerariamente", ma non prevede invece alcuna sanzione per colui che presenti un ricorso palesemente infondato. Accade non di rado, infatti, che la pendenza del giudizio divenga essa stessa fonte di danni patrimoniali, come si verifica nei giudizi che concernono direttamente operazioni economiche <sup>(106)</sup>. Ed proprio in simili casi che potrebbe risultare opportuna l'introduzione delle indicate penali.

---

<sup>103</sup> C. giust. UE, sez. V, 6 ottobre 2015, in causa C-61/14 in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>104</sup> C. cost., 26 giugno 2018, n. 136, che ritiene legittima la eventuale difformità di costi per la presentazione di un ricorso al Tar o di un ricorso straordinario al Capo dello Stato, C. cost., 10 novembre 1999, n. 427 che ha ritenuto legittima la previsione di un rito speciale limitato ad alcune materie, quando la differenziazione sia giustificata dalla diversità e peculiarità della materia, che consenta deroghe al regime ordinario, purché non sia pregiudicato lo scopo e la funzione del processo e purché non sia compromessa l'effettività della tutela giurisdizionale; C. cost., 13 giugno 1983, n. 162.

<sup>105</sup> A. TRAVI, *Per un giudizio amministrativo effettivo ed efficace*, cit.

<sup>106</sup> Ne sono un esempio i giudizi concernenti l'impugnazione del provvedimento autorizzatorio da cui dipenda l'avvio dell'attività economica in questione.

Con riguardo, invece, alle disposizioni che prevedono la facoltà per il collegio di subordinare la concessione di misure cautelari alla prestazione di una cauzione si richiamano gli artt. 55, c. 2 e 120, c. 8 bis c.p.a. <sup>(107)</sup>.

Quest'ultima, pur costituendo una specificazione della disposizione generale prevista dal menzionato art. 55 c.p.a., se ne discosta, prevedendo che la cauzione possa essere richiesta unicamente al ricorrente e non anche alle altre parti processuali.

Il fatto di poter imporre un onere economico ad una sola parte processuale (ossia alla parte interessata a che le disposizioni cautelari acquistino efficacia) risulta, per la Corte Costituzionale, non solo legittimo, ma anche funzionale a garantire il regolare svolgimento del processo e la sua efficacia pratica. In questa prospettiva, infatti, ciò che rileva è unicamente che la misura di tale onere non renda *“presumibilmente impossibile lo svolgimento delle attività processuali”* ponendosi altrimenti *“in evidente contraddizione logica con la funzione del processo e con il principio sancito nell’art. 24 della Costituzione”* <sup>(108)</sup>.

Sul punto, parte della dottrina ritiene invece che l’art. 120 c.p.a. possa ritenersi legittimo solo ove risulti contestualmente strumentale alla proficua conduzione del processo, proporzionato rispetto agli interessi in gioco, di entità tale da non costituire un ostacolo all’esercizio del diritto di difesa ed infine esigibile da tutte le parti (non solo dal ricorrente) <sup>(109)</sup>.

Ad ogni modo, occorre rilevare come tale disposizione abbia avuto, ad oggi, un’applicazione relativamente ridotta, ponendosi, secondo la giurisprudenza, in contrasto con gli articoli 1 e 2 della Direttiva Ricorsi <sup>(110)</sup>, i quali non discriminano fra i vari

---

<sup>107</sup> Tale disposizione è stata introdotta dal D.L. 24 giugno 2014, n. 90 convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014 e prevede che *“8-bis. Il collegio, quando dispone le misure cautelari di cui al comma 4 dell’articolo 119, ne può subordinare l’efficacia, anche qualora dalla decisione non derivino effetti irreversibili, alla prestazione, anche mediante fideiussione, di una cauzione di importo commisurato al valore dell’appalto e comunque non superiore allo 0,5 per cento del suddetto valore. Tali misure sono disposte per una durata non superiore a sessanta giorni dalla pubblicazione della relativa ordinanza, fermo restando quanto stabilito dal comma 3 dell’articolo 119”*, importo, nell’originaria formulazione, liberamente scelto dal giudicante.

<sup>108</sup> C. Cost., 3 luglio 1963, n. 113.

<sup>109</sup> A. G. OROFINO, *“Il processo amministrativo, tra accelerazione ed effettività”*, cit.

<sup>110</sup> Art. 1, par. 2. *Gli Stati membri garantiscono che non vi sia alcuna discriminazione tra le imprese suscettibili di far valere un pregiudizio nell’ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto, a motivo della distinzione effettuata dalla presente direttiva tra le norme nazionali che recepiscono il diritto comunitario e le altre norme nazionali. Art. 2 par 1. Gli Stati membri provvedono affinché i provvedimenti presi in merito alle procedure di ricorso di cui all’articolo 1 prevedano i poteri che consentono di:b) annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specifiche tecniche,*

operatori economici in ragione della loro capacità finanziaria e richiedono, anzi, tutele accessibili a tutti (<sup>111</sup>).

Accanto a tutti gli istituti finora analizzati, nell'ottica di garantire ulteriormente la semplificazione processuale, si potrebbe valutare la codificazione di nuovi strumenti processuali quali la possibilità per il presidente di assegnare certi giudizi ad un giudice monocratico, quando si tratti di casi semplici o analoghi ad altri già decisi (<sup>112</sup>) o il recupero, pur parziale, di una forma di udienza preliminare davanti a un giudice monocratico, a cui sia assegnato il compito e la responsabilità di verificare la completezza dell'istruttoria ben prima della fissazione della trattazione (<sup>113</sup>). A tali strumenti può poi affiancarsi la proposta di introdurre spazi per una soluzione conciliativa della vertenza nel giudizio di primo grado come già accade nei Codici di altri ordinamenti europei (<sup>114</sup>).

#### **4. Riti speciali e riti specialissimi.**

L'intento semplificatorio ed acceleratorio perseguito nel corso degli anni dal legislatore italiano si presenta con ancora più evidenza nella disciplina dei "riti speciali" per la tutela

---

*economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nell'invito a presentare l'offerta, nei capitoli d'onere o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione.*

<sup>111</sup> Tar Lombardia, Milano, sez. IV, ord. 30 luglio 2014, n. 1057 e in dottrina M.A. SANDULLI, *Osservazioni a primissima lettura sull'impatto del d.l. 24 giugno 2014 n. 90 sul sistema di giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 2014, 1483 e spec. 1492, la quale nota come il nuovo modello introdotto con il d.l. n. 90/2014, sembra disegnare un giudizio cautelare che riduce fortemente la tutela concessa, facendo gravare l'onere della cauzione solo sul ricorrente, in un'ottica di estrema dissuasione della proposizione di istanze cautelari, che non può non destare perplessità alla luce dei principi costituzionali ed eurounitari sull'effettività della tutela e del ruolo che l'ordinamento dell'Unione Europea ha ripetutamente ed espressamente riconosciuto alle misure cautelari per la relativa garanzia.

<sup>112</sup> A. TRAVI, *Per un giudizio amministrativo effettivo ed efficace*, cit. il quale evidenzia come si tratti di una soluzione già prevista nel processo amministrativo olandese e nel processo amministrativo tedesco al Par. 6 VwGO. Una soluzione simile, incentrata sull'assegnazione di poteri decisori in casi analoghi allo stesso presidente, o a un magistrato suo delegato, rappresenta uno dei capisaldi della riforma del processo amministrativo in Francia del 2017 (cd. "JADE", Giustizia Amministrativa del Domani).

<sup>113</sup> Si tratta di una prassi, in realtà, attuata spontaneamente in alcuni T.A.R., dopo che la proposta di introdurre un'udienza preliminare non era stata accolta nel Codice del 2010.

<sup>114</sup> Il processo amministrativo tedesco, par. 87, al. 1, n. 1, VwGO: Il presidente "può in particolare: 1. convocare le parti per trattare le questioni di fatto e la materia del contendere, per promuovere una definizione amichevole della controversia e omologare un accordo transattivo ...".

di specifiche situazioni ritenute meritevoli di particolare considerazione <sup>(115)</sup> e dei riti “accelerati” di cui agli articoli 119 e 120 c.p.a. <sup>(116)</sup>.

Se da un lato, la dottrina ha riconosciuto gli effetti favorevoli derivanti dall’accelerazione, dall’altro non ha potuto non evidenziare i limiti che la stessa comporta<sup>117</sup>, tanto per essere riferibile solo ad alcune tipologie di controversie, quanto per il costo indiretto di un sistema ad essa correlato. E infatti l’istituzione di un binario preferenziale per la decisione di alcune vertenze equivale, a risorse invariate, a tollerare un maggior ritardo per la decisione di altre controversie che non rientrano nell’ambito di applicazione dei predetti riti <sup>(118)</sup>.

Tra i riti accelerati assume particolare rilievo il regime “ordinario” del contenzioso in materia di contratti pubblici (art. 120 c.p.a.) che costituisce una deroga rispetto al rito ordinario e al generale rito accelerato previsto dall’art. 119 c.p.a. e che veniva a sua volta derogato dal rito specialissimo o super-accelerato di cui all’art. 120 c.p.a., c 2bis e 6 bis. Quest’ultima disciplina, introdotta nel 2016 ad opera dell’art. 204, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. nuovo codice dei contratti pubblici), è stata di recente abrogata dal D.L. 32/2019 (c.d. “Sblocca Cantieri”), convertito in Legge n. 55/2019.

L’art. 204, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 aveva disposto, più specificamente, che all’art. 120 del codice del processo amministrativo, di cui all’Allegato 1 al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 fossero aggiunti il comma 2 bis e il comma 6 bis, che prevedevano, rispettivamente, l’onere di immediata impugnazione di tutte le ammissioni alle gare d’appalto e delle esclusioni dalle stesse all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, e questioni di rito del modello del comma 2-bis, indicando, per tali ipotesi, un giudizio camerale particolarmente accelerato, da definirsi

---

<sup>115</sup> Fra questi si ricorda il rito speciale per eccellenza, ossia il giudizio elettorale, quello sull’accesso, introdotto dalla L. n. 241/1990, o quello sul silenzio, delineato già dalla L. n. 205/2000 e poi profondamente riformato nel 2005. Si tratta di vertenze nelle quali la tutela del cittadino è ancora di più subordinata alla celerità della decisione amministrativa.

<sup>116</sup> Si tratta di riti inizialmente riservati a un numero di materie prima piuttosto limitato, poi progressivamente ampliato. Il testo originario dell’art. 119 c.p.a. contemplava infatti undici materie, successivamente ne sono state aggiunte altre cinque

<sup>117</sup> P. CLARIZIA, *La soppressione del ricorso superaccelerato e l’ingiustificato sacrificio della certezza del diritto*, in *federalismi.it*; I. LAGROTTA, *Il rito «superaccelerato» in materia di appalti tra profili di (in)compatibilità costituzionale e conformità alla normativa comunitaria*, in *federalismi.it*;

<sup>118</sup> A. TRAVI, *Per un giudizio amministrativo effettivo ed efficace: limiti del sistema e proposte operative - celerità ed effettività della tutela giurisdizionale dopo il codice*, in *Giur. It.*, 2017, 4, 985 (commento alla normativa).

entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente.

Per comprendere la ratio di tale abrogazione, occorre dapprima analizzare le motivazioni che avevano indotto il legislatore a prevedere un rito super-accelerato in materia di appalti.

Nel settore degli appalti pubblici, così come in altri settori pubblici sensibili (settore bancario, concorrenza, ecc.), è da sempre emersa la difficoltà di far coesistere la tutela piena ed effettiva dell'interesse privato con l'interesse pubblico: era infatti diffusa la convinzione che la "prevalenza" attribuita al primo fosse da ritenersi un ostacolo alla competitività del sistema economico (<sup>119</sup>). Nell'ottica di favorire quest'ultima, limitando il numero dei ricorsi presentati durante lo svolgimento della procedura di gara, il legislatore aveva preferito originariamente evitare di discostarsi dalla disciplina generale, richiedendo, anche in materia di appalti, la sussistenza, in capo al ricorrente, di una lesione diretta, concreta e attuale. Pertanto, il giudice amministrativo poteva essere chiamato ad esprimersi sulla legittimità dell'ammissione dei concorrenti solo a procedimento esaurito, con il possibile effetto, in caso di accoglimento del ricorso, di un rinnovo integrale dello stesso.

E infatti era principio consolidato quello per cui "*i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato*" (<sup>120</sup>).

Le deroghe a tale principio erano costituite, unicamente, dalle cd. clausole escludenti del bando o della lettera di invito, fra cui rientravano, in forza di un orientamento estensivo della giurisprudenza, non solo quelle clausole dirette, con assoluta certezza, a precludere l'utile partecipazione dell'operatore economico, ma anche quelle che imponessero a quest'ultimo oneri sproporzionati o non idonei a rendere comprensibili i requisiti per la partecipazione. Tali clausole erano infatti impugnabili immediatamente sia da parte dei

---

<sup>119</sup> D. GALLI, *Ritorno alle origini: la soppressione del rito superaccelerato*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2019, 6, 719 (commento alla normativa).

<sup>120</sup> Cons. St., ad. plen., 29 gennaio 2003 n. 1 in *Foro it.* 2004, III, 344 (nota di: MONTANARO); Cons. St., ad. plen. 7 aprile 2011, n. 4 in *Riv. giur. edilizia* 2011, 2-3, I, 570, Cons. St., ad. plen., 26 aprile 2018 n. 4 in *Foro it.* 2019, III, 67 *NOTA* (s.m.) (nota di: TRAVI).

soggetti partecipanti alla gara sia da parte di coloro che non avevano partecipato alla stessa <sup>(121)</sup>.

L'operatore economico non vincitore (solitamente si trattava del secondo classificato) aveva dunque, di regola, la possibilità di impugnare l'aggiudicazione solo al termine della gara, chiedendo l'esclusione dei concorrenti collocati in migliore posizione, attraverso la deduzione di doglianze tese a contestare il possesso dei requisiti generali e speciali di partecipazione.

In tal modo, come anticipato, non era infrequente che si verificasse una caducazione *ex post* dell'intera procedura per vizi afferenti alla fase preliminare, con un notevole dispendio di risorse economiche e temporali, dispendio che si poneva, in realtà, proprio in contrasto con l'originario intento di perseguire la maggiore competitività del sistema economico <sup>(122)</sup>.

La situazione sopra descritta e la correlata esigenza di cristallizzare immediatamente ed in modo intangibile il numero dei concorrenti ammessi alla gara già in una fase antecedente rispetto all'esame delle offerte avevano dunque spinto il legislatore ad introdurre, nel 2016, il menzionato onere di impugnazione dei provvedimenti di ammissione, di cui al c. 2 bis dell'art. 120 c.p.a. <sup>(123)</sup>. Tale comma prevedeva, più specificamente, un rito "specialissimo" riservato:

---

<sup>121</sup> Sul punto Cons. St., ad. plen., 26 aprile 2018 n. 4 in *Foro it.* 2019, III, 67 *NOTA (s.m.) (nota di: TRAVI)* che evidenzia come l'ipotesi di impugnazione di clausole del bando che siano immediatamente escludenti costituisce una delle tre eccezioni al principio dell'impossibilità di impugnazione del bando da parte di colui che non abbia partecipato alla gara, o non abbia manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura, di norma non legittimato, accanto al caso in cui chi non partecipa alla gara contesti in radice indizione della gara e al caso in cui la gara sia mancata avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta.

<sup>122</sup> In tal senso G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, giugno 2016, in *www.giustizia-amministrativa.it*, il quale parla di un modello processuale di carattere "retrospettivo".

<sup>123</sup> V. art. 1, comma 1, lett. b), L. delega 28 gennaio 2016, n. 11 che demandava al provvedimento delegato l'introduzione di un meccanismo in Camera di Consiglio finalizzato ad ottenere "l'immediata risoluzione del contenzioso relativo alla impugnazione dei provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione per carenza dei requisiti di partecipazione". In attuazione di tale legge, il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 all'art. 204 aveva introdotto all'art. 120, il comma 2° bis e il c. 6 bis c.p.a., prevedendo meccanismi di velocizzazione specifici del giudizio in questa fase della procedura, in aggiunta a quelli già previsti dal rito appalti, relativi ai termini di fissazione della discussione davanti al giudice e di produzione di documenti e repliche, ai termini di istruttoria e trattazione ed alla tempistica della fase decisoria. Il Consiglio di Stato, in sede di parere (n. 782/2017 sul decreto correttivo al nuovo codice degli appalti pubblici) ha affermato che "il legislatore ha quindi inteso evitare che con l'impugnazione dell'aggiudicazione possano essere fatti valere vizi attinenti alla fase della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, il cui eventuale accoglimento farebbe regredire il procedimento alla fase appunto di ammissione, con grave spreco di tempo e di energie lavorative, oltre al pericolo di perdita di eventuali finanziamenti, il tutto nell'ottica dei principi di efficienza, speditezza ed economicità, oltre che di proporzionalità del procedimento di gara".

1. ai “*provvedimenti di esclusione dalla procedura di affidamento*”, da ritenersi in qualsiasi momento avvengano o per qualsivoglia ragione;
2. nonché alle “*ammissioni alla procedura in esito alla valutazione positiva dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico professionali*”.

Qualsiasi doglianza volta a contestare tali provvedimenti di esclusione o di ammissione, e in particolare la mancanza dei requisiti per la partecipazione alla gara di taluni concorrenti, doveva pertanto essere fatta valere entro trenta giorni dalla pubblicazione del provvedimento con il quale l'amministrazione provvedeva all'ammissione in gara dei partecipanti. L'omessa impugnazione precludeva la possibilità di dedurre tali vizi in sede di gravame del provvedimento di aggiudicazione, ovvero di paralizzare, mediante lo strumento del ricorso incidentale, il gravame principale proposto da altro partecipante avverso la sua ammissione alla procedura (<sup>124</sup>).

Il provvedimento di aggiudicazione poteva infatti essere censurato per invalidità derivata soltanto ove fosse stata proposta precedentemente l'impugnazione avverso l'atto che aveva disposto l'ammissione in gara del concorrente aggiudicatario, ovvero solamente per vizi riferibili all'offerta tecnica ed economica (<sup>125</sup>).

La rilevante portata innovativa rappresentata dal nuovo rito c.d. “superaccelerato” era stata riconosciuta anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale, in due differenti occasioni (<sup>126</sup>) aveva precisato che “*il nuovo rito risponde all'esigenza di*

---

<sup>124</sup> Cons. St., ad. plen., 26 aprile 2018 n. 4 cit. R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in Urb. e App., 2016, secondo cui “*la nuova disciplina è sicuramente mossa dalla buona intenzione di porre fine ad una patologia giudiziaria seria: il fioccare di ricorsi incidentali incrociati con cui si rimettono in discussione, in sede di contestazione dell'aggiudicazione, i passaggi precedenti della gara*”; H. SIMONETTI - A. STORTO, *Il rito cd. superveloce per i giudizi riguardanti i contratti pubblici: l'interesse al ricorso liberato*, in *I contratti pubblici dopo la conversione del decreto sblocca cantieri*, Piacenza, 2019, 60, per i quali si è giunti ad un “*rimedio di un nuovo e speciale sottosistema processuale a seconda delle angolazioni qualificabile come anticipato, autonomo, decadenziale, finalizzato, comunque, alla rapida costruzione di certezze giuridiche poi incontestabili sui protagonisti della gara*”.

<sup>125</sup> A. G. OROFINO, “*Il processo amministrativo, tra accelerazione ed effettività*”, cit. evidenzia tuttavia che tale ultima ipotesi risultava “ovviamente residuale, visto che è statisticamente meno frequente che un concorrente venga escluso per invalidità caratterizzanti l'elaborato progettuale che egli ha presentato in gara, ovvero la proposta economica che egli abbia formulato alla stazione appaltante”.

<sup>126</sup> Cons. St., ad. plen., 26 aprile 2018 n. 4 in *Foro it.* 2019, III, 67 *NOTA (s.m.) (nota di: TRAVI)* e Cons. St., ad. plen., ord. 11 maggio 2018, n.6 in *Foro Amministrativo (II)* 2018, 5, 778 *secondo cui si tratta di un processo anticipato ed in prevenzione*. In tal senso anche Cons. St., sez.V, ordinanza n. 1059 del 15 marzo 2017 in *Diritto Processuale Amministrativo* 2017, 2, 710 In entrambi si sottolineava che il legislatore avesse inteso evitare che con l'impugnazione dell'aggiudicazione potessero essere fatti valere vizi attinenti alla fase della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, il cui eventuale accoglimento farebbe regredire il procedimento alla fase appunto di ammissione, con grave spreco di tempo e di energie lavorative, oltre al pericolo di perdita di eventuali finanziamenti, il tutto nell'ottica dei principi di efficienza, speditezza ed economicità, oltre che di proporzionalità del procedimento di gara (Consiglio di Stato, parere n. 782/2017 sul decreto correttivo al nuovo codice degli appalti pubblici).



*definire prontamente la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte, creando un "nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la res controversa della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda".*

Tale impostazione era stata tuttavia oggetto, fin da subito, di numerose critiche della dottrina e di parte della giurisprudenza, che non avevano accolto favorevolmente la sua introduzione.

Tre, in particolare, erano i profili critici sollevati con riguardo alla nuova disciplina: la divergenza tra la lesione subita dal ricorrente e la decorrenza del *dies a quo* per la proposizione del ricorso; la difficoltà di individuazione dello stesso *dies a quo* per proporre il gravame e il rapporto intercorrente fra il ricorso presentato ex art. 120, c.2 bis, c.p.a. e l'eventuale ricorso incidentale.

Con riferimento al primo profilo si deve evidenziare come l'impugnazione anticipata dei provvedimenti di ammissione o esclusione da parte del concorrente debba necessariamente essere proposta sulla base di sua lesione soltanto eventuale e presunta del ricorrente. In tal senso la dottrina aveva utilizzato proprio l'espressione "*presunzione di interesse a ricorrere*", che avrebbe fatto venir meno quel requisito di concretezza ed attualità della lesione, che rappresenta la base dell'intero sistema di giustizia amministrativa (<sup>127</sup>). Il ricorrente, infatti, non è ancora certo di aver subito una lesione, così come non è certo del fatto che l'impugnativa possa rivelarsi effettivamente utile, ben potendo lo stesso risultare vincitore ovvero collocarsi in una posizione così deteriore da rendere del tutto inutile l'esclusione del solo soggetto privo dei requisiti.

Sul punto anche la giurisprudenza aveva sottolineato che "*la peculiarità del nuovo rito risiede, oltre che nel circoscritto ambito di applicazione - volto a cristallizzare la definitività di una peculiare sub fase delle gare d'appalto creando una struttura bifasica della tutela in subiecta materia - nell'utilizzo dello strumento processuale come veicolo per creare una correlazione del tutto inusuale tra interesse ad agire in giudizio e pretesa sostanziale, sicchè, come rilevato anche dai primi commenti alla disciplina in questione, il legislatore avrebbe introdotto una sorta di presunzione legale di lesione, non direttamente correlata alla lesione effettiva e concreta di un bene della vita secondo la*

---

<sup>127</sup> G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it).

*dimensione sostanzialistica dell'interesse legittimo ormai invalsa nel nostro ordinamento*" (128). E ancora "... *la novella legislativa di cui all'art. 120, comma 2 bis, d. lgs n. 50/2016 confligge con il quadro giurisprudenziale, storicamente consolidatosi, atteso che veicola nell'ordinamento l'onere di immediata impugnazione dell'ammissione di tutti gli operatori economici - quale condizione di ammissibilità della futura impugnazione del provvedimento di aggiudicazione - anche in carenza di un'effettiva lesione od utilità concreta*" (129).

In tale contesto l'interesse del privato alla legittimità dell'azione amministrativa pareva assumere una rilevanza autonoma, svincolata dalla necessaria contestuale presenza dell'interesse materiale a conseguire il bene della vita (130). La dottrina sul punto aveva anche evidenziato una sorta di regressione al concetto di interesse legittimo pubblicistico, o meglio di ritorno alla giurisdizione amministrativa oggettiva, finalizzata a garantire il generale interesse alla legittimità dell'azione amministrativa, piuttosto che a tutelare le posizioni soggettive delle parti che invocano l'intervento del giudice.

Si trattava tuttavia di una regressione che appariva distonica sia con l'ormai assodata natura soggettiva attribuita dalla giurisprudenza amministrativa all'interesse legittimo (131), sia con il quadro costituzionale che configura il giudizio quale strumento posto a tutela delle posizioni soggettive dell'istante (sia di diritto soggettivo che di interesse legittimo) e non quale mezzo per assicurare un astratto interesse alla legalità dell'azione amministrativa (132).

---

<sup>128</sup> TAR Napoli, sez. IV, 7 dicembre 2016, n. 5852.

<sup>129</sup> TAR Puglia - Bari, sez. III, 13 giugno 2018, n. 1262, in senso analogo T.A.R. Puglia, Bari, 8 novembre 2016, n. 1262.

<sup>130</sup> Tradizionalmente Cons. Stato, Ad. Plen., 23/01/2003, n. 1, *Foro it.* 2004, III, 344 stabilisce che la posizione soggettiva di chi partecipa ad una procedura di affidamento non può essere costituita dalla astratta legittimità del comportamento dell'amministrazione, quanto dalla concreta possibilità di ottenere l'aggiudicazione. V., anche, Cons. Stato, Ad. Plen., 23/03/2011, n. 3 *Foro it.* 2012, I, III, 31 che esclude che l'interesse legittimo possa assumere rilevanza come situazione a contenuto processuale (quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso) e come mero interesse alla legittimità dell'azione amministrativa, ma costituisce una posizione a contenuto esclusivamente sostanziale, correlata in modo inscindibile ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita. Secondo Ad. Plen. n. 4 del 2018 *cit.*, il nuovo rito, aveva riconosciuto autonoma rilevanza ad un interesse procedimentale, legato alla corretta formazione della platea di concorrenti, cui viene accordata una rapida protezione sul piano giurisdizionale.

<sup>131</sup> M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione* (1969), ora in M.S. GIANNINI, *Scritti*, vol. V, Milano, 2004, 1023; A. CROSETTI, *Il Consiglio di Stato dall'unità d'Italia alla Costituzione. Genesi ed evoluzione della giustizia amministrativa*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, Torino, 2011, 171.

<sup>132</sup> V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, 18.

Al riguardo, tuttavia, si era espressa anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2018. In tale pronuncia l'Adunanza Plenaria aveva dapprima riconosciuto il carattere eccezionale e di stretta interpretazione del rito *de quo* <sup>(133)</sup>, affermando poi che *“in sostanza, ritiene l'Adunanza plenaria che con la detta prescrizione normativa il legislatore abbia inteso espressamente riconoscere autonoma rilevanza ad un interesse procedimentale (quello legato alla corretta formazione della platea dei concorrenti) riconoscendo ad esso una rapida protezione giurisdizionale”*, per concludere evidenziando che l'opzione innovativa del legislatore di fornire immediata protezione ad un interesse procedimentale non rappresenta una novità assoluta, essendo già stata prevista per altri riti <sup>(134)</sup>. La stessa Adunanza Plenaria ha dunque precisato che *“le considerazioni sopra esposte inducono, così, a ritenere che le disposizioni sopra richiamate non siano espressive di un principio generale volto ad affermare l'immediata impugnabilità di atti preparatori e la tutelabilità immediata di interessi procedurali, ma deroghe positivamente previste al diverso principio generale che vuole l'impugnabilità del bando per vizi che non siano immediatamente escludenti unitamente all'atto applicativo”*.

Per quanto concerne invece l'individuazione del *dies a quo* per proporre l'impugnazione, si registravano, in giurisprudenza, due contrapposti orientamenti.

Secondo una prima prospettiva si riteneva sufficiente, al fine di concretare l'avvio dei termini per proporre gravame, la piena conoscenza – anche acquisita mediante la presenza in gara di un rappresentante dell'impresa – dell'esistenza dell'atto lesivo e la cognizione

---

<sup>133</sup> Cons. St., ad. plen., 26 aprile 2018 n. 4, afferma che *“le norme ivi contenute (quanto ai “vizi” scrutinabili) siano di stretta interpretazione: è rimasto infatti chiarito, ad esempio, che l'esclusione dalla procedura di gara dopo la valutazione del contenuto dell'offerta, in conseguenza dell'attribuzione di un giudizio di inidoneità, non ricade nella fattispecie del rito camerale super-accelerato di cui all'art. 120 commi 2 bis e 6 bis, c.p.a. Questo rito è, infatti, utilizzabile solo quando l'esclusione avvenga prima dell'esame dei dettagli tecnici dell'offerta da parte della Commissione giudicatrice, ossia quando si discuta esclusivamente del possesso dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali necessari per l'ingresso nella procedura di gara. Non appare, invece, applicabile quando la stazione appaltante abbia espresso un giudizio di valore sull'offerta già ammessa, nel confronto con le altre offerte”*.

<sup>134</sup> La stessa Adunanza Plenaria richiama i primi due commi dell'art 129 c.p.a. in tema di processo elettorale e precisa che il legislatore abbia *“stabilito a presidio del medesimo termini stringenti di impugnazione dei provvedimenti in tesi (certamente ed immediatamente) lesivi, rinviando ad un momento successivo l'eventuale contenzioso investente provvedimenti di cui -nella fase embrionale del procedimento elettorale- non era certa la lesività, attualizzandosi la medesima, possibilmente, soltanto all'esito della competizione elettorale.*

dei suoi elementi essenziali, quali l'autorità emanante, l'oggetto, il contenuto dispositivo e l'effetto lesivo (<sup>135</sup>).

Vi era, poi, un orientamento che, in applicazione del brocardo "*lex specialis derogat generali*", riteneva che il termine decadenziale potesse essere computato solo dalla data di pubblicazione dei verbali di ammissione sul profilo del committente, a nulla rilevando l'eventuale conoscenza acquisita *aliunde* (<sup>136</sup>). Nell'ambito di tale secondo orientamento vi era un'ulteriore distinzione fra le pronunce che ritenevano che la divulgazione telematica dei verbali di accettazione dei concorrenti fosse di per sé sufficiente al fine dell'insorgenza dell'onere di ricorrere (<sup>137</sup>) e quelle che, invece, reputavano la pubblicazione idonea solo quando la stessa fosse motivata, in modo tale da consentire la piena percezione delle ragioni dell'ammissione ed eventualmente valutare l'illegittimità della stessa (<sup>138</sup>).

In linea con quest'ultimo orientamento, pur minoritario nella giurisprudenza nazionale, si è pronunciata anche la Corte di Giustizia (<sup>139</sup>) che, investita della questione, ha concluso in favore della compatibilità con il diritto dell'Unione europea del termine di trenta giorni per l'esercizio dell'azione, purché i provvedimenti onerati siano stati comunicati corredati di una relazione sintetica che indichi una motivazione idonea a consentire all'interessato di cogliere tanto la lesività dell'atto quanto l'antigiuridicità dello stesso.

Sempre con riguardo al *dies a quo* pare opportuno menzionare anche il filone giurisprudenziale che, con l'intento di mitigare la portata applicativa dell'art. 120, comma 2 bis, aveva inteso introdurre un ulteriore requisito: in tale ottica non sarebbe sufficiente la consapevolezza dell'adozione dell'atto di ammissione e la consapevolezza dei vizi che lo invalidano, ma occorrerebbe anche un preciso vaglio su tali vizi da parte dell'amministrazione (<sup>140</sup>).

In questo senso si registrano due pronunce del T.A.R. Piemonte (<sup>141</sup>) e del T.A.R. Veneto (<sup>142</sup>), le quali, accogliendo la tesi secondo cui il termine di proposizione

---

<sup>135</sup> In tal senso Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5870 in *Foro Amministrativo (Il) 2017, 12, 2411*.

<sup>136</sup> Così Cons. St., sez. III, 20 marzo 2018, n. 1765, in *Redazione Giuffrè amm. 2018*.

<sup>137</sup> Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 19 novembre 2018, n. 2374, in *Foro Amministrativo (Il) 2018, 11, 2082*.

<sup>138</sup> Tar Sardegna, sez. I, 12 aprile 2018, n. 327, in *Redazione Giuffrè amm. 2018*.

<sup>139</sup> Corte di Giustizia, Sez. IV, 14 febbraio 2019, C-54/18 in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>140</sup> A. G. OROFINO, *Rito superaccelerato - Brevi riflessioni sui presupposti di applicabilità del rito "specialissimo" in materia di appalti pubblici*, in *Giur. It.*, 2019, 7, 1616 (nota a sentenza).

<sup>141</sup> T.A.R. Piemonte Torino Sez. II, 28 novembre 2018, n. 1292 in [lamministrativista.it](http://lamministrativista.it) 29 novembre 2018.

<sup>142</sup> T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, 28 dicembre 2018, n. 1212.

dell'impugnazione decorre solo dallo svolgimento di una precisa attività valutativa della stazione appaltante, stabiliscono che il nuovo rito non potrà trovare applicazione nel caso in cui vi si faccia ricorso per dedurre doglianze che non emergano dall'esame documentale degli atti prodotti in gara, ma presuppongano un successivo vaglio della stazione appaltante, finalizzato a valutare la veridicità delle autocertificazioni, solitamente espletato all'esito dell'aggiudicazione.

Invero la pronuncia del TAR torinese verteva più specificamente sull'ammissibilità della doglianza della seconda classificata, la quale, in sede di ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione, aveva chiesto l'esclusione dell'aggiudicataria per vizi riferiti alla fase di ammissione ed in particolare per l'aver quest'ultima omesso informazioni che avrebbero potuto portare ad una sua esclusione dalla gara. Il T.A.R. ha ritenuto tempestiva tale doglianza, sostenendo l'inapplicabilità del rito superaccelerato ogniqualvolta l'ammissione del concorrente sia stata falsata da una sua dichiarazione mendace.

Il rito in questione presuppone, infatti, che gli atti di ammissione siano stati adottati dalla stazione appaltante “*all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali*”, ma tale valutazione non è solitamente effettuata nella prima fase del procedimento – caratterizzata da tempi molto rapidi e nella quale l'amministrazione è priva di strumenti idonei a rilevare eventuali dichiarazioni mendaci dei concorrenti – ma soltanto dopo la proposta di aggiudicazione e solamente in capo all'impresa aggiudicataria.

Solo in quel momento invero l'amministrazione appaltante attiva le funzioni di controllo necessarie all'individuazione di eventuali falsità, sicché le doglianze con le quali si lamenta la mancata esclusione di un concorrente che abbia prodotto autocertificazioni inveritiere intervenute prima di un simile controllo stimolerebbero il giudice amministrativo a pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati, in contrasto con l'art. 34, c.2 c.p.a. <sup>(143)</sup>.

La scelta di rendere inoperante il meccanismo *de quo* nel caso di dichiarazioni false o mendaci si pone peraltro in linea con l'orientamento del Consiglio di Stato e dei Tar, che riconoscono, in talune situazioni, la tempestività di azioni apparentemente tardive della

---

<sup>143</sup> M. MAZZAMUTO, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in Dir. Proc. Amm., 2018, 67, A. G. OROFINO, *Rito superaccelerato*, cit.

P.A., non potendosi ritenere applicabile il termine decadenziale previsto per la stessa nel caso in cui vengano presentate dichiarazioni false dal privato. Sul punto, si può nuovamente richiamare l'istituto di S.C.I.A., si riporta l'orientamento giurisprudenziale che prevede che *“il limite di sessanta giorni, previsto dall' art. 19, l. n. 241 del 1990 per l'esercizio dei poteri fisiologici d'inibizione delle attività assoggettate a SCIA si applica solo quando la documentazione alla stessa allegata è veritiera”*, poiché *“è illogico tutelare un affidamento conseguente a dichiarazioni non veritiere della parte a cui favore sono previsti i limiti temporali”* (144).

Il presupposto della veridicità delle informazioni costituisce, d'altronde, declinazione del più ampio principio di leale collaborazione e buona fede, a sua volta corollario del più ampio principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost.

I canoni di correttezza e leale collaborazione, che hanno da tempo assunto valore di paradigma cui devono conformarsi sia i rapporti tra i consociati, sia quelli fra soggetti pubblici, sia, infine, quelli tra Amministrazione e privati, trovano, oggi, a seguito delle novità apportate dal D.L. semplificazioni del 2020 (145), un esplicito riconoscimento anche livello legislativo nell'art. 1, c. 2 bis della L. 241/90, secondo cui *“i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”*.

Nonostante le incertezze recentemente sorte circa la portata innovativa di tale disposizione (146), gli interpreti ritengono perlopiù che la stessa abbia un carattere

---

<sup>144</sup> T.A.R. Roma sez. II, 06 agosto 2020, n. 9022 in redazione Giuffrè 2020.

<sup>145</sup> IL comma 2 bis è stato aggiunto dall' art. 12, comma 1, lett. 0a), D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120.

<sup>146</sup> Sul punto Consiglio di Stato sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 584, che fornisce lo spunto per sostenere, alla luce del recepimento del principio di leale collaborazione e buona fede nella legge sul procedimento amministrativo che il principio possa riguardare anche i profili legati alla validità e non solo alle regole di comportamento con la conseguenza, che il provvedimento contrario a buona fede e leale collaborazione potrebbe ritenersi annullabile e non solamente fonte di una responsabilità di carattere risarcitorio. Il Consiglio di Stato, più precisamente, afferma che *“l legislatore con la novella del 2020 ha, infatti, inteso colmare espressamente l'assenza del riferimento alla buona fede nella disciplina generale sul procedimento, sicché l'agire pubblicistico dell'amministrazione risulta interamente normato da regole di diritto pubblico, che scandiscono a tutto tondo la relazione tra potestà e interesse legittimo. Cade, quindi, per la relazione pubblicistica tra amministrazione e amministrato, la necessaria qualificazione: regole di condotta di diritto privato e regole di validità di diritto pubblico, il che dovrebbe condurre anche ad un ripensamento sulla correttezza dell'orientamento della Suprema Corte in tema di giurisdizione sulle controversie in tema di responsabilità dell'amministrazione da provvedimento favorevole poi annullato in via giurisdizionale o per autotutela”*.

meramente ricognitivo, posto che i principi ivi contenuti erano già stati più volte affermati in via giurisprudenziale.

A titolo esemplificativo, l'Adunanza Plenaria n. 5 del 2018 ha affermato che anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare, oltre alle norme di diritto pubblico, anche le norme generali dell'ordinamento civile che le impongono di agire con lealtà e correttezza, precisando che mentre la violazione delle prime implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità per lesione dell'interesse legittimo, la violazione delle seconde può far sorgere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di assumere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza.

Dato che il dovere di leale collaborazione è biunivoco, anche il privato sarà tenuto a collaborare con la p.a. e ad agire secondo buona fede nei confronti della stessa e l'orientamento menzionato in tema di S.C.I.A. ovvero quello adottato dal giudice torinese – a cui si affiancano i casi in cui la giurisprudenza prevede un'esclusione, automatica o discrezionale, dell'operatore economico che abbia rilasciato false dichiarazioni dalle procedure di affidamento di contratti pubblici <sup>(147)</sup> – ne costituiscono una conferma.

Nel caso posto all'attenzione del tribunale veneto, invece, il ricorso era stato proposto prima dell'aggiudicazione e avverso il solo provvedimento di ammissione e non avverso il provvedimento conclusivo, adottato al termine della gara.

In particolare, il ricorrente aveva contestato ex art. 120, c. 2 bis c.p.a. il possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara da parte di un operatore concorrente. Dunque, mentre nella vicenda torinese il T.A.R. aveva ritenuto che il rito superaccelerato fosse inapplicabile al fine di sostenere la ricevibilità di un gravame proposto direttamente avverso l'aggiudicazione, nella controversia posta all'attenzione del T.A.R. veneto si era giunti alla medesima conclusione sottolineando come il ricorso, poi dichiarato

---

<sup>147</sup> Consiglio di Stato ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16 in Rivista Giuridica dell'Edilizia 2020, 5, I, 1334 per cui *“La falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera c) [ora c-bis]) dell' art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al d. lgs. 18 aprile 2016 n. 50 . In conseguenza di ciò, la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo”*.

inammissibile, fosse volto a far valere vizi che avrebbero dovuto essere prospettati solo successivamente, in sede di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, in quanto prima di tale momento doveva ritenersi escluso che fossero stati esercitati i poteri di verifica dell'amministrazione.

In entrambe le pronunce è allora chiara l'intenzione di limitare l'operatività della disposizione in esame, con la conseguenza che se le sole doglianze rilevanti ai sensi del comma *de quo* sono quelle che emergono *ictu oculi* dal mero esame della produzione documentale delle imprese concorrenti, il numero di ricorsi sarebbe stato ridottissimo (<sup>148</sup>). Si tratta di una conclusione che si pone, peraltro, in conformità con il dettato legislativo, che prima dell'intervento riformatore di cui all'art. 1, comma 20, lettera d), l. n. 55/2019, sanciva all'art. 29, comma 1, del Codice dei contratti pubblici che *“al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico finanziari e tecnico professionali”* e che il termine di impugnazione decorreva *“dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione”* (<sup>149</sup>).

Anche con riguardo al rapporto intercorrente fra il ricorso presentato ex art. 120, c.2 bis e il ricorso incidentale si confrontavano due tesi: una parte della giurisprudenza sosteneva che il ricorso incidentale dovesse essere introdotto nell'ordinario termine di trenta giorni dalla notifica del ricorso principale (<sup>150</sup>), altra parte affermava invece che lo stesso dovesse essere notificato nello stesso termine previsto per il ricorso incidentale (<sup>151</sup>). Quest'ultima tesi, poi effettivamente avallata dall'intervento dell'Adunanza plenaria, riteneva che l'interesse a ricorrere emergesse in maniera analoga ed anticipatamente per tutti i concorrenti ciascuno dei quali aveva un immediato “interesse”, specularmente a quello

---

<sup>148</sup> A. G. OROFINO, *Rito superaccelerato* cit. evidenza come tale riduzione derivi dal fatto che *“è decisamente improbabile che le imprese, pur consapevoli di non possedere i requisiti di accesso alla procedura selettiva, presentino la propria candidatura e - sapendo di andare incontro a sicura esclusione - dichiarino apertamente di non essere in grado di soddisfare le richieste della lex specialis”*.

<sup>149</sup> Nella sua versione originaria, ante D.Lgs. n. 56/2017, invece, l'art. 29 non faceva riferimento ad alcuna attività di verifica, né alla motivazione che avrebbero dovuto recare i provvedimenti di ammissione.

<sup>150</sup> Cons. St., sez. III, 10 novembre 2017, n. 5182 in *Redazione Giuffrè amm.* 2018.

<sup>151</sup> Cons. St., ad. plen., ord. 11 maggio 2018, n. 6, cit.



degli altri soggetti ammessi, a ottenere una platea di concorrenti il più possibile ridotta. Per cui il *dies a quo* ai fini della presentazione del ricorso non poteva che essere lo stesso (pubblicazione dell'atto di ammissione) sia per il ricorrente che introduceva il ricorso principale, sia per colui che, nello stesso giudizio, interveniva quale controinteressato, con un ricorso che doveva qualificarsi come “incidentale” per il sol fatto di essere stato proposto per secondo, ossia nel contesto di un processo già avviato da altri, ma costituendo, nella sostanza, un vero e proprio ricorso autonomo.

A fronte di tali dubbi si ponevano poi ulteriori incertezze relative alla persistenza o meno dell'interesse a ricorrere rispetto a provvedimenti successivi, quali, ad esempio l'aggiudicazione in favore del ricorrente. Ad un orientamento che sosteneva come l'esito della gara fosse idoneo ad incidere sui presupposti di procedibilità del gravame proposto seguendo il nuovo rito <sup>(152)</sup>, si contrapponeva un diverso filone per il quale tale valutazione avrebbe dovuto essere svolta indipendentemente dagli avvenimenti successivi alla proposizione del ricorso: in tal modo anche l'eventuale aggiudicatario avrebbe avuto diritto a vedere esaminato il proprio ricorso volto ad ottenere l'esclusione dei partecipanti classificati dopo di lui <sup>(153)</sup>.

I profili di maggiore criticità della disposizione si rinvenivano tuttavia nel fatto che il rito “superaccelerato” era caratterizzato, come anticipato, da una portata preclusiva rispetto alla contestazione dell'effettivo possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario, una volta esauritasi la fase di verifica da parte dell'amministrazione.

Si deve ricordare, infatti, che solo una volta conclusa la fase di aggiudicazione l'amministrazione può procedere ad un sindacato intrinseco, allo scopo di accertare l'effettiva veridicità delle autodichiarazioni, senza doversi limitare al vaglio della mera corrispondenza fra quanto dichiarato dal concorrente e i requisiti richiesti nel bando di gara (cd. sindacato estrinseco).

La preclusione posta alla giustiziabilità della pretesa di verifica da parte del concorrente rispetto ad elementi non percepibili nella fase precedente di ammissione/esclusione contrastava infatti con i principi e le regole del diritto europeo e nazionale in tema di accesso alla tutela: ed è per questa ragione che si deve ritenere che la determinazione con cui l'amministrazione verifica in capo all'aggiudicatario i requisiti dichiarati all'atto della

---

<sup>152</sup> Cfr. Cons. St., sez. V, 4 luglio 2017, n. 3257 in Redazione Giuffrè amm. 2017.

<sup>153</sup> Tar Lazio, Roma, sez. I *bis*, 8 febbraio 2017, n. 2157.

partecipazione alla gara, costituisca un autonomo provvedimento autonomamente impugnabile <sup>(154)</sup>.

L'anticipazione della tutela ad una fase in cui non si è ancora concretizzata un'effettiva lesione, infine, se è apparsa, da un lato, giustificata, per le ragioni sopra viste, è stata, dall'altro, considerata, al contrario, fonte di un aggravio di oneri processuali, idoneo a dissuadere gli imprenditori dall'intraprendere iniziative anticipate, sicché la novella legislativa è apparsa anche come uno strumento idoneo a ridurre le facoltà di difesa e, al contempo, le occasioni di sindacato del giudice amministrativo sull'esito delle gare pubbliche, con il rischio di rendere inattaccabili le aggiudicazioni disposte in favore di soggetti privi dei requisiti di partecipazione e, dunque, non in grado di offrire adeguata garanzia in ordine alla corretta esecuzione dell'appalto <sup>(155)</sup>.

Le incertezze finora rappresentate ed il mancato raggiungimento degli effetti sperati <sup>(156)</sup> hanno condotto all'abrogazione del rito superspeciale a distanza di soli tre anni dalla sua introduzione.

Persino le motivazioni che avevano condotto il legislatore a procedere con la sua introduzione, ed *in primis* il pericolo di un'eventuale regressione della procedura alla fase preliminare della valutazione delle offerte, sono sembrate, infatti, prive, almeno parzialmente, di fondamento. La dottrina ha invero sottolineato come l'annullamento dell'aggiudicazione per mancanza, in capo all'aggiudicatario, dei requisiti di partecipazione rende inutile la fase di valutazione dell'offerta del solo soggetto escluso e comporta che la stazione appaltante proceda all'aggiudicazione al concorrente che segue in graduatoria, senza vanificare l'attività valutativa compiuta con riferimento alle proposte progettuali presentate da tutti gli altri concorrenti.

A ciò si aggiunge che l'introduzione non pare aver condotto ad alcuna accelerazione delle procedure, anche perché – a differenza di quanto inizialmente auspicato – la riforma ha avuto effetto deflattivo del contenzioso quasi solamente con riguardo alle procedure di minore importanza, avendo, invece, condotto in quelle di maggiore rilevanza (nelle quali l'impugnazione dei provvedimenti di ammissione non è stata scoraggiata) alla frequente

---

<sup>154</sup> T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II ter, 28 febbraio 2018, n. 2108 in *Redazione Giuffrè amm.* 2018.

<sup>155</sup> T.A.R. Piemonte, sez. I, ord. 17 gennaio 2018, n. 88, in *Foro it.* 2018, 2, III, 85.

<sup>156</sup> A. G. OROFINO, "Il processo amministrativo, tra accelerazione ed effettività", *cit.*, per il quale "a distanza di quasi due anni dalla sua entrata in vigore, la stessa giurisprudenza ha dovuto registrare grandi incertezze sulle ipotesi e sulle modalità applicative del nuovo rito, con conseguente confusione nell'aggiudicazione degli appalti pubblici".

paralisi delle gare nelle quali le amministrazioni hanno preferito sospendere le proprie determinazioni e attendere le pronunce del giudice pur di rimanere esenti da responsabilità (157).

Le critiche che precedono evidenziano come l'introduzione del nuovo rito non sia servita a semplificare lo svolgimento delle procedure, in taluni casi addirittura ostacolato (158), né tantomeno a rendere più tempestivi i processi in materia di appalti, che già si differenziano nettamente dagli altri riti accelerati e che risultano tra i più efficienti in Europa (159).

La stessa abrogazione ha tuttavia comportato una serie ulteriore di profili critici (160). Anzitutto, in virtù di una espressa norma di diritto transitorio, la soppressione trova applicazione soltanto per i giudizi non ancora iniziati alla data di entrata in vigore del decreto "sblocca cantieri" (161). In tal modo, ancorando la nuova disciplina alla mera notificazione del ricorso, si corre il rischio che una medesima procedura possa soggiacere a regimi processuali distinti in base all'azione di un concorrente o all'inazione di un altro. Si pensi ad esempio al caso in cui in una medesima procedura vi sia un concorrente che abbia impugnato l'ammissione altrui nella vigenza del rito "superaccelerato" e un altro concorrente che – prima della scadenza del termine per ricorrere ex art. 120, comma 2 bis – abbia visto l'abrogazione dello stesso (162).

È evidente che sarebbe stato preferibile utilizzare come criterio la data di pubblicazione del bando (o la data di invio della lettera di invito) in modo tale da consentire l'individuazione di un discrimine certo in merito al regime processuale applicabile.

Venuto dunque meno il rito superspeciale, occorre infine valutare quali potrebbero essere eventuali meccanismi acceleratori di risoluzione o di prevenzione delle controversie, da applicare, magari, non solo alle controversie caratterizzate da una specialità del rito. La

---

<sup>157</sup> A. G. OROFINO, *Rito superaccelerato* cit. Per una disamina sul contenzioso amministrativo sugli appalti si rinvia a R. CARANTA, *L'analisi di impatto del contenzioso amministrativo sugli appalti*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2020, 2, 259 (commento alla normativa)

<sup>158</sup> G. GRECO, *Il contenzioso degli appalti pubblici tra deflazione e complicazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2016, 971.

<sup>159</sup> A. TRAVI, *Per un giudizio amministrativo effettivo ed efficace*, cit.

<sup>160</sup> D. GALLI, *Ritorno alle origini: la soppressione del rito superaccelerato*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2019, 6, 719, cit.

<sup>161</sup> Art. 1, comma 5, D.L. n. 32/2019 e art. 1, comma 23, L. n. 55/2019.

<sup>162</sup> O ancora al caso, più delicato, del provvedimento di ammissione divenuto inoppugnabile ai sensi del rito superspeciale che potrebbe essere rimesso in termini dalla restaurazione del previgente sistema. Sulla norma transitoria e i relativi problemi, M. LIPARI, *Il rito superspeciale in materia di ammissioni e di esclusioni (art. 120, c.2-bis e 6-bis del cpa) va in soffitta. E, ora quali conseguenze pratiche*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

dottrina sul punto <sup>(163)</sup> ha rinvenuto un possibile elemento di semplificazione procedurale, con riflessi anche sul contenzioso, nell'estensione anche ai settori ordinari, della facoltà di dare corso, nel caso di procedure aperte, all'esame delle offerte prima di verificare l'idoneità dei concorrenti, che non potrebbero essere esclusi se non in una fase successiva all'aggiudicazione.

Si tratterebbe di una disposizione che oltre a garantire uno snellimento procedurale, potrebbe condurre alla concentrazione dell'eventuale contenzioso solo nella fase successiva all'aggiudicazione e alla drastica riduzione delle controversie sulle esclusioni. Infine, si è illustrata la tematica relativa all'introduzione di disposizioni volte ad accelerare i tempi del processo, anche attraverso l'imposizione di limiti quantitativi alla lunghezza dei ricorsi.

A tale ultimo proposito si deve imporre una riflessione concernente il rapporto tra l'effettività della tutela e il tempo.

Se, infatti, la celerità dell'azione tanto processuale quanto amministrativa è da considerare un valore in se stessa, non può tuttavia essere ritenuta un valore assoluto e totalmente assorbente, tale da elidere ogni altro interesse sostanziale e processuale.

Questa prospettiva, condotta alle conclusioni più radicali, finisce per contraddire se stessa e a condurre alla negazione di quello stesso principio che vorrebbe tutelare.

---

<sup>163</sup> D. GALLI, *Ritorno alle origini: la soppressione del rito superaccelerato*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2019, 6, 719, cit.

## **Considerazioni conclusive: Il vero ruolo del principio di effettività della tutela nel superamento delle “regole classiche” del processo amministrativo e l’inscindibilità del binomio “effettività e tempo”.**

Dall’ampia panoramica svolta nei capitoli che precedono pare evidente che, come prospettato nell’introduzione della presente tesi, il principio di effettività della tutela giurisdizionale abbia rappresentato l’essenziale chiave di volta dell’intera evoluzione del processo amministrativo, che ha condotto al radicale superamento di una pluralità di regole classiche che erano, fino ad allora, considerate assolutamente indiscutibili, in quanto espressione di corollari ritenuti dogmaticamente necessari della stessa natura più profonda del processo amministrativo.

In questa prospettiva, si è pervenuti, pertanto, come si è avuto modo di illustrare, dapprima ad ammettere la tutela risarcitoria dell’interesse legittimo, anche attraverso la proposizione di una domanda in via autonoma, superando il limite della c.d. pregiudiziale amministrativa. Successivamente si è assistito all’affermazione dell’ammissibilità, anche nel processo amministrativo, di azioni diverse da quella di annullamento, al superamento del binomio, ritenuto fino ad allora inscindibile, tra illegittimità e annullamento nonché all’abbandono della tesi che sosteneva il carattere necessariamente retroattivo dell’annullamento giurisdizionale.

Si è affermata, ancora, la configurabilità di azioni atipiche, superando il dogma della tipicità delle domande e, quindi, della tipicità delle pronunce.

È stata ritenuta altresì configurabile la possibilità di domandare una tutela cautelare *ante causam* e una tutela cautelare atipica, di carattere simmetrico rispetto all’atipicità delle domande e delle pronunce di merito. Infine, come evidenziato nell’ultimo capitolo, la necessità di garantire l’effettività della tutela ha addirittura condotto al superamento del dogma dell’intangibilità del giudicato.

Tutti i profondi sovvertimenti di cui si è dato conto nei capitoli del presente lavoro sono stati anzitutto il risultato dell’elaborazione interpretativa della giurisprudenza, che ha spesso recepito i contributi della più attenta dottrina, nel tentativo di rendere il processo

amministrativo e, più in generale, il sistema di giustizia amministrativa maggiormente idoneo a garantire e a soddisfare le fondamentali esigenze di tutela del ricorrente.

Le profonde modifiche in questione hanno determinato quel rilevante fenomeno di spostamento del baricentro del giudizio amministrativo dall'atto al rapporto.

Le medesime esigenze poste alla base della rinnovata attenzione per la domanda di tutela del privato hanno poi indotto il legislatore e la giurisprudenza a rivedere il rapporto tra tempo e azione amministrativa, da un lato, e tra tempo e processo, dall'altro lato.

Si è dato conto, al riguardo, della prospettiva, ampiamente dibattuta in dottrina e controversa in giurisprudenza, concernente la qualificazione del tempo come bene della vita e anche delle novità introdotte con riferimento alla lunghezza massima degli atti difensivi e alle disposizioni volte a consentire la massima accelerazione tanto dei procedimenti amministrativi quanto dei processi.

Sotto questo profilo, però, desta perplessità il rischio di porre al centro dell'attenzione del legislatore il solo tema della rapida definizione dei procedimenti amministrativi e giudiziari.

A fronte del rischio di una eccessiva "sommarizzazione", può rivelarsi determinante, ancora una volta, in chiave interpretativa, il principio di effettività della tutela giurisdizionale, che può orientare la giurisprudenza amministrativa, di legittimità e anche costituzionale, al fine di individuare il giusto equilibrio tra tempo ed effettività.

In questo senso, dunque, non si può omettere di considerare che la ragionevole durata del processo rappresenta una declinazione non solo del principio di effettività, ma anche del giusto processo di derivazione convenzionale, tuttavia, ove si considerasse la celerità alla stregua di un valore assoluto, da raggiungere ad ogni costo e da tutelare in sé e per sé, si finirebbe, a ben vedere, per frustrare la stessa ratio posta alla base dell'esigenza di assicurare la ragionevole durata del processo.

In altri termini, dimenticare che la tempestività della tutela non rappresenta un valore assoluto ma ha una natura di necessaria strumentalità rispetto al principio di effettività comporta il rischio concreto di finire per trasformarla nel suo contrario, ossia nella stessa negazione di una tutela effettiva.

Infatti, da un lato, un processo amministrativo connotato da eccessiva sommarietà può determinare un'ingiustificata compromissione del diritto di difesa e, simmetricamente, forme estreme di semplificazione procedimentale ove non di liberalizzazione, soprattutto

a fronte di interessi qualificati o sensibili, rischiano di impedire la necessaria adeguata ponderazione tra gli interessi primari e secondari coinvolti nell'esercizio del potere.

Ne consegue che un'equilibrata interpretazione delle disposizioni di recente introduzione dovrebbe suggerirne una più prudente collocazione sistematica nel contesto che si è cercato di delineare nel corso della presente trattazione, tenendo dunque conto della circostanza, ampiamente illustrata, che il sistema di giustizia amministrativa, considerato nel suo complesso, si è decisamente evoluto verso forme di tutela processuale sempre meno rigide, anche attraverso l'elaborazione di soluzioni a volte dogmaticamente discutibili, ma univocamente giustificate dalla necessità di assicurare una tutela soddisfacente, estendendo l'ambito della cognizione verso una crescente attenzione alla fondatezza della pretesa sostanziale dedotta in giudizio.

Al riguardo, appare significativa anche l'evoluzione giurisprudenziale in tema di ordine di esame dei motivi dedotti dalle parti, da un lato, e di ricorso incidentale, dall'altro lato, evoluzione che non si è avuto modo di approfondire in questa sede ma che parimenti dimostra una crescente attenzione per la tutela degli interessi sostanziali.

In conclusione, appare dunque sostenibile la tesi secondo cui tutte le "rivoluzioni copernicane" che hanno scardinato le regole classiche del processo amministrativo non possono oggi essere sacrificate in nome della tempestività.

E allora, così come è stata superata la tesi secondo cui tra annullabilità e illegittimità vi era un rapporto di biunivocità, parimenti deve negarsi la sussistenza di una siffatta relazione tra effettività e tempo: si tratta, in altri termini di principi che possono astrattamente coincidere ma che non sono necessariamente correlati, con la conseguenza che occorrerà interpretare le disposizioni che governano il processo e l'intero sistema di giustizia amministrativa con la dovuta elasticità, idonea ad assicurare un ponderato equilibrio tra i principi in questione, senza accordare un'aprioristica prevalenza dell'uno sull'altro.





## Bibliografia

- ACQUARONE, G. 2019, . « La tutela degli interessi legittimi in forma specifica,» In *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, , di in AA.VV., p. 47 ss. Napoli, .
- . 2000. *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, . Milano, .
- ALLENNA, M. s.d. *Garanzie procedimentali e giurisdizionali alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).
- ALLENNA, M. 2012, . «La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo.» *Dir. proc. amm.*, pp. 569 ss.
- ALLENNA, M. 2012,. «L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati membri dell'Unione europea.» *Riv. it. dir. pubb. com.*, pp. 267 ss.
- ALLORIO, E. 1935. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. Milano.
- ANDRIOLI, V. 1979, p. 995. *Diritto processuale civile*,. Napoli, I,.
- ANDRIOLI, V. 1954. «La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana .» *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto sociale* p. 314.
- ATTARDI, A. 1990, . «In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata, .» in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, p. 475 ss.
- BACHELET, V. 1966. *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*. Milano.
- BARBATI, C. 2008. «Semplificazioni e processi decisionali nei sistemi multilivello.» *Riv. Nuove Autonomie* 3-4, 445.
- BARBERA, A. 2007. «Piero Calamandrei e l'ordinamento giudiziario: una battaglia su più fronti.» In *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico 1944-1948*, di S. MERLINI (a cura di). Bari, .
- BARBIERI, E.M. 2016. *L'abuso del «copia ed incolla» nel ricorso giurisdizionale amministrativo*. *Riv. dir. proc.*
- BARTOLI, CANNADA. 1960, . «In margine all'efficacia dell'art. 27, n. 4 T.U. sul C.d.S., .» in *Foro amm.*, I, p. 453 ss.
- BARTOLI, E. CANNADA. 1972. voce «*Interesse (diritto amministrativo)*». Milano: *Enc. dir.*, vol. XXII.
- BARTOLOMEI, F. 1987. *Giudizio di ottemperanza e giudicato amministrativo*, . Milano, .
- BATTAGLINI, A. ORSI. 2005. *Alla ricerca dello Stato di diritto - Per una giustizia "non amministrativa"*. Milano, .
- BATTINI, S. fasc.1, 2013. «La giustizia amministrativa in italia: un dualismo a trazione monista.» *Riv. trim. dir. pubbl.* pag. 47 ss.
- BENVENUTI, F. 1969. Voce "*Giudicato (diritto amministrativo)*" in *Enc. Dir.* Milano.
- BIAVATI, P. 2017. *Il linguaggio degli atti giudiziari*. *Riv. trim. dir. proc. civ.*
- BIAVATI, P. 2005, n. 2, . «Inadempimento degli Stati membri al diritto comunitario per fatto del giudice supremo: alla prova la nozione europea di giudicato,» in *Int'l Lis*, p. 62 ss.. .
- BIAVATI, P. 2005, . «Inadempimento degli Stati membri al diritto comunitario per fatto del giudice supremo: alla prova la nozione europea di giudicato.» *Int'l Lis*, n. 2, p. 62 ss..

- BIAVATI, P. 2007, n. 5, . «La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario.» In *Rassegna tributaria*, , p. 1591.
- . 2012. *Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*. Riv. trim. dir. proc. civ.
- BINI, S. 2007. «Giudicato e ottemperanza.» In *Dizionario di diritto amministrativo* , di FONDERICO G. CLARICH M., p. 311 ss. Milano.
- BOVE, M. 2010. *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*. Napoli.
- BOVE, M. 2011, 1, . «Tutela cautelare nel processo amministrativo.» *Dir. proc. Amm.*, p. 43.
- BRUTI LIBERATI E, DONATI, F. 2007. *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, . Torino,: Giappichelli,.
- BRUTI LIBERATI, E. 2019. *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, . Torino, : Giappichelli,.
- . 1996. *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*,. Milano,.
- . 2006. *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*,. Milano,.
- . 2000. voce *Accordi pubblici*, in *Enc. dir., Aggiornamento, vol. V*, . Milano, .
- BUZZELLI, S. 2006, (47),. « È tempo di giustizia penale di qualità - Il giusto processo secondo Strasburgo - La Cedu, la Corte dei diritti e gli effetti nell'ordinamento italiano.» *Dir. e giustizia*, 103 ss.
- CACCIAVILLANI, C. 2014. « Il giudicato.» In *Giustizia amministrativa* , di F.G. Scoca (a cura di), 587 e segg. Torino.
- . 2005, p. 302 ss. *Giudizio amministrativo e giudicato*. Padova.
- CAIANIELLO, V. 2003, p. 1011. *Manuale di diritto processuale amministrativo*. Torino,
- CAMMEO, F. 1911, p. 275. *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa, Vol. I*. Milano.
- CANALE, G. 2018. *La violazione del dovere di sinteticità e chiarezza: abuso del processo?* . Riv. trim. dir. proc. civ.
- CANNADA BARTOLI, E. 1991,. «Giustizia amministrativa,» In *in Dig. IV (disc.), VII*, pagg. 508 ss. Torino,.
- CAPONIGRO, R. 2010. *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*. [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).
- CAPORALE, F. 2019. «L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione.» *Giornale Dir. Amm.* 4, 499.
- CAPPONI, B. 1999, 4, . «Astreintes nel processo civile italiano?» in *Giust. civ.*, p. 157 ss.
- CARANTA, R. 2001. *Attività amministrativa ed illecito aquiliano, Milano, 2001, 566; G. RUOPPOLO, La tutela aquiliana dell'interesse*. Dir. Proc. Amm. .
- CARANTA, R. 2000, . «Diritto comunitario e tutela giuridica di fronte al giudice amministrativo italiano, » in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 81 ss.
- CARBONE, A. 2013. « Riflessi sull'azione di adempimento a due anni dall'entrata in vigore del Codice.» *Il Nuovo Diritto Amministrativo, Roma*, 2, pp. 3 e ss..
- . 7/2010; . *Azione di adempimento e codice del processo amministrativo*. [giustamm.it](http://giustamm.it).
- CARINGELLA, F. 2005, p. 1881. *Corso di diritto amministrativo*. Milano.
- . 2010. *Manuale di diritto amministrativo*. Roma, : Dike.
- CARNELUTTI, F. 1958, p. 268. *Delitto e processo*,. Napoli,.

- . 1936. *Sistema del diritto processuale civile, I*. Padova: Cedam.
- CARPENTIERI, P. 2013. «Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo).» *Dir. proc. amm.*, fasc.2, pag. 385.
- CASSETTA, E. - FRACCHIA, F. 2003. *Responsabilità da contatto, profili problematici*. il Foro amm.
- CASTRONOVO, C. 1995. *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*. Milano.
- CERBO, . 2017, fasc 1, . «L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini.» *Dir. Proc. Amm.*, 32.
- CHIEPPA, R. 2010. . *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, . [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), .
- . 2011. *Il danno da ritardo (o da inosservanza dei termini di conclusione del procedimento)*. Milano: R. Chieppa – R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*.
- CHIOVENDA, G. 1933, p. 50. *Istituzioni di diritto processuale civile, vol. I*. Napoli.
- . 1923, pp. 664 e ss.. *Principi di diritto processuale civile*. Napoli,.
- CHITI, M.P. 1998, . « L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario .» in *Dir. proc. amm.*, 499 ss.;
- CHITI, M.P. 2012,. «Introduzione. Lo spazio amministrativo europeo, in Lo spazio amministrativo europeo, Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona,» Di a cura di M.P. CHITI E A. NATALINI, pagg. 32 ss. Bologna,.
- CLARICH M. - FONDERICO, G. 2006. *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa, commento a Consiglio di Stato, Ad. Plen. 15 settembre 2005, n. 7. Urb. e app.*
- CLARICH, M. 2008, 1,. « La pregiudizialità amministrativa riaffermata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: linea del Piave o effetto boomerang.» *Giorn. dir. amm.* p. 55.
- CLARICH, M. 2005, . «Dir. proc. amm., .» *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in 557.
- . 1989, p. 37 ss. *Giudicato e potere amministrativo*. Padova.
- CLARICH, M. 2005, . «Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo,» in *Dir. proc. amm.*, 557 ss.
- CLARIZIA, P. s.d. «La soppressione del ricorso superaccelerato e l'ingiustificato sacrificio della certezza del diritto, » in *federalismi.it*.
- COLESANTI, V. 2009, . «Il giusto processo (art. 111 cost.) civile: la garanzia dei diritti, la durata e i tempi del processo,» in *Iustitia*, 41 ss.
- COMMANDATORE, C. 2016. « Il giudicato a formazione progressiva: problema o risorsa? .» *Giur. It.* 2721 s.
- COMMANDATORE, C. 2016. «I limiti oggettivi del giudicato amministrativo all'esame della Plenaria. Il commento.» *Urb. app.* 12, 1393 s.
- COMMANDATORE, C. 2021,. «L'effetto conformativo e la modulazione degli effetti della sentenza di annullamento del giudice amministrativo .» *Urbanistica e appalti* 2021, 1, 101 (nota a sentenza).
- CORLETTI, D. 1992, pp. 189 ss. *La tutela dei terzi nel processo amministrativo*. Padova, .
- CORSO, G. 1969, p. 196. . *L'efficacia del provvedimento amministrativo*. Milano.
- CORSO, G. 1989. «Processo amministrativo e tutela esecutiva.» *Foro it.*, V p. 421.

- CORTESE, F. 2007. *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*. Padova, .
- CROSETTI, A. 2011. *Il Consiglio di Stato dall'unità d'Italia alla Costituzione. Genesi ed evoluzione della giustizia amministrativa*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*. Torino.
- CUDIA, C. 2008. *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*. Milano,.
- DANIELE, L. 1996,. «L'effettività della giustizia amministrativa nell'applicazione del diritto comunitario europeo, .» *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1386 ss.
- DE CAROLIS, D. 2002,. «Tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo. La Corte Costituzionale mette fine al dibattito?,.» *Urb. e App.*, p. 791.
- DE MARIA, S. 2004,. «Recenti sviluppi della giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario,» in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, p. 879 ss.
- DE NICTOLIS, R. 2011,. «Artt. 121-125, i.» In *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs n. 104/2010*, di a cura di A. Quaranta-V. Lopilato, 1019 e seg. Milano,.
- . 2013. *Processo amministrativo. Formulario commentato*. Assago.
- DI CAGNO, A. 2020. «Giusto processo e giusto procedimento amministrativo – Giudicato e riedizione del potere: esaurimento della discrezionalità nel rapporto con la pronuncia del giudice amministrativo.» *Giur. It.* 3, 969.
- D'ORSOGNA, D. 2008. «Note in tema di conferenza di servizi, semplificazione, operazione .» *Riv. Nuove Autonomie* 3-4, 589.
- D'ORSOGNA, M. 2008. «Lo sportello unico tra semplificazione e competitività.» *Riv. Nuove autonomie* 3-4, p. 667 ss.
- DOMENICHELLI, V. 2006. «Le azioni nel processo amministrativo.» in *Dir. proc. amm.*, .
- DONOFRIO, V. M. 2013. *Il concetto di "tempo amministrativo": da emblema di discrezionalità dell'agere publicum a bene suscettibile di indennizzo economico . Il nuovo diritto amministrativo*.
- FALCON, G. 2001. *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*. Dir. proc. amm., fasc.2.
- FALCON, G. 2000. «La normativa sul procedimento amministrativo: semplificazione o aggravamento? .» *Riv. Giur. Urban* 121 ss.
- . 2009. *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*. Dir. proc. amm., fasc.2.
- FEDERICO, G. DI. 2004, . «Risarcimento del singolo per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali: il cerchio si chiude?, .» in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, p. 133 ss.
- FELIZIANI, C. 2019. «Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la convenzione europea dei diritti dell'uomo .» *diritto processuale amministrativo* 758.
- FEO, A. DE. 2011. «Consiglio di Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755 .» *Riv. giur. Ambiente* p. 818.
- FERRARA, L. 2003. *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*. Milano, .

- FERRARA, L. 2008. «La partecipazione tra “illegittimità” e “illegalità”. Considerazioni sulla disciplina dell’annullamento non pronunciabile.» *Dir.Amm.* pp. 103 ss.
- FERRARA, R. 1999. «Le complicazioni della semplificazione amministrativa: verso un’amministrazione senza qualità.» *Riv. Dir. Proc. Amm.* 317.
- FERRARI, E. 2007. «Dall’inerzia nel provvedere all’inerzia nel provvedere all’inerzia nel vigilare,» In *in Scritti in onore di L. MAZZAROLI*, II, 83 ss. Padova,.
- FERRARI, G. 2010, p. 205. *Il nuovo codice del processo amministrativo*,. Roma,.
- FERRARO, V. 2014,. «L’intangibilità del giudicato amministrativo e il diritto europeo: le recenti pronunce della Corte di Giustizia, i.» *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* fasc.5, p. 1065 .
- FIGLIOLA, C. 2015. «L’intangibilità del giudicato amministrativo e il principio di autonomia processuale degli Stati: il giudicato a formazione progressiva come soluzione di compromesso tra il principio di certezza del diritto e l’effettività del diritto europeo.» *Riv. It. dir. puub. com.* p.924.
- FIGORILLI, F. - RENNA, M. 2010. *Commento all’art.* Roma: A. Bartolini - S. Fantini - G. Ferrari (a cura di), Codice dell’azione amministrativa e della responsabilità.
- FOLLIERI, E. 2010,. «I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo n. 53/2010 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo,» *Dir. Proc. Amm.*, Fasc. 4, 1067 e segg.
- FOLLIERI, E. 2006,. «I presupposti e le condizioni dell’azione, » In *Giustizia amministrativa*, , di in F.G. Scoca (a cura di). Torino,.
- FOLLIERI, E. 2011. «Le azioni di condanna, » In *in Giustizia amministrativa*, di A CYRA DI F.G. Scoca. Torino, .
- . 2016. *Le garanzie di indipendenza del Consiglio di Stato*. Dir. proc. amm.
- FOLLIERI, E. 2014, . «Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa.» *Dir. proc. amm.*, pp. 685 ss.
- FRACCHIA, F. 1993, III, . «Violazione del giudicato e nullità del provvedimento,» in *Foro it.*, p. 216 ss.
- FRANCARIO, F. 2017. « La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla Cedu non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicato.» *Federalismi.it* n. 3, 1 ss.
- FRANCARIO, F. 2016,. «La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo.» *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 4, 1025 e segg.
- . 2018. *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell’atto di parte*. Dir. proc. amm.
- GALETTA, D. U. s.d. «Notazioni critiche sul nuovo art. 21-octies della Legge 241/90.» [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). .
- GALETTA, D.U. 2009, p. 76. *L’autonomia nazionale degli Stati membri dell’Unione Europea: Paradise Lost, Studio sulla c.d. autonomia prodecurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*,. Torino,.
- GALLI, D. 2019. «Ritorno alle origini: la soppressione del rito superaccelerato.» in *Giornale Dir. Amm.* 6, 719 .
- GALLO, C. F. 1998,. «Alla Corte Costituzionale il problema della possibilità di provvedimenti ante causam nel processo amministrativo,» *Dir. proc. civ.*, p. 856 ss.
- GAROFOLI, R. 2002,. «La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell’ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo.» *Dir. proc. amm.*, pp. 877 ss..

- GAROFOLI, R., e G. FERRARI. 2019 XIII ed. *Manuale di diritto amministrativo*. Roma: Nel diritto editore.
- GENCARELLI, F. 2004, . «La Commissione “custode del Trattato”: il controllo dell’applicazione del diritto comunitario negli Stati membri, .» in *Dir. com. e scambi internaz.*, p. 230 ss.
- GIACCHETTI, S. 1981, . «L’oggetto del processo amministrativo, in *Studio per il Centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, vol. III, .» pagg. 1483 ss. Roma, .
- GIANNINI. IV ed. «Atto amministrativo.» In *Enc. Dir.*, Milano: 1959.
- GIANNINI, M. S. 1963. *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*. Riv. Dir. Proc.
- GIANNINI, M.S. - PIRAS, A. 2004. *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione (1969)*, ora in M.S. GIANNINI, *Scritti*, vol. V, . Milano.
- GIANNINI, M.S. 1962, p. 148 ss.. *Contenuto e limiti del giudizio di ottemperanza*, in *Atti del convegno sull’adempimento del giudicato amministrativo*, . Milano, .
- GIANNINI, M.S. 1942, III. «Sulla ripristinazione conseguente all’annullamento di un atto estintivo del rapporto di pubblico impiego.» *Foro it.* p. 146.
- GIORDANO, R. 2015. *L’equa riparazione per irragionevole durata del processo*. Milano.
- GISONDI, R. 2009. *Il legislatore consacra la risarcibilità del danno da ritardo*. Roma: F.CARINGELLA – M.PROTTO, *Il nuovo procedimento amministrativo*.
- GIUFFRIDA, A. 2012, 179 ss. *Il “diritto” ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*. Torino, .
- GIUFFRIDA, A. 2009,. « Il silenzio-rifiuto fa ancora rumore nel faticoso cammino della giurisprudenza, in *Dir. e proc. amm.*» 565 ss. (spec. 570 s.).
- GIUFFRIDA, A. 2009, . «Rito speciale avverso il silenzio-rifiuto della pubblica amministrazione e ragioni di effettività della tutela giurisdizionale (nota a TAR Puglia, sez. I, 22 dicembre 2008, n. 2932), .» in *Foro amm.-TAR*, 214 ss. (spec. 218 s.).
- GIUNCHEDI, F. 2005,. «voce Giusto processo (profili sovranazionali).» In *Dig. disc. pen., Aggiorn.* , I, 634 ss. Torino, .
- GOISIS, F. 2013. «Un’analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo.» *Dir. Proc. amm* 669 ss.
- GRECO, G. 1996, . « L’effettività della giustizia amministrativa nel quadro del diritto europeo.» in *Riv. it. dir. comun.*, 797 ss.
- GRECO, G. 2016. «Giudizio sull’atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema.» *Dir. soc.* p. 248.
- GRECO, G. 2016. «Il contenzioso degli appalti pubblici tra deflazione e complicazione.» *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.* 971.
- GRECO, G. 2006. «Inoppugnabilità e disapplicazione dell’atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa).» *Riv. it. dir. proc. civ.* p. 513 ss.
- . s.d. *La riforma della legge 241/90, con particolare riguardo alla legge 69/2009: in particolare, le novità sui termini di conclusione del procedimento e la nuova disciplina della conferenza dei servizi*. [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).
- . 1980;. *L’accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, . Milano,

- GRIFFI, F. PATRONI. 2009. *La responsabilità dell'amministrazione: danno da ritardo e class action*. [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) .
- GUERNELLI, M. 2017. «Riv. tri. dir. proc. civ.» *Il linguaggio degli atti processuali fra norme, giurisprudenza e protocolli* 485.
- LAGROTTA, I. s.d. «Il rito «superaccelerato» in materia di appalti tra profili di (in)compatibilità costituzionale e conformità alla normativa comunitaria,» in *federalismi.it*.; .
- LEONE, G. 2012. *Un processo amministrativo a misura europea. Ovvero, come dare un senso compiuto al principio di sinteticità degli atti giudiziari*. Dir. proc. amm.
- LIPARI, M. s.d. *Il rito superspeciale in materia di ammissioni e di esclusioni (art. 120, c.2-bis e 6-bis del cpa) va in soffitta. E, ora quali conseguenze pratiche*. [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).
- LOPILATO, V. 2018. *Manuale di diritto amministrativo*, . Torino,.
- LUISO, F.P. 2016, . «La cedevolezza del giudicato, » *Riv. dir. proc.*, 1, 17 ss. .
- LULLO, M. DI. 2017. «Riedizione del potere, elusione e violazione del giudicato, giudizio di ottemperanza.» *Dir. proc. amm.*, fasc. 4 p. 1517.
- MADDALENA, M. L. s.d. *Gli incentivi a decidere tempestivamente e il danno da ritardo*. [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it).
- MADDALENA, M.L. 2008. *Il danno da ritardo tra bene della vita finale e mero interesse al rispetto dei tempi del procedimento*. Urbanistica e appalti.
- MANGANARO, F. 2010, . «Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.» *Dir. proc. amm.*, pp. 428 ss.
- MANTERO, A. 2007, . «Nullità ed elusione del giudicato sospesi tra giudizio di legittimità e giudizio di ottemperanza: l'art. 21 septies della l. 241/1990, » in *Dir. proc. amm.*, p. 1209.
- MARI, G. 2012. «Osservazioni alla sentenza della Cassazione, Sezioni Unite, 9 novembre 2011, n. 23302: Sindacato della Suprema Corte sulle sentenze del giudice amministrativo rese in sede di ottemperanza e rilevanza delle sopravvenienze fattuali successive al giudicato.» *Dir. Proc. Amm.* 1, p.136.
- MARRA, A. 2012. *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*. Milano.
- MARTINO, R. 2013. *Diritto all'equa riparazione*, in R. MARTINO, A. PANZAROLA (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile. Dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*. Torino.
- MARUOTTI L., SALTELLI C. 2010,. «Artt.121-122.» In *Codice del processo amministrativo. D.lvo 2 luglio 2010, n. 104. Commentato e annotato con la giurisprudenza*, di a cura di G. Leone-L. Maruotti-C. Saltelli, 918 e segg.:. Milano,.
- MATTEUCCI, C. 2018,. «Il giudizio di ottemperanza: ius superveniens e giudicato amministrativo a formazione progressiva, » *Foro Amministrativo (II)*, p. 2109 ss.
- MATTEUCCI, S. CIVITARESE. 2006, p. 287. *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrative ed illegalità utile*. Torino.
- MAZZAMUTO, M. 2018. «Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati.» *Dir. Proc. Amm.* 67.
- MENCHINI, S. 2020. «Potere sostanziale e sistema delle tutele.» *Diritto Processuale Amministrativo* fasc.4, pag. 803.
- . 1987. *I limiti oggettivi del giudicato civile*,. Milano, .

- MENGOZZI, M. 2009; . *Giusto processo e processo amministrativo - Profili costituzionali*, . Milano, .
- MERUSI, F. 2002. *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*. Dir. Amm.
- MEZZACAPO, S. 2004, . «Il T.a.r. Brescia inibisce all'azienda ospedaliera la stipula del contratto di fornitura dei pasti.» *Guida al diritto*, fasc. 28, p. 105 ss.
- MIGNONE, C. 2013, . «L'esecuzione della sentenza .» In *Manuale di giustizia amministrativa*, di MIGNONE - VIPIANA, 317 e segg. Padova, .
- MODUGNO, F. 1966, . «voce "Poteri (Divisione dei)".» In *n Noviss. Dig. It.*,, 472 e segg. Torino, .
- MONTEFUSCO, R. 1985. *Rilevanza dei requisiti di differenziazione e qualificazione nell'individuazione della posizione di interesse legittimo (interesse legittimo tra interesse a ricorrere e interesse illegittimo)*,. Dir. Proc. Amm. .
- MORBIDELLI, G. 2006. *Il tempo nel procedimento*, in V. CERULLI IRELLI, (a cura di) *La disciplina generale dell'azione amministrativa*. Napoli.
- NEGRELLI, A. 2011, 6,. «La resistenza degli atti nazionali definitivi nel diritto europeo: una stabilità alla rovescia.» in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, p. 1503.
- NERI, V. 2018. *Il bene della vita*. Urbanistica e appalti, Fasc.6.
- NICTOLIS, R. DE. 2016. « Il nuovo codice dei contratti pubblici.» *Urb. e App.*
- NIGRO, M. 1984, p. 191. *Giustizia amministrativa*, . Bologna, : Il Mulino, .
- . 1983. *giustizia amministrativa, III ed.* Bologna, .
- NIGRO, M. 1981, . «Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza, .» *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 1157.
- NIGRO, M. 1978, . «Linee di una riforma necessaria e possibile nel processo amministrativo.» *Riv. dir. proc.*, pp. 254 ss.
- OROFINO, A. G. 2019. «Rito superaccelerato - Brevi riflessioni sui presupposti di applicabilità del rito "specialissimo" in materia di appalti pubblici.» in *Giur. It.* 7, 1616 (nota a sentenza).
- OROFINO, A.G. 2019. *Il processo amministrativo, tra accelerazione ed effettività*. Napoli: in V. Fanti (a cura di), *Diritto e processo amministrativo*. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri, tomo I.
- ORSI BATTAGLINI, C - MARZUOLI, A. 1999. *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla Pubblica Amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*. Dir. Pubbl.
- PAJNO, A. 1987, . «Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione.» in *Foro amministrativo*, p. 1651.
- PANZAROLA, A. 2014. «Sulla limitazione «d'autorità» del numero delle pagine degli atti giudiziari (art. 120, comma 6, cod. proc. amm.): l'ostacolo (insormontabile) del rispetto del diritto di difesa.» *Giustizia civile.com*.
- PARDOLESI, A. PALMIERI – R. 1999, I. «Sezioni Unite 22 luglio 1999, n. 500.» *Giust. Civ.* p. 2261.
- PARISIO, V. 2006. *Il silenzio della Pubblica Amministrazione tra prospettive attive e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla L. 11 febbraio 2005 n. 15 e dalla L. 14 maggio 2005 n. 80*. Foro Amm. - Tar.
- PATRITO, P. 2015, . «Revocazione - se sia ammissibile l'impugnativa per revocazione della sentenza del Consiglio di Stato per contrasto con decisione sopravvenuta della Corte EDU, .» in *Giur. it.*, p. 2710.
- PEREZ. s.d. «I vizi dell'atto amministrativo conseguenti alla pronuncia di incostituzionalità delle leggi .» in *Foro it.* 1964.



- PESCATORE, G. s.d. *L'esaurimento della discrezionalità nel giudizio amministrativo: considerazioni e spunti ricostruttivi alla luce del principio di effettività della tutela*. [www.avvocatiamministrativistipiemonte.org](http://www.avvocatiamministrativistipiemonte.org).
- PISANI, A. PROTO. 1990, . «Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi, » in *Riv. dir. proc.*, p. 386 ss.
- PISANI, A. PROTO. 2012, V. «Introduzione sull'atipicità dell'azione e la strumentalità del processo.» *Foro.it* p. 3. .
- PISANI, A. PROTO. Bari, 1982. «La tutela di mero accertamento.» *Riv. trim. dir. proc. civ.*, *Appunti sulla giustizia civile*, pp. 73 ss.
- POLICE, A. 2001. *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, . Padova, .
- POLICE, A. 1996. «Prevedibilità delle scelte e certezza dell'azione amministrativa.» *Dir. amm.* 697.
- . 2011. *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempiuto*, in *Codice dell'azione amministrativa, a cura di A.M. Sandulli*. Milano.
- POLICE, A. 2003. «L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali.» *Dir. amm.* p. 78.
- PUGLIESE, G. 1969. «Giudicato civile (storia), » In *Enc. dir.*, XVIII, p. 727 . Milano.
- PUGLIESE, V. 1969., «Giudicato civile (diritto vigente), » In *in Enc. dir.*, XVIII, , p. 785 ss.. Milano, .
- RAIMONDI, L. 2008, 4, . «Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione.» in *Dir. Un. eur.*, p. 773 ss.
- RAMAJOLI, E M. 2012. *Il giudice nazionale e la CEDU*. Dir. Proc. Amm.
- RAMAJOLI, M. 2017. «Il declino della decisione motivata.» *Dir. proc. amm* 894.
- RENNA, M. 2010. *Commento all'art. 2 bis*. Roma: GAROFOLI – FERRARI, Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità.
- ROMANO, M.C. 2014., «Ordinamento amministrativo europeo, situazioni protette e oggetto del sindacato giurisdizionale. Tra Corte di Giustizia e corti nazionali, in.» *Diritto Amministrativo*, fasc.1-2, pagg. 101 ss.
- SAITA, F. 2005. «Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio.» *Dir. amm.* 585 .
- SAITTA, F. 2008. «Art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990: ecco perché si finisce per “rimpiangere il passato”.» *Giustizia amministrativa* p. 272.
- SANDULLI, A. M. 1963, p. 410 . *Il giudizio davanti al consiglio di stato e ai giudici subordinati*. Napoli.
- SANDULLI, A.M. 1982. «Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo, » *Diritto e società*, p. 19.
- . XV ed.,1989. *Manuale di diritto amministrativo*. Napoli.
- SANDULLI, M. A. s.d. « Il legislatore dà nuovi spunti al dibattito sulla “pregiudiziale”? (riflessioni a margine della legge n. 2 del 2009, di conversione del d.l. n. 185 del 2008).» in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) 2009.
- SANDULLI, M. A. 2006. «Finalmente “definitiva” certezza sul riparto di giurisdizione in tema di “comportamenti” e sulla c.d. “pregiudiziale” amministrativa? Tra i due litiganti vince la “garanzia di piena tutela”.» *Riv. Giur. Edil.* 880.
- . 2004. «Le nuove frontiere della giustizia amministrativa tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva. Introduzione.» [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), .

- SANDULLI, M.A. 2008 . «La semplificazione dell'azione amministrativa: considerazioni generali.» in *Nuove autonomie* fasc. 3-4, pp. 405 ss.
- SANDULLI, M.A. 2014. «Osservazioni a primissima lettura sull'impatto del d.l. 24 giugno 2014 n. 90 sul sistema di giustizia amministrativa.» *Foro amm.* 1483.
- SANINO, M. 2014, p. 144. *Il giudizio di ottemperanza*, . Torino, .
- SANINO, M. 2000, . «Il processo cautelare, » In *Verso il nuovo processo amministrativo*, di CERULLI IRELLI (a cura di), pp. 249 e ss.. Torino, .
- SANNINO, M. 2014. *Il giudizio di ottemperanza*. Torino,: Giappichelli, .
- SANTISE, M. 2014. *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, . Torino, : Giappichelli, .
- SATTA, F. s.d. «Giustizia amministrativa (voce), » In *in Enc. Dir.*, VI, , p. 484. Milano, 2002, .
- SCARSELLI, G. 2002. «Il contributo unificato di iscrizione a ruolo (istruzioni per l'uso).» *Foro it.* V, 75. .
- SCOCA, F. G. 2008, 1, . «Divagazioni fra giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione.» *Dir. proc. amm.*, p. 1.
- SCOCA, F. G. 2006. «I vizi formali nel sistema delle invalidità dei procedimenti amministrativi, in Vizi formali, procedimento e processo amministrativo,» Di V. PARISIO (a cura di), 61. Milano.
- SCOCA, F. G. 1985, . «Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei tribunali amministrativi regionali.» *Dir. Proc. Amm.* 253 .
- SCOCA, F. G. 2014, . «Natura e funzione dell'astreinte nel processo amministrativo, » in *Corr. giur.*, p. 1413.
- SCOCA, F. G. 1979,. «Sentenze di ottemperanza e loro appellabilità.» *Foro italiano*, p. 74.
- SCOCA, F. G. 2004. «Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?» *Giur. Cost.* p. 2181 ss..
- SCOCA, F. G. 2004. «Vizi formali e sistema delle invalidità.» In *Atti del Convegno, Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, p. 59 ss. Milano.
- SCOCA, F.G. 2013, . « I principi del giusto processo,» In *in Giustizia amministrativa*, di a cura di F.G. Scoca, 157 ss., . Torino, .
- SCOCA, F.G. 2008. «Accordi e semplificazione.» *Riv .Nuove Autonomie* 3/4 , 558.
- SCOCA, F.G. 2011, . «Contributo sulla figura dell'interesse legittimo, Milano, 1990 nonché ID., Attualità dell'interesse legittimo?,» in *Dir. proc. amm.*, 379 ss.
- SCOCA, F.G. 2014. «Il «costo» del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso.» *Dir. proc. amm.* 1414.
- . 1999. *Per un'amministrazione responsabile*. Giur. Cost.
- SCOCA, F.G. 2011,. «Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo.» *Corr. giur.*, p. 988 e ss..
- SCOTTI, E. 2009. *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*. Dir amm. .
- SCOTTI, E. 2011. «Tra tipicità e atipicità delle azioni nel processo amministrativo (a proposito di Ad. plen. 15/11).» *Dir. amm.*, fasc.4 pag. 765.
- SEVERINI, G. s.d. «Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici.» *giustizia-amministrativa.it*.
- SIGISMONDI, G. M. 1998,. «Processo amministrativo: tutela cautelare e rito monocratico,» *Urb. e App.*, p. 1337.

- SILVESTRI, G. 1985,. «voce "Poteri dello Stato (divisione dei)".» In *Enc. Dir.*, XXXIV, , 670 e segg. Milano,.
- SIMONETTI H., STORTO A. 2019. *Il rito cd. superveloce per i giudizi riguardanti i contratti pubblici: l'interesse al ricorso liberato, in I contratti pubblici dopo la conversione del decreto sblocca cantieri*. Piacenza.
- SINISI, M. 2016. *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*. Torino.
- SPADARO, N. 2013. *Nota a Consiglio di Stato, 07 marzo 2013, n.1406, sez. IV. il Foro Amm. – C.d.S. (II), fasc.11.*
- SPASIANO, M. R. 2010,. «La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico.» *Foro amm. TAR* fasc 9 pag. 3041.
- . 2009, 120 ss. *Sportello unico per l'edilizia, in T.U. dell'edilizia* . Milano: a cura di M. A. SANDULLI.
- SPEZZATI, A. 2008 . «L'Adunanza plenaria n. 12 del 2007: un ritorno al passato.» *Dir. proc. amm.*, p. 553.
- TAGLIASACCHI, E. 2016. « L'azione di condanna al risarcimento del danno nel processo amministrativo: recenti interventi della giurisprudenza amministrativa, costituzionale ed europea.» *La Nuova Giurisprudenza Ligure* p. 63 ss..
- TARULLO, S. 2008, . «Giusto processo (diritto processuale amministrativo),» Di in *Enc. dir.-Annali*, vol. II, tomo I, 377 ss. Milano, .
- . 2004. *Il giusto processo amministrativo - Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*. Milano, .
- TARZIA, G. 1981, . «Presente e futuro delle misure coercitive civili.» *Riv. trim. dir. proc. civ.*, p. 800 ss.
- TASSONE, A. ROMANO. 2002. *voce Risarcimento danno per lesione d'interessi legittimi*. Milano: *Enc. Dir.*, VI.
- TIMO, M. 2019. «Il ruolo del giudice amministrativo e l'esaurimento della discrezionalità tecnica.» *Giur. It.* 6, 1405.
- TONOLETTI, B. 2001. *L'accertamento amministrativo*. Padova,.
- TORCHIA, L. 2010. «I principi generali, Il Nuovo codice del processo amministrativo.» *Giorn. dir. amm.* p. 1117.
- . 2000. *La responsabilità, Trattato di diritto amministrativo*. Milano: *Diritto amministrativo generale*, a cura di S. CASSESE, tomo II.
- TORRENTE, A. - SCHLESINGER, P. 2007. *Manuale di diritto privato*. Milano.
- TRAVI, A. 2017. *Celerità ed effettività della tutela giurisdizionale dopo il codice*. Giur. it.
- TRAVI, A. 2016. «Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche) .» *Rivista della regolamentazione dei mercati*.
- TRAVI, A. 2005. «La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?» *Corr. giur.* p. 453.
- TRAVI, A. 2002,. «La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria.» *Dir. proc. amm.*, 222 ss.
- . 2017. *Le nuove sfide della giustizia amministrativa*. *Giorn. dir. amm.*
- . 2014, p. 300. *Lezioni di giustizia amministrativa*. Torino.
- TRAVI, A. 2003, . «L'esecuzione della sentenza.» In *Trattato di diritto amministrativo*, di a cura di CASSESE S., p. 4629. Milano, .

- TRAVI, A. 1997,. «Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione.» *Dir. proc. amm.*, p. 178.
- TRAVI, A. 2017. «Per un giudizio amministrativo effettivo ed efficace: limiti del sistema e proposte operative - celerità ed effettività della tutela giurisdizionale dopo il codice.» *Giur. it.* 985.
- TRAVI, A. 2008, 1, III,. «Pregiudizialità amministrativa e confronti fra le giurisdizioni.» *Foro.it.*, p. 3.
- TRAVI, A. 2017. «Pronunce della Corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte costituzionale.» *Giur. cost.* 1260 ss.
- TRIMARCHI, M. 2015, . « Sui vincoli alla riedizione del potere amministrativo dopo la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 2/2013 .» *Diritto Processuale Amministrativo, fasc.1* p. 393 ss.
- TROCKER, N. 2007, . «Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'«azione» nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo.» *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 35 ss. e 439 ss.
- TUCCARI, F. 2004. *Annulamento dell'atto e processo amministrativo risarcitorio*. Napoli.
- VACCARI, A. 2013. *Brevi cenni sulla responsabilità della pubblica amministrazione per ritardo nell'attività provvedimentale* . Foro amm. TAR.
- VACCARI, S. 2019. « Il Consiglio di Stato e la 'riduzione progressiva della discrezionalità'. Verso un giudicato a 'spettanza stabilizzata'?» *Diritto Processuale Amministrativo, fasc.4* p. 1172 ss.
- VALAGUZZA, S. 2016. *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*. Milano.
- VALAGUZZA, S. 2018,. « L'illusione ottica del giudicato a formazione progressiva .» *Diritto Processuale Amministrativo, fasc.1*, p. 296 ss.
- VALAGUZZA, S. s.d. «Il giudicato.» In *in Manuale di diritto amministrativo e di giustizia amministrativa*, di (a cura di) G. CARLOTTI. 2014.
- VARRONE, C. 2001. *Stato sociale e giurisdizione sui «diritti» del giudice amministrativo*. Napoli.
- VERDE, G. 2007,. «Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?» *Dir. Proc. Amm.*, p. 271 ss.
- VILLATA, R. 2007. «Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitorie per responsabilità da provvedimento.» *Dir. proc. amm.* p. 292 ss.
- VILLATA, R. 1989, . «Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento,» *in Dir. proc. amm.*, p. 385.
- VIOLA, L. 2012, . «Nuovi poteri sanzionatori del giudice amministrativo, astreintes e giudizio di ottemperanza.» *Riv. it. dir. pubbl. com.*, p. 585.
- VIPIANA, P.M. 2013. «Brevi riflessioni sul ruolo attuale della giurisprudenza dei tribunali amministrativi regionali.» *Federalismi.it* n. 8, 7.
- . 1990, p. 418 e ss. *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*. Milano, .
- VIRGA. III ed., 1995. *Diritto Amministrativo, II, Atti e ricorsi*. Milano.
- VIRGA, G. s.d. *Il giudice dormiente e la risarcibilità del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi*. [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).
- VOLPE, F. 2/2008. «La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi.» *Dir. Proc. Amm.* p. 391.
- ZAMPETTI, E. fasc.4, pagg. 811 ss. . «D.i.a. e s.c.i.a. dopo l'Adunanza Plenaria n. 15/2011: la difficile composizione del modello sostanziale con il modello processuale.» *in Dir. amm.*, 2011.

ZANOBINI. s.d. «Dell'errore di fatto negli atti amministrativi.» In *Scritti vari di diritto pubblico*, 1955. Milano.

ZERMAN, P.M. 2010,. *L'effettività della tutela nel Codice del processo amministrativo*.  
in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), .

