

IL NUOVO CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO IN ITALIA*

El Nuevo Código Del Proceso Administrativo En Italia

The New Administrative Process Code Of Italy

DR. SIMONE RODOLFO MASERA

Professore Di Diritto Amministrativo. Università Degli Studi Di Pavia (Italia)

RIASSUNTO: Il Decreto Legislativo N. 104 del 2 luglio 2010, ha portato all'approvazione del nuovo Codice di processo amministrativo italiana, che è venuto a colmare le notevoli lacune nella legislazione precedente in materia, fornendo in tal modo il processo amministrativo di un Codice generale che già c'era da tempo nei processi civili e penali. Attraverso questo lavoro, ci mostrerà un riassunto e sintetizzato del significato e l'importanza di questo Codice all'interno della disciplina amministrativa. Si presenta un esame dal rilevante coinvolgimento del Consiglio di Stato nella sia nella sua preparazione che nel contenuto materiale, e si spiegherà la nuova visione del principio del legittimo interesse, della specificità delle diverse azioni esercitabili o istruzioni o provvedimento ingiuntivo nel processo. Si tratta di una nuova generazione di Codice che, tuttavia, si accontenta a volte di soluzioni tradizionali.

PAROLE CHIAVE: Processo amministrativo, interesse legittimo, azioni, responsabilità, giudizio.

RESUMEN: El Decreto Legislativo nº 104, de 2 de julio de 2010, trajo consigo la aprobación del nuevo Código del Proceso Administrativo italiano, que entraría en vigor el 16 de septiembre de ese mismo año. Un Código por largo tiempo esperado que vino a cubrir las importantes carencias de la normativa predecesora sobre el particular, dotando así al proceso administrativo de un Código general del que ya cuentan desde mucho tiempo atrás los procesos civil y penal. A través del presente trabajo, se mostrará una visión conjunta y sintetizada del significado e importancia que este Código representa dentro de la disciplina administrativa. Realizaremos un repaso, tanto por la importante

*

Recibido para publicación: 14 de mayo de 2012.

Enviado para evaluación externa: 15 de mayo de 2012.

Recibida evaluación externa positiva: 1 de junio de 2012.

Aceptado para publicación: 18 de junio de 2012.

participación del Consejo de Estado en su elaboración, como de su propio contenido material, ya se trate de la nueva visión del principio de interés legítimo, de las especificidades propias de las diferentes acciones ejercitables, o de la instrucción o medidas cautelares dentro del proceso. Como se observará, un Código de nueva generación que, sin embargo, sigue apostando en ciertas ocasiones por soluciones tradicionales.

PALABRAS CLAVE: Proceso administrativo, interés legítimo, acción, responsabilidad, sentencia.

ABSTRACT: Legislative Decree n° 104, July 2nd 2010, approved the new Italian Administrative Process Code, which came into force on September 16th. The Code, desired for long time ago, filled the important lacks of the previous regulation. It means a general Code for the administrative process, which the civil and criminal process already had since a long time ago. Through this article, we will show the meaning and importance of this Code within the Administrative Law from an overall and summarised point of view. We will carry out a short review about the significant participation of the Council of State in its development, as well as the content of the Code itself, for instance: the new view of the rightful interest principle, different types of actions, the preliminary investigation or precautionary measures within the process. As you will observe, this is a new generation Code that, however, bets sometimes on traditional solutions.

KEY WORDS: Administrative process, rightful interest, action, responsibility, judgement.

SOMMARIO: I. IL NUOVO CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO ITALIANO ED IL RUOLO DEL CONSIGLIO DI STATO. II. UN NUOVO ‘PARADIGMA’ NEI RAPPORTI TRA CITTADINO E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E NEL GIUDIZIO AMMINISTRATIVO. III. LE AZIONI. 1. AZIONE DI ACCERTAMENTO. 2. AZIONE DI ADEMPIMENTO. 3. AZIONE AVVERSO IL SILENZIO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. 4. AZIONE DI CONDANNA. 5. L’AZIONE RISARCITORIA. IV. L’AUTONOMIA DEL GIUDIZIO RISARCITO RISPETTO AL TRADIZIONALE GIUDIZIO DI IMPUGNAZIONE. V. LA TUTELA CAUTELARE. VI. LA ISTRUTTORIA PROCESSUALE. VII. CONCLUSIONI.

I. IL NUOVO CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO ITALIANO ED IL RUOLO DEL CONSIGLIO DI STATO

Il Codice del processo amministrativo italiano è stato approvato con il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, ed è entrato in vigore il 16 settembre del 2010; da ultimo, è stato oggetto di un primo intervento correttivo mediante d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195, al quale farà seguito un secondo correttivo attualmente in via di elaborazione.

Con il d.lgs. 104/2010 è stata data attuazione alla delega conferita al Governo per il “riassetto” del processo amministrativo dall’art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante “*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*”.

Il Governo¹ ha assegnato al Consiglio di Stato il compito di formulare il progetto del nuovo Codice; con decreto del 29 luglio 2009, il Presidente del Consiglio di Stato ha, quindi, istituito una Commissione a composizione mista, con la presenza di Consiglieri di Stato, magistrati di Tribunali Amministrativi Regionali, magistrati della Corte di Cassazione, un rappresentante dell’Avvocatura di Stato ed esponenti del mondo accademico e del mondo forense.

Tale speciale Commissione ha così redatto un progetto di Codice che il Governo, in data 16 aprile 2010, ha approvato con modifiche e poi trasmesso al Parlamento per il prescritto parere. Il Governo ha così acquisito i pareri delle Commissioni parlamentari competenti² ed, infine, ha approvato in via definitiva il Codice del processo amministrativo in data 24 giugno 2010.

La delega per il riassetto del processo amministrativo è stata inserita nel Capo della legge n. 69/2009 dedicato al “*Piano industriale della pubblica amministrazione*” e quindi in una legge dedicata allo sviluppo, in cui si registrano novità anche in materia di processo civile, il che è di per sé significativo, dal momento che si è inteso “*realizzare un sistema legislativo più adeguato alla realtà dell’economia e della tecnica allo scopo di predisporre un apparato procedurale più adeguato al processo di modernizzazione del paese*”³.

Come è noto, prima di oggi, la disciplina del processo amministrativo era contenuta in molteplici testi normativi, succedutesi nel tempo a partire dal regio decreto 17 agosto

¹ Secondo quanto previsto dal comma 4 dell’art. 44 della legge 69/2009, il Governo si è avvalso della facoltà di cui all’art. 14 del regio decreto 26.06.1924, n. 1054, recante: “Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato”.

² Per la Camera dei Deputati si veda il *Bollettino della giunta e delle commissioni* del 16.06.2010, in www.camera.it, mentre per il Senato si vedano i lavori della Commissione Giustizia, *Resoconto sommario* n. 174 del 16.06.2010, in www.senato.it.

³ PAJNO, *La giustizia amministrativa all’appuntamento con la codificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 119.

1907, n. 642⁴, e dal regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, fino alla più recente legge istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali n. 1034 del 6 dicembre 1971, ed alle ulteriori riforme processuali introdotte con il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80⁵ e con la legge 21 luglio 2000, n. 205⁶. Il d.lgs. 104/2010 sostituisce, pertanto, le norme fino ad oggi vigenti sul processo amministrativo⁷, ad eccezione di quella sull'azione per l'efficienza dell'amministrazione pubblica del d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198⁸.

Prima del Codice, la legge 205/2000 ha rappresentato il tentativo legislativo di intervenire in modo organico sulla giustizia amministrativa italiana al fine di garantire un rapido svolgimento del giudizio amministrativo, ad esempio consentendo al giudice amministrativo di anticipare la decisione nel merito del ricorso già nella fase cautelare, in presenza di talune condizioni (art. 3)⁹; ampliando le ipotesi di giurisdizione esclusiva; arricchendo i poteri di cognizione del giudice (art. 16) nonché la tutela cautelare (art. 3)¹⁰; prevedendo un giudizio speciale per le vertenze in caso di silenzio (art. 2)¹¹, nonché regole processuali peculiari per il contenzioso in materia di appalti pubblici (art. 4)¹².

Ancorché la legge di delega si esprima in termini di “riassetto” del processo, il legislatore ha infine approvato un vero e proprio Codice, con contenuti di novità, e non un mero Testo Unico, di semplice raccolta e coordinamento delle vecchie norme di legge.

Da tempo, la dottrina italiana dibatteva in ordine alla necessità di un incisivo intervento del legislatore¹³ grazie al quale consolidare le conquiste della giurisprudenza e della

⁴ Recante: “Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato”.

⁵ Recante: “Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della l. 15 marzo 1997, n. 59”.

⁶ Recante: “Disposizioni in materia di giustizia amministrativa”.

⁷ In particolare, il Codice (allegato n. 4) abroga il regolamento di procedura del 1907, le disposizioni processuali del Testo Unico sul Consiglio di Stato del 1924, le disposizioni processuali della legge istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali del 1971, nonché la legge 205/2000.

⁸ Recante: “Attuazione dell'articolo 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici”.

⁹ A riguardo si veda, oggi, l'art. 60 del nuovo Codice.

¹⁰ A riguardo si veda, oggi, l'art. 55 del nuovo Codice.

¹¹ A riguardo si vedano, oggi, gli artt. 31 e 117 del nuovo Codice.

¹² A riguardo si veda, oggi, l'art. 119 del nuovo Codice. In particolare, per il rito degli appalti è prevista una ipotesi di sospensione obbligatoria della stipula del contratto qualora, contestualmente all'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, sia proposta istanza cautelare: si tratta del così detto *standstill period* che impedisce la stipula o la esecuzione contratto in virtù di un effetto paralizzante *ex lege* che dura 20 giorni.

¹³ PAJNO, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 119, il quale ricorda il pensiero di Santi ROMANO, ZANOBINI e BACHELET. NIGRO, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1978, 249; NIGRO, *Crisi del giudizio di annullamento, prospettive e linee di tendenza del processo amministrativo*, in MAZZAROLLI (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo*, Padova, 1990, 17; MERUSI, *Per*

dottrina e, nel contempo, imprimere nuovo impulso all'evoluzione del processo amministrativo.

In realtà, anche di recente si è sostenuta in Italia una opinione differente, secondo cui sarebbe stato preferibile un sistema processuale basato su poche regole, e dunque più facilmente suscettibile di adattamento alle differenti fattispecie concrete grazie all'elaborazione giurisprudenziale.

Negli ultimi anni, però, è prevalsa la convinzione che solo l'approvazione di un Codice sul processo amministrativo avrebbe garantito una risposta adeguata alle esigenze di tutela giurisdizionale avanzate con sempre maggiore insistenza innanzi al giudice amministrativo. Tra l'altro, un fenomeno analogo si registrerebbe anche in altri ordinamenti processuali europei¹⁴.

Dunque, il nuovo Codice, oltre a tentare di semplificare il complesso delle regole processuali fino ad oggi vigenti, persegue il dichiarato scopo di garantire una tutela giurisdizionale effettiva delle posizioni sostanziali del cittadino.

Nella prospettiva di superare i limiti propri del tradizionale processo amministrativo strutturato sul modello impugnatorio, e di garantire in giusto processo¹⁵, la citata legge di delega n. 69/2009 stabiliva di disciplinare in modo compiuto le azioni esperibili dinanzi al giudice amministrativo, prevedendo pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa (art. 44, comma 2, lett. b, legge 69/2009)¹⁶.

Invero, il raggiungimento di questo obiettivo pare aver comportato una frammentazione del giudizio amministrativo, il quale subisce una diversificazione in ragione del tipo di controversia¹⁷.

Già in passato il legislatore era intervenuto al fine di garantire l'efficienza dell'azione amministrativa in settori nodali sotto il profilo economico-finanziario e sociale, ad esempio introducendo regole processuali tese ad accelerare lo svolgimento del giudizio

una maggiore e migliore tutela di situazioni giuridiche soggettive mediante il processo amministrativo, in MAZZAROLLI (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo*, cit., 21.

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un Cambio de Paradigma?*, Madrid, 2007, 99.

¹⁵ MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1; TORCHIA, *Il nuovo codice del processo amministrativo. I principi generali*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 1117.

¹⁶ PAJNO, *Il codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 116.

¹⁷ Emergerebbe, in particolare, il "rafforzamento dei fattori eccentrici rispetto alle modalità classiche del sindacato sull'esercizio del potere amministrativo" TRAVI, *Il Codice del processo amministrativo, Presentazione*, in *Foro it.*, V, 2010, 210).

nei contenziosi riguardanti le procedure di esproprio per pubblica utilità o le Autorità indipendenti¹⁸.

L’attuazione della delega per la c.d. direttiva ricorsi riguardante le regole del contenzioso in materia di appalti pubblici¹⁹ ha reso ancor più profonda la tendenza decostruttiva già in atto, nella quale si registra una pluralità di modelli di tutela ed una diversificata tipologia di azioni esperibili²⁰. In particolare, la nuova disciplina ha accentuato i caratteri di specialità del processo in materia di appalti pubblici, ad esempio con la riduzione dei termini processuali, o con l’attribuzione al giudice amministrativo del potere di decidere se l’annullamento giurisdizionale dell’aggiudicazione dell’appalto debba comportare la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato in conseguenza dell’aggiudicazione; le disposizioni processuali che il d.lgs. n. 53/2010 aveva inserito nel codice dei contratti pubblici sono state ricondotte al nuovo Codice del processo amministrativo (artt. 120 e seguenti)²¹.

Emergerebbe però una sorta di contraddizione: da un lato, si verificherebbe un ridimensionamento della centralità dell’impugnazione dell’atto amministrativo, in ragione della previsione di molteplici tipologie di sentenze (non solo di annullamento) pronunciabili da parte del giudice amministrativo (art. 34 del Codice); dall’altro, però, il Codice risulterebbe ancora permeato dalla persistente cultura dell’impugnazione dell’atto amministrativo, tant’è che lo svolgimento del processo sembra condizionato da alcune regole processuali proprie del tradizionale giudizio amministrativo (di annullamento).

Allora, per comprendere la reale portata delle novità apportate dal Codice in commento vale la pena sottolineare l’importante ruolo svolto dal Consiglio di Stato, e ciò sia nella preliminare fase di predisposizione del progetto di Codice, sia nella fase successiva di definitiva stesura del decreto legislativo ad opera del Governo (infatti, taluni componenti del Consiglio di Stato sono stati altresì consiglieri giuridici dei ministri interessati). Di ciò l’interprete dovrà necessariamente tenere conto in sede di applicazione, dato che *“la disciplina del nuovo Codice vive nel confronto con la*

¹⁸ Art. 2, comma 25, legge 14.11.1995, n. 481; art. 4, legge 205/2000; art. 119 nuovo codice.

¹⁹ Il d.lgs. 20.03.2010, n. 53 è stato emanato in base a una delega conferita al Governo per attuare la direttiva comunitaria 2007/66/CE dell’11.12.2007, sulle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici. L’attenzione verso i riti speciali è evidente in materia di procedure per l’aggiudicazione di appalti pubblici come emergeva già a partire dall’art. 19, d.l. 25.03.1997, n. 67, nonché dall’art. 245 ss., d.lgs. 12.04.2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici).

²⁰ TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, 198 e seguenti. Ad esempio, nel rito in materia di appalti, è previsto che l’udienza di merito sia immediatamente fissata d’ufficio con assoluta priorità, e senza necessità che il ricorrente presenti istanza di fissazione udienza art. 120, comma 6, del nuovo codice del processo amministrativo).

²¹ Consiglio di Stato, sez. V, 06.05.2011, n. 2725; Consiglio di Stato, sez. III, 18.07.2011, n. 4355.

*giurisprudenza dell'adunanza plenaria, sia quando conferma le soluzioni precedenti, sia quando introduce soluzioni diverse*²².

Quanto appena detto spiega perché il Codice prevede per certi profili una disciplina ispirata a soluzioni sostanzialmente tradizionali già avallate dal Consiglio di Stato; ciò è evidente riguardo: alla mancata introduzione di una fase preliminare al giudizio²³ e di un più rigido regime delle preclusioni processuali; alla disciplina dei mezzi istruttori ed alla eccezionalità del ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio (c.t.u.)²⁴; alla mancanza di una apposita disciplina dell'azione di adempimento. Ma la giurisprudenza del Consiglio di Stato costituisce un riferimento anche quando le nuove disposizioni innovano rispetto alle precedenti soluzioni²⁵.

In questa prospettiva va segnalato il potenziamento del ruolo nomofilattico dell'Adunanza Plenaria, in particolare ai sensi dell'art. 99 del Codice²⁶.

Vi è però da chiedersi se il rafforzamento del ruolo dell'Adunanza Plenaria esalti o, al contrario, mortifichi la prerogativa della giurisprudenza "pretoria" del giudice

²² TRAVI, *Il codice del processo amministrativo, Presentazione*, cit., 2010, 206.

²³ VILLATA, *Resoconto del seminario sul libro II (il processo amministrativo di I grado) del progetto di Codice del processo amministrativo svoltosi il 9 aprile 2010 presso l'Università degli Studi di Messina* (a cura di CASOLI, GRAZIANA, MURGOLO). In effetti, vi è stata la proposta di valorizzare la camera di consiglio per la discussione della istanza cautelare come una sorta di udienza preliminare, diretta ad assicurare tutti gli adempimenti necessari ad una celere e positiva definizione del giudizio di merito. Sebbene tale proposta non sia stata accolta, il Codice ha previsto che nel corso dell'esame dell'istanza cautelare il giudice amministrativo possa adottare i provvedimenti istruttori utili per il giudizio e per l'integrità del contraddittorio: in ogni caso, il Codice subordina questa attività del giudice amministrativo ad una apposita istanza di parte (TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 285).

²⁴ Il rispetto della tradizione è palese nella disciplina dei mezzi istruttori, la quale rimane sempre ispirata al canone della documentalità, anche quando prevede la disciplina della prova testimoniale (art. 63, comma 3, del nuovo Codice del processo amministrativo).

²⁵ Come nel caso della necessità dell'integrità del contraddittorio ai fini dell'adozione di provvedimenti cautelari (che non siano meramente interinali: art. 27); del dovere per il giudice di sottoporre alle parti le questioni rilevabili d'ufficio, prima della decisione, per consentire uno svolgimento delle difese (art. 73, comma 3); della possibilità di nominare già nella sentenza che conclude il giudizio sul silenzio un commissario ad acta (art. 34, lett. e); art. 117) TRAVI, *Il codice del processo amministrativo, Presentazione*, cit., 206.

²⁶ In particolare, l'art. 99 del Codice, recante "*Deferimento all'adunanza plenaria*", stabilisce che "*1. La sezione cui è assegnato il ricorso, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o d'ufficio può rimettere il ricorso all'esame dell'adunanza plenaria. 2. Prima della decisione, il presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'adunanza plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali. 3. Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso. 4. L'adunanza plenaria decide l'intera controversia, salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente. 5. Se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio. In tali casi, la pronuncia dell'adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato*".

amministrativo, da sempre artefice nell’ordinamento processuale amministrativo italiano degli adattamenti delle regole processuali alle nuove esigenze di tutela; è noto, infatti, che grazie alla giurisprudenza amministrativa: è stata estesa l’operatività del giudizio di ottemperanza²⁷, inizialmente previsto per l’esecuzione della sentenze del giudice ordinario (non rispettate dall’amministrazione pubblica) anche alle sentenze del giudice amministrativo; è stata affermata la appellabilità delle ordinanze cautelari²⁸; è stato enucleato il giudizio avverso il silenzio della amministrazione pubblica²⁹.

Questo è un punto decisivo, in quanto le potenzialità del nuovo Codice e le correlate opportunità di tutela rischiano di non essere pienamente colte se esse non entrano innanzitutto a far parte della ‘cultura’ del giudice amministrativo (oltre che delle parti del processo).

II. UN NUOVO ‘PARADIGMA’ NEI RAPPORTI TRA CITTADINO E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E NEL GIUDIZIO AMMINISTRATIVO

L’entrata in vigore di un Codice rappresenta –come è noto- di per sé un evento estremamente significativo, secondo alcuni addirittura epocale, il che appare chiaro nel nostro caso, in quanto finalmente il processo amministrativo italiano sarebbe assunto allo stesso rango del processo civile e del processo penale che sono da tempo dotati del relativo codice³⁰.

Alla nuova disciplina codicistica in esame si è giunti dopo un lungo dibattito, in dottrina e giurisprudenza³¹. Il confronto sulla giustizia amministrativa, sul suo significato e sul suo futuro è stato negli ultimi anni particolarmente serrato; il che è da correlare alla trasformazione – da molti sottolineata – sia della posizione giuridica vantata dal cittadino nel rapporto con la amministrazione pubblica³², sia delle manifestazioni del potere pubblico, non più identificate nel solo provvedimento amministrativo

²⁷ SCOCA, *Aspetti processuali del giudizio di ottemperanza*, in *Il giudizio di ottemperanza*, Milano, 1983, 199; VILLATA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Studi per il centenario della Quarta sezione*, Roma, 1989, 949.

²⁸ SCOCA, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 310.

²⁹ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 10.03.1978, n. 10; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 09.01.2002, n. 1; AA.VV., *Il silenzio della Pubblica amministrazione*, Milano, 1985; SCOCA, *Il silenzio della Pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 239.

³⁰ PAJNO, *La giustizia amministrativa all’appuntamento con la codificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 119.

³¹ CLARICH, *La riforma del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1069; VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 832; BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966.

³² GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un Cambio de Paradigma?*, cit., 125.

autoritativo, come emerge dall'art. 7 del nuovo Codice³³ nonché dall'art. 1 della legge generale sul procedimento amministrativo n. 241/90³⁴.

In questa prospettiva, una parte della dottrina italiana da tempo prospetta il superamento della nozione di 'interesse legittimo' tradizionalmente utilizzata per descrivere la posizione giuridica in capo al cittadino che entri in rapporto con la pubblica amministrazione che esercita un potere, dato che invero sarebbe sempre configurabile un diritto soggettivo³⁵.

In ogni caso, la posizione giuridica vantata dal soggetto privato nei confronti dell'amministrazione pubblica viene oggi descritta nei termini di una posizione avente senz'altro natura sostanziale, correlata in modo inscindibile ad un interesse materiale del titolare a un bene della vita³⁶, con la conseguente necessità – da tutti affermata - di predisporre adeguati strumenti di tutela processuale³⁷.

Sotto questo profilo, si spiega la valorizzazione della concezione soggettiva della tutela giurisdizionale garantita dal giudice amministrativo, e l'abbandono della convinzione che scopo della giustizia amministrativa sia principalmente quello di ripristinare la legalità violata, nel sostanziale interesse dell'interesse pubblico: ora, invece, è evidente che chi agisce davanti al giudice amministrativo persegue innanzitutto la tutela sostanziale ed effettiva della propria situazione giuridica (lesa dall'agire o dall'inerzia della pubblica amministrazione), e dunque che scopo della giustizia amministrativa è innanzitutto quello di assicurare una risposta ai bisogni di tutela manifestati dal soggetto privato³⁸.

³³ A norma del quale: "Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico".

³⁴ A norma del quale: "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente" (comma 1-bis).

³⁵ ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto – Per una giustizia «non amministrativa»*, Milano, 2005. In tema cfr. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990; SCOCA, *Interesse legittimo e giudice amministrativo: variazioni in chiave colloquiale*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2010, 15.

³⁶ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 23.03.2011, n. 3, secondo cui: "nel nuovo quadro normativo disegnato dal codice del processo amministrativo, sensibile all'esigenza di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, risulta coerente che la domanda risarcitoria, ove si limiti alla richiesta di ristoro patrimoniale senza mirare alla cancellazione degli effetti prodotti del provvedimento, sia proponibile in via autonoma rispetto all'azione impugnatoria e non si atteggi più a semplice corollario di detto ultimo rimedio secondo una logica gerarchica che il codice del processo ha con chiarezza superato".

³⁷ Corte di Cassazione 22.07.1999, n. 500; Corte di Cassazione 10.01.2003, n. 157; Corte Costituzionale 06.07.2004, n. 204; Corte Costituzionale 11.05.06, n. 191.

³⁸ TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 29.03.2011, n. 423.

Vi sono, anzi, elementi per sostenere che la trasformazione del processo amministrativo, anche a seguito della introduzione del nuovo Codice, si è concretizzata in un nuovo “paradigma”, caratterizzato appunto dalla centralità della situazione giuridica lesa dall’amministrazione pubblica e per la protezione della quale il ricorrente si rivolge al giudice amministrativo³⁹. E ciò – come rileva García de Enterría - si registrerebbe in vari ordinamenti processuali amministrativi.

In particolare, secondo García de Enterría l’evoluzione della giustizia amministrativa deve essere spiegata identificando, in primo luogo, le ragioni (storiche e filosofiche) della sua origine e le ‘parole nuove’ (e quindi i nuovi concetti) che hanno determinato un cambiamento nelle regole del diritto amministrativo.

Fondamentali sono le osservazioni finali dell’Autore sulla (attuale) funzione del giudice amministrativo, vale a dire di tutelare, nella sua pienezza, quella complessità di posizioni giuridiche sostanziali riassunte con il termine “espacio de libertad” conquistato nel corso degli ultimi secoli dal cittadino moderno ed indispensabile per edificare e proteggere la propria sfera personale⁴⁰. D’altra parte, la formazione dei caratteri della giurisdizione amministrativa è stata influenzata dal differente punto di equilibrio nel rapporto tra ‘autorità’ pubblica e ‘libertà’ del cittadino⁴¹, sicché è inevitabile che ai mutamenti – dovuti, innanzitutto, per effetto del diritto sostanziale – intervenuti in tale rapporto giuridico (anche rispetto al concetto di ‘autorità’ e di ‘libertà’) corrisponda (necessariamente) un progresso in ordine ai poteri del giudice amministrativo.

Su ciò si riflette anche nella dottrina italiana, in modo particolare, ora che si sarebbe giunti ad un ‘cambio di paradigma’ rispetto al ‘modello’ di giudizio amministrativo (che invero farebbe seguito alla trasformazione dei caratteri del ‘rapporto’ tra amministrazione pubblica e cittadino), con la conseguente difficoltà di ricorrere (in modo soddisfacente) alle ‘parole stabili’ di un tempo⁴², mentre più urgente si porrebbe l’esigenza di ‘chiarire’ il significato dei termini utilizzati (come mostra il dibattito su certi centrali istituti del nostro ordinamento, quali ‘discrezionalità amministrativa’, ‘interesse legittimo’, ‘eccesso di potere’, e così via).

³⁹ RODOLFO MASERA, *Il risarcimento in forma specifica*, Padova, 2006, 275, GARCÍA DE ENTERRÍA *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un Cambio de Paradigma?*, cit., 125.

⁴⁰ Secondo GARCÍA DE ENTERRÍA, del resto, una democrazia ‘matura’ presuppone una giustizia amministrativa ‘piena’ (*Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid, ult. ed. 2009, 86, 170 ss.).

⁴¹ GIANNINI - PIRAS, *Giurisdizione amministrativa* (voce), in *Enc. Dir.*, Milano, 1970, 229 ss.

⁴² Anche perché l’anticipazione di ‘senso’ che queste comportano potrebbe impedire la piena comprensione di una ‘verità’ (sul loro attuale significato) in evoluzione (l’espressione ‘parole stabili’ è tratta da GALIMBERTI, *Parole nomadi*, Milano, 2006, 9 ss.).

Tutto ciò premesso, la situazione che si presenta oggi all'interprete sembra chiara: negli ultimi anni, in differenti ordinamenti⁴³, i legislatori nazionali sono intervenuti in termini convergenti nel settore della giustizia amministrativa. Emerge così che un preciso momento storico sembra aver fatto 'maturare' soluzioni analoghe a problemi comuni, principalmente legate ad esigenze di giustizia molto simili, dovute all'evoluzione dei rapporti di diritto sostanziale tra cittadini e amministrazione⁴⁴. Del resto, ciò non rappresenterebbe una novità, considerato che, nel corso degli ultimi due secoli, vi è stata una forte e reciproca influenza tra ordinamenti nella formazione dei caratteri del processo amministrativo⁴⁵.

Un altro aspetto va senz'altro sottolineato. Le innovazioni appena ricordate sembrano essere indice di un differente equilibrio, in quanto lo sviluppo (ed anzi la trasformazione) del sistema è da ricondurre agli interventi dei diversi legislatori e non, invece, alla saggia e lenta elaborazione giurisprudenziale del giudice amministrativo – così si esprime García de Enterría - della giurisprudenza del Consiglio di Stato, fino ad oggi vera artefice del sistema di giustizia amministrativa (in primo luogo grazie alla elaborazione del vizio di 'eccesso di potere').

Quanto precisato consente di svolgere talune considerazioni sul significato ultimo delle riforme della giustizia amministrativa realizzatesi in Italia (a partire dal citato d.lgs. n. 80/1998 fino al nuovo Codice) in tempi relativamente rapidi rispetto alle evoluzioni del passato. Il punto è che quelle intervenute negli ultimi anni in gran parte degli ordinamenti europei non sembrano mere riforme 'tecniche', tali comunque da poter essere ricondotte al tradizionale modello di giustizia amministrativa: come si esprime García de Enterría, invero, "ante nuestros ojos se ha producido un cambio espectacular y sustancial del modelo mismo". Insomma, le trasformazioni in atto potrebbero essere comprese appieno ricorrendo alla epistologia dei 'paradigmi'⁴⁶, sicché rispetto alla giustizia amministrativa si sarebbe realizzata una vera e propria rivoluzione culturale provocata da elementi radicalmente nuovi che avrebbero determinato la 'rottura' del vecchio modello e la sua sostituzione. La circostanza che questa evoluzione si registri in vari Paesi, e non sia un fenomeno isolato o estemporaneo, mostra come stiano maturando i tempi per l'affermazione di un modello di giustizia amministrativa diverso,

⁴³ Va precisato che tali interventi si sarebbero realizzati senza alcun coordinamento tra i diversi Paesi e a prescindere da direttive comunitarie; come è ben noto, l'influenza della Comunità Europea sul diritto nazionale è, invece, spesso decisiva, come GARCÍA DE ENTERRÍA sottolinea in *Democrazia, jueces y control de la administración*, cit., 302 ss. Si vedano i volumi a cura di FALCON, *Il diritto amministrativo dei paesi europei*, Padova, 2005, e, *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, Padova, 2008.

⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democrazia, jueces y control de la administración*, cit., 53 ss.

⁴⁵ Il diritto francese, in particolare, ha svolto un ruolo decisivo; ciò è stato possibile in quanto nei vari ordinamenti, in un momento storico vicino, si sono manifestate esigenze di giustizia analoghe, alle quali si sono date 'risposte' simili.

⁴⁶ Esplicito – fin dal titolo del volume di GARCÍA DE ENTERRÍA - è il riferimento al pensiero di KHUN, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, 1962.

che richiede pertanto nuovi punti di riferimento (o forse anche solo una specificazione o un chiarimento dei termini utilizzati).

Gli elementi ‘di rottura’ sarebbero dovuti innanzitutto all’opera dei legislatori e sarebbero identificabili con quelle previsioni che hanno attribuito più incisivi poteri (di cognizione e di decisione) al giudice amministrativo, soprattutto nei tre profili nodali⁴⁷ delle misure cautelari, della esecuzione delle sentenze⁴⁸ e del potere di condanna al risarcimento del danno⁴⁹. Tali novità avrebbero determinato la crisi del tradizionale giudizio amministrativo sostanzialmente teso al mero annullamento del provvedimento impugnato. D’altra parte, se si condivide la prospettiva della ‘epistemologia dei paradigmi’, risulta irrilevante la (eventuale) non piena consapevolezza da parte del legislatore di provocare conseguenze tanto profonde sul sistema.

Secondo questa impostazione al ‘punto di rottura’ si sarebbe giunti per effetto dell’evoluzione della posizione giuridica sostanziale del cittadino nei confronti dell’amministrazione⁵⁰, di cui sarebbe un riflesso sul piano processuale la ‘parità’ delle parti innanzi al giudice (amministrativo) e la possibilità per il ricorrente di disporre di tutti gli strumenti processuali idonei a garantire la soddisfazione delle proprie (legittime) pretese sostanziali. In particolare, i rapporti tra soggetti privati ed amministrazione pubblica sarebbero divenuti sempre più ‘complessi’ e ‘conflittuali’⁵¹, sicché l’individuazione della misura di tutela più adeguata della posizione del singolo sarebbe possibile (non in astratto, ma) solo in rapporto alla fattispecie concreta. In ogni caso, sulla posizione individuale non potrebbe più gravare un pregiudiziale ‘timore reverenziale’ (o un atteggiamento di ‘deferenza’)⁵² verso l’amministrazione pubblica,

⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la administración*, cit., 55, 315 ss., 266, 294.

⁴⁸ AA.VV., *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, a cura di FALCON, Milano, 2010, in particolare si vedano i contributi di MORBIDELLI e VILLATA nel capitolo dedicato a *Efficacia ed esecuzione della sentenza*.

⁴⁹ Sulla possibilità di intendere il risarcimento in forma specifica come un ‘elemento di rottura’ rispetto ai tradizionali poteri del giudice amministrativo (in ragione dei peculiari caratteri del ‘danno ingiusto’ provocato dalla pubblica amministrazione, danno che richiede una ‘rielaborazione’ nel giudizio amministrativo, senza che sia in dubbio la ‘essenza’ risarcitoria del rimedio in forma specifica), cfr. RODOLFO MASERA, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., 137 ss.

⁵⁰ Immediato, per lo studioso italiano, è il rinvio all’opera di BENVENUTI, *Il nuovo cittadino: tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994; in particolare cfr. *Il ruolo dell’amministrazione nello Stato democratico*, in *Jus*, 1987, 291, e le osservazioni sul punto di CORSO, *Feliciano Benvenuti e l’attività amministrativa*, in *Jus*, 2008, 353, secondo cui l’analisi sul susseguirsi delle differenti forme di Stato è condotta da Benvenuti ricorrendo alla epistemologia dei paradigmi.

⁵¹ E’ noto che la società moderna sia, per varie ragioni, ‘complessa’ e ‘conflittuale’, e che ciò, invero, rappresenti anche una ‘opportunità’ (da ultimo, BENASAYAG – DEL REY, *Éloge du conflit*, La Découverte, 2007), tra l’altro perché impone di aggiornare (e ripensare) i ‘modelli’ che informano le varie scienze, anche sociali, come le discipline giuridiche o quelle economiche (a riguardo, cfr. FRYDMAN – GOLDBERG, *Imperfect Knowledge Economics*, Princeton University Press, 2007).

⁵² Sul punto è significativo il confronto svolto da GARCÍA DE ENTERRÍA con l’ordinamento statunitense in *Democracia, jueces y control de la administración*, cit., 179 ss., ove l’atteggiamento di ‘deferenza’ del giudice nei confronti dell’azione amministrativa trova ragioni particolari; interessante è

poiché sarebbe oramai chiaro che l'unico criterio davvero decisivo è rappresentato dal 'diritto', tra l'altro nella concezione più ampia, non limitata alla singola disposizione di legge.

La 'rottura' rispetto al passato sarebbe espressa dal fatto che nella 'nuova' configurazione del processo amministrativo è pienamente acquisito che il ricorrente agisce in giudizio non per il ripristino della legalità violata, quanto piuttosto per ottenere una reale eliminazione del pregiudizio arrecatogli dall'amministrazione pubblica. Il tradizionale 'paradigma' invocato per spiegare il giudizio amministrativo pare proprio essere giunto al limite della sua 'utilità', in quanto oggi non sembra più in grado di rispondere, in modo soddisfacente, alle nuove 'ragioni del diritto'. Anche in Italia si è così giunti alla conclusione che il giudice non potrà limitarsi all'accertamento della illegittimità del provvedimento, ma dovrà pronunciarsi anche sul modo in cui l'amministrazione avrebbe dovuto agire per dare corretta attuazione al diritto; la decisione giurisdizionale, così, dovrà stabilire 'come' l'amministrazione avrebbe dovuto agire in modo legittimo, non in astratto ma rispetto ad una fattispecie concreta⁵³. Il giudice decide una controversia in cui il carattere della concretezza si contrappone a quello tradizionale della legittimità astratta: del resto, i termini della 'questione' sottoposta al giudice sono definiti nel momento in cui è chiarito il 'contesto decisionale' nel quale l'amministrazione ha adottato il provvedimento, e sul punto incide il fatto che il 'diritto sostanziale' si sta progressivamente evolvendo nel senso di definire, con sempre maggiore dettaglio, interessi e pretese sostanziali del cittadino (verso la pubblica amministrazione)⁵⁴.

In sintesi, nessuno spazio può essere più concesso ad una supposta 'superiorità' dell'amministrazione, perlomeno nell'ambito del 'processo', dato che in esso le 'parti' (ormai senza altra qualificazione) chiedono di accertare quale sia la volontà del diritto ad un giudice istituzionalmente competente a far ciò⁵⁵.

L'aspetto su cui riflettere è dato da ciò, che la piena affermazione del valore del 'diritto' non mette in pericolo il valore della 'discrezionalità amministrativa', in primo luogo perché i due valori non sono in contrapposizione, come mostra la consapevolezza che la discrezionalità rappresenta un valore 'giuridico'; in sintesi, quindi, il peculiare ruolo

allora il rinvio a DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici*, in *Mercato concorrenza regole*, 2000, 469 ss., nonché TRAVI, *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia «amministrativa»?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 312 ss.

⁵³ Articoli 30, 34 del nuovo Codice; in dottrina si veda GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la administración*, cit., 257 ss. e 318 ss.

⁵⁴ RODOLFO MASERA, *Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo*, cit., 275.

⁵⁵ Insomma, la domanda di giustizia è rivolta ad un giudice che, in quanto tale, è preposto ad accertare ciò che impone il diritto ed è, quindi, competente a garantirne l'attuazione da parte di tutti i soggetti dell'ordinamento, amministrazione pubblica compresa. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA *Democracia, jueces y control de la administración*, cit., 137 ss. (in part. p. 140 ss.), 163 ss. e 254 (ove si considerano altresì gli ordinamenti di taluni Paesi europei).

della pubblica amministrazione nell'ordinamento democratico non si manifesta nel giudizio, ma nel procedimento amministrativo. Ciò ripropone la necessità di definire - con precisione - la portata della 'discrezionalità amministrativa' quale limite all'intervento del giudice⁵⁶, senza richiamare acriticamente impostazioni tradizionali. A tal fine, certamente indispensabile è il rinvio ai 'concetti giuridici indeterminati', e probabilmente sarebbe utile altresì una riflessione ('occasione' consentita propria dalla 'crisi' in atto) sull'incidenza di certe clausole generali o di certi standards come possibili strumenti per un sindacato veramente 'concreto' - ma pur sempre giurisdizionale - sulla discrezionalità amministrativa. Del resto, sembra essere diffusa la sensazione che, oggi, rispetto all'amministrazione pubblica permangano margini di (arbitraria) insindacabilità anche nel caso di scelte che, al contrario, sarebbero ritenute sindacabili se fossero state prese da soggetti privati⁵⁷.

Un'ultima considerazione si riferisce alla sempre più evidente interferenza tra il momento della 'decisione' e quello della sua 'esecuzione', nel senso che a riprova della maggiore incisività della tutela richiesta al giudice amministrativo (e, quindi, del fatto che il giudizio, in taluni casi, deve rappresentare il momento per stabilire la fondatezza o meno della pretesa sostanziale avanzata dal ricorrente⁵⁸) vi è la particolare (e significativa) attenzione mostrata verso lo strumento appositamente previsto per garantire l'osservanza della decisione del giudice⁵⁹. In questo senso, è significativo che

⁵⁶ A riguardo cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de derecho administrativo*, vol. II, Madrid, 2008, 669, secondo cui, rispetto a talune controversie concrete, “la discrecionalidad pueda quedar «reducida a cero»”; in altri termini, nell'ambito del giudizio di impugnazione la 'discrezionalità amministrativa' non rappresenterebbe *a priori* un limite per una pronuncia pienamente satisfattiva per il ricorrente: infatti, in ragione del contenuto della motivazione della sentenza è possibile stabilire il 'grado' di discrezionalità residua dopo l'annullamento giurisdizionale, dato che in taluni casi -valutati in concreto- essa sarà «reducida a cero». In ogni caso, la discrezionalità da riconoscere all'amministrazione dopo la sentenza non può essere quella di cui disponeva prima dell'intervento del giudice, poiché la discrezionalità “giunta al limite della legge e del diritto è ora soggetta al limite della sentenza” (cioè alla regola di diritto in essa contenuta); in sintesi, “l'ultima parola spetta sempre al diritto, che ha ‘parlato’ la prima volta tramite la legge e la seconda volta tramite la sentenza del giudice” (così si esprime I. M. DELGADO (*La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso-administrativas*, Madrid, 2006, 133, 147), riprendendo le osservazioni già di T. R. FERNANDEZ, *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, 2002, 155 (secondo il quale “l'ultima parola, costituzionalmente parlando, non la tiene né l'amministrazione né il giudice; *la tiene el Derecho*” (...)) “tutte le decisioni dell'amministrazione, per discrezionali che siano, sono suscettibili di controllo giudiziale, e questo controllo non è di mera legalità, ma di *giuridicità*, dato che l'amministrazione deve agire “nella *piena* soggezione alla Legge ed al *Derecho*” (art. 103 Cost.) oltre che “ai fini che la giustificano” (art. 106 Cost.). Il giudice potrà svolgere il proprio sindacato giurisdizionale sugli atti discrezionali fin dove lo consente il Diritto. L'ultima parola la tiene sempre il Diritto”).

⁵⁷ Sul 'valore della giustizia' garantita dal giudice e sul differente 'valore del pubblico interesse' cfr. GIANNINI - PIRAS, *Giurisdizione amministrativa* (voce), in *Enc. Dir.*, cit., 262.

⁵⁸ Con la precisazione, tra l'altro, che in sede di esecuzione rileva anche la 'regola di diritto' stabilita dal giudice in sentenza.

⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA indica la previsione (costituzionale) del potere del giudice di portare a piena esecuzione le proprie sentenze come un profilo decisivo, effettivamente 'di svolta', nell'evoluzione del diritto amministrativo dell'ordinamento spagnolo. Trasformazione, infine, perfezionata con la disciplina particolarmente dettagliata della legge n. 29 del 1998 sull'esecuzione delle sentenze (art. 103 ss.), la quale prevede l'eventualità che “*los derechos o intereses legítimos reconocidos frente a la*

la discrezionalità amministrativa venga considerata come ‘limite’ non tanto per la esecuzione in sé della sentenza quanto per talune modalità esecutive⁶⁰.

In ogni caso, è indubbio che la disciplina della ‘esecuzione’ della sentenza rappresenti un profilo importante per verificare i ‘caratteri’ della giurisdizione amministrativa e del suo giudizio (e le ragioni delle sue regole speciali)⁶¹, anche tramite il confronto con il processo ‘ordinario’; in questo senso, è significativo che nella dottrina spagnola si parli di “normalización del contencioso-administrativo”⁶², come se le regole sulla esecuzione della sentenza facessero emergere la (eventuale) ‘specialità’ di un processo. Anche in Italia il giudizio di ottemperanza, la cui disciplina è il risultato di un lungo percorso di dottrina e giurisprudenza⁶³, ha svolto un ruolo essenziale nella tutela del cittadino.

In Italia, la trasformazione della giustizia amministrativa verso un nuovo paradigma, in atto da tempo, ha subito un’accelerazione dopo il superamento nel 1999⁶⁴ del principio della non risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi; il nuovo orientamento avrebbe mutato il ruolo del giudice amministrativo: da giudice del mero annullamento degli atti illegittimi a giudice del risarcimento e della soddisfazione della pretesa sostanziale avanzata dal ricorrente, sulla falsariga delle prerogative giudice ordinario.

Di tale evoluzione è oggi testimonianza la nuova disciplina codicistica delle azioni esperibili innanzi al giudice amministrativo.

Administración en una sentencia” passata in giudicato possano essere oggetto di “*expropiación*” per ragioni “*de utilidad pública o de interés social*”, previo indennizzo (art. 105).

⁶⁰ I. M. DELGADO, *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso-administrativas*, cit., 144.

⁶¹ Del resto, la originaria impostazione che attribuiva al giudizio amministrativo il compito di garantire la ‘legalità’ oggettiva dell’azione amministrativa avrebbe condizionato, nell’ordinamento italiano, in modo significativo, la iniziale disciplina del giudizio di ottemperanza, il che mostra chiaramente la stretta interferenza – nella prospettiva di una tutela effettiva del ricorrente – tra il contenuto dell’accertamento giudiziale compiuto dalla sentenza e la disciplina della sua esecuzione (così GIANNINI - PIRAS, *Giurisdizione amministrativa* (voce), cit., 247, 256, ai quali si rinvia anche per l’analisi del profilo ‘oggettivo’ o ‘soggettivo’ della tutela assicurata dal giudizio amministrativo).

⁶² I.M. DELGADO, *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso-administrativas*, Madrid, 2006, 165; nonché dello stesso Autore, *La naturaleza jurídica de la ejecución provisional de las sentencias contencioso-administrativas*, in *UNED – Boletín de la facultad de derecho*, n. 28, 2006, 88.

⁶³ NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 297 ss.; FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003.

⁶⁴ Anche GARCÍA DE ENTERRÍA (*Las Transformaciones de la Justicia Administrativa*, cit., 113) ricorda l’importanza della nota sentenza della Corte di Cassazione, 22.07.1999, n. 500, in tema di risarcibilità di interessi legittimi, e quella della Corte Costituzionale, 06.07.2004, n. 204, in particolare laddove il giudice costituzionale dichiara che il potere risarcitorio del giudice amministrativo – legislativamente previsto a partire dal 1998 – rappresenta uno strumento di tutela ulteriore e differente rispetto alla (tradizionale) tutela annullatoria. L. MEDIANA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, Madrid, 2007. ORSI BATTAGLINI e MARZUOLI, *La cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalle Pubbliche Amministrazioni: trasfigurazione e morte dell’interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, 338; SCOCA, *Risarcimento e interessi legittimi*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 13; TRIMARCHI BANFI, *L’ingiustizia del danno*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 632.

III. LE AZIONI

In una logica di semplificazione, la disciplina delle azioni persegue l’obiettivo di una uniformità processuale⁶⁵, anzitutto con il superamento –per lo meno sotto il profilo delle regole processuali⁶⁶- della tradizionale distinzione tra giurisdizione di merito, giurisdizione generale di legittimità e giurisdizione esclusiva, e con la unificazione dei mezzi di prova utilizzabili nel processo amministrativo (art. 63).

Il progetto di Codice proposto dal Consiglio di Stato era stato redatto in coerenza con la tripartizione delle azioni di cognizione (costitutive, di accertamento, di condanna), e valorizzando altresì le specificità del giudizio amministrativo, tanto da prevedere azioni con tratti peculiari: l’azione avverso il silenzio dell’Amministrazione pubblica (quale peculiare azione di accertamento) e l’azione di adempimento (quale peculiare azione di condanna)⁶⁷.

Nel testo definitivo, però, il Governo ha eliminato le norme (generali) sull’azione di accertamento e sull’azione di adempimento, sicché le azioni oggi esplicitamente disciplinate dal Codice sono le azioni di annullamento, di condanna ed avverso il silenzio; in particolare, nel pieno rispetto della tradizione, l’azione costitutiva si è risolta principalmente nell’azione di annullamento (art. 29 e art. 34, comma 1, lett. a), nuovo codice), sebbene siano possibili anche pronunce sostitutive nella giurisdizione di merito (art. 34, comma 1, lett. b), nuovo codice); è poi disciplinata l’azione di condanna (artt.

⁶⁵ TRAVI, *Il codice del processo amministrativo, Presentazione*, cit., 209; CLARICH, *Il nuovo codice del processo amministrativo. Le azioni*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 1121.

⁶⁶ Infatti, la Costituzione italiana continua a prevedere la distinzione tra giurisdizione generale di legittimità e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativa, ai sensi dell’art. 103, comma 1, secondo cui: “il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi”. Si veda DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988; nonché Corte costituzionale, 05.07.2004, n. 204; Corte costituzionale 28.07.2004, n. 281; Corte costituzionale 11.05.2006, n. 191, secondo cui la giurisdizione esclusiva presuppone comunque il collegamento con un potere amministrativo. Secondo le Sezioni Unite della Cassazione non si verifica il collegamento con il potere “quando l’amministrazione agisca in posizione di parità con i soggetti privati, ovvero quando l’operare del soggetto pubblico sia ascrivibile a mera attività materiale, con la consapevolezza che si verte in questo ambito ogni volta che l’esercizio del potere non sia riconoscibile neppure come indiretto ascendente della vicenda” (15 giugno 2006, nn. 13911 e 13660 e 13659); la Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha precisato che: “il venir meno, per annullamento giurisdizionale, di atti che sono espressione di una posizione di autorità, non rende rilevanti solo come comportamenti gli effetti *medio tempore* prodotti in loro esecuzione, ma determina la concentrazione della cognizione dinanzi allo stesso giudice amministrativo, il quale verifica il corretto esercizio del potere” (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 09.02.2006, n. 2; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 30.07.2007, n. 10).

⁶⁷ DOMENICHELLI, *Le azioni nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1; CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557; RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 913.

30 e 34, comma 1, lett. c) e in modo autonomo l'azione nei confronti del silenzio (artt. 31 e 34, comma 1, lett. b); azioni peculiari sono previsti per i riti speciali, come nel caso del contenzioso in materia di appalti pubblici (art. 120 e seguenti) o di diritto di accesso agli atti amministrativi (art. 25, legge 241/1990).

Tuttavia, si ritiene che anche l'azione di accertamento nonché quella di adempimento, ancorché non espressamente previste, siano esperibili. Infatti, il principio di effettività della tutela giurisdizionale consente una lettura delle norme codicistiche tale da ampliare il novero sia delle domande proponibili in relazione alle situazioni giuridiche da proteggere sia le decisioni adottabili dal giudice amministrativo⁶⁸. Del resto, come è noto, la disciplina delle azioni rappresenta uno dei principali anelli di congiunzione fra diritto sostanziale e diritto processuale, secondo il tradizionale principio già espresso da Chiovenda della strumentalità del processo alla protezione delle posizioni sostanziali⁶⁹.

L'analisi delle azioni esperibili secondo il nuovo Codice riguarderà gli aspetti di maggiore novità, sicché viene qui tralasciata una disamina approfondita della tradizionale azione di annullamento nel giudizio amministrativo, che in Italia è ben nota in tutti i suoi profili, specie dopo gli studi di Mario Nigro sui molteplici effetti (caducatorio, ripristinatorio e conformativo) della sentenza di annullamento⁷⁰. Del resto, la attuale importanza dell'azione di annullamento, è comprovata dal fatto che le disposizioni del Codice sullo svolgimento del giudizio (Libro Secondo del Codice) sono sostanzialmente modellate sul giudizio di impugnazione⁷¹, ed hanno portata generale salvo differente disposizione ai sensi dell'art. 38 del Codice⁷².

⁶⁸ Ai sensi dell'art. 34 del nuovo codice. AA. VV., *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Milano, 2011, in particolare si veda TORCHIA, *Le nuove pronunce e l'ambito di decisione del giudice*, nonché TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*.

⁶⁹ Gli strumenti processuali devono essere modellati in relazione al concreto atteggiarsi della posizione giuridica di cui si domanda la protezione; da ultimo, cfr. la decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 23.03.2011, n. 3; nonché la sentenza del TAR Lombardia, Milano, sez. III, 08.06.2011, n. 1428. PROTO PISANI, *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro it.*, 2012, V, 1; NIGRO, *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in *La riforma del processo amministrativo*, Milano, 1980, 177.

⁷⁰ GIANNINI, *Sulla ripristinazione conseguente all'annullamento di un atto estintivo del rapporto di pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1942, III, 145; NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Il giudizio di ottemperanza*, Milano, 1983, 63; CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989; FERRARI, *La decisione giurisdizionale amministrativa: sentenza di accertamento o sentenza costitutiva?*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 563.

⁷¹ L'annullabilità degli atti amministrativi è prevista oggi dall'art. 21-octies della legge generale sul procedimento amministrativo n. 241 del 07.08.1990, secondo cui: "E' annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza. Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora

1. AZIONE DI ACCERTAMENTO

Il Codice non contempla espressamente un'azione (generale) di accertamento, ma l'ammissibilità di una simile azione a tutela dei diritti soggettivi nelle materie di giurisdizione esclusiva si ricava tradizionalmente dai principi generali⁷³. Anche nel processo amministrativo l'azione di accertamento deve essere esercitata entro il termine di prescrizione del diritto e l'accertamento può riguardare sia un diritto patrimoniale che un diritto non patrimoniale: la relativa sentenza può essere attuata tramite il (tradizionale) giudizio di ottemperanza del giudice amministrativo.

Invero, si verifica nel processo amministrativo una situazione analoga a quella che si registra nel processo civile, nel quale pure manca un esplicito riferimento normativo all'azione di accertamento: il potere di accertamento del giudice è comunque ritenuto connaturato al concetto stesso di giurisdizione; nel giudizio amministrativo, ai sensi dell'art. 34 del Codice, è in ogni caso escluso che il giudice possa pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati, il che - evidentemente - opera quale limite anche rispetto alla pronuncia di accertamento.

Nei giudizi promossi a tutela di interessi legittimi, da tempo la giurisprudenza escludeva l'azione di accertamento nel caso in cui sarebbe stata proponibile l'azione di annullamento: ciò è oggi confermato dal Codice ai sensi dell'art. 34, comma 2, secondo cui: "*il giudice non può conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento*". Dunque, la illegittimità di un atto

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

⁷² TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 204. Consiglio di Stato, sez. V, 23.05.2011, n. 3084; Consiglio di Stato, sez. IV, 24.05.2011, n. 3110; TAR Puglia, Bari, sez. III, 10.11.2010, n. 3873.

⁷³ Da ultimo cfr. la decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 15 del 29.07.2011, secondo cui: "*Nel codice del processo amministrativo l'azione di accertamento, che non è espressamente disciplinata, può scaturire da un'interpretazione sistematica delle norme dallo stesso dettate, che prevedono la definizione del giudizio con sentenza di merito puramente dichiarativa agli art. 31, comma 4 (sentenza dichiarativa della nullità), 34, comma 3 (sentenza dichiarativa dell'illegittimità quante volte sia venuto meno l'interesse all'annullamento e persista l'interesse al risarcimento), 34, comma 5 (sentenza di merito dichiarativa della cessazione della materia del contendere), 114, comma 4, lett. b (sentenza dichiarativa della nullità degli atti adottati in violazione od elusione del giudicato), nonché dall'art. 34, comma 2, che, prevedendo che "in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati", non può che riferirsi all'azione di accertamento, per sua natura caratterizzata da tale rischio di indebita ingerenza, visto che le altre azioni tipizzate dal codice sono per definizione dirette a contestare l'intervenuto esercizio (od omesso esercizio) del potere amministrativo*". Si veda anche TAR Lazio, Roma, sez. I, 19.01.2011, n. 472; TAR Puglia, Bari, sez. II, 17.12.2010, n. 4242. GRECO, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 481; TONOLETTI, *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 593.

amministrativo può essere contestata – principalmente - tramite l'azione (costitutiva) di impugnazione, fatte salve alcune eccezioni dovute a particolari evenienze processuali⁷⁴.

Il dibattito sulla ammissibilità di un'azione di accertamento rispetto ad interessi legittimi si è intensificata da quando il Consiglio di Stato⁷⁵ ha ammesso l'azione di accertamento per la tutela dei soggetti terzi avverso la denuncia di inizio attività⁷⁶.

Va precisato che nel Codice sono presenti diverse, specifiche tipologie di azioni di accertamento: quella che conduce alla sentenza dichiarativa della cessazione della materia del contendere (art. 34, comma 5); quella che conduce alla dichiarazione di nullità degli atti adottati in violazione o elusione di giudicato (art. 114, comma 4); quella che conduce alla dichiarazione di inefficacia del contratto (artt. 121 e 122).

In base ai principi generali, l'azione di accertamento è ammessa anche al fine di accertare la nullità di un provvedimento amministrativo⁷⁷ e deve essere esperita entro il termine di decadenza di 180 giorni: ciò al fine di assicurare una maggiore certezza nelle situazioni giuridiche. Invero, l'eventuale scadenza del ricordato termine di decadenza non ha riflessi sulla inefficacia del provvedimento amministrativo, tant'è che la sua nullità può essere opposta dalla parte resistente in un giudizio in cui si invoca l'applicazione di tale atto (nullo), e può essere rilevata d'ufficio dal giudice (art. 31, comma 4).

Vi è poi la possibilità che nel corso del (tradizionale) giudizio di impugnazione dell'atto amministrativo, l'annullamento del provvedimento impugnato non sia più utile per il ricorrente⁷⁸; anche in queste ipotesi, tuttavia, permane la possibilità per il giudice di accertare la illegittimità dell'atto qualora il ricorrente vi abbia l'interesse ai fini del risarcimento: in altri termini, l'azione di annullamento viene convertita in azione di

⁷⁴ Infatti, “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” art. 34, comma 3, del Codice).

⁷⁵ Consiglio di Stato, sez. VI, 09.02.09, n. 717; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 29.07.11, n. 15.

⁷⁶ L'art. 49, IV comma, del d.l. 31.05.2010, n. 78 recante: “Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica”, convertito, con modificazioni, dalla legge 30.07.2010, n. 122, ha introdotto nell'ordinamento amministrativo un nuovo modello di regolamentazione dell'avvio di un ampio novero di attività private che prescindono da un previo atto di assenso. Il nuovo istituto, definito ‘segnalazione certificata di inizio attività’ (SCIA), prende il posto della ‘denuncia di inizio attività’ (DIA); le ragioni di questo intervento vanno ricercate in una prospettiva di rilancio dell'economia e della competitività.

⁷⁷ Art. 21-septies, legge 241/1990; artt. 31, comma 4, e 133, comma 1. TAR Lazio, Roma, sez. I, 09.06.2011, n. 5151. Ai sensi dell'art. 21-septies della legge generale sul procedimento amministrativo n. 241 del 07.08.1990: “è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge”.

⁷⁸ Come nel caso della totale esecuzione dell'appalto la cui aggiudicazione era stata impugnata (Consiglio di Stato, sez. VI, 30.06.2011, n. 3892).

accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato ai fini risarcitori⁷⁹ (art. 34, comma 3); tale regola si ispira all'istituto previsto dall'ordinamento processuale tedesco (§ 113 della Legge dell'ordinamento processuale amministrativo tedesco (VwGO)).

2. AZIONE DI ADEMPIMENTO

Il Codice non ha espressamente introdotto una disciplina (generale) dell'azione di adempimento, ma ciò non esclude che il giudice amministrativo possa condannare la Pubblica amministrazione all'emanazione di un provvedimento con un contenuto puntualmente determinato dal giudice.

Infatti, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. c), del Codice, tra i poteri del giudice amministrativo vi è quello di condannare l'amministrazione pubblica “*all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*”. In tal modo si consente una tutela analoga a quella che si voleva introdurre con l'azione di adempimento proposta nel progetto di Codice redatto dal Consiglio di Stato sulla falsariga di quanto previsto nell'ordinamento processuale tedesco⁸⁰. Del resto, nell'originario progetto di Codice, l'azione di adempimento era configurata come una specificazione dell'azione di condanna, la quale oggi è esplicitamente prevista dall'art. 30.

Una simile azione di adempimento è oggi confermata dall'Adunanza Plenaria in base al combinato disposto dell'art. 30 e dell'art. 34 del Codice, ed invocando l'art. 24 Costituzione⁸¹.

In ogni caso, l'accertamento della spettanza del provvedimento sarà - in concreto - possibile solo in assenza di margini di esercizio della discrezionalità, e sempre che non siano necessari ulteriori adempimenti istruttori da parte della Pubblica amministrazione⁸². Invece, nel giudizio introdotto da una simile azione di adempimento l'istruzione probatoria processuale è svolta con un esercizio penetrante dei poteri officiosi del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 63 del Codice, proprio in

⁷⁹ Consiglio di Stato, sez. VI, 04.04.2011, n. 2102; Consiglio di Stato, sez. VI, 12.05.2011, n. 2817; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 14.07.2011, n. 1887; Consiglio di Stato, sez. IV, 07.07.2011, n. 4064.

⁸⁰ Secondo il § 42 della Legge dell'ordinamento processuale amministrativo tedesco (VwGO), il ricorrente può chiedere al giudice, oltre all'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo, anche “*la condanna all'emanazione di un atto rifiutato o omesso*”. In dottrina, si veda CLARICH, *L'azione di adempimento del sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamento giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 60; MASUCCI, *La legge tedesca sul processo amministrativo*, Milano, 1991.

⁸¹ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 23.03.2011, n. 3; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29.07.2011, n. 15. Gli artt. 30 e 34 del Codice del processo amministrativo sono dedicati all'azione di condanna ed al contenuto delle decisioni pronunciabili dal giudice amministrativo, mentre l'art. 24 della Costituzione sancisce che: “*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti o interessi legittimi*”.

⁸² TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 05.03.2011, n. 324.

considerazione della difficoltà che il privato potrebbe avere nel dimostrare tutti gli elementi che avrebbe dovuto indurre la Pubblica amministrazione ad agire in un certo, particolare modo. Del resto, nell'ottica di semplificare l'onere probatorio del ricorrente, la versione originaria del progetto di Codice, che prevedeva espressamente l'azione di adempimento, imponeva anche alla Pubblica amministrazione di allegare in giudizio *“tutti gli elementi utili ai fini dell'accertamento della fondatezza della pretesa”* (art. 42 del progetto provvisorio di Codice).

Infine, costituisce una peculiare azione di adempimento prevista in una norma specifica del Codice, la domanda tesa a conseguire l'aggiudicazione di un appalto pubblico e la conseguente stipula del contratto, ai sensi dell'art. 124 del d.lgs. 104/2010, a norma del quale: *“L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto e' comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato. La condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si e' resa disponibile a subentrare nel contratto, e' valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile”*.

3. AZIONE AVVERSO IL SILENZIO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Sebbene il testo finale del Codice non contempli espressamente una disciplina generale dell'azione di adempimento, in varie disposizioni codicistiche si trova un riferimento ad una simile azione: ad esempio, nel caso dell'art. 31 concernente la disciplina dell'azione avverso il silenzio⁸³: il giudice amministrativo ha il potere di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio avverso il silenzio.

In tal caso, il ricorso non è soggetto al termine ordinatorio di decadenza di 60 giorni, ma può essere proposto finché l'amministrazione omette di adottare un provvedimento espresso e in ogni caso entro 1 anno dalla scadenza del termine previsto per la conclusione del procedimento dall'art. 2 della legge 241/1990.

Il giudice che accoglie il ricorso *“ordina all'amministrazione di provvedere”* entro un termine congruo, di regola non superiore a 30 giorni (art. 117); l'ordine di provvedere può anche avere un contenuto 'specifico' nel senso che il giudice può precisare il contenuto del provvedimento, in quanto *“può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio”*. Naturalmente il giudice non può sostituire proprie valutazioni a quelle che la legge riserva alla amministrazione pubblica, nell'esercizio della sua discrezionalità amministrativa. Pertanto, l'ordine del giudice di provvedere in

⁸³ In particolare, una volta superata la concezione che assimilava il silenzio ad un provvedimento negativo esplicito, l'azione nei confronti del silenzio è stata per molto tempo considerata una azione di accertamento; infatti la tutela dell'interesse legittimo non poteva realizzarsi tramite l'azione di annullamento, in quanto il silenzio non poteva in alcun modo essere equiparato ad un atto.

modo specifico può intervenire solo in assenza di discrezionalità amministrativa e qualora non siano necessari “*adempimenti istruttori*” riservati all’amministrazione pubblica.

4. AZIONE DI CONDANNA

La legge istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali del 1971 consentiva l’esercizio dell’azione di condanna nel processo amministrativo (art. 26, comma 3) nell’ambito della giurisdizione esclusiva e solamente per il pagamento di somme di denaro dovute dalla pubblica amministrazione⁸⁴; in particolare, l’accertamento del debito della amministrazione era funzionale alla esecuzione forzata della sentenza nelle forme previste dall’art. 474, n. 1, del codice di procedura civile.

Oggi il Codice (art. 30) consente la condanna in termini più ampi, in quanto non è più limitata alle pronunce contro la pubblica amministrazione né può essere limitata alle pronunce a contenuto pecuniario: ad esempio, nell’ambito della giurisdizione esclusiva la condanna può riguardare l’adempimento di qualsiasi obbligazione (art. 30, comma 1 e 2; art. 34, comma 1, lett. c)).

Il criterio di effettività della tutela giurisdizionale consente di definire i limiti e la portata della (generale) azione di condanna: è così ammissibile anche la condanna ad un *facere* che consente di ottenere la modificazione della realtà materiale in seguito al positivo esercizio dell’azione di annullamento.

L’azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione; nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a 120 giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza.

5. L’AZIONE RISARCITORIA

L’azione di condanna può essere proposta anche in via autonoma, ma solo nell’ambito della giurisdizione esclusiva e nei casi in cui si domandi la condanna al risarcimento del danno ingiusto per lesione di interessi legittimi⁸⁵: in tal caso la richiesta dev’essere proposta entro il termine di decadenza di 120 giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento che ha provocato il danno. Il termine di 120 giorni non decorre fintanto che perdura l’inadempimento qualora si

⁸⁴ FALCON, *Il giudice amministrativo fra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 287; POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2000, 255.

⁸⁵ DE PETRIS, *Il nuovo codice del processo amministrativo. Il riparto di giurisdizione*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 1129. Sui presupposti del risarcimento si veda di recente Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 23.03.2011, n. 6594, e 23.03.2011, n. 6596; TAR Liguria, sez. I, n. 10721/2010; TAR Lombardia, sez. II, 854/2011; TAR Lombardia, sez. IV, 858/2011; TAR Sardegna, sez. II, n. 290/2011.

domandi il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprovi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, ai sensi dell'art. 2 della legge generale sul procedimento amministrativo n. 241/1990⁸⁶; in ogni caso, il termine di 120 giorni inizia a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine entro il quale l'Amministrazione pubblica avrebbe dovuto provvedere.

Nel caso di condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria, al fine di determinare il risarcimento, il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti.

Il Codice prevede una regola di compromesso per disciplinare il rapporto tra l'azione risarcitoria e quella di annullamento del provvedimento causativo del danno, trovando così una posizione di equilibrio tra i due opposti orientamenti espressi dal Consiglio di Stato e dalla Corte di Cassazione sul punto.

In particolare, in precedenza, mentre la Cassazione ammetteva la azione risarcitoria c.d. pura, vale a dire non collegata all'azione di annullamento dell'atto produttivo del danno ingiusto di cui si domanda il risarcimento, il Consiglio di Stato affermava la regola della pregiudizialità tra le due azioni, subordinando la richiesta di risarcimento al previo esperimento dell'azione di annullamento.

Oggi, invece, come si è detto, l'art. 30 stabilisce che la richiesta dev'essere proposta entro il termine di decadenza di 120 giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento che ha provocato il danno. Il superamento della pregiudizialità è però compensato dalla introduzione di un termine decadenziale di 120 giorni per proporre domanda risarcitoria⁸⁷.

L'introduzione di un termine perentorio rappresenta una soluzione di compromesso di dubbia legittimità, tant'è che di recente è stata sollevata questione di legittimità

⁸⁶ A norma del quale: *“Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso”* (comma 1), e *“Nei casi in cui disposizioni di legge ovvero i provvedimenti di cui ai commi 3, 4 e 5 non prevedono un termine diverso, i procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali devono concludersi entro il termine di trenta giorni”* (comma 2).

⁸⁷ Va detto che il giudizio in esame non è coordinabile con il giudizio sul silenzio: la domanda risarcitoria dovrebbe essere proposta entro 120 giorni dal momento in cui il fatto si è verificato (art. 30, comma 3), mentre l'azione sul silenzio risulta proponibile in un termine più ampio, pari a 1 anno (art. 30, comma 2).

costituzionale della norma esaminata laddove prevede un termine così breve rispetto a quello di prescrizione del diritto (al risarcimento) di 5 anni⁸⁸.

IV. L'AUTONOMIA DEL GIUDIZIO RISARCITO RISPETTO AL TRADIZIONALE GIUDIZIO DI IMPUGNAZIONE

L'autonomia tra giudizio di annullamento e giudizio risarcitorio è affermata in vario modo dal codice del processo amministrativo⁸⁹, ed è del tutto coerente con il fatto che l'illegittimità dell'agire amministrativo rappresenta –come è noto- solo uno degli elementi costitutivi della responsabilità risarcitoria⁹⁰.

L'autonomia dell'azione risarcitoria è confermata dal fatto che il pregiudizio risarcibile è quello determinato dall'illegittimità dell'azione o dell'omissione amministrativa, e che l'accertamento di tale illegittimità costituisce il ‘nucleo ultimo’ della sentenza di annullamento del giudice amministrativo; tant'è che “la sentenza di annullamento non può essere considerata solo nella prospettiva della eliminazione di un atto amministrativo”⁹¹: ed infatti il giudice amministrativo può determinare gli effetti delle proprie sentenze di accoglimento, ad esempio limitando la retroattività degli effetti della sentenza o addirittura escludendoli del tutto e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi⁹².

Del resto, l'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato costituisce il nucleo essenziale della sentenza di annullamento, e come tale rilevante a prescindere dal soggetto che abbia promosso il ricorso. Pertanto, il risarcimento può essere domandato anche da chi non abbia impugnato il provvedimento amministrativo che abbia provocato il danno⁹³. Ed infatti è risarcibile il “danno ingiusto” anche solo “derivante”

⁸⁸ TAR Sicilia, Palermo, 07.09.2011, n. 1628.

⁸⁹ In particolare, cfr. gli artt. 7, 30 e 34 del nuovo Codice. TAR Campania, Napoli, sez. IV, 25.03.2011, n. 1739.

⁹⁰ Infatti, è pacifico l'indirizzo che ritiene indispensabile -anche nel giudizio amministrativo- l'accertamento dei presupposti della responsabilità civile ai sensi dell'art. 2043 del codice civile (Consiglio di Stato, sez. V, 15.09.2010, n. 6797; Consiglio di Stato, sez. VI, 27.04.2010, n. 2384; Consiglio di Stato, sez. V, 14.01.2009, n. 122; Consiglio di Stato, sez. V, 16.02.2009, n. 842; Consiglio di Stato, sez. VI, 21.04.2009, n. 2436. Consiglio di Stato, sez. V, 24.03.2011, n. 1796; Consiglio di Stato, sez. V, 24.06.2011, n. 3814).

⁹¹ TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 307.

⁹² Consiglio di Stato, sez. VI, 10.05.2011, n. 2755.

⁹³ Pertanto, non è condivisibile l'ordinanza cassazione sezioni Unite 23 marzo 2011, n. 6596, secondo la quale premesso che, ai sensi degli articoli 103 e 113 Cost., il giudice amministrativo ha giurisdizione ‘contro’ gli atti della Pubblica amministrazione, sussiste la giurisdizione ordinaria nel caso di domanda risarcitoria promossa nei confronti di un'amministrazione da parte del soggetto aggiudicatario di una gara d'appalto poi giurisdizionalmente annullata su ricorso di un terzo: ciò in quanto il presunto danneggiato non è stato destinatario di un provvedimento sfavorevole o di un diniego espresso o tacito di cui avrebbe potuto postulare l'illegittimità ma di un atto positivo (l'aggiudicazione) che non ha certo messo a rischio o diminuito, ma semmai incrementato il suo patrimonio.

dall'illegitimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria: ciò sarebbe del tutto coerente con l'affermazione della giurisprudenza costituzionale secondo cui il rimedio risarcitorio è "strumento di tutela ulteriore rispetto a quello classico demolitorio", sul presupposto che –già con l'art. 35 del d.lgs. 80/98, come modificato dall'art. 7 della legge 205/2000- "al precedente sistema che, in considerazione della natura intrinseca di diritto soggettivo della situazione giuridica conseguente all'annullamento del provvedimento amministrativo, attribuiva al giudice ordinario le controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi, il legislatore ha sostituito un sistema che riconosce esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche il potere di risarcire, sia per equivalente sia in forma specifica, il danno sofferto per l'illegitimo esercizio della funzione"⁹⁴.

Inoltre l'autonomia dell'azione risarcitoria è confermata dalla giurisprudenza secondo cui il fatto causativo del danno è riconducibile a quei "comportamenti causativi di danno ingiusto che costituiscono esecuzione di atti amministrativi e sono quindi riconducibili all'esercizio del pubblico potere", come tali spettanti al giudice amministrativo⁹⁵. E d'altro canto, "il danno non è di norma cagionato dal provvedimento in sé inteso ma da un fatto, ossia da un comportamento, in seno al quale rilevano anche le condotte precedenti e successive all'atto"; sicché "in caso di fatto illecito non viene in rilievo una mera illegittimità del provvedimento in sé ma un'illiceità della condotta complessiva riguardo alla quale assume rilievo centrale il giudizio sintetico-comparativo di valore sull'ingiustizia del danno nonché la valutazione della rimproverabilità soggettiva del contegno"⁹⁶.

L'autonomia dell'azione risarcitoria deriva anche dal fatto che la domanda risarcitoria può essere promossa (innanzi al giudice amministrativo) anche nel caso in cui l'atto produttivo di danno sia stato annullato in via di autotutela dalla stessa amministrazione pubblica⁹⁷: nello stesso senso depono la regola del codice per cui la liquidazione del quantum del danno risarcibile è legato al comportamento complessivo delle parti e,

Secondo l'ordinanza in commento la giurisdizione amministrativa sussisterebbe solo quando si tratti di apprestare tutela (cautelare, cognitoria ed esecutiva) contro l'agire pubblicistico dell'amministrazione pubblica in favore del soggetto privato che abbia visto illecitamente impedita la realizzazione del proprio interesse sostanziale per effetto di un atto negativo. Tale soluzione, però, oltre a prescindere dalle norme del nuovo codice del processo amministrativo sulla giurisdizione esclusiva, pare non considerare l'autonomia del giudizio di annullamento da quello risarcitorio, e quindi che l'illegittimità dell'agire amministrativo rappresenta solo uno degli elementi costitutivi della responsabilità risarcitoria, da un lato; e, dall'altro, che l'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato costituisce il nucleo essenziale della sentenza di annullamento, e come tale rilevante a prescindere dal soggetto che abbia promosso il ricorso.

⁹⁴ Corte costituzionale, 11.05.2006, n. 191.

⁹⁵ Corte costituzionale, 11.05.2006, n. 191; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 30.07.2007, n. 10.

⁹⁶ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 23.03.2011, n. 3.

⁹⁷ TAR Puglia, Bari, sez. II, 09.09.2009, n. 2066.

dunque, anche all’eventuale annullamento d’ufficio dell’atto lesivo da parte dell’amministrazione (art. 30, comma 3).

Le considerazioni fin qui svolte trovano conferma nella giurisprudenza secondo cui rientra senz’altro nella giurisdizione amministrativa l’azione risarcitoria per il danno provocato da un atto amministrativo successivamente annullato in via di autotutela dall’amministrazione pubblica: anche in tal caso -è evidente- ciò che rileva ai fini risarcitori è solo l’accertamento dell’illegittimità dell’atto⁹⁸. Ed il soggetto legittimato a domandare il risarcimento potrà essere anche chi riceveva un vantaggio, poi venuto meno, dal provvedimento amministrativo ritirato, come nel caso della responsabilità precontrattuale in cui incorre l’amministrazione che ritiri, ancorché legittimamente, l’aggiudicazione provvisoria di un appalto⁹⁹.

Il che, del resto, si correla alla consapevolezza che giudizio di impugnazione e giudizio risarcitorio sono ben distinti, con presupposti, struttura ed obiettivi differenti¹⁰⁰, come da ultimo ha ritenuto l’Adunanza Plenaria, secondo cui: “in questo quadro normativo, sensibile all’esigenza di una piena protezione dell’interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, risulta coerente che la domanda risarcitoria, ove si limiti alla richiesta di ristoro patrimoniale senza mirare alla cancellazione degli effetti prodotti del provvedimento, sia proponibile in via autonoma rispetto all’azione impugnatoria e non si atteggi più a semplice corollario di detto ultimo rimedio secondo una logica gerarchica che il codice del processo ha con chiarezza superato”¹⁰¹.

D’altra parte, la necessità di una pronuncia giudiziale che accerti esplicitamente la fondatezza della domanda risarcitoria (e, quindi, la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità civile) non può essere esclusa invocando quella giurisprudenza, anche comunitaria, che intende in termini ‘oggettivi’ la responsabilità dell’amministrazione e prescinde da un accertamento autonomo dell’elemento psicologico; si tratta, come è noto, dell’indirizzo che configura una responsabilità risarcitoria in presenza di un danno ingiusto provocato da un atto illegittimo, salvo che

⁹⁸ TAR Lazio, Roma, sez. I, 11.09.2009, n. 8577; TAR Campania, Napoli, sez. III, 22.03.2010, n. 1247; TAR Puglia, Bari, sez. II, 09.09.2009, n. 2066.

⁹⁹ TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 21.02.2011, n. 306.

¹⁰⁰ In particolare, cfr. gli artt. 30 e 34 del d.lgs. 104/2010, nonché Corte di Cassazione 23.12.2008, n. 30254.

¹⁰¹ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 23.03.2011, n. 3. E ciò anche in virtù di quell’orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione in ordine al noto tema dell’assenza di pregiudizialità tra l’azione di annullamento e quella risarcitoria, oggi sostanzialmente condiviso dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Oltre alle note ordinanze della Cassazione del giugno 2006 nn. 13659, 13660 e 13911, cfr. le Sezioni Unite della Corte di Cassazione 02.07.2007, n. 14954; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 23.03.2011, n. 3.

l'amministrazione dimostri in giudizio che tale illegittimità sia stata determinata da 'errore scusabile'¹⁰².

V. LA TUTELA CAUTELARE

Il nuovo codice ripropone gli orientamenti già espressi nella legge 205/2000 per quanto concerne le utilità e i contenuti della tutela cautelare, mentre modifica alcune regole processuali del giudizio cautelare (artt. 55 e seguenti); in particolare, il Codice amplia la tutela cautelare in ragione della varietà delle vertenze devolute oggi al giudice amministrativo¹⁰³.

Le innovazioni riguardano 3 profili: la garanzia del contraddittorio; nei casi di particolare urgenza, un accesso alla tutela cautelare più celere e più semplice; la valorizzazione della fase cautelare anche ai fini di una sollecita decisione del ricorso. Tali novità si riflettono su alcuni principi decisivi della tutela giurisdizionale: la parità delle parti, l'irrinunciabilità di una tutela cautelare 'adeguata' alla garanzia del diritto di azione del ricorrente e la ragionevole durata del processo¹⁰⁴.

In ogni caso, il codice conferma la centralità della tutela cautelare (artt. 55 e seguenti) tant'è che particolare attenzione è dedicata al nesso tra la camera di consiglio fissata per la discussione dell'istanza cautelare e l'udienza destinata alla discussione nel merito del ricorso.

Ciò spiega perché oggi il procedimento cautelare sia disciplinato in modo da garantire un contraddittorio pieno tra le parti: il codice (art. 27) dispone definitivamente che il giudice amministrativo può provvedere sull'istanza cautelare solo dopo l'integrazione del contraddittorio con tutte le parti necessarie del processo: il che è innanzi tutto coerente con i principi sulla essenzialità della tutela cautelare e sul carattere decisorio della relativa ordinanza. Pertanto, prima dell'integrazione del contraddittorio, il giudice amministrativo può assumere solo misure cautelari provvisorie, che però sono necessariamente soggette ad un riesame successivo da parte del giudice una volta perfezionato il contraddittorio tra le parti necessarie.

¹⁰² Consiglio di Stato, sez. IV, 07.09.2010, n. 6485; T.A.R. L'Aquila, Abruzzo, sez. I, 10.09.2010, n. 661. Sul punto cfr. RODOLFO MASERA, *La colpa dell'amministrazione per violazione di direttive comunitarie*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 674.

¹⁰³ TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 10.06.2011, n. 1514. Per un inquadramento generale del tema si veda FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981; POTOTSCHNIG, *La tutela cautelare*, in *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione*, Milano, 1988, 195; FRACCHIA, *Osservazioni in tema di misure cautelari di carattere dispositivo nel giudizio amministrativo*, in *Foro it.*, 1998, III, 308.

¹⁰⁴ Secondo TRAVI "la disciplina della tutela cautelare nel Codice ruota complessivamente intorno al bilanciamento reciproco di questi valori" (*Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 203).

L'esigenza di un contraddittorio pieno, del resto, è funzionale alla regola per cui la decisione di merito può essere assunta anche in sede cautelare, ricorrendo precise condizioni¹⁰⁵.

Onde evitare che l'assetto degli interessi definito in sede cautelare si consolidi, il Codice valorizza i caratteri dell'interinalità e della strumentalità delle misure cautelari. Ad esempio, è previsto che l'ordinanza che dispone una misura cautelare fissi contestualmente la data di discussione del ricorso di merito (art. 55, comma 11)¹⁰⁶.

Nella medesima prospettiva, la misura cautelare concessa prima dell'instaurazione del giudizio ante causam perderà effetto dopo 60 giorni dalla sua emanazione (art. 61, comma 5)¹⁰⁷; il Codice del processo amministrativo si differenzia così dal codice del processo civile (art. 669-octies c.p.c.), il quale prevede che le misure cautelari abbiano efficacia ultrattiva, pur senza divenire res iudicata, ove le parti in causa rinuncino a introdurre il giudizio di merito.

Il codice conferma poi la prassi invalsa per impedire che si abusasse dell'eventuale sospensione cautelare, ritardando così la discussione nel merito del ricorso (artt. 55 e 56): in particolare, la domanda cautelare è improcedibile qualora non venga presentata istanza di fissazione della udienza di merito; il che conferma l'esigenza di contenere la misura cautelare nella sua dimensione propria, di misura interinale, destinata a produrre effetti solo per il tempo necessario al giudice di pronunciare la sentenza sulla fondatezza o meno del ricorso.

¹⁰⁵ L'art. 60 dispone che: "In sede di decisione della domanda cautelare, purché siano trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, il collegio, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata, salvo che una delle parti dichiari che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza, ovvero regolamento di giurisdizione. Se la parte dichiara che intende proporre regolamento di competenza o di giurisdizione, il giudice assegna un termine non superiore a trenta giorni. Ove ne ricorrano i presupposti, il collegio dispone l'integrazione del contraddittorio o il rinvio per consentire la proposizione di motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza o di giurisdizione e fissa contestualmente la data per il prosieguo della trattazione".

¹⁰⁶ L'accoglimento dell'istanza cautelare comporta quindi una priorità nella trattazione del merito (in precedenza cfr. art. 21, comma 12, legge TAR del 1971).

¹⁰⁷ Prima delle recenti riforme della giustizia amministrativa, in Italia, non era contemplata una tutela cautelare precedente all'instaurazione del giudizio: la Corte costituzionale aveva, infatti, ritenuto che la mancanza di tutela cautelare ante causam non fosse incostituzionale, in quanto la tutela interinale eventualmente garantita con un decreto d'urgenza del Presidente del Tribunale Amministrativo Regionale avrebbe comunque offerto una tutela sufficientemente tempestiva (Corte costituzionale, 10.05.2002, n. 179). Tuttavia, l'esigenza di tutela cautelare ante causam era affermata in relazione a vertenze di rilievo per il diritto comunitario (Corte di giustizia CE, sez. IV, 29.04.2004, causa C-202/03), da un lato, e, dall'altro, il Codice dei contratti pubblici regolò la tutela cautelare ante causam per le vertenze in materia di appalti pubblici (art. 245, d.lgs. 12.04.2006, n. 163).

La possibilità di fissare l'udienza di merito in breve tempo potrebbe far diminuire l'esigenza di emanare ordinanze di carattere propulsivo¹⁰⁸, rispetto alle quali si è posto il concreto problema di definire i limiti del potere cautelare; verrebbe così ridimensionato il dibattito intorno ai contenuti che può assumere la misura cautelare: dibattito in particolare concernente la relazione di continenza tra la misura adottata in sede cautelare e il dispositivo della sentenza che definisce il giudizio.

In un'ottica simile è prevista la possibilità di fissare l'udienza di merito nel più breve tempo possibile come alternativa alla concessione della misura cautelare. Tale previsione, che era già contenuta nell'art. 23-bis¹⁰⁹ della legge n. 1034 del 1971, viene oggi riproposta dal Codice nell'art. 119, comma 3, per i riti abbreviati e nell'art. 55, comma 10, per la tutela cautelare collegiale in generale; vi è però una differenza, in quanto nell'art. 55 è demandata al giudice una valutazione (quella sulle "esigenze del ricorrente" che "siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito") che nell'art. 119 è effettuata direttamente dalla legge¹¹⁰.

VI. LA ISTRUTTORIA PROCESSUALE

Il codice conferma i tradizionali principi dell'istruttoria¹¹¹, in base ai quali: i fatti possono essere introdotti e fatti valere nel processo solo dalle parti (principio dispositivo o della domanda), ed il giudice non può d'ufficio modificare o integrare i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni. La prova dei fatti spetta alle parti del

¹⁰⁸ Con le ordinanze propulsive (o tecnica del *remand*) il giudice amministrativo ordina alla pubblica amministrazione di valutare particolari profili che potrebbero condurre ad una differente decisione amministrativa; le ordinanze propulsive sono utili, in particolare, a provocare una riconsiderazione della fattispecie da parte della Pubblica amministrazione, od a determinare una emersione dei fatti che non erano stati sufficientemente considerati dalla Pubblica amministrazione.

¹⁰⁹ L'art. 23-bis è stato aggiunto nella legge n. 1034 del 1971 dall'articolo 4 della legge 21.07.2000, n. 205; l'art. 23-bis in commento è stato abrogato dall'articolo 4, comma 1, punto 10), dell'Allegato 4 al nuovo codice.

¹¹⁰ Infatti, a norma dell'art. 119, comma 3, del Codice in esame: "Salva l'applicazione dell'articolo 60, il tribunale amministrativo regionale chiamato a pronunciare sulla domanda cautelare, accertata la completezza del contraddittorio ovvero disposta l'integrazione dello stesso, se ritiene, a un primo sommario esame, la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso e di un pregiudizio grave e irreparabile, fissa con ordinanza la data di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza, disponendo altresì il deposito dei documenti necessari e l'acquisizione delle eventuali altre prove occorrenti. In caso di rigetto dell'istanza cautelare da parte del tribunale amministrativo regionale, ove il Consiglio di Stato riformi l'ordinanza di primo grado, la pronuncia di appello è trasmessa al tribunale amministrativo regionale per la fissazione dell'udienza di merito. In tale ipotesi, il termine di trenta giorni decorre dalla data di ricevimento dell'ordinanza da parte della segreteria del tribunale amministrativo regionale, che ne dà avviso alle parti".

¹¹¹ TAR Lombardia, Milano, sez. II, 21.04.2011, n. 1829. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sotto ordinati*, Napoli, 1963, 374.

processo, le quali hanno l'onere di fornire gli elementi (di prova) che siano nella loro disponibilità (art. 64). In ogni caso, il giudice può disporre d'ufficio i mezzi istruttori che ritiene utili (metodo acquisitivo), anche in assenza di un'istanza specifica della parte, e ciò al fine di riequilibrare le posizioni delle parti a favore del ricorrente nel giudizio di impugnazione¹¹²: viene eliminata così l'asimmetria informativa che caratterizza i rapporti tra soggetto privato e Pubblica amministrazione nel procedimento amministrativo. L'istruttoria processuale, dunque, continua ad essere ispirata al principio dispositivo con metodo acquisitivo, in base al quale il criterio dell'onere della prova può essere derogato dal giudice ogni qual volta la posizione sostanziale delle parti sia tale da rendere indisponibile la possibilità della prova per il ricorrente. Tale sistema è stato interpretato dalla giurisprudenza in chiave inquisitoria riducendo l'onere della prova ad un onere di allegazione, e quindi in definitiva al principio della domanda¹¹³.

È, infine, confermata la regola (art. 64) che il giudice valuta le prove in base al principio del suo libero apprezzamento (o libero convincimento)¹¹⁴.

In materia, il Codice prevede anche delle novità, in quanto è stabilito che il giudice può trarre argomenti di prova dal comportamento processuale delle parti (art. 64, comma 4); in tal modo viene applicata nel processo amministrativo la regola prevista nel codice del processo civile (art. 116, comma 2, del c.p.c.), che parte della giurisprudenza amministrativa aveva già ritenuto di poter utilizzare in via analogica¹¹⁵.

Inoltre, analogamente a quanto già previsto dall'art. 115 del codice del processo civile, il Codice ha introdotto nel processo amministrativo un onere di contestazione in capo alle parti del processo, sicché il giudice può ritenere provati (ai fini della decisione) i fatti non specificamente contestati dalle parti costituite (art. 64, comma 2)¹¹⁶.

Il quadro dei mezzi istruttori è stato innovato dal nuovo Codice. La disciplina previgente si fondava sulla distinzione fra i 3 ordini di giurisdizione (di legittimità, di merito, ed esclusiva) e rispetto a ciascuno di essi articolava diversamente i mezzi istruttori: nella giurisdizione generale di legittimità, i mezzi istruttori erano limitati alla richiesta di documenti, alla richiesta di chiarimenti, alle verificazioni, e dopo la legge n. 205/2000 alla C.T.U.; nella giurisdizione di merito, erano ammessi tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, con esclusione dell'interrogatorio formale e del giuramento (in quanto incompatibili con il principio del libero apprezzamento della prova da parte del giudice amministrativo); nella giurisdizione esclusiva, prima

¹¹² BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953; NIGRO, *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1996, 683.

¹¹³ GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994, 44.

¹¹⁴ VILLATA, *Riflessioni introduttive allo studio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 201.

¹¹⁵ Consiglio di Stato, sez. VI; 25.11.2008, n. 5768.

¹¹⁶ TAR Campania, Napoli, sez. VII, 05.05.2011, n. 2463.

l'intervento della Corte costituzionale e poi le riforme realizzate con il d.lgs. 80/1998 e con la legge 205/2000, avevano introdotto un modello di istruttoria simile a quello del processo civile (ancora con l'esclusione dell'interrogatorio formale e del giuramento)⁽¹¹⁷⁾.

Oggi, il Codice riduce i limiti alla cognizione del fatto da parte del giudice amministrativo di legittimità, in particolare, superando la distinzione dei mezzi istruttori inizialmente prevista a seconda che venisse in rilievo la giurisdizione amministrativa di legittimità, quella di merito o quella esclusiva.

In sintesi, il giudice amministrativo può provvedere all'acquisizione di informazioni (o chiarimenti) e documenti; all'ordine di esibizione di documenti (che può essere rivolta anche ad un soggetto terzo (anche privato) rispetto alla controversia); all'ispezione giudiziale, la quale va distinta dalle verificazioni (art. 27 reg. proc.)¹¹⁸.

Particolare attenzione meritano le novità in tema di consulenza tecnica d'ufficio (C.T.U.) e di prova testimoniale. In realtà, la C.T.U. non è un mezzo di prova, perché non determina il convincimento del giudice circa la verità dei fatti controversi: essa si limita ad offrire al giudice le cognizioni specialistiche necessarie alla valutazione di fatti già acquisiti.

La C.T.U. non è propriamente una novità, in quanto era stata già prevista dall'art. 35, comma 5, del d.lgs. 80/98, per la giurisdizione esclusiva; dall'art. 16, della legge 205/2000, per la giurisdizione di legittimità; e dall'art. 27 del citato regio decreto n. 642/1907, che propriamente la denominava "perizia", per la giurisdizione di merito. La novità rispetto al passato è data da ciò, che il Codice subordina la C.T.U. ad un giudizio di indispensabilità o stretta necessità da parte del giudice amministrativo (art. 63, comma 4)¹¹⁹; precisamente, per l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche, il giudice può ordinare l'esecuzione di una verifica ovvero, se indispensabile, può disporre una c.t.u.: tuttavia, la nuova regola comporta il rischio di assecondare la ritrosia manifestata da parte della giurisprudenza nell'uso della C.T.U.

¹¹⁷ E' invece ammesso l'interrogatorio libero (TAR Lombardia, Milano, sez. III, 06.05.2011, n. 1205; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 06.04.2011, n. 904).

¹¹⁸ Le verificazioni possono riguardare anche l'accertamento di fatti o di situazioni complesse, analogamente a quanto si verifica con la C.T.U. (TAR Piemonte, Torino, sez. II, 19.05.2011, n. 491); prima del nuovo Codice le verificazioni erano demandate esclusivamente alla pubblica amministrazione, mentre oggi possono essere demandate anche ad organismi privati.

¹¹⁹ Precisamente, "qualora reputi necessario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche, il giudice può ordinare l'esecuzione di una verifica ovvero, se indispensabile, può disporre una consulenza tecnica".

La prova testimoniale è oggetto di una disciplina peculiare nel Codice in esame¹²⁰, in quanto la testimonianza nel processo amministrativo dev'essere assunta in forma scritta.

Si registra dunque una evidente differenza rispetto al codice del processo civile (art. 257-bis c.p.c. e art. 103 disp. att.) dove la testimonianza scritta può essere assunta, in alternativa alla testimonianza orale, solo in presenza di due condizioni: vale a dire, l'accordo delle parti e la valutazione da parte del giudice della “natura” della causa e di ogni altra circostanza.

Non è chiara nemmeno la regola (art. 63, comma 3) per cui, da un lato, la prova testimoniale può essere ammessa dal giudice su istanza di parte, e, dall'altro, è necessario il consenso della controparte; l'ambiguità di tale disposizione deriva dal fatto che in tal modo la prova testimoniale verrebbe rimessa al consenso della controparte, il che potrebbe comportare una violazione dell'art. 111 della Costituzione Italiana in tema di “giusto processo”¹²¹.

VII. CONCLUSIONI

Il nuovo codice del processo amministrativo italiano, come si è visto, introduce elementi di novità importanti, e tuttavia -per certi versi- pare confermare soluzioni di fondo del tradizionale processo amministrativo, e ciò per lo meno sotto il profilo, comunque nodale, del rapporto tra giudice amministrativo e pubblica amministrazione.

In particolare, il nuovo codice non riesce a superare del tutto l'antico retaggio per cui l'amministrazione pubblica che è chiamata in giudizio non è solo parte processuale, in posizione paritaria rispetto al ricorrente privato, ma è anche soggetto istituzionale e titolare di ragioni di interesse pubblico. Vi sono regole processuali che, in qualche modo, consolidano tale tradizionale convinzione, come ad esempio le citate norme che limitano la prova testimoniale alla forma scritta, oppure che limitano fortemente la consulenza tecnica d'ufficio (C.T.U.); ma nello stesso senso si può registrare l'assenza nel codice di regole che prevedano preclusioni processuali tali da imporre alla amministrazione pubblica un preciso onere di contestare entro termini puntuali i fatti affermati dal ricorrente.

¹²⁰ Tar Lombardia, Milano, sez. III, 14.04.2011, n. 1374; TAR Piemonte, Torino, sez. I, 04.05.2011, n. 452.

¹²¹ Inoltre, va rilevato che rispetto alle vertenze in materia di pubblico impiego già la Corte costituzionale con la sentenza 10.04.1987, n. 146 aveva ritenuto essenziale che fosse garantita la disponibilità di tutti i mezzi istruttori ammessi nel processo del lavoro; pertanto, se l'art. 63, comma 3, del nuovo Codice dovesse essere interpretato nel senso di introdurre limiti alla prova testimoniale nel processo amministrativo che riguardi il pubblico impiego risulterebbe illegittimo sotto il profilo costituzionale (TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 265).

Se fosse vero che ancora sotto il vigore del nuovo codice il giudice amministrativo debba mantenere ferma una certa deferenza nei confronti dell'amministrazione pubblica, ancorché questa non agisca come "autorità" (come nell'ambito del giudizio), ciò sarebbe fortemente criticabile, oltre che contraddittorio rispetto alle premesse che hanno ispirato la stesura del nuovo codice (vedi la legge di delega n. 69/2009). Infatti le regole di un giudizio (anche di quello amministrativo) non dovrebbero essere condizionate dalla natura (in questo caso pubblica) degli interessi rappresentati da una parte processuale: è evidente che la pubblica amministrazione agisce come "autorità" solo ed esclusivamente nell'ambito del procedimento amministrativo in cui esercita poteri pubblicistici; è invece mera "parte processuale" nel giudizio amministrativo instaurato contro gli atti adottati nell'eventuale esercizio illegittimo del potere pubblicistico, in quanto in tale ambito vi è un giudice (amministrativo) istituzionalmente competente a stabilire la regole di diritto applicabili al caso concreto.

