

# Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa\*

Fabio Saitta

Publicato sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it> il 15 febbraio 2011

SOMMARIO: 1. Fondamento e contenuto. - 2. Rapporti con il principio di effettività. - 3. Limiti alla sua concreta applicazione: a) gli atti della pubblica amministrazione «non giustiziabili» per carenza attuale d'interesse. - 4. *Segue*: b) gli atti «non giustiziabili» in quanto non espressione di funzione amministrativa. - 5. Limiti alla deducibilità dei vizi: a) l'area insindacabile del merito. - 6. *Segue*: b) gli ordini. - 7. *Segue*: c) il silenzio sull'istanza di adozione di atti normativi e/o generali. - 8. *Segue*: d) le ipotesi di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990. - 9. Limiti alle pronunce adottabili dal giudice amministrativo: l'esempio della c.d. acquisizione sanante. - 10. Un caso peculiare (ovvero quando l'effettività della tutela diventa un *boomerang*): l'intangibilità del giudicato alla prese con il diritto comunitario. - 11. Giustiziabilità ed effettività nel codice del processo amministrativo: delusioni e speranze.

## 1. Fondamento e contenuto

Che il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa rientri a pieno titolo tra i principi del diritto amministrativo non può essere messo in dubbio. Si può discutere, tutt'al più, di quale sia l'espressione più esatta, in quanto, ancorché di «giustiziabilità»<sup>1[1]</sup> si parli sia nella giurisprudenza - amministrativa<sup>2[2]</sup>, civile<sup>3[3]</sup>, tributaria<sup>4[4]</sup> e persino costituzionale<sup>5[5]</sup> - che nella dottrina - al livello di approfondimenti monografici<sup>6[6]</sup>, di manuali<sup>7[7]</sup>, di commentari<sup>8[8]</sup>, di saggi<sup>9[9]</sup> e financo di relazioni a convegni<sup>10[10]</sup> - ed addirittura nella didattica universitaria<sup>11[11]</sup>, il

---

\* Questo saggio è destinato ad essere inserito in un volume collettaneo sui principi del diritto amministrativo, di prossima pubblicazione.

<sup>1[1]</sup> Termine che - è appena il caso di rilevare - non compare nei dizionari della lingua italiana, nei quali non è nemmeno contemplato il termine «giustiziabile»: cfr. G. DEVOTO - G.C. OLI, *Vocabolario della lingua italiana 2011*, Milano, 2010, 1241.

<sup>2[2]</sup> Ad es., Cons. St., Sez. V, 11 gennaio 2006, n. 43, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>3[3]</sup> Da ultimo, Cass., Sez. un., 7 maggio 2010, n. 11082, in *CED Cassazione*, 2010.

<sup>4[4]</sup> Comm. trib. I grado Verbania, 19 dicembre 1983, in *Giur. it.*, 1985, III, 2, 6.

<sup>5[5]</sup> Sent. 6 dicembre 1985, n. 313, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>6[6]</sup> Cfr., ad es., C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 175, 267-268.

<sup>7[7]</sup> Da ultimo, G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 90, che intitola «Giustiziabilità» un apposito paragrafo.

<sup>8[8]</sup> V., ad es., G. CERRINA FERONI, *La giustiziabilità degli atti della pubblica amministrazione*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. Morbidelli, Milano, 2005, 35 ss.

<sup>9[9]</sup> Assai di recente, M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 146.

<sup>10[10]</sup> Si veda, ad es., il titolo della relazione di M. MACCHIA al Convegno su: «I principi dell'Organizzazione mondiale del commercio» - Urbino, 12 maggio 2006: *Il principio di giustiziabilità delle pretese nel diritto internazionale dell'ambiente*.

<sup>11[11]</sup> Cfr., ad es., il piano delle lezioni di Istituzioni di diritto amministrativo predisposto, per l'a.a. 2009/2010, da F. MERLONI, che prevedeva un'apposita lezione su: «Amministrazione e Costituzione», a conclusione della quale si sarebbe trattato il seguente argomento: «Il principio di giustiziabilità e la

principio in esame è sovente declinato in modo leggermente diverso (taluno parla, ad es., di «principio di giustiziabilità delle pretese»<sup>12[12]</sup>) o accompagnato da diverse aggettivazioni [si legge, ad es., «principio di piena giustiziabilità degli atti amministrativi (o, se si preferisce, di piena azionabilità degli interessi protetti)»<sup>13[13]</sup>] che, per le ragioni che di qui a poco illustreremo, sono utili a comprendere meglio il concreto contenuto del principio stesso.

Parimenti indubbio è il fondamento normativo di tale principio, unanimemente rinvenuto nell'art. 113 della Costituzione<sup>14[14]</sup>, che peraltro non è altro che un «diritto precipitato dell'inviolabilità della difesa»<sup>15[15]</sup>, garantita dal precedente art. 24<sup>16[16]</sup>.

Trattasi, dunque, di un principio costituzionale scritto, che sintetizza la garanzia, rinvenibile appunto nella Carta costituzionale, della tutela giurisdizionale degli interessi protetti<sup>17[17]</sup> nei confronti dei pubblici poteri: quindi, di un principio generale dell'ordinamento giuridico, sia perché tale è certamente il principio di difesa<sup>18[18]</sup>, che l'art. 113 non fa altro che specificare con riferimento alle questioni concernenti le amministrazioni pubbliche, sia perché tra i principi generali del diritto vanno collocati, *in primis*, i principi della nostra Costituzione, che «esprimono i valori irrinunciabili di una società matura, di una società che ha raggiunto un grado di civiltà elevato»<sup>19[19]</sup>.

Ma si tratta anche di un principio comunitario, in quanto - com'è stato acutamente osservato - già nel 1975 la Corte europea dei diritti dell'uomo affermò che l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo garantiva, oltre che il giusto processo, anche il diritto di adire i tribunali (dove c'è un interesse protetto, c'è anche azione),

---

sanzione costituzionale della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi (artt. 24, 103 e 113)». Ma v. anche lo schema della «LezioneAmm2» di A. BRANCASI, dedicata alle «Regole costituzionali relative alla Pubblica amministrazione», al cui interno si legge: «Principio di giustiziabilità: necessario che a poteri autoritativi sia precostituito un parametro normativo relativo al loro esercizio».

<sup>12[12]</sup> Oltre al titolo della relazione citata nella nota 7, cfr. A. CARIOLA, *Riflessioni sul silenzio della p.a.: profili sostanziali e processuali* (Intervento al Convegno su: «Le nuove regole dell'azione amministrativa» - Catania, 11-12 novembre 2005), in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), § 3. Parla di «giustiziabilità di una pretesa risarcitoria» Trib. Taranto, Sez. lav., 20 gennaio 2009, ined.

<sup>13[13]</sup> Così S. TARULLO, *Giusto processo (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, t. 1, Milano, 2008, 381.

<sup>14[14]</sup> Esplicitamente in tal senso, innanzitutto, Corte cost., n. 313/1985, cit.. In dottrina, S. TARULLO, *ibidem*, e G. CERRINA FERONI, *ibidem*.

<sup>15[15]</sup> Così Cons. St., Sez. V, n. 43/2006, cit.

<sup>16[16]</sup> Da ultimo, G. ROSSI, *ibidem*. Per maggiori approfondimenti ed ulteriori riferimenti, dottrinali e giurisprudenziali, sul punto, v., se vuoi, F. SAITTA, *Art. 113*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino, 2006, III, 2142-2143.

<sup>17[17]</sup> Per dirla con S. TARULLO, *ibidem*, e, prim'ancora, con F.G. SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989.

<sup>18[18]</sup> Da ultimo, G. MONTEDORO, *Brevi considerazioni in tema di principi generali sui mezzi di impugnazione delle sentenze e futura codificazione del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 670.

<sup>19[19]</sup> A. FALZEA, *I principi generali del diritto (Lectio magistralis svolta a Messina il 25 ottobre 2007)*, 6 del dattiloscritto (redatto, su cortese concessione dell'A., in virtù della registrazione dell'esposizione orale).

ponendo così «un argine invalicabile ad ogni ingiustificata eccezione alla generale ammissibilità della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche sostanziali»<sup>20[20]</sup>.

Dopo il fondamento normativo, del principio di giustiziabilità occorre adesso individuare il contenuto.

Se, in astratto, è di tutta evidenza che «il principio di giustiziabilità esige che i poteri dell'amministrazione siano esercitati in aderenza ad un parametro *normativo* precostituito, di modo che tale conformità possa essere verificata da un giudice»<sup>21[21]</sup>, in concreto, è assai meno agevole stabilire come - ossia, sulla base di quali parametri ed in forza di quali poteri - tale verifica vada effettuata.

Non essendo questa la sede adatta per una disamina a tutto tondo della questione<sup>22[22]</sup>, ci si limita a porre alcuni punti fermi:

- a) ancorché l'esistenza di due situazioni giuridiche distinte, consacrata dallo stesso art. 113, comma 1, della Costituzione, faculti certamente il legislatore ordinario a prevedere due sistemi processuali diversi e, quindi, diverse tecniche di tutela<sup>23[23]</sup>, deve decisamente escludersi che tra diritti soggettivi ed interessi legittimi possano esservi diverse gradazioni in termini di pienezza ed effettività della tutela<sup>24[24]</sup>. E' lo stesso art. 24 della Costituzione, d'altronde, ad assicurare agli interessi legittimi «le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare»<sup>25[25]</sup>. Questo fermo

---

<sup>20[20]</sup> N. TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'«azione» nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo (parte prima)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 48. Sul «diritto ad un tribunale» sancito dal citato art. 6 C.E.D.U., *amplius*, S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'«altro» diritto europeo in Italia Francia e Inghilterra*, Napoli, 2007, 249-255.

<sup>21[21]</sup> C. CUDIA, *op. cit.*, 268.

<sup>22[22]</sup> Per la quale sia consentito rinviare a F. SAITTA, *op. cit.*, 2141-2159.

<sup>23[23]</sup> Corte cost., 10 maggio 2002, n. 179, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Ciò non significa, peraltro, che debbano necessariamente coesistere due ordini di giurisdizione (come sostenuto da A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 463, e, se non abbiamo frainteso il suo pensiero, da M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 151, che reputa discutibile l'ipotesi «*deux droits, un juge*», formulata da D. TRUCHET, *Plaidoyer pour une cause perdue: la fin du dualisme juridictionnel*, in *AJDA*, 2005, 1769), ben potendo il medesimo giudice assicurare una tutela adeguata alle diverse situazioni giuridiche con forme processuali, se del caso, differenziate.

<sup>24[24]</sup> *Ex multis*, G.B. GARRONE, *Contributo allo studio del provvedimento impugnabile*, Milano, 1990, 96-99 e 216; G. VERDE, *Ma che cos'è questa giustizia amministrativa?*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 620; B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, 1997, 30; da ultimo, R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (ottobre 2010), § 1.

<sup>25[25]</sup> Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). In dottrina, nel senso che, al pari dell'art. 24, l'art. 113 Cost. accomuna diritti soggettivi ed interessi legittimi «nell'ambito di un programma comune che è quello della effettività e della completezza del sistema di tutela giurisdizionale e, insieme, relativizza il significato della distribuzione della giurisdizione tra i due giudici a regola strumentale alla realizzazione di tale programma», A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000, 162; già prima, A. CORPACI, *Riparto della giurisdizione e*

convincimento ci esime dall'affrontare il problema della distinzione delle due situazioni giuridiche sul terreno del diritto sostanziale, *ergo* di stabilire quali concrete conseguenze implichi il fatto che «la Costituzione usa due espressioni diverse»<sup>26[26]</sup>,

- b) pur in mancanza di esplicite indicazioni legislative, la nozione di «atti della pubblica amministrazione» contenuta nel succitato art. 113, comma 1, si è nel tempo sempre più evoluta in senso oggettivistico in virtù delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, tanto che oggi è lecito affermare che essa sta ad indicare quegli atti giuridici che hanno «per compito la soddisfazione di specifici e concreti interessi pubblici nei modi e termini stabiliti dalla legge»<sup>27[27]</sup>. In essa, vengono dunque ricompresi anche gli atti emanati da soggetti non incardinati nella struttura burocratica denominata «pubblica amministrazione», dovendo anche quest'ultima dizione essere oggi ritenuta comprensiva di tutti i centri di imputazione di attività amministrativa, intesa come attività volta alla cura di interessi pubblici<sup>28[28]</sup>, a prescindere dal loro collegamento strutturale con i soggetti nella cui organizzazione sono incardinati<sup>29[29]</sup>;
- c) l'anzidetto riferimento agli «atti della pubblica amministrazione» assume una valenza oggettiva estremamente ampia anche nel senso che esso deve ritenersi comprensivo pure dell'inerzia e dei comportamenti in genere della pubblica amministrazione. Ed infatti, la circostanza, frutto di un'attenzione eccessiva del Costituente per la giustiziabilità delle manifestazioni esplicite dei pubblici poteri, che del principio dell'indefettibilità della tutela sia stata usata, per così dire, «un'espressione monca» e non si sia «saputo [...] immaginare una parola - "operato", per esempio - del tipo di quella usata dalla Costituzione spagnola ("*actuación*") che assicurasse espressamente la tutela in ordine a qualunque forma di azione o di omissione amministrativa»<sup>30[30]</sup>, non preclude certo oggi una lettura più al passo con i tempi. Lettura che certamente può - ed anzi, deve - farsi se si accetta di valorizzare la portata programmatica del precetto costituzionale di cui si discute e, senza trincerarsi dietro interpretazioni fondate sull'esclusivo dato letterale, si pone l'accento sulla capacità del sistema di giustizia amministrativa di assicurare una protezione davvero piena. La

---

*tutela del lavoro nella pubblica amministrazione*, Milano, 1985, 332; G. BERTI, *Art. 113*, in *Commentario della Costituzione italiana*, diretto da G. Branca, Bologna-Roma, 1987, 87.

<sup>26[26]</sup> Come sottolineato da G.U. RESCIGNO, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana (dialogando con Andrea Orsi Battaglini a proposito del suo libro Alla ricerca dello Stato di diritto)*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 116.

<sup>27[27]</sup> G.B. GARRONE, *op. cit.*, 204.

<sup>28[28]</sup> B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000, 483.

<sup>29[29]</sup> G.B. GARRONE, *op. cit.*, 205; G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, 4<sup>a</sup> ed., Padova, 2001, 573-574.

<sup>30[30]</sup> U. ALLEGRETTI, *Giustizia amministrativa e principi costituzionali*, in *Amministrare*, 2001, 195-196.

copertura costituzionale, dunque, si estende a tutti i moduli di azione delle amministrazioni pubbliche, ricomprendendo a pieno titolo i silenzi ed i meri comportamenti materiali<sup>31[31]</sup>: insomma, «dove vi è potere pubblico, procedura amministrativa, diritti dei cittadini, il giudice deve potere essere invocato e agire per sanzionare la regolarità dei comportamenti pratici»<sup>32[32]</sup>. Ciò che, d'altronde, trova ormai conferma nel codice del processo amministrativo, che all'art. 7, comma 4, attribuisce alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo anche le controversie relative ad omissioni delle pubbliche amministrazioni<sup>33[33]</sup>;

- d) la pienezza della tutela, oggi significativamente affermata dall'art. 1 c.p.a., implica inevitabilmente che il giudice che annulla gli atti amministrativi possa anche, ricorrendone i presupposti, condannare la pubblica amministrazione a risarcire il danno, com'era stato, del resto, già previsto dall'art. 35 del decreto legislativo n. 80 del 1998<sup>34[34]</sup>. Com'è noto, infatti, la giurisprudenza costituzionale ha inequivocabilmente affermato che il potere di condanna «non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione», aggiungendo che «[l']attribuzione di tale potere non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato [...], ma anche, e soprattutto, essa affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri»<sup>35[35]</sup>. Il giudice amministrativo deve ritenersi, quindi, il giudice

---

<sup>31[31]</sup> Nel senso che l'elemento letterale («contro gli atti») non deve indurre ad escludere dalla garanzia costituzionale di tutela giurisdizionale l'attività materiale della pubblica amministrazione che non si estrinsechi in atti è già da tempo pervenuta la più accorta dottrina: *ex multis*, A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985, 214 ss.; F. LEDDA, *Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi*, in *Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace* (Atti del Convegno di Messina, 15-16 aprile 1988), Milano, 1993, 134-135, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 331-332. Più recentemente, nel senso che la tutela giurisdizionale dev'essere garantita sempre, in ogni caso in cui vi sia lesione, F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002, 419-420. In giurisprudenza, da ultimo, T.A.R. Campania-Napoli, Sez. II, 11 ottobre 2010, n. 18387, in *Foro amm.*: TAR, 2010, 3277.

<sup>32[32]</sup> U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007, 803.

<sup>33[33]</sup> Sul punto, T.A.R. Puglia-Bari, Sez. II, 29 settembre 2010, n. 3516, in *Foro amm.*: TAR, 2010, 2956.

<sup>34[34]</sup> Sulle azioni previste oggi dal codice del processo amministrativo, tra cui quella di condanna, ci diffonderemo nella parte conclusiva del lavoro: cfr. *infra*, § 11.

<sup>35[35]</sup> Corte cost., n. 204/2004, cit., e 11 maggio 2006, n. 191, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Con riguardo a queste due sentenze, che configurano il potere del giudice amministrativo di disporre il risarcimento del danno quale strumento di tutela piena ed effettiva anche nel processo di legittimità, M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e «civilizzazione»*, in *Diritto*



degli interessi legittimi a tutto tondo, nel senso che la giurisdizione sulla tutela di tale situazione giuridica spetta, in linea di principio, a lui a prescindere dal fatto che il privato invochi la tutela d'annullamento e/o quella risarcitoria, in forma specifica o per equivalente, non potendo tali tecniche essere oggetto di separata e distinta considerazione ai fini della giurisdizione<sup>36[36]</sup>. Anche la pienezza della tutela, d'altronde, è ormai garantita dal codice del processo amministrativo, che all'art. 7, comma 7, afferma in modo inequivocabile che «[i]l principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi»;

- e) ciò non significa, peraltro, che il potere di annullare gli atti amministrativi sia riservato al giudice amministrativo, in quanto - com'è noto - l'art. 113, comma 3, della Costituzione contiene un rinvio alla legislazione ordinaria per l'individuazione dei giudici all'uopo competenti, nonché dei relativi casi ed effetti; previsione, quest'ultima, che - al di là dei suoi rapporti con l'art. 4, comma 2, della legge n. 2248 del 1865, all. E<sup>37[37]</sup> - non fa altro che confermare «la scelta di un modello che privilegia il tipo e l'intensità della tutela, a prescindere dal giudice chiamato a decidere sulla controversia tra privato e pubblica amministrazione»<sup>38[38]</sup>. Sotto altro profilo, la norma costituzionale in parola, mentre conferisce al legislatore ordinario una discrezionalità talmente ampia da consentirgli di attribuire il potere di annullare gli atti amministrativi anche a giudici diversi dai due sinora menzionati (come, ad es., al giudice contabile<sup>39[39]</sup>), demandando al legislatore medesimo anche la scelta se la tutela giurisdizionale accordata ad un determinato giudice possa o meno sfociare in un potere d'annullamento, implicitamente esclude che il potere stesso costituisca un corollario necessario di qualsiasi potestà giurisdizionale nei confronti della

---

*amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. della Cananea e M. Dugato, Napoli, 2006, 585, parla di un vero e proprio «nuovo corso» della giurisprudenza costituzionale sul processo amministrativo.

<sup>36[36]</sup> Cass., Sez. un., 2 luglio 2010, n. 15689, in *Urb. e app.*, 2010, 1149.

<sup>37[37]</sup> Mentre taluno ritiene che il succitato art. 4, comma 2, che esclude il potere del giudice ordinario di annullare l'atto amministrativo, sia da considerarsi abrogato «per assorbimento della disposizione nel più generale principio dell'art. 113» (M. NIGRO, *op. cit.*, 81), recentissima dottrina sostiene che non vi sia stata abrogazione diretta, dovendo l'art. 4 «ritenersi, invece, una disciplina transitoria vigente solo fino a che il legislatore non abbia dato attuazione alla nuova disciplina costituzionale attribuendo al giudice ordinario poteri analoghi a quelli già in generale riconosciuti al giudice amministrativo in relazione agli atti delle amministrazioni» (D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, 97).

<sup>38[38]</sup> F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, 2002, 36-37; in termini, A. PROTO PISANI, *Ancora a proposito della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 2005, 2437.

<sup>39[39]</sup> In tal senso, con riguardo alla giurisdizione in materia pensionistica, C. conti, Sez. giur. Sicilia, ord. 28 settembre 2010, n. 330, ined.

pubblica amministrazione<sup>40[40]</sup>. Ciò non vale soltanto per il giudice ordinario - che, eccezion fatta per alcune limitate ipotesi contenute in leggi di depenalizzazione (ad es., la legge n. 689 del 1981), ha fatto scarso uso del potere di annullamento accordatogli dal legislatore ordinario -, ma anche per il giudice amministrativo, sicchè, coordinando tale disposizione con il principio affermato dal comma 1 dello stesso art. 113 della Costituzione, si giunge alla conclusione che anche a tale giudice è sempre garantito il potere di sindacare la legittimità dell'atto amministrativo, mentre non gli è sempre garantito che tale sindacato si debba necessariamente risolvere in un potere di annullamento<sup>41[41]</sup>. Va da sé, tuttavia, che la facoltà del giudice ordinario di attribuire o meno agli organi giudiziari il potere di annullamento dev'essere esercitata alla stregua del principio di ragionevolezza, cioè facendo in modo che sia sempre assicurata al cittadino una tutela giurisdizionale piena ed effettiva<sup>42[42]</sup>.

- f) l'affermazione che la tutela dei diritti e degli interessi legittimi che «è sempre ammessa» è quella «giurisdizionale [...] dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa» (art. 113, comma 1, della Costituzione) sembra significare, da un lato, che la Carta non garantisce la tutela offerta dai ricorsi amministrativi, la quale può, quindi, essere prevista o meno a discrezione del legislatore ordinario<sup>43[43]</sup>; dall'altro, che quest'ultima non può giammai essere sostitutiva della tutela giurisdizionale, la quale è, appunto, garantita «sempre»<sup>44[44]</sup>.

---

<sup>40[40]</sup> Così A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 8ª ed., Torino, 2010, 113, il quale osserva che, diversamente opinando, non avrebbe alcun senso il rinvio alla «legge»; in termini, F. FIGORILLI, *op. cit.*, 40, secondo cui l'annullamento dell'atto amministrativo da parte del giudice competente a dirimere la lite rappresenta ormai soltanto una delle possibili soluzioni predisposte dall'ordinamento nel più ampio sistema di garanzie del cittadino nei confronti dell'azione dei pubblici poteri.

<sup>41[41]</sup> A. TRAVI, *op. ult. cit.*, 113-114.

<sup>42[42]</sup> R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'art. 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 527.

<sup>43[43]</sup> Va, tuttavia, segnalato che, secondo certa dottrina, sarebbe l'art. 100 Cost., laddove parla di «giustizia nell'amministrazione», a postulare necessariamente che l'amministrazione si organizzi secondo moduli intesi ad assicurare la giustizia e, quindi, che vengano predisposti rimedi e forme di tutela del cittadino al di fuori di quelli giurisdizionali; ciò anche in considerazione del fatto che, nel quadro costituzionale, l'effettività costituirebbe un requisito della tutela nel suo complesso, e non solo di quella giurisdizionale (A. PAJNO, *op. cit.*, 464; per una ricostruzione del sistema di giustizia amministrativa comprensivo della tutela del privato nel procedimento amministrativo, G. CORSO, *La giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, spec. 134 ss.). Va da sé che, aderendo a questa impostazione, la norma di cui al succitato art. 100, comma 1, esigerebbe anche un'organizzazione del procedimento amministrativo idonea ad offrire le dovute garanzie di tutela al cittadino (ed in tal senso, coerentemente, si esprime, infatti, A. PAJNO, *op. cit.*, 465) mentre - com'è noto - fino al 1990 questo ambizioso e garantistico programma non è mai stato attuato per avere la Corte costituzionale fermamente escluso l'esistenza di un principio costituzionale del giusto procedimento.

<sup>44[44]</sup> Sul punto, anche per i necessari riferimenti giurisprudenziali, si rinvia a R. CAVALLO PERIN, *op. cit.*, 535.

- g) ancorché la dottrina<sup>45[45]</sup> e la stessa giurisprudenza amministrativa<sup>46[46]</sup> affermino che l'insostituibilità del sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa garantita dall'art. 113 della Carta ricomprende (anche) la possibilità di rivolgere le proprie doglianze direttamente ad un giudice, la giurisprudenza costituzionale, pur non senza oscillazioni<sup>47[47]</sup>, sembra consentire la c.d. giurisdizione condizionata, cioè l'esistenza di casi in cui l'accesso alla tutela giurisdizionale è subordinato al previo esperimento della via amministrativa, ritenendo che la previsione di quest'ultima non possa considerarsi contraria alla Costituzione fintantoché non renda effettivamente difficile l'accesso al giudice e non conduca ad un sostanziale svuotamento della tutela garantita da quest'ultimo<sup>48[48]</sup>;
- h) la stessa giurisprudenza costituzionale ha escluso che l'art. 113 della Carta vieti al legislatore ordinario di assoggettare l'esercizio della tutela giurisdizionale a cause di decadenza<sup>49[49]</sup>. Secondo la giurisprudenza comunitaria, tuttavia, ove necessario al fine di assicurare l'effettività della tutela, il giudice nazionale dovrebbe addirittura disapplicare le norme nazionali che, decorso il termine di decadenza, non consentono di censurare la contrarietà dell'atto amministrativo al diritto comunitario<sup>50[50]</sup>.

## 2. Rapporti con il principio di effettività

Delineati, in estrema sintesi, i connotati del principio di giustiziabilità dell'azione (o dell'inazione) amministrativa quali astrattamente desumibili dal precetto costituzionale di riferimento, occorre vedere come il principio stesso viene concretamente applicato. Una siffatta analisi appare indispensabile, perché, se si conviene sul fatto che una cosa è la tutela (delle pretese) ed il diritto di averla,

---

<sup>45[45]</sup> R. CAVALLO PERIN, *op. cit.*, 537.

<sup>46[46]</sup> Cons. St., Sez. IV, 28 febbraio 2005, n. 742, in *Foro amm.: CdS*, 2005, 407, che esclude la sussistenza della c.d. pregiudiziale «giustiziale» rispetto al rimedio giurisdizionale.

<sup>47[47]</sup> Si veda la rassegna critica di M. RENNA, *op. cit.*, 531-536.

<sup>48[48]</sup> Così sintetizza la questione M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 6<sup>a</sup> ed., a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna, 2002, 85. Per maggiori approfondimenti, corredati di numerose indicazioni giurisprudenziali, v. M.P. CHITI, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 196-197, e A. PAJNO, *op. cit.*, 465. *Adde* Corte cost., 8 aprile 2004, n. 114, in *Foro amm.: CdS*, 2004, 1009, con nota di G. MANFREDI, *Giurisdizione condizionata e limiti al diritto di azione*.

<sup>49[49]</sup> *Ex multis*, Corte cost., ord. 26 maggio 2005, n. 213, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), riguardante le controversie attinenti ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche anteriori al 30 giugno 1998, da instaurare innanzi al giudice amministrativo entro il 15 settembre 2000 (artt. 45, comma 17, d.lgs. n. 80/1998 e 69, comma 17, d.lgs. n. 165/2001). Già prima, peraltro, Cons. St., Sez. IV, 5 aprile 2003, n. 1804, in *Foro amm.: CdS*, 2003, 1272, aveva ritenuto «più che congruo» l'anzidetto termine (due anni e 77 giorni) di decadenza.

<sup>50[50]</sup> Corte giust. C.E., 27 febbraio 2003, in causa C-327/00, *Santex*, in *Dir. Un. eur.*, 2004, 201 ss., con nota di G. BIAGIONI, *Norme processuali e principio di effettività: ulteriori sviluppi della giurisprudenza comunitaria*.



costituzionalmente garantito, altra cosa è che la tutela stessa sia assicurata in forma effettiva, risulta evidente che il principio di giustiziabilità può dirsi rispettato soltanto ove si realizzino entrambe le condizioni: non basta, cioè, che venga garantita una qualsiasi tutela, ma è necessario che la tutela stessa sia effettiva, come peraltro oggi affermato dall'art. 1 c.p.a..

Quello attinente all'effettività della tutela è, intuitivamente, un tema talmente vasto e complesso che qui può essere soltanto accennato<sup>51[51]</sup>, al mero fine di introdurre quanto si dirà nei successivi paragrafi in ordine ai limiti che il principio di giustiziabilità dell'attività amministrativa sovente incontra nella sua concreta applicazione.

Ebbene, proprio al limitato fine di giustificare quanto si dirà appresso e di agevolarne la comprensione, si dovrebbe utilizzare, tra le tante possibili prospettive, quella di chi, componendo la garanzia contenuta nell'art. 24, comma 1, della Costituzione (ma ai nostri fini, per le ragioni già illustrate, il discorso può farsi anche con riferimento al successivo art. 113) ed individuando una molteplicità di profili, parla, con riguardo alla tutela giurisdizionale, di un'effettività soggettiva dell'accesso alle corti di giustizia, di un'effettività tecnica delle possibilità processuali di «azione», di un'effettività qualitativa del risultato conseguibile da chi agisce e di un'effettività oggettiva della «tutela», in funzione dei tipi di situazione individuale<sup>52[52]</sup>. Analizzando il concreto funzionamento del sistema di giustizia amministrativa sotto tutti gli anzidetti profili, si potrebbe verificare «sul campo»<sup>53[53]</sup> quanto la tutela garantita al cittadino nei confronti dei pubblici poteri sia davvero effettiva, quindi rispettosa del principio costituzionale di giustiziabilità. Ma siccome lo spazio a nostra disposizione non consente una così ampia indagine, ci limiteremo a ragionare attribuendo all'espressione effettività della tutela giurisdizionale il significato classico, chiovendiano, del principio secondo cui «il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire»<sup>54[54]</sup>; principio che, del resto, è stato rinverdito da autorevole dottrina<sup>55[55]</sup>, tanto da diventare non solo una sorta di *Leitmotiv* nella trattazione di singoli istituti<sup>56[56]</sup>, ma anche «vivida stella che irradia la sua luce sull'intero

---

<sup>51[51]</sup> Per maggiori approfondimenti si vedano, tra i tanti, i lavori di R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008, e di N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009.

<sup>52[52]</sup> Così L.P. COMOGLIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, 1063 ss., spec. 1070.

<sup>53[53]</sup> L'esito auspicato di una siffatta verifica concreta è una conoscenza dei concetti legislativi che risulti per l'interprete, al contempo, «rielaborazione di risultati precedenti e proposta di risultati nuovi»: A. TRAVI, *Il metodo nel diritto amministrativo e negli 'altri saperi'*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 885.

<sup>54[54]</sup> G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli 1935 (rist. 1965), 39 ss.

<sup>55[55]</sup> *Ex multis*, A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, dov'è traccia dell'aspra polemica con G. VERDE (di cui v., in part., *Le tecniche processuali come strumento di politica del diritto*, in *Dir. e giur.*, 1978, 241 ss.).

<sup>56[56]</sup> Cfr., ad es., B. SASSANI, *op. cit.*, 4 ss.; ID., *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989, 3 ss.

sistema»<sup>57[57]</sup>.

Per comprendere l'utilità dell'analisi - pur estremamente sintetica e, quindi, inevitabilmente incompleta - che verrà condotta nel prosieguo dell'indagine, si dovrà anche tener presente, da un lato, che quello dell'effettività della tutela è un valore «relativo e storicamente mutevole»<sup>58[58]</sup> e, dall'altro, che «il problema dei limiti che la legislazione incontra nei principi dell'ordinamento è generalmente traducibile come problema dell'enucleazione di tali principi dal complesso delle disposizioni di livello super-legislativo (*ergo*: dal complesso delle disposizioni costituzionali per il legislatore statale, così come dal complesso delle disposizioni legislative statali per il legislatore regionale)»<sup>59[59]</sup>. Ne consegue che anche l'indagine sui limiti di un principio costituzionale come quello di giustiziabilità passa inevitabilmente (anche) attraverso l'interpretazione delle norme costituzionali di riferimento e, come l'intera teoria dei principi generali del diritto, ruota attraverso i due termini «continuità e modernità» che ne hanno sempre riassunto l'evoluzione<sup>60[60]</sup>.

### 3. Limiti alla sua concreta applicazione: a) gli atti della pubblica amministrazione «non giustiziabili» per carenza attuale d'interesse

Ancorchè, alla luce di quanto sin qui detto, la giustiziabilità dovrebbe essere piena<sup>61[61]</sup>, il principio secondo cui la giustiziabilità stessa «non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti» (art. 113, comma 2, della Costituzione) non garantisce l'impugnabilità di tutti gli atti della pubblica amministrazione.

Non potendo diffonderci, per evidenti ragioni di spazio, in una dettagliata casistica giurisprudenziale<sup>62[62]</sup>, ci si limita a notare, in linea del tutto generale, che, se

---

<sup>57[57]</sup> V. ANDRIOLI, *Progresso del diritto e stasi del processo*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, Padova, 1958, V, 49, ora in ID., *Scritti giuridici. I. Teoria generale del processo. Processo civile*, Milano, 2007, 61.

<sup>58[58]</sup> A. LAMORGESE, *L'effettività della tutela nell'esperienza giurisprudenziale* (Relazione al Convegno su: «Quale giudice per i diritti?» - Roma, 1 dicembre 2008), in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 12/2008, § I.

<sup>59[59]</sup> A. ROMANO TASSONE, *Legislatore e limite dei principi*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2004*, Milano, 2005, 213.

<sup>60[60]</sup> J.M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Paris, 2003, 655.

<sup>61[61]</sup> *Ex multis*, G. ABBAMONTE, *Completezza ed effettività della tutela giudiziaria secondo gli articoli 3, 24, 103 e 113 della Costituzione*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996, I, 39 ss.. Rileva, da ultimo, V. CERULLI IRELLI, *Federalismo e giustizia amministrativa* (Intervento al 56° Convegno di studi amministrativi - Varenna, 23-25 settembre 2010), in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 18/2010, § 2, che il principio della pienezza della tutela emerge sia dall'art. 24 Cost., laddove la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi è equiparata a quella dei diritti, come tutela piena, capace di utilizzare tutti gli strumenti previsti dall'ordinamento, che nel successivo art. 113, laddove, al comma 2, si specifica che tale tutela è assicurata senza limitazioni.

<sup>62[62]</sup> Per la quale si rimanda a: L. BERTONAZZI, *Art. 26 t.u. Cons. St.*, in A. ROMANO - R. VILLATA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, 3ª ed., Padova, 2009, 1218 ss; S.

è vero che, facendo corretta applicazione della garanzia generale dettata dagli artt. 24 e 113 della Carta, devono ritenersi assoggettati a sindacato giurisdizionale anche gli atti sostanzialmente amministrativi promananti da organi non amministrativi in senso proprio (Corte costituzionale, Parlamento, Corte dei conti, capi degli uffici giudiziari), è anche vero che l'impugnabilità degli atti e provvedimenti amministrativi, in senso sia soggettivo che oggettivo, può incontrare dei limiti in ragione della loro incapacità di ledere concretamente situazioni giuridiche soggettive del cittadino. E' in quest'ottica, ossia in ragione della carenza d'interesse tutelabile<sup>63[63]</sup>, che si spiega la compatibilità con l'art. 113, comma 2, della Costituzione della ritenuta non impugnabilità degli atti generali, a carattere normativo e non<sup>64[64]</sup>; dei regolamenti<sup>65[65]</sup>; degli atti endoprocedimentali<sup>66[66]</sup>; degli atti confermativi<sup>67[67]</sup>; degli atti meramente

---

FOÀ, *L'azione di annullamento nel Codice del processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 7/2010, § 2.

<sup>63[63]</sup> Com'è noto, in base ai principi generali in materia di condizioni dell'azione, desumibili dall'art. 24, comma 1, Cost. e dall'art. 100 c.p.c., l'interesse processuale presuppone tra l'altro, nella prospettazione della parte istante, una lesione concreta ed attuale dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio, in mancanza della quale l'azione è inammissibile: da ultimo, Cons. St., Sez. IV, 12 ottobre 2010, nn. 7443 e 7444, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Per maggiori approfondimenti sul punto ed ulteriori riferimenti giurisprudenziali, cfr. D.F.G. TREBASTONI, *Tipologie di atti e onere di impugnazione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>64[64]</sup> Su cui v., *amplius*, G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, spec. 347-352; S. AMOROSINO, *Note in tema di impugnabilità degli atti di indirizzo e programmazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 650 ss.. In giurisprudenza, da ultimo, T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. III, 3 gennaio 2011, n. 1, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 1/2011.

<sup>65[65]</sup> G.B. GARRONE, *Provvedimento amministrativo impugnabile (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 239-241; diffusamente, F. CINTIOLI, *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'annullamento dei regolamenti*, in *Foro amm.: TAR*, 2003, 2779 ss.; ID., *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2007, *passim*; ID., *Disapplicazione (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, 292-295, laddove l'A. si sofferma sulla tutela «mista» - di annullamento e disapplicazione - sui regolamenti. In giurisprudenza, *ex plurimis*, T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. II, 10 novembre 2010, n. 14025, in *Rass. amm. sic.*, 2010, 1396; T.A.R. Puglia-Bari, Sez. I, 21 ottobre 2010, n. 3735, in *Giur. amm.*, 2010, II, 1235; *contra*, però, T.A.R. Lombardia-Brescia, Sez. II, 4 ottobre 2010, n. 3730, *ibidem*, 1123, secondo cui «l'interesse al ricorso contro un regolamento - che pure è per definizione atto generale e astratto - si radica in presenza della semplice obiettiva incertezza che le sue prescrizioni possono ingenerare sul regime dell'attività dei privati, senza attendere che intervenga l'ulteriore pregiudizio rappresentato da atti sfavorevoli applicativi dello stesso».

<sup>66[66]</sup> A. CERRETO, *Osservazioni sull'atto impugnabile davanti al Giudice amministrativo, con richiamo delle decisioni più antiche*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (febbraio 2010); *amplius*, con interessanti rilievi critici ed una suggestiva ipotesi ricostruttiva, A. ROMEO, *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, Napoli, 2008. In giurisprudenza, tra le più recenti, Cons. St., Sez. V, 20 ottobre 2010, n. 7574, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cass., Sez. un., n. 11082/2010, cit.. Con specifico riguardo agli atti intermedi del procedimento elettorale, N. SAITTA, *Il giudizio in materia di operazioni elettorali*, in *La differenziazione dei riti processuali tra certezza ed effettività della tutela* (Atti del Convegno di Catanzaro, 18-19 ottobre 2007), a cura di F. Astone, P. Falzea, A. Morelli, F. Saitta e L. Ventura, Soveria Mannelli, 2009, 141 ss.; *adde* Cons. St., Ad. plen., 2 dicembre 2010, n. 3, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 12/2010; Sez. V, 10 novembre 2010, n. 8001, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Corte cost., 7 luglio 2010, n. 236, in *Giur. amm.*, 2010, III, 629.

esecutivi<sup>68[68]</sup>; degli atti paritetici<sup>69[69]</sup>; degli atti non ancora efficaci (in quanto recettizi o sottoposti a controllo preventivo)<sup>70[70]</sup>.

#### 4. Segue: b) gli atti «non giustiziabili» in quanto non espressione di funzione amministrativa

Discorso a parte - e ben più ampio - meriterebbero, poi, gli atti politici, ritenuti non impugnabili in quanto espressione di funzione non già amministrativa, bensì di indirizzo politico<sup>71[71]</sup>, ma senza considerare che, siccome l'art. 113 della Costituzione fa riferimento - come si è detto - agli atti della pubblica amministrazione, e non già agli atti amministrativi (in senso stretto), anche se gli atti politici dovessero ritenersi non amministrativi, essi non potrebbero comunque essere sottratti al sindacato

---

<sup>67[67]</sup> La cui nozione dev'essere, tuttavia, rigorosamente delimitata per non dar vita ad ingiustificati vuoti di tutela: F. SAITTA, *Per una nozione di «atto confermativo» compatibile con le esigenze di tutela giurisdizionale del cittadino*, in *Foro amm.: TAR*, 2003, 2345 ss.; ID., *Preavviso di rigetto ed atti di conferma: l'errore sta nella premessa*, *ivi*, 2008, 3235 ss., ed in *Scritti in memoria di R. Marrama*, in corso di pubblicazione.

<sup>68[68]</sup> Da ultimo, Cons. St., Sez. VI, 15 settembre 2010, n. 6721, in *Foro amm.: CdS*, 2010, 1921. Anche tali atti devono, tuttavia, essere autonomamente impugnabili nel caso in cui siano promanazione di un potere diverso ed autonomo rispetto al potere primario, *ergo* dotati di una propria valenza giuridica tale da contribuire in certa misura ad una sistemazione degli interessi in gioco: F. SAITTA, *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione. La struttura procedimentale*, Napoli, 1995, 105 ss.

<sup>69[69]</sup> In tal caso, in realtà, non è tanto questione di carenza attuale d'interesse tutelabile, quanto di pretesa discendente direttamente dalla legge, il cui soddisfacimento non abbisogna dell'impugnazione di alcun atto amministrativo.

<sup>70[70]</sup> Sarebbe, invece, in palese contrasto con l'art. 113 Cost. la mancanza di tutela giurisdizionale degli interessi incisi da provvedimenti ad efficacia temporanea: T.A.R. Marche, 11 aprile 2003, n. 219, in *Foro amm.: TAR*, 2003, 1257.

<sup>71[71]</sup> G.B. GARRONE, *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, 544 ss.; più recentemente, A. PAVAN, *Anche la revoca delle più alte cariche dell'amministrazione dello Stato è soggetta al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo*, in *Giur. merito*, 2008, 1437 ss.; F.G. SCOCA, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 2009, 3613 ss.; G. NAPOLITANO - M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti*, Bologna, 2009, 276, secondo i quali l'immunità degli atti politici si giustifica con l'idea che certe decisioni possono essere più adeguatamente vagliate dagli elettori o dal Parlamento piuttosto che da un giudice, trattandosi di questioni politicamente controverse; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 12<sup>a</sup> ed., Milano, 2010, 706-707, il quale criticamente osserva che la sottrazione al sindacato giurisdizionale di tali atti, che sono comunque atti della pubblica amministrazione, si pone in contrasto con l'art. 113 Cost., a meno che non si ritenga che la stessa non sia dovuta tanto alla natura sostanziale del potere esercitato, quanto alla loro amplissima discrezionalità ed al carattere libero del loro fine, che li rendono inadatti a ledere situazioni giuridiche soggettive; G. PEPE, *Atti politici, atti di alta amministrazione, leggi-provvedimento: forme di controllo e tutela del cittadino*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 4/2010, § 2, il quale nota come, tuttavia, la giurisprudenza abbia cercato, nel corso degli anni, di circoscrivere il più possibile la categoria dell'atto politico alla luce dell'art. 113 Cost., ampliando al contempo l'area degli atti di alta amministrazione. Per la giurisprudenza, si vedano le rassegne curate da S. DETTORI e S. FORASASSI, in *Nuove autonomie*, 2009, rispettivamente, 267 ss. e 289 ss.



giurisdizionale<sup>72[72]</sup>; gli atti a contenuto amministrativo promananti da organi costituzionali, la cui sottrazione al sindacato giurisdizionale<sup>73[73]</sup> appare invero in contrasto con il precetto costituzionale e non più rispondente a principi di tradizione storica che, risalenti ad antiche prerogative, sono oggi messi in dubbio dalla crisi del principio formale della separazione dei poteri fondato sulla tradizionale tripartizione<sup>74[74]</sup>; le leggi-provvedimento, la cui emanazione è tuttora consentita dalla ritenuta assenza di una riserva d'amministrazione<sup>75[75]</sup>; gli atti degli organi di giustizia sportiva, con riguardo ai quali ci si limita a rilevare che si porrebbe in contrasto con il vigente sistema costituzionale escludere il sindacato del giudice statale a fronte di qualsiasi vicenda sportiva che coinvolga, anche solo indirettamente, situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'ordinamento generale<sup>76[76]</sup>.

---

<sup>72[72]</sup> Così, da ultimo, F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo* (Relazione tenuta a Lecce il 9 luglio 2010), in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 2/2011, § 18, secondo cui, allora, o si configurano il Governo ed il potere governativo come diversi dall'amministrazione e dal potere amministrativo - tesi ormai desueta - oppure l'art. 7, comma 1, c.p.a., secondo cui «[n]on sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico», è da ritenere incostituzionale.

<sup>73[73]</sup> Su cui, da ultimo, Cass., Sez. un., 17 marzo 2010, n. 6529 (in *Foro amm.: CdS*, 2010, 1406, con nota di S. MONZANI, *Il rinnovato sistema di giustizia domestica della Presidenza della Repubblica e l'esercizio del potere di autodichia*), che ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo per una controversia relativa ad un dipendente inquadrato nei ruoli del Segretariato generale della Presidenza della Repubblica, stante l'esistenza dell'autodichia a favore di quest'ultima nei confronti del personale dipendente dal Segretariato.

<sup>74[74]</sup> L. BERTONAZZI, *op. cit.*, 1225 ss.

<sup>75[75]</sup> R. CAVALLO PERIN, *op. cit.*, 556. Per maggiori approfondimenti ed un dettagliato *excursus* della giurisprudenza costituzionale in materia, D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996, *passim*; più recentemente, F. CINTIOLI, *Posizioni giuridicamente tutelate nella formazione della legge provvedimento e «valore di legge»*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 33 ss.; S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007, spec. 290 ss.; ID., *Considerazioni in merito alla recente giurisprudenza costituzionale sull'amministrazione per legge*, in *Giur. cost.*, 2009, 1478 ss.; P.A. DE SANTIS, *Leggi (o) provvedimento?*, in *Giur. merito*, 2010, 1749 ss.. In giurisprudenza, da ultimo, Corte cost., 8 ottobre 2010, n. 289, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 10/2010, che, dopo avere ribadito che l'adozione di leggi-provvedimento non determina un *vulnus* al diritto di difesa del cittadino riguardo agli effetti provvedimentali dell'atto normativo, posto che la posizione soggettiva di questo troverà la sua adeguata tutela sul piano della giurisdizione costituzionale, afferma che la legittimità delle leggi-provvedimento dev'essere valutata in relazione al loro specifico contenuto.

<sup>76[76]</sup> M.R. SPASIANO, *Sport professionistico, giustizia sportiva e sindacato del giudice ordinario*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 7/2006; R. CAPONIGRO, *La giurisprudenza sui rapporti tra giustizia sportiva e giurisdizione amministrativa*, *ivi*, n. 9/2009. Per maggiori approfondimenti, cfr. G. MANFREDI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle norme emanate dagli organismi sportivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 615 ss.; ID., *Associazioni di tifosi sportivi e interessi legittimi* (Relazione al Convegno su: «Gli interessi delle associazioni di tifosi tutelati nel diritto sportivo» - Siena, 21-22 aprile 2010), in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 11/2010; L. MARZANO, *La giurisdizione sulle sanzioni disciplinari sportive: il contrasto fra Tar e Consiglio di Stato approda alla Corte costituzionale (nota a Tar Lazio, sez. III ter, 11 febbraio 2010, n. 241)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (ottobre 2010); L. FERRARA, *Giustizia sportiva*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, 491 ss., il quale è, peraltro, dell'avviso che la «valenza pubblicistica» dell'attività federale non sia un elemento probante del carattere pubblico degli atti adottati, potendo più semplicemente significare che l'attività stessa riveste un rilievo o un interesse pubblico, pur conservando, tuttavia, la sua natura privatistica (*ivi*, 533-534).

## 5. Limiti alla deducibilità dei vizi: a) l'area insindacabile del merito

Il comma 2 dell'art. 113 della Costituzione impedisce, altresì, di circoscrivere i margini della giustiziabilità in relazione alla tipologia dei vizi deducibili in giudizio. Ancorché, in passato, la questione fosse apparsa ben più delicata di quanto non sembri adesso<sup>77[77]</sup>, ormai nessuno dubita più del fatto che la norma assicura alle parti la possibilità di utilizzare «tutti gli strumenti processuali connessi alla giurisdizione»<sup>78[78]</sup>. Già da tempo, infatti, la giurisprudenza costituzionale ha inequivocabilmente affermato che la succitata disposizione esclude qualsivoglia ingiustificata limitazione dell'area di esercizio del potere di annullamento degli atti amministrativi con riguardo al tipo di vizio denunciato<sup>79[79]</sup>, sicché il potere del legislatore ordinario di regolare i modi e l'efficacia della tutela giurisdizionale del cittadino dev'essere esercitato con criteri di ragionevolezza e di adeguatezza<sup>80[80]</sup>. In altri termini, una volta ritenuto sussistente l'interesse (processuale e sostanziale) a ricorrere in capo ad un determinato soggetto, non può porsi alcuna limitazione in relazione ai motivi deducibili, essendo i soggetti legittimati ad impugnare facultati a dedurre tutti i vizi che, a loro dire, inficiano l'atto impugnato<sup>81[81]</sup>.

Una volta acclarato che, in virtù della disposizione costituzionale in discussione, qualora sussista la situazione giuridicamente tutelabile (diritto soggettivo o interesse legittimo), il potere d'azione non può essere negato o limitato in alcun modo, non si sono, però, risolti tutti i problemi.

Innanzitutto, è opinione diffusa che la protezione costituzionale in parola non ricomprenda i cc.dd. vizi di merito<sup>82[82]</sup>.

La questione non è di poco conto, specie ove si tenga conto dei più recenti interventi legislativi, che hanno attribuito al giudice amministrativo un sindacato sempre più ampio, che in alcuni casi sembra travalicare i confini della c.d. legittimità. Si pensi, ad es., al potere del giudice che annulli l'aggiudicazione definitiva di una gara di dichiarare l'inefficacia del contratto, previsto dapprima dall'art. 245-ter, comma 1, del codice dei contratti pubblici e adesso dall'art. 121 c.p.a.<sup>83[83]</sup>: a prescindere dall'opportunità della scelta legislativa di affidare al giudice un così delicato bilanciamento di interessi<sup>84[84]</sup>, ci è subito chiesti - e ci si continua a chiedere tuttora

---

<sup>77[77]</sup> Per maggiori dettagli sul punto v., se vuoi, F. SAITTA, *Art. 113*, cit., 2153 ss.

<sup>78[78]</sup> Così G. BERTI, *Art. 113*, cit., 98.

<sup>79[79]</sup> Corte cost., 27 dicembre 1974, n. 284, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>80[80]</sup> Corte cost., 3 aprile 1987, n. 100, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>81[81]</sup> T.A.R. Abruzzo-Pescara, 20 dicembre 1996, n. 722, in *Foro amm.*, 1997, 1795.

<sup>82[82]</sup> Così A. TRAVI, *Lezioni*, cit., 112.

<sup>83[83]</sup> In argomento, da ultimo, E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1067 ss.

<sup>84[84]</sup> In sede di audizione presso le Commissioni II e VII della Camera dei Deputati sull'attuazione della direttiva ricorsi, il Presidente dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ha definito un grave pericolo questa «invasività giudiziaria». Rilievi critici, da ultimo, anche da parte di V. LOPILATO,



- se si sia o meno in presenza di un'ipotesi di giurisdizione estesa al merito. Le discordi opinioni espresse al riguardo dai primi commentatori<sup>85[85]</sup>, da un lato, confermano la difficoltà di definire gli esatti confini della controversa nozione di «merito amministrativo» e, soprattutto, di operare una netta distinzione tra la giurisdizione di merito e quella di legittimità, distinzione che - com'è noto - si è venuta man mano perdendo<sup>86[86]</sup>; dall'altro, inducono ad interrogarsi sulla correttezza di un siffatto percorso legislativo, che taluno vede come un ampliamento di tutela per il cittadino<sup>87[87]</sup>, tal'altro, invece, foriero di disparità di trattamento, specie ove si ritenga che il sindacato di merito comporti il potere di rivalutare le scelte di opportunità operate dall'amministrazione<sup>88[88]</sup>.

## 6. Segue: b) gli ordini

Un cenno va fatto, poi, alla categoria dei cc.dd. ordini amministrativi, espressione con cui si suole indicare<sup>89[89]</sup> quei provvedimenti restrittivi della sfera giuridica del destinatario con i quali la pubblica amministrazione, a seguito di una scelta discrezionale o di un semplice accertamento, fa discendere nuovi obblighi giuridici a

---

*Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi* (Relazione all'Incontro di studi su: «Il sistema delle tutele in materia di aggiudicazione di appalti pubblici dopo il decreto 53/2010 di recepimento della direttiva ricorsi» - Roma, 28 aprile 2010), in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1345-1347.

<sup>85[85]</sup> Per le quali sia consentito rinviare a F. SAITTA, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, (Relazione all'Incontro di studi citato nella precedente nota), in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 4/2010, § 6; adde F.G. SCOCA, *Considerazioni*, cit., § 23, anch'egli convinto che non si tratti di un'ipotesi di giurisdizione estesa al merito.

<sup>86[86]</sup> In argomento, si veda l'interessante ricostruzione di A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir. amm.*, 2008, 517 ss.. Ancora più di recente, sulla necessità di riconsiderare criticamente la tradizionale distinzione fra legittimità e merito onde capire quanto di ciò che oggi viene comunemente considerato come merito coincida veramente con i margini che la legge riserva all'amministrazione, A. TRAVI, *Presentazione* di E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa* (Madrid, 2007), trad. it. di C.M. Mazzone e V. Varano, Milano, 2010, XV-XVI; F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, § 21, secondo cui la giurisdizione di merito non ha più senso in quanto la cognizione del fatto, che la caratterizzava, è ormai effettuata anche in sede di giurisdizione di legittimità.

<sup>87[87]</sup> In tal senso, G. CARUSO, *Merito insindacabile e giudice amministrativo (note a margine di una codificazione "leggera")*, [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 11/2009.

<sup>88[88]</sup> Così si esprimeva il compianto G. VACIRCA, *La giurisdizione di merito: cenni storici e profili problematici*, in [www.giustizia-amministrativa](http://www.giustizia-amministrativa) (maggio 2008), § 3, osservando che se motivi di merito fossero configurabili anche in alcuni procedimenti giurisdizionali, si avrebbe, per certe categorie di atti, una disciplina dei mezzi d'impugnazione più favorevole (per il ricorrente) di quella generale, che non prevede la rilevanza dei vizi di merito, in contrasto con l'art. 113 Cost., che non consente di configurare un vizio, astrattamente riferibile a tutti i provvedimenti discrezionali, come causa d'invalidità solo per alcune categorie di essi.

<sup>89[89]</sup> Secondo F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, 1, si tratta, infatti, di provvedimenti che non hanno tratti sostanziali comuni che li elevino a categoria giuridica autonoma, sicchè non sono altro che «una forma di catalogazione contenutistica dei provvedimenti amministrativi».

carico dei soggetti destinatari, imponendo loro un determinato comportamento sulla base della sua posizione di supremazia. Il problema della sindacabilità di tali provvedimenti da parte dei destinatari è diventato, infatti, assai delicato in quanto una criticabile quanto assai diffusa giurisprudenza qualifica come ordini i provvedimenti di trasferimento d'autorità dei militari, traendone la conseguenza che, rispetto a questi ultimi, l'interesse del militare a prestare servizio in una sede piuttosto che in un'altra assume, di norma, una rilevanza di mero fatto, che non abbisogna di una particolare motivazione né di particolari garanzie di partecipazione preventiva, qual'è quella di cui all'art. 7 della legge n. 241 del 1990<sup>90[90]</sup>.

Ora, è di tutta evidenza che, in tal modo opinando, si consente alle amministrazioni *lato sensu* militari di accampare non meglio precisate ineludibili esigenze di organizzazione, coesione interna e massima operatività per fare sostanzialmente il bello ed il cattivo tempo, in barba alla giustiziabilità degli atti amministrativi. Quest'ultimo principio, infatti, viene abilmente aggirato inventando di sana pianta una categoria di provvedimenti che sfuggono alle regole di buona amministrazione sancite dalla legge sul procedimento, *ergo* eludendo l'art. 113, comma 2, della Costituzione, che - come si vedrà meglio nel prosieguo dell'indagine<sup>91[91]</sup> - detta una regola prettamente processuale e non impedisce, quindi, al legislatore ordinario di intervenire sulle regole sostanziali, ossia sul regime di validità/invalidità dei singoli atti amministrativi.

Le poche sentenze che, più coraggiosamente, tentano di arginare questa deprecabilissima deriva giurisprudenziale<sup>92[92]</sup> non bastano, purtroppo, ad alimentare fondate speranze di un cambiamento.

## 7. Segue: c) *il silenzio sull'istanza di adozione di atti normativi e/o*

---

<sup>90[90]</sup> In tal senso, tra le più recenti, Cons. St., Sez. IV, 11 novembre 2010, n. 8018, 10 giugno 2010, n. 3695, 4 maggio 2010, n. 2569 e 24 aprile 2009, nn. 2641 e 2643, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Sez. III, 29 settembre 2010, n. 1827/09, in *Foro amm.: CdS*, 2010, 2011; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. VI, 25 ottobre 2010, nn. 21351 e 21353, e 6 settembre 2010, n. 17313, in *Foro amm.: TAR*, 2010, 3303, 3304 e 2913; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I *bis*, 13 ottobre 2010, n. 32772 e 22 settembre 2010, n. 32383, in *Giur. amm.*, 2010, II, 1172 e in *Foro amm.: TAR*, 2010, 2814; T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. I, 7 settembre 2010, n. 9552, *ibidem*, 2979.

<sup>91[91]</sup> *Infra*, § 8.

<sup>92[92]</sup> Cfr., ad es., T.A.R. Abruzzo-Pescara, 23 gennaio 2003, n. 204, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui gli atti di trasferimento per incompatibilità ambientale degli appartenenti a corpi di polizia ad ordinamento militare, pur essendo caratterizzati da una discrezionalità ben maggiore di quella di cui l'amministrazione gode nei confronti di altri pubblici dipendenti, «non sono sottratti all'osservanza dei principi di democrazia amministrativa, considerato che la Costituzione repubblicana ha superato la concezione istituzionalistica dell'ordinamento militare, ricondotto nell'ambito di quello generale dello Stato, cui deve uniformarsi né, pertanto, sottratti *a priori* alla disciplina di cui alla legge n. 241 del 1990». V., altresì, la recente giurisprudenza secondo cui le ragioni poste alla base di tali provvedimenti devono poter essere sindacate dal giudice amministrativo quantomeno sotto il profilo della logicità e della completezza della motivazione: T.A.R. Abruzzo-L'Aquila, Sez. I, 16 marzo 2010, n. 202, *ibidem*; T.A.R. Toscana, Sez. I, 16 settembre 2009, n. 1443, *ibidem*; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. VI, 29 gennaio 2009, n. 486, *ibidem*.

## *generali*

Un altro attacco al principio di giustiziabilità viene sferrato dalla giurisprudenza che, dimentica dell'esistenza di un generale principio di doverosità dell'azione amministrativa<sup>93[93]</sup>, ritiene impossibile, in relazione all'omessa adozione di atti normativi, la configurabilità del silenzio inadempimento, *ergo* non esperibile, da parte del cittadino, lo speciale rimedio previsto dalla legge contro tale comportamento omissivo<sup>94[94]</sup>. Come si desume dall'articolata motivazione contenuta in una delle recenti pronunce in tal senso<sup>95[95]</sup>, peraltro confermata in appello<sup>96[96]</sup>, l'orientamento giurisprudenziale in esame muove dal convincimento che, quando la norma attribuisce all'amministrazione pubblica un potere discrezionale che si deve tradurre nell'adozione di atti normativo-regolamentari, non possa essere riconosciuta ai singoli cittadini che potrebbero ricavare un vantaggio dall'adozione di tali atti una posizione differenziata, che li abiliti ad impugnare il silenzio dell'amministrazione medesima che omette o ritarda l'esercizio del potere. Tale assunto troverebbe conferma nella lettura sistematica degli artt. 7 e 13 della legge n. 241 del 1990, che pongono, rispettivamente, la regola generale sulla partecipazione al procedimento amministrativo e le eccezioni alla regola stessa: la circostanza che le regole sulla partecipazione non si applicano all'attività amministrativa diretta all'adozione di atti normativi starebbe a significare che il legislatore ha ritenuto che la responsabilità delle scelte debba essere rimessa esclusivamente alla pubblica amministrazione e che i cittadini possano interloquire solo nelle forme eventualmente previste in leggi speciali o nelle sedi istituzionali e comunque sempre sul terreno politico, ma non anche *uti singuli*, facendo valere proprie posizioni differenziate.

L'assunto non può essere in alcun modo condiviso in quanto, a tacer d'altro, omette di considerare che spesso, con riguardo all'adozione di atti normativi, la pubblica amministrazione non gode della benché minima discrezionalità né nell'*an* né, addirittura, nel *quando*. E' il caso, ad es., del piano generale degli impianti pubblicitari previsto dall'art. 3 del decreto legislativo n. 507 del 1993, che le amministrazioni pubbliche devono approvare entro 30 giorni (termine generale previsto in via suppletiva dall'art. 2, comma 3, della legge n. 241 del 1990) dall'approvazione del

---

<sup>93[93]</sup> Su cui A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 359 ss.; *amplius*, F. GOGGIAMANI, *La doverosità amministrativa*, Torino, 2005; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005. Da ultimo, anche M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento. L'obbligo di provvedere su domande «inammissibili» o «manifestamente infondate»*, in *Dir. amm.*, 2010, 103 ss.

<sup>94[94]</sup> In tal senso, tra le più recenti, Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 2 luglio 2010, n. 978, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. II, 14 maggio 2010, n. 1462 e 16 luglio 2009, n. 1336, *ibidem*; Cons. St., Sez. IV, 7 luglio 2009, n. 4351, *ibidem*; T.A.R. Abruzzo-Pescara, Sez. I, 12 giugno 2009, n. 425, *ibidem*.

<sup>95[95]</sup> T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III, 3 dicembre 2008, n. 10946, in *Giur. merito*, 2009, 1405, con nota critica di M. DE SIMONE, *Poteri sollecitatori del giudice amministrativo e silenzio della p.a. in ipotesi di mancata adozione di regolamenti normativi*; già prima, T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. II, 1 aprile 2004, n. 2262, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>96[96]</sup> Cons. St., Sez. IV, n. 4351/2009, cit.

regolamento comunale previsto dal medesimo art. 3<sup>97[97]</sup>. Se si considera che, in assenza degli anzidetti atti normativo-regolamentari, non è consentito dar corso alle istanze per l'installazione di impianti pubblicitari (art. 36, comma 8, del medesimo decreto legislativo)<sup>98[98]</sup>, non si comprende come possa impedirsi al cittadino che si veda precluso l'avvio di un'attività economica di agire contro l'ingiustificata inerzia dell'ente pubblico, all'uopo utilizzando il rito speciale di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a.<sup>99[99]</sup>.

La giustiziabilità di simili comportamenti omissivi è stata, d'altronde, costantemente ammessa in ambito urbanistico, laddove è pacifico che l'omessa adozione dello strumento urbanistico generale configuri un silenzio inadempimento avverso il quale il cittadino, che ha il diritto di vedere normata la «zona bianca» in cui ricade il suo terreno può sicuramente esperire l'azione speciale prevista dalla legge<sup>100[100]</sup>. È vero che, in quest'ultima ipotesi, ci si trova quasi sempre in presenza di lacune circoscritte ad una zona ben determinata, *ergo* di posizioni differenziate, ma è anche vero che pure l'operatore del settore che intenda intraprendere un'attività economica il cui avvio è subordinato alla previa adozione di un atto normativo o generale vanta un interesse differenziato e qualificato che lo legittima a rivolgersi al giudice<sup>101[101]</sup>.

È auspicabile, quindi, che la giurisprudenza riveda il proprio orientamento, quantomeno circoscrivendone l'ambito applicativo.

Diversamente, per ovviare all'evidente vuoto di tutela, in presenza dell'inadempimento dell'amministrazione all'obbligo di emanare atti amministrativi generali obbligatori, non resterebbe che interpretare estensivamente la c.d. *class action* pubblica, contemplata dal decreto legislativo n. 198 del 2009<sup>102[102]</sup>.

---

<sup>97[97]</sup> Corte cost., 17 luglio 2002, n. 355, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Da ultimo, sull'applicabilità anche agli atti amministrativi generali di pianificazione e di programmazione, in mancanza di diverso termine stabilito dall'amministrazione, del termine generale codificato dall'art. 2, comma 3, l. n. 241/1990, T.A.R. Puglia-Bari, Sez. III, 8 settembre 2010, n. 3450, in *Foro amm.: TAR*, 2010, 2958.

<sup>98[98]</sup> Nel senso che il diniego di autorizzazione motivato con riguardo alla mancata adozione del necessario strumento pianificatorio è in sé legittimo, Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 31 dicembre 2007, n. 1157 e 24 giugno 2005, n. 399, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>99[99]</sup> In tal senso, infatti, Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 26 luglio 2006, n. 423, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che tuttavia non affronta la questione generale della configurabilità del silenzio inadempimento in relazione all'omessa adozione di atti normativi.

<sup>100[100]</sup> *Ex multis*, T.A.R. Puglia-Bari, Sez. I, 6 maggio 2008, n. 1079, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Veneto, Sez. I, 26 aprile 2004, n. 1200, *ibidem*.

<sup>101[101]</sup> Spunti in tal senso da F. SAITTA, *La legittimazione ad impugnare i bandi di gara: considerazioni critiche sugli orientamenti giurisprudenziali*, in *Riv. trim. app.*, 2001, 527 ss.

<sup>102[102]</sup> T.A.R. Lazio, Sez. III *bis*, 20 gennaio 2011, n. 552, in *Guida al diritto*, 2011, n. 7, 27, con commento di S. MEZZACAPO, *Senza l'approvazione di atti generali obbligatori legittimo il ricorso presentato dai consumatori*. In dottrina, per tutti, M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Buona amministrazione tra garanzie interne e prospettive comunitarie (A proposito di "class action all'italiana")*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 9/2010; G. VELTRI, *Class action pubblica: prime riflessioni*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 2/2010.

**8. Segue: d) le ipotesi di cui all'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990**

Come già anticipato, la copertura costituzionale di cui all'art. 113, comma 2, non impedisce nemmeno al legislatore ordinario di non attribuire in radice, al cittadino, la situazione sostanziale che legittima all'impugnazione, escludendo che una determinata difformità dal paradigma normativo del provvedimento ne comporti l'annullabilità.

Trattasi di problema reso di enorme attualità dall'introduzione dell'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990, che - com'è risaputo - al comma 2 esclude, in determinate ipotesi, l'annullamento dei provvedimenti inficiati da vizi cc.dd. formali. Non essendo questa la sede idonea per dibattere della bontà di siffatta scelta di politica legislativa, chiaramente indirizzata ad incanalare l'amministrazione pubblica sul binario della «teorica del risultato»<sup>103[103]</sup>, ci si limita a segnalare i dubbi di legittimità sollevati in dottrina, già prima dell'entrata in vigore della legge n. 15 del 2005, con riferimento all'art. 113 della Costituzione.

E' stato rilevato, ad es., che, non potendosi - come già detto - impedire al titolare di un interesse legittimo di invocare l'annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo i cui effetti siano lesivi della sua sfera giuridica per violazione di norme sul procedimento, il succitato art. 21-octies, comma 2, sarebbe costituzionalmente legittimo solo qualora non sussistessero norme legislative sulle modalità di esercizio del potere amministrativo (come, appunto, la disciplina dettata dalla legge n. 241 del 1990 e le disposizioni regolative dei procedimenti speciali): per eliminare i dubbi di costituzionalità che sorgono con riguardo a tale disposizione, si dovrebbero allora espungere dall'ordinamento tutte le norme sul procedimento; il che è addirittura paradossale se si pensa che la disposizione in parola si colloca proprio all'interno della legge che detta principi generali sul procedimento<sup>104[104]</sup>.

A tali rilievi potrebbe invero obiettarsi che, a seguito dell'approvazione di tale norma, si è determinata la conversione delle attuali fattispecie di illegittimità per violazione delle norme sul procedimento in ipotesi di mera irregolarità, operazione che il legislatore ordinario può fare senza incorrere nella violazione dell'art. 113 della Costituzione, il quale - ripetesi - garantisce il potere di reazione processuale solo nei casi in cui il provvedimento è annullabile<sup>105[105]</sup>.

---

<sup>103[103]</sup> Quando la l. n. 15/2005 era ancora «in cantiere», A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 789 ss., aveva osservato che il raggiungimento di tale obiettivo in termini di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa si sarebbe potuto raggiungere senza la necessità di un intervento del legislatore, sfruttando la sensibilità della giurisprudenza. L'A. ha poi ribadito tale concetto dopo la riforma del 2005, evidenziando come la giurisprudenza successiva a tale intervento legislativo non abbia fatto altro che dare seguito ad un percorso intrapreso da anni: ID., *Annulabilità e annullamento (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, 63-66.

<sup>104[104]</sup> M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 463.

<sup>105[105]</sup> F. SAITTA, *L'omessa comunicazione di avvio del procedimento: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. amm.*, 2000, 486-488, laddove, tuttavia, si evidenziava l'esigenza di accertare con estremo rigore



Giustamente, però, si è osservato che la norma in discussione non nega *tout court* l'annullamento del provvedimento adottato a seguito di violazione di regole procedurali, limitandosi a precluderlo laddove il contenuto del provvedimento stesso non sarebbe stato diverso qualora quella inosservanza non ci fosse stata; il che induce a ritenere che gli interessi legittimi non verrebbero del tutto espunti dal procedimento, permanendo ipotesi in cui le violazioni della disciplina procedimentale ledono situazioni giuridiche soggettive protette, e che la norma potrebbe resistere alla censura di incostituzionalità *ex art.* 113 solo laddove si riferisca ai casi in cui la mancata attuazione della regola procedurale leda un interesse (meramente) procedimentale, così integrandosi una fattispecie di irregolarità<sup>106[106]</sup>.

Non sono mancate, poi, critiche ancora più radicali, essendo stato addirittura sostenuto che la Costituzione vigente precluderebbe anche, al legislatore ordinario, la possibilità di ridefinire in senso restrittivo la situazione sostanziale di interesse legittimo; ciò in quanto la Carta, «quando ha garantito al titolare dell'interesse legittimo, la tutela giurisdizionale amministrativa nei confronti della legittimità-illegittimità del provvedimento che lo leda, *sembra aver recepito quella loro definizione e latitudine che si sono venute formando ad opera della dottrina e della giurisprudenza*; "costituzionalizzandole", quindi, e, conseguentemente, rendendole indisponibili da parte del legislatore ordinario; del resto, la garanzia costituzionale della tutela giurisdizionale, che è disposta anzitutto nei confronti di questo, altrimenti servirebbe a poco: potrebbe facilmente svuotarla, ridimensionando l'oggetto sostanziale così garantito»<sup>107[107]</sup>.

Fondata o meno che sia quest'ultima ampia - e sicuramente suggestiva - lettura del comma 2 dell'art. 113, certo è che l'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990 ha destato<sup>108[108]</sup> parecchie perplessità proprio con riguardo alla perdita di effettività

---

la natura meramente «formale» del c.d. vizio procedurale, il quale sovente si traduce inevitabilmente in vizio di violazione di legge, che deve poter essere dedotto da qualsiasi potenziale ricorrente.

<sup>106[106]</sup> F. FRACCHIA - M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-*octies*, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 4/2005, § 9.

<sup>107[107]</sup> A. ROMANO, *Art. 26 t.u. Cons. St.*, in A. ROMANO - R. VILLATA (a cura di), *op. cit.*, 1177. L'A., peraltro, precisa che quanto dianzi sostenuto non implica affatto che il legislatore debba ricollegare sempre e comunque alla decisione giurisdizionale di accoglimento l'effetto annullatorio: ciò si desume dallo stesso art. 113, ultimo comma, Cost., che demanda al legislatore ordinario la determinazione, tra l'altro, dei casi in cui gli organi giurisdizionali possano annullare gli atti dell'amministrazione (*ivi*, 1152).

<sup>108[108]</sup> Dubbi di legittimità costituzionale sono stati, in particolare, sollevati da D.U. GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo art. 21-*octies* della legge n. 241/90*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); ID., *Recenti novità in tema di illegittimità del provvedimento amministrativo affetto da c.d. vizi formali*, in *Foro amm.: TAR*, 2002, 523-524; ID., *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003; E. FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 28-32; ID., *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2005, 625 ss.; M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 557 ss.; G. MICARI, *Considerazioni sulla legittimità costituzionale del disposto di cui all'art. 21-*octies* l. n. 15 del 2005: tra logica di risultato e logica di legalità*, in *Giust. civ.*, 2006, 1049



della tutela che comporta per il cittadino ed anche individuando la chiave di lettura della disposizione nell'interesse a ricorrere - ciò che, in linea con il Consiglio di Stato, ci pare l'unico modo per salvare la disposizione stessa dal contrasto con il principio di giustiziabilità<sup>109[109]</sup> - permane la netta sensazione che il nostro legislatore non creda più tanto nel procedimento e ritenga che soltanto il processo sia idoneo a garantire fino in fondo le parti<sup>110[110]</sup>.

Bisogna vedere, però, se questo progressivo svuotamento delle garanzie procedurali non verrà, prima o poi, arrestato dal doveroso rispetto dei principi dell'ordinamento comunitario<sup>111[111]</sup>.

### 9. Limiti alle pronunce adottabili dal giudice amministrativo: l'esempio della c.d. acquisizione sanante

Limitazioni alla pienezza ed effettività della tutela, quindi alla concreta applicazione del principio di giustiziabilità, pongono anche tutte quelle previsioni legislative che, in presenza di determinati presupposti, impediscono al giudice di condannare l'amministrazione al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica. Studi recenti ed assai approfonditi evidenziano, infatti, come il principio di effettività quale criterio interpretativo debba poter comportare «la protezione più forte, ovvero tale da assicurare le stesse utilità garantite dal diritto sostanziale», in coerenza anche con quanto previsto a livello sopranazionale<sup>112[112]</sup>. L'esigenza di valorizzare il principio di effettività fino al limite della sua portata è talmente avvertita dagli studiosi da indurli a trarne come corollario quello

---

ss.; G. BERGONZINI, *Art. 21-octies della l. n. 241/1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, 231 ss.

<sup>109[109]</sup> Sia consentito rinviare a F. SAITTA, *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento: gli artt. 8, ultimo comma, e 21-octies, 2° comma, della legge n. 241 del 1990 a confronto*, in *Foro amm.: TAR*, 2006, 2295 ss., e in *Studi in onore di L. Mazzaroli*, Padova, 2007, IV, 381 ss.; ID., *Annullamento non pronunciabile o (inopportuna) preclusione all'autonoma deducibilità del vizio? (Discutendo con Leonardo Ferrara dell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 5/2008, § 4. Com'è noto, non mancano, peraltro, diverse letture, parimenti intese a dimostrare l'insussistenza di profili di incostituzionalità, sulle quali non possiamo qui ritornare: senza pretese di completezza, si segnalano F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003; L. FERRARA, *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità». Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 103 ss.; F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, *ibidem*, 319 ss.; P. LAZZARA, *Contributo alla discussione sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21-octies, l. 241 del 1990*, in *Foro amm.: CdS*, 2009, 190 ss.; F. TRIMARCHI, *Rilevanza condizionata dei vizi di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1117 ss.

<sup>110[110]</sup> E.M. MARENGHI, *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 961 ss., ora in ID., *Procedimenti e processualprocedimento*, Padova, 2009, 23 ss., spec. 31-32.

<sup>111[111]</sup> Come auspica D.U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, 601 ss., con riferimento al diritto ad una buona amministrazione sancito dall'art. 41 della Carta europea dei diritti di Nizza.

<sup>112[112]</sup> I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, spec. 54, 66, 70 e 77.

dell'atipicità delle azioni esperibili innanzi ad un giudice per la tutela di «bisogni» altrimenti non adeguatamente tutelabili<sup>113[113]</sup>.

Ma da questa impostazione, per quanto qui interessa, discende soprattutto, *de plano*, la prevalenza della reintegrazione in forma specifica sul risarcimento pecuniario<sup>114[114]</sup>. Ciò, in particolare, nei rapporti cui partecipa l'amministrazione, laddove il denaro non costituisce sempre un criterio idoneo per misurare beni e prestazioni dovute, anche perché le vertenze in cui è parte l'amministrazione incidono più direttamente su interessi generali della collettività<sup>115[115]</sup>.

Ciononostante, in taluni settori, il nostro legislatore si è mosso nella direzione esattamente opposta, escludendo la reintegrazione in forma specifica ed ammettendo unicamente il risarcimento per equivalente: è il caso, tra l'altro, dell'art. 43, comma 3, del testo unico sulle espropriazioni per pubblica utilità, che, prima di essere dichiarato incostituzionale per eccesso di delega<sup>116[116]</sup>, consentiva all'amministrazione che ne avesse interesse, in caso di impugnazione di provvedimenti d'esproprio e di acquisizione, di «chiedere che il giudice amministrativo, nel caso di fondatezza del ricorso o della domanda, dispon[esse] la condanna al risarcimento del danno, con esclusione della restituzione del bene senza limiti di tempo»<sup>117[117]</sup>.

Al legislatore, in sostanza, non era bastato consentire all'amministrazione che avesse illegittimamente espropriato un terreno di paralizzare l'effetto conformativo della sentenza di annullamento dei provvedimenti ablatori<sup>118[118]</sup> mediante l'adozione di

---

<sup>113[113]</sup> Questa impostazione di fondo si riscontra, oltre che nel lavoro citato nella nota precedente, anche in M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 557 ss., e in A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005, spec. 54.

<sup>114[114]</sup> In tal senso, si sono espressi, tra gli altri, A. PROTO PISANI, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.*, 2002, V, 169; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 166; tra gli amministrativisti, S.R. MASERA, *Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo*, Padova, 2006, spec. 342 ss.

<sup>115[115]</sup> S.R. MASERA, *op. cit.*, 343.

<sup>116[116]</sup> Corte cost., 8 ottobre 2010, n. 293, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>117[117]</sup> Per maggiori approfondimenti sulla natura di tale attribuzione, consistente in sostanza nel «potere di paralizzare la domanda di reintegrazione in forma specifica e di convertire la domanda nella forma del risarcimento per equivalente» (T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, 10 febbraio 2010, n. 71, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Emilia Romagna-Bologna, Sez. I, 13 luglio 2009, n. 1065, in *Giur. amm.*, 2009, II, 996; Cons. St., Sez. V, 7 aprile 2009, n. 2144, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)), sia consentito rinviare a F. SAITTA, *I nova nell'appello amministrativo*, Milano, 2010, 381 ss.. *Adde* Cass., Sez. un., 25 giugno 2010, n. 15319, in *CED Cassazione*, 2010, che la configura come domanda riconvenzionale della p.a. convenuta; *contra*, Cons. St., Sez. IV, 19 febbraio 2010, n. 997, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 400, che esclude, invece, che si tratti di domanda o eccezione riconvenzionale.

<sup>118[118]</sup> Ed infatti, «l'obbligo della restituzione delle aree al soggetto espropriato discende dall'effetto conformativo della decisione giurisdizionale, che obbliga l'Amministrazione, una volta caducato il provvedimento illegittimo, ad attenersi alla regola di condotta stabilita in sentenza» (T.A.R. Campania-Salerno, Sez. I, 29 aprile 2004, n. 295, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); negli stessi termini, con riguardo all'effetto ripristinatorio, T.A.R. Campania-Salerno, Sez. II, 13 luglio 2010, n. 10333, in *Foro amm.*: *TAR*, 2010, 2600); ne consegue che la restituzione «non costituisce una misura risarcitoria, ma rappresenta la doverosa esecuzione di un obbligo» (Cons. St., Sez. V, 3 maggio 2005, n. 2095, *ibidem*).

un apposito provvedimento: egli aveva voluto anche far in modo che, qualora fosse stato annullato, in quanto illegittimo, anche quest'ultimo provvedimento, l'amministrazione avesse comunque il potere di impedire la restituzione del terreno al legittimo proprietario. La scelta se chiedere la reintegrazione in forma specifica ovvero il risarcimento per equivalente (forme di tutela, peraltro, complementari quando la prima non costituisca un sufficiente ristoro<sup>119[119]</sup>), di regola riservata al danneggiato<sup>120[120]</sup>, veniva così rimessa, in via esclusiva, al danneggiante<sup>121[121]</sup>, ancorché colpevole di aver adottato ben due serie di provvedimenti illegittimi!

Di fronte a simili opzioni legislative - probabilmente compatibili con gli artt. 24 e 113 della Costituzione, che non garantiscono, sempre e comunque, il diritto alla tutela specifica<sup>122[122]</sup>, ma in contrasto con il più generale contesto dell'ordinamento internazionale<sup>123[123]</sup> - non può che prendersi atto, con desolazione mista a preoccupazione, della tendenza di un certo modo di legiferare, che non fa che dare copertura alla «legge del più forte» (nel caso in esame, sicuramente la pubblica amministrazione) e che è stato a ragione ricondotto al c.d. nichilismo giuridico<sup>124[124]</sup>.

### 10. *Un caso peculiare (ovvero quando l'effettività della tutela diventa un boomerang): l'intangibilità del giudicato alle prese con il diritto comunitario*

Una delle principali cause dell'erosione dell'ordine giuridico tramandato dalle codificazioni dev'essere sicuramente individuata nell'affluenza della (pre)potente

---

Sulla differenza tra reintegrazione in forma specifica ed effetto conformativo, cfr. S.R. MASERA, *op. cit.*, 322-326.

<sup>119[119]</sup> Si pensi a quelle componenti del pregiudizio economico non riparabili in forma specifica, quali l'indisponibilità del bene nel periodo precedente la perdita della proprietà: Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 25 maggio 2009, n. 486, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>120[120]</sup> T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, 13 gennaio 2010, n. 7, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Emilia Romagna-Bologna, Sez. I, 24 ottobre 2009, n. 1949, *ibidem*; T.A.R. Puglia-Bari, Sez. I, 17 settembre 2009, n. 2081, *ibidem*. Si ritiene, peraltro, che, essendo la domanda di risarcimento per equivalente ricompresa implicitamente nella domanda di reintegrazione in forma specifica, il giudice possa disporre la prima in luogo della seconda senza violare il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato: *ex multis*, Cons. St., Sez. IV, 26 gennaio 2009, n. 394, *ibidem*.

<sup>121[121]</sup> T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. II, 6 agosto 2010, n. 9210, in *Foro amm.: TAR*, 2010, 2666.

<sup>122[122]</sup> Secondo G. VACIRCA, *op. cit.*, § 9, il potere previsto dall'art. 43, comma 3, d.p.r. n. 327/2001 non si discostava molto da quello previsto dall'art. 2058 c.c., che consente al giudice di valutare se il risarcimento in forma specifica risulti eccessivamente oneroso. Non a caso, si ritiene che, a seguito della declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'art. 43, sia nuovamente rimessa al giudice, *ex art. 2058 c.c.*, la valutazione in ordine all'opportunità di disporre o meno la restituzione del fondo al privato (e la rimessa in pristino con l'eventuale rimozione delle opere pubbliche *medio tempore* realizzate) a seguito di annullamento degli atti espropriativi: S. BALLERO, *L'azione risarcitoria nel nuovo Codice del processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 12/2010, § 6.

<sup>123[123]</sup> Così I. PAGNI, *op. cit.*, 65 ss.; R. ORIANI, *op. cit.*, 66-69, che ravvisa un contrasto con l'art. 13 C.E.D.U., che garantisce ad ogni persona i cui diritti e le cui libertà siano stati violati il «diritto ad un ricorso effettivo».

<sup>124[124]</sup> G. ALPA, *Sul nichilismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2005, 525.

normativa europea<sup>125[125]</sup>. Anche le regole europee, però, talvolta si pongono in contrasto, oltre che con norme dell'ordinamento giuridico comune o con i principi comuni, con gli stessi principi costituzionali: vi sono stati casi, infatti, in cui principi formulati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea si sono imposti nel nostro ordinamento giuridico a scapito delle nostre norme costituzionali<sup>126[126]</sup>.

Vale la pena, allora, ritornare su un caso - probabilmente già a tutti noto - in cui il principio di effettività, vero e proprio *totem* del diritto comunitario in ossequio al quale l'Unione europea ha costantemente operato una conformazione dei sistemi nazionali di giustizia a discapito del principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri<sup>127[127]</sup>, è stato utilizzato sino al punto di mettere in discussione un principio fondamentale del diritto processuale, qual'è quello dell'autorità di cosa giudicata.

La questione ha formato oggetto di una decisione della Corte di giustizia<sup>128[128]</sup> che, oltre ad aver attirato - ovviamente - l'attenzione di tutti i processualcivili<sup>129[129]</sup>, ci è stata segnalata in un recente convegno dell'A.I.P.D.A., «in quanto interviene su una norma del nostro ordinamento processuale che è sicuramente una norma fondamentale e che, in quanto tale, è riconducibile direttamente al quadro costituzionale disegnato dagli art. 24, 103, 111, 113 della Costituzione. Il giudicato in senso sostanziale è infatti l'obiettivo della tutela in sede giurisdizionale e se il giudicato non vi fosse, la tutela giurisdizionale sarebbe sostanzialmente inutile»<sup>130[130]</sup>. Tale pronuncia afferma che il diritto comunitario osta all'applicazione dell'art. 2909 del codice civile italiano, nei limiti in cui impedisca il recupero di un aiuto di stato erogato in contrasto con il diritto comunitario medesimo e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione delle Comunità europee divenuta definitiva. In pratica, la Corte di giustizia oppone al giudicato in senso sostanziale un provvedimento di natura sostanzialmente amministrativa, qual'è la decisione dell'anzidetta Commissione, valutando l'art. 2909 c.c. alla stregua di una qualunque

---

<sup>125[125]</sup> Così A. FALZEA, *Il civilista e le sfide d'inizio millennio (Ricerca giuridica ed etica dei valori)*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia* (Convegno di studio in onore del Prof. Angelo Falzea - Messina, 4-7 giugno 2002), a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, 3.

<sup>126[126]</sup> A. FALZEA, *I principi*, cit., 8, secondo cui noi dobbiamo conservare ai nostri principi costituzionali una invulnerabilità rispetto a tutte le altre fonti del diritto perché la Costituzione è rimasta l'unica forza della società, quella che tutela e garantisce i valori fondamentali della nostra comunità.

<sup>127[127]</sup> Su questi temi, da ultimo, G. DELLA CANANEA - C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 295-299.

<sup>128[128]</sup> Grande Sez., 18 luglio 2007, n. 119, in causa C-119/05, *Lucchini*, in *Corr. giur.*, 2007, 1221.

<sup>129[129]</sup> Fra i tanti, C. CONSOLO, *La sentenza «Lucchini» della Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 225 ss.; N. PICARDI, *Eventuali conflitti fra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 2008, I, 559 ss.; P. BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rass. trib.*, 2007, 1591 ss.

<sup>130[130]</sup> C.E. GALLO, *La giustizia amministrativa fra modello costituzionale e principi comunitari* (Relazione al Convegno su: «Il diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale» - Bologna, 27-28 settembre 2007), in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2007*, Milano, 2008, 232.

norma dell'ordinamento di uno Stato membro che non può ostare all'applicazione del diritto comunitario<sup>131[131]</sup>.

Per evidenti ragioni di spazio, la questione può essere qui soltanto rivista, per cenni, nell'ottica dei rapporti tra giudicato e Costituzione<sup>132[132]</sup>.

Anche al fine di giustificare il presente paragrafo, è appena il caso di rilevare che, per costante giurisprudenza costituzionale, una legge che disponesse espressamente la cessazione di efficacia di provvedimenti del giudice civile anteriormente passati in giudicato sarebbe incostituzionale in quanto violerebbe le attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria cui spetta la tutela dei diritti (artt. 102 e 113) e lederebbe l'affidamento della parte vittoriosa sul carattere definitivo del risultato del processo (artt. 3 e 24)<sup>133[133]</sup>.

La circostanza che la Costituzione richieda che la tutela giurisdizionale possa sempre avvenire in un processo a cognizione piena destinato a concludersi con un provvedimento idoneo a passare in giudicato non significa che la giurisdizione contenziosa debba mirare sempre, per imposizione costituzionale, alla formazione del giudicato stesso; tuttavia, quando le parti chiedono ed ottengono un giudicato per la tutela dei loro diritti, la stabilità del risultato del processo è protetta al massimo grado e gode della copertura costituzionale, non per una ragion di Stato, ma perché ciò realizza l'interesse della parte vittoriosa, nel modo in cui esso è stato apprezzato e realizzato da quest'ultima<sup>134[134]</sup>.

La succitata sentenza della Corte europea conferma, dunque, la crescita del secondo limite posto dalla giurisprudenza comunitaria all'autonomia processuale degli Stati membri: quello relativo alla garanzia di un livello minimo di protezione dei diritti di derivazione comunitaria. Ormai da tempo, infatti, la Corte ritiene che l'attuazione dei principi dell'effetto diretto e del primato del diritto comunitario comporti la non applicazione di «qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria» nazionale e, quindi, anche di norme processuali che diminuiscano l'efficacia piena e utile delle norme comunitarie, la loro effettività<sup>135[135]</sup>. La Corte enuncia così il principio della massima strumentalità del processo nazionale nei confronti del diritto comunitario: può ben dirsi, dunque, che «siamo agli antipodi rispetto all'autonomia»<sup>136[136]</sup>.

Ciò non significa, tuttavia, che il giudicato sia destinato a soccombere sempre e

---

<sup>131[131]</sup> C.E. GALLO, *ibidem*.

<sup>132[132]</sup> Per una dettagliata analisi del problema, può vedersi il ponderoso e denso scritto di R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali* (Relazione al XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile su: «Corti europee e giudici nazionali» - Verona, 25-26 settembre 2009).

<sup>133[133]</sup> *Ex multis*, Corte cost., 7 novembre 2007, n. 364, in *Foro it.*, 2009, I, 996, con nota di R. CAPONI, *Giudicato civile e leggi retroattive*.

<sup>134[134]</sup> R. CAPONI, *Corti europee*, cit., 70 del dattiloscritto.

<sup>135[135]</sup> Corte giust., 19 giugno 1990, in causa C-213/89, *Factortame*, in *Racc.*, I, 2433. Per un'attenta ricostruzione di tale evoluzione giurisprudenziale, si rinvia a N. TROCKER, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, 1171 e 1192 ss.

<sup>136[136]</sup> R. CAPONI, *op. ult. cit.*, 92.



comunque dinanzi all'urto del diritto comunitario. Esso resiste, ad es., ad una successiva pronuncia della Corte di giustizia dalla quale risulti che il parametro decisorio adottato dal giudice non è conforme al diritto comunitario: in questo caso, infatti, non v'è ragione per dotare il giudicato di una protezione minore di quella di cui gode di fronte alla dichiarazione di incostituzionalità della norma posta a base della decisione del giudice<sup>137[137]</sup>.

Nella peggiore delle ipotesi, se la Corte europea perdesse il senso del limite<sup>138[138]</sup>, soccorrerebbe la teoria dei controlimiti costituzionali<sup>139[139]</sup>: avvalendosi della già citata giurisprudenza costituzionale<sup>140[140]</sup>, il giudice italiano ben potrebbe rimettere alla Corte costituzionale la questione del potenziale contrasto della non applicazione della disposizione interna (in specie, l'art. 2909 c.c.) con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e/o con i diritti inalienabili della persona.

Ne vien fuori, in conclusione, un giudicato non già «debole, ma solo riproporzionato, dimensionato dalla realtà che gli sta accanto»<sup>141[141]</sup>: anche la «giustiziabilità», che ricomprende la stabilità degli effetti del *dictum* giudiziale, deve, quindi, confrontarsi con il diritto europeo.

## 11. *Giustiziabilità ed effettività nel codice del processo amministrativo: delusioni e speranze*

Le riflessioni fin qui svolte dovrebbero adesso essere vagliate alla luce delle disposizioni contenute nel recente codice del processo amministrativo, al fine di vedere quanto l'anzidetto articolato normativo sia in linea con il principio di giustiziabilità (e con quello - come si è visto, strettamente connesso - di effettività). Ed infatti, al di là di quanto astrattamente affermato dal già menzionato art. 7, comma 7, c.p.a., in ordine alla realizzazione del principio di effettività e, prim'ancora, dall'affermazione d'esordio di cui al precedente art. 1 («La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo»), è alla concreta disciplina delle azioni che occorre aver riguardo per stabilire se la codificazione abbia davvero soddisfatto le esigenze di piena ed effettiva giustiziabilità delle pretese del cittadino nei confronti dei pubblici poteri.

In questa sede, però una siffatta analisi a tutto tondo si rivelerebbe esorbitante, sicchè ci si limiterà a qualche considerazione generale.

---

<sup>137[137]</sup> R. CAPONI, *op. ult. cit.*, 104.

<sup>138[138]</sup> Ulteriori incisivi colpi al principio generale della cosa giudicata sono stati inferti dalle decisioni 3 settembre 2009, in causa C-2/08, *Olimpiclub* (in *Racc.*, I, 7501), e 6 ottobre 2009, in causa C-40/08, *Asturcom* (in [www.curiaeuropa.eu](http://www.curiaeuropa.eu)), sulle quali v. G. VITALE, *Il principio dell'autonomia procedurale in due recenti sentenze della Corte di Giustizia: i casi Olimpiclub e Asturcom*, in *Dir. un. eur.*, 2010, 727 ss.

<sup>139[139]</sup> M.G. PULVIRENTI, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 341 ss..

<sup>140[140]</sup> Sent. n. 364/2007.

<sup>141[141]</sup> R. CAPONI, *op. ult. cit.*, 143.



E' probabilmente eccessiva l'affermazione secondo cui l'effettività della tutela sancita dall'art. 24 della Costituzione implica necessariamente, tra l'altro, il principio dell'atipicità delle azioni<sup>142[142]</sup>; tale affermazione, a tacer d'altro, indurrebbe a dubitare dell'attuale conformità del codice del processo amministrativo alla Carta costituzionale tutti coloro che, in presenza di un'espressa disciplina delle azioni esperibili (artt. 29-32) e delle pronunce giurisdizionali adottabili (artt. 33-37), escludono che si possa ancora predicare la vigenza di tale principio nel processo amministrativo<sup>143[143]</sup>.

Non v'è dubbio, tuttavia, che la codificazione, in luogo di una non meglio precisata azione di condanna atipica qual'è quella prevista dall'art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a. (che faculta il giudice a condannare l'amministrazione «all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio»), dell'azione di adempimento avrebbe rappresentato una forte spinta nella direzione dell'effettività della tutela, che non sarebbe risultata subordinata alla sensibilità del singolo collegio giudicante<sup>144[144]</sup>. Si vuol dire, in altri termini, che, nonostante i meritori sforzi della dottrina di dimostrare che la circostanza che il codice non preveda un'azione di adempimento tipizzata non significa che tale azione non possa oggi ritenersi consentita alla luce del combinato disposto del succitato art. 34, comma 1, lett. c), e della disciplina delle pronunce giurisdizionali adottabili<sup>145[145]</sup>, la delusione è palpabile e ad addolcire la pillola che sono stati costretti ad ingoiare tutti coloro che attendevano con ansia la codificazione per un miglioramento dello standard complessivo di tutela del cittadino nei confronti dei pubblici poteri non basta certo predicare il solito principio del bicchiere mezzo pieno<sup>146[146]</sup>.

A prescindere dalla disciplina delle azioni, efficacemente paragonata alla città

---

<sup>142[142]</sup> Così A. LAMORGESE, *op. cit.*, §§ I e II.

<sup>143[143]</sup> Così, ad es., A. CARBONE, *Azione di adempimento e Codice del processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 7/2010.

<sup>144[144]</sup> Osserva giustamente R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, 16, che la disciplina espressa di un'azione è cosa diversa da poter ottenere lo stesso risultato in via pretoria.

<sup>145[145]</sup> L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo* (Relazione al 56° Convegno di studi amministrativi - Varenna, 23-25 settembre 2010), in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), § 2; E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 11/2010, § 3; M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (novembre 2010), § 3; S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie* (Relazione al Convegno su: «Il codice del processo amministrativo» - Palermo, 13 dicembre 2010), in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 12/2010; F. PATRONI GRIFFI, *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (dicembre 2010); *contra*, A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo* (Relazione al citato Convegno di Varenna), 11 del dattiloscritto, secondo cui si tratta di «semplici "frammenti di norme", probabilmente frutto di un coordinamento impreciso nella fase finale di redazione del decreto legislativo», che non possono giustificare un'azione di adempimento a carattere generale che è stata espunta dal testo finale del codice dalle modificazioni intervenute in sede parlamentare-governativa.

<sup>146[146]</sup> Come fa R. CHIEPPA, *op. cit.*, 19 ss.

di Fedora immaginata da Calvino<sup>147[147]</sup>, il codice - com'è stato da più parti osservato - è nato vecchio e si guarda bene dall'offrire al cittadino una mappa articolata e ragionata di possibilità di tutela<sup>148[148]</sup>; occorrono sforzi davvero notevoli, dunque, per definirlo «ben temperato»<sup>149[149]</sup> e per vedere in esso «moltissime luci e solo qualche piccola ombra»<sup>150[150]</sup>.

Non potevamo, forse, eguagliare i tedeschi, la cui *Verwaltungsgerichtsordnung* non avrebbe mai potuto essere "digerita" in Italia, dove il processo amministrativo non è costruito sull'idea del rapporto amministrativo, bensì su quella della supremazia dell'amministrazione<sup>151[151]</sup>, ma potevamo certamente andar oltre quello che è stato efficacemente definito «un riassunto delle precedenti puntate» legislative e giurisprudenziali<sup>152[152]</sup>. Un articolato normativo, insomma, che, dimenticando che ormai da tempo il baricentro si è spostato dall'opposizione alla pretesa, ha lasciato sostanzialmente immutata la struttura del processo, che continua ad essere incentrata sulla tutela impugnatoria e sul modello del giudizio sull'atto, entro il quale sono state saltuariamente inserite, mediante apposite varianti ed al di fuori di un disegno organico, le eventuali questioni la cui soluzione prescinde, invece, dall'annullamento di un provvedimento amministrativo. Un codice, insomma, che anziché rivedere in radice l'impostazione di fondo del processo per renderlo più funzionale alle esigenze di piena ed effettiva giustiziabilità dell'attività amministrativa, si è limitato a «contaminare con elementi del giudizio di spettanza uno schema generale di ben diversa matrice ed ispirazione»<sup>153[153]</sup> e, anziché seguire le indicazioni della legge di delega, secondo la quale il processo amministrativo avrebbe dovuto «soddisfare la pretesa della parte ricorrente» (come, del resto, sancito dall'art. 113, comma 2, della Costituzione), ha pensato soprattutto a contenere i costi, a conservare il modello tradizionale del processo e ad irrigidire la disciplina<sup>154[154]</sup>.

Delusi, ancora una volta, dal legislatore, non possiamo far altro che confidare,

---

<sup>147[147]</sup> L. VIOLA, *Le azioni avverso il silenzio della p.a. nel nuovo codice del processo amministrativo: aspetti problematici* (Relazione al Convegno su: «Il Codice del processo amministrativo» - Lecce, 12-13 novembre 2010), in *Foro amm.: TAR*, 2010, 3393 ss.

<sup>148[148]</sup> G.D. COMPORTI, *Il codice del processo amministrativo e la tutela risarcitoria: la lezione di un'occasione mancata*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it) (2011), § 7.

<sup>149[149]</sup> P.L. PORTALURI, *Le «macchine pigre» ed un codice ben temperato* (Relazione al Convegno su: «Il Codice del processo amministrativo» - Lecce, 12-13 novembre 2010), in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>150[150]</sup> L. MARUOTTI, *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela* (Relazione al Convegno su: «Il Codice del processo amministrativo» - Lecce, 12-13 novembre 2010), in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 11/2010.

<sup>151[151]</sup> G. ROSSI, *L'incertezza sui principi del processo amministrativo* (Relazione al Convegno su: «La codificazione del processo amministrativo» - Roma, 14 dicembre 2010), in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

<sup>152[152]</sup> R. CAPONI, *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 9/2010, §§ 1 e 3.

<sup>153[153]</sup> A. ROMANO TASSONE, *A proposito del Libro II del progetto di codice del processo amministrativo* (Relazione introduttiva al Seminario di Messina, 9 aprile 2010), in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 1141.

<sup>154[154]</sup> F.G. SCOCA, *Considerazioni*, cit., § 1.

come al solito, nella giurisprudenza, sperando che - come sovente ha fatto - riesca a valorizzare al massimo le disposizioni codicistiche interpretandole alla luce degli artt. 24 e 113 della Costituzione.

FABIO SAITTA

---