

FLAVIA D'ORO

Modulabilità degli effetti della sentenza di annullamento e conformazione  
dell'azione amministrativa.

Lo scritto ripercorre le tappe più significative nella legislazione e nella giurisprudenza amministrativa volte a valorizzare l'effetto conformativo del giudicato amministrativo e a superare l'equivalenza illegittimità – annullamento dell'atto amministrativo.

In particolare, vengono analizzate, al fine di cogliere un *continuum*, le disposizioni dell'art. 21-*octies* L. 7.8.1990 n. 241, che limita il potere demolitorio del giudice, le norme del c.p.a. che attribuiscono al giudice amministrativo il potere di determinare gli effetti della sentenza di accoglimento e gli consentono di nominare un Commissario *ad acta* già in sede di cognizione (art. 34, comma 1, lett. a) ed e) c.p.a.) e quelle che prevedono l'accertamento dell'illegittimità dell'atto ai soli fini risarcitori (art. 34, comma 3, c.p.a.).

Dette disposizioni vengono inquadrare nell'ambito di una recente tendenza della giurisprudenza amministrativa che in virtù del principio di effettività della tutela, consente al giudice amministrativo di modulare gli effetti delle proprie sentenze di annullamento, fino ad escludere l'effetto demolitorio e a disporre i soli effetti conformativi.

Tale tendenza giurisprudenziale è stata criticata dalla dottrina, sotto diversi aspetti, in quanto appare contrastare con il principio dispositivo del processo e i caratteri fondamentali dell'azione di annullamento e del giudizio amministrativo in generale.

La valorizzazione del principio di effettività della tutela ben potrebbe giustificare altre soluzioni, senza portare a letture interpretative che non trovano fondamento nel quadro normativo vigente.

## INTRODUZIONE

La giurisdizione amministrativa di legittimità è stata concepita come un giudizio incentrato sulla legittimità dell'atto e non diretta, invece, alla tutela della posizione giuridica fatta valere dal ricorrente.

Il modello impugnatorio del processo era definito nell'art. 45 T.U. 6 giugno 1924, n. 1054 (confermato dall'art. 26 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei T.A.R.), ai sensi del quale, in caso di accoglimento del ricorso, il giudice “annulla l'atto o il provvedimento, salvo gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa”.

Tale modello, soddisfacente per gli interessi oppositivi, risultava del tutto insufficiente per il soddisfacimento degli interessi pretensivi, in quanto il giudice non si pronunciava sulla spettanza del bene della vita ma si limitava a verificare la presenza dei vizi denunciati dal ricorrente, subordinando il soddisfacimento dell'interesse del privato al riesercizio del potere amministrativo.

Progressivamente, il legislatore e la giurisprudenza sono intervenuti modificando il modello di giustizia amministrativa, rendendola maggiormente idonea a soddisfare la pretesa del privato, attraverso diversi istituti quali la risarcibilità del danno cagionato dalla p.a., la riforma del ricorso per motivi aggiunti, l'ampliamento dei poteri istruttori del giudice, la possibilità di conoscere della fondatezza della pretesa nei ricorsi avverso il silenzio, l'obbligo per il giudice di verificare, in presenza di attività vincolata e di vizi formali, la sostanziale correttezza dell' *agere* della p.a., la valorizzazione del principio di effettività, che ha comportato l'equiparazione delle tutele offerte dal giudice ordinario e dal giudice amministrativo, la concentrazione di ogni tutela degli interessi legittimi innanzi al giudice amministrativo, l'introduzione della tutela cautelare *ante causam*, l'ampliamento delle azioni di cognizione e la maggiore flessibilità di queste.

Tali interventi legislativi e giurisprudenziali sono confluiti nel codice del processo amministrativo, adottato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, e modificato successivamente da due d.lgs. correttivi del 15 novembre 2011, n. 195 e del 14

settembre 2012, n. 160.

Il codice, all'art. 1, stabilisce il principio di effettività della tutela. Tale principio trova attuazione attraverso due importanti strumenti: l'ampliamento degli strumenti di tutela dell'interesse legittimo e la dequotazione dei vizi formali dell'atto amministrativo<sup>1</sup>.

Con riferimento alla disciplina delle azioni, il testo originario del codice del processo amministrativo non prevedeva espressamente le azioni di adempimento e di accertamento.

L'azione di adempimento è stata introdotta dal secondo correttivo al c.p.a., (d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160), attraverso l'inserimento, nell'art. 34, comma 1, lett. c) c.p.a., della previsione che "l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'art. 31 comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio".

Tuttavia, già prima della sua espressa introduzione, la giurisprudenza aveva ammesso l'esperimento di detta azione, come anche quella di accertamento (sulla disciplina di questa, tuttavia, i correttivi al codice non hanno inciso), valorizzando alcune disposizioni del codice relative alla disciplina delle sentenze<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> R. CAPONIGRO, *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ottobre 2012. L'Autore sottolinea che la dequotazione dei vizi formali comporti "la corrispondente valorizzazione dei vizi sostanziali, le cui censure non dovrebbero essere mai assorbite, con conseguente accrescimento della portata conformativa delle sentenze di annullamento, anche quando siano dedotti in giudizio interessi legittimi pretesivi".

<sup>2</sup> Con riferimento all'**azione di adempimento**, si veda Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 23 marzo 2011, n. 3; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428; Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 29 luglio 2011, n. 15; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 25 novembre 2011, n. 1807; T.A.R. Veneto, Venezia, sez. II, 14 febbraio 2012, n. 234; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 4 settembre 2012, n. 2220; T.A.R. Piemonte, Torino, 7 novembre 2012, n. 1159; Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002, in *Giornale Dir. Amm.*, 2013, 2, 185; T.A.R. Lazio, Roma, sez. IIIB, 3 dicembre 2012, n. 10081, tutte reperibili in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In particolare, il T.A.R. Lombardia, con la sentenza n. 1428 del 2011, ha ammesso l'azione di adempimento partendo dall'esame della disciplina delle sentenze contenuta nel c.p.a. per poi risalire all'ammissibilità della domanda e alla tipologia dell'azione attraverso una inversione dell'ordine di lettura e di interpretazione fra l'art. 34 e l'art. 30 del codice. Le disposizioni di cui all'art. 34 c. 1 lett. c) e e) del c.p.a. prefigurerebbero, ad avviso del T.A.R., un generale potere di condanna, modulabile a seconda del bisogno emerso in giudizio per cui le azioni di adempimento tipizzate nel codice non costituirebbero disposizioni eccezionali ma esemplificazioni di un'azione ammessa in via generale. Si veda C. FELIZIANI, *L'azione di mero accertamento nel processo amministrativo. Tra lacune legislative e istanze di tutela*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 18 gennaio 2013, che evidenzia come l'azione di esatto adempimento sia stata "ricostruita attraverso un articolato *escamotage* che fa leva sulla "inversione dell'ordine di lettura e di interpretazione fra l'art. 34 e l'art. 30 del codice"". Si veda F. MERUSI, *Creatività giurisprudenziale e finzione. La tutela del terzo nel processo amministrativo nell'ipotesi di attività liberalizzate*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, n. 2, 433, che scrive: "per l'azione di adempimento (...) è stato abbastanza facile per un TAR, il TAR Lombardia, dimostrarne l'ammissibilità (...). E' bastato ragionare alla rovescia,

In particolare, l'art. 34 c. 1 lett. e) c.p.a., relativo alle sentenze di merito, consente al giudice della cognizione – e non più solo al giudice dell'ottemperanza – di disporre “le misure necessarie ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario *ad acta*, che può avvenire anche in sede di cognizione”.

---

partendo dalla descrizione che il codice fa delle sentenze per poi risalire all'ammissibilità della domanda, cioè della tipologia dell'azione”. Alla luce del disposto dell'art. 34 lett. c) e d), infatti, “se ne è dedotto che è risultato irrilevante cancellare la previsione di una tipica azione di adempimento, poiché la possibilità di ordinare alla pubblica amministrazione un facere è ricompresa nei poteri del giudice al momento della sentenza”. Con riferimento all'**azione di accertamento**, si veda Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 23 marzo 2011, n. 3, *cit.*; Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, in *Giur. It.*, 2009, 7, 1812 e in *Giorn. Dir. Amm.* 2009, 1079; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 11 febbraio 2010, n. 424, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 6, 624; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 19 gennaio 2011, n. 472, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 23 marzo 2011, n. 3, *cit.*; Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 29 luglio 2011, n. 15, *cit.*; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 25 novembre 2011, n. 1807, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 4, 468; Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2012, n. 472, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4863, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002, *cit. Contra* T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 13 luglio 2011, n. 1292, T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 1 marzo 2012, n. 460, T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 14 marzo 2012, n. 559, Cons. Stato Sez. V Sentenza, 16 gennaio 2013, n. 231, reperibili in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In particolare, l'adunanza plenaria del 29 luglio 2011, n. 15, ha affermato che l'azione di accertamento è implicitamente ammessa dall'art. 34, comma 2, del codice del processo amministrativo, che, riproducendo l'identica formulazione contenuta nella soppressa norma del testo approvato dalla Commissione del Consiglio di Stato, dedicata all'azione generale di accertamento, vuole evitare, in omaggio al principio di separazione dei poteri, che il giudice si sostituisca alla pubblica amministrazione esercitando una cognizione diretta di rapporti amministrativi non ancora sottoposti al vaglio della stessa. Detta disposizione non può che operare per l'azione di accertamento, per sua natura caratterizzata da tale rischio di indebita ingerenza, visto che le altre azioni tipizzate dal codice sono per definizione dirette a contestare l'intervenuto esercizio (od omesso esercizio) del potere amministrativo. In particolare, il Consiglio di Stato ha ritenuto esperibile, in materia di DIA, l'azione di accertamento nel caso in cui il terzo subisca una lesione prima del decorso del termine perentorio fissato dalla legge per l'esercizio del potere inibitorio e cioè tra il momento in cui la d.i.a. produce effetti legittimanti e la scadenza del termine per l'esercizio del potere inibitorio. Il Cons. Stato ha affermato come, in adesione alla tesi sostenuta dal Consiglio di Stato già prima del c.p.a. (Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, e sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139), “l'assenza di una previsione legislativa espressa non osti all'esperibilità di un'azione di tal genere quante volte, come nella specie, detta tecnica di tutela sia l'unica idonea a garantire una protezione adeguata ed immediata dell'interesse legittimo”. L'azione di accertamento autonomo ha un fondamento costituzionale in quanto garantisce la piena e completa protezione dell'interesse legittimo (artt. 24, 103 e 113): “anche per gli interessi legittimi, infatti, come pacificamente ritenuto nel processo civile per i diritti soggettivi, la garanzia costituzionale impone di riconoscere l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo, con particolare riguardo a tutti i casi in cui, mancando il provvedimento da impugnare, una simile azione risulti indispensabile per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente”. L'assenza di una norma esplicita sull'azione generale di accertamento deriverebbe dal fatto che le azioni tipizzate, idonee a conseguire statuizioni dichiarative, di condanna e costitutive, consentono di norma una tutela idonea ed adeguata che non ha bisogno di pronunce meramente dichiarative in cui la funzione di accertamento non è strumentale all'adozione di altra pronuncia di cognizione ma si presenta allo stato puro. Ove dette azioni tipizzate non soddisfino in modo efficiente il bisogno di tutela, l'azione di accertamento atipica risulterebbe praticabile in virtù delle norme costituzionali e comunitarie richiamate dallo stesso art. 1 del codice e dai criteri di cui all'art. 44 della legge n. 69/2009. Inoltre, l'ammissibilità dell'azione di accertamento si desumerebbe da un'interpretazione sistematica di alcune norme dettate dal codice del processo amministrativo che prevedono la definizione del giudizio con sentenza di merito puramente dichiarativa: art. 31, comma 4 (sentenza dichiarativa della nullità), art. 34, comma 3, (sentenza dichiarativa dell'illegittimità quante volte sia venuto meno l'interesse all'annullamento e persista l'interesse al risarcimento), art. 34, comma 5 (sentenza di merito dichiarativa della cessazione della materia del contendere), art. 114, comma 4, lett. b (sentenza dichiarativa della nullità degli atti adottati in violazione od elusione del giudicato).

Questa disposizione riconosce alla sentenza di annullamento “contenuti modificatori ulteriori rispetto a quelli tradizionali” e anticipa “al momento cognitorio ciò che finora tendeva ad essere relegato nella fase dell’ottemperanza”<sup>3</sup>, consentendo al giudice di superare l’oggetto formale del giudizio per tutelare l’interesse sostanziale del ricorrente già in fase di cognizione.

Viene così valorizzato il contenuto conformativo della sentenza, riconducendo l’effetto conformativo all’interno della decisione, facendolo divenire più propriamente un contenuto di essa: il giudizio cognitorio diviene il momento in cui viene concentrato l’esame di tutti i profili del rapporto sostanziale al fine di consentire al giudice di disporre contestualmente le misure più idonee ad assicurare l’attuazione del giudicato, a beneficio dell’effettività e rapidità della tutela.

L’ampliamento dei poteri del giudice in sede di cognizione e l’abolizione della previsione che faceva salvi gli ulteriori provvedimenti dell’autorità amministrativa (contenuta negli art. 45 r.d. 1054/1924 e art. 26 l. 1034/1971 e non riproposta nel c.p.a.) sono strettamente collegati con la necessità che il giudice in sede cognitoria esamini tutti i profili del rapporto sostanziale, affinché egli possa contestualmente disporre le misure più idonee ad assicurare l’attuazione del giudicato<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> M. RAMAJOLI, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo, commentario sistematico*, Bologna, 2011, 589, che, riprendendo le parole di M. Nigro, afferma che “l’art. 34, 1 co., lett. e) è il dato normativo che consente ora di affermare con sicurezza che ‘quelli che sono stati chiamati effetto ripristinatorio ed effetto conformativo vanno considerati prima che come effetti della sentenza – e tanto meno come effetti esterni – elementi del suo contenuto’ ”. M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in Gior. Dir. Amm., n. 11/2010, 1121 ss. R. GRECO, *Discrezionalità amministrativa ed effettività della tutela: l’evoluzione dei poteri del giudice amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), giugno 2014, sottolinea come la nozione di effetto conformativo “non è più soltanto un’elaborazione di dottrina e giurisprudenza, dal momento che oggi l’art. 113, comma 1, cod. proc. Amm. – sia pure ai limitati fini dell’individuazione del giudice competente per l’ottemperanza al giudicato – fa espresso riferimento al “contenuto dispositivo e conformativo” dei provvedimenti del giudice amministrativo”.

<sup>4</sup> R. CAPONIGRO, *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, *cit.*, evidenzia che il giudice amministrativo non possa dichiarare assorbiti uno o più motivi di ricorso qualora il loro accoglimento possa arricchire il contenuto del giudicato aggiungendo vincoli più specifici al riesercizio del potere amministrativo. In tal senso Cons. Stato, sez. VI, 21 novembre 1992, n. 925 in Cons., Stato, 1992, I, 1698; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 13 maggio 2011, n. 1233, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 13 ottobre 2011, n. 2429 e T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 27 aprile 2012 n. 609, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Si veda anche T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III 30 gennaio 2012 n. 321, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che, con riferimento all’annullamento in autotutela, ha affermato che “dall’annullamento in autotutela del provvedimento impugnato non può scaturire una pronuncia di cessazione della materia del contendere, in particolare quando l’annullamento in sede amministrativa avvenga per ragioni formali o, comunque, per ragioni che non soddisfino pienamente l’interesse sostanziale della parte privata (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 2 ottobre 2007 n. 5086). In queste ipotesi l’esame integrale da parte del giudice dei motivi dedotti nel ricorso conserva utilità a fini conformativi onde indirizzare l’amministrazione nel futuro esercizio del potere, assicurando che questo avvenga in modo confacente agli interessi del ricorrente”.

Infatti, la prassi dell'assorbimento dei motivi del ricorso - attraverso la quale viene dichiarata l'illegittimità del provvedimento per uno dei vizi dedotti senza che siano state esaminate le ulteriori censure - limita di fatto l'effetto conformativo della sentenza di annullamento<sup>5</sup>.

Di conseguenza, l'effetto conformativo della sentenza di annullamento viene valorizzato al fine di realizzare la soddisfazione dell'interesse legittimo pretensivo, che non risulta adeguatamente soddisfatto dall'effetto demolitorio e ripristinatorio della sentenza di annullamento.

L'effetto conformativo si sostanzia in un effetto negativo (c.d. effetto preclusivo, in quanto la p.a. non può reiterare l'atto viziato) e in un effetto positivo, che vincola la p.a., nel riesercizio del potere, a conformarsi alla sentenza. Quest'ultima delinea il corretto modo di esercizio del potere - in maniera più o meno piena o esplicita a seconda del tipo di potere che viene esercitato e del vizio riscontrato<sup>6</sup> - al fine di

---

<sup>5</sup> Si veda A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, 120, che rileva come l'**assorbimento dei motivi** sia in realtà ancora possibile in quanto la disposizione, presente nel testo provvisorio del c.p.a., che imponeva al g.a. di esaminare comunque tutti i motivi di ricorso, non è stata riproposta nel testo definitivo. C. E. GALLO, *Manuale di Giustizia amministrativa*, Torino, 2010, V, 272, che rileva come la tendenza all'assorbimento dei motivi "non garantisce una tutela piena e non corrisponde neppure all'esatto rispetto del principio della domanda"; nello stesso senso M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 137, e A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, 1989, 1482-1483, che rileva come "questa prassi giurisprudenziale rischia (soprattutto quando il ricorso denunci vizi formali e vizi sostanziali dell'atto amministrativo e, ritenuto fondato uno dei primi, il giudice dichiara assorbiti i secondi), di rendere frustranea la pronuncia, dalla quale il ricorrente plausibilmente si aspetta l'indicazione di come l'amministrazione (avrebbe dovuto regolarsi e) dovrà regolarsi in caso di rinnovazione del procedimento"; D. DE PRETIS, *La decisione*, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2007, 252, che osserva come la pratica dell'assorbimento improprio (che ricorre quando "il giudice accoglie il ricorso ritenendo fondato uno o più motivi, ma senza esaminare tutti quelli proposti dal ricorrente, sul presupposto che l'accoglimento di un motivo, cui consegue l'accoglimento del ricorso, farebbe venire meno l'interesse del ricorrente alla decisione sugli altri" e che si distingue dall'assorbimento proprio, che ricorre quando "il giudice ritiene risolti, senza necessità di una esplicita decisione su di essi, motivi comunque incompatibili con quanto già ritenuto su altri punti") "intacca la pienezza della tutela giurisdizionale e limita la possibilità per il ricorrente di ottenere tutte le utilità che, in base all'ordinamento, possono derivare dall'azione che ha esperito" in quanto "il mancato esame degli altri motivi impedisce che su di essi, pur dedotti dal ricorrente, si formi un giudicato di eventuale accertamento di fondatezza e che la sentenza sviluppi su tale accertamento i propri effetti conformativi. Con la conseguenza che l'amministrazione non ne è vincolata in sede di possibile reiterazione dell'atto e che ne risulta a sua volta limitata l'ampiezza di un eventuale giudizio di ottemperanza"; M. RAMAJOLI, *cit.*, 593, richiama quell'indirizzo giurisprudenziale che, per non sacrificare troppo la tutela del ricorrente, sostiene "che siano prioritari i motivi il cui accoglimento comporta un vincolo più specifico all'eventuale futura attività conformativa dell'amministrazione: il giudice deve esaminare preliminarmente le questioni che manifestano in astratto una più radicale illegittimità del provvedimento impugnato, perché essere appaiono idonee a soddisfare più efficacemente l'interesse sostanziale del ricorrente, per passare poi all'esame degli altri motivi che, pur idonei a provocare l'annullamento del provvedimento impugnato, manifestano profili meno radicali di illegittimità".

<sup>6</sup> R. GIOVAGNOLI, *Effettività della tutela e atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 27 settembre 2013. Così F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1986, 419-423, che evidenzia come, mentre i "vizi procedurali dell'atto sono ininfluenti sulla disciplina da esso dettata" e pertanto "il giudicato esplica la sua efficacia semplicemente imponendo che il vizio procedimentale venga

assicurare al ricorrente vittorioso il bene della vita perseguito e la sua piena reintegrazione nella situazione concreta che avrebbe dovuto conseguire ove la P.A. non avesse adottato l'atto <sup>7</sup>.

---

rimosso”, “quando il vizio di legittimità riguardi la disciplina dettata dal provvedimento...è indubbio che...il giudicato esprima la sua massima efficacia vincolante per l'amministrazione. Ma i termini ed i modi di tale efficacia sono assai diversi tra loro” a seconda dei motivi dell'accoglimento e se la sentenza travolge tutti o solo alcuni “dei momenti valutativi attraverso cui si forma la determinazione discrezionale definitiva”. Si veda l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 15 gennaio 2013, n. 2, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che ha valorizzato l'effetto conformativo del giudicato di annullamento e l'importanza della parte motivazionale della sentenza, affermando che “l'Amministrazione, dopo l'annullamento, è vincolata, in sede di riesercizio del potere, non solo dal dispositivo, ma anche dalla motivazione della sentenza”. La Plenaria, partendo dal presupposto che il giudicato amministrativo “ha un contenuto complesso, non limitato agli effetti demolitori e ripristinatori della situazione *quo ante*, ma ricomprendente anche effetti conformativi rivolti al futuro, che si traducono in vincoli imposti alla p.a. in sede di riedizione del potere amministrativo successivamente al *decisum* giurisdizionale”, evidenzia che “il giudicato amministrativo si presenti in modo poliforme a seconda delle situazioni giuridiche coinvolte e delle censure dedotte” e che “la sentenza del giudice amministrativo si attegga in modo differente a seconda che abbia ad oggetto una situazione oppositiva o una vera e propria pretesa nonché a seconda del vizio accolto”. In particolare, nel caso in cui il giudicato comporti l'annullamento del provvedimento solo per vizi formali o si formi in relazione al silenzio inadempimento, limitandosi ad affermare l'obbligo di provvedere, “è indubbio che residui spazio pieno per il rinnovo della valutazione dell'amministrazione”: ove la p.a. adotti un provvedimento non soddisfacente della pretesa “è pacifico che si determini non una violazione/elusione del giudicato, ma una eventuale nuova autonoma illegittimità”. V. LOPILATO, *Esecuzione e cognizione nel giudizio di ottemperanza*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), novembre 2012, sottolinea che “l'annullamento di un atto per un vizio formale invalidante, senza che il giudizio si estenda all'assetto sostanziale degli interessi, implica che lo spazio successivo sarà occupato, in misura più estesa, dalle regole legali e dunque dal giudizio di cognizione. L'annullamento per un vizio sostanziale comporta, specularmente, la prevalenza delle regole giudiziali e dunque del giudizio di ottemperanza”. M. RAMAJOLI, *cit.*, 592, evidenzia che “l'effetto conformativo stabilisce quale sia il corretto modo di esercizio del potere e fissa la regola alla quale l'amministrazione si deve attenere nella sua attività futura in maniera più o meno piena a seconda del tipo di potere che è stato esercitato e del vizio riscontrato”.

<sup>7</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, a cura di E. CARDI, Bologna, 2002, 313. F. SATTA, *cit.*, 414-417, evidenzia che “l'annullamento è solo un effetto – uno ed uno solo – della sentenza e che esso deve venir legato, come la legge stessa dice, ad un momento ulteriore, cioè agli ulteriori provvedimenti che l'amministrazione deve adottare, e che con l'annullamento fanno, per così dire, un corpo unico”; l'annullamento dell'atto “è conseguenza del giudizio negativo di legittimità e presupposto per la sua restaurazione”. V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, II ed., Torino, 1994, 825-83, che evidenzia che “il giudicato produce, unitamente all'effetto demolitorio ed a quello preclusivo, anche un effetto ordinatorio direttamente incidente sul rapporto”. In sintesi, “il giudicato nel giudizio di impugnazione produce un duplice effetto: uno costitutivo-negativo, che è quello eliminatorio dell'atto, un altro costitutivo-positivo, che consiste nel vincolo per l'amministrazione di non porre in essere successivamente un atto dal medesimo contenuto e con gli stessi vizi di quello annullato”. Si veda Cons. Stato, ad. pl., 22 dicembre 1982, n. 19, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it): “l'attitudine della sentenza amministrativa di annullamento ad acquistare forza di cosa giudicata, sia con riguardo all'effetto eliminatorio dell'atto amministrativo illegittimo ed all'effetto, che ne costituisce il naturale completamento, di ripristinazione della situazione giuridica anteriore alle modificazioni a questa apportate dall'atto viziato, sia, infine, con riferimento al contenuto c.d. ordinatorio della stessa decisione. Questo effetto, in particolare si svolge nei confronti dell'Amministrazione parte del giudizio, affinché questa conformi la propria azione amministrativa al fine di adeguare lo stato di fatto e di diritto alle disposizioni dettate dal giudicato, quasi "*reductio ad iustum*", secondo i criteri di legittimazione al provvedimento di legalità e di corretto esercizio del potere precettivamente indicati nella sentenza”. Con riferimento alla giurisprudenza recente, si veda T.A.R. Lazio, sez. Latina, 12 marzo 2013 n. 224, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) che evidenzia che, “come già affermato da questa Sezione (T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 30 luglio 2009, n. 743), il c.d. effetto conformativo ingenerato dalla sentenza di annullamento del G.A. stabilisce qual è il corretto modo di esercizio del potere e, quindi, fissa la regola alla quale la P.A. si deve attenere nella sua attività futura: pur non impedendo di riprovvvedere, esso pone, però, dei vincoli derivanti dalle precedenti statuizioni sui singoli motivi scrutinati e ciò con riguardo sia al piano formale, sia a quello sostanziale, più strettamente connesso al rilievo dell'utilità ricavata dall'interessato in



La motivazione della sentenza del giudice amministrativo assume una grande rilevanza: infatti, essa, rispetto alla motivazione delle sentenze del giudice ordinario, non si limita a spiegare le ragioni della decisione, ma specifica gli effetti di un dispositivo che, in caso di accoglimento del ricorso, annulla l'atto senza regolamentare gli effetti della decisione<sup>8</sup>.

L'esame della motivazione risulta quindi indispensabile per comprendere le modalità in cui la p.a. dovrà riesercitare il potere, con riferimento agli aspetti che discendono dall'esame dei vizi fatti valere dal ricorrente<sup>9</sup>.

In altre parole, l'effetto conformativo della sentenza scaturisce dal capovolgimento dell'accertamento contenuto nella pronuncia di annullamento, che, a rovescio, individua il modo di come il potere avrebbe dovuto essere esercitato, con riferimento ai vizi fatti valere dal ricorrente<sup>10</sup>.

La portata innovativa della disposizione di cui all'art. 34 comma 1 lettera e) c.p.a. consiste nell'aver fatto rientrare nel dispositivo della sentenza di cognizione il contenuto di accertamento della sentenza, senza imporre al ricorrente l'esperimento del giudizio di ottemperanza<sup>11</sup>. Infatti, la disposizione ha concentrato

---

forza della decisione favorevole"; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 11 luglio 2011, n. 1334, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); C.d.S., Sez. III, 13 luglio 2011, n. 4231, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Trentino Alto Adige, I, 12 ottobre 2011, n. 247, in *Foro amm.*, TAR, 2011, 10, 3064; C.d.S. sez. VI, 5 aprile 2012, n. 2032, in *Foro amm.*, Cons. Stato, 2012, 4, 978. R. CAPONIGRO, *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, *cit.*, rileva come l'effetto conformativo comporti che "l'Amministrazione non può riprodurre il provvedimento con gli stessi vizi e deve tener conto nel riesercizio del potere delle prescrizioni contenute nella sentenza, tanto che l'atto ripetitivo di quello annullato o adottato in contrasto con le prescrizioni conformative della sentenza conterrebbe un vizio ulteriore, vale a dire quello di violazione del giudicato", sanzionato dall'art. 21-septies l. 241/90 con la nullità.

<sup>8</sup> E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 29 novembre 2010: "La motivazione, cioè, reca in sé non soltanto il perché della soluzione della lite in un determinato modo, ma anche la soluzione stessa". D. DE PRETIS, *La decisione*, *cit.*, 254, evidenzia come l'effetto conformativo della sentenza di annullamento presupponga "il riconoscimento di un valore dichiarativo e ultracostitutivo della sentenza del giudice amministrativo, al quale consegue la sua capacità di condizionare, al di là dell'eliminazione dell'atto annullato, il successivo agire dell'amministrazione". Sull'importanza della motivazione della decisione come direttiva per la condotta della p.a., si veda anche A. SANDULLI, *cit.*, 1487.

<sup>9</sup> C. E. GALLO, *Manuale di Giustizia amministrativa*, Torino, 2010, V ed., 271; E. MICHETTI, *Una nuova prospettiva per la giustizia amministrativa. Lo schema conformativo*, in [www.gazzettaamministrativa.it](http://www.gazzettaamministrativa.it), 2012, 73; A. CARBONE, *cit.*, che sottolinea come "il risultato è un'indagine solo indiretta sulla fondatezza della pretesa sostanziale del privato, che intanto può trovare soddisfazione, in quanto il *dictum* giudiziale non lasci spazi per possibili alternative all'esplicarsi della successiva azione amministrativa".

<sup>10</sup> M. NIGRO, *cit.*, 314.

<sup>11</sup> A. CARBONE, *cit.*, 116, riprendendo le parole di G. GRECO, (*L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 20), sottolinea che "si è ... assistito ad uno spostamento della fase cognitiva, per quanto concerne l'accertamento dell'obbligo di un *facere* in capo all'autorità amministrativa, alla fase esecutiva del processo, cosicché "il risultato tipico di ogni forma di tutela giurisdizionale - e cioè il soddisfacimento concreto dell'interesse tutelato dall'ordinamento - viene raggiunto nel sistema elaborato

in sede cognitoria quella attività (di cognizione) che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza, consentendo al giudice di esplicitare “a priori”, ovvero nel dispositivo della sentenza, gli effetti conformativi e ripristinatori da cui discende la regola del rapporto, e non più “a posteriori”, in sede di scrutinio della condotta tenuta dall’amministrazione dopo la sentenza di annullamento<sup>12</sup>.

I confini dell’ampliamento della decisione prospettati dalla norma sopra citata sono da individuarsi nel divieto di *ultra ed extra petita*, che ricorre, secondo la giurisprudenza consolidata, solo quando il giudice attribuisce alla parte un bene della vita e un’utilità non richiesti dal ricorrente, mentre non si configura quando la domanda accolta non è stata espressamente formulata in quanto virtualmente contenuta in quella dedotta in giudizio. Il divieto per il giudice di attribuire una utilità diversa da quella richiesta dal ricorrente assicura il rispetto, da parte di questo, del termine di decadenza per sollevare la censura e comporta per la p.a. un ampliamento dell’area della violazione ed elusione del giudicato, trasformando fattispecie di illegittimità in ipotesi di nullità<sup>13</sup>.

---

dalla giurisprudenza ... attraverso una utilizzazione atipica sia del giudizio di legittimità che del giudizio di ottemperanza”. R. CAPONIGRO, *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi, cit.*, sottolinea come “la norma di cui all’art. 34, co. 1, lett. e) c.p.a. non va solo intesa nel senso di avere attratto in sede cognitoria taluni aspetti prima riservati al solo giudizio di esecuzione, ma va intesa soprattutto nel senso di riportare nel suo alveo naturale, vale a dire il giudizio di cognizione, l’esame di tutti i profili del rapporto sostanziale che, nel caso di attività vincolata, si traducono nell’accertamento della fondatezza della pretesa”. Infatti, l’attribuzione al giudizio di ottemperanza (che è giudizio di merito) di un carattere cognitorio avrebbe senso solo in caso di attività discrezionale. L’autore sottolinea poi la tendenza da parte della giurisprudenza a considerare vincolata anche l’attività amministrativa in origine discrezionale a seguito di una pronuncia giurisdizionale che ha conformato l’azione amministrativa (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 8 giugno 2011 n. 1428, 10 aprile 2012 n. 1045 e C.d.S., sez. VI, 8 maggio 2012, n. 2672, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)). La sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 11 settembre 2013, n. 4499, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ha affermato che si può far ricorso al rimedio del giudizio d’ottemperanza anche quando dalla decisione oggetto di esecuzione derivino obblighi talmente puntuali da non lasciare spazio all’esercizio dei poteri da parte dell’amministrazione (c.d. sentenze autoesecutive), in quanto “l’inerzia serbata dall’amministrazione in seguito a un giudicato di annullamento giustifica certamente il ricorso al giudizio di ottemperanza, rappresentando, anzi, un tale tipo di inerzia il tipico esempio di c.d. ‘inottemperanza in senso stretto’ (in tal senso, *ex plurimis*: Cons. Stato, IV, 9 maggio 2013, n. 2531; id., III, 13 settembre 2012, n. 4887)”. Per un commento alla sentenza, M. PROVENZANO, *Azionabilità del rimedio dell’ottemperanza per sentenza auto esecutive. Nota a sentenza Consiglio di Stato, 11 settembre 2013, n. 4499*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 21/2013.

<sup>12</sup> Il T.A.R. Lombardia, con sentenza dell’8 giugno 2011, n. 1428, *cit.*, ha affermato che quanto stabilito dall’art. 31, c. 3 c.p.a. “deve ritenersi di ordine generale dal momento che l’interesse pretensivo, sia che l’amministrazione rimanga inerte sia che emani un provvedimento espresso di diniego, ha la stessa consistenza e lo stesso bisogno di tutela. Mentre nei casi anzidetti la pronuncia potrà estendersi a tutti gli aspetti del potere determinandone i successivi svolgimenti, ove per contro, nonostante l’operatività degli istituti di concentrazione, permanga un nucleo di valutazioni discrezionali riservate, il giudice, anche nel nuovo assetto, rimane di certo non autorizzato a spostare dal procedimento al processo la sua definizione”. Nello stesso senso, Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2008 n. 4563, Cons. Stato, sez. IV, 23 aprile 2013 n. 2260, Cons. Stato, sez. VI, 17 maggio 2013, n. 2680, reperibili in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>13</sup> A. GIUSTI, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, 2012, 169.

L'ampliamento dei contenuti della decisione si ripercuote poi sull'assetto processuale, costringendo la p.a. convenuta a contestare le ragioni addotte dal ricorrente che giustificano l'estensione del giudicato di accoglimento fino alla determinazione delle modalità concrete per la sua esecuzione: le parti e il giudice, quindi, sono impegnate in una dialettica processuale dalla quale emergono tutti gli elementi necessari per valutare l'azione amministrativa<sup>14</sup>.

L'effetto conformativo della sentenza è stato valorizzato anche attraverso l'ampliamento della cognizione del giudice, al fine di concentrare nel giudizio di annullamento tutte le questioni rilevanti per il soddisfacimento della pretesa del ricorrente e far emergere con maggior ampiezza in giudizio il rapporto sottostante, attraverso degli strumenti necessari per trarre dall'esercizio del potere amministrativo una regola più puntuale e precisa (si pensi alle ordinanze cautelari propulsive, i motivi aggiunti, la consulenza tecnica nonché agli art. 10-*bis* e 21-*octies* c. 2 l. 241/90, che spingono l'amministrazione ad estendere il contraddittorio a tutti i profili rilevanti del rapporto).

In particolare, l'art. 21-*octies*, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, escludendo l'annullamento dell'atto qualora il vizio formale e procedimentale non influisca sul contenuto dello stesso, ha limitato l'esercizio del potere demolitorio, valorizzando l'effetto conformativo: infatti, se il contenuto dell'atto avrebbe dovuto essere diverso e favorevole al ricorrente, il giudice dovrà emettere una pronuncia di annullamento con contenuto di accertamento del bene della vita.

La disposizione appare coerente con una nozione sostanziale dell'interesse legittimo nonché con la trasformazione del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto e, essendo finalizzata a migliorare l'effettività della tutela, si pone, altresì, in linea con il principio di atipicità delle azioni esperibili innanzi al giudice amministrativo.

Si pensi anche agli artt. 121 e 122 del c.p.a. (corrispondenti agli artt. 245-*bis* e 245-*ter* del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, introdotti dal d.lgs. 20 marzo 2010, n.

---

<sup>14</sup> A. GIUSTI, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, cit., 182, sottolinea come il principio di non contestazione, per il quale il giudice deve porre a fondamento della decisione solo i fatti non contestati dalle parti, non possa essere attuato quando la non contestazione sia l'effetto distorto della disparità processuale tra le parti.

53)<sup>15</sup>, che, nel settore degli appalti pubblici, attribuiscono al giudice amministrativo, un'ampia potestà valutativa a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione in merito alla declaratoria di inefficacia del contratto, potendo egli limitare la dichiarazione di inefficacia del contratto alle prestazioni ancora da eseguire o rendendola operante in via retroattiva<sup>16</sup>.

Si pensi anche all'art. 78, c. 4, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che, nel settore urbanistico, ha individuato dei limiti all'esercizio del potere demolitorio in virtù del principio di conservazione degli atti amministrativi<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Tali articoli, inseriti nel codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), recepiscono la direttiva 2007/66 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, che ha modificato la Direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori direttiva, e che prevede all'art. 2, comma 6, che "salvo nel caso in cui una decisione debba essere annullata prima della concessione di un risarcimento danni, uno stato membro può prevedere che, dopo la stipulazione di un contratto in seguito all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure del ricorso si limitino alla concessione di un risarcimento danni per qualsiasi persona lesa da una violazione"; nello stesso senso dir. 92/13 del Consiglio del 25 febbraio 1992, art. 2, comma 7. L'esclusione dell'annullamento dell'aggiudicazione nel caso in cui la controversia giunga a definizione dopo la stipula del contratto è prevista nella legge 21 dicembre 2001, n. 443, in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici, che, all'art. 1 c. 2 lett. n), delega il Governo a prevedere "dopo la stipula dei contratti di progettazione, appalto, concessione o affidamento a contraente generale, di forme di tutela risarcitoria per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica; restrizione, per tutti gli interessi patrimoniali, della tutela cautelare al pagamento di una provvisoria", nonché il d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190, che, all'art. 14, attua la delega legislativa (il decreto è stato poi abrogato dal d.lgs. 163/2006).

<sup>16</sup> Prima del d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, era sorto in giurisprudenza un contrasto sul tema della sorte del contratto a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione. G. PALLIGIANO E U. G. ZINGALES, *Il codice del nuovo processo amministrativo, prima lettura sistematica del d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104*, Milano, 2010, riportano sinteticamente le diverse soluzioni adottate dalla giurisprudenza: il Consiglio di Stato (sez. VI 5 maggio 2003 n. 2332, in *Urbanistica e appalti*, 2003, 8, 918) ha sostenuto la tesi della caducazione automatica del contratto; le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (28 dicembre 2007, n. 27169, in *Corriere del Merito*, 2008, 10, 1100) e l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (30 luglio 2008, n. 9, in *Giornale Dir. Amm.*, 2009, 6, 611) hanno, invece, ritenuto la competenza del giudice ordinario a decidere sul contratto (con la differenza che il Consiglio di Stato ha affermato che la p.a. deve comunque eseguire la sentenza traendo le conseguenze in tema di sorte del contratto). La giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto è stata poi affermata dalla l. 7 luglio 2009, n. 88. L'art. 121 c.p.a. (riproducendo l'art. 245 *bis* del codice dei contratti pubblici) elenca i casi in cui all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva deve seguire l'inefficacia del contratto, escludendo l'ipotesi in cui vi siano esigenze imperative connesse ad un interesse generale (c. 2), mentre l'art. 122 c.p.a. dispone che in via generale il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissando in questo caso anche la decorrenza dell'inefficacia (retroattiva o a partire dall'annullamento). A differenza dell'art. 245 *ter* del codice dei contratti pubblici, l'art. 122 c.p.a. esclude dal suo ambito di applicazione solo l'art. 121 c.p.a. c. 1 e non il c. 2. Si segnala anche l'art. 125 c. 3 c.p.a. (corrispondente al vecchio art. 246 del codice contratti pubblici), che, per i giudizi relativi alle procedure di progettazione, approvazione e realizzazione delle infrastrutture pubbliche ed insediamenti produttivi a carattere strategico, esclude che, nei casi di violazioni non gravi, l'annullamento dell'aggiudicazione possa avere effetti sul contratto già stipulato. Anche in questo caso la legge limita gli effetti della sentenza di annullamento, e in particolare il suo effetto ripristinatorio, consistente nell'obbligo di ricostruzione della situazione di fatto e di diritto esistente al momento dell'emanazione dell'atto annullato. In tal senso, M. RAMAJOLI, *cit.*, 591.

<sup>17</sup> La norma citata, nel caso di violazione dell'obbligo di astensione degli amministratori degli enti locali, ha limitato l'annullabilità degli strumenti urbanistici alle parti di deliberazione oggetto della correlazione

E, ancora, al vecchio articolo 43 del T.U. sugli espropri - dichiarato incostituzionale con la sentenza della Corte costituzionale, 8 ottobre 2010, n. 293 - che, al comma 3, consentiva di emanare l'atto di acquisizione anche in caso di proposizione di un ricorso per l'annullamento del provvedimento di esproprio o dichiarativo di pubblica utilità: in tali casi, il giudice amministrativo, se il ricorso è fondato, non può annullare l'atto ma solo disporre la condanna al risarcimento del danno, con esclusione della restituzione del bene senza limiti di tempo<sup>18</sup>.

L'art. 34 c. 3 c.p.a. si pone in una linea di continuità con l'art. 21-*octies*, c. 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, in quanto codifica una particolare forma di sentenza di accertamento, consentendo al giudice amministrativo di non annullare il provvedimento impugnato quando questo non sia più idoneo a produrre un'utilità concreta per il ricorrente ma di accertarne la sua illegittimità a fini risarcitori.

In tali casi il giudice amministrativo non dichiara più, come invece avveniva in passato, la sopravvenuta carenza di interesse, ma accerta l'illegittimità dell'atto, purché sussista l'interesse ai fini risarcitori e, con un separato giudizio, risarcisce il danno.

Parte della dottrina ha sottolineato come la norma sopra citata abbia superato l'idea della consequenzialità necessaria della sanzione dell'annullamento al riscontro di una situazione di illegittimità, sul presupposto che “un atto non è illegittimo perché è annullabile ma è annullabile in quanto illegittimo”<sup>19</sup>, e ha confermato il superamento della tesi della pregiudizialità amministrativa.

La disposizione è stata, quindi, utilizzata dalla giurisprudenza anche al di fuori del suo ambito applicativo - limitato espressamente al mutamento di interessi in causa avvenuto « nel corso di un giudizio di annullamento » - per essere applicata

---

immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi dell'amministratore o di parenti o affini fino al quarto grado.

<sup>18</sup> A. GIUSTI, *La “nuova” sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato. Nota a Consiglio di Stato, 10 maggio 2011, n. 2755, sez. VI*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.1, 2012, 293, che sottolinea che “Il nuovo testo dell'art. 42-bis, invece, prevede la possibilità di adottare il provvedimento di acquisizione quando, pendente un ricorso, l'amministrazione ritiri l'atto impugnato. Diversamente, dovrà comunque addivenirsi ad una pronuncia di merito. Il giudice dunque, anche in questa ipotesi, non può scegliere di non annullare, dovendo accogliere o respingere il ricorso. L'acquisizione sanante potrà poi verificarsi a seguito dell'accoglimento del ricorso, quando cioè sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di esproprio”.

<sup>19</sup> F. CARINGELLA, *Architettura e tutela dell'interesse legittimo dopo il codice del processo amministrativo: verso il futuro!*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 17 ottobre 2001.

anche in giudizi instaurati al solo fine di ottenere l'accertamento dell'illegittimità dell'atto, attraverso una interpretazione estensiva della norma tendente a valorizzare il principio di effettività della tutela processuale amministrativa<sup>20</sup> e in considerazione del fatto che l'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato è contenuto nel *petitum* di annullamento come un antecedente necessario.

Ancor più in generale, parte della giurisprudenza e parte della dottrina hanno ricavato dalla previsione contenuta nell'art. 34, comma 3, c.p.a. l'esistenza di un principio generale in base al quale il giudice amministrativo può modulare gli effetti demolitori ed eventualmente ripristinatori della sentenza, fino a limitare la sua pronuncia all'accertamento della illegittimità dell'atto, anche a fronte di una domanda di annullamento.

Secondo tale prospettiva, poiché spesso l'interesse del ricorrente non è soddisfatto dal solo annullamento ma necessita di ulteriori attività, il giudice amministrativo, al fine di fornire una tutela effettiva al ricorrente, ha il potere di determinare gli effetti della propria sentenza di accoglimento, non solo limitando l'estensione del potere demolitorio attraverso un annullamento parziale del provvedimento (art. 34 c. 1 lett. a) c.p.a.), ma anche valorizzando il solo effetto conformativo, senza procedere all'annullamento, quando questo è funzionale ad apprestare al ricorrente una tutela più efficace ed effettiva.

In un quadro così delineato, il giudizio di annullamento assume una struttura più complessa, in quanto può arrivare all'emanazione di pronunce con effetti diversi, potendo portare anche al solo accertamento della sostanziale fondatezza delle ragioni del ricorrente.

---

<sup>20</sup> Si veda Consiglio di Stato, sez. IV, 28 dicembre 2012, n. 6703, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in cui esplicitamente si sottolinea che "l'appellante domanda proprio la conversione dell'azione di annullamento in azione di accertamento". D. BALDUZZI, *L'art. 34, comma 3, c.p.a. tra conversione dell'azione e interesse ai fini risarcitori*, nota a Consiglio di Stato, 28 dicembre 2012, n.6703, sez. IV, in Resp. civ. e prev., fasc.4, 2013, 1221 sottolinea che "quando il ricorrente ha proposto appello (riproponendo i motivi di primo grado), aveva già perso l'interesse all'annullamento del provvedimento di diniego... La disposizione in esame risulta essere nuova e non già evincibile da una lettura accorta ed evoluta del quadro normativo e giurisprudenziale precedente...in quanto — nonostante l'art. 34, comma 3, sia applicabile solo al mutamento di interessi in causa avvenuto « nel corso di un giudizio di annullamento » — tale indicazione è stata interpretata in senso notevolmente estensivo: i giudici di Palazzo Spada, dunque, trovatisi di fronte ad un'azione di mero accertamento, hanno ritenuto di applicare la normativa di conversione anche in un giudizio di secondo grado ormai instaurato al solo fine di ottenere l'accertamento dell'illegittimità dell'atto. Tale comportamento sembra potersi legittimare, oltre che alla luce del principio di effettività della tutela processuale amministrativa, anche in forza della disposizione di cui all'art. 104, comma 1, c.p.a., la quale, pur stabilendo in via generale il divieto di proposizione in appello di domande nuove, fa espressamente salvo quanto previsto dall'art. 34, comma 3, c.p.a.".

La modulazione degli effetti dell'annullamento si inquadra nel contesto più ampio dell'atipicità della tutela: è stato, infatti, affermato come il principio di atipicità debba essere inteso nel modo più pieno possibile, sia con riferimento alle azioni proponibili sia con riferimento al contenuto delle decisioni adottabili nell'ambito delle azioni<sup>21</sup>.

Tuttavia è stato evidenziato come limitare il contenuto della sentenza di annullamento al solo accertamento dell'illegittimità non sembra, in realtà, essere consentito dall'ordinamento e che sarebbe contraddittorio chiamare “sentenza di annullamento” una sentenza che esclude del tutto l'effetto demolitorio.

Inoltre, sia la tesi dell'atipicità quanto quella della tipicità delle tutele sembrano muovere dalla stessa premessa: la centralità dell'azione di annullamento<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> F. CARINGELLA, *Architettura e tutela dell'interesse legittimo dopo il codice del processo amministrativo: verso il futuro!*, cit.; F. CARINGELLA, “La giurisprudenza amministrativa regala all'interesse legittimo l'atipicità della tutela” in *Il nuovo diritto amministrativo*, n. 1/2012, ove si afferma che l'atipicità “non riguarda solo il novero delle azioni proponibili (c.d. **atipicità astratta**, nel senso che le domande in astratto proponibili non sono un *numerus clausus*) ma anche il contenuto delle decisioni adottabili anche con riferimento alle azioni tipizzate dal legislatore (c.d. **atipicità concreta**, nel senso che la portata dell'effetto della pronuncia va sempre sincronizzata con i cromosomi del caso concreto in guisa da suggellare una sintesi armonica tra l'utilità del ricorrente da un lato e, dall'altro, la sfera giuridica di amministrazione resistente e contro interessati)”. A. GIUSTI, *La “nuova” sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit., che afferma come l' “evoluzione del sistema delle tutele si è mossa in una duplice direzione: una prima, volta alla ricerca di azioni ulteriori rispetto a quella tipica di annullamento; una seconda, invece, interna allo stesso modello impugnatorio. Era necessario, infatti, non solo garantire tutele differenziate — dunque, atipiche — ma anche far sì, laddove il rimedio esperibile fosse quello demolitorio, che gli effetti dell'annullamento vincolassero la successiva riedizione del potere amministrativo, determinandone le concrete modalità di esercizio. In questa seconda direzione, sono due i passaggi fondamentali, strettamente correlati fra di essi: il primo, l'estensione — dapprima giurisprudenziale e poi legislativa — del giudizio di ottemperanza anche alle sentenze del giudice amministrativo; il secondo, l'ampliamento del contenuto di accertamento della decisione”.

<sup>22</sup> A. GIUSTI, *La “nuova” sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit.

## CAPITOLO I

### LA VALORIZZAZIONE DELLA FUNZIONE CONFORMATIVA DEL GIUDICATO DI ANNULLAMENTO: L'ART. 21-OCTIES DELLA L. 241/90

#### 1. L'art. 21-octies e la sua natura

La legge 11 febbraio 2005, n. 15 ha inserito nella legge 7 agosto 1990, n. 241 la disciplina della patologia dell'atto amministrativo (Capo IV-bis, comprendente gli artt. da 21-bis a 21-nonies), nelle forme della nullità (art. 21-septies) e dell'annullabilità (art. 21-octies).

In ordine alla annullabilità, il legislatore ha confermato il regime precedente, conseguente dell'elaborazione della giurisprudenza e della dottrina, fondando tale patologia sui tre vizi della violazione di legge, eccesso di potere e incompetenza.

Il comma 2 dell'art. 21-octies, relativo ai casi in cui l'annullamento del provvedimento non può essere pronunciato in quanto affetto da vizi solo formali è, invece, frutto solo in parte delle elaborazioni giurisprudenziali, avendo infatti una portata più ampia rispetto a queste ultime<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Si veda F. LACAVA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo la legge 15/2005: nullità e annullabilità*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it), aprile 2006, che ricorda i casi in cui già prima dell'art. 21-octies la giurisprudenza affermava la non annullabilità del provvedimento: Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 1999, n. 597, in Cons. Stato, 1999, I, 909 (sulla mancata indicazione del responsabile del procedimento); Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2002, n. 5157, in Foro Amm. CDS, 2002, f. 10 (con riferimento ai vizi, nei procedimenti elettorali, che non influiscono sulla sincerità e libertà del voto); Cons. Stato, sez. IV, 12 gennaio 1996, n. 3, in Foro Amm., 1996, 53, Cons. Stato, sez. VI, 9 agosto 1996, n. 999, in Foro Amm., 1996, 2351, Cons. Stato, sez. V, 23 aprile 1998, n. 474, in Giust. Civ., 1998, I, 2363, Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1381, in Foro Amm., 2001, 366, Cons. Stato, sez. IV, 30 settembre 2002, n. 5003, in Foro Amm. CDS, 2002, f. 9 (sulla comunicazione di avvio del procedimento laddove lo scopo sia stato comunque raggiunto o nel caso di atti vincolati: in tali casi, infatti, per il principio del raggiungimento dello scopo, la giurisprudenza ha affermato che la comunicazione di avvio del procedimento non risulta necessaria quando soggetto ha avuto notizia del procedimento e si è trovato in condizione di partecipare; si veda, da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 2012, n. 2286, Cons. Stato, sez. IV, 17 settembre 2012, n. 4925, Cons. Stato, sez. V, sentenza 9 aprile 2013, n. 1950, Cons. Stato, sez. VI, sentenza 30 aprile 2013, n. 2350, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)). Si veda inoltre, R. GIOVAGNOLI, *I vizi formali e procedurali*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 952, ove si sottolinea che, già prima della l. 11 febbraio 2005, n. 15, venivano utilizzati dei criteri per selezionare, nell'ambito delle violazioni formali e procedurali, quelle non invalidanti, quali il criterio del raggiungimento dello scopo (l'effetto viziante della violazione veniva escluso dal raggiungimento dello scopo della disposizione violata) e il criterio della mancanza di interesse a ricorrere (che negava il valore viziante delle violazioni procedurali quando il contenuto dispositivo del provvedimento adottato non avrebbe potuto essere diverso): mentre il primo criterio "comporta una valutazione *ex ante*, basata, oltre che sulla lettera, sulla *ratio* della norma che si assume violata (cosicché la violazione formale viene apprezzata alla luce di un parametro obiettivo e preesistente), il secondo parametro comporta una valutazione *ex post*: in presenza della violazione, il suo valore viziante deriva non da un giudizio sulla sua conformità alla lettera e alla *ratio* della norma, ma da un giudizio prognostico circa l'esito possibile del procedimento".



L'art. 21-*octies* introduce un limite all'annullabilità per violazione di legge prevedendo due casi in cui il provvedimento non può essere annullato, ossia quando lo stesso è stato “*adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*” (primo alinea) ovvero nel caso di “*mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*” (secondo alinea).

La norma citata riprende la legge tedesca sull'azione amministrativa, che, all'art. 46, stabilisce che il provvedimento affetto da vizi formali non è annullabile “ove risulti in maniera palese che la violazione non abbia influito sul contenuto della decisione”<sup>24</sup>.

Il giudice amministrativo deve quindi verificare l'effetto del vizio formale o procedimentale sul contenuto del provvedimento, accertando, sulla base di un giudizio prognostico, se il contenuto del provvedimento avrebbe potuto essere diverso rispetto a quello adottato<sup>25</sup>.

La non annullabilità del provvedimento deriverebbe dal difetto di interesse a ricorrere del privato all'annullamento: se il contenuto dell'atto non avrebbe potuto essere diverso, il ricorrente non ha interesse a coltivare un giudizio da cui non potrebbe ricavare alcuna utilità<sup>26</sup>, in quanto dopo la caducazione dell'atto

---

<sup>24</sup> La portata applicativa della norma risulta limitata rispetto alla formulazione letterale precedente alla riforma del 1996, che dichiarava non annullabile il provvedimento affetto da vizi formali quando “non sarebbe stato possibile adottare nessun'altra decisione”. Si veda G. CHINÈ, *L'art. 21 octies, comma 2, l. 241/1990 nel diritto vivente*, in [www.giustizia.amministrativa.it](http://www.giustizia.amministrativa.it), aprile 2008, e F. LACAVA, *cit.*

<sup>25</sup> E. FOLLIERI, *La giurisdizione del giudice amministrativo a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 6.7.2004 n. 204 e dell'art. 21 octies della l. 7.8.1990 n. 241*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), marzo 2005, sottolinea che “il giudice potrà annullare il provvedimento, non se il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, ma solo se la possibile diversità del contenuto può soddisfare l'interesse del ricorrente. Un diverso possibile assetto degli interessi, conseguente al rispetto delle regole formali o sul procedimento, non soddisfacente dell'interesse del ricorrente, conduce, pur sempre, all'irrelevanza dei vizi lamentati perché l'annullamento non porterebbe vantaggio all'interesse del ricorrente”.

<sup>26</sup> Il Consiglio di Stato, sez. VI, 17 settembre 2006, n. 6194, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 12, 1482, ha affermato che l'art. 21 *octies* è “norma processuale applicabile anche ai procedimenti in corso o già definiti alla data di entrata in vigore della legge n. 15/05, in quanto, sancendo la non annullabilità del provvedimento, il legislatore ha inteso escludere la possibilità che esso (comunque illegittimo) ed i suoi effetti vengano eliminati dal giudice amministrativo, senza spingersi ad affermare che l'atto non sarebbe più qualificabile, sul piano sostanziale, come annullabile (Cons. Stato, VI, n. 2763/2006; n. 4307/2006)”. Infatti, “l'art. 21 *octies* non determina alcuna degradazione di un vizio di legittimità a mera irregolarità, né integra

l'amministrazione potrebbe riadottare un atto dello stesso contenuto di quello annullato anche se emendato dal vizio procedimentale.

In altre parole, un annullamento per vizi meramente formali avrebbe solo un effetto demolitorio ma non vincolerebbe l'amministrazione all'adozione di un atto di contenuto diverso<sup>27</sup>.

La norma valorizza quindi l'effetto conformativo del giudicato di annullamento, nel senso che è per la mancanza di quest'ultimo che l'annullamento non può essere disposto: l'annullamento di un atto avvenuto per soli vizi formali (in quanto il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso, ai sensi del primo alinea del comma 2 dell'art. 21-*octies*) sarebbe inutile perché privo di effetti conformativi atteso che la pubblica amministrazione ben potrebbe adottare un nuovo atto

---

una "fattispecie esimente" che affranca *ab initio* il provvedimento amministrativo dalle violazioni vizianti contemplate dall'art. 21 *octies*; mentre l'irregolarità opera *ex ante* e in astratto, per cui il provvedimento amministrativo affetto da vizio formale minore è un atto *ab origine* meramente irregolare, nel caso dell'art. 21 *octies*, comma II, la violazione continua ad integrare un vizio di legittimità, che non comporta l'annullabilità dell'atto a causa di valutazioni, attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate *ex post* dal giudice, che accerta che il provvedimento non poteva essere diverso. Il provvedimento è, e resta affetto, da un vizio di legittimità. Il legislatore non ha, dunque, inteso intervenire sulla qualificazione dei vizi procedimentali o formali e del vizio della violazione dell'art. 7 della legge n. 241/90, che restano tutti vizi di legittimità, ma ha voluto incidere sulle conseguenze connesse all'invalidità del provvedimento viziato nella forma o nel procedimento". La sentenza afferma che "la ragione della portata non invalidante del vizio non può essere rinvenuta nella regola del raggiungimento dello scopo" quanto in "quella del raggiungimento del risultato". Infatti "la novella legislativa si è limitata a codificare quelle tendenze già emerse in giurisprudenza mirate a valutare l'interesse a ricorrere, che viene negato ove il ricorrente non possa attendersi, dalla rinnovazione del procedimento, una decisione diversa da quella già adottata (sulla base dell'art. 21 *octies* il provvedimento non è annullabile non perché assoggettato ad un diverso regime di invalidità o irregolarità, ma perché la circostanza che il contenuto non possa essere diverso priva il ricorrente dell'interesse a coltivare un giudizio, da cui non potrebbe ricavare alcuna concreta utilità). Mentre con riguardo alla prima parte del comma II dell'art. 21 *octies*, deve essere "palese" che il contenuto dei provvedimenti (vincolati) non poteva essere diverso, per la seconda parte della norma, relativa alla violazione dell'art. 7 della legge n. 241/90, è richiesta una prova particolarmente rigorosa che il provvedimento non poteva essere diverso. Deve escludersi la sussistenza di tale prova quando gli elementi che il privato intendeva introdurre nel procedimento (e che ha indicato in giudizio) non siano facilmente risolvibili se non con valutazioni di merito che appaiono precluse al giudice amministrativo (che peraltro si fonderebbero su una risposta alle osservazioni del privato resa in giudizio dalla P.a., o meglio dal suo difensore, sulla base di ulteriori elementi rispetto a quelli emersi in sede procedimentale, col l'effetto di squilibrare ancor più la posizione del cittadino rispetto all'amministrazione)". In tal senso si veda anche T.A.R. Puglia, Lecce, III, 9 settembre 2005, n. 4207 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), T.A.R. Lombardia, Milano, 22 marzo 2006 n. 1042, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. VI, 16 maggio 2006, n. 2763, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. VI, 7 luglio 2006, n. 4307, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2006, n. 6194, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 12, 1482; Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2007, n. 4614, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2008, n. 4414, in *Foro It.*, 2009, 4, 3, 208; Cons. Stato, sez. VI, 2 febbraio 2009, n. 552, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Toscana, Firenze, 10 gennaio 2013, n. 7, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>27</sup> R. GIOVAGNOLI, *I vizi formali e procedimentali*, cit., 960: "dall'annullamento deriverebbe solo un effetto caducatorio, ma nessun utile effetto conformativo ai fini del riesercizio del potere amministrativo". Si veda Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2006 n. 6194, cit., ove si evidenzia che "l'interesse a ricorrere...viene negato ove il ricorrente non possa attendersi, dalla rinnovazione del procedimento, una decisione diversa da quella già adottata".

emendato dai vizi formali ma con lo stesso contenuto del precedente.

Quindi, in questo caso la valorizzazione dell'effetto conformativo avviene indirettamente proprio attraverso l'inibizione *ex lege* dell'effetto demolitorio, che sarebbe del tutto inutile proprio per la mancata possibilità di ottenere un effetto conformativo utile al ricorrente<sup>28</sup>.

Ragionando a contrario, la norma presuppone che l'annullamento sia perseguibile (perché utile) solo se accompagnato dall'effetto conformativo (solo cioè se dall'annullamento la p.a. sia obbligata a emanare un atto diverso, soddisfacendo la pretesa del ricorrente), e ciò avviene laddove l'atto sia viziato anche da illegittimità sostanziali<sup>29</sup>.

La valorizzazione dell'effetto conformativo risulta ancora più evidente nel secondo alinea, ove la dimostrazione in giudizio fornita dall'amministrazione assume particolare rilievo. Infatti, "ove il giudice – nonostante la "replica" dell'amministrazione – dovesse convincersi della possibilità di un contenuto diverso del provvedimento impugnato, la relativa pronuncia di annullamento ... non potrebbe non essere particolarmente compiuta e definita quanto agli effetti conformativi, non fosse altro per l'obbligo gravante sul giudice di spiegare le ragioni per le quali l'onere probatorio dell'Amministrazione non abbia sortito effetti sananti"<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> R. GIOVAGNOLI, *Effettività della tutela e atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, cit., evidenzia che nella previsione "si coglie la centralità dell'effetto conformativo. Se la pretesa è certamente infondata, non vi è spazio alcuno per un utile effetto conformativo; diventa, quindi, inutile produrre l'effetto demolitorio".

<sup>29</sup> R. GIOVAGNOLI, *I vizi formali e procedimentali*, cit., 961, ove si sottolinea che "l'art. 21-octies introduce nella impugnazione di atti vincolati l'onere di prospettare anche motivi sostanziali. E questo pare essere proprio lo scopo della norma che vuole impedire ricorsi proposti sulla base di soli motivi formali o procedimentali da parte di chi sa non avere difendibili motivi relativi alla posizione sostanziale". In sostanza l'articolo rende possibile l'annullamento solo quando l'effetto conformativo abbia portata vincolante piena e non meramente strumentale, ove l'annullamento viene disposto solo per vizi formali (procedimentali o di mero difetto di motivazione): infatti, una sentenza di annullamento per vizi formali "impone soltanto all'amministrazione di eliminare il vizio dall'atto ma non la vincola in alcun modo nei contenuti".

<sup>30</sup> R. GIOVAGNOLI, *I vizi formali e procedimentali*, 962, cit. Si veda anche G. SORRENTINO, *Spunti di riflessione per una applicazione vincolata del comma 2 dell'art. 21 octies della legge n. 241/90*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 17 gennaio 2007, che sottolinea che l'amministrazione resistente "è onerata di una indefettibile attività processuale (di tipo procedimentale!) allorché il ricorrente non solo lamenta la violazione dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento, ma prospetti gli elementi che avrebbe portato alla considerazione e alla valutazione dell'amministrazione. In tale evenienza, invero, l'integrazione tra procedimento e processo raggiunge il suo massimo livello, poiché - non sembri un paradosso - (salva la possibilità per il giudice di fare accorto uso della sperimentata tecnica del *remand*) la scelta legislativa appare quella di elevare il processo a sede necessaria del procedimento, dovendo l'amministrazione in giudizio previamente dimostrare l'ininfluenza della partecipazione sul concreto contenuto del provvedimento se intende sottrarsi a un annullamento che diversamente appare inevitabile".

Peraltro, anche una eventuale sentenza che escluda la possibilità di annullare l'atto ritenendo fondate le dimostrazioni prodotte dalla amministrazione in giudizio, “non fa venir meno (e anzi attrae alla fase di cognizione) segmenti di funzione che in precedenza (con inutile aggravio e dubbia utilità giuridica) richiedevano una pronuncia di annullamento solo apparentemente soddisfattiva”<sup>31</sup>.

E infatti, a fronte di un allargamento della nozione di interesse a ricorrere (non più legato al solo annullamento dell'atto) e delle tecniche di tutela esperibili innanzi al giudice amministrativo, nel caso di atto viziato da vizi meramente formali, sarebbe utile per il privato non tanto ottenere l'annullamento dell'atto (perché dall'annullamento non deriverebbe appunto alcun effetto conformativo), ma una sentenza di accertamento dell'illegittimità dell'atto, al fine di utilizzarne

---

L'autore inoltre sottolinea che il giudice “in relazione al primo alinea diviene direttamente giudice del rapporto in un giudizio che è tipicamente di (non) spettanza, poiché se è palese che il contenuto del provvedimento impugnato non possa essere diverso da quello in concreto adottato il giudice non potrà disporre l'annullamento nonostante il vizio di procedura o di forma. Anche l'ipotesi prevista nel secondo alinea incide sul ruolo del giudice, poiché essa sottende un “supplemento” (processuale) di procedimento, che – se propone forme nuove di riserva di amministrazione ... – non potrà non incidere sulle movenze e sui contenuti del giudizio amministrativo. E' infatti vero che l'alinea in esame si preoccupa precipuamente di circoscrivere il potere di annullamento del giudice amministrativo rispetto a uno specifico vizio del provvedimento (*recte* del procedimento). E' tuttavia innegabile che nel far ciò il legislatore ha finito (più o meno consapevolmente) per attrarre nell'ambito della fase di cognizione segmenti di procedimento che in passato venivano posti in essere, piuttosto che per prevenire l'annullamento, a seguito e in esecuzione della relativa pronuncia. E sotto altro aspetto, è altrettanto vero che il giudice non può annullare il provvedimento se l'amministrazione dimostri in giudizio che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato; ma è pure evidente che ove il giudice – nonostante la “replica” dell'amministrazione – dovesse convincersi della possibilità di un contenuto diverso del provvedimento impugnato, la relativa pronuncia di annullamento non potrebbe non essere particolarmente compiuta e definita quanto agli effetti conformativi, non fosse altro per l'obbligo gravante sul giudice di spiegare le ragioni per le quali l'onere probatorio dell'amministrazione non abbia sortito effetti sananti. A ben vedere, dunque, il secondo alinea del comma 2 dell'art. 21-octies l. 241/90, da un lato (per l'ipotesi in cui l'amministrazione dimostri in giudizio l'ineluttabilità del contenuto del provvedimento impugnato), pur impedendo l'annullamento, non fa venir meno (e anzi attrae alla fase di cognizione) segmenti di funzione che in precedenza (con inutile aggravio e dubbia utilità giuridica) richiedevano una pronuncia di annullamento solo apparentemente soddisfattiva; dall'altro (per l'ipotesi in cui la “prova di resistenza” dia esito negativo per l'amministrazione) consente al giudice di assegnare alla pronuncia di annullamento un contenuto conformativo particolarmente incisivo (se non proprio integralmente vincolante), che conferma anch'esso la sempre più accentuata evoluzione del giudizio cassatorio in termini di giudizio di spettanza”. Nello stesso senso T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, *cit.*, che cita l'art. 21-octies tra le norme che hanno cercato di far “convergere nel giudizio di cognizione, per quanto possibile, tutte le questioni dalla cui definizione possa derivare una risposta definitiva alla domanda del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita”, al fine di consentire che “il contenuto ordinatorio della sentenza di accoglimento (di per sé variabile in relazione al tipo di vizio riscontrato ed al tratto di potere dedotto in giudizio)” portasse ad “una ampia definizione della fattispecie sostanziale (giungendo, talvolta, finanche a prefigurarne l'assetto finale)”. In particolare, l'art. 21-octies “attribuisce alla p.a. la possibilità di introdurre nel processo anche fatti non dedotti nell'atto o versati nel procedimento per dimostrare che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso)”, similmente a quanto accade per l'art. 10-bis della legge sul procedimento, che, nel caso di procedimenti ad istanza di parte, “imponendo alla p.a. di preavvisare il privato di tutti i possibili motivi di reiezione dell'istanza, ha consentito al processo di giovare della estensione del contraddittorio procedimentale a tutti i profili della disciplina del rapporto”.

<sup>31</sup> R. GIOVAGNOLI, *I vizi formali e procedurali*, *cit.*, 962.

l'effetto conformativo anche ai fini risarcitori<sup>32</sup>, come ora espressamente contemplato dall'art. 34, comma 3, c.p.a.

In particolare, l'articolo 34, comma 3, c.p.a., consente al privato di ottenere una sentenza di accertamento, mentre l'art. 21-*octies*, invece, non prevede una tutela di accertamento, in quanto lo scrutinio del giudice è finalizzato solo ad escludere l'annullamento del provvedimento con il rigetto del ricorso per l'annullamento (la declatoria di illegittimità dell'atto entra nella motivazione della sentenza al solo fine di rigettare le violazioni formali o procedurali che il ricorrente lamenta).

L'art. 21-*octies* ha posto alcuni problemi interpretativi riguardanti la sua natura e l'individuazione del regime dell'atto viziato.

Due sono le tesi che sono state avanzate.

La prima attribuisce alla norma in questione carattere processuale: la norma precluderebbe la caducazione del provvedimento impugnato, che resterebbe illegittimo ma non annullabile.

Altra tesi sostiene invece la natura sostanziale dell'art. 21-*octies*, escludendo l'illegittimità dell'atto e la sua lesività sostanziale, con la conseguente preclusione anche della tutela risarcitoria.

In sostanza, mentre i sostenitori della tesi della natura processuale ritengono che la norma abbia delle conseguenze, per l'appunto, solo processuali, incidendo unicamente sul potere giudiziale di annullamento dell'atto, che resta illegittimo, i sostenitori della tesi della natura sostanziale ritengono che la norma incida sul piano sostanziale, rendendo l'atto legittimo.

Le tesi danno luogo a soluzioni differenti in merito a diversi aspetti, quali l'applicabilità della disposizione ai provvedimenti adottati prima della sua entrata in vigore, l'operatività della regola della non annullabilità in sede di autotutela, la possibilità per il giudice ordinario di disapplicare l'atto, nonché la possibilità di ottenere la tutela risarcitoria.

---

<sup>32</sup> Detta ipotesi presuppone la risarcibilità di eventuali lesioni arrecate dai vizi formali dell'atto. Nel caso di atti che nelle more del giudizio abbiano esaurito i loro effetti, l'effetto conformativo dell'accertamento può essere utile al ricorrente per orientare il comportamento successivo della p.a. e potrebbe evitare la reiterazione da parte della p.a. di atti illegittimi per i medesimi vizi dei precedenti, non annullabili perché non più efficaci.

## 2. La tesi della natura sostanziale

La tesi della natura sostanziale della norma, minoritaria in giurisprudenza<sup>33</sup>, ritiene che il provvedimento affetto da vizi formali non sia annullabile in quanto legittimo sul piano sostanziale.

I sostenitori di tale tesi valorizzano la collocazione sistematica della norma, posta all'interno della legge sul procedimento amministrativo e, in particolare, all'interno dell'art. 21-*octies*, che, al comma 1, disciplina in via generale e a livello sostanziale l'annullabilità del provvedimento. Il comma 2 delimiterebbe l'ambito di applicazione del comma 1, concorrendo a delineare la nozione di annullabilità dell'atto.

L'art. 21 *nonies* (annullamento d'ufficio) si riferirebbe all'intero art. 21-*octies*, che sarebbe così applicabile non solo sul piano processuale ma anche sul piano dell'autotutela, incidendo sulla qualificazione sostanziale dell'annullabilità.

L'adozione della tesi della natura sostanziale della norma comporta l'inapplicabilità della stessa ai giudizi in corso al momento dell'entrata in vigore della l. 11 febbraio 2005, n. 15.

Inoltre, qualora il giudice riscontri i presupposti applicativi della norma, dovrà adottare una pronuncia di merito di rigetto, in quanto l'atto sarebbe legittimo.

I fautori della tesi processuale hanno criticato tale impostazione ritenendo che le sue implicazioni appaiono contrastare con la Costituzione, e, in particolare, con i principi di buon andamento, imparzialità e diritto di difesa, in quanto, aderendo alla tesi sostanzialistica, a fronte di un'azione amministrativa scorretta, il privato non avrebbe la possibilità di ottenere alcuna tutela.

Infatti, se il provvedimento viziato da illegittimità formali deve essere ritenuto legittimo, al privato verrebbe preclusa non solo la tutela demolitoria ma anche quella risarcitoria<sup>34</sup> nonché la possibilità di ottenere un annullamento dell'atto in

---

<sup>33</sup> Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 2007, n. 1307, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>34</sup> Sottolinea R. CHIEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice, le novità apportate al giudizio amministrativo dal correttivo al Codice (d.lgs. 15 novembre 2011 n. 195) e i primi orientamenti della giurisprudenza*, Milano, 2012, 187, che "il danno per la mancata attribuzione del bene della vita (quello che nella maggior parte dei casi viene chiesto al giudice amministrativo) non spetterà perché il provvedimento non poteva essere diverso e quindi il bene non spettava (o poteva essere tolto dalla p.a. in presenza di interessi legittimi oppositivi)".

autotutela da parte della p.a. Non sarebbe neppure ammessa la disapplicazione da parte del g.o., che presuppone l'illegittimità del provvedimento amministrativo.

Inoltre, tale tesi determinerebbe lo svuotamento del principio di legalità, che verrebbe confinato al rispetto delle sole regole sostanziali e sarebbe difficilmente determinabile, demandando al giudice il potere di individuare quale sia la norma vincolante per la p.a.

La tesi della natura sostanziale sembrerebbe contrastare anche con il diritto comunitario, che considera di natura sostanziale il vizio del contraddittorio<sup>35</sup>, nonché con l'art. 41, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (diventa diritto comunitario con il trattato di Lisbona)<sup>36</sup>, che prevede “il diritto di ogni individuo ad essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio”.

### 3. La tesi della natura processuale

Ad avviso della dottrina<sup>37</sup> e della giurisprudenza<sup>38</sup> prevalente, la norma in

---

<sup>35</sup> In particolare, l'art. 263, comma 2, TFUE (ex art. 230 TCE) dispone che “la Corte è competente a pronunciarsi sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, ovvero per sviamento di potere, proposti da uno Stato membro, dal Parlamento europeo, dal Consiglio o dalla Commissione”. Sul diritto al contraddittorio e ad essere ascoltati (*audi alteram partem*) si veda Corte di Giustizia, sentenza Alvis, 4 luglio 1963; sentenza 23 ottobre 1974, C-17/74 (che ha affermato che il diritto al contraddittorio in sede amministrativa rientra nel diritto di cui all'art. 220 TCE, ora 19 TUE); sentenza 21 novembre 1991, C-269/90 e sentenza 7 maggio 1991, C-304/89 (che riporta nell'ambito delle violazioni delle forme sostanziali il principio dell'*audi alteram partem*, affermando - nell'ambito di un procedimento di concessione, da parte del Fondo sociale europeo, di contributi finanziari ad azioni di formazione - che lo Stato membro interessato può - ai sensi dell'art. 6, n. 1, del regolamento n. 2950/83 - presentare le sue osservazioni prima dell'adozione di una decisione che riduce il contributo finanziario inizialmente concesso. Tale formalità ha carattere sostanziale la cui inosservanza comporta la nullità della decisione di riduzione). Si veda M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, IV edizione, Giuffrè, 2011, 490.

<sup>36</sup> In particolare, l'art. 6 TUE comma 1, come modificato dal trattato di Lisbona, afferma che “l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati”.

<sup>37</sup> Si veda F. LACAVA, *cit.*, che evidenzia come la norma “pur non facendo venir meno l'antigiuridicità della violazione di legge sul procedimento o sulla forma degli atti, postula, ai fini dell'applicazione della sanzione che l'ordinamento ricollega a tale violazione, una valutazione in termini di meritevolezza della reazione sanzionatoria che spetta al giudice compiere al fine di eliminare la sproporzione che spesso viene denunciata tra il bisogno di tutela del privato e lo strumento processuale dell'annullamento”. Si veda anche A. ROMANO, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della l. n. 241/90*, p. 7, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); D. U. GALETTA, *Notazioni Critiche sul nuovo articolo 21 octies della legge 241/90*, pp. 2-4 in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); V. FANTI, *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo*, Milano, 2006.

<sup>38</sup> Cons. Stato, sez. VI, 26 ottobre 2005, n. 5969, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. VI, 16 maggio 2006, n. 2763, *cit.*; Cons. Stato, sez. VI, 7 luglio 2006, n. 4307, *cit.*; Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 2006, n. 5260, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 11, 1358; Cons. Stato, sez. VI, 21 settembre 2006, n. 5547, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2006, n. 6192, 6193, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2006, n. 6194, *cit.*; T.A.R. Lazio, Latina,

questione avrebbe natura meramente processuale, in quanto non inciderebbe sulla qualifica sostanziale del vizio dell'atto, che resterebbe illegittimo, ma soltanto sul piano processuale, sulla non annullabilità dell'atto.

Argomenti in tal senso si possono rinvenire nella lettera della norma, che, disponendo che il provvedimento *non è annullabile* qualora l'amministrazione *dimostri in giudizio* che il contenuto non avrebbe potuto essere diverso, utilizza la locuzione "non è annullabile", richiamando l'effetto tipico delle sentenze di accoglimento del giudice amministrativo, e si riferisce al "giudizio", limitando al processo l'applicabilità del meccanismo delineato.

Inoltre, l'art. 21-*nonies* della l. 7 agosto 1990, n. 241, disponendo che "*il provvedimento illegittimo ai sensi dell'art. 21-octies può essere annullato d'ufficio*", qualifica espressamente come illegittimo il provvedimento viziato *ex art. 21-octies* c. 1 ma non annullabile giudizialmente *ex art. 21-octies*, comma 2, e ciò confermerebbe la compatibilità tra illegittimità e non annullabilità.

La norma prevederebbe, quindi, un meccanismo processuale di conservazione del provvedimento applicabile solo nel processo, ponendo un limite all'annullamento giudiziale da parte del g.a. La situazione di non annullabilità discenderebbe, pertanto, dall'accertamento in concreto del vizio da parte del giudice, a differenza dei vizi di legittimità, che invece precedono e sono indipendenti da questo, preesistendo sul piano sostanziale.

Le conseguenze derivanti dalla tesi della natura processuale dell'art. 21-*octies* rilevano sotto diversi aspetti, in quanto comportano l'applicabilità dell'art. 21-*octies*, comma 2, ai giudizi aventi ad oggetto provvedimenti emanati prima dell'entrata in vigore della l. 11 febbraio 2005, n. 15 e ancora pendenti, in virtù del principio *tempus regit actum*, nonché la possibilità di utilizzare forme di tutela diverse rispetto all'annullamento, in quanto il provvedimento non annullabile in via giudiziaria resta illegittimo (autotutela, ai sensi dell'art. 21-*nonies*, disapplicazione da parte del g.o. ai sensi dell'art. 5 della legge di abolizione del contenzioso,

---

sez. I, 29 gennaio 2007, n. 74, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2007, n. 4614, *cit.*; Cons. Stato, sez. VI, 2 febbraio 2009, n. 552, *cit.*, Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2010 n. 4931, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. VI, 18 febbraio 2011, n. 1040, in [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. IV, 17 settembre 2012, n. 4925, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 10 gennaio 2013, n. 7, *cit.*



risarcimento del danno).

In tal modo la corrispondenza tra illegittimità e annullabilità viene meno<sup>39</sup>; l'articolo in questione, infatti, introduce una deroga all'annullamento dell'atto nei casi di violazioni meramente formali “vincendo un'equazione più che secolare tra riscontro del vizio di legittimità dell'atto e sanzione dell'annullamento”<sup>40</sup>.

Parte della dottrina ha sottolineato come la norma sembra eludere la tutela accordata al cittadino, in quanto l'annullabilità viene condizionata alla verifica di circostanze indeterminate e indeterminabili a priori, e sembra porsi in contrasto con l'art. 113 cost. e 24, comma 1, Cost<sup>41</sup>.

I sostenitori della tesi processuale, hanno, tuttavia, sottolineato che la norma in questione potrebbe aprire la strada a forme di tutela diverse da quella di annullamento: la norma, infatti, esclude solo l'annullamento dell'atto in sede processuale e il privato potrebbe ottenere una forma di tutela differente, resa possibile dal fatto che l'art. 113 cost. non concepisce l'annullamento come una sanzione necessariamente conseguente all'accertamento dell'illegittimità dell'atto amministrativo.

In tal modo l'applicazione della norma non priverebbe il privato dei mezzi di tutela, ma comporterebbe, anzi, un miglioramento della tutela stessa, in quanto lo spostamento del baricentro dall'atto al rapporto eviterebbe annullamenti inutili e consentirebbe l'accertamento della spettanza del bene della vita cui aspira il privato.

L'equazione dell'illegittimità – annullabilità si evolverebbe, quindi, in linea con l'ampliamento dei mezzi di tutela che hanno arricchito progressivamente il giudizio amministrativo e che hanno reso la tutela caducatoria soltanto uno dei possibili mezzi che l'ordinamento mette a disposizione del privato<sup>42</sup>.

La non annullabilità deriverebbe dal difetto di interesse a ricorrere del privato all'annullamento in quanto il giudice deve verificare se provvedimento finale sia

---

<sup>39</sup> A. FABRI, *Natura sostanziale o processuale del divieto di annullamento per vizi formali o procedurali*, in *Diritto e Processo amministrativo*, 2008, 1045.

<sup>40</sup> F. CARINGELLA e L. TARANTINO, *Lezioni e sentenze di diritto amministrativo*, Dike, 2010.

<sup>41</sup> A. FABRI, *cit.*

<sup>42</sup> F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo, profili sostanziali e processuali*, tomo II, 2005, Milano, 1905, sottolinea che “la corrispondenza tra l'illegittimità e l'annullabilità – maturata in modo nitido solo nella pandettistica tedesca alla fine dell'Ottocento – non è necessitata, ma è soltanto una delle soluzioni possibili, storicamente determinate”.

intrinsecamente corretto: infatti, il fatto che il contenuto dell'atto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato priva il ricorrente dell'interesse a coltivare un giudizio da cui non potrebbe ricavare alcuna utilità<sup>43</sup>, dal momento che, a seguito della caducazione dell'atto, l'amministrazione potrebbe riadottare un atto emendato dal vizio procedimentale ma con lo stesso contenuto di quello annullato.

Il tipo di pronuncia adottabile dal giudice all'esito dell'accertamento giudiziale della correttezza del contenuto del provvedimento di cui all'art. 21-*octies* c. 2 sarebbe pertanto una pronuncia di rito che rilevi l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse<sup>44</sup>.

Tuttavia, non può non rilevarsi come la giurisprudenza recente abbia ritenuto sussistere un interesse a ricorrere anche laddove il provvedimento amministrativo abbia esaurito i suoi effetti o sia intervenuto un provvedimento satisfattivo per il ricorrente, in quanto l'accoglimento del ricorso potrebbe portare ad ottenere ulteriori tutele, per esempio quella risarcitoria<sup>45</sup>.

In particolare, è stato sottolineato come l'interesse a ricorrere sussiste non solo quando l'annullamento dell'atto è idoneo a realizzare l'interesse diretto ed immediato del ricorrente ma anche se è finalizzato a realizzare un'utilità meramente strumentale.<sup>46</sup>

Pertanto, la carenza di interesse dovrebbe essere dichiarata solo se la pronuncia sia priva di qualsiasi utilità per il ricorrente. Una lettura restrittiva dell'art. 21-

---

<sup>43</sup> Si veda Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2006 n. 6194, *cit.*, ove si sottolinea che "l'interesse a ricorrere ... viene negato ove il ricorrente non possa attendersi, dalla rinnovazione del procedimento, una decisione diversa da quella già adottata".

<sup>44</sup> F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, tomo II, 2005, *cit.*, 1916, rileva che, anche laddove non si ammettesse l'azione di accertamento, che consentirebbe al giudice di non dichiarare inammissibile il ricorso per difetto di interesse laddove permanga un interesse a fini risarcitori, il rigetto del ricorso da parte del giudice "ha pur sempre un contenuto sostanziale di accertamento del vizio che, pur non entrando nel dispositivo, è contenuto nella motivazione. In questo modo, il sostrato sostanziale di accertamento dell'illegittimità passa in giudicato e può essere posto a fondamento di un'eventuale successiva richiesta risarcitoria".

<sup>45</sup> Si veda Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2011, n. 2914, in *Foro Amm. CdS*, 2011, 1616.

<sup>46</sup> F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, tomo II, VI ed., *cit.*, 2163, ove si citano i casi in cui "l'annullamento comporti per l'amministrazione l'obbligo di riesaminare la situazione e di adottare provvedimenti eventualmente idonei a garantire al ricorrente un risultato favorevole", e i casi in cui "l'utilità strumentale consista nell'attitudine della pronuncia di annullamento ad incidere eventualmente sugli atti consequenziali; ma soprattutto – quel che più conta – negli effetti che l'eventuale accoglimento del ricorso produce sul piano risarcitorio: l'accertamento della illegittimità vale infatti ad integrare il fatto costitutivo di un danno suscettibile di valutazione ai fini del risarcimento". Inoltre, l'autore sottolinea che "detto interesse può anche avere natura esclusivamente morale, qual è, per esempio, l'interesse alla tutela della reputazione professionale e al ripristino del prestigio sociale".

*octies*, che limita la dichiarazione della carenza di interesse laddove la pronuncia sia priva di qualsiasi utilità per il ricorrente, consentirebbe, forse, di ovviare alle critiche di incostituzionalità della norma<sup>47</sup>.

Infatti, l'art. 21-*octies* limita solo la tutela demolitoria, non precludendo le altre tutele previste dall'ordinamento<sup>48</sup>.

La norma è indirizzata al giudice e gli attribuisce un potere-dovere decisorio aggiuntivo, che valuta nel merito la fondatezza dei motivi di impugnazione e mette in relazione l'ipotetico effetto di annullamento con la manifestazione sostanziale dell'azione amministrativa.

La sentenza che non dispone l'annullamento contiene un accertamento di illegittimità utile per finalità riparatorie o reintegrative diverse dall'annullamento giudiziale<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> E. FOLLIERI, *La giurisdizione del giudice amministrativo a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 6.7.2004 n. 204 e dell'art. 21 octies della l. 7.8.1990 n. 241*, cit. L'A. evidenzia che la Corte Costituzionale ha interpretato l'art. 113 cost. in modo tale da "ritenere costituzionalmente illegittime non solo le norme che escludano l'impugnativa giurisdizionale di provvedimenti amministrativi, ma anche le norme che limitino l'impugnativa a taluni vizi soltanto" e richiama la sentenza 27 giugno 1958, n. 40, con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionale l'art. 26 c. 2 T.U. 26 giugno 1924 n. 1054, che limitava l'esperibilità del ricorso sulle determinazioni ministeriali sulle controversie doganali ai vizi di incompetenza ed eccesso di potere, nonché le sentenze del Consiglio di Stato che hanno dichiarato abrogate le disposizioni di leggi previgenti alla Costituzione in contrasto con l'art. 113 cost. L'A. cita il caso in cui il ricorrente fa valere un interesse legittimo oppositivo, impugnando un'ingiunzione a demolire un manufatto abusivo. Sebbene l'atto possa essere emanato nuovamente, l'annullamento soddisfa il suo interesse nelle more del processo e dell'emanazione del nuovo atto da parte della p.a. e per il tempo precedente all'emanazione dell'atto; inoltre, l'autore considera anche eventuali possibili sopravvenienze di fatto e di diritto che potrebbero far ottenere al ricorrente il condono.

<sup>48</sup> Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2008, n. 4414, cit. che afferma che "la risposta alla domanda di giustizia può manifestarsi con richieste anche diverse dall'annullamento, e su queste altre risposte non risulta una volontà preclusiva della legge. Inoltre, la giurisprudenza ha affermato che dalla qualificazione processuale della norma in questione "non discenda la sottrazione al ricorrente dell'interesse al ricorso, giacché egli conserva intatta la sua facoltà di domandare giustizia contro un atto che è e resta pur sempre, sul piano sostanziale, illegittimo e non meramente irregolare (cfr. art. 21 *nonies*, comma 2: si convalidano gli atti annullabili, art. 1444 Cod. civ., cioè illegittimi, non quelli irregolari). Questa illegittimità per violazione di legge è e permane tale anche se al suo accertamento, a dette condizioni, non consegue l'annullamento giudiziale (la fattispecie è diversa da quella comune della conversione del contratto nullo, art. 1424 Cod. civ. - che ben si dubita applicabile al contratto annullabile - e che sostituisce al contratto invalido uno valido): diversamente la norma sarebbe sospettabile di contrasto con l'art. 113 Cost."; "la tecnica dell'art. 21-*octies*, comma 2, non è - come mostra la formulazione incentrata sull'annullamento - di agire sull'amministrato e di restringere il suo diritto alla tutela giurisdizionale, sottraendone la condizione del ricorso in cui si proietta questo bisogno di giustizia e preparando così un giudizio negativo in limine sull'ammissibilità del gravame", in quanto "strutturalmente ... non si tratta di una valutazione preliminare, perché implica un accertamento di merito sull'atto e sull'azione amministrativa. Funzionalmente, non va dimenticato che la risposta alla domanda di giustizia può manifestarsi con richieste anche diverse dall'annullamento, e su queste altre risposte non risulta una volontà preclusiva della legge".

<sup>49</sup> Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2008, n. 4414, cit. che evidenzia come in tal modo "si precludono caducazioni giudiziali inutili quanto a cura concreta degli interessi pubblici e a disposizione finale del bene della vita, e si dà luogo, al loro posto, a declaratorie di illegittimità produttive, se del caso, di altri e diversi effetti satisfattivi: utilità strumentali o finali sul piano amministrativo, altre tutele su quello giudiziario. Formalmente, il contenuto della decisione sarà dunque di un rigetto del *petitum* di annullamento, che segue

L'emanazione di una sentenza non di annullamento ma con un contenuto di accertamento consentirebbe in concreto di non ridurre l'importanza delle prescrizioni formali rispetto al particolare contenuto del provvedimento: infatti, la violazione di prescrizioni formali rende comunque illegittimo l'atto che ne è affetto<sup>50</sup>.

Se la tutela delle violazioni di dette prescrizioni non merita una tutela di annullamento, l'accertamento contenuto nella sentenza è funzionale al risarcimento della lesione degli interessi procedurali.

Anche la dottrina ha evidenziato che l'art. 21-*octies* è una norma che implementa le sanzioni per i vizi di legittimità, tra cui, oltre l'annullabilità, figura anche la tutela risarcitoria in caso di responsabilità della pubblica amministrazione per

---

un accertamento di illegittimità destinato a formare parte del contenuto precettivo della sentenza, comunque utile per quelle finalità riparatorie o reintegrative diverse dall'annullamento giudiziale". In tal modo, si distingue "il più ampio concetto di giudizio di impugnazione da quello di giudizio di annullamento: per modo che dall'impugnazione, per quanto orientata come *petitum* all'annullamento, possa per quella causa petendi derivare d'ufficio la conversione dell'azione in un mero accertamento di illegittimità, produttivo di - ove siano domandate, e in una prospettiva di piena giurisdizione - altre conseguenze di giustizia che non la caducazione giudiziale dell'atto (oltre che dell'additare all'amministrazione attiva i presupposti per un annullamento d'ufficio, o di una convalida, ai sensi dell'art. 21 *nonies*)". E ancora, sul potere-dovere del giudice, la sentenza chiarisce che la norma attribuisce al giudice amministrativo "un nuovo potere-dovere giudiziale, costituito dalla legge e non dall'amministrazione resistente ... di contenuto autolimitativo del potere generale di annullamento giudiziale ed incentrato sul principio di concreta utilità: applica ai provvedimenti giudiziari la regola *utile per inutile non vitiatur*, finalizzandola alla conservazione dell'atto per economia generale, vuoi dei processi su quel rapporto, vuoi per la complessiva azione amministrativa, passata e futura. La presunta certezza della reiterazione dell'atto emendato dal vizio formale preclude un annullamento che - contro i principi di economicità ed efficienza - sarebbe *inutiliter datum* e causerebbe solo costi e aggravii di tempi per l'azione amministrativa, cioè un danno nella cura dell'interesse pubblico, senza al fondo diversamente operare sul bene della vita conteso...". Detto potere consiste in "un secondo giudizio di accertamento, successivo a quello di verifica dell'illegittimità e che verte su presupposti della norma, ma preventivo circa l'utilità della decisione costitutiva di annullamento", incentrandosi sul riscontro in concreto di alcuni indicatori legali, presuntivi dell'inutilità della decisione, senza scendere ad una valutazione di opportunità del giudizio. A seguito di questo accertamento, il giudice potrà qualificare (quindi *ex post*, a seguito del processo) il provvedimento come illegittimo ma non giudizialmente annullabile. Si veda anche Cons. Stato, sez. VI, 10 novembre 2004, n. 7256 e sez. V, 16 marzo 2005, n. 1057, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>50</sup> Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2008, n. 4414, *cit.*, evidenzia che "una configurazione "sostanziale", cioè *ante iudicium*, che vedesse in questo dispositivo una riduzione del rilievo del vizio di illegittimità per violazione di legge nell'ambito del procedimento, e una cedevolezza delle prescrizioni formali sul provvedimento rispetto al particolare contenuto del provvedimento" avrebbe l'effetto "insieme alla privazione di conseguenze negative o riparatorie (gli altri eventuali effetti satisfattivi di cui s'è detto, ovvero l'autotutela dell'amministrazione attiva), di omologare le illegittimità "minori" alle semplici irregolarità, riducendo lo spazio dell'illegittimità in urto al criterio che le forme garantiscono la sostanza e all'obiettivo di conformazione dell'azione amministrativa alla legalità anche formale. Ne deriverebbero pericolosi effetti sul rapporto tra amministrazione ed amministrati, per non dire della violazione dell'art. 113 Cost.. Il modello di comportamento per gli amministratori pubblici ne risentirebbe negativamente, incentivando approssimative condotte asseritamente "sostanzialistiche", quando non l'incuria delle forme volute dalla stessa l. n. 241 e dalle altre: si pensi all'incidenza di queste conseguenze sull'accentuato (art. 3) dovere di motivazione o su quello di imputazione formale dell'atto".

scorrettezza procedimentale e formale che abbia leso il privato<sup>51</sup>.

La norma non incide sull'effettività della tutela da apprestare al privato, anzi risulta coerente con le esigenze di effettività e di pienezza della tutela giurisdizionale, perché evita al privato una vittoria solo apparente (da momento che, a seguito di un annullamento per vizi formali, l'amministrazione potrebbe emanare nuovamente l'atto – emendato dai vizi di forma - e vincere poi in sede processuale).

L'art. 21-*octies*, comma 2, consente al giudice di definire il processo e tutta la vicenda amministrativa, con una sentenza di non annullamento dalla cui motivazione possono ricavarsi le regole cui la p.a. deve attenersi nella riedizione del potere ad essa conferito<sup>52</sup>.

La disposizione, infatti, conferma, quanto meno per i provvedimenti vincolati, la tendenza a considerare il giudizio amministrativo come giudizio di spettanza che indaga non la legittimità dell'atto ma la fondatezza della pretesa, e il giudice amministrativo stabilisce i principi cui l'amministrazione deve attenersi nella riedizione del potere. Il giudice deve verificare che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato mettendo a confronto il provvedimento adottato e il provvedimento che sarebbe stato adottato in mancanza della violazione formale, ripercorrendo l'iter dell'amministrazione e

---

<sup>51</sup> R. GIOVAGNOLI, *I vizi formali e procedimentali*, cit., 968-969, ove si sottolinea che in tal modo “fa irruzione anche nel diritto amministrativo il principio privatistico...della distinzione tra regole del comportamento e regole dell'atto, cioè regole la cui violazione comporta una qualificazione in termini di illiceità del comportamento complessivamente inteso e regole la cui violazione comporta invece la sanzione dell'invalidità-annullabilità del provvedimento amministrativo. In questo quadro risulta chiaro il parallelismo alle ipotesi privatistiche nelle quali la violazione di regole comportamentali (nella fase che, per esempio, precede il contratto) non incide sulla legittimità del contratto, non ne determina l'invalidità, e comporta un problema di responsabilità del privato per scorrettezza comportamentale” e che l'art. 21-*octies* “è una norma che amplia lo spettro delle sanzioni per i vizi di legittimità: l'annullabilità non è più l'unica sanzione per il comportamento illegittimo della pubblica amministrazione, è una sanzione eccessiva, inutile, pesino dannosa nel caso di provvedimento che non sia stato inciso dalla violazione della regola procedimentale; restano ferme le altre sanzioni e quindi un'ipotesi di responsabilità della pubblica amministrazione per scorrettezza procedimentale e formale che abbia cagionato un danno ed un pregiudizio al privato”.

<sup>52</sup> R. GIOVAGNOLI, *I vizi formali e procedimentali*, cit., 962-963: “Il comma 2 dell'art. 21-*octies* l. 241/1990, consente da un lato, di funzionalizzare il processo amministrativo alla effettiva giuridica meritevolezza della posizione dedotta in giudizio, dall'altro, di recuperare in sede processuale segmenti di funzione (quelli fondati sul confronto dialettico tra privato e amministrazione) non rinunciabili, offrendo al giudice la possibilità di adattare la “rozzezza” del rimedio cassatorio mediante pronunce (di annullamento o meno) sempre più calibrate sulla peculiarità delle vicende amministrative portate alla sua cognizione e maggiormente rispettose delle esigenze di effettività di giustizia ad esse inequivocabilmente sottese...”.

“sostituendosi virtualmente” ad essa<sup>53</sup>.

Per questo, è stato sottolineato come la norma debba essere interpretata estensivamente: infatti il sindacato sulla spettanza del bene della vita sembrerebbe possibile non solo in chiave negativa - nell’ottica del rigetto della domanda di annullamento, che non potrà essere disposto in quanto il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato - ma anche in chiave positiva, nel caso in cui emerga la fondatezza della pretesa del privato, in quanto in tale caso la pronuncia del giudice non potrà essere meramente demolitoria ma dovrà contenere una pronuncia di accertamento del bene della vita<sup>54</sup>.

Il sindacato virtuale sul contenuto del provvedimento ad opera del giudice amministrativo, tuttavia, presenta alcune criticità, se si mette a confronto con il sindacato sulla discrezionalità dell’amministrazione.

La norma, infatti, attribuisce al giudice il compito di verificare se la norma sulla forma, procedimento o comunicazione di avvio del procedimento sia rispettata e valutare in modo virtuale gli effetti sul contenuto del provvedimento per verificare se l’assetto degli interessi avrebbe potuto risultare differente e vantaggioso per il ricorrente<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, tomo II, 2005, *cit.*, 1914.

<sup>54</sup> F. CARINGELLA e L. TARANTINO, *cit.* Si veda anche F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, tomo II, *cit.*, 1914-5, ove si sottolinea che “non si può ragionevolmente ritenere che la norma in parola autorizzi l’intervento sostitutivo del giudice solo in quanto sia volto a precludere l’annullamento. E’ evidente che l’intensità del sindacato giurisdizionale non può essere diversa *secundum eventum litis*, sicchè il potere riconosciuto al giudice di rilevare l’infondatezza della pretesa sostanziale in caso di illegittimità non inficiante (e dunque ai fini del rigetto) deve implicare anche, specularmente, il potere di verificare la fondatezza della pretesa nel caso opposto. Altrimenti opinando, l’intervento sostitutivo del giudice sarebbe ammesso soltanto contro e non anche a favore del ricorrente, il che appare a chi scrive irragionevole e discriminatorio”.

<sup>55</sup> E. FOLLIERI, *La giurisdizione del giudice amministrativo a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 6.7.2004 n. 204 e dell’art. 21 octies della l. 7.8.1990 n. 241*, *cit.*, che evidenzia come il sindacato del giudice sul contenuto del provvedimento sarà particolarmente complesso quando si tratterà di valutare l’influenza della partecipazione del privato in quanto il giudice dovrà “pensare ad un possibile (virtuale) contenuto del provvedimento”, percorrendo “l’iter proprio dell’amministrazione attiva, modificando e sostituendo i tasselli del procedimento amministrativo, per stabilire quale contenuto avrebbe potuto avere il provvedimento”, sostituendosi, in sostanza, all’amministrazione. Tuttavia, tale impostazione “non si concilia con le remore che il giudice amministrativo tiene ancora, salvo alcune ma significative eccezioni, verso il pieno sindacato sulla discrezionalità tecnica...e, in prospettiva, sulla discrezionalità pura o amministrativa”, rilevando come il limite della conoscenza piena e diretta della discrezionalità amministrativa limiterà il giudizio di legittimità ad “un ambito eccessivamente asfittico”. Significativa è una recente sentenza della Cass., ss.uu. 20 gennaio 2014, n. 1013, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it), che ha affermato che il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle autorità amministrative indipendenti non è di tipo “debole” ma di tipo “forte” e sostitutivo, ben potendo il g.a. effettuare una verifica diretta dei fatti e dei profili tecnici posti a fondamento del provvedimento impugnato, purchè non presentino margini di

#### 4. L'onere probatorio

Il primo alinea dell'art. 21-*octies* c. 2 della l. 7 agosto 1990, n. 241, non detta disposizioni sull'onere della prova, limitandosi a richiedere che “sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

Tale disposizione è stata oggetto di due interpretazioni diverse. Secondo una parte della giurisprudenza, il giudice non può disporre un'istruttoria processuale per accertare che il vizio non incide sul contenuto del provvedimento, occorrendo che ciò sia di evidenza immediata<sup>56</sup>; secondo altra giurisprudenza, invece, il giudice può accertare l'irrelevanza del vizio attraverso una istruttoria processuale affinché emerga la certezza che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso. Tale opzione interpretativa è seguita dalla giurisprudenza maggioritaria e appare maggiormente in linea con la tesi della natura processuale dell'art. 21-*octies* c. 2, che attribuisce al giudice il potere di valutare anche d'ufficio l'assenza di alternative nell'adozione dell'atto impugnato.

Il secondo alinea del comma 2 dell'art. 21-*octies* presuppone, invece, che l'amministrazione si costituisca in giudizio e dimostri la legittimità del contenuto del provvedimento.

La norma sembra porre in capo all'amministrazione l'onere di una prova diabolica, dovendo dimostrare l'inesistenza di qualsiasi vizio sostanziale, a fronte della mera enunciazione, da parte del privato, della mancata comunicazione dell'avvio del procedimento e sembra attribuire al giudice un vasto potere in merito alla valutazione dell'inesistenza di alternative opportune al procedimento, consentendogli di entrare nel merito dell'azione amministrativa.

---

opinabilità: “l'esercizio della discrezionalità tecnica, non essendo espressione di un potere di supremazia della pubblica amministrazione, non è di per sé solo idoneo a determinare l'affievolimento dei diritti soggettivi di coloro che dal provvedimento amministrativo siano eventualmente pregiudicati. Non può perciò sostenersi che chi lamenti la lesione del proprio diritto, a causa del cattivo esercizio della discrezionalità tecnica, non possa chiederne l'accertamento al giudice, il quale non potrà quindi esimersi dal verificare se le regole della buona tecnica sono state o meno violate dall'amministrazione. Ne fornisce conferma il fatto stesso che il giudice amministrativo disponga oggi di ampi mezzi istruttori, ivi compreso lo strumento della consulenza tecnica”.

<sup>56</sup> T.A.R. Sardegna, sez. I, 25 maggio 2005, n. 1170, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Tuttavia, la giurisprudenza ha affermato che il privato non può limitarsi a dedurre la mancata comunicazione di avvio del procedimento, ma deve esplicitamente indicare fatti e argomenti che, a suo avviso, l'amministrazione avrebbe preso in considerazione con la sua partecipazione al procedimento: il ricorrente deve quindi circoscrivere le valutazioni dell'amministrazione e del giudice e l'amministrazione dovrà dimostrare la legittimità sostanziale del provvedimento considerando esclusivamente le prospettazioni del ricorrente<sup>57</sup>.

L'art. 21-*octies*, comma 2, trasforma, così, il processo in un procedimento di riesame, riaprendo il procedimento innanzi occhi del giudice: infatti, poiché il privato che lamenta la mancata comunicazione di avvio del procedimento deve formulare anche censure di carattere sostanziale relative al contenuto del provvedimento, nel processo diventa indispensabile l'intermediazione amministrativa, non potendo il giudice spingersi nel merito dell'atto<sup>58</sup>.

## CAPITOLO II

### LA PREVISIONE DELL'ART. 34, COMMA 3, DEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

#### 1. L'art. 34, comma 3, c.p.a.

L'art. 34, comma 3, del codice del processo amministrativo prevede che “quando nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più

---

<sup>57</sup> T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 18 febbraio 2005, n. 293, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato sez. VI, 17 ottobre 2006, n. 6192, *cit.*; Cons. Stato, sez. VI, 29 luglio 2008, n. 3786, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2009, n. 2737, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 9, 1111.

<sup>58</sup> R. GIOVAGNOLI, *I vizi formali e procedurali*, *cit.*, 977. Si veda Cons. Stato, sez. VI, 7 luglio 2006, n. 4307, *cit.*, che ha affermato, in una fattispecie in cui i ricorrenti non avevano partecipato ad una procedura espropriativa al fine di proporre osservazioni sul tracciato di un elettrodotto da realizzare, la difficoltà di valutare in giudizio che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso, a meno di non voler attribuire al giudicato amministrativo valutazioni di merito sostitutive dell'operato della p.a. Peraltro, sottolinea R. CHIEPPA, *cit.*, 190, che “una diversa interpretazione rischierebbe di creare una asimmetria, qualora intesa in modo tale da consentire la sostituzione del giudice alla p.a.: tale sostituzione sarebbe possibile solo per accertare, a vantaggio della p.a., che il provvedimento non poteva essere diverso, mentre il privato continuerebbe ad avere ostacoli nell'accertamento che senza l'illegittimità procedimentale il bene della vita gli sarebbe stato attribuito o non gli sarebbe stato tolto. In conclusione, si può affermare che l'art. 21 *octies* della legge n. 241/90 può contribuire a rendere meno formale il processo amministrativo, ma nello stesso tempo non deve essere inteso come un depotenziamento della funzione partecipativa del cittadino al procedimento amministrativo”.



utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori”.

La norma risolve, limitatamente all'interesse risarcitorio, il problema della permanenza dell'interesse a ricorrere nel caso in cui l'annullamento non risultasse più utile al ricorrente.

L'applicazione di tale norma è tanto più frequente quanto aumenta l'arco temporale durante il quale il giudizio impugnatorio viene definito. Infatti, l'impossibilità di conseguire una utilità dalla sentenza di annullamento a causa di circostanze sopravvenute e la conseguente necessità di ricorrere allo strumento risarcitorio è direttamente proporzionale alla durata del tempo tra adozione dell'atto impugnato e il suo annullamento giurisdizionale<sup>59</sup>.

La norma utilizza un meccanismo simile a quello previsto dall'art. 21-*octies* della l. 7 agosto 1990, n. 241, ponendosi nei confronti di quest'ultimo, in un rapporto di genere a specie: infatti, come l'art. 21-*octies*, la disposizione in esame disciplina l'ipotesi di inutilità per sopravvenuto difetto di interesse alla caducazione del provvedimento.

Le due norme hanno la stessa *ratio*, in quanto recidono “il binomio illegittimità-annullabilità”, evitando “che, in ossequio ad uno sterile formalismo, il giudice adotti pronunce vuote, di fatto prive di rilevanza per il ricorrente, in quanto incapaci di assicurargli sul piano sostanziale, quella tutela effettiva del bene della vita inciso dall'attività amministrativa”<sup>60</sup>.

L'art. 34, comma 3, c.p.a. costituisce una norma di carattere generale, che, entro certi limiti, consente l'accertamento dell'illegittimità di un atto amministrativo quando in cui ne risulti inutile l'annullamento<sup>61</sup>.

Qualora sussista l'interesse ai fini risarcitori, la norma generalizza la previsione dell'art. 21-*octies*, riferendosi ad atti illegittimi anche per vizi sostanziali, e sancendo espressamente la possibilità di un sindacato sostanziale sulla spettanza del bene della vita “anche in chiave positiva, quale accertamento prodromico al

---

<sup>59</sup> R. CAPONIGRO, *Il tempo come bene della vita*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>60</sup> F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, tomo II, VI ed., cit., 2218.

<sup>61</sup> F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, tomo II, VI ed., cit., 2189 e 2205.

conferimento della tutela sostanziale, ancorchè solo in chiave risarcitoria”<sup>62</sup>.

In altre parole, entrambe le norme prevedono due casi in cui l’illegittimità non si traduce nell’invalidazione dell’atto, ma nell’art. 34, comma 3, c.p.a. l’illegittimità non viene accertata allo scopo di rigettare la domanda di annullamento, ma, al contrario, perché l’annullamento – in astratto configurabile – non può aver luogo per il venir meno dell’interesse del ricorrente e, conseguentemente, il giudice procederà al mero accertamento dell’illegittimità<sup>63</sup>.

Ammettendo un sindacato sostanziale sulla spettanza del bene della vita anche in chiave positiva, l’art. 34, comma 3, c.p.a. appare più orientato ad offrire uno strumento di tutela al privato consentendogli una pronuncia di accertamento dell’illegittimità funzionale alla tutela risarcitoria, mentre l’art. 21-*octies*, contemplando solo un sindacato sostanziale in chiave negativa, implementa la tutela apprestata alla pubblica amministrazione, evitando annullamenti di atti che, in concreto, quanto al loro contenuto, non avrebbero potuto essere diversi.

Questa particolare forma di sentenza di accertamento, che si limita a dichiarare l’illegittimità dell’atto senza annullarlo, riguarda l’ipotesi in cui il privato, anche se non ha più interesse all’annullamento, conserva l’interesse all’accertamento dell’illegittimità dell’atto per l’effetto conformativo della pronuncia sul successivo

---

<sup>62</sup> F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, tomo II, VI ed., *cit.*, 2218 che evidenzia come nell’art. 21-*octies* il sindacato sulla spettanza del bene della vita veniva espressamente consentito “solo in chiave negativa, nell’ottica della reiezione della domanda attorea di una pronuncia caducatoria che di fatto non conferirebbe al ricorrente alcuna utilità sostanziale”.

<sup>63</sup> F. BELLOMO, *Nuovo sistema del diritto amministrativo*, vol. III, cap. XXIII, in [www.corsomagistratura.it](http://www.corsomagistratura.it). L’A. evidenzia che l’art. 21-*octies* “non prevede una tutela di accertamento, posto che il suo effetto è quello – opposto – di sanare il vizio o, comunque, di autorizzare il giudice a non invalidare il provvedimento amministrativo viziato, per cui non può essere certo annoverata tra le forme di tutela del privato”; la norma “prevede lo scrutinio del giudice - addirittura di ufficio – al solo fine di escludere l’annullamento del provvedimento impugnato” e il dispositivo della sentenza non contiene la declatoria di illegittimità dell’atto, “che entra nella motivazione come mera argomentazione per pervenire ... al rigetto dei motivi di censura fondati su violazioni formali o procedurali”. Invece, l’art. 34, comma 3, introduce una ipotesi di “illegittimità non invalidante, riconducibile al mero accertamento”, prevedendo una “cognizione principale idonea a formare giudicato”: solo in questo caso “l’accertamento del vizio ha un valore autonomo”, in quanto “l’illegittimità non viene accertata allo scopo di rigettare la domanda di annullamento, essendo la stessa ininfluenza sul contenuto del provvedimento impugnato, bensì per la ragione opposta, ossia perché, pur essendo astrattamente idonea a determinare l’annullamento, questo non può aver luogo per il venir meno dell’interesse del ricorrente a tale decisione”. L’A. evidenzia come, tuttavia, l’efficacia di giudicato della sentenza sia delimitato in relazione all’interesse risarcitorio e “alla natura puramente dichiarativa, nel senso che dalla sentenza non nasce un obbligo per l’amministrazione di rimuovere l’atto illegittimo, né un diritto in capo al ricorrente di ottenerla, eventualmente tramite il ricorso in ottemperanza”. Infatti, “la sentenza in dispositivo, oltre ad accogliere il ricorso nella parte relativa all’accertamento, lo dichiara improcedibile nella parte relativa all’annullamento. Ciò esclude formalmente che il giudicato di accertamento possa generare un dovere o di eliminazione dell’atto o una pretesa di tipo costitutivo del ricorrente”.

esercizio del potere della p.a.<sup>64</sup>

Alla luce di tale disposizione, nel caso in cui l'annullamento non soddisfi la pretesa del ricorrente, il giudice amministrativo dovrà accertare l'illegittimità dell'atto impugnato, e, in particolare, la sussistenza, in concreto, dell'interesse ad agire *ex art. 100 c.p.c.*, rispetto ai singoli capi di domanda, valutando se il ricorrente abbia interesse all'annullamento o alla mera declatoria di illegittimità dell'atto.

In tale ultimo caso, il giudice, ai sensi della disposizione richiamata, non può più pronunciare una sentenza di rito di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse alla decisione di annullamento o di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza dell'interesse all'annullamento, ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. b) e c) c.p.a., ma deve convertire l'azione di annullamento in azione di accertamento della illegittimità dell'atto, ai fini risarcitori<sup>65</sup>, accogliendo il ricorso

---

<sup>64</sup> M. RAMAJOLI, *cit.*, 595, ricorda che, già prima del c.p.a., la giurisprudenza aveva circoscritto la categoria della sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere facendo leva sull'effetto conformativo. In particolare nel caso di atti ad effetti esauriti si è ritenuto che il giudice amministrativo non potesse dichiarare l'inammissibilità del ricorso per carenza sopravvenuta di interesse in quanto l'effetto conformativo della sentenza sarebbe stato utile al fine di sollecitare *ex novo* l'esercizio del potere amministrativo. Si veda in tal senso Cons. Stato, sez. IV, 1 febbraio 2001, n. 398; sez. IV, 13 gennaio 2006, n. 68; sez. VI, 3 agosto 2007, n. 4299, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). R. GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, pubblicato il 23 agosto 2010 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), sottolinea che "l'abbandono della domanda di annullamento viene, quindi, condizionato al venir meno della *utilità* della pronuncia di annullamento, circostanza che può verificarsi non solo nel caso in cui sopravvenga un evento che renda impossibile la soddisfazione della pretesa sostanziale del privato (come una nuova normativa che impedisca l'accoglimento di una istanza che originariamente avrebbe potuto essere favorevolmente esitata), ma anche nelle ipotesi in cui, nelle more del giudizio, il privato perda ogni ragionevole interesse ad ottenere un determinato provvedimento favorevole (ad esempio perché il costo della immobilizzazione delle risorse necessarie ad intraprendere una determinata attività economica impedita dal provvedimento impugnato divenga insostenibile e non esigibile)".

<sup>65</sup> Si è sottolineato, tuttavia, che in realtà detta disposizione non rappresenta una novità, in quanto già prima del c.p.a. la giurisprudenza aveva in taluni casi dichiarato improcedibile la domanda di annullamento e valutato nel merito, con accertamento *incidenter tantum*, la domanda di risarcimento del danno. Cfr. R. CAPONIGRO, *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, *cit.* In tal senso, prima dell'emanazione del codice del processo amministrativo, si veda T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 19 novembre 2007, n. 11330 e T.A.R. Lecce, sez. II, 24 novembre 2007, n. 4024, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che hanno ammesso l'accertamento *incidenter tantum* per valutare nel merito la domanda di risarcimento in casi in cui era impossibile procedere all'annullamento dell'atto impugnato. In particolare, nel primo caso la parte ricorrente aveva impugnato l'aggiudicazione ma l'annullamento della stessa non avrebbe apportato alcuna effettiva utilità per l'avvenuta stipulazione del contratto tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario (nello stesso senso si veda Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 2005, n. 1547, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)). Pertanto, il TAR ha affermato che "la tutela sostanziale della posizione giuridica della ricorrente principale può avvenire soltanto attraverso lo strumento risarcitorio". Nel secondo caso, il T.A.R. ha dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso avverso un atto che nelle more del giudizio aveva cessato di spiegare effetti, affermando che "l'interesse che si deve ritenere ancora sussistente in capo al ricorrente è quindi unicamente quello ad esperire un'azione risarcitoria" e che "anche a voler riaffermare la regola della pregiudiziale amministrativa, la declaratoria di improcedibilità ... non impedisce al ricorrente di proporre l'azione risarcitoria, avendo egli impugnato nei termini decadenziali i provvedimenti lesivi". Si veda anche Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2011, n. 203, in *Giornale Dir. Amm.*,

in parte e dichiarandolo improcedibile nella parte relativa alla domanda di annullamento.

La previsione, consentendo che un'azione di annullamento venga convertita in una azione di accertamento dell'illegittimità dell'atto, da far valere ai fini risarcitori, appare coerente con il principio di effettività della tutela di cui all'art. 1 c.p.a.<sup>66</sup> e riduce i rischi derivanti dalla lunga durata del processo<sup>67</sup>.

Se, tuttavia, l'accertamento contenuto nella sentenza *ex art. 34*, comma 3, c.p.a. è idoneo a formare il giudicato, lo stesso articolo, richiedendo l' "interesse a fini risarcitori", limita l'efficacia di giudicato della sentenza in relazione a tale interesse<sup>68</sup>.

---

2011, 3, 287, che ha affermato che "ai sensi degli artt. 34 co. 3 e 124 c.p.a. e in conformità ai principi che regolamentano l'interesse a ricorrere, non è ammissibile una pronuncia di mero accertamento dell'illegittimità di un provvedimento amministrativo che non risulti utile ai fini del conseguimento della tutela specifica e delle tutela per equivalente". In senso simile, Cons. Stato, sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4863, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che ha affermato come "l'interesse al mero accertamento dell'illegittimità non sussista laddove la pretesa risarcitoria sia già stata ritualmente azionata in una distinta controversia (a maggior ragione, ove sia stata, come accade nel caso di specie, anche parzialmente accolta, sia pure in primo grado)".

<sup>66</sup> L. M. CALVERI, *La tutela di accertamento dell'interesse legittimo e il codice del processo amministrativo: occasione mancata?*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ottobre 2012. S. FOÀ, *Giustizia amministrativa atipicità delle azioni ed effettività della tutela*, Napoli, 2012, 20, che evidenzia che "la conversione dell'azione impugnatoria in azione dichiarativa discenderebbe dal naturale *iter* logico del sindacato giurisdizionale, posto che l'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato è contenuto nel *petitum* di annullamento come antecedente necessario: nel difetto d'interesse all'annullamento, permane il potere officioso del giudice a limitare gli effetti della propria pronuncia ad un contenuto di accertamento dell'illegittimità, in relazione alla pretesa risarcitoria".

<sup>67</sup> M. RAMAJOLI, *cit.*, 595.

<sup>68</sup> La sentenza del **Cons. Stato, sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2916**, in Urbanistica e Appalti 10/2012, 1040, afferma chiaramente come "con la statuizione dichiarativa dell'illegittimità degli atti impugnati ai soli ed eventuali fini risarcitori questo giudice non si esprime sul *fumus boni iuris* della susseguente azione risarcitoria, ma afferma la sussistenza in via meramente astratta dei presupposti per la proposizione dell'azione stessa", fermo restando che la sentenza non fa nascere un obbligo per l'amministrazione di rimuovere l'atto illegittimo, né un diritto in tal senso in capo al ricorrente. Infatti, la dichiarazione di improcedibilità nella parte relativa all'annullamento esclude che dal giudicato di accertamento possa derivare una pretesa di tipo costitutivo del ricorrente, quale quella di eliminazione dell'atto: "nella statuizione del giudice che accoglie il ricorso è *naturaliter* insito l'assunto per cui la sua pronuncia non reca un annullamento, ma una mera dichiarazione di illegittimità degli atti impugnati al solo, eventuale, fine risarcitorio. La pubblica amministrazione soccombente, infatti, non è di per sé tenuta ad alcuna azione amministrativa per effetto di tale pronuncia dichiarativa del giudice, potendo soltanto discretivamente e del tutto autonomamente agire in via di autotutela ai sensi dell'art. 21-nonies della L. 7 agosto 1990 n. 241 come inserito dall'art. 14, comma 1, della L. 11 febbraio 2005 n. 15; e, correlativamente, la parte vincitrice non può avvalersi della statuizione anzidetta al fine di ottenere la materiale caducazione *ope iudicis* degli atti da lei a suo tempo impugnati, ovvero di altri atti a essi conseguenti, ma può solo proporre la conseguente azione risarcitoria". La sentenza, inoltre, sottolinea che "con la statuizione dichiarativa dell'illegittimità degli atti impugnati ai soli ed eventuali fini risarcitori questo giudice non si esprime sul *fumus boni iuris* della susseguente azione risarcitoria, ma afferma la sussistenza in via meramente astratta dei presupposti per la proposizione dell'azione stessa, lasciando – ferma ovviamente restando l'affermazione dell'illegittimità degli atti impugnati - ogni ulteriore valutazione in concreto al giudice competente ai sensi dell'art. 30, comma 3, cod. proc. amm. a pronunciarsi sull'esistenza e sulla quantificazione del danno, ossia la considerazione di "tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti", con l'espressa

L'accertamento previsto dall'articolo sopra richiamato ha però un limite: infatti, ai sensi dell'art. 34, comma 2, c.p.a., “in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”.

Tale disposizione mira ad evitare domande dirette ad orientare l'azione amministrativa *pro futuro*, con violazione del principio di divisione dei poteri. Infatti, non è possibile ricorrere al giudice amministrativo per ottenere una pronuncia che determini le modalità dell'esercizio del potere futuro non ancora esercitato, neppure in modo illegittimo<sup>69</sup>.

---

esclusione *ex lege* – in applicazione del generale principio contenuto nell'art. 1227 c.c. - del “risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti”. Nello stesso senso Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817, in *Urbanistica e Appalti*, 11/2011, 1347 con nota di R. PROIETTI, *Inutilità dell'annullamento dell'atto e accertamento dell'illegittimità del provvedimento* e Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6229, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). **Cons. Stato, sez. IV, 28 dicembre 2012, n. 6703, cit.** precisa come « se è vero che, con l'accertamento dell'illegittimità degli atti impugnati ai soli fini del risarcimento, il giudice non si esprime sul *fumus boni iuris* della susseguente azione di danni, a lui spetta comunque valutare almeno la sussistenza dell'interesse ai fini risarcitori, in difetto del quale la declaratoria di illegittimità correrebbe il rischio di rimanere meramente astratta ». D. BALDUZZI, *cit.*, evidenzia che “Il fine dichiarato di tale puntualizzazione è quello di evitare conseguenze irragionevoli e — soprattutto — un possibile inutile esercizio della funzione giurisdizionale: per tale motivo, si prevede in capo al ricorrente l'onere di allegare compiutamente i presupposti per la successiva proposizione dell'azione risarcitoria, a partire ovviamente dal danno sofferto. Così operando, sembra riproporsi un rapporto di forte correlazione tra l'azione di accertamento e quella risarcitoria. Ed invero, tale approdo sembra quanto mai corretto se si considera che nel caso di annullamento dell'atto, il soggetto vanta una pretesa alla declaratoria di illegittimità dello stesso *erga omnes* (con le evidenti ricadute in tema di efficacia dell'azione amministrativa, buon andamento della stessa e tutela del privato). Nel caso di mero accertamento dell'illegittimità, invece, la situazione fatta valere è riferita al caso concreto ed alla sola posizione del singolo. In tale ottica, pertanto, appare ragionevole che il giudice non svolga un'attività potenzialmente inutile, ma debba riferirsi — se non alla certezza — quantomeno alla probabilità che il soggetto si veda riconosciuto il risarcimento cui aspira, perché altrimenti non risulta dimostrata la sussistenza dello specifico interesse al quale l'art. 34, comma 3, subordina l'accertamento incidentale della legittimità dell'atto impugnato”.

<sup>69</sup> Si veda M. TRIMARCHI, *Il divieto di “pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati” attraverso il prisma della giurisprudenza*, in *Foro amm. CDS*, fasc.4, 2013, 1097. Per quanto riguarda la portata dell'art. 34 c. 2, si veda F. CARINGELLA, *Architettura e tutela dell'interesse legittimo dopo il codice del processo amministrativo: verso il futuro!*, *cit.* e M. RAMAJOLI, *cit.*, 595, ove si sottolinea che la disposizione di cui all'art. 34 c. 2 c.p.a., che vieta al giudice di pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati, vada “più blandamente interpretata come esclusione delle domande dirette esclusivamente a orientare l'azione amministrativa futura”. F. CARINGELLA, *Architettura e tutela dell'interesse legittimo dopo il codice del processo amministrativo: verso il futuro!*, *cit.*, afferma che l'art. 34 c. 2 c.p.a. “vuole evitare, in omaggio al principio di separazione dei poteri, che il giudice si sostituisca alla pubblica amministrazione esercitando una cognizione diretta di rapporti amministrativi non ancora sottoposti al vaglio della stessa” e che “detta disposizione non può che operare per l'azione di accertamento, per sua natura caratterizzata da tale rischio di indebita ingerenza, visto che le altre azioni tipizzate dal codice sono per definizione dirette a contestare l'intervenuto esercizio (od omesso esercizio) del potere amministrativo”, come confermato anche dal ragionamento seguito dalla plenaria del Consiglio di Stato 15/2011, *cit.*, che ha affermato che “L'azione di accertamento è implicitamente ammessa dall'art. 34, comma 2”. Inoltre, a conferma che la disposizione citata vada riferita esclusivamente all'azione atipica di accertamento, si ricorda che la relazione di accompagnamento alla versione finale del codice afferma che lo scopo della disposizione è quello di “evitare domande dirette ad orientare l'azione amministrativa pro futuro con palese violazione del principio della divisione dei poteri” e che il divieto di pronuncia su poteri non esercitati era in origine previsto nell'ambito dell'azione di accertamento. R. CAPONIGRO, *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, *cit.*, rileva come la giurisprudenza ha chiarito

Inoltre, sempre lo stesso articolo vieta al giudice di conoscere (eccetto che per l'azione risarcitoria) “della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe potuto impugnare con l'azione di annullamento di cui all'articolo 29”, per evitare che venga eluso il termine decadenziale previsto per l'azione di annullamento.

Tale ultima disposizione appare coerente con il principio della pregiudiziale amministrativa, al quale fanno eccezione due disposizioni contenute nel c.p.a.: l'art. 30, comma 3, (al quale rinvia espressamente l'art. 34, comma 2, e che fa riferimento ai casi in cui la domanda di risarcimento per lesione di interesse legittimo è proponibile in via autonoma) e l'art. 34, comma 3, che prevede che l'accertamento dell'illegittimità dell'atto rilevi a fini risarcitori senza che sia disposto l'annullamento dello stesso<sup>70</sup>.

L'art. 34, comma 3, è strettamente collegato all'art. 30, comma 5, e alla questione della pregiudiziale amministrativa<sup>71</sup>.

In particolare, la disposizione può essere interpretata in modo diverso a seconda

---

che si debba considerare “futura solo l'azione amministrativa che, al momento della proposizione della domanda, non sia *ancora* giunta a conclusione del suo fisiologico iter procedimentale e non anche quella rinnovatoria successiva alla pronuncia giurisdizionale”, in quanto “altrimenti non troverebbe spiegazione l'ampia possibilità accordata al giudice amministrativo di incidere sul successivo svolgimento dell'attività amministrativa nell'ambito dell'azione sul silenzio o con la determinazione delle modalità attuative del giudicato”.

<sup>70</sup> In tal senso, F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo, Commento articolo per articolo al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 e a tutte le altre leggi della giustizia amministrativa*, II, Dike, 2012, 433; G. CORSO, *Commento all'art. 34*, in *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano, 2011, 341 a cura di A. QUARANTA, V. LOPILATO, che sottolinea che “la dissociazione tra accertamento della illegittimità dell'atto e annullamento dello stesso, vietata in generale dal comma 2 dell'articolo in commento, è invece ammessa dal successivo comma 3”. Nel senso che l'art. 34 c. 3 c.p.a. non costituisce una vera e propria eccezione al principio contenuto nel comma 2 e relativo al divieto per il giudice di procedere ad un accertamento in via incidentale della legittimità di un atto amministrativo divenuto inoppugnabile, in quanto presuppone la proposizione dell'azione per l'annullamento (anche se poi nel corso del giudizio è emerso che ormai un provvedimento caducatorio non soddisferebbe la pretesa del ricorrente), G. PALLIGIANO e U. G. ZINGALES, *cit.*

<sup>71</sup> F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *La pregiudiziale amministrativa. Una storia infinita*, Roma, 2008; R. GAROFOLI, *La pregiudizialità: per un superamento regolato*, in Riv. Nel diritto, 2009, 1338; R. CHIEPPA, *La pregiudiziale amministrativa*, in R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007. Si veda anche D. BALDUZZI, *cit.*, che evidenzia che la disposizione di cui all'art. 34 c. 3 “deve essere letta, anzitutto, in stretto rapporto con le altre disposizioni del codice in tema di risarcimento del danno, poiché da una parte è una conferma di quanto statuito in via generale dall'articolo 30 c.p.a., circa la possibilità di separare la tutela impugnatoria da quella risarcitoria per equivalente, nonché della possibilità di poter ottenere il risarcimento del danno per attività illegittima della P.A. senza che venga annullato l'atto illegittimo che quel danno ha cagionato. Dall'altra parte, è una diretta conseguenza dell'autonomia dell'azione risarcitoria, posto che se si ritiene che il giudice possa condannare al solo risarcimento del danno (seppur con i correttivi sopra elencati individuati dalla giurisprudenza e dalle stesse norme), allora deve anche necessariamente ammettersi in capo al medesimo il potere di accertare incidentalmente l'illegittimità di tale atto. In altre parole, se si ammette che il giudice possa accertare l'illegittimità al fine del risarcimento del danno in una causa separata ed autonoma rispetto a un eventuale procedimento demolitorio, perché non ammettersi anche — e a maggior ragione — che tale accertamento avvenga nel corso di un procedimento per annullamento, nel quale sia venuto meno l'interesse allo stesso?”.

della soluzione prospettata in tema di pregiudiziale amministrativa.

Secondo una prima interpretazione, legata alla concezione tradizionale della pregiudiziale amministrativa, non si potrebbe che interpretare la disposizione in modo restrittivo, attribuendo al giudice amministrativo il potere di accertamento dell'illegittimità dell'atto solo a fronte di una domanda di parte<sup>72</sup>.

Secondo un'altra interpretazione, invece, il giudice amministrativo avrebbe il potere di accertare l'illegittimità dell'atto amministrativo, potendo d'ufficio convertire l'azione di annullamento in azione di accertamento, in quanto la domanda di annullamento contiene anche quella di accertamento della illegittimità dell'atto<sup>73</sup>.

## 2. L'orientamento restrittivo

Secondo l'interpretazione restrittiva il giudice non può procedere d'ufficio ad una pronuncia sulla illegittimità dell'atto a fini risarcitori: a tal fine, occorre una richiesta specifica del ricorrente, pena l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse art. 35, comma 1, lett. c) c.p.a..

---

<sup>72</sup> Ancor più radicale e aderente alla tesi della pregiudiziale amministrativa appariva quella giurisprudenza amministrativa che, prima dell'emanazione del c.p.a., imponeva al g.a. di pronunciarsi sull'annullamento dell'atto anche se il provvedimento risultasse ormai superato: in tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 21 giugno 2006, n. 3717, in Foro Amm. CdS, 2006, 1896 (nello stesso senso, seppur dopo il c.p.a., si veda Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2011, n. 2914, *cit.*). A. DAPAS, L. VIOLAZ, *L'art. 34 comma 3 c.p.a. tra inutilità dell'annullamento dell'atto e ridefinizione dell'interesse a ricorrere*, in *Urbanistica e appalti* 10/2012, 1042, evidenzia come, in passato, “nella prospettiva della complessiva inammissibilità dell'accertamento in via principale dell'illegittimità dell'atto nel giudizio amministrativo, appariva pertanto evidente, all'epoca, come il Giudice amministrativo dovesse necessariamente pronunciarsi sull'azione di annullamento proposta dal ricorrente, anche nelle ipotesi in cui il provvedimento fosse ormai del tutto superato, nelle more della decisione del ricorso, da una nuova sistemazione giuridica della fattispecie...”.

<sup>73</sup> Peraltro, anche con riferimento all'art. 21-octies non è pacifico se per invocare la natura non invalidante del vizio afferente alla mancata comunicazione di avvio del procedimento occorra la proposizione di una eccezione non rilevabile di ufficio. Si veda P. VERRI, *Costituzione in giudizio delle parti intime: l'orientamento permissivo dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. - Appearance in court of the parties sued before the judge: the permissive reading of the Plenary Assembly of The Council of State*, in *Foro Amministrativo - C.d.S. (II)*, fasc.11, 2013, 2957, che evidenzia che “la dottrina maggioritaria appare richiedere un'apposita eccezione (v. L. FERRARA, *L'allegazione dei fatti e la loro prova nella disciplina dell'annullabilità non pronunciabile: problematiche processuali e trasformazioni sostanziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1, 243; D. F. G. TREBASTONI, *La sanatoria dell'invalidità dei provvedimenti nel processo amministrativo*, in questa Rivista, 2008, 1295) mentre la giurisprudenza appare divisa tra un'interpretazione restrittiva, in linea con la dottrina maggioritaria, (Cass, sez. un., 5 aprile 2012 n. 5445, in questa Rivista, 2012, 4, 797 e in *Giust. civ. mass.*, 2012, 4, 450; Tar Liguria, sez. II, 11 gennaio 2013 n. 72, in questa Rivista-Tar, 2013, 54; TRGA Bolzano, sez. I, 26 giugno 2009 n. 243, *ivi*, 2009, 6, 1711) e una interpretazione maggiormente estensiva (Cons. St., sez. V, 17 settembre 2008 n. 4414, in questa Rivista, 2008, 9, 2419 e in *Foro it.*, 2009, 4, III, 208; Tar Sicilia, sez. I, 1 luglio 2011 n. 1650, in questa Rivista-Tar, 2011, 7-8, 2583; *id.*, 15 aprile 2011 n. 938, *ivi*, 2011, 4, 1417; *id.*, 16 dicembre 2010 n. 4747, *ivi*, 2010, 12, 4061)”.

Parte della giurisprudenza amministrativa<sup>74</sup> e della dottrina<sup>75</sup> ritiene necessaria una segnalazione esplicita da parte del ricorrente.

In particolare, la sentenza del Cons. Stato, sez. IV, 28 dicembre 2012, n. 6703<sup>76</sup>, ritenendo procedibile il ricorso “poiché l'appellante domanda proprio la conversione dell'azione di annullamento in azione di accertamento”, sembra

---

<sup>74</sup> Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2010, n. 8550, in Foro Amm. CdS, 2010, 2682; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 4 febbraio 2011, n. 353, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 3 marzo 2011, n. 373, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 5 ottobre 2011, n. 2352, in *Urbanistica e Appalti*, 2012, 4, 470, con nota di P. PATRITO e M. PROTTO, *Ambito di applicazione dell'art. 34, comma 3, c.p.a.* e in *Corriere Merito*, 2012, 2, 201, con nota di L. D'ANGELO, *Accertamento dell'illegittimità (a fini risarcitori) senza esito di annullamento*; Cons. Stato, sez. V 14 dicembre 2011 nn. 6541 e 6542, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 13 febbraio 2012, n. 755, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 21 febbraio 2012, n. 369, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Toscana, sez. III, 16 aprile 2012, n. 731, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 4 dicembre 2012, n. 4915, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6229, *cit.*; Cons. Stato, sez. IV, 28 dicembre 2012, n. 6703, in *Danno e Resp.*, 2013, 2, 211, Consiglio di Stato, VI, 18 luglio 2014 n. 3848 e V, 4 agosto 2014, n. 4162, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). *Contra*, T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 13 luglio 2011, n. 1292, *cit.*, che ha negato non solo la sussistenza del potere officioso del giudice ma lo stesso potere del giudice di adottare una pronuncia atipica di accertamento: infatti, il T.A.R. ha dichiarato il ricorso improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse sebbene il ricorrente avesse individuato in una memoria l'interesse all'accertamento a fini risarcitori, affermando che il c.p.a. “ha escluso che il G. A. possa dichiarare la sola illegittimità dell'atto, a prescindere dalla declaratoria di annullamento ovvero di condanna al risarcimento del danno, essendo stata esclusa – come si rileva anche dai lavori preparatori dal nuovo C.P.A. – l'azione di mero accertamento dal novero delle azioni che possono essere avanzate innanzi al Giudice Amministrativo” e che “il ricorrente non necessita di una pronuncia di annullamento in tale sede per agire in sede risarcitoria, dal momento che il ricorrente può avanzare autonoma azione di condanna, ai sensi dell'art. 30 comma 5 C.P.A. nei termini ivi previsti, non essendo pregiudiziale l'annullamento dell'atto a tal fine”.

<sup>75</sup> L. D'ANGELO, *cit.*, afferma che “ciò che necessiterà, invero, per la corretta applicazione dell'art. 34, comma 3, c.p.a. sarà la presentazione anche di una memoria del ricorrente il quale, preso atto dell'inutilità dell'erogazione della richiesta tutela costitutiva, attualizza il rispettivo interesse ad un accertamento dell'illegittimità senza esito di annullamento ai soli fini risarcitori (interesse non esternato nel ricorso introduttivo del giudizio caducatorio) *rectius* ai fini della proposizione di una successiva azione di condanna”. D. BALDUZZI, *cit.*, evidenzia che l'impostazione restrittiva dell'applicazione dell'art. 34, comma 3 adottata dalla sentenza del Consiglio di Stato del 28 dicembre 2012, n. 6703, “fortemente ancorata alla lettera della norma, alla funzione della stessa all'interno dell'ordinamento processuale amministrativo e — in definitiva — all'effettiva risarcibilità del danno che il ricorrente asserisce di aver subito, risulta essere maggiormente in sintonia con i principi (costituzionalmente garantiti) del giusto processo, sia sotto il profilo della salvaguardia dell'iniziativa della parte, sia sotto il profilo dell'effettività della tutela e dell'economia processuale”. Con riferimento all'indagine sull'interesse in ordine ai profili risarcitori, il T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 3 novembre 2010, n. 22277, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ha affermato come essa “non debba essere effettuata in astratto (essendo un interesse di tal fatta - per definizione - sempre sussistente), quanto invece in concreto, ovvero tenendo presente le allegazioni sul punto fatte dalla parte interessata, alla luce della possibilità accordata dall'ordinamento (con la seconda delle ricordate disposizioni) di formulare una nuova domanda risarcitoria entro il termine di 120 giorni dal il passaggio in giudicato della sentenza che abbia pronunciato sui profili impugnatori”. In tal senso anche G. CORSO, *Commento all'art. 34, cit.*, 341, che sottolinea che nel caso in cui il ricorrente abbia proposto solo domanda di annullamento, “deve segnalare il suo perdurante interesse a fini risarcitori. In difetto, il giudice emetterà una pronuncia di rito, dichiarando il ricorso improcedibile perché nel corso del giudizio è sopravvenuto il difetto di interesse (art. 35 co. 1, lett. c)”. Diversamente, se sono state esercitate simultaneamente le azioni di annullamento e risarcimento, “la persistenza dell'interesse all'accertamento della illegittimità dell'atto è *in re ipsa*: il giudice è allora tenuto a valutare se l'atto non più esistente sia illegittimo a meno che il ricorrente non dichiari di aver perduto interesse a tale accertamento”.

<sup>76</sup> *Cit.*



richiedere uno specifico onere di domanda di conversione in capo al ricorrente<sup>77</sup>.

Anche la sentenza del Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6229<sup>78</sup>, sembra adottare una interpretazione restrittiva. Infatti, pur affermando in linea di principio che una “lettura restrittiva dell'art. 34, comma 3, cod. proc. amm. non solo si risolve in un'interpretazione palesemente *contra legem* con riguardo all'inequivoco tenore letterale del predetto art. 30, comma 5, dello stesso codice, ma trova valido argomento contrario nella stessa "positivizzazione" del principio dell'autonomia dell'azione risarcitoria complessivamente disposta per lo “*ius novum*” dall'art. 30 del c.p.a. e, per le cause insorte prima della sua entrata in vigore, dalla pronuncia del Cons. Stato, ad. pl., 23 marzo 2011, n. 3”, la sentenza ha specificato che “la chiara formulazione dell'art. 30, comma 5, del c.p.a. ragionevolmente esclude la praticabilità di letture restrittive del comma 3 dell'art. 34 dello stesso codice” nel senso che “in seguito ad una semplice segnalazione della parte ricorrente, non possa lo stesso giudice “*ab origine*” adito mediante la sola domanda di annullamento verificare la sussistenza di un interesse ai fini risarcitori” e ha accolto l'appello e dichiarato, ai sensi e per i meri effetti dell'art. 34, comma 3, del c.p.a., l'illegittimità degli atti impugnati in primo grado, a fronte di una specifica segnalazione della parte ricorrente”.

Anche il T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 4 dicembre 2012, n. 4915<sup>79</sup>, pur affermando di voler aderire ad “una soluzione intermedia”, ha interpretato l'art. 34, comma 3, c.p.a. “nel senso che incombe sulla parte ricorrente, a fronte di sopravvenienze che abbiano reso inutile il chiesto annullamento, l'onere di prospettare al giudice, mediante una memoria depositata agli atti del fascicolo, ma anche nel corso della discussione orale della causa all'udienza pubblica, in termini dispositivo (impegnativi) e inequivoci, il proprio perdurante interesse ad avere comunque una decisione di merito sulla legittimità o illegittimità degli atti impugnati, fornendo in proposito un'adeguata motivazione che consenta alle controparti di contraddire sul punto e al giudice di formarsi in proposito un

---

<sup>77</sup> D. BALDUZZI, *cit.*

<sup>78</sup> *Cit.*

<sup>79</sup> *Cit.*

adeguato convincimento”<sup>80</sup>, pena la dichiarazione di improcedibilità del ricorso.

La tesi adottata appare, ad avviso del T.A.R. Campania, una soluzione intermedia rispetto a quelle, più estreme, che, da un lato, richiedono l'avvenuta proposizione della domanda risarcitoria<sup>81</sup> e, dall'altro, impongono automaticamente al giudice di proseguire sempre e comunque la decisione nel merito dell'illegittimità degli atti impugnati, indipendentemente da qualsivoglia manifestazione di volontà dispositiva in tal senso della parte che vi avrebbe interesse<sup>82</sup>.

Le ragioni invocate dalla tesi che adotta l'orientamento restrittivo sono le seguenti.

In primo luogo, per il principio generale della domanda (art. 34, comma 1, c.p.a.), se la parte non domanda l'accertamento di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a., il giudice non può procedere d'ufficio alla declaratoria di mera illegittimità del

---

<sup>80</sup> La sentenza afferma che “non può bastare, ai fini dell'applicazione dell'art. 34, comma 3, una semplice istanza in tal senso puramente assertiva del permanere dell'interesse, ma occorre che la parte motivi e argomenti, in modo adeguato, tale assunto, che potrà naturalmente essere contestato dalle altre parti e rifiutato dal giudice, ove questi non ravvisi elementi di serietà e plausibilità di tale prospettazione”.

<sup>81</sup> T.A.R. Toscana, sez. III, 16 aprile 2012, n. 731, *cit.*; TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 27 maggio 2011 n. 768; T.A.R. Lombardia, sez. IV, 5 ottobre 2011, n. 2352, *cit.* In particolare, ad avviso del T.A.R. Campania, detta tesi – che costringerebbe “il giudice dell'annullamento a un sorta di inappropriato “anticipo” del giudizio di cognizione dell'azione risarcitoria autonoma (eventuale e successiva) e proprio con riferimento al “cuore” della fattispecie di illecito fonte della pretesa risarcitoria (ossia l'illegittimità del provvedimento)”, apparirebbe eccessiva in quanto, di fatto, si adotterebbe “un'interpretazione abrogativa della disposizione del comma 3 dell'art. 34”.

<sup>82</sup> Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817, *cit.* Il T.A.R. Campania, con la sentenza citata nel testo, critica tale soluzione in quanto, anche se “effettivamente ritraibile dalla lettera del disposto normativo, cozza con i principi in tema di disponibilità dell'azione e di economia dei mezzi giuridici”. Infatti, “sussiste uno specifico onere della parte di precisare progressivamente le proprie conclusioni – ossia di ribadire e/o ridimensionare il *petitum* – alla stregua degli eventuali mutamenti fattuali e giuridici sopravvenuti. La parte ha sempre il dominio delle proprie domande. Inoltre, la tesi “esporrebbe la parte, indipendentemente da una sua scelta e assunzione di responsabilità in tal senso, al rischio di un respingimento della domanda (implicita) di accertamento, ossia di una accertamento negativo dell'illegittimità dell'atto impugnato”, che rischierebbe di precludere al ricorrente “la vittoriosa proposizione di una successiva azione risarcitoria”. Infine, “la declaratoria di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse è del resto espressamente contemplata, tra le possibili pronunce di rito del giudice dall'art. 35, comma 1, lettera c), c.p.a.” e costituisce “strumento processuale che risponde al fondamentale principio di economia dei mezzi giuridici, in base al quale è inutile e sproporzionato impegnare il giudice (e le stesse parti) nella prosecuzione di una controversia rispetto alla quale la stessa parte attrice mostra di non avere più un interesse concreto e attuale”. Si veda anche T.A.R. Campania, sez. I, 13 dicembre 2013 n. 5744, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che ha affermato che “sebbene non vi sia una chiara manifestazione di interesse nei sensi sopra precisati, il tenore del comportamento processuale tenuto dalla difesa della ricorrente (la quale, a fronte di una specifica interlocuzione sul punto, ha insistito per una decisione nel merito) può essere considerato tale da legittimare l'accertamento incidentale ai sensi dell'articolo 34 C.p.a.” e che “la manifestazione espressa di interesse alla prosecuzione del giudizio (la quale, è utile precisare, salvo il caso in cui sia formulata nel ricorso introduttivo in via subordinata, non abbisogna di atto notificato, considerato che trattasi di mera precisazione della domanda originaria), invero, consente anche il rispetto del contraddittorio (formatosi sulla sola domanda originaria)”.

provvedimento amministrativo, strumentale alla proposizione di una successiva domanda di risarcimento del danno<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> Cons. Stato, sez. V 14 dicembre 2011 nn. 6541 e 6542, *cit.*; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 13 febbraio 2012, n. 755, *cit.*, che afferma che “il giudice, infatti, accerta l’illegittimità dell’atto solo “se” sussiste l’interesse ai fini risarcitori, interesse che deve essere individuato in concreto e non in astratto. L’uso della congiunzione “se” implica un esame sull’esistenza dell’interesse, che per i principi che governano il processo amministrativo (o meglio, il processo in generale) e in mancanza di preclusioni processuali alla successiva proposizione della domanda risarcitoria (id est la c.d. pregiudiziale amministrativa), non può che essere rimesso al dominio della parte”. Infatti, “l’interesse a ricorrere è caratterizzato dalla presenza degli stessi requisiti che qualificano l’interesse ad agire di cui all’art. 100 c.p.c., vale a dire dalla prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall’effettiva utilità che potrebbe derivare a quest’ultimo dall’eventuale annullamento dell’atto impugnato, così che il ricorso deve essere considerato inammissibile per carenza di interesse in tutte le ipotesi in cui l’annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo non sia in grado di arrecare alcun vantaggio all’interesse sostanziale del ricorrente (Consiglio di Stato, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1734)”. Il dominio della parte in merito all’applicazione dell’art. 34 c. 3 deriverebbe pertanto anche dall’autonomia tra il rimedio impugnatorio e quello risarcitorio, da ultimo ribadita dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 23 marzo 2011 n. 3, *cit.*, e dalla conseguente mancanza di preclusioni processuali alla successiva proposizione della domanda risarcitoria (c.d. pregiudiziale amministrativa). Si veda T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 4 dicembre 2012, n. 4915, *cit.*, che ha sottolineato come una lettura restrittiva della norma eviterebbe che il ricorrente si veda “imposta dal giudice una pronuncia sfavorevole, non richiesta, che rischierebbe di precluderle la vittoriosa proposizione di una successiva azione risarcitoria. Il che non sembra ammissibile”. Nello stesso senso anche T.A.R. Basilicata, Potenza, sez. I, 6 aprile 2012 n. 170, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) e T.A.R. Campania, Napoli, 4 dicembre 2013 n. 5494, in Foro Amm. TAR 2013, 12, 3782, che afferma che “l’ipotesi prefigurata dall’art. 34, comma 3, non concreta una mera riqualificazione della domanda originaria” ma “una modificazione (non degli effetti processuali della domanda originaria, bensì) degli effetti sostanziali scaturenti dal giudicato...”: non si tratta né di domanda implicita (contenuta in quella di annullamento), né di “mutatio libelli”. “Per tale via, infatti, non viene introdotta una pretesa obiettivamente diversa da quella originaria; il mero accertamento dei vizi, in luogo dell’annullamento, non introduce né un “petitum” diverso e più ampio, né una “causa petendi” fondata su fatti costitutivi differenti. Piuttosto (stando alle classificazioni tradizionali), deve parlarsi di mera “emendatio”, la quale non pone al giudice un nuovo tema d’indagine e neppure sposta i termini della controversia, ma si concreta esclusivamente nella variazione in senso riduttivo del *petitum* originario, al fine di renderlo adeguato alle sopraggiunte necessità di soddisfacimento del bisogno di tutela: in definitiva, modificandosi l’utilità perseguita (l’oggetto mediato trascorre dalla tutela specifica a quella per equivalente) in relazione alla originaria richiesta di provvedimento giurisdizionale (oggetto immediato), quest’ultimo viene soltanto variato nella sua estensione (cfr. Tar Lombardia - Milano, Sez. I - 24 ottobre 2013 n. 2367)”. Di conseguenza, “tra i presupposti della conversione dell’azione di annullamento in mero accertamento non può mancare una esplicita istanza di parte, quanto meno sub specie di una espressa “manifestazione” di interesse del ricorrente a fini risarcitori.

In primo luogo, tale espressa manifestazione di interesse rientra tra i presupposti della tutela giurisdizionale contenziosa di mero accertamento: difatti, considerato che il processo non può essere utilizzato in vista della mera previsione di possibili effetti pregiudizievoli per la parte, occorre che la parte prospetti l’esigenza concreta di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile. Inoltre, per quanto la domanda originaria risulti mutata soltanto in senso riduttivo, occorre sottolineare che, tra la dichiarazione di improcedibilità ed il mero accertamento della fondatezza dei vizi, non vi è alcuna continenza effettuale, ben potendo la parte preferire (ai fini, ad esempio, delle spese processuali) la chiusura in rito del giudizio ad una pronuncia che (se negativa) potrebbe rivelarsi per la parte in vario modo controproducente. Avuto riguardo, poi, alla esigenza di economia dei giudizi, contraddice frontalmente il principio di ragionevole durata che il giudice, in mancanza (non della dimostrazione, ma quantomeno) della seria prospettazione di un danno, sia sempre e comunque obbligato a procedere in via di extrapetizione, rischiando di portare a compimento un giudizio non sorretto da alcuna sostanziale “pretesa”. La conversione ufficiosa si pone, poi, in spregio al principio della domanda (di cui all’art. 112 c.p.c., operante nel processo amministrativo in forza dell’art. 39 c.p.c.), a sua volta correlato ai canoni di imparzialità e terzietà del giudice; ciò tenuto peraltro conto che, nel processo civile, la precisazione della domanda richiede l’infedeltà iniziativa di parte (cfr. art. 183, c.p.c.). La manifestazione espressa di interesse alla prosecuzione del giudizio (la quale, è utile precisare, salvo il caso in cui sia formulata nel ricorso introduttivo in via subordinata, non abbisogna di atto notificato, considerato che trattasi di mera precisazione della domanda originaria), invero, consente anche il rispetto del contraddittorio

Inoltre, tale interpretazione è coerente con la previsione contenuta nell'art. 35, comma 1, lett. c), c.p.a., che impone al giudice amministrativo di dichiarare improcedibile il ricorso se sopravviene il difetto di interesse<sup>84</sup>.

In terzo luogo, l'orientamento restrittivo appare conforme al principio di economia dei mezzi processuali (quale corollario della ragionevole durata del processo, art. 2, comma 2, c.p.a.), per cui in mancanza di una espressa volontà della parte (in qualunque forma manifestata sino all'udienza di discussione), si evita una inutile attività giurisdizionale volta a stabilire se il provvedimento sia o meno illegittimo: infatti, "procedere in ogni caso alla definizione del merito della controversia potrebbe essere inutile, dato che il ricorrente potrebbe non proporre successivamente alcuna domanda risarcitoria"<sup>85</sup>.

Sotto il profilo sistematico, poi, la tesi appare altresì coerente con la *ratio* dell'art. 104 c.p.a. che, dopo aver ribadito il divieto nel processo amministrativo di proporre "domande" nuove in appello, introduce tre eccezioni, la prima delle quali incentrata proprio sull'art. 34, comma 3, c.p.a.<sup>86</sup>.

Peraltro, solo in un ristrettissimo numero di controversie non si potrebbe, in astratto, individuare un interesse di natura risarcitoria, in quanto, "con la valorizzazione della categoria del danno non patrimoniale, anche provvedimenti amministrativi non eseguiti, perché sospesi, potrebbero aver provocato dei danni risarcibili. Di conseguenza, si eliminerebbero quasi del tutto le pronunce di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, espressamente contemplate dall'art. 35, comma 1, lett. c., cod. proc. Amm"<sup>87</sup>.

---

(formatosi sulla sola domanda originaria)". Così anche T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 24 ottobre 2013 n. 2367, in *Diritto & Giustizia* 2013.

<sup>84</sup> Cons. Stato, sez. V 14 dicembre 2011 n. 6541 e 6542, *cit.*

<sup>85</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 5 ottobre 2011, n. 2352, *cit.*, e T.A.R. Toscana, sez. III, 16 aprile 2012, n. 731, *cit.*

<sup>86</sup> Cons. Stato, sez. V 14 dicembre 2011 nn. 6541-2, *cit.*, che richiama Cons. St., sez. V, 30 giugno 2011, n. 3913, ove si afferma che "si tratta di un temperamento specifico per il processo amministrativo, innovativamente introdotto dal c.p.a., di cui non vi era traccia nel sistema previgente. La portata dell'eccezione al divieto di domande nuove, fatta dall'art. 104, co. 1, c.p.a., mediante richiamo all'art. 34, co. 3, è da intendersi nel senso che la domanda di accertamento dell'illegittimità in funzione dell'interesse risarcitorio (indispensabile atteso che il giudice non può pronunciarsi *ex officio* ritenendo compresa la richiesta di accertamento in quella di annullamento), formulata per la prima volta in appello, non costituisce domanda nuova inammissibile, rispetto all'originaria domanda di annullamento, se nelle more tra giudizio di primo grado e di appello, è venuto meno l'interesse all'annullamento dell'atto, ma residua l'interesse al riscontro della sua illegittimità".

<sup>87</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 5 ottobre 2011, n. 2352, *cit.* Nello stesso senso anche Cons. Stato, sez. V 14 dicembre 2011 n. 6541, *cit.* Per la giurisprudenza in tema di interesse a ricorrere meramente morale, si

Inoltre, proprio per la possibilità di proporre l'azione risarcitoria indipendentemente dall'azione di annullamento, “nessuna lesione al diritto del destinatario del provvedimento asseritamente illegittimo deriverebbe da una mancata decisione del merito del ricorso che fosse divenuto improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse”.<sup>88</sup>

Infine, la necessità che il ricorrente alleggi compiutamente i presupposti per la successiva proposizione dell'azione risarcitoria, a partire dal danno sofferto, è finalizzata ad evitare un inutile esercizio della funzione giurisdizionale<sup>89</sup>.

Una parte della giurisprudenza ritiene che non sarebbe sufficiente neppure una semplice segnalazione di parte, essendo necessario che la domanda risarcitoria sia stata proposta nello stesso giudizio o che la parte dimostri che ha già incardinato un separato giudizio di risarcimento o che è in procinto di farlo<sup>90</sup>.

Tuttavia tale opzione interpretativa è stata criticata in quanto nel caso in cui è già stato incardinato un giudizio risarcitorio separato, l'accertamento giudiziale dell'illegittimità del provvedimento ai fini del risarcimento danni sarà effettuato

---

veda Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2012, n. 538, in Foro Amm. CdS, 2012, 2, 336; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 12 aprile 2012, n. 3317, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. V, 13 aprile 2012 n. 2116, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 17 aprile 2012 n. 1136 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>88</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 5 ottobre 2011, n. 2352, *cit.*, sottolinea che “Anzi, tale mancata pronuncia eviterebbe di limitare la cognizione del giudice aventi al quale sarebbe proposta l'azione risarcitoria pura in ordine ad alcuni degli elementi necessari per individuare il danno risarcibile – ad esempio, l'illegittimità del comportamento amministrativo – e consentirebbe un giudizio pieno in relazione al complesso dei presupposti richiesti per ottenere un risarcimento. Del resto, non sempre all'accertata “non illegittimità” di un provvedimento segue il mancato risarcimento del danno (cfr., per esempio, T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 29 settembre 2011, n. 2319), come pure nella proposizione successiva dell'azione risarcitoria il ricorrente non sembra tenuto a reiterare puramente e semplicemente le identiche censure proposte nel preventivo giudizio impugnatorio”. Nello stesso senso anche Cons. Stato, sez. V 14 dicembre 2011 n. 6541, *cit.*

<sup>89</sup> Infatti, “procedere in ogni caso alla definizione del merito della controversia potrebbe essere inutile, dato che il ricorrente potrebbe non proporre successivamente alcuna domanda risarcitoria”; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 5 ottobre 2011, n. 2352, *cit.*

<sup>90</sup> Si veda Cons. Stato, V, 24 febbraio, 2011, n. 1193, *cit.*; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 3 marzo 2011, n. 373, *cit.*, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 5 ottobre 2011, n. 2352, *cit.*; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 21 febbraio 2012, n. 369. La segnalazione della parte non è stata ritenuta sufficiente ad evidenziare un interesse qualificato all'accertamento, a fini risarcitori, dell'illegittimità dell'atto amministrativo impugnato in quanto solo “un interesse ad agire concreto ed attuale (vale a dire la prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e l'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale accoglimento del ricorso) legittima - quale condizione dell'azione ex art. 100 cod. proc. civ. - la proposizione del ricorso giurisdizionale”. L. D'ANGELO, *cit.*, sottolinea che “l'azione di danni presuppone un onere di notifica aggravato ex art. 41, comma 2, secondo periodo, c.p.a. secondo cui “qualora sia proposta azione di condanna, anche in via autonoma, il ricorso è notificato altresì agli eventuali beneficiari dell'atto illegittimo, ai sensi dell'art. 102 c.p.c.; altrimenti il giudice procede ai sensi dell'articolo 49”.

nell'ambito di questo<sup>91</sup>.

### 3. L'orientamento estensivo

Parte della giurisprudenza ha ritenuto applicabile l'art. 34, comma 3, c.p.a. a fronte di un generico interesse ad agire per il risarcimento del danno, attribuendo al giudice amministrativo il potere di convertire d'ufficio l'azione di annullamento in quella di accertamento<sup>92</sup>.

L'art. 34, comma 3, c.p.a. non si riferisce, pertanto, ad una domanda risarcitoria già proposta (visto che essa può essere formulata anche sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza ai sensi dell'art. 30, comma 5, c.p.a.), ma all'interesse risarcitorio, che può emergere anche dopo il giudizio di annullamento<sup>93</sup>. E la possibilità di proporre la domanda risarcitoria anche dopo il giudizio rende attuale e concreto l'interesse ad ottenere una pronuncia di accertamento sull'illegittimità dell'atto<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> L. D'ANGELO, *cit.* che osserva come nel caso in cui è già stato incardinato un giudizio risarcitorio separato (azione risarcitoria autonoma) “sarà evidentemente quest'ultimo processo la sede “naturale” nella quale effettuare l'accertamento giudiziale incidentale dell'illegittimità del provvedimento ai fini del risarcimento danni; essendo anzi doveroso per il giudice adito per la tutela costitutiva (divenuta non più utile) omettere una pronuncia in tal senso – di pertinenza del giudice del risarcimento – per evitare contrasti tra giudicati”; mentre nel caso di domanda risarcitoria contestuale a quella di annullamento, “il giudice procederà comunque ad accogliere o meno la domanda risarcitoria (contestualmente) proposta non essendovi allora alcun motivo per l'adozione di una mera pronuncia di accertamento di illegittimità dell'atto impugnato a fini risarcitori”.

<sup>92</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 9 dicembre 2010, n. 7487, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che ritiene sufficiente “che emerga la reale e inequivoca intenzione del ricorrente di ottenere una pronuncia di accertamento della sola illegittimità del provvedimento, anche se non tradotta in formule sacramentali” bastando che “il ricorrente manifesti una tale intenzione in qualunque fase del processo, anche in appello, e senza particolari formalità oppure che tale intenzione emerga inequivocamente dallo svolgimento del processo”; Cons. Stato, V, 21 ottobre 2011, n. 5642, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Marche, Ancona, 10 gennaio 2011, n. 2, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 17 febbraio 2011, n. 590 e 10 marzo 2011, n. 203, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817, *cit.*; Cons. Stato, 10 aprile 2012, n. 2061, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ove, tuttavia, l'interesse risarcitorio è stato allegato espressamente in una memoria; Cons. Stato, sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2916, *cit.*; Cons. Stato, sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2917, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, 21 giugno 2012, n. 3670, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 20 marzo 2013, n. 730, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>93</sup> Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817, *cit.*, e Cons. Stato, sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2916, *cit.*, che afferma come sia ammissibile, ai sensi dell'art. 30 c. 5 c.p.a., anche l'ipotesi in cui l'annullamento sia pronunciato in secondo grado e che nel corso del giudizio non sia stata ancora proposta l'azione risarcitoria.

<sup>94</sup> V. CINGANO, *Interesse al ricorso e potere del giudice di accertare l'illegittimità dell'atto ai soli fini dell'azione risarcitoria non ancora proposta*, in *il nuovo diritto amministrativo*, 3/2012, 137. L'A. ricorda che l'intesse ad agire è “dato dal rapporto tra la situazione antigiuridica che viene denunciata e il provvedimento che si domanda per porvi rimedio e questo rapporto deve consistere nella utilità del provvedimento, come mezzo per acquisire all'interesse leso la protezione accordata dal diritto”, rilevando come lo stesso debba sussistere sia al momento in cui viene proposto il ricorso sia al momento della

A conferma di tale interpretazione depone anche il tenore letterale della disposizione, che sembra attribuire al giudice il potere di accertare l'illegittimità dell'atto in via ufficiosa<sup>95</sup>, nonché il fatto che la domanda di accertamento è già implicitamente contenuta nella domanda di annullamento del provvedimento impugnato<sup>96</sup>.

Inoltre, una siffatta interpretazione confermerebbe l'autonomia dell'azione risarcitoria da quella caducatoria, superando la tesi della c.d. pregiudiziale amministrativa, conformemente a quanto sancito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 23 marzo 2011, n. 3<sup>97</sup>, che ha affermato come l'art. 34 c. 3 abbia confermato chiaramente la reciproca autonomia processuale tra i diversi sistemi di tutela, con l'affrancazione del modello risarcitorio dalla logica della necessaria "ancillarità" e "sussidiarietà" rispetto al paradigma caducatorio<sup>98</sup>.

---

decisione "con conseguente attribuzione al giudice amministrativo del potere di verificare la persistenza della predetta condizione in rapporto a ciascuno di tali momenti".

<sup>95</sup> Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817, *cit.*, che afferma che "la norma dispone che in presenza dei presupposti dalla stessa predefiniti 'il giudice accerta l'illegittimità dell'atto', impiegando una locuzione vincolante" che esclude la necessità di una domanda di parte. Nello stesso senso, R. CHIEPPA, *cit.*, 191.

<sup>96</sup> Così, Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817, *cit.*, che afferma che "l'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato è contenuto nel *petitum* di annullamento come un presupposto necessario. Siccome il più contiene il meno, il giudice limita la sua pronuncia ad un contenuto di accertamento in seguito ad una valutazione dell'interesse a ricorrere, quindi da compiere d'ufficio in quanto manca l'interesse all'annullamento ma sussiste l'interesse all'accertamento ai fini risarcitori". In senso conforme Cons. Stato, sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2916, *cit.*: "l'art. 34, comma 3, cod. proc. amm. introduce, in presenza dei presupposti ivi previsti, una conversione dell'azione di annullamento in azione di accertamento, in quanto l'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato è contenuto nel *petitum* di annullamento come un antecedente necessario: siccome il più contiene il meno, il giudice limita d'ufficio la sua pronuncia ad un contenuto di accertamento dell'illegittimità, in relazione alla pretesa risarcitoria, giacché manca l'interesse all'annullamento ma sussiste l'interesse ai fini risarcitori (Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2011 n. 2817, *cit.*)." V. CINGANO, *cit.*, afferma che "la deroga rispetto al divieto del *novum* si giustifica per il fatto che l'azione costitutiva è caratterizzata non solo da un contenuto costitutivo, ma anche da un contenuto di accertamento (il quale è proprio di ogni azione). L'azione di annullamento può così ridursi a mero accertamento, per il quale il presupposto dell'interesse è costituito dalla possibilità di proporre una successiva azione risarcitoria". Così anche F. CARINGELLA, *Architettura e tutela dell'interesse legittimo dopo il codice del processo amministrativo: verso il futuro!*, *cit.* che afferma, con riferimento alla sentenza Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, in *Giornale Dir. Amm.*, n. 12/2011, 1310 e in *Urbanistica e Appalti*, 8, 2011, 927, che "la domanda di annullamento contiene sempre e per definizione, come il più reca il meno, il *quid minus* della domanda di mero accertamento dell'illegittimità con effetti non retroattivi o non eliminatori", e S. FOÀ, *cit.*, 17.

<sup>97</sup> *Cit.*

<sup>98</sup> Cons. Stato, sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2916, *cit.*, afferma che "la stessa ben chiara formulazione dell'art. 30, comma 5, cod. proc. amm. ragionevolmente esclude la praticabilità di letture restrittive del surriportato comma 3 dell'art. 34 dello stesso codice" e specifica che "dovrà pertanto essere applicato l'art. 30, comma 5, cod. proc. amm. laddove - spingendo alla massima estensione possibile il principio per cui nel processo amministrativo è ora possibile separare la tutela impugnatoria dalla tutela risarcitoria per equivalente attraverso la proposizione di una richiesta di risarcimento "pura" - si dispone che la domanda risarcitoria può essere "comunque" formulata "sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza" di annullamento, naturalmente comprendendosi in tale previsione anche l'ipotesi in cui l'annullamento sia pronunciato in secondo grado e che nel corso del giudizio non sia stata ancora proposta l'azione risarcitoria". In senso simile Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817, *cit.* Si noti come questo

Pertanto, l'art. 34, comma 3, c.p.a., introdurrebbe “un principio di carattere generale volto da un lato ad inibire l'annullamento di atti che abbiano ormai esaurito i loro effetti nel corso del giudizio e, dall'altro, a tutelare, in presenza dei necessari presupposti, l'interesse all'accertamento. In questa ipotesi l'azione costitutiva si depotenzia di quel “*quid pluris*” - la modificazione di una situazione giuridica - che la caratterizza rispetto al contenuto di accertamento proprio di ogni azione per ridursi a mero accertamento, per il quale il presupposto dell'interesse è costituito dall'interesse risarcitorio”<sup>99</sup>.

Inoltre, un'interpretazione restrittiva non sarebbe giustificata nemmeno dalla possibilità che non sia poi proposta l'azione risarcitoria: infatti, l'accertamento effettuato dal giudice reca una mera dichiarazione di illegittimità degli atti impugnati al solo, eventuale, fine risarcitorio e “la pubblica amministrazione soccombente ... non è di per sé tenuta ad alcuna azione amministrativa per effetto di tale pronuncia dichiarativa del giudice, potendo soltanto discretivamente e del tutto autonomamente agire in via di autotutela ai sensi dell'art. 21-*nonies* della L. 7 agosto 1990 n. 241” e “la parte vincitrice non può avvalersi della statuizione anzidetta al fine di ottenere la materiale caducazione *ope iudicis* degli atti da lei a suo tempo impugnati, ovvero di altri atti a essi conseguenti, ma può solo proporre la conseguente azione risarcitoria”.

Pertanto, qualora la parte volesse evitare una pronuncia di accertamento

---

stesso argomento (dell'autonomia dell'azione risarcitoria) sia utilizzato da T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 13 febbraio 2012, n. 755, *cit.*, per addivenire all'opposta tesi della necessaria domanda di parte: “ritiene il Collegio che, stante l'autonomia tra il rimedio impugnatorio e quello risarcitorio, da ultimo ribadita dall'Adunanza Plenaria n. 3/2011, al giudice non spetta al giudice rilevare d'ufficio l'ipotetica presenza dell'interesse (ai fini risarcitori) la cui azionabilità è ancora rimessa al potere della parte interessata (cfr. T.A.R., Lombardia Brescia, sez. I. 3 marzo 2011, n. 373). Il giudice, infatti, accerta l'illegittimità dell'atto solo “se” sussiste l'interesse ai fini risarcitori, interesse che deve essere individuato in concreto e non in astratto. L'uso della congiunzione “se” implica un esame sull'esistenza dell'interesse, che per i principi che governano il processo amministrativo (o meglio, il processo in generale) e in mancanza di preclusioni processuali alla successiva proposizione della domanda risarcitoria (id est la c.d. pregiudiziale amministrativa), non può che essere rimesso al dominio della parte”.

<sup>99</sup> Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 12 maggio 2011, n. 281, *cit.* In tal senso anche Cons. Stato, sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2916, *cit.* e Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2012, n. 8550, *cit.*, che hanno affermato l'immediata applicazione del principio, in quanto di carattere processuale. *Contra* A. DAPAS, L. VIOLAZ, *cit.*, che sottolineano, invece, come tale giurisprudenza si ponga in contrasto con Cons. Stato, ad. pl. 23 marzo 2011, n. 3, *cit.*, che “si era già espressa per l'impossibilità di applicare le norme del codice” in materia di rapporti tra azione di annullamento e azione risarcitoria “ai giudizi instaurati prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, ritenendo però di poter comunque applicare i principi generale espressi dalle disposizioni, ritenendoli puramente dichiarativi di principi già presenti nel sistema, anche in data precedente all'entrata in vigore del codice”.



dell'illegittimità dell'atto potrebbe comunque rinunciare al ricorso<sup>100</sup>.

I sostenitori della tesi restrittiva hanno segnalato che un'interpretazione estensiva della norma avrebbe l'effetto di rendere nei fatti non operativo il meccanismo descritto dall'art. 34, comma 3, c.p.a. dal momento che solo in un ristrettissimo numero di controversie non si potrebbe, in astratto, individuare un interesse di natura risarcitoria<sup>101</sup>.

Tuttavia, a tale osservazione si potrebbe obiettare che la soddisfazione dell'interesse morale del ricorrente può meglio derivare da tutele alternative a quella demolitoria<sup>102</sup>.

Il concetto di interesse ad agire, esteso anche al mero interesse morale e strumentale ad ottenere l'annullamento dell'atto, dovrebbe, pertanto, essere riesaminato per evitare che venga applicato sempre l'art. 34, comma 3, c.p.a.<sup>103</sup>: in altre parole, occorrerebbe restituire l' "istituto dell'interesse al ricorso alla propria funzione principale di selezione delle violazioni sostanziali di posizioni protette meritevoli di effettiva protezione"<sup>104</sup>, ancorandolo all'interesse effettivo - e non meramente morale - all'annullamento.

---

<sup>100</sup> V. CINGANO, *cit.*

<sup>101</sup> A. DAPAS, L. VIOLAZ, *cit.* che evidenziano come, se "è sufficiente un interesse meramente morale all'accoglimento dell'azione di annullamento, la verifica del giudice in ordine alla possibilità di applicare la previsione di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a. dovrebbe sempre e comunque concludersi con la persistenza dell'interesse alla decisione dell'azione di annullamento e, quindi, con l'impossibilità di applicare la "conversione" delle azioni (da annullamento in accertamento) prevista dalla disposizione":

<sup>102</sup> A. DAPAS, L. VIOLAZ, *cit.*, che sottolineano come "una volta che lo strumentario di tutela del giudice amministrativo si è allargato a ricomprendere anche gli interessi non patrimoniali (prevedendo tipologie di intervento non diverse da quello dell'a.g.o.), non si vede che senso possa avere continuare a prospettare una soddisfazione morale del ricorrente riportata ad uno strumento, come l'azione di annullamento, che deve essere riservato (proprio in virtù degli indubitabili effetti sull'azione amministrativa che derivano da un simile potere di intervento) alle ipotesi in cui l'annullamento dell'atto è strettamente funzionale ad una tutela effettiva dell'interesse legittimo del ricorrente". Infatti, l'estensione all'interesse morale dell'interesse a ricorrere è stato "un modo indiretto per attribuire tutela a lesioni della sfera soggettiva del ricorrente che oggi sono ormai destinate a confluire nelle forme di tutela, decisamente più mature ed avanzate, costituite dal risarcimento del danno non patrimoniale e dalla pubblicità della sentenza".

<sup>103</sup> S. CRESTA, *Ancora incertezza interpretativa sull'accertamento d'ufficio dell'illegittimità dell'atto a fini risarcitori ex art. 34, co. 3, c.p.a.* in *Il nuovo diritto amministrativo* n. 2/2013. L'autore sottolinea che "tale interesse morale, infatti, è riscontrabile in tutte le situazioni analoghe a quelle affrontate dalla giurisprudenza sopra citata in cui è sopravvenuta l'improcedibilità del ricorso, con la conseguenza che al Giudice risulterebbe interdotta l'applicabilità dell'art. 34, co. 3, dovendo il medesimo procedere all'annullamento dell'atto, in quanto sorretto dall'interesse morale del ricorrente. Se l'interesse che deve sorreggere la proposizione dell'azione di annullamento può essere caratterizzato anche dalla natura meramente morale, si tratta certamente di una tipologia di interesse che non cessa con la modificazione della realtà materiale e giuridica sottesa al ricorso, ma che permane anche dopo la modificazione dello stato di fatto e di diritto. In questa prospettiva la previsione in commento rischia di rimanere lettera morta a causa dell'applicazione dei suddetti principi posti a sostegno dell'interesse a ricorrere".

<sup>104</sup> A. DAPAS, L. VIOLAZ, *cit.*

L'interesse morale potrebbe trovare una più adeguata tutela nelle forme del risarcimento del danno non patrimoniale e della pubblicità della sentenza: in tal modo, l'art. 34, comma 3, c.p.a. "diverrebbe una vera e propria norma cardine idonea a delimitare l'estensione dell'interesse a ricorrere, imponendone una lettura più concreta ed aderente alla tutela effettiva degli interessi legittimi del ricorrente"<sup>105</sup>.

Infine, l'art. 104 c.p.a. potrebbe essere letto nel senso di avvalorare l'interpretazione estensiva dell'art. 34, comma 3, c.p.a. in quanto, vietando la proposizione nel giudizio di appello di nuove domande, fermo quanto previsto dall'art. 34, comma 3, c.p.a. presuppone che nel caso dell'art. 34, comma 3, c.p.a. il ricorrente non debba proporre alcuna domanda, perché altrimenti ricadrebbe nel divieto previsto in via generale.

#### **4. La tutela risarcitoria nei casi in cui l'atto non viene annullato ai sensi dell'art. 21-octies l. 241/90 e dell'art. 34 c. 3 c.p.a.**

Già prima del c.p.a., con riferimento all'art. 21-octies c. 2 legge 7 agosto 1990, n. 241, parte della dottrina ha ritenuto inammissibile l'azione risarcitoria per la violazione di vizi formali, sul presupposto che, in presenza di vizi formali, sarebbe impossibile ammettere la sussistenza di un danno ingiusto fonte di responsabilità<sup>106</sup>.

Detta prospettazione appare coerente con la tesi della natura sostanziale dell'art. 21-octies c. 2, che nega l'illegittimità dell'atto viziato per vizi di forma e ritiene quindi che il danno conseguente ad ipotesi di illegittimità non invalidanti non possa essere risarcito per il carattere non illegittimo di tali ipotesi.

Anche la tesi processuale ha negato la risarcibilità di tali danni ritenendo che in tali casi l'atto illegittimo non avrebbe i caratteri dell'atto ingiustamente lesivo<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> A. DAPAS, L. VIOLAZ, *cit.* In tal modo verrebbe valorizzata la "centralità dell'interesse legittimo come fattore di legittimazione" e il carattere soggettivo del giudizio amministrativo.

<sup>106</sup> R. GIOVAGNOLI, *I vizi formali e procedurali*, *cit.*, 980; F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, tomo I, VI ed., *cit.*, 542, cita la sentenza del Cons. Stato, sez. IV, 2 febbraio 2010, n. 467, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>107</sup> Si veda C. CONTESSA, *La previsione di ipotesi di illegittimità non invalidante tra pregiudiziale amministrativa e logica di spettanza*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2006, che rileva come "una volta che risulti

Tuttavia, parte della giurisprudenza amministrativa ha ritenuto ammissibile l'azione risarcitoria, anche qualora la richiesta di annullamento non venga accolta ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, configurando una responsabilità della pubblica amministrazione per scorrettezza procedimentale, che prescinde dalla spettanza del bene finale della vita in capo al privato<sup>108</sup>.

In particolare, i sostenitori della tesi processuale dell'art. 21-*octies*, prima dell'intervento del codice del processo amministrativo - che ha superato la teoria della pregiudiziale amministrativa - hanno prospettato una responsabilità della pubblica amministrazione per scorrettezza procedimentale, che prescinde dalla spettanza del bene finale della vita in capo al privato. Tale responsabilità è stata inquadrata nell'ambito della responsabilità contrattuale derivante dal "contatto" tra privato e pubblica amministrazione in conseguenza dell'avvio del procedimento amministrativo: l'ammissibilità del risarcimento del danno deriverebbe, quindi, dalla inosservanza degli obblighi procedimentali imposti dalla legge alla pubblica amministrazione<sup>109</sup>, con la conseguenza che la determinazione della somma dovuta è limitata al c.d. interesse negativo (che comprende le spese sostenute e i mancati

---

palese (mercè il carattere vincolato del provvedimento lesivo di cui alla norma più volte menzionata) che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, ne risulta escluso, per così dire, a monte lo stesso carattere di ingiustizia, intesa come contrarietà sostanziale al diritto obiettivo, concretantesi nell'adozione di un atto non conforme, nella sua parte dispositiva al proprio paradigma normativo"; Si veda anche A. FABRI, *cit.*, che sottolinea come la lesione al bene della vita non è ingiusta nemmeno aderendo alla tesi processuale, in quanto "per l'applicazione dell'art. 21-*octies*, comma secondo, l. n. 241/1990 occorre che il contenuto dispositivo del provvedimento non possa essere diverso, per cui l'assetto degli interessi non muta, sia con riguardo all'interesse pubblico, sia in riferimento a quello sociologico che costituisce il substrato dell'interesse legittimo" e R. GIOVAGNOLI, R. FRATINI, *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza, Invalidità e autotutela*, tomo II, Milano, 2007, 269, ove si rileva che "la conclusione della non risarcibilità del danno conseguente ad ipotesi di illegittimità non invalidanti non deriva dal carattere *ab origine* non illegittimo di tali fattispecie (come pure talora sostenuto in dottrina), quanto piuttosto dalla ben diversa considerazione secondo cui in tali ipotesi, l'atto amministrativo illegittimo non si connota, sotto il profilo sostanziale, dei caratteri tipici dell'atto ingiustamente lesivo".

<sup>108</sup> R. GIOVAGNOLI, *I vizi formali e procedimentali*, *cit.*, 980, evidenzia che "l'impossibilità di riconoscere una tutela risarcitoria deriva dalla stessa in configurabilità dei presupposti necessari per individuare la sussistenza di un danno ingiusto fonte di responsabilità", a meno che non si voglia "aderire alla tesi secondo cui, in presenza di un atto non conforme al paradigma legale di riferimento sotto il profilo procedimentale o formale, tale non conformità risulterebbe di per sé foriera di un danno risarcibile, a prescindere (quanto meno nelle ipotesi di interessi legittimi di tipo pretensivo) dalla verifica in concreto circa la spettanza sostanziale del bene della vita su cui si innesta la serie procedimentale ed il relativo provvedimento conclusivo".

<sup>109</sup> Cons. Stato, sez. IV, 14 giugno 2001 n. 3169, Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001 n. 4239, Cons. Stato, sez. V, 8 luglio 2002 n. 3796, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), Cass. Civ., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro amministrativo*, C.d.S., 2003, 32, Cons. Stato, sez. V, 20 gennaio 2003, n. 340, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), Cass. SS.UU. 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595, 6596 in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

guadagni)<sup>110</sup>.

Altri hanno invece attribuito agli interessi procedurali una natura sostanziale, con conseguente configurabilità in capo alla p.a. della responsabilità aquiliana<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> A. FABRI, *cit.* che, con riferimento alla situazione precedente al c.p.a., sottolinea come “la necessità della previa impugnazione per promuovere l’azione risarcitoria...esclude l’azione di condanna al risarcimento dei danni derivanti da quei provvedimenti che sebbene illegittimi per vizi formali o procedurali, non possono essere annullati perché immutabili sotto il profilo sostanziale”. Invece, nel caso di responsabilità da contatto amministrativo per lesione dell’interesse procedimentale, si può prescindere dal preventivo annullamento dell’atto in quanto “nella responsabilità da contatto amministrativo...non viene in rilievo l’interesse legittimo, bensì l’interesse meramente procedimentale all’osservanza delle regole inerenti il procedimento amministrativo...”. Diversamente, F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, tomo II, 2005, *cit.*, 1906, evidenzia come “in tali ipotesi viene meno proprio la ratio che è alla base della regola della pregiudizialità, ossia la necessità di evitare l’elusione del termine di decadenza”. Sottolinea l’autore che “comunque, anche a voler applicare la regola della pregiudiziale amministrativa anche in questo caso (secondo una prospettazione ormai non più valida dopo l’avvento del c.p.a.) si potrebbe ritenere sufficiente che il privato impugni nei termini il provvedimento nei termini decadenziali, ciò che consentirebbe al g.a. di dichiarare l’illegittimità dell’atto a fini diversi dall’annullamento”.

<sup>111</sup> F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, tomo I, VI ed., *cit.*, 543, sottolinea che “anche la scorrettezza comportamentale, in sé intesa, può cagionare danni a beni della vita (come il tempo e la certezza dei rapporti) che vanno al di là del bene finale rivendicato con l’istanza e ciò nondimeno compresa nella calusola atipica di cui all’art. 2043 c.c.”. Per l’attribuzione agli interessi procedurali di una natura sostanziale e non meramente strumentale, F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike, 2010, 204, che sottolinea “la progressiva estensione della nozione di danno ingiusto operata dalla recente giurisprudenza di legittimità” che “sembra suscettibile di ricomprendere anche la lesione di interessi procedurali aventi una portata sostanziale (come si è visto con riferimento alla tempestiva definizione del procedimento) e non meramente strumentale”; per cui “la dimostrazione della sussistenza del danno, unitamente alla prova della colpa dell’amministrazione, dovrà essere la chiave di volta per il riconoscimento di una responsabilità della p.a. per la violazione degli interessi formali e procedurali, in un’ottica che, ad avviso di chi scrive, resta quella aquiliana, senza la necessità di ricorrere ad altri modelli di responsabilità”. In tal modo le violazioni che non incidono sul contenuto sostanziale del provvedimento devono essere risarcite solo se sussiste la lesione sostanziale per il privato, “pur diversa dall’interesse al conseguimento del bene finale della vita”. Tale contrasto appare evidente anche in tema di **risarcimento del danno da ritardo**. Mentre parte della giurisprudenza ritiene che è risarcibile il danno da ritardo mero, ossia quello derivante dal mancato rispetto del termine per la conclusione del procedimento (che prescinde dall’esito del procedimento amministrativo), altra giurisprudenza ritiene che è risarcibile solo il danno derivante dal conseguimento del bene della vita finale cui l’interesse legittimo pretensivo si correla, di cui la spettanza è certa. Con riferimento al primo filone giurisprudenziale, si veda Cons. Stato, sez. V, 8 luglio 2002 n. 3796, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), Cons. Stato, sez. VI, 20 gennaio 2003 n. 204, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), Cass. Civ., sez. I, 26 settembre 2003, n. 14333, in [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it), Cass. Civ., Sez. I, 10 gennaio 2003 n. 157, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), Cons. di Stato, sez. IV, ord. del 7 marzo 2005 n. 875, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 2008 n. 248, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), Cass. Civ., sez. I, 31 marzo 2008 n. 8384, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), Cass. Civ., 16 maggio 2008, n. 12455, in *Giustizia Civile*, vol. LIX, febbraio 2009, con nota di P. FIMIANI, *Il danno da ritardo della pubblica amministrazione: risarcibilità e giurisdizione*, Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 2009, n. 65, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 19 gennaio 2009, n. 87, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), Cons. Giust. Amm. reg. Sic., sez. I, 4 novembre 2010 n. 1368, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), T.A.R. Emilia Romagna, Parma, sez. I, 22 febbraio 2012, n. 103, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 14 maggio 2012, n. 450, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Con riferimento alla seconda opzione interpretativa, si veda Cass. SS. UU., 22 luglio 1999, n. 500, in *Riv. amm. rep. it.*, 1999, 597, Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2002, n. 6389, Cons. Stato, sez. VI, 12 marzo 2004 n. 1261, T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 13 gennaio 2005 n. 56, Cons. Stato ad. pl., 15 settembre 2005, n. 7, T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, sent. del 24 ottobre 2005, n. 1988, Cons. Stato, sez. VI, 31 gennaio 2006 n. 321, Cons. Stato, sez. IV, 26 maggio 2006, n. 3201, T.A.R. Campania, sez. III, 14 settembre 2006, n. 8107, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 6 settembre 2007 - 19 ottobre 2007, n. 9739, Cons. Stato, ad. pl. 3 dicembre 2008, n. 13, Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2009, n. 1162, T.A.R. Lazio, Roma, sez. IIB, del 17 marzo 2009, nn. 2693 e 2694, Cons. Stato, sez.

L'art. 34, comma 3, c.p.a. consente espressamente al giudice amministrativo di emanare una sentenza di mero accertamento nel caso in cui l'annullamento non risulti più utile al ricorrente e valorizza l'effetto conformativo della sentenza, a prescindere quindi dalla presenza di un dispositivo di annullamento<sup>112113</sup>.

Con riferimento alla c.d. pregiudiziale amministrativa, che richiedeva il previo annullamento dell'atto al fine di ottenere il risarcimento del danno, il c.p.a. (seppur con dei temperamenti), all'art. 30 c.p.a., opta per la proponibilità in via autonoma dell'azione risarcitoria, anche se la mancata attivazione degli altri strumenti di tutela (tra cui l'azione di annullamento) potrebbe rilevare sul piano della fondatezza sostanziale della domanda risarcitoria.

Infatti, il Consiglio di Stato, ad. pl. 23 marzo 2011, n. 3<sup>114</sup>, ha affermato che “la mancata impugnazione di un provvedimento amministrativo può essere ritenuto un

---

IV, 12 maggio 2009 n. 2894, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 12 giugno 2009, n. 4005, Cons. Stato, sez. VI, 8 settembre 2009, n. 5266, T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 20 gennaio 2010, n. 582, T.A.R. Veneto, sez. I, 29 gennaio 2010, n. 197, T.A.R. Toscana, sez. II, 5 febbraio 2010, n. 190, Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2010, n. 4522, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 22 settembre 2010, n. 32382, T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 18 ottobre 2010, n. 6989, Cons. Stato, Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1739, Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2011, n. 1796, Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2011, n. 6609, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 12 gennaio 2012, n. 35, Cons. Stato, sez. IV, 22 maggio 2012, n. 2974, T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 12 dicembre 2012, n. 1766, Cons. Stato, sez. VI, 24 gennaio 2013 n. 472, Cons. Stato, sez. IV, 7 marzo 2013 n. 1406, Cons. Stato, sez. IV, 23 aprile 2013, n. 2252, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). La responsabilità dell'amministrazione per il mero ritardo è stata inquadrata talvolta nell'ambito della responsabilità contrattuale della p.a. (che non richiede il giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita), altre volte nell'ambito di quella extracontrattuale (considerando che le norme che disciplinano il tempo del procedimento non diano luogo a lesione di interesse strumentale - come per i vizi procedurali - ma sostanziale: in tal modo il giudizio di spettanza sarebbe riferito non all'interesse sostanziale legato al bene della vita cui aspira il privato all'esito del procedimento, ma ad un altro interesse sostanziale, ossia al rispetto dei termini procedurali, intendendo il tempo stesso come bene della vita).

<sup>112</sup> F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, tomo I, VI ed., cit., 615: “la norma in commento ha definitivamente escluso che le vicende relative al giudizio impugnatorio possano influire in alcun modo sulle questioni risarcitorie”, rilevando come “una conferma a tale impostazione, peraltro era rinvenibile già, nell'impianto normativo anteriore al 2010, nel disposto di cui all'art. 21-*octies* della legge 241/1990, che esclude l'annullabilità di provvedimenti affetti da vizi formali ma ne ammette implicitamente la verifica d'illegittimità ai fini del risarcimento”.

<sup>113</sup> Cons. Stato, sez. IV, 21 aprile 2009, n. 2435, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ha affermato che “la domanda risarcitoria proposta in sede giurisdizionale per lesione di interessi legittimi è ammissibile anche in caso di declaratoria di improcedibilità riferita alla domanda di annullamento dell'atto cui dovrebbe ricondursi la dedotta lesione, tenendo presente che la scissione tra formale pronuncia sulla legittimità del provvedimento impugnato (improcedibilità anziché annullamento) e valutazione dell'istanza risarcitoria (collegata o indipendente che sia) non è idonea di per sé a pregiudicare la ragione sostanziale, (se effettivamente sussistente) di un danno risarcibile secondo le regole proprie della responsabilità da fatto “illegale” della Pubblica amministrazione”. La sentenza citata è stata richiamata da Cons. Stato, sez. IV, 7 luglio 2011, n. 4064, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che ha affermato che “tale orientamento ha ricevuto del resto esplicito riconoscimento dal comma 3° dell'art. 34 del c.p.a., da considerare quindi norma non innovativa, che, in presenza dell'interesse risarcitorio in capo alla parte ricorrente, consente al giudice di accertare l'illegittimità dell'atto anche se “non risulta più utile” l'annullamento del provvedimento impugnato.(C.d.S. sez. V, n.2817/2011)”.

<sup>114</sup> *Cit.*

comportamento contrario a buona fede nell'ipotesi in cui si appuri che una tempestiva reazione avrebbe evitato o mitigato il danno (in questo senso, Cons. Stato, sez. VI, 24 settembre 2010, n. 7124; sez. VI, 22 ottobre 2008, n. 5183; sez. V, 31 dicembre 2007, n. 6908; sez. IV 3 maggio 2005, n. 2136)"<sup>115</sup>.

Tuttavia, ad avviso della Plenaria, "a diversa conclusione si deve invece pervenire laddove la decisione di non fare leva sullo strumento impugnatorio sia frutto di un'opzione discrezionale ragionevole e non sindacabile in quanto l'interesse all'annullamento oggettivamente non esista, sia venuto meno e, in generale, non sia adeguatamente suscettibile di soddisfazione".

E' il caso di un provvedimento che sia stato immediatamente eseguito producendo una modificazione di fatto irreversibile; o quando i tempi tecnici del processo non consentono di praticare, in modo efficiente, il rimedio della tutela ripristinatoria; o, ancora, le situazioni in cui, per legge, (art. 125, comma 3, del codice del processo amministrativo<sup>116</sup>), il mezzo dell'annullamento non può

---

<sup>115</sup> L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 23 marzo 2011 n. 3, *cit.*, ha affermato che "il ricorso per annullamento finalizzato a rimuovere la fonte del danno, pur non essendo più l'unica tutela esperibile, è il mezzo di cui l'ordinamento giuridico processuale dota i soggetti lesi da un provvedimento illegittimo proprio per evitare che quest'ultimo produca conseguenze dannose. Ne deriva che l'utilizzo del rimedio appropriato coniato dal legislatore proprio al fine di raggiungere gli obiettivi della tutela specifica delle posizioni incise e della prevenzione del danno possibile, costituisce, in linea di principio, condotta esigibile alla luce del dovere di solidale cooperazione di cui alla norma civilistica in esame. Nella specie assume un ruolo decisivo la considerazione, di tipo comparativo, che la tecnica di tutela non praticata, quella di annullamento, se si eccettua il profilo del termine decadenziale, non implica costi ed impegno superiori a quelli richiesti per la tecnica di tutela risarcitoria, ed anzi si presenta più semplice e meno aleatoria nella misura in cui richiede il solo riscontro della presenza di un vizio di legittimità invalidante senza postulare la dimostrazione degli altri elementi invece necessari a fini risarcitori, quali l'elemento soggettivo, il duplice nesso eziologico nonché l'esistenza e la consistenza del danno risarcibile in base ai parametri di cui agli artt.1223 e seguenti del codice civile. Si deve allora reputare che la scelta di non avvalersi della forma di tutela specifica e non (comparativamente) complessa che, grazie anche alle misure cautelari previste dall'ordinamento processuale, avrebbe plausibilmente (ossia più probabilmente che non) evitato, in tutto o in parte il danno, integra violazione dell'obbligo di cooperazione, che spezza il nesso causale e, per l'effetto, impedisce il risarcimento del danno evitabile. Detta omissione, apprezzata congiuntamente alla successiva proposizione di una domanda tesa al risarcimento di un danno che la tempestiva azione di annullamento avrebbe scongiurato, rende configurabile un comportamento complessivo di tipo opportunistico che viola il canone della buona fede e, quindi, in forza del principio di auto-responsabilità cristallizzato dall'art. 1227, comma 2, c.c., implica la non risarcibilità del danno evitabile". Per l'applicazione di tale principio si veda T.A.R. Lazio, Roma, III, 5 gennaio 2011, n. 40; TAR Lombardia, II, 21 marzo 2011, n. 759; Cons. Stato, VI, 31 marzo 2011, n. 1983; T.A.R. Veneto 7 aprile 2011, n. 582; T.A.R. Lazio, II, 3 maggio 2011, n. 3766; TAR Sicilia, Catania, III, 21 marzo 2012, n. 710; T.A.R. Calabria, Catanzaro, I, sentenza 14 maggio 2012 n. 450; C.G.A.R.S., 24 ottobre 2011, n. 684; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, 7 gennaio 2013, n. 6; T.A.R. Sardegna, Cagliari, 16 aprile 2013 n. 326; Cons. Stato, VI, 4 novembre 2013, n. 5290; Cons. Stato, III, 10 marzo 2014, n. 1126, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>116</sup> L'art. 125 comma 3 c.p.a. dispone che "ferma restando l'applicazione degli articoli 121 e 123, al di fuori dei casi in essi contemplati la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente. Si applica l'articolo 34, comma 3".

soddisfare l'aspirazione al conseguimento del bene della vita desiderato.

Ad avviso del Consiglio di Stato, “dette evenienze, ostantive al soddisfacimento in natura della posizione azionata, possono maturare nel corso del giudizio in guisa da produrre la concentrazione in itinere della domanda sul solo profilo del risarcimento sulla base della regola giurisprudenziale prima ricordata, oggi canonizzata dall'art. 34, comma 3, del codice del processo amministrativo”<sup>117</sup>.

Pertanto, sembra evidente che il mancato esperimento dell'azione di annullamento dell'atto, affetto da illegittimità meramente formali non possa precludere né essere un elemento rilevante in sede di determinazione del risarcimento del danno.

Con riferimento all'art. 34 c. 3, è stato, peraltro, osservato che “in tali fattispecie sembra preferibile ritenere che il ricorrente non debba scontare il rischio della decurtazione del risarcimento per la perdita della utilità che avrebbe potuto conseguire coltivando ad oltranza la domanda di annullamento, in quanto ciò significherebbe addossargli anche le conseguenze derivanti dai tempi (non brevi) del giudizio costringendolo ad insistere per l'ottenimento di un bene a cui a causa dell'illegittimità dell'azione amministrativa e della durata del processo egli non ha più alcun interesse a conseguire”<sup>118</sup>.

Anzi, è stato ritenuto che “sia possibile un'azione di accertamento dell'illegittimità quante volte già prima del giudizio risulti l'inutilità pratica della caducazione dell'atto ma permanga l'interesse, anche solo morale, all'accertamento dell'illegittimità dell'atto”<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> Cons. Stato, ad. pl., 23 marzo 2011 n. 3, *cit.* La sentenza afferma che l'art. 34 c. 3 si pone sullo stesso solco dell'art. 21 *octies*, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, che conferma il “superamento della centralità della tutela di annullamento ove siano percorribili altre e più appropriate forme di tutela” e “recepisce, in sostanza, l'indirizzo ermeneutico, già tracciato da questo Consiglio (sez. V, 16 giugno 2009, n. 3849), secondo cui, a fronte della domanda di annullamento inidonea a soddisfare l'interesse in forma specifica (nella specie veniva in considerazione un provvedimento di espropriazione relativo ad aree non più restituibili in quanto irreversibilmente trasformate), la pronuncia - nel caso in parola motivata con riguardo alla regola iuris sottesa agli artt. 2058 e 2933 c.c. - deve limitarsi ad un accertamento dell'illegittimità, senza esito di annullamento, ai soli fini della tutela risarcitoria invocabile con riguardo agli eventuali danni patiti per effetto dell'esecuzione del provvedimento impugnato”.

<sup>118</sup> R. GISONDI, *cit.* Si veda anche M. Sanino, *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2011, 174.

<sup>119</sup> F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo, cit.*, 187. Cons. Stato, ad. pl., 23 marzo 2011 n. 3, *cit.*, ha affermato che “La tesi della necessaria subordinazione della tutela risarcitoria alla tutela di annullamento è, infatti, non in linea con la tendenza legislativa a superare il modello dell'esclusività della tutela impugnatoria con la conseguente ammissione di tecniche di tutela dell'interesse legittimo anche dichiarative (art. 21-*septies* della legge 7 agosto 1990, n. 241/1990, in materia di azione di nullità) e di condanna (art 2, comma 8, di tale legge e art. 21 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, in tema di azione

Peraltro, con riferimento all'art. 34, comma 3, è stato osservato come la concreta determinazione e quantificazione del danno risarcibile sia particolarmente difficile proprio perché l'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento comporta "da una parte, una possibilità di scelta per l'interessato (il quale potrà agire per ottenere l'annullamento dell'atto, l'accertamento del danno, ovvero entrambi i risultati) e, dall'altra, la possibilità, nel corso del giudizio, di convertire l'azione di annullamento in un'azione di risarcimento o in un accertamento dell'illegittimità dell'atto, se sussiste l'interesse ai fini risarcitori..."<sup>120</sup>

Nel caso specifico dell'art. 21-*octies*, comma 2, primo alinea, l'inutilità pratica della caducazione dell'atto potrebbe emergere già prima del giudizio, mentre nel caso del secondo alinea tale circostanza non sembra facilmente configurabile, in quanto, al fine di verificare la possibilità (legata all'utilità) di un annullamento, viene richiesta l'indispensabile intermediazione amministrativa nel processo che rende difficile prevedere *ante iudicium* l'incidenza del vizio formale sul contenuto dell'atto, specie a fronte di un'attività discrezionale.

Ove nel corso del giudizio venga effettuato l'accertamento della sussistenza di vizi non invalidanti con conseguente perdita dell'interesse all'annullamento (in quanto si accerta che l'atto non avrebbe potuto essere diverso), dall'azione di annullamento può comunque scaturire un accertamento utile ai fini risarcitori (ai sensi dell'art. 34, comma 3,).

Infatti, l'art. 21-*octies* sembra configurare una ipotesi specifica della disposizione generale di cui all'art. 34 c. 3, in quanto, escludendo l'annullabilità di provvedimenti affetti da vizi formali, "ne ammette implicitamente la verifica di illegittimità ai fini del risarcimento"<sup>121</sup>.

Con riferimento agli aspetti processuali dell'azione risarcitoria, il c.p.a. regola

---

nei confronti del silenzio non significativo; art. 7, comma 3, di tale legge, come mod. dalla legge n. 205 del 2000; art. 21 bis della legge 1971, n. 1034, introdotto dalla stessa legge n. 205 del 2000, rispettivamente in materia di tutela risarcitoria in generale e di danno da ritardo).

<sup>120</sup> R. PROIETTI, *cit.*

<sup>121</sup> Si veda F. CARINGELLA E G. DE MARZO, *cit.* Peraltro, già prima del c.p.a. la dottrina attribuiva al g.a. la possibilità di pronunciarsi, senza istanza di parte, nel merito della richiesta di risarcimento ogni volta che l'accoglimento del ricorso impugnatorio non avrebbe potuto arrecare alcuna utilità al ricorrente, dichiarando l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse. Tale dottrina citava, a tale riguardo, l'art. 2058 c.c. in tema di reintegrazione in forma specifica, in quanto il g.a. aveva il compito di verificare la possibilità o meno di conseguire, da parte del ricorrente, il bene della vita richiesto con la domanda di annullamento.



espressamente il rapporto tra azione risarcitoria e caducatoria, sottoponendo la prima ad un termine di decadenza di centoventi giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento (art. 30 c. 5 c.p.a.), ma non contiene alcuna disposizione che regoli la proposizione di una azione risarcitoria a seguito di un precedente giudicato di accertamento.

Al riguardo, è stata proposta un'interpretazione estensiva del termine di decadenza, anche in considerazione del fatto che l'accertamento è compreso nell'azione di annullamento originariamente proposta.<sup>122</sup>

Altra parte della dottrina ha, invece, ritenuto inapplicabile il termine di decadenza di cui all'art. 30, comma 5, c.p.a. in quanto esso assume carattere eccezionale e per questo non sarebbe estensibile analogicamente alla diversa ipotesi di un giudicato di mero accertamento<sup>123</sup> e ha suggerito l'operatività della prescrizione quinquennale operante per l'illecito aquiliano<sup>124</sup>.

Al fine di tutelare il doppio grado di giudizio e la pienezza del contraddittorio, la domanda risarcitoria, ai sensi dell'art. 104 c.p.a. non può essere proposta per la prima volta in appello,<sup>125</sup> ma la giurisprudenza consente la formulazione per la prima volta in appello della domanda di accertamento dell'illegittimità in funzione dell'interesse risarcitorio, se nelle more tra giudizio di primo grado e di appello, è venuto meno l'interesse all'annullamento dell'atto, ma residua l'interesse al

---

<sup>122</sup> V. CINGANO, *cit.* In senso conforme sembra Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817, *cit.*, che afferma che i termini dell'interesse risarcitorio "sono segnati dal quinto comma dell'art. 30 c.p.a., secondo cui, quando sia stata proposta azione di annullamento, la domanda risarcitoria può essere formulata anche sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza: il che rende ragione del fatto che l'enunciato normativo si riferisce all'interesse risarcitorio e non ad una domanda risarcitoria già proposta". L'A. ribadisce i dubbi di legittimità costituzionale posti dall'art. 30 c. 5, che pone un breve termine decadenziale per la proposizione dell'azione risarcitoria. Il T.A.R. Sicilia, Palermo, con ord. 1628 del 7 settembre 2011, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ha sollevato questione di costituzionalità per violazione degli artt. 3, 24, 103 e 113 della Costituzione ma la Corte Cost., con sentenza 12 dicembre 2012, n. 280, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it), ha dichiarato la questione inammissibile. D'altra parte il secondo correttivo al c.p.a. ha perso l'occasione di risolvere tali dubbi di legittimità costituzionale.

<sup>123</sup> L. D'ANGELO, *cit.*

<sup>124</sup> L. D'ANGELO, *cit.*, osserva che l'ingiustizia del danno di cui all'art. 30 c. 2 è concretizzata dall'effetto giuridico di accertamento idoneo a passare in giudicato dell'illegittimità, mentre invece nel caso di azione risarcitoria autonoma questo non si verifica in quanto l'accertamento è incidentale: "costruita normativamente – ai sensi dello stesso c.p.a. – l'ingiustizia del danno agli interessi legittimi come risultante di un effetto giurisdizionale di accertamento idoneo al giudicato (accertamento dell'illegittimità del provvedimento lesivo ex art. 34 comma e c.p.a.), effetto giuridico che si colloca, modellandola, all'interno della fattispecie di illecito della p.a., la espunzione legislativa di detto effetto giuridico dall'archetipo di responsabilità della p.a. (nel caso dell'azione autonoma di danni) equivale ad una patente violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale costituzionalmente garantito ex art. 24 cost."

<sup>125</sup> Cons. Stato, sez. V, 2 dicembre 2011 n. 6364, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

riscontro della sua illegittimità”.<sup>126</sup>

---

<sup>126</sup>Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 2011 n. 6541, *cit.*

### CAPITOLO III

## LA MODULAZIONE DEGLI EFFETTI DELL'ANNULLAMENTO GIURISDIZIONALE A GARANZIA DEL PRINCIPIO DI EFFETTIVITA' DELLA TUTELA NELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

### 1. Recenti tendenze giurisprudenziali

Una parte della giurisprudenza ha di recente affermato che, se, di regola, in base ai principi fondanti la giustizia amministrativa, l'accoglimento della azione di annullamento comporta l'annullamento con effetti *ex tunc* del provvedimento illegittimo, la legislazione ordinaria non preclude al giudice amministrativo l'esercizio del potere di determinare gli effetti delle proprie sentenze di accoglimento.

Pertanto, quando l'applicazione della regola dell'annullamento con effetti *ex tunc* dell'atto impugnato quando risultasse incongrua e manifestamente ingiusta, o in contrasto col principio di effettività della tutela giurisdizionale, tale regola dovrà trovare una deroga con la limitazione parziale della retroattività degli effetti o con la loro decorrenza *ex nunc* o, ancora, con l'esclusione degli effetti dell'annullamento e la disposizione dei soli effetti conformativi.

Tale principio è stato affermato da tempo dalla giurisprudenza comunitaria, che ha sottolineato come la Corte di Giustizia può dichiarare che l'annullamento (parziale o totale) di un atto abbia effetto *ex nunc* o che, addirittura, l'atto medesimo conservi i propri effetti sino a che l'istituzione comunitaria modifichi o sostituisca l'atto impugnato<sup>127</sup>.

Tale principio è avvalorato dal secondo comma dell'art. 264 (*ex* 231) del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, che dispone che “se il ricorso è fondato, la Corte di giustizia dell'Unione europea dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato. Tuttavia la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi”.

---

<sup>127</sup> Corte di Giustizia, 5 giugno 1973, Commissione C. Consiglio, in C - 81/72; Corte di Giustizia, 25 febbraio 1999, Parlamento C. Consiglio, in C - 164/97 e 165/97, in <http://eur-lex.europa.eu>.

Nel nostro ordinamento il principio è oggi contenuto espressamente nell'art. 34, comma 1, lett. a) c.p.a., secondo cui, in caso di accoglimento del ricorso, nei limiti della domanda, il giudice annulla in tutto o in parte il provvedimento impugnato (dopo aver effettuato una valutazione in merito all'estensione del potere demolitorio sull'atto impugnato), ma era ritenuto già applicabile in precedenza per un principio di "coerenza" del sistema: infatti, se l'annullamento dell'atto amministrativo impugnato è il mezzo per rimuovere gli effetti lesivi per il ricorrente, tale soluzione può in concreto risultare contrastante con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, che esige che la funzione primaria ed essenziale del giudizio sia quella di attribuire alla parte che risulti vittoriosa l'utilità che le compete in base all'ordinamento sostanziale.

Il c.p.a. contiene delle disposizioni dalle quali si desume che l'annullamento non è più considerato come una conseguenza indefettibile dell'accertamento della illegittimità: l'art. 34, comma 3, c.p.a., che sancisce che "quando nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori"; l'art. 34, comma 1, lettera e), che prevede il potere del GA di disporre: "... le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario *ad acta*, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza"; gli artt. 121 e 122 c.p.a., che attribuiscono al g.a., nel settore degli appalti pubblici, un'ampia potestà valutativa a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione circa la declaratoria di inefficacia del contratto, potendo limitare la dichiarazione di inefficacia del contratto alle prestazioni ancora da eseguire o rendendola operante in via retroattiva.

Tali disposizioni sono state precedute da leggi sostanziali che hanno valorizzato, per alcune fattispecie, l'effetto conformativo, considerandolo maggiormente idoneo, rispetto all'annullamento dell'atto, a soddisfare la pretesa del ricorrente. È il caso del comma 2 dell'art. 21-*octies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, che considera non satisfattivo per il ricorrente l'annullamento di un atto, ancorché illegittimo, rispetto ai vizi di natura formale.

Considerata l'assenza di impedimenti per il g.a. di regolare gli effetti delle proprie sentenze di accoglimento in relazione alle singole fattispecie e al fine di accordare una piena tutela al ricorrente, già prima del c.p.a., è stato sostenuto che «il giudice amministrativo, nel determinare gli effetti delle proprie statuizioni, deve ispirarsi al criterio per cui esse, anche le più innovative, devono produrre conseguenze coerenti con il sistema (e cioè armoniche con i principi generali dell'ordinamento, e in particolare con quello di effettività della tutela) e congruenti (in quanto basate sui medesimi principi generali, da cui possa desumersi in via interpretativa la *regula iuris* in concreto enunciata»<sup>128</sup>.

L'attribuzione di tale potere in capo al giudice amministrativo si basa sulla valorizzazione del principio di effettività, consacrato nell'art. 1 c.p.a., che attiene alla capacità del processo di conseguire risultati nella sfera sostanziale, coerenti con la pretesa e l'interesse fatti valere in giudizio, e dei principi della Costituzione e del diritto europeo (artt. 6 e 13 della CEDU e artt. 24, 111, e 113 Cost.)<sup>129</sup>.

## **2. La recente giurisprudenza del Consiglio di Stato.**

Con **sentenza 10 maggio 2011, n. 2755**<sup>130</sup>, la sez. VI del Consiglio di Stato ha disposto unicamente gli effetti conformativi del successivo esercizio della funzione pubblica, e non anche quelli di annullamento, sebbene richiesti dal ricorrente, in quanto la legislazione ordinaria non precluderebbe al giudice amministrativo l'esercizio del potere di determinare gli effetti delle proprie sentenze di accoglimento.

Infatti, in base ai principi fondanti la giustizia amministrativa, l'accoglimento della azione di annullamento comporta di regola l'annullamento integrale dell'atto

---

<sup>128</sup> Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, *cit.*

<sup>129</sup> Le argomentazioni della sentenza sopra citata dimostrano la “diversità e della peculiarità della giurisdizione amministrativa, che realizza, in un moderno assetto istituzionale, l'organizzazione degli interessi, tutelando, insieme, diritti soggettivi, legalità ed interesse generale”, attraverso “quella primazia di un diritto giurisprudenziale, essenza e vero baluardo della giuridicità, che si sforza di dare risposte concrete ad una domanda di giustizia avendo come obiettivo la necessità che siano assicurate effettività e pienezza di protezione a tutte le posizioni soggettive”. Così P. QUINTO, *La specificità della giurisdizione amministrativa ed una sentenza di “buon senso”*. Nota a sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 13 maggio 2011.

<sup>130</sup> *Cit.*

con effetti *ex tunc* del provvedimento risultato illegittimo, ma detta regola, che costituisce la “misura tipica dello Stato di diritto - come affermatosi con la legge fondamentale del 1889, istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato”, non può essere applicata qualora comporti risultati incongrui e manifestamente ingiusti o contrastanti con il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

In tali casi, infatti, “la regola dell'annullamento con effetti *ex tunc* dell'atto impugnato a seconda delle circostanze deve trovare una deroga, o con la limitazione parziale della retroattività degli effetti (sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488<sup>131</sup>), o con la loro decorrenza *ex nunc* ovvero escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi”<sup>132</sup>.

A sostegno di tale assunto, il Consiglio di Stato, con la sentenza citata, ha

---

<sup>131</sup> In Foro Amm. CdS, 2011, 952. Tale sentenza ha confermato la sentenza di primo grado e, ritenendo che la sanzione disciplinare della destituzione dal servizio inflitta all'interessato fosse viziata da sproporzionalità (eccesso di potere) rispetto ai fatti accertati, ha limitato gli effetti dell'annullamento solo alla reimmissione in servizio ma non anche alla corresponsione degli emolumenti arretrati. In particolare, il Consiglio di Stato ha ritenuto che “il giudice amministrativo – nel valutare se l'Amministrazione abbia rispettato il principio di proporzionalità in sede di emanazione di un provvedimento di destituzione – debba unitariamente valutare quali siano le conseguenze delle proprie statuizioni e possa anche seguire una soluzione diversa e intermedia tra le due alternative tradizionalmente ritenute giuridicamente possibili (reiezione del ricorso di primo grado, con perdita irrimediabile del posto di lavoro; accoglimento del ricorso di primo grado, con attribuzione degli emolumenti arretrati in ragione della portata retroattiva della sentenza di annullamento)...” che “tenga ragionevolmente conto delle posizioni in conflitto” e che “può anche consistere nell'accoglimento della domanda di annullamento e nell'accertamento della non spettanza di emolumenti arretrati, quando il dipendente abbia commesso una mancanza, la cui obiettiva gravità in sede giurisdizionale sia tuttavia ritenuta non giustificativa del provvedimento espulsivo, per le circostanze del caso e per il fatto – che può anche essere considerato decisivo dal giudice - che si tratti della prima mancanza meritevole di punizione disciplinare. Rapportate tali considerazioni ai presupposti indefettibili per ravvisare l'illecito amministrativo quando sia stato emanato un atto di destituzione in violazione del principio di proporzionalità, la Sezione ritiene, da un lato, che emerge la preponderante efficienza causale del comportamento dell'appellato quale presupposto dell'attivazione del procedimento disciplinare e anche dell'atto finale, e dall'altro che la rimproverabilità del medesimo comportamento, sia pure non incompatibile col ripristino del rapporto di lavoro, rende a lui giuridicamente imputabile il mancato svolgimento del servizio. Pertanto, in sede di esecuzione della presente sentenza, l'appellato ha titolo alla reimmissione in servizio (con la spettanza dei relativi emolumenti a decorrere dalla data di sua comunicazione o di previa notificazione a istanza di parte), ma oltre al ripristino del rapporto di lavoro non ha anche titolo alla corresponsione di emolumenti arretrati.”

<sup>132</sup> Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, *cit.* Si veda anche la sentenza del Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2009, n. 3849, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 1, 89, con commento di E. BOSCOLO, *L'intervenuta esecuzione dell'opera pubblica: il limite all'annullamento e la sequenza accertamento-risarcimento*, 92 e seg. La sentenza ha affermato che “l'avanzato e non più reversibile stato di realizzazione dell'opera, per quel che attiene all'ambito territoriale interessato dal presente giudizio, impedisce, anche alla luce della *regula iuris* sottesa agli artt. 2058 e 1933 c.c., l'adozione di una pronuncia costitutiva di annullamento con effetti demolitori e ripristinatori”. Pertanto, il Consiglio di Stato perviene “ad un accertamento dell'illegittimità, senza esito di annullamento e con effetti nei riguardi del solo appellante, ai fini della tutela risarcitoria invocabile con riguardo agli eventuali danni patiti per effetto dell'esecuzione dei provvedimenti di che trattasi”. L'A. rileva come la decisione si pone in sintonia con un'altra decisione in materia di tutela del terzo in caso di attività edilizia avviata sulla base della D.I.A. (Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, *cit.*) e come il nuovo orientamento del Consiglio di Stato costituisca un riconoscimento dell' “autonoma rilevanza del mero accertamento di illegittimità degli atti da cui ha preso le mosse la formazione dell'infrastruttura impattante, in previsione di un giudizio risarcitorio (nel caso di specie successivo, ma astrattamente cumulabile nel medesimo giudizio)”.

sottolineato come “la normativa sostanziale e quella processuale non dispongono l'inevitabilità della retroattività degli effetti dell'annullamento di un atto in sede amministrativa o giurisdizionale (cfr. l'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 e l'art. 34, comma 1, lettera a), del Codice del processo amministrativo)”<sup>133</sup>.

Ciò emergerebbe anche dagli articoli 121 e 122 del Codice<sup>134</sup>, che attribuiscono al giudice l'esercizio di un potere valutativo sulla determinazione dei concreti effetti della propria pronuncia, al fine di determinare la perduranza o meno degli effetti di un contratto.

Tale potere andrebbe riconosciuto al giudice amministrativo in via generale, quando si tratti di determinare la perduranza o meno degli effetti di un provvedimento.

Inoltre, il Consiglio di Stato ha richiamato il principio per cui le statuizioni del giudice amministrativo devono produrre “conseguenze coerenti con il sistema (e cioè armoniche con i principi generali dell'ordinamento, e in particolare con quello di effettività della tutela) e congruenti (in quanto basate sui medesimi principi generali, da cui possa desumersi in via interpretativa la *regula iuris* in concreto enunciata)”<sup>135</sup>.

Peraltro, lo stesso principio di effettività della tutela giurisdizionale, desumibile dagli articoli 6 e 13 della CEDU, dagli artt. 24, 111 e 113 della Costituzione e dall'art. 1 c.p.a., esige che il giudizio attribuisca alla parte che risulti vittoriosa l'utilità che le compete in base all'ordinamento. Conseguentemente, il giudice amministrativo non può emettere statuizioni che vanifichino l'effettività della tutela o, addirittura, che si pongano in palese contrasto con le finalità poste a base

---

<sup>133</sup> Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, *cit.*

<sup>134</sup> Gli artt. 121 e 122 c.p.a. sostanzialmente riproducono gli artt. 245-*bis* e 245-*ter* codice dei contratti, prevedendo che il giudice che annulla il provvedimento di aggiudicazione può definire in sede di giurisdizione esclusiva (art. 133 c. 1 lett. e c.p.a.) la sorte del contratto stipulato. Il codice espressamente prevede l'inefficacia del contratto, che il giudice dichiara in via obbligatoria, nei casi dell'art. 121 c. 1 lett. a) e b), o facoltativa, nei casi dell'art. 122. Si veda T.A.R. Lazio, Roma, sez. IIIB, 16 giugno 2010, n. 18131, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che, con riferimento alla disposizione di cui all'art. 245-*ter* del codice degli appalti (analoga all'art. 122 c.p.a.), afferma che “trattasi di norma che, rivolgendosi al giudice e rafforzandone il ruolo decisorio (nell'esercizio di una giurisdizione in materia d'aggiudicazione di appalti pubblici che viene certamente configurata di giurisdizione esclusiva, ma anche di merito in virtù degli incisivi poteri attribuitigli proprio dalla norma *de qua* in ordine alla valutazione, all'opportunità e alla convenienza di mantenere l'efficacia del contratto stipulato ovvero di porla nel nulla, eventualmente anche con effetto retroattivo) è certamente – contrariamente a quanto sostenuto dal difesa della controinteressata – da qualificarsi norma processuale con conseguente sua applicazione ai giudizi in corso.”

<sup>135</sup> Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, *cit.*

dell'iniziativa processuale.

Quanto ai principi europei, ai quali l'art. 1 c.p.a. rinvia, il Consiglio di Stato ha richiamato l'articolo 264 del Trattato sul funzionamento della Unione Europea, che dispone che la Corte di Giustizia, ove lo reputerà necessario, può precisare "gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi", nonché la giurisprudenza comunitaria, che ha più volte affermato che il principio dell'efficacia *ex tunc* dell'annullamento non costituisce una regola assoluta in quanto la Corte può dichiarare che l'annullamento (parziale o totale) di un atto abbia effetto *ex nunc* o che, addirittura, questo conservi i propri effetti sino a che l'istituzione comunitaria modifichi o sostituisca l'atto impugnato<sup>136</sup>.

Tali principi sono stati applicati al caso sottoposto all'esame del Consiglio di Stato, relativo all'impugnazione da parte di un'associazione ambientalista, di un piano faunistico venatorio, che, ad avviso del ricorrente, avrebbe dovuto contenere determinate prescrizioni ed essere soggetto a specifici incombenti procedurali<sup>137</sup>.

Il Consiglio di Stato ha disposto elusivamente gli effetti conformativi sulla base di due considerazioni fondamentali: la prima, di natura soggettiva, è fondata sul

---

<sup>136</sup> La sentenza Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755 precisa che "tale potere valutativo prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona era previsto espressamente nel caso di riscontrata invalidità di un regolamento comunitario (v. l'art. 231 del Trattato istitutivo della Comunità Europea), ma era esercitabile - ad avviso della Corte - anche nei casi di impugnazione delle decisioni (Corte di Giustizia, 12 maggio 1998, Regno Unito c Commissione, in C-106/96), delle direttive e di ogni altro atto generale (Corte di Giustizia, 7 luglio 1992, Parlamento c. Consiglio, in C-295/90; 5 luglio 1995, Parlamento c Consiglio, in C-21-94). L'articolo 264 del Trattato sul funzionamento della Unione Europea affida pertanto alla Corte di Giustizia la titolarità del "potere di statuire la perduranza, in tutto o in parte, degli effetti dell'atto risultato illegittimo, per un periodo di tempo che può tenere conto non solo del principio di certezza del diritto e della posizione di chi ha vittoriosamente agito in giudizio, ma anche di ogni altra circostanza da considerare rilevante (Corte di Giustizia, 10 gennaio 2006, in C-178/03; 3 settembre 2008, in C-402/05 e 415/05; 22 dicembre 2008, in C-333/07)".

<sup>137</sup> P. BRAMBILLA, *Valutazione ambientale strategica pretermessa, annullamento ex nunc del piano ed effetti conformativi: il Consiglio di Stato si comunitarizza*, in <http://www.greenlex.it>, luglio 2011, che individua in tale pronuncia la maturazione dei frutti della "rimeditazione dell'annullamento di atti di pianificazione". In particolare, l'autrice ricorda come "dottrina e giurisprudenza si erano sempre interrogati sull'effetto dell'annullamento di piani generali, rispetto ai quali, in generale, si era riconosciuta la presenza (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 settembre 1995, n. 779) di effetti rivolti al passato ed effetti rivolti al futuro" e "per evitare che l'annullamento dello strumento urbanistico generale determinasse un blocco generalizzato di tutta l'attività edilizia comunale, spesso le pronunce hanno circoscritto l'efficacia dell'annullamento alle parti del piano impuginate, ovvero alla sola specifica destinazione d'uso impressa all'area, così permettendo la reviviscenza delle precedenti disposizioni; od ancora, nel caso di annullamento per vizi procedurali, hanno specificato la possibilità di riedizione del provvedimento impugnato una volta depurato dai vizi procedurali accertati. La natura ed estensione di tali effetti, prevalentemente conformativi e meno spesso integralmente demolitori, è stata specificata talora in seno alle pronunce di annullamento, talvolta in sede di ottemperanza, nell'ambito delle contestazioni di elusioni del giudicato o di richiesta di nomina di commissari *ad acta*".



fatto che il ricorso è stato proposto da un'associazione ambientalista, al fine di ottenere una tutela ambientale; la seconda riguarda la circostanza che il ricorso è diretto non alla rimozione degli atti generali impugnati, ma a farne rilevare l'illegittimità per l'inadeguatezza della tutela prevista dal piano faunistico approvato dalla Regione Puglia.

Ad avviso del Collegio, l'adozione del procedimento di valutazione ambientale strategica (nel caso di specie mancante) avrebbe potuto ragionevolmente indurre l'autorità regionale ad emanare prescrizioni più restrittive, limitative dei comportamenti potenzialmente incidenti sull'ambiente.

Disporre l'annullamento del piano avrebbe travolto tutte le prescrizioni in esso contenute e questo avrebbe contrastato con la pretesa azionata dal ricorrente e comportato “la gravissima e paradossale conseguenza di privare il territorio pugliese di qualsiasi regolamentazione e di tutte le prescrizioni di tutela sostanziali contenute nel piano già approvato (retrospettivamente o a decorrere dalla pubblicazione della presente sentenza, nei casi rispettivamente di annullamento *ex tunc* o *ex nunc*)”<sup>138</sup>.

Ad avviso del Consiglio di Stato “l'annullamento *ex tunc* e anche quello *ex nunc* degli atti impugnati risulterebbero in palese contrasto sia con l'interesse posto a base dell'impugnazione, sia con le esigenze di tutela prese in considerazione dalla normativa di settore, e si ritorcerebbe a carico degli interessi pubblici di cui è portatrice *ex lege* l'associazione appellante”<sup>139</sup>.

Nel rispetto del principio di congruenza, il Consiglio ha ritenuto, quindi, che “anche il giudice amministrativo nazionale possa differire gli effetti di annullamento degli atti impugnati, risultati illegittimi, ovvero non disporli affatto, statuendo solo gli effetti conformativi, volti a far sostituire il provvedimento risultato illegittimo”<sup>140</sup>.

Pertanto, ad avviso del Consiglio, “il giudice nazionale ove occorra può

---

<sup>138</sup> Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, *cit.*

<sup>139</sup> Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, *cit.*

<sup>140</sup> Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, *cit.* La sentenza specifica che è dal principio di effettività che scaturisce la necessità che la sentenza sia del tutto coerente con le istanze di tutela e di giustizia, nonché dal fatto che, trattandosi di materia quale quella ambientale, per la quale vi è la competenza concorrente dell'Unione e degli Stati, “gli standard della tutela giurisdizionale non possano essere diversi, a seconda che gli atti regolatori siano emessi in sede comunitaria o nazionale (e, dunque, che la controversia vada decisa o meno dal giudice dell'Unione)”.

applicare le collaudate regole applicate dal giudice dell'Unione, spesso basate sul semplice buon senso, così come lo stesso giudice dell'Unione, nell'esercizio delle sue altissime funzioni, assicura "il rispetto dei principi generali comuni ai diritti degli Stati membri" (per l'art. 340 del medesimo Trattato sul funzionamento dell'Unione)"<sup>141</sup>.

In applicazione di tali principi, il Consiglio di Stato ha disposto unicamente gli effetti conformativi, prescrivendo che gli atti impugnati conservino i propri effetti sino alla modifica o sostituzione di essi da parte della Regione Puglia, in virtù del buon senso e dell'interesse fatto valere in giudizio (attesa l'inesistenza di una normativa suppletiva di salvaguardia e visto che "lo strumento generale programmatico e di regolamentazione è risultato privo di specifici vizi sostanziali (pur se - per il procedimento seguito - è ragionevole supporre che la mancanza della VAS abbia inciso sul suo contenuto, per l'assenza di valutazioni degli ulteriori profili di tutela prescritti dalla normativa di settore)"<sup>142</sup>.

In particolare, il Consiglio di Stato ha condannato la Regione ad emanare ulteriori provvedimenti, sostitutivi *ex nunc* di quelli illegittimi, che tengano contro degli effetti conformativi e della sopravvenuta entrata in vigore della nuova disciplina normativa, procedendo all'approvazione dell'ulteriore piano faunistico venatorio, entro il termine di dieci mesi dalla notificazione o comunicazione della sentenza, anche esercitando i poteri sostitutivi in caso di inadeguata collaborazione di altre pubbliche amministrazioni.

In caso di decorso del termine e di proposizione del giudizio di ottemperanza, il Consiglio di Stato ha affermato di riservarsi di "valutare tutte le circostanze ed esercitare i poteri previsti dal codice del processo amministrativo, anche quelli riguardanti le misure dissuasorie della eventuale inottemperanza"<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, *cit.* S. FOÀ, *Il giudice amministrativo tra effettività della tutela e suggestioni della Corte di Giustizia: ipotesi di annullamento ex nunc del provvedimento illegittimo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) n. 10/2012, sottolinea che al principio del buon senso, "presidio dell'effettività della tutela", "i giudici nazionali fanno ripetutamente richiamo per rendere conformi al diritto dell'Unione Europea l'interpretazione delle norme processuali nazionali" e che "si estende in tal modo al giudizio amministrativo la tecnica processuale della Corte di Giustizia, che peraltro già connota diversi sistemi di giustizia costituzionale degli Stati membri, capaci di differire per un periodo di tempo più o meno esteso gli effetti delle decisioni, in ragione dell'opportunità e delle specificità delle singole questioni decise".

<sup>142</sup> Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, *cit.*

<sup>143</sup> Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, *cit.*

L'orientamento inaugurato dalla sentenza n. 2755 del 2011 è stato seguito anche da altre sentenze del Consiglio di Stato.

Con **sentenza del 26 gennaio 2012, n. 340**<sup>144</sup>, la sez. V del Consiglio di Stato si è pronunciata in materia di occupazione di suolo pubblico di un comune: in particolare, la società ricorrente – che si era vista ubicare di fronte al proprio esercizio di pertinenza uno spazio esterno di un altro pubblico esercizio, che aveva ottenuto la relativa concessione d'uso da parte del Comune - aveva censurato la deliberazione della Giunta municipale che aveva assegnato (con validità stagionale) un uguale spazio esterno a tutti gli esercizi pubblici insistenti sulla medesima piazza, in deroga alle prescrizioni regolamentari che richiedono che l'occupazione del suolo si realizzi davanti all'esercizio del concessionario e che operi una corrispondenza proporzionale e biunivoca tra superficie interna dei locali commerciali e superficie esterna di suolo pubblico autorizzabile.

Il Consiglio di Stato ha affermato che una deroga siffatta, pur prevista dal regolamento comunale, avrebbe richiesto un'indagine adeguata ed una motivazione puntuale al fine di garantire una sostanziale equità nell'assetto degli spazi esterni dei pubblici esercizi ubicati nella medesima piazza, e avrebbe dovuto evitare il rischio di una potenziale distorsione del gioco concorrenziale e di sviamento della clientela.

Pertanto, ad avviso del Consiglio di Stato, difformemente a quanto affermato in primo grado dal T.A.R. per la Lombardia, sez. Brescia, con sentenza 4792 del 6 dicembre 2010<sup>145</sup>, il provvedimento comunale (sebbene riferito ad un arco di tempo già trascorso) sarebbe illegittimo, in quanto affetto da insufficiente motivazione e illogicità.

Confermando quanto già statuito in primo grado dal T.A.R. per la Lombardia, sez. Brescia, con sentenza 4792 del 6 dicembre 2010<sup>146</sup>, in ordine all'interesse del

---

<sup>144</sup> In [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>145</sup> In [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Il T.A.R. per la Lombardia, con la sentenza citata, ha rigettato le censure di eccesso di potere per contraddittorietà, irrazionalità e illogicità e di violazione dei principi di imparzialità, di ragionevolezza e di proporzionalità, dedotte dalla ricorrente, sulla base del riconoscimento di una ampia discrezionalità in capo all'Amministrazione comunale.

<sup>146</sup> In [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) In particolare, il T.A.R. per la Lombardia ha affermato che il fatto che gli effetti dell'atto impugnato fossero scaduti non era idoneo a rendere improcedibile il ricorso in quanto il

ricorrente ad una pronuncia di merito, il Consiglio di Stato ha affermato che “il decorso dell’arco temporale interessato dalla disciplina dettata dal provvedimento impugnato non comporti l’improcedibilità del ricorso in quanto permane dell’interesse della parte ricorrente allo scrutinio della legittimità della determinazione gravata in relazione ai profili risarcitori ed all’effetto conformativo della sentenza con riguardo alla disciplina applicabile per gli anni successivi”<sup>147</sup>.

Pertanto, il Collegio, in riforma della sentenza di primo grado, che aveva rigettato il ricorso, ha dichiarato illegittimo il provvedimento impugnato per gli effetti conformativi specificati, affermando che “l’esaurimento dell’efficacia dell’atto rende inutile la pronuncia di annullamento alla stregua della disciplina dettata dall’articolo 34, comma 3, del codice del processo amministrativo e del principio di diritto sancito dalla sesta Sezione di questo Consiglio con la decisione 10 maggio 2011, n. 2755”<sup>148</sup>, e ha respinto, perché non provata, la domanda risarcitoria.

Con **sentenza del 9 luglio 2013, n. 3636**<sup>149</sup>, il Consiglio di Stato, adito ai sensi dell’art. 112, comma 5, c.p.a.<sup>150</sup>, ha affermato che “Dando seguito ad un indirizzo pretorio, inaugurato dalla sentenza di questo Consiglio di Stato, sez. VI, 10.5.2011, n. 2755, secondo cui il giudice amministrativo può differire gli effetti di

---

ricorrente ha interesse “ad ottenere un’eventuale pronuncia favorevole, che potrebbe rilevare tanto a fini risarcitori, quanto sotto il profilo della definizione giudiziale di una *regola iuris*, di cui l’Amministrazione dovrebbe tener conto in vista dell’assetto da dare alle occupazioni di suolo pubblico” nel medesimo luogo per la successiva stagione estiva.

<sup>147</sup> Cons. Stato, 26 gennaio 2012, n. 340, *cit.*

<sup>148</sup> Cons. Stato, 26 gennaio 2012, n. 340, *cit.*

<sup>149</sup> Cons. Stato, sez. III, 9 luglio 2013, n. 3636, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>150</sup> L’articolo citato prevede la proponibilità del ricorso di ottemperanza anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza. In particolare, la sentenza sopra citata chiarisce la portata della sentenza del Consiglio di Stato n. 21 del 2013, che aveva annullato la delibera n. 446/08/CONS con la quale l’AGCOM aveva fissato in €cent/min 13 il prezzo del servizio di terminazione delle chiamate vocali sulla rete di H3G, sebbene con precedente delibera l’AGCOM avesse fissato il prezzo di terminazione in €cent/min 16,26, rinviando qualsiasi ulteriore provvedimento di riduzione del prezzo all’esito della seconda analisi di mercato. La sentenza n. 21 del 2013 ha escluso l’immediato effetto ripristinatorio scaturente dall’annullamento della delibera dell’AGCOM e ha affermato che “Va chiarito che, al fine di prevenire possibili difficoltà in sede esecutiva ed in osservanza del principio di buon andamento, appare opportuno consentire in via straordinaria all’Autorità di disporre il mantenimento degli effetti della stessa delibera, peraltro già storicamente sterilizzati sia dalla dinamica tariffaria realizzatasi successivamente sia dalle vicende giudiziarie di sopra esposte. Naturalmente rimane fermo l’obbligo di prestare ottemperanza alla presente sentenza con la corrispondente sollecitudine. Ciò potrà avvenire, oltre che mediante il ripristino della situazione anteriore, quale fissata dalla delibera 628/07/CONS, con riguardo al periodo sino alla data del 1° luglio 2009 ex art. 12 della delibera 667/08/CONS, con la rinnovazione del procedimento, ora per allora, emendato dai vizi emendati con riguardo allo stesso periodo, o periodo di durata inferiore, anche nell’ambito della procedura di cui alla stessa delibera 667/08/CONS”.

annullamento degli atti impugnati, risultati illegittimi, ovvero non disporli affatto, statuendo solo gli effetti conformativi, volti a far sostituire il provvedimento risultato illegittimo, la Sezione, con la sentenza n. 21/2013, ha infatti autorizzato l’Autorità, in via interinale e “straordinaria”, al mantenimento degli effetti della annullata delibera n. 446/08/CONS ...”.

In particolare, il Consiglio di Stato precisa che “la deroga, invero eccezionale, alla efficacia *ex tunc* dell’annullamento, con la previsione del mantenimento interinale degli effetti dell’atto impugnato, non può che giustificarsi con la necessità di sottoporre la determinazione della tariffa, nel periodo di riferimento (1.11.2008-30.6.2009), ad una nuovo esercizio del potere regolatorio, da parte della competente Autorità, che costituisce un passaggio ineludibile per la fissazione del prezzo di terminazione, anche dopo l’annullamento della delibera, nel rispetto della normativa europea e nazionale in materia e a garanzia degli stessi operatori notificati”<sup>151</sup>. Infatti, l’esclusione dell’immediato effetto ripristinatorio è stato previsto sia per evitare il rischio di un vuoto regolatorio, in attesa di una nuova determinazione dell’Autorità, sia “per scongiurare l’eventualità che la riespansione della precedente tariffa di € 16,26, in conseguenza dell’efficacia retroattiva dell’annullamento, potesse anche medio tempore, senza una previa rinnovata decisione dell’Autorità, porsi in contrasto con quella che era stata anche la successiva dinamica tariffaria...”. La sentenza non ha escluso la possibilità che si verifichi un effetto ripristinatorio “ma ha voluto sottolineare come tale eventuale effetto, al pari di ogni altra e diversa determinazione regolatoria, non possa che trovare in un nuovo procedimento, ora per allora, e in una nuova delibera della Autorità, ora per allora, il proprio indefettibile presupposto e la propria *condicio sine qua non*”.

---

<sup>151</sup> La sentenza precisa che “L’esclusione dell’immediato effetto ripristinatorio, come emerge chiaramente dalla lettura della sentenza, è stato infatti consapevolmente e deliberatamente previsto dalla sentenza n. 21/2013 non solo per evitare il rischio di un vuoto regolatorio, un vacuum normativo, in attesa di una nuova determinazione dell’Autorità, ma anche per scongiurare l’eventualità che la riespansione della precedente tariffa di €16,26, in conseguenza dell’efficacia retroattiva dell’annullamento, potesse anche medio tempore, senza una previa rinnovata decisione dell’Autorità, porsi in contrasto con quella che era stata anche la successiva dinamica tariffaria, in una prospettiva di glide path più volte raccomandata dalla Commissione europea e ritenuta legittima, poi, in sede giurisdizionale. Naturalmente la sentenza non ha escluso, come meglio si dirà, che tale effetto ripristinatorio possa in ipotesi verificarsi, ma ha voluto sottolineare come tale eventuale effetto, al pari di ogni altra e diversa determinazione regolatoria, non possa che trovare in un nuovo procedimento, ora per allora, e in una nuova delibera della Autorità, ora per allora, il proprio indefettibile presupposto e la propria *condicio sine qua non*”.

### 3. La giurisprudenza di primo grado

I principi sopra citati hanno trovato applicazione anche da parte della giurisprudenza di primo grado.

In particolare, il **T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, con sentenza 13 dicembre 2011, n. 693**<sup>152</sup>, ha accolto “la domanda della parte ricorrente volta ad accertare l'esistenza di un titolo a costruire esistente prima dell'adozione della variante, le cui norme di salvaguardia non operano”. Si trattava, in particolare, del rilascio di permessi a costruire seguiti da varianti che assoggettavano l'area edificabile alla previa formazione di un piano attuativo, riducendo così le possibilità edificatorie per i ricorrenti.

Prima di entrare nel merito del ricorso, il T.A.R. ha esaminato l'eccezione di carenza di interesse al ricorso in riferimento alla variante e ha affermato che “l'interesse al ricorso non risulta affatto meramente strumentale, ma è diretto a tutelare gli interessi del ricorrente in relazione ai terreni di sua proprietà”<sup>153</sup>.

Infatti, la questione della mancata sottoposizione dello strumento urbanistico alla valutazione ambientale implica “una sottovalutazione dell'impatto urbanistico oltretutto ambientale della nuova normativa, la quale ... non ha riguardato semplicemente una riduzione dei parametri di costruzione e di edificazione, ma anche l'imposizione di particolari oneri, fra cui quello di previo piano attuativo, di indici più restrittivi ovvero di nuove distanze dai confini ovvero dalle altre costruzioni”. Il vizio procedurale, che costituisce un “indice di una mancata accurata disamina delle ripercussioni della nuova normativa sull'intero assetto urbanistico comunale”, “ha ripercussioni dirette sul terreno di proprietà dei ricorrenti, il quale in virtù della nuova normativa risulta soggetto a maggiori limiti per la possibilità edificatoria”<sup>154</sup>.

Con riferimento poi alla variante, il T.A.R. ne ha affermato l'illegittimità, atteso

---

<sup>152</sup> In *Urbanistica e appalti*, 2012, 6, 707, con nota di S. FOÀ, *Annullamento ex nunc e condanna dell'amministrazione ad un fare specifico*.

<sup>153</sup> Con riferimento all'interesse strumentale, si veda Cons. Stato, ad. pl. 12 aprile 2011, n. 4, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). S. FOÀ, *cit.* sottolinea che “A differenza della pronuncia del Consiglio di Stato, invocata dallo stesso giudice di primo grado, nel caso di specie le parti ricorrenti non erano portatrici di uno specifico interesse di tipo ambientale, ma la loro legittimazione risultava appunto dall'effetto della nuova previsione urbanistica sul territorio comunale”.

<sup>154</sup> T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 dicembre 2011, n. 693, *cit.*

che la stessa, anche se comportante modifiche delle sole norme tecniche di attuazione, avrebbe dovuto essere sottoposta “sia alla valutazione d’impatto ambientale, prevista in via generale dalla normativa europea e nazionale di recepimento, sia al vaglio delle autorità provinciali e regionali per verificarne la conformità al piano provinciale e al piano regionale, soprattutto dal punto di vista ambientale”<sup>155</sup>.

Inoltre, il T.A.R. rileva che in una zona già urbanizzata, in cui tutti gli standard previsti sono stati già realizzati in modo compiuto, non sarebbe corretto dal punto di vista giuridico e logico imporre al privato, prima di ottenere un’autorizzazione edilizia, l’onere dell’adozione di un piano attuativo prima di concedere le autorizzazioni edilizie. Pertanto, la previsione delle norme tecniche di attuazione impugnate, che prevedono l’obbligo di redazione preventiva di un piano attuativo, sono illegittime.

Il T.A.R. Abruzzo esamina, a questo punto, la questione degli effetti della sentenza di accoglimento, richiamando la pronuncia del Consiglio di Stato, sezione VI, 10 maggio 2011, n. 2755<sup>156</sup>, che “facendo applicazione del codice del processo amministrativo, dei principi desumibili dello stesso e tenendo conto altresì della giurisprudenza europea, ha stabilito che spetta al giudice definire la portata della propria pronuncia giurisdizionale, in relazione all’utilità per la parte ricorrente e agli effetti di un eventuale annullamento. La sentenza citata, condivisa da questo collegio, consente al giudice di limitare gli effetti della propria pronuncia, sia in materia di annullamento e di effetto conformativo, sia stabilendo quali debbano essere in concreto i poteri dell’amministrazione per eseguire la sentenza stessa”<sup>157</sup>.

Il T.A.R., dopo aver citato la normativa sostanziale e processuale dalla quale si evince che gli effetti dell’annullamento di un atto non debbano essere

---

<sup>155</sup> T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 dicembre 2011, n. 693, *cit.* che precisa che “la verifica di impatto ambientale non sarebbe necessaria unicamente nell’ipotesi, nel caso non ricorrente, di modifiche marginali ovvero che riguardino solo una limitata porzione del territorio, ma non già qualora l’incidenza delle variazioni delle norme tecniche attuazione sia tale da ripercuotersi sull’intero ambito comunale. Del resto, la citata normativa europea e nazionale di recepimento non contiene esplicite eccezioni alla sua applicabilità, che quindi risulta cogente in via ordinaria”.

<sup>156</sup> *Cit.*

<sup>157</sup> T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 dicembre 2011, n. 693, *cit.*

necessariamente retroattivi<sup>158</sup>, afferma che, “il sopra richiamato principio di effettività della tutela impone di emettere una sentenza che sia del tutto coerente con le istanze di tutela e di giustizia”, e che “il giudice nazionale può sempre applicare le collaudate regole applicate dal giudice dell'Unione, spesso basate sul semplice buon senso”<sup>159</sup>.

In applicazione di detti principi, il T.A.R. Abruzzo rilascia una sentenza con un contenuto composito, al fine di rendere maggiormente effettiva la tutela del ricorrente, ossia una sentenza: a) di accertamento (accerta l'esistenza di un valido permesso a costruire); b) di annullamento *ex tunc* (annulla le norme tecniche di attuazione nella parte in cui impone lo strumento attuativo nelle aree del ricorrente, a partire dall'adozione di esse); c) di annullamento differito (annulla *in toto* le norme tecniche di attuazione a partire dal momento - successivo all'adozione, la quale conserva quindi il suo valore anche in salvaguardia - in cui è mancata la sottoposizione alla valutazione ambientale strategica e alla verifica di conformità alla pianificazione sovraordinata)<sup>160</sup>; d) di condanna ad un *facere* specifico (prescrivendo che il Comune dovrà sottoporre la variante (a parte le parti annullate già dall'adozione) alla valutazione ambientale e di conformità alla pianificazione superiore, eventualmente riesaminarla *in toto* nella sua discrezionalità, usufruendo delle norme di salvaguardia entro un tempo massimo di mesi otto dalla notificazione o comunicazione della presente sentenza, trascorso il quale la variante stessa perderà efficacia *in toto* con riviviscenza della precedente normativa e obbligo di rideterminarsi); e) di risarcimento del danno (in quanto la società ricorrente avrebbe avuto titolo a edificare nella zona considerata, ove il comune non avesse illegittimamente imposto la necessità di un piano attuativo, pur mancandone i presupposti), rimettendo la quantificazione del danno alla stessa amministrazione comunale, che, sulla base della documentazione che la società

---

<sup>158</sup> E, in particolare, l'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990, l'art. 34, comma 1, lettera a), c.p.a., gli artt. 121 e 122 del Codice, dai quali emerge che la rilevata fondatezza di un ricorso d'annullamento può comportare l'esercizio di un potere valutativo del giudice, sulla determinazione dei concreti effetti della propria pronuncia, e l'art. 1 del Codice del processo amministrativo, dal quale deriva che il giudice può emettere le statuizioni che risultino in concreto soddisfattive dell'interesse fatto valere e deve interpretare coerentemente ogni disposizione processuale.

<sup>159</sup> T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 dicembre 2011, n. 693, *cit.*

<sup>160</sup> In tal modo “il differimento degli effetti dell'annullamento ad un momento successivo all'adozione delle norme tecniche ha permesso di mantenere la relativa efficacia in funzione di salvaguardia”. Così S. FOÀ, *cit.*



ricorrente produrrà, valuterà e quantificherà il mancato guadagno e l'aggravio dei costi, dal momento della comunicazione dell'esito positivo dell'istanza edilizia, maggiorato dei soli interessi legali.

Il T.A.R. Abruzzo, nella stessa data della sentenza sopra citata, ha emanato altre sentenze con riferimento ad altri ricorsi che censuravano l'omessa sottoposizione alle procedure di valutazione ambientale e strategica della variante alle norme tecniche di attuazione del piano regolatore generale del comune, in quanto l'adozione della variante aveva ridotto la possibilità edificatoria per i ricorrenti.

In particolare, con sentenza di pari data della precedente, il T.A.R. Abruzzo<sup>161</sup> si è pronunciato su un diniego di ampliamento di un immobile adibito a grande distribuzione, motivato dalla necessità dell'adozione, da parte del Comune, di un preventivo piano attuativo, come richiesto da una modifica delle norme tecniche di attuazione, che disconoscevano l'attuale centro commerciale, facendo perdere alle società ogni possibilità edificatoria e di ampliamento, e imponendo loro in ogni caso realizzare un piano attuativo.

Il T.A.R. fa applicazione dei principi sopra enunciati, emanando una sentenza con effetti demolitori differiti (che annulla *in toto* le norme tecniche di attuazione a partire dal momento - successivo all'adozione, la quale conserva quindi il suo valore anche in salvaguardia - in cui è mancata la sottoposizione alla valutazione ambientale strategica e alla verifica di conformità alla pianificazione sovraordinata, come visto necessarie nel caso) e di condanna ad un *facere* specifico (disponendo che il Comune dovrà sottoporre la variante alla valutazione ambientale e di conformità alla pianificazione superiore e eventualmente riesaminarla nella sua discrezionalità, usufruendo delle norme di salvaguardia, entro un tempo massimo di mesi otto dalla notificazione o comunicazione della sentenza, trascorso il quale la variante perderà efficacia con riviviscenza della precedente normativa e obbligo di rideterminarsi).

Con altre sentenze in pari data<sup>162</sup>, il T.A.R., pronunciandosi sul rigetto di una richiesta, avanzata da una società proprietaria di un immobile, relativa all'introduzione di un'altra destinazione nella zona, ha definito la portata della

---

<sup>161</sup> T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 dicembre 2011, n. 695, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>162</sup> T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 dicembre 2011, n. 696 e 697, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

propria sentenza considerando l'utilità per il ricorrente e gli effetti di un eventuale annullamento, emanando una sentenza di annullamento gradato delle norme tecniche di attuazione del piano regolatore generale comunale impugnato.

In particolare, il T.A.R. ha emanato una sentenza di annullamento (annullando le norme tecniche di attuazione a far tempo dall'adozione nella parte in cui prevedevano l'obbligo del previo strumento attuativo), di annullamento con effetti differiti (annullando *in toto* dette norme tecniche di attuazione a partire dal momento - successivo all'adozione, la quale conserva quindi il suo valore anche in salvaguardia - in cui è mancata la sottoposizione alla valutazione ambientale strategica e alla verifica di conformità alla pianificazione sovraordinata, come visto necessarie nel caso), di condanna (imponendo al Comune di sottoporre la variante alla valutazione ambientale e di conformità alla pianificazione superiore, eventualmente riesaminarla in toto nella sua discrezionalità, usufruendo delle norme di salvaguardia entro un tempo massimo di mesi otto dalla notificazione o comunicazione della presente sentenza, trascorso il quale la variante stessa perderà efficacia in toto con riviviscenza della precedente normativa e obbligo di rideterminarsi).

Infine, anche le sentenze del T.A.R. Abruzzo nn. 698, 699 e 700<sup>163</sup> hanno disposto nello stesso senso con riferimento al ricorso di alcune società, proprietarie di lotti edificabili (nei primi due casi) e di immobili destinati alla realizzazione di un complesso turistico residenziale (nel terzo), che hanno impugnato le norme tecniche di attuazione, in quanto queste ultime hanno previsto l'obbligo d'intervento indiretto tramite un preventivo progetto d'area comunale, oltre che la riduzione della superficie edificabile.

#### **4. Un confronto tra le sentenze del Consiglio di Stato e quelle del T.A.R. Abruzzo**

Nelle sentenze sopra riportate il giudice amministrativo ha ritenuto di poter

---

<sup>163</sup> T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 dicembre 2011, n. 698 e 699 e 700, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Si veda il commento alla sentenza T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 dicembre 2011, n. 700, di F. CARINGELLA, *L'annullamento a geometrie variabili nella più recente giurisprudenza amministrativa*, in *Giur. It.*, 2012, 10.

modulare gli effetti della pronuncia di annullamento, adducendo motivazioni differenti.

In primo luogo, la sentenza che appare maggiormente motivata è quella del Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755<sup>164</sup>, che richiama:

- il silenzio della normativa nazionale, che non dispone l'inevitabilità della retroattività degli effetti dell'annullamento di un atto in sede amministrativa o giurisdizionale (in particolare, l'art. 21 *nonies* l. 241/90, art. 34 c. 1 lett. a) c.p.a., artt. 121 e 122 c.p.a.);

- il principio di coerenza (secondo il quale gli effetti delle pronunce giurisdizionali devono produrre conseguenze coerenti con il sistema in armonia con i principi generali dell'ordinamento e in particolare con quello di effettività) e il principio di congruenza (secondo il quale gli effetti delle pronunce giurisdizionali devono produrre conseguenze basate sugli stessi principi generali, da cui possa desumersi in via interpretativa la *regula iuris* in concreto enunciata);

- i principi nazionali sulla effettività della tutela giurisdizionale e quelli enunciati dalla Corte di Giustizia nei casi di invalidità di un atto di portata generale. In particolare, gli art. 6 e 13 CEDU, artt. 24, 111, 113 cost., art. 1 c.p.a. consentirebbero al giudice di emettere statuizioni che risultino in concreto soddisfattive dell'interesse fatto valere;

- l'art. 264 TFUE che consente alla Corte di Giustizia di precisare gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi (potere attribuito alla Corte di Giustizia anche prima dalla giurisprudenza comunitaria): poiché l'art. 1 c.p.a. rinvia ai principi del diritto europeo, e in virtù del principio di congruenza, per il quale il giudice deve fondare la propria statuizione quanto meno su regole disciplinanti un caso analogo, deve ritenersi che anche il g.a. possa modulare gli effetti di annullamento degli atti impugnati ovvero non disporli affatto, statuendo solo effetti conformativi;

- il principio del buon senso, che ispira le regole applicate dal giudice dell'Unione: infatti, così come il giudice dell'Unione, nell'esercizio delle sue funzioni, assicura "il rispetto dei principi generali comuni ai diritti degli stati

---

<sup>164</sup> *Cit.*

membri” (art. 340 TFUE), così il giudice nazionale ove occorra può applicare le regole applicate dal giudice dell’Unione, basate spesso sul semplice buon senso; e ciò in virtù del continuo processo di osmosi tra i principi applicabili dal giudice dell’unione e quelli desumibili dagli ordinamenti degli Stati membri.

Infine, il Consiglio di Stato adduce anche una motivazione particolare, relativa cioè al caso concreto esaminato, che afferisce alla materia ambientale. Infatti, ad avviso del Consiglio, “in una materia quale quella ambientale, per la quale vi è la competenza concorrente dell’unione e degli Stati – gli standard della tutela giurisdizionale non possano essere diversi, a seconda che gli atti regolatori siano emessi in sede comunitaria o nazionale”<sup>165</sup>.

Ciò aumenta l’importanza dell’operatività del principio del buon senso, invocato dalla pronuncia, dal momento che in tali materie il processo di osmosi tra Unione Europea e Stati membri si fa ancora più pregnante<sup>166</sup>.

Le argomentazioni contenute nella sentenza sopra citata sono poi riprese – anche se più sinteticamente - dalle sentenze del T.A.R. Abruzzo sopra citate, sebbene queste ultime non contengano l’argomento relativo in modo specifico alla materia ambientale: nei casi sottoposti al vaglio del T.A.R., infatti, le parti ricorrenti non erano portatrici di un interesse ambientale ma avevano un interesse specifico in ordine a terreni di loro proprietà, sui quali la normativa nuova risultava avere ripercussioni limitative.

Tale differenza, che emerge nella parte motiva della sentenza del Consiglio di Stato, si riflette sul dispositivo: infatti, lo specifico interesse ambientale - che “non ha mirato a far rimuovere in quanto tali gli atti generali impugnati, bensì a farne

---

<sup>165</sup> P. BRAMBILLA, *Valutazione ambientale strategica pretermessa, annullamento ex nunc del piano ed effetti conformativi: il Consiglio di Stato si comunitarizza*, cit., la quale, come esempio ulteriore di tale processo di osmosi, al fine di rendere uguali gli standard della tutela giurisdizionale nazionale ed europea, cita “la pronuncia della Corte di Giustizia Ce, Sez. IV, 12 maggio 2011, C-115/09, che introduce nell’ordinamento tedesco una legittimazione processuale ed uno strumento di impugnazione a tutela del diritto di accesso all’informazione ambientale a favore delle organizzazioni non governative di tutela ambientale sconosciuto al legislatore nazionale”.

<sup>166</sup> Si rileva che il principio di buon senso è citato anche nelle sentenze del T.A.R. Abruzzo, che si pronunciano pur sempre in materia ambientale, sebbene riconoscano ai ricorrenti un interesse specifico e non meramente ambientale, in quanto essi non invocano direttamente l’interesse ambientale a tutela delle proprie ragioni. Tale aspetto è ben evidenziato da S. FOÀ, cit., che, riferendosi alle sentenze del T.A.R. Abruzzo, spiega che “mentre nel *leading case* del Consiglio di Stato i ricorrenti lamentavano un atto di pianificazione insufficiente a tutelare gli interessi ambientali, nel caso di specie lamentano una riduzione della potenzialità edificatoria dei terreni di proprietà, laddove il procedimento ambientale condiziona le scelte urbanistiche”.

rilevare l'illegittimità per l'inadeguatezza della tutela prevista dal piano faunistico" regionale, dovuta al mancato assoggettamento del piano alla procedura VAS - ha comportato l'emanazione, da parte del Consiglio di Stato, di una sentenza priva di effetti demolitori<sup>167</sup>.

Le sentenze del T.A.R. Abruzzo comportano, invece, anche effetti demolitori (parziali *ex tunc* e/o differiti, a seconda della tutela da accordare al ricorrente in concreto) dei provvedimenti impugnati.

### **5. L'annullamento retroattivo come sanzione per l'inadempimento da parte dell'amministrazione dell'obbligo di conformarsi statuito in sentenza: un passo in avanti verso l'effettività della tutela?**

Con riferimento alle sentenze del T.A.R. Abruzzo (e, in particolare, con riferimento alla sentenza n. 696<sup>168</sup>) è stato osservato come "il TAR si sia spinto ben

---

<sup>167</sup> La sentenza del Consiglio di Stato n. 2755/2011 sottolinea che "ove il collegio annullasse *ex tunc* ovvero anche *ex nunc* il piano della regione della mancata attivazione della VAS, sarebbero travolte tutte le prescrizioni del piano, e ciò sia in contrasto con la pretesa azionata col ricorso di primo grado, sia con la gravissima e paradossale conseguenza di privare il territorio pugliese di qualsiasi regolamentazione e di tute le prescrizioni di tutela sostanziali contenute nel piano già approvato". Per una diversa interpretazione, si veda M. SAPIO, *Un caso di sospensione degli effetti caduca tori del giudicato amministrativo in applicazione della rilevanza del diritto europeo sul diritto processuale amministrativo nazionale (nota a margine della sentenza del Consiglio di Stato, sezione sesta, n. 2755 del 10.05.2011)*, pubblicato il 19 maggio 2011 in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). L'A. afferma che la sentenza, "fermo restando il principio cardine del diritto processuale amministrativo dell'effetto costitutivo, di annullamento del giudicato di accoglimento del ricorso di annullamento" apporta un "interessante temperamento mutuato, in conformità del principio di congruenza, dall'esperienza giuridica europea", che "lungi dal consistere nel potere giudiziale di generale esclusione degli effetti caduca tori del giudicato di annullamento di un atto contrario al principio di legalità, si traduce in una eccezionale e transitoria sospensione giudizialmente disposta degli effetti di annullamento degli effetti dell'atto impugnato per un lasso di tempo determinato ovvero occorrente all'adozione, in sede di riedizione del pubblico potere, di un atto sostitutivo *ex nunc* in obbedienza alla *regula juris* del caso concreto". G. TESTA, *Note minime sulla configurabilità di azioni atipiche nel processo amministrativo alla luce del c.p.a. (in margine alla sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755)*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it), dopo aver rilevato che è possibile interpretare in due modi diversi la sentenza (ritenendo che la stessa "abbia unicamente effetti conformativi - come lo stesso giudice amministrativo sostiene - oppure sia possibile ipotizzare comunque la sussistenza di un annullamento del provvedimento viziato, seppur differito al momento della conformazione dell'amministrazione al giudicato e con mera efficacia *ex nunc*"), osserva che "la questione, seppur avente rilievi di sicuro interesse, appare tuttavia di scarsa importanza" in quanto "il dato di rilievo della decisione in esame pare riguardare la possibilità o meno di derogare, in adesione al principio di effettività della tutela, alla regola dell'annullamento con effetti *ex tunc* dell'atto illegittimo, o escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento, o differendoli temporalmente al momento della conformazione al giudicato e disponendo per gli stessi una efficacia *ex nunc*".

<sup>168</sup> T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 dicembre 2011, n. 696, *cit.*

oltre le già innovative posizioni assunte dal Consiglio di Stato”<sup>169</sup>: infatti, con tali pronunce, il T.A.R. ha non solo annullato una parte della variante con effetto *ex tunc* e una parte con effetto *ex nunc* anche per consentire la vigenza delle misure di salvaguardia, ma ha proceduto anche a disporre, in caso di violazione dell’obbligo di provvedere, l’integrale effetto caducatorio dell’atto di pianificazione, con effetto retroattivo<sup>170</sup>.

In particolare, nella sentenza del 10 maggio 2011, n. 2755<sup>171</sup>, il Consiglio di Stato “aveva infatti deciso di accogliere l’appello (ed il ricorso di primo grado) ma di non statuire sugli effetti caducatori dell’annullamento retroattivo degli atti impugnati (nella specie: il piano faunistico venatorio della Regione Puglia), disponendo unicamente gli effetti conformativi previsti dalla sentenza, lasciando così che gli atti gravati conservassero gli effetti fino alla loro modifica e/o sostituzione da parte della Regione” e dichiarando “il dovere dell’Amministrazione di procedere alla rinnovata emanazione del piano entro dieci mesi, rinviando all’eventuale giudizio di ottemperanza le ulteriori valutazioni in caso di inadempimento regionale”.

Nelle sentenze del T.A.R. Abruzzo, invece, “l’effetto caducatorio è stato già previsto come conseguenza dell’inadempimento da parte dell’Amministrazione”<sup>172</sup>.

Con riferimento alla tecnica utilizzata, è stata sottolineata l’affinità con le tecniche di giudizio della Corte Costituzionale, quando decide sull’efficacia temporale delle sentenze di accoglimento<sup>173</sup>.

In particolare, “il Consiglio di Stato ricalca sia la potestà di modulare l’efficacia temporale della pronuncia di accoglimento sia la sequenza tra sentenza monitoria e sentenza di accoglimento”<sup>174</sup>.

---

<sup>169</sup> In particolare, come sottolineato da A. MEALE, *L’annullamento condizionato dei provvedimenti amministrativi e l’effetto conformativo della sentenza*, commento a Consiglio di Stato, sez. IV, ord. 24 luglio 2012, n. 2846, in *Urbanistica e Appalti* n. 1/2013, 53.

<sup>170</sup> A. MEALE, *cit.* A tale riguardo l’autore sottolinea che “sarebbe interessante...approfondire il tema degli eventuali pregiudizi prodotti dalla vigenza delle misure di salvaguardia collegate ad un piano già dichiarato illegittimo e di poi del tutto reso inefficace”.

<sup>171</sup> *Cit.*

<sup>172</sup> A. MEALE, *cit.*

<sup>173</sup> M. MACCHIA, *L’efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, (nota a Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755), in *Giornale di diritto amministrativo* 12/2012, 1310.

<sup>174</sup> M. MACCHIA, *cit.* L’A. osserva che con tale tecnica, la Corte Costituzionale “prima, per via della pronuncia monitoria, rigetta la questione e indica le modifiche che si presentano necessarie, lasciando altrimenti presagire una futura declaratoria di incostituzionalità. Successivamente, qualora il legislatore non si

Nel giudizio amministrativo, la sequenza non consta di due processi distinti ma di un unico processo con due giudizi, uno di cognizione, in cui il giudice interviene “solo in modo conformativo ad indicare all’amministrazione la strada che deve essere percorsa, facendo da preludio ad una seconda sentenza costitutiva che avviene all’interno del giudizio di ottemperanza”<sup>175</sup> (nel caso della sentenza del Consiglio di Stato del 10 maggio 2011, n. 2755<sup>176</sup>, che dichiara “il dovere dell’Amministrazione di procedere alla rinnovata emanazione del piano entro dieci mesi, rinviando all’eventuale giudizio di ottemperanza le ulteriori valutazioni in caso di inadempimento regionale”) o, addirittura, in un unico giudizio (come nelle sentenze del T.A.R. Abruzzo, ove nel giudizio di cognizione l’effetto caducatorio è stato già previsto come conseguenza dell’inadempimento da parte dell’Amministrazione).

Con ordinanza del 24 luglio 2012, n. 2846<sup>177</sup>, la IV sez. del Consiglio di Stato ha accolto l’istanza cautelare proposta dal Comune, sospendendo l’esecutività della sentenza del T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 dicembre 2011, n. 696 “ai soli fini della proroga del termine concesso all’amministrazione comunale – e fissato nella sentenza appellata – per procedere agli incombeni ivi stabiliti che viene pertanto prorogato sino all’udienza di trattazione del merito della causa”<sup>178</sup>.

In particolare, la sentenza del T.A.R. Abruzzo aveva imposto al Comune di sottoporre la variante alla valutazione ambientale e di conformità alla pianificazione superiore, ed eventualmente riesaminarla in toto nella sua

---

attivi, pur avendo avuto nel frattempo la possibilità di intervenire per sanare il vizio, vi sarà una sentenza di incostituzionalità su un’identica questione”.

<sup>175</sup> M. MACCHIA, *cit.*

<sup>176</sup> *Cit.*

<sup>177</sup> In [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>178</sup> Ciò a fronte del fatto che “l’appellante amministrazione comunale, nel corso della discussione in camera di consiglio ha ristretto il *petitum* cautelare, chiedendo unicamente la proroga del termine fissato nella sentenza appellata per procedere agli incombeni ivi stabiliti, e richiedendo per il resto l’abbinamento al merito”, come rilevato nell’ordinanza. Nello stesso senso, Cons. Stato, sez. IV, ord. 24 luglio 2012, n. 2846, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (riferita alla sentenza T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 dicembre 2011, n. 696, *cit.*), Cons. Stato, sez. IV, ord. 24 luglio 2012, n. 2847, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (riferita alla sentenza T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 dicembre 2011, n. 697, *cit.*), Cons. Stato, sez. IV, ord. 24 luglio 2012, n. 2848, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (riferita alla sentenza T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 dicembre 2011, n. 698, *cit.*), Cons. Stato, sez. IV, ord. 24 luglio 2012, n. 2849, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (riferita alla sentenza T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 dicembre 2011, n. 693, *cit.*), Cons. Stato, sez. IV, ord. 24 luglio 2012, n. 2850, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (riferita alla sentenza T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 dicembre 2011, n. 699, *cit.*), Cons. Stato, sez. IV, ord. 24 luglio 2012, n. 2851, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (riferita alla sentenza T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 dicembre 2011, n. 695, *cit.*), Cons. Stato, sez. IV, ord. 24 luglio 2012, n. 2852, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (riferita alla sentenza T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 dicembre 2011, n. 700, *cit.*).

discrezionalità, usufruendo delle norme di salvaguardia, entro un tempo massimo di mesi otto dalla notificazione o comunicazione della presente sentenza, pena la perdita di efficacia *in toto* della variante con riviviscenza della precedente normativa.

L'ordinanza del Consiglio di Stato "depotenzia l'ordine del giudice di primo grado laddove collegava al mancato adempimento l'annullamento retroattivo dello strumento urbanistico e della sua variante"<sup>179</sup> e conferma l' "impegno del Giudice amministrativo nell'intendere l'annullamento del provvedimento come sanzione all'obbligo di conformarsi statuito in sentenza e, quindi, come reazione all'inadempimento dell'amministrazione"<sup>180</sup>.

L'ordinanza del Consiglio di Stato conferma la statuizione della sentenza del T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 dicembre 2011, n. 696<sup>181</sup> che aveva previsto l'effetto caducatorio come conseguenza dell'inadempimento da parte dell'Amministrazione e si pone, quindi, in linea con le sentenze del T.A.R. Abruzzo sopra citate, che vanno oltre le posizioni assunte dal Consiglio di Stato (che si è limitato a modulare gli effetti dell'annullamento e a rinviare, in caso di inadempimento dell'amministrazione agli obblighi conformativi, al giudizio di ottemperanza, ove esercitare i poteri "riguardanti le misure dissuasorie della eventuale inottemperanza"), imponendo l'annullamento *ex tunc* del provvedimento come sanzione per l'inadempimento.

Detta sanzione, tuttavia, desta delle perplessità, atteso che sul piano teorico, "il provvedimento amministrativo o è illegittimo, ed allora lo si annulla (in disparte gli effetti caducatori anche retroattivi) o non lo è"<sup>182</sup>.

---

<sup>179</sup> A. MEALE, *cit.*

<sup>180</sup> A. MEALE, *cit.*

<sup>181</sup> *Cit.* Lo stesso è accaduto anche per le altre sentenze del T.A.R. Abruzzo sopra citate.

<sup>182</sup> A. MEALE, *cit.* A. GIUSTI, La "nuova" sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, *cit.*, che afferma, con riferimento alla sentenza n. 2755/2011, che "molto più lineare, invero, sarebbe stato annullare il piano, per le ragioni ampiamente esposte ed argomentate nella parte motiva della decisione e, sfruttando le potenzialità oggi offerte dal codice, in particolare proprio l'art. 34, comma 1, lett.e), disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato, compresa la nomina di un commissario ad acta, con effetto alla scadenza del termine assegnato per l'ottemperanza. La particolare rilevanza dell'interesse coinvolto, la stessa logica della precauzione e della prevenzione che connotano la materia ambientale, avrebbero potuto giustificare, proprio facendo leva sulla genericità della formula dell'art. 34, comma 1, lett.e) l'applicazione delle astreintes, ovvero delle sanzioni per il ritardo nell'adempimento del giudicato di cui all'art. 114, comma 3, lett.e). In quest'ultima ipotesi, però, si tratta di una soluzione prospettabile solo astrattamente e che non avrebbe potuto essere in concreto realizzata, non solo per le



## 6. La giurisprudenza di primo grado più recente

Con la **sentenza n. 336 del 3 luglio 2012**<sup>183</sup>, il T.A.R. Abruzzo, Pescara, ha applicato ancora una volta i principi affermati dal Consiglio di Stato in tema di effetti dell'annullamento dell'atto in sede giurisdizionale e ha fatto ricorso altresì alla tecnica, utilizzata nelle precedenti sentenze del 13 dicembre 2011, consistente nel prevedere l'effetto caducatorio come conseguenza dell'inadempimento da parte dell'Amministrazione.

Nel caso di specie, un comune abruzzese aveva impugnato il provvedimento della Regione Abruzzo relativo alla riduzione della superficie di una concessione mineraria, nella sola parte in cui omette ogni determinazione in ordine alla messa in sicurezza dei siti minerari dismessi nel territorio comunale, senza tuttavia specificare nel ricorso come si potrebbe annullare in parte qua l'atto gravato.

Il T.A.R. Abruzzo, sez. Pescara, dopo aver premesso che “non è consentito a questo giudice aggiungere qualcosa a un atto amministrativo, potendo solo annullarlo anche parzialmente, per la ragione fondamentale che non è ammissibile una sostituzione del giudice amministrativo all'amministrazione attiva” (in specie, quella regionale), ha precisato che “il contenuto della sentenza deve essere tale da soddisfare in via sostanziale e non solo formale la richiesta di parte ricorrente e tutelare quindi il “bene della vita” cui aspira” (nella specie, del comune).

Conseguentemente, ha disposto “un annullamento parziale dell'atto impugnato non *ex tunc* ma a tempo, cioè dopo sei mesi dalla notificazione op comunicazione della presente sentenza, a meno che l'amministrazione non integri il contenuto del provvedimento stesso”.

Infatti, poiché il provvedimento impugnato risulta illegittimo per un'omissione<sup>184</sup>, ad avviso del T.A.R. occorre applicare quanto affermato dalla

---

incertezze teoriche legate all'anticipo in sede di cognizione di tali misure ma anche per la loro necessaria correlazione ad una specifica domanda di parte”.

<sup>183</sup> In [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>184</sup> La sentenza specifica che “l'interesse sostanziale del comune ricorrente non è tanto quello di annullare il provvedimento impugnato ma di integrarne il contenuto per quanto riguarda la messa in sicurezza dei siti minerari esistenti sul suo territorio”.

recente giurisprudenza<sup>185</sup> che ha attribuito al giudice il potere di “definire la portata della propria pronuncia giurisdizionale, in relazione all’utilità per la parte ricorrente e agli effetti di un eventuale annullamento”.

La sentenza del T.A.R. Abruzzo si pone in linea di continuità con la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755 anche per un altro aspetto peculiare, ossia quello relativo alla giustificazione del mancato annullamento dell’atto impugnato per interessi pubblici diversi da quelli fatti valere in giudizio, cosa che pone dei problemi di compatibilità con i principi del processo amministrativo.

E infatti, al pari della sentenza del Consiglio di Stato 2755/2011 - con riferimento alla quale appare predominante la tutela dell’interesse pubblico di non “privare il territorio pugliese di qualsiasi regolamentazione e di tutte le prescrizioni di tutela sostanziali contenute nel piano già approvato (retrospettivamente o a decorrere dalla pubblicazione della presente sentenza, nei casi rispettivamente di annullamento *ex tunc* o *ex nunc*)”<sup>186</sup> – la decisione del T.A.R. Abruzzo di emanare una sentenza con effetti meramente conformativi appare chiaramente supportata anche dalla volontà di tutelare “in parte anche gli interessi dei restanti comuni, che verrebbero lesi da un annullamento immediato del provvedimento impugnato”.

**Il T.A.R. del Lazio, sez. I, con sentenza del 13 febbraio 2012, n. 1432**, ha annullato un’ordinanza del Sindaco di Roma che individuava le aree in cui considerare compatibile solo lo svolgimento di manifestazioni pubbliche senza formazione di corteo (cd. manifestazioni statiche).

Sebbene il ricorso fosse stato notificato quando il provvedimento aveva ormai esaurito i suoi effetti, il Collegio ha ritenuto di non pronunciare l’inammissibilità del gravame per carenza di interesse in considerazione dei vantaggi connessi all’efficacia conformativa della sentenza di accoglimento.

Infatti, dopo aver evidenziato che “l’interesse al ricorso consiste in un vantaggio

---

<sup>185</sup> La sentenza richiama quanto affermato dalle sentenze del Consiglio di Stato, sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488 e 10 maggio 2011, n. 2755, sopra citate.

<sup>186</sup> In particolare, il Consiglio di Stato giustifica il mancato annullamento del piano sulla base del fatto che “l’annullamento *ex tunc* e anche quello *ex nunc* degli atti impugnati risulterebbero in palese contrasto sia con l’interesse posto a base dell’impugnazione, sia con le esigenze di tutela prese in considerazione dalla normativa di settore, e si ritorcerebbe a carico degli interessi pubblici di cui è portatrice ex lege l’associazione appellante”.

pratico e concreto, anche soltanto eventuale o morale, che può derivare al ricorrente dall'accoglimento dell'impugnativa", il T.A.R. ha individuato l'interesse sostanziale dedotto in giudizio dall'organizzazione sindacale ricorrente proprio in quello di evitare che siano emanati in futuro atti di analogo contenuto, trattandosi di atti dal contenuto precettivo reiterabile, affermando che "lo specifico interesse è connesso alla c.d. efficacia conformativa della sentenza, efficacia che, in caso di declaratoria di inammissibilità o improcedibilità del ricorso e, quindi, di sentenza in rito, non potrebbe mai venire in essere"<sup>187</sup>.

Nella sentenza sopra citata l'effetto conformativo non prescinde dall'annullamento dell'atto, che viene comunque ad essere disposto.

**Il T.A.R. Umbria, sez. I, con sentenza del 18 gennaio 2013, n. 20**, ha annullato la deliberazione con cui la Giunta regionale ha introdotto una aliquota impositiva sulle prestazioni rese *intra moenia*, causando così la diminuzione della concorrenzialità delle prestazioni erogate *intra moenia* effettuate dai medici esercenti l'attività libero professionale.

Il T.A.R., sottolinea che "l'interesse dei medici ricorrenti operanti in regime di *intra moenia* è solo e soltanto quello di ripristinare *ex nunc* il corretto confronto concorrenziale ed il libero svolgimento dell'attività libero professionale intramuraria" e precisa che "la retroattività degli effetti dell'annullamento sarebbe oltremodo incongrua ed iniqua, in quanto potrebbe determinare, senza alcun apprezzabile vantaggio per gli odierni istanti, possibili squilibri finanziari nell'esercizio 2012, essendo la misura in questione destinata al mantenimento

---

<sup>187</sup> Infatti, ad avviso del T.A.R., "in ragione del fatto che il giudizio amministrativo, anche ove molto rapido, ha una sua fisiologica durata, la continua reiterazione di atti aventi un medesimo contenuto e volti a disciplinare lo stesso assetto di interessi, ognuno per un periodo limitato, se il relativo gravame fosse via via dichiarato inammissibile o improcedibile senza essere deciso nel merito, renderebbe impossibile esercitare il sindacato giurisdizionale sull'azione amministrativa con conseguente ed ingiustificabile vuoto di tutela nell'ordinamento. In definitiva, l'ammissibilità, per quanto concerne l'impugnazione dell'ordinanza del 17 ottobre 2011, e la procedibilità, per quanto concerne l'impugnazione dell'ordinanza del 18 novembre 2011, dell'azione discendono dalla considerazione che l'utilità che la ricorrente intende ottenere dall'eventuale accoglimento del ricorso non è tanto o, comunque, non è solo l'annullamento degli atti impugnati, quanto l'efficacia conformativa del successivo esercizio del potere pubblico e, sotto tale profilo, non sussiste dubbio che la sentenza resa in ordine alla presente controversia possa essere idonea ad attribuire alla ricorrente tale utilità. La funzione primaria ed essenziale del giudizio, infatti, è quella di attribuire alla parte che risulti vittoriosa l'utilità che le compete in base all'ordinamento sostanziale (Cons. St., VI, 10 maggio 2011, n. 2755). Non a caso, l'effettività della tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo deve essere qualificata come la capacità del processo di conseguire risultati nella sfera sostanziale, vale a dire di garantire la soddisfazione dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio dal ricorrente la cui pretesa si sia rivelata fondata".

dell'equilibrio economico – finanziario”.

Ad avviso del TAR, “risulta oggi quanto meno rimeditata, anche sulla scia del diritto comunitario, la tradizionale regola secondo cui la sentenza di accoglimento della domanda di annullamento debba comportare sempre e comunque la integrale eliminazione degli effetti dell'atto impugnato, potendo invece il g.a. modularne gli effetti a seconda delle circostanze e comunque “dell'interesse posto a base dell'impugnazione” (Consiglio di Stato sez VI 10 maggio 2011 n. 2755) in coerenza con il principio della “pienezza ed effettività della tutela” elevato a principio generale dal vigente Codice del Processo amministrativo. Ne consegue l'ammissibilità del ricorso limitatamente alla caducazione con effetto *ex nunc* dei provvedimenti impugnati, non avendo i ricorrenti alcun interesse, come detto, all'eliminazione integrale, ora per allora, degli effetti prodotti”.

Con **sentenza del 22 gennaio 2014, n. 102, il TAR Liguria, sez. II**, ha annullato *ex nunc* gli atti adottati da una scuola che hanno portato alla mancata promozione di un alunno alla classe successiva, rilevando come “l'eventuale pronuncia d'annullamento *sic et simpliciter* degli atti impugnati non solo sarebbe *inutiliter data*, ma potrebbe addirittura mettere in dubbio la validità della carriera scolastica percorsa dalla ricorrente nelle more del giudizio. Per garantire l'effettività di tutela, anche in vista dell'eventuale domanda di ristoro dei danni sofferti, il collegio ritiene quindi - richiamando l'arresto giurisprudenziale (cfr. C.S., VI, 10 maggio 2011 n. 2755) che, in ragione della pretesa sostanziale dedotta in giudizio, ammette una opportuna “modulazione” del tipo e degli effetti della sentenza d'accoglimento - di dichiarare l'illegittimità degli atti impugnati e di annullarli solo con effetto *ex nunc*, fatta salva la successiva carriera scolastica della ricorrente”<sup>188</sup>.

---

<sup>188</sup> Nello stesso senso TAR Liguria, sez. II, 22 marzo 2013, n. 514 e TAR Lazio, sez. IIIB, 9 aprile 2014, n. 3838, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

**CAPITOLO IV**  
**LA MODULAZIONE DEGLI EFFETTI DELL'ANNULLAMENTO**  
**GIURISDIZIONALE NEL RAPPORTO TRA RICORSO PRINCIPALE E**  
**INCIDENTALE**

**1. Breve introduzione sulla questione del rapporto tra ricorso principale e incidentale**

Il principio della portata non necessariamente retroattiva della sentenza di annullamento è stato utilizzato anche per evitare in alcuni casi gli effetti iniqui che avrebbe comportato l'applicazione generalizzata del principio della priorità logica del ricorso incidentale su quello principale<sup>189</sup>, affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 7 aprile 2011, n. 4<sup>190</sup>: in particolare, l'applicazione di siffatta opzione interpretativa risulterebbe iniqua nei casi in cui la posizione dei concorrenti ricorrenti non siano diverse ma simmetriche, ossia nel caso di concorrenti ricorrenti ammessi entrambi alla partecipazione alla gara e non esclusi dalla stazione appaltante.

In questo caso, infatti, la portata retroattiva dell'annullamento degli atti di gara - nella parte in cui la stazione appaltante non ha escluso il ricorrente principale - conseguente all'accoglimento del ricorso incidentale priverebbe il ricorrente principale, privo di legittimazione al ricorso, della possibilità di contestare l'esito della procedura. In tali casi dovrebbe essere disposto un annullamento *ex nunc*, al fine di offrire una tutela maggiormente effettiva.

In tal modo, il **T.A.R. del Lazio, Roma, sez. II ter, con sentenza del 13 luglio 2012, n. 6418**<sup>191</sup>, modifica gli effetti che potrebbero essere causati seguendo la tesi

---

<sup>189</sup> Sul tema si veda C. BENETAZZO, *L'ordine di esame del ricorso principale e del ricorso incidentale tra oscillazioni giurisprudenziali e questioni irrisolte*, 15 maggio 2013, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) n. 10/2013. Si veda A. CARBONE, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.2, 2013, 428, che sottolinea che in tale caso "il potere di modulare gli effetti di annullamento è stato utilizzato per fini affatto diversi dall'ottenimento di una decisione di condanna ad un *facere*", al fine di "poter procedere all'esame di entrambi i ricorsi".

<sup>190</sup> *Cit.*

<sup>191</sup> In [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

adottata dal Consiglio di Stato<sup>192</sup>, pur non contestando, in linea di principio, l'opzione interpretativa adottata da questo.

Infatti, partendo pur sempre dall'esame prioritario del ricorso incidentale, ma facendo conseguire – in caso di fondatezza di questo - un annullamento con effetti *ex nunc* degli atti di gara (nella parte in cui la stazione appaltante non ha escluso il ricorrente principale), si consentirebbe l'esame del ricorso principale nel merito, con riferimento alle censure con cui è stata contestata l'ammissione alla gara dell'aggiudicatario ricorrente incidentale ed alle censure cui è comunque sotteso l'interesse strumentale perché idonee a determinare, se fondate, il travolgimento dell'intera procedura concorsuale: infatti, il ricorrente principale conserverebbe in tal modo una posizione differenziata e qualificata, mirando ad ottenere una nuova *chance* di aggiudicazione.

La sentenza del T.A.R. del Lazio ha ad oggetto l'impugnazione dell'aggiudicazione di un appalto pubblico con proposizione, da parte dell'aggiudicatario, di un ricorso incidentale c.d. escludente, con il quale viene contestata la partecipazione alla gara dell'impresa ricorrente e, quindi, la sua legittimazione ad impugnare il provvedimento di aggiudicazione.

La sentenza si inserisce nell'ambito della questione del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale e ripercorre le tappe della giurisprudenza più significative al riguardo.

Viene richiamata la sentenza dell'Adunanza Plenaria 10 novembre 2008, n. 11<sup>193</sup>, che riguardava una fattispecie di partecipazione ad una gara d'appalto di due sole imprese, ciascuna delle quali contestava l'ammissione dell'altra alla gara (rispettivamente, con il ricorso principale e con il ricorso incidentale), e la sentenza dell'Adunanza Plenaria 7 aprile 2011, n. 4<sup>194</sup>, in cui in gara vi erano tre imprese,

---

<sup>192</sup> Si ricorda che l'art. 99 comma 3 c.pa., in analogia con l'art. 374 c. 3 c.p.c., come modificato dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, introduce l'obbligo per le sezioni semplici d'appello di rimettere alla Plenaria la decisione del ricorso se non condivide il principio di diritto enunciato dalla Plenaria. Il vincolo non vale anche per il giudice di primo grado.

<sup>193</sup> In [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>194</sup> *Cit.* Con tale sentenza, il Consiglio di Stato è pervenuto ad una diversa conclusione, affermando che, qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, la sua accertata fondatezza preclude in ogni caso al giudice l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente. In particolare, il Consiglio di Stato ha affermato "il principio di diritto secondo cui il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il

ciascuna delle quali proponenti impugnazioni, principali ed incidentali, volte a contestare la partecipazione delle altre concorrenti.

Con la **sentenza dell'Adunanza Plenaria 10 novembre 2008, n. 11**, il Consiglio di Stato ha affermato che l'accoglimento del ricorso incidentale, da esaminare prioritariamente, non determinerebbe in ogni caso l'inammissibilità del ricorso principale. Infatti, nel caso in cui siano state ammesse due sole offerte ed entrambi i ricorsi contestino la legittimità dell'ammissione della controparte, meriterebbe tutela l'interesse strumentale del ricorrente principale alla ripetizione della gara<sup>195</sup>.

Al contrario, la **sentenza dell'Adunanza Plenaria 7 aprile 2011, n. 4**<sup>196</sup>, afferma la necessità che siano prioritariamente decise le questioni dedotte con il ricorso incidentale, qualora dalla definizione di queste ultime discendano soluzioni ostative o preclusive dell'esame delle ragioni dedotte con il ricorso principale: infatti, l'“interesse pratico” alla rinnovazione della gara non dimostrerebbe da solo la titolarità di una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso, atteso che tale aspettativa non si distinguerebbe da quella che potrebbe vantare qualsiasi operatore del settore che aspiri a partecipare ad una futura selezione.

In sostanza, solo i soggetti partecipanti alla gara hanno una posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela e sono legittimati al ricorso e la definitiva esclusione o l'accertamento dell'illegittimità della partecipazione alla gara impedirebbe di assegnare al concorrente la titolarità di detta legittimazione.

Per questo, il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale alleggi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera

---

ricorrente principale alleggi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura. Detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente. L'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità”.

<sup>195</sup> A. CARBONE, *cit.*, ricorda come “questa pronuncia, pur trovando talune adesioni in dottrina, è stata contestata sia per ragioni di ordine prettamente processuale — in quanto, opinando nel senso appena descritto, di fatto si prescindeva dalla sussistenza del requisito della legittimazione a ricorrere — sia perché una soluzione siffatta tendeva, in sostanza, a condurre verso un sindacato di tipo oggettivo, volto, cioè, a valutare la legittimità della gara in sé piuttosto che a tutelare posizioni giuridiche soggettive”.

<sup>196</sup> *Cit.*

procedura<sup>197</sup>.

Il T.A.R. richiama anche l'ordinanza del **T.A.R. Piemonte di rimessione alla Corte di Giustizia 9 febbraio 2012, n. 208**<sup>198</sup>, che ha dubitato della compatibilità comunitaria di quanto statuito nella decisione dell'Ad. pl. 7 aprile 2011, n. 4<sup>199</sup>; infatti, ad avviso del T.A.R., nel caso in cui i concorrenti rimasti in gara siano unicamente due (ricorrente principale e incidentale, l'uno mirante all'esclusione dell'altro), una corretta disamina, nel merito, dei motivi di gravame sollevati in via principale ed in via incidentale dovrebbe condurre all'accoglimento sia del ricorso principale sia del ricorso incidentale per l'inadeguatezza di entrambe le offerte rispetto a quanto richiesto dall'amministrazione: l'esito sostanziale sarebbe quello di annullare tutta la gara, in quanto entrambe le partecipanti (le uniche due partecipanti) non hanno avanzato offerte idonee a trovare aggiudicazione<sup>200</sup>.

Una tale situazione, infatti, ad avviso del T.A.R. Piemonte, soddisferebbe il c.d. interesse strumentale di cui è portatrice la ricorrente principale atteso che, non potendo quest'ultima aggiudicarsi la gara (perché anche la sua offerta, al pari di quella della rivale, non è risultata idonea), essa otterrebbe almeno la non aggiudicazione in capo alla controinteressata ricorrente incidentale e la conseguente ripetizione delle operazioni di gara, così mantenendo una *chance* di aggiudicazione futura a seguito della rinnovazione della procedura<sup>201</sup>.

---

<sup>197</sup> Ad avviso del T.A.R., “la necessità di definire il giudizio muovendo dall'esame delle questioni preliminari costituisce, ora, un'espressa regola positiva contenuta nell'art. 76, co. 4, c.p.a. che richiama l'art. 276, co. 2, c.p.c., secondo cui “il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa”.

<sup>198</sup> In [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>199</sup> *Cit.*

<sup>200</sup> In particolare, il caso sottoposto all'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 riguardava una gara in cui vi erano tre imprese, ciascuna delle quali proponenti impugnazioni, principali ed incidentali, volte reciprocamente a contestare la partecipazione delle altre concorrenti.

<sup>201</sup> L'ordinanza ha sollevato la seguente questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (ex art. 234 del Trattato CE): “Se i principi di parità delle parti, di non discriminazione e di tutela della concorrenza nei pubblici appalti, di cui alla Direttiva n. 1989/665/CEE, quale da ultimo modificata con la Direttiva n. 2007/66/CE, ostino al diritto vivente quale statuito nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, secondo il quale l'esame del ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara, deve necessariamente precedere quello del ricorso principale ed abbia portata pregiudiziale rispetto all'esame del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e indipendentemente dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, con particolare riferimento all'ipotesi in cui i concorrenti rimasti in gara siano soltanto due (e coincidano con il ricorrente principale e con l'aggiudicatario - ricorrente incidentale), ciascuno mirante ad escludere l'altro per mancanza, nelle rispettive offerte presentate, dei requisiti minimi di idoneità dell'offerta”. Si veda anche **T.A.R. Lazio, Roma, I ter, con sentenza 10 gennaio 2012, n. 197**, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che



Tuttavia, un esito del genere non è attualmente ammesso nell'ordinamento giuridico italiano, quale risultante dal diritto vivente nell'elaborazione giurisprudenziale dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale, con sentenza 7 aprile 2011, n. 4<sup>202</sup>, ha chiarito che l'esame del ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara, deve necessariamente ed in ogni caso precedere quello del ricorso principale.

L'impossibilità di poter applicare i principi affermati dalla Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 a tutte le ipotesi che possono in concreto venire in essere, è stata evidenziata anche dalle **Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, con sentenza 21 giugno 2012, n. 10294**, che si è pronunciata proprio sul ricorso proposto per ottenere la cassazione della sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011<sup>203</sup>

---

ha evidenziato come la conclusione dell'Adunanza Plenaria 7 aprile 2011, n. 4 non potrebbe riguardare il caso in cui, oltre ad avere interesse agli 'esiti della procedura selettiva', il ricorrente principale abbia l'ulteriore interesse alla rinnovazione della gara, in quanto, diversamente opinando, "si avverrebbe a conclusioni contrastanti con i principi di parità delle parti nel processo e di effettività della tutela giurisdizionale in materia di procedure ad evidenza pubblica, di fatto, attribuendo al ricorrente in via incidentale una ingiustificata posizione di vantaggio rispetto alle prospettive di tutela giurisdizionale riconosciuta a tutti gli operatori economici del settore che abbiano partecipato alla gara". Con riferimento alla questione pregiudiziale sollevata dal T.A.R. Piemonte, la **Corte di Giustizia UE, sez. X, si è pronunciata con sentenza 4 luglio 2013, C-100/12**, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) (v. paragrafo 3).

<sup>202</sup> *Cit.*

<sup>203</sup> In [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it). La Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso proposto per ottenere la cassazione della sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, rilevando, tuttavia, come "la decisione dell'Adunanza Plenaria non è stata condivisa da tutti i T.A.R. che si sono in seguito pronunciati ed ha ricevuto le critiche di una parte della dottrina in quanto al cospetto di due imprese che sollevano a vicenda la medesima questione, ne sanziona una con l'inammissibilità del ricorso e ne favorisce l'altra con il mantenimento di un'aggiudicazione (in tesi) illegittima, denotando una crisi del sistema che, al contrario, proclama di assicurare a tutti la possibilità di ricorrere al giudice per fargli rimediare a quello che (male) ha fatto o non ha fatto l'Amministrazione. Secondo il sistema, cioè, ciascun interessato ha facoltà di provocare l'intervento del giudice per ripristinare la legalità e dare alla vicenda un assetto conforme a quello voluto dalla normativa di riferimento. Secondo l'interpretazione dell'Adunanza Plenaria, invece, l'esercizio della giurisdizione finisce per convalidare un assetto diverso da quello che (secondo l'assunto) si sarebbe avuto se la PA avesse condotto il procedimento secondo le regole. Ciò genera indubbiamente delle perplessità che lasciano ancor più insoddisfatti ove si aggiunga che l'aggiudicazione può dare vita ad una posizione preferenziale soltanto se acquisita in modo legittimo e che la realizzazione dell'opera non rappresenta in ogni caso l'aspirazione dell'ordinamento (v. artt. 121 e 123 cod. proc. amm.), che in questa materia richiede un'attenzione e un controllo ancora più pregnanti al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato". La Suprema Corte ha affermato che "si tratta, però, di considerazioni che non bastano a giustificare la cassazione della decisione impugnata, in quanto la stessa non ha costituito la conseguenza di un aprioristico diniego di giustizia, ma del richiamo di norme e principi processuali che, peraltro, erano stati in precedenza diversamente interpretati, conducendo al risultato di ristabilire il dovuto ordine delle cose attraverso l'esame di entrambe le censure incrociate". Peraltro, la "praticabilità di una diversa conclusione aumenta per un verso i dubbi (dato che a fronte di due letture alternative, il giudice dovrebbe privilegiare quella che assicura e non quella che ostacola la somministrazione della tutela e la piena attuazione della legge), ma dall'altro conferma che ciò di cui si discute è la bontà o meno di una nuova interpretazione e, dunque, di un possibile errore di diritto che non può formare oggetto di doglianza in questa sede".

## **2. La portata non retroattiva dell'annullamento giurisdizionale degli atti di gara che consegue al ricorso incidentale: la soluzione del T.A.R. Lazio, sentenza 13 luglio 2012, n. 6418**

Il T.A.R. Lazio, con la sentenza citata, pur aderendo al principio generale formulato dalla Plenaria n. 4/2011 che per la sussistenza della legittimazione a ricorrere richiede necessariamente che la partecipazione alla gara sia avvenuta legittimamente, addiuvine a conclusione diverse, affermando che l'impostazione della Plenaria debba essere rivista "sulla base di un'evoluzione dei principi contenuti nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 che tenga conto di una giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato successiva alla pronuncia della Plenaria (cfr. Cons. St., VI, 10 maggio 2011, n. 2755 richiamata in Cons. St., V, 26 gennaio 2012, n. 340)"<sup>204</sup>.

Infatti, la soluzione adottata dalla Plenaria n. 4/2011 appare contrastare con i principi di parità delle parti, di non discriminazione e di libera concorrenza<sup>205</sup> in quanto l'interesse del ricorrente principale alla rinnovazione della gara deve poter trovare ingresso nella disamina giurisdizionale, pena l'attribuzione di una ingiustificata posizione di vantaggio (sia processuale sia sostanziale) all'impresa che è diventata aggiudicataria rispetto alle prospettive di tutela giurisdizionale riconosciuta a tutti gli operatori economici che abbiano partecipato alla gara<sup>206</sup>.

---

<sup>204</sup> T.A.R. del Lazio, Roma, sez. II ter, con sentenza del 13 luglio 2012, n. 6418, *cit.*

<sup>205</sup> La Direttiva 21 dicembre 1989, n. 1989/665/CEE, come recentemente modificata dalla Direttiva n. 2007/66/CE, garantisce i mezzi di ricorso efficaci e rapidi al fine di rendere effettiva l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria (art. 1, par. n. 1), prescrivendo a tutti gli Stati membri di dotarsi di procedure adeguate che permettano l'annullamento delle decisioni illegittime, così da evitare effetti distorsivi della concorrenza cagionati, all'interno di un singolo Stato, da un'eventuale maggiore difficoltà di accesso alla tutela giurisdizionale da parte delle imprese.

<sup>206</sup> Peraltro, il T.A.R. evidenzia che "Perplessità sostanzialmente analoghe erano già state espresse dal TAR Lazio, Roma, I ter, con sentenza 10 gennaio 2012, n. 197 che, pur non sollevando la questione di pregiudizialità comunitaria, nell'evidenziare la presenza alla gara di due soli concorrenti ed il fatto che gli stessi, ricorrente principale e ricorrente incidentale, abbiano contestato l'omessa esclusione dalla gara della controparte processuale a causa di presunte carenze inerenti la dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, ha rilevato che, sotto questi profili, i due contendenti hanno una posizione del tutto analoga, così com'è evidente che, se fossero condivisibili le censure che hanno proposto, le stazioni appaltanti sarebbero costrette ad una riedizione della procedura ad evidenza pubblica. Pertanto, ha evidenziato che la parte ricorrente in via principale non vanta solo l'interesse a contestare l'aggiudicazione definitiva disposta in favore del controinteressato ricorrente incidentale, ma, anche ove si accertasse la sua carenza dei requisiti di partecipazione alla gara (in accoglimento del ricorso incidentale), avrebbe, comunque, interesse a verificare la legittimità della partecipazione alla gara del controinteressato, per l'indubbio vantaggio consistente nella possibilità di partecipare ad una nuova procedura. In sostanza, l'accoglimento del ricorso incidentale dell'aggiudicatario farebbe certamente venire meno l'interesse del ricorrente principale a

Il T.A.R. Lazio, quindi, in ordine alla tutela dell'interesse strumentale, richiama la giurisprudenza comunitaria che ha affermato che la partecipazione alla gara costituisce un fattore di differenziazione della situazione soggettiva vantata dall'impresa che intenda agire in giudizio per dedurre la presenza di illegittimità nello svolgimento della gara<sup>207</sup>.

L'annullamento giurisdizionale costituisce, per la giurisprudenza europea, "uno strumento di tutela di una posizione soggettiva sostanziale, non una via di ripristino della legalità violata, con un vincolo di necessaria presupposizione tra lesione ed annullamento giurisdizionale dell'atto illegittimo, sicché il relativo sistema di giustizia, così come quello nazionale, ha chiaramente una connotazione soggettiva"<sup>208</sup>.

Il T.A.R., quindi, afferma che la soluzione a cui è giunta l'Ad. pl. 7 aprile 2011, n. 4<sup>209</sup>, se interpretata alla luce dei principi sopra richiamati, "non sembra incompatibile con i principi del diritto europeo in quanto, nella sua prospettazione, non sussiste alcuna compressione del c.d. interesse strumentale, ma il venire meno della legittimazione ad agire che, determinando l'assimilazione del ricorrente

---

contestare l'aggiudicazione della gara, ma non eliminerebbe il diverso e distinto interesse a coltivare il ricorso al fine di partecipare alla nuova procedura che scaturirebbe dall'accoglimento delle censure contenute nel ricorso principale, mentre ragionando diversamente si giungerebbe alla conclusione di far dipendere le forme di tutela giurisdizionale – di imprese che si trovano, rispetto all'ammissione alla procedura ad evidenza pubblica, nella medesima posizione, essendo entrambe prive dei requisiti di partecipazione – dagli sviluppi della procedura ad evidenza pubblica, atteso che la prima classificata conseguirebbe non solo l'aggiudicazione, ma anche un indebito vantaggio processuale, potendo, a seguito dell'impugnazione della seconda classificata, proporre ricorso incidentale con la certezza di paralizzare il ricorso principale, laddove l'operatore economico giunto secondo, pur potendo dimostrare che il primo classificato si trova nella sua medesima situazione rispetto al mancato possesso dei requisiti di partecipazione, si vedrebbe 'privato' dell'interesse di chiedere e ottenere la riedizione della procedura e, quindi, della possibilità di parteciparvi. Di talché, secondo la richiamata sentenza del TAR Lazio, I ter, n. 197 del 2012, la conclusione dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 non potrebbe riguardare il caso in cui, oltre ad avere interesse agli 'esiti della procedura selettiva', il ricorrente principale abbia l'ulteriore interesse alla rinnovazione della gara, in quanto, diversamente opinando, si addiverrebbe a conclusioni contrastanti con i principi di parità delle parti nel processo e di effettività della tutela giurisdizionale in materia di procedure ad evidenza pubblica, di fatto, attribuendo al ricorrente in via incidentale una ingiustificata posizione di vantaggio rispetto alle prospettive di tutela giurisdizionale riconosciuta a tutti gli operatori economici del settore che abbiano partecipato alla gara".

<sup>207</sup> Corte di Giustizia, sez. VI, 19 giugno 2003, C-249/01, pronunciata sul caso Hackermuller, ove si evidenzia, al punto 27, che, quando all'offerente è riconosciuto "il diritto di contestare la fondatezza del motivo della propria esclusione nell'ambito della procedura di ricorso avviata per contestare la legittimità della decisione con cui l'autorità aggiudicatrice non ha ritenuto la sua offerta come la migliore, non si può escludere che, al termine di tale procedura, l'autorità adita pervenga alla conclusione che detta offerta sarebbe dovuta essere effettivamente esclusa in via preliminare e che il ricorso dell'offerente debba essere respinto in quanto, tenuto conto di tale circostanza, egli non è stato o non rischia di essere leso dalla violazione da lui denunciata".

<sup>208</sup> T.A.R. del Lazio, Roma, sez. II ter, con sentenza del 13 luglio 2012, n. 6418, *cit.*

<sup>209</sup> *Cit.*

principale al *quisque de populo*, comporta altresì la regressione dell'interesse strumentale ad un interesse di mero fatto, vale a dire ad una situazione irrilevante per l'ordinamento giuridico”<sup>210</sup>.

Dopo una disamina sulla legittimazione ad agire – ancorata alla titolarità della situazione giuridica sostanziale ingiustamente lesa dal provvedimento amministrativo e caratterizzata dalla differenziazione e dalla qualificazione - e l'interesse a ricorrere - consistente in un vantaggio pratico e concreto, anche soltanto eventuale o morale, che può derivare al ricorrente dall'accoglimento dell'impugnativa e richiede che l'atto impugnato abbia prodotto una lesione diretta, attuale e concreta nella sfera giuridica del destinatario -, e dopo aver affermato che “il c.d. interesse strumentale alla rinnovazione della gara da parte del concorrente che abbia legittimamente partecipato è un interesse giuridicamente qualificato e tutelato e non un interesse di mero fatto, avendo come sua specificità, come per ogni altro interesse strumentale, la circostanza che il bene della vita al quale aspira il ricorrente non è conseguibile immediatamente, in esito all'annullamento, ma solo eventualmente, a seguito del rinnovato esercizio del potere amministrativo”<sup>211</sup>, il

---

<sup>210</sup> Il T.A.R. Lazio, richiamando la sentenza Cons. Stato, VI, 15 giugno 2011, n. 3655, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ha affermato che “i principi enunciati dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 non contrastano con quelli ora richiamati, essendo chiaro che un'impresa può risultare ingiustamente pregiudicata a favore di un'altra nell'ambito della procedura di gara, ovvero essere oggetto di una illegittima preclusione al ricorso, solo in quanto sia titolare di una posizione sostanziale che dà titolo a partecipare alla gara stessa, ed è perciò tutelabile in giustizia; soltanto in questo caso, infatti, si configura il presupposto della situazione di parità con un'altra impresa suscettibile di essere lesa, poiché solo chi ha una corretta posizione sostanziale che lo legittimi ad essere parte nella gara ha poi un titolo a lamentare un eventuale deficit di tutela giurisdizionale al riguardo. In ipotesi contraria verrebbe affermato che i suddetti principi impongono di assicurare il giudizio, sempre e fino alla pronuncia nel merito, a favore di qualsivoglia soggetto che – indipendentemente dalla sua giusta presenza in un rapporto amministrativo - si pretenda leso rispetto ad una gara alla quale, proprio a seguito di suo ricorso, è stato accertato che non ha titolo a partecipare, e della quale, pur data tale situazione, non sussistono gli eccezionali presupposti di impugnabilità. Da ciò conseguirebbe che non si riscontra l'asserita lesione del principio della libera concorrenza; la relativa garanzia, per il profilo processuale, è data infatti dalla non discriminazione all'azione in giudizio fra gli aventi titolo idoneo a ricorrervi, perché titolari di una posizione sostanziale similmente tutelabile, e non già dalla garanzia che chiunque possa impugnare una procedura di gara pur se privo di una tale titolo abilitante all'impugnazione. In particolare, la contestazione dell'assenza dei medesimi requisiti di partecipazione in capo al ricorrente incidentale, dedotta con il ricorso dal ricorrente principale, non può essere considerata eccezione preliminare, a sua volta “paralizzante”, venendo a mancare in radice la legittimazione al ricorso del ricorrente principale e con ciò il titolo a dedurre avverso atti del procedimento di gara, perché si invertirebbe lo sviluppo logico del giudizio, che vuole sia anzitutto vagliata l'idoneità a domandare l'intervento del giudice in capo a chi per primo lo ha investito di una domanda su cui poggia l'intero contenzioso”.

<sup>211</sup> Infatti, “anche ove costituisca un dato di fatto oggettivo che la gara non potrebbe essere rinnovata - ad esempio per la sicura insussistenza della disponibilità finanziaria a causa dell'intervenuta scadenza di un finanziamento pubblico - e, quindi, nel caso in cui la mancata rinnovazione sia il frutto di una scelta vincolata e non discrezionale, il ricorso principale potrebbe essere dichiarato improcedibile per tale ragione, ma potrebbero comunque residuare l'interesse e la legittimazione a proporre l'azione risarcitoria ai sensi

T.A.R. del Lazio distingue due ipotesi, a seconda della fase procedimentale a cui afferiscono le censure proposte dal ricorrente principale illegittimamente ammesso:

- **censure che afferiscono alla fase preliminare di verifica dei requisiti di ammissione** (o comunque precedente l'attribuzione dei punteggi)
- **censure che afferiscono alla fase dello svolgimento della gara** (fase dell'attribuzione dei punteggi).

In ordine alle seconde, l'annullamento dell'ammissione del ricorrente principale (ossia della mancata esclusione del ricorrente principale dalla gara) determina effettivamente la sua equiparazione a quella di un qualunque imprenditore che non ha proposto domanda di partecipazione alla gara<sup>212</sup>.

In ordine alle prime, invece, la posizione del ricorrente principale rimane differenziata e qualificata: a tali censure, infatti, è collegato l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara, in quanto il ricorrente principale, sebbene illegittimamente ammesso, ha espresso la volontà di partecipazione e, al pari del ricorrente incidentale, è stato ammesso a concorrere.

Pertanto, se il ricorrente incidentale propone fondatamente censure relative alla illegittima ammissione del ricorrente principale alla gara e quest'ultimo deduce doglianze relative allo svolgimento della gara alla quale non aveva titolo a partecipare, i due contendenti hanno una posizione differente e, conseguentemente, non è configurabile una lesione della par condicio tra gli stessi.

Invece, se anche il ricorrente principale contesta l'ammissione alla gara del ricorrente incidentale o deduce censure idonee, se fondate, a determinare il travolgimento della procedura selettiva, le due posizioni sono simmetriche e,

---

dell'art. 34, co. 3, c.p.a. La sopravvenuta inutilità per il ricorrente principale di ottenere l'annullamento del provvedimento impugnato, quindi, non determinerebbe affatto la dequotazione del proprio interesse legittimo ad interesse di mero fatto, ma potrebbe determinare semmai l'esigenza di proporre l'azione di risarcimento dei danni congiuntamente o in luogo dell'azione di annullamento".

<sup>212</sup> In tale caso, "ritenendo che l'accoglimento del ricorso incidentale ed il conseguente annullamento della ammissione alla gara o, meglio, della omessa esclusione del ricorrente principale dalla gara, agendo *ex tunc*, releggi su un piano meramente fattuale l'illegittima partecipazione, dovrebbe ritenersi che, in assenza della differenziazione della posizione, che non sarebbe più distinguibile da quella di chi alla gara non ha partecipato, non sussisterebbe alcun interesse legittimo da tutelare, ma solo un interesse di mero fatto, con conseguente assenza della legittimazione ad agire, di cui il ricorrente principale sarebbe privo al pari di ogni altro imprenditore che non ha partecipato alla gara. In altri termini, l'interesse del ricorrente principale sarebbe, in tale ipotesi, di mero fatto, vale a dire equiparabile a quello di qualsiasi altro operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo ad impugnare gli atti, pur essendo titolare di un interesse di fatto al travolgimento dell'intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di indizione di una nuova gara".

pertanto, la dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale, lede il principio di parità delle parti e della libertà di concorrenza.

Così risolto il problema centrale riguardante la sussistenza della legittimazione ad agire, il T.A.R. ha ritenuto di superare il possibile *vulnus* alla pienezza della tutela giurisdizionale “sulla base di un’evoluzione dei principi contenuti nella sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 che tenga conto di una giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato successiva alla pronuncia della Plenaria (cfr. Cons. St., VI, 10 maggio 2011, n. 2755 richiamata in Cons. St., V, 26 gennaio 2012, n. 340)”.

Richiamando la giurisprudenza amministrativa che ha modulato gli effetti della sentenza di annullamento, il TAR ha utilizzato lo strumento della caducazione *ex nunc* al fine di tutelare la piena simmetria delle posizioni dei concorrenti ricorrenti, entrambi ammessi alla partecipazione alla gara e non esclusi dalla stazione appaltante<sup>213</sup>, disponendo che la fondatezza del ricorso incidentale e, *in parte qua*, del ricorso principale comportano l’annullamento dell’intera gara e l’obbligo di rinnovazione della stessa da parte della stazione appaltante con conseguente soddisfazione dell’interesse strumentale ad ottenere una nuova *chance* di aggiudicazione da parte di entrambe le imprese.

La sentenza del T.A.R. Lazio ha individuato il punto focale del problema nella la persistenza o meno della legittimazione ad agire del ricorrente principale, titolare di un interesse strumentale, a seguito dell'accoglimento di un ricorso incidentale

---

<sup>213</sup> Si legge nella sentenza che, in tale caso, infatti, “potrebbe rivelarsi incongrua e manifestamente ingiusta la portata retroattiva, vale a dire con efficacia *ex tunc*, dell’annullamento degli atti di gara nella parte in cui la stazione appaltante non ha escluso il ricorrente principale, annullamento che consegue all’accoglimento del ricorso incidentale, potendo rivelarsi più rispettoso del principio di effettività della tutela disporre detto annullamento con efficacia *ex nunc*. La posizione del ricorrente principale, seguendo tale traiettoria argomentativa diverrebbe indifferenziata, essendo stata accertata l’illegittimità della sua ammissione, con riferimento alla fase dello svolgimento della vera e propria gara, attraverso cui realizzare l’interesse finale all’aggiudicazione, ma rimarrebbe certamente differenziata e qualificata con riferimento alla fase precedente per ottenere una nuova *chance* di aggiudicazione, con conseguente impossibilità - permanendo entrambe le condizioni soggettive dell’azione, vale a dire la legittimazione ad agire e l’interesse strumentale, questa volta legittimo, alla rinnovazione della gara – di dichiarare, a seguito dell’accoglimento del ricorso incidentale, l’inammissibilità *in parte qua* del ricorso principale, il quale, invece, dovrebbe essere esaminato nel merito con riferimento alle censure con cui è stata contestata l’ammissione alla gara dell’aggiudicatario ricorrente incidentale ed alle censure cui è comunque sotteso l’interesse strumentale perché idonee a determinare, se fondate, il travolgimento dell’intera procedura concorsuale”.

escludente: il ricorso principale rimane ammissibile solo se rimane la legittimazione ad agire del ricorrente principale.

Come ha evidenziato la dottrina, “l’eventuale inammissibilità dell’azione principale ... deriva all’accertamento della illegittima ammissione alla gara del ricorrente principale e dal conseguente annullamento in parte qua dell’azione amministrativa e, quindi, solo in via mediata è effetto dell’accoglimento del ricorso incidentale”.

In altri termini, è l’annullamento *ex tunc* (dell’azione amministrativa nella parte in cui ha consentito la partecipazione alla gara all’offerente che ha proposto il ricorso principale), effetto tipico dell’azione impugnatoria, quale è anche il ricorso incidentale, che fa venir meno le condizioni soggettive dell’azione principale<sup>214</sup>.

Avendo quindi individuato il cuore del problema nell’effetto retroattivo dell’annullamento, il T.A.R. del Lazio applica i principi delineati dal Consiglio di Stato sulla non inderogabilità di detta regola per evitare gli effetti iniqui che avrebbe comportato l’applicazione del principio della priorità logica del ricorso incidentale su quello principale ai casi in cui le posizioni dei concorrenti ricorrenti non appaiano diverse ma simmetriche, ossia nel caso di concorrenti ricorrenti ammessi entrambi alla partecipazione alla gara e non esclusi dalla stazione appaltante: in tali casi la portata retroattiva della dell’annullamento degli atti di gara nella parte in cui la stazione appaltante non ha escluso il ricorrente principale, conseguente all’accoglimento del ricorso incidentale, dovrebbe essere derogata in favore di un annullamento *ex nunc*, al fine di offrire una tutela maggiormente effettiva.

Con tale accorgimento, l’orientamento della Plenaria non appare più violativo dei principi comunitari di non discriminazione, parità delle parti e di tutela della concorrenza negli appalti pubblici.

---

<sup>214</sup> R. CAPONIGRO, *Le azioni reciprocamente “escludenti” tra giurisprudenza europea e nazionale*, cit, ove si evidenzia che “la constatazione che talvolta la giurisprudenza, come la stessa sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, abbia fatto discendere dall’accoglimento del ricorso incidentale l’effetto della improcedibilità o della inammissibilità del ricorso principale anziché l’effetto di annullamento dell’atto di ammissione (rectius: della non esclusione) costituisce, a mio avviso, una modalità non ortodossa di redazione del dispositivo che, comunque, non può portare ad escludere il concetto fondamentale, e cioè che sia proprio l’annullamento con efficacia *ex tunc*, dell’ammissione del ricorrente principale a determinare il venire meno delle condizioni soggettive dell’azione principale che, altrimenti, continuerebbero a persistere”.

Dette accuse, infatti, sembrano presupporre la necessaria portata retroattiva della sentenza di annullamento<sup>215</sup>.

Invece, attraverso la modulazione degli effetti dell'annullamento possono, in concreto, essere, scongiurate le conseguenze inique che l'orientamento della Plenaria avrebbe arrecato, senza tuttavia che sia necessaria una rimeditazione di tale orientamento<sup>216</sup>.

Un annullamento *ex tunc* degli atti di gara avrebbe come effetto il venire meno della legittimazione ad agire in capo al ricorrente principale.

Detto effetto, se non appare contrastare con l'ordinamento comunitario laddove il ricorrente principale proponga censure afferenti allo svolgimento della gara<sup>217</sup>, appare invece violare i principi comunitari di parità delle parti, non discriminazione e tutela della concorrenza se riferito anche alle censure afferenti alla fase preliminare (di verifica dei requisiti di ammissione, o precedente all'attribuzione dei punteggi o a quella dello svolgimento della gara).

---

<sup>215</sup> Ciò appare evidente anche nella sentenza della Corte di Giustizia, sez. X, del 7 luglio 2013, *cit.*, ove, al par. 15, si riporta l'orientamento della Plenaria, evidenziando che “secondo tale giudice, l'accertamento dell'illegittimità dell'ammissione del ricorrente principale alla procedura avrebbe una portata retroattiva e l'esclusione definitiva di quest'ultimo dalla suddetta procedura comporterebbe che esso si trovi in una situazione che non gli permette di contestare l'esito della procedura stessa”.

<sup>216</sup> Si veda R. CAPONIGRO, *L'interesse legittimo strumentale nelle gare d'appalto*, ottobre 2012, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che sottolinea che non bisogna ritenere che “in esito alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, sia significativamente compromessa la tutela dell'interesse strumentale nell'ambito nazionale né porta necessariamente a ritenere che sia presente una violazione dei principi di ispirazione comunitaria di non discriminazione, parità delle parti e di tutela della concorrenza negli appalti pubblici”. Infatti la soluzione della plenaria “non sembra incompatibile con i principi del diritto europeo in quanto, nella sua prospettazione, non sussiste alcuna compressione del c.d. interesse strumentale, ma il venire meno della legittimazione ad agire che, determinando l'assimilazione del ricorrente principale al *quisque de populo*, comporta altresì la regressione dell'interesse strumentale ad un interesse di mero fatto, vale a dire ad una situazione irrilevante per l'ordinamento giuridico, con ciò ribadendo un principio fondamentale, strutturale al concetto stesso di impugnazione, vale a dire che devono essere decise prima le questioni che attengono all'an dello scrutinio rispetto alle questioni che riguardano l'illegittimità dell'atto impugnato”.

<sup>217</sup> R. CAPONIGRO, *cit.* rileva come, “in ordine alle censure proposte in via principale dal concorrente illegittimamente ammesso afferenti allo svolgimento della gara, l'indirizzo assunto dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 sembra senz'altro condivisibile in quanto, con riferimento a tale specifico e successivo segmento procedimentale, l'eliminazione con efficacia *ex tunc* della ammissione del ricorrente principale determina effettivamente la sua equiparazione a quella di un qualunque imprenditore che, pur potendolo, non ha inteso proporre domanda di partecipazione. Viceversa, appare più problematico ritenere che la posizione non rimanga differenziata e qualificata e, quindi, avente consistenza di interesse legittimo in relazione alle censure afferenti alla fase preliminare in quanto non può disconoscersi il fatto storico che il ricorrente principale, sebbene sia accertata in sede giurisdizionale l'illegittimità della sua ammissione, abbia espresso la volontà di partecipazione e sia stato ammesso a concorrere dalla stazione appaltante, per cui sembra più arduo che possa essere considerato un *quisque de populo* alla stregua di un qualunque soggetto che sia rimasto totalmente estraneo alla procedura concorsuale senza avanzare nemmeno la domanda di partecipazione”.



Per poter tutelare, in quest'ultimo caso, la posizione del ricorrente principale, che rimane differenziata e qualificata rispetto a qualunque soggetto rimasto estraneo alla procedura concorsuale – avendo espresso la volontà di partecipare ed essendo stato ammesso a concorrere dalla stazione appaltante<sup>218</sup> - il T.A.R. del Lazio, pur esaminando prioritariamente il ricorso incidentale, conformemente all'orientamento della Plenaria del 2011, fa conseguire alla fondatezza di questo l'annullamento con effetti *ex nunc* degli atti di gara (nella parte in cui la stazione appaltante non ha escluso il ricorrente principale), evitando così che l'annullamento dell'ammissione del ricorrente principale determini il venir meno delle condizioni soggettive dell'azione<sup>219</sup>.

---

<sup>218</sup> cfr. R. CAPONIGRO, *cit.*, ove si evidenzia che “se il ricorrente incidentale propone fondatamente censure relative alla illegittima ammissione del ricorrente principale alla gara e quest'ultimo deduce doglianze relative allo svolgimento della gara alla quale non aveva titolo a partecipare, la differente posizione dei due contendenti è *ictu oculi* rilevabile, sicchè, nemmeno in teoria, potrebbe sussistere una lesione della *par condicio* tra gli stessi, mentre, se anche il ricorrente principale contesta l'ammissione alla gara del ricorrente incidentale o deduce censure idonee, se fondata, a determinare il travolgimento della procedura selettiva, le due posizioni si pongono su un piano di maggiore simmetria, per cui la dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale, potrebbe porsi in contrasto con le regole che, in ambito nazionale, governano lo svolgimento del processo amministrativo e, di conseguenza, potrebbe ipotizzarsi una lesione al principio di parità delle parti e, quindi, di tutela della libertà di concorrenza”. L'A. conclude che “L'evidenziata natura impugnatoria del ricorso incidentale, peraltro, potrebbe rendere applicabile alla fattispecie l'orientamento, già sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa facendo leva sui principi ricavabili dal codice del processo e sui canoni di derivazione europea, secondo cui la regola della portata retroattiva della sentenza di annullamento sarebbe passibile di deroga ogniqualvolta la sua applicazione possa risultare incongrua e manifestamente ingiusta, vale a dire in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale... In particolare, in ragione della piena simmetria delle posizioni dei concorrenti ricorrenti, potrebbe rivelarsi incongrua e manifestamente ingiusta la portata retroattiva dell'annullamento degli atti di gara nella parte in cui la stazione appaltante non ha escluso il ricorrente principale, annullamento che consegue all'accoglimento del ricorso incidentale, potendo rivelarsi più rispettoso del principio di effettività della tutela disporre detto annullamento con efficacia *ex nunc*. La posizione del ricorrente principale, seguendo tale traiettoria argomentativa - se diverrebbe indifferenziata, essendo stata accertata l'illegittimità della sua ammissione, con riferimento allo svolgimento della gara da cui realizzare l'interesse finale all'aggiudicazione - rimarrebbe certamente differenziata e qualificata con riferimento alla fase precedente per ottenere una nuova *chance* di aggiudicazione, con conseguente impossibilità - permanendo entrambe le condizioni soggettive dell'azione, vale a dire la legittimazione ad agire e l'interesse strumentale, questa volta legittimo, alla rinnovazione della gara - di dichiarare, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale, l'inammissibilità *in parte qua* del ricorso principale, il quale, invece, dovrebbe essere esaminato nel merito con riferimento alle censure con cui è stata contestata l'ammissione alla gara dell'aggiudicatario ricorrente incidentale ed alle censure cui è comunque sotteso l'interesse strumentale perché idonee a determinare, se fondate, il travolgimento dell'intera procedura concorsuale”.

<sup>219</sup> R. CAPONIGRO, *Le azioni reciprocamente "escludenti" tra giurisprudenza europea e nazionale*, *cit.* ad avviso del quale il ragionamento seguito dal T.A.R., “non del tutto incoerente con i principi espressi dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011”, porta alla soluzione “per la quale la fondatezza del ricorso incidentale “escludente” non determina la necessaria ed automatica inammissibilità per carenza di legittimazione ad agire del ricorso principale”, soluzione “che appare preferibile e più coerente con i principi sostanziali e processuali degli ordinamenti europeo e nazionale”. Ma la strada seguita dal T.A.R. (che fa discendere “la persistenza della sua legittimazione ad agire, relativamente alle censure “escludenti” della controparte ... dall'efficacia *ex nunc* dell'annullamento dell'azione dell'amministrazione nella parte in cui non ha escluso dalla gara l'offerente ricorrente principale”) è solo una delle strade possibili. Infatti, alla

Il T.A.R., in linea con la giurisprudenza amministrativa sulla modulazione degli effetti delle sentenze di annullamento, ha scongiurato il verificarsi di situazioni incongrue e ingiuste attraverso una deroga alla regola della portata retroattiva della sentenza di annullamento, al fine di apprestare una tutela maggiormente effettiva per il ricorrente.

E nel caso di specie, come evidenziato dalla dottrina, “l’effettività della tutela è considerata in relazione alla posizione di tutti e due i ricorrenti e, quindi, oltre che del ricorrente incidentale il cui ricorso si riveli fondato, anche del ricorrente principale il cui ricorso potrebbe rivelarsi fondato”<sup>220</sup>.

In tal modo la posizione del ricorrente principale si differenzia a seconda dei vizi fatti valere: da un lato, con riferimento alla fase dello svolgimento della vera e propria gara, attraverso cui realizzare l’interesse finale all’aggiudicazione, la posizione del ricorrente principale diventa indifferenziata rispetto al *quisque de populo*, essendo stata accertata l’illegittimità della sua ammissione (ciò che comporta l’assenza di legittimazione ad agire e l’impossibilità di qualificare l’interesse strumentale come interesse legittimo); dall’altro, con riferimento alla fase precedente relativa alla verifica dei requisiti di ammissione, rimarrebbe differenziata e qualificata al fine di ottenere una nuova *chance* di aggiudicazione, con conseguente impossibilità - permanendo entrambe le condizioni soggettive dell’azione, vale a dire la legittimazione ad agire e l’interesse strumentale alla

---

stessa soluzione si può addivenire - come ha fatto l’ord. di rimessione alla Plenaria del Consiglio di Stato, sez. VI, 17 maggio 2013 n. 2681, attraverso un percorso argomentativo difforme da quello seguito dalla Plenaria n. 4 del 2011 e “più aderente all’orientamento di cui alla precedente Adunanza Plenaria n. 11 del 2008” - sostenendo “che la posizione differenziata e qualificata e, quindi, la legittimazione ad agire del ricorrente principale non viene comunque meno per effetto dell’accertamento della sua illegittima ammissione alla gara”, in quanto la differenziazione della posizione avviene nel momento in cui il soggetto presenta la domanda di partecipazione alla gara all’amministrazione. In tal modo, seguendo queste due prospettive, si farebbe fronte al “disagio” espresso dalla Corte di Giustizia dell’UE nella sentenza del 4 luglio 2013 e dalla Corte di Cassazione nella sentenza 21 giugno 2012 n. 10294 con riferimento all’ “ipotesi che una posizione di interesse legittimo, quale indubbiamente è quella dell’offerente che agisce in giudizio contestando la legittimità dell’aggiudicazione in favore di un terzo, possa essere poi qualificata come di interesse di mero fatto, in quanto non differenziata e non qualificata, per effetto dell’accoglimento del ricorso incidentale”.

<sup>220</sup> R. CAPONIGRO, *Le azioni reciprocamente “escludenti” tra giurisprudenza europea e nazionale*, cit, che evidenzia che “il bene della vita cui aspira l’aggiudicatario ricorrente incidentale, infatti, potrebbe aversi con l’annullamento *ex tunc* dell’azione amministrativa contestata nella parte in cui ha ammesso a partecipare il ricorrente principale, mentre la decisione di annullamento *ex nunc* è posta a garanzia della effettività della tutela di tutte le parti che hanno agito in giudizio e, quindi, anche del ricorrente principale e ciò proprio perché la specularità delle rispettive posizioni non consente di privilegiare l’uno a danno dell’altro, mentre la soluzione proposta garantisce ad entrambi, se non il bene finale richiesto, vale a dire, rispettivamente, l’acquisizione o la conservazione dell’aggiudicazione, almeno l’interesse strumentale di conseguire l’aggiudicazione in esito a una nuova gara”.

rinnovazione della gara – di dichiarare, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale, l'inammissibilità *in parte qua* del ricorso principale.

In tal modo il giudice ha potuto esaminare il ricorso principale con riferimento alle censure con cui è stata contestata l'ammissione alla gara dell'aggiudicatario ricorrente incidentale ed alle censure cui è comunque sotteso l'interesse strumentale, perché idonee a determinare, se fondate, il travolgimento dell'intera procedura concorsuale.

Pertanto, il T.A.R. Lazio, “tenuto conto dell'esigenza di garantire una effettiva e paritaria tutela giurisdizionale alle parti in causa, aventi una posizione simmetrica”, ha dichiarato la fondatezza del ricorso incidentale “escludente” e, per l'effetto, l'annullamento con efficacia *ex nunc* dell'azione amministrativa nella parte in cui non ha escluso dalla gara il concorrente principale, e ha accolto in parte il ricorso principale (dichiarandolo inammissibile solo con riferimento alle censure alle quali è sotteso l'interesse finale alla immediata aggiudicazione della gara) con riferimento alle censure alle quali è sotteso l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara, annullando, per l'effetto, gli atti di gara.

Ha, infine, affermato che la fondatezza del ricorso incidentale ed, *in parte qua*, del ricorso principale “comportano l'annullamento dell'intera gara e l'obbligo di rinnovazione della stessa da parte della stazione appaltante con conseguente soddisfazione dell'interesse strumentale ad ottenere una nuova chance di aggiudicazione da parte di entrambe le imprese”<sup>221</sup>.

L'impostazione adottata dal T.A.R. Lazio non è stata esente da critiche da parte della dottrina, che ha evidenziato come essa porti ad una parificazione delle posizioni dei due ricorrenti<sup>222</sup> e ad un sindacato di tipo oggettivo sullo svolgimento della gara<sup>223</sup>.

---

<sup>221</sup> R. CAPONIGRO, *cit.*, evidenzia che anche in caso di impossibilità alla ripetizione della gara “potrebbero comunque residuare l'interesse e la legittimazione a proporre l'azione risarcitoria ai sensi dell'art. 34 co. 3 c.p.a.”: quindi “la sopravvenuta inutilità per il ricorrente principale di ottenere l'annullamento del provvedimento impugnato ... non determinerebbe affatto la dequotazione del proprio interesse legittimo ad interesse di mero fatto, ma potrebbe determinare semmai l'esigenza di proporre l'azione di risarcimento dei danno congiuntamente o in luogo dell'azione di annullamento”.

<sup>222</sup> A. CARBONE, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, *cit.* che sottolinea come tale risultato “non trova riscontro né nel dato processuale, né in quello sostanziale, atteso che l'aggiudicatario, in ogni caso, non ricerca lo stesso risultato del ricorrente principale”. Secondo l'A., “se infatti il compito del giudice amministrativo è quello di valutare la fondatezza delle doglianze dedotte dalle parti al fine di garantire le loro posizioni sostanziali così come si sono venute

Sotto quest'ultimo aspetto, infatti, è stato sottolineato come, a differenza del caso deciso dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 2755/2011, la modulazione dell'effetto caducatorio non è stata utilizzata per soddisfare l'interesse sostanziale del ricorrente ma “è servita, invece, per attuare un sindacato il più esteso possibile sulla gara, che, tuttavia, ha avuto l'effetto di limitare la tutela a favore del ricorrente incidentale, giacché l'esito positivo delle sue doglianze non gli ha permesso di conseguire lo scopo per cui il suo ricorso era stato posto in essere”<sup>224</sup>.

Il TAR Lazio, con la sentenza citata, ha operato, infatti, una modulazione degli effetti di annullamento in contrasto con la pretesa del ricorrente, in quanto il ricorrente incidentale, anche se vittorioso, non ha ottenuto il risultato utile che sarebbe derivato dall'accoglimento del suo ricorso.

Si evidenzia che il Consiglio di Stato, con sentenza n. 6285 del 2013<sup>225</sup>, ha riformato la sentenza del TAR Lazio nella parte in cui ha annullato con efficacia *ex nunc* l'azione amministrativa per omessa esclusione dalla gara della ricorrente principale in quanto il ricorso incidentale era stato proposto tardivamente e non poteva che essere dichiarato irricevibile.

---

delineando a seguito dello svolgimento della gara (secondo la regola generale di cui all'art. 34, co. 2, c.p.a., che impone di fare riferimento ad un potere amministrativo già svolto), in nessun caso la posizione dell'aggiudicatario (a cui il bene è stato attribuito) potrà essere posta sullo stesso piano di quella del concorrente secondo classificato (che all'attribuzione del medesimo bene invece aspira)”.

<sup>223</sup> A. CARBONE, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, cit. evidenzia che “in un processo di natura soggettiva, che abbia ad oggetto la tutela delle situazioni giuridiche dedotte in giudizio in relazione ad un potere amministrativo che necessariamente deve già essere stato esercitato, il sindacato non può atteggiarsi a controllo oggettivo sullo svolgimento della gara, ma deve comunque tenere conto delle posizioni delle parti che richiedono tutela, cosicché rimane imprescindibile la circostanza che in tanto potrà giudicarsi sulla legittimità della procedura, in quanto vi sia un soggetto legittimato a richiedere tale giudizio”.

<sup>224</sup> A. CARBONE, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, cit. “A tal proposito, giova ancora una volta ripetere che il principio dell'effettività della tutela, invocato dalla decisione del TAR per giustificare la sua posizione, non può essere inteso in maniera del tutto generica, così in definitiva legittimando il giudice a qualsiasi intervento, ma deve porsi necessariamente nei termini propri del processo amministrativo, il cui scopo — costituzionalmente stabilito — è quello di garantire le situazioni giuridiche soggettive dedotte in giudizio. Se così è, l'impostazione del TAR Lazio non può essere accolta, perché utilizza un principio elaborato ad altri fini — e con applicazione incerta anche in relazione a quelle ipotesi — per uno scopo del tutto diverso, a dire quello di superare l'indirizzo della Plenaria senza formalmente porsi in contrasto con i principi dalla stessa sanciti”.

<sup>225</sup> Cons. Stato, V, 27 dicembre 2013, n. 6285, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

### 3. L'evoluzione successiva della giurisprudenza

Con riferimento alla questione pregiudiziale sollevata dal T.A.R. Piemonte, la **Corte di Giustizia UE, sez. X, sentenza 4 luglio 2013, C-100/12**<sup>226</sup>, ha affermato che, nel caso in cui l'aggiudicatario solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere del ricorrente principale, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'amministrazione aggiudicatrice, il ricorso principale non può essere dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità<sup>227</sup>, giungendo ad un risultato sostanzialmente corrispondente alla soluzione adottata dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 11 del 2008<sup>228</sup>.

Con due recenti ordinanze, il Consiglio di Stato<sup>229</sup> ha di nuovo rimesso all'Adunanza Plenaria la questione del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale per un riesame del principio di diritto affermato dalla decisione n. 4 del 2011.

In particolare, con l'**ordinanza n. 2059, 15 aprile 2013**, il Consiglio di Stato ha dubitato che la sentenza di primo grado, non avendo esaminato prioritariamente il ricorso incidentale, fosse conforme ai principi elaborati dall'Adunanza plenaria n. 4 del 2011 circa il rapporto fra ricorso incidentale (proposto dall'aggiudicatario) e

---

<sup>226</sup> In [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). Per un commento alla sentenza si veda P. QUINTO, *La Corte di Giustizia anticipa l'Adunanza Plenaria*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), A. CACCIARI, *Ricorso principale e ricorso incidentale: una questione davvero risolta dalla Corte di Giustizia?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), S. D'ANCONA, *La tesi dell'effetto paralizzante del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale proposta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato non supera il vaglio della Corte di giustizia*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), R. CAPONIGRO, *Le azioni reciprocamente "escludenti" tra giurisprudenza europea e nazionale*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>227</sup> La sentenza afferma che "L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla conformità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale".

<sup>228</sup> R. CAPONIGRO, *Le azioni reciprocamente "escludenti" tra giurisprudenza europea e nazionale*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>229</sup> Sez. V, ordinanza n. 2059, 15 aprile 2013; Sez. VI, ordinanza n. 2681, 17 maggio 2013 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

ricorso principale (proposto da concorrente non aggiudicatario), nelle controversie in materie di gare pubbliche.

**L'Adunanza Plenaria** del Consiglio di Stato si è pronunciata con **sentenza 30 gennaio 2014 n. 7**, confermando i principi formulati dalla plenaria n. 4 del 2011: se con il ricorso incidentale vengono sollevate censure che colpiscono la mancata esclusione, da parte della stazione appaltante, del ricorrente principale (ovvero della sua offerta), a causa della illegittima partecipazione di quest'ultimo alla gara o della illegittimità dell'offerta, allora occorre esaminare prioritariamente il ricorso incidentale perché, in tale ipotesi, esso mira ad accertare l'insussistenza della condizione dell'azione rappresentata dalla legittimazione del ricorrente, in quanto soggetto escluso o che avrebbe dovuto essere escluso dalla gara<sup>230</sup>.

Anche con l'**ordinanza n. 2681, 17 maggio 2013**, il Consiglio di Stato ha sottoposto alla Plenaria la questione sulla sussistenza o meno della legittimazione del soggetto escluso dalla gara da parte dell'Amministrazione (ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale) ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, al fine di dimostrare che anche questo (ed eventualmente gli altri concorrenti non vincitori ma utilmente graduati) doveva essere escluso dalla gara, soddisfacendo in tal modo l'interesse strumentale alla eventuale ripetizione della procedura.

L'ordinanza ha riproposto gli argomenti spesi dalla precedente sentenza dell'Adunanza plenaria 10 novembre 2008, n. 11: non esisterebbe un preciso ordine logico da seguire nell'esame delle questioni e il giudice amministrativo potrebbe definire, sulla base del principio di economia processuale o di altri principî, come il principio di parità delle parti, quali questioni esaminare per prime. Questo consentirebbe, nei casi di proposizione di ricorso principale e ricorso incidentale da parte delle uniche due imprese partecipanti a una gara d'appalto, in virtù del

---

<sup>230</sup> La Plenaria ha enunciato il seguente principio di diritto: "nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, solo il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario – in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione - deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale; tale evenienza non si verifica allorché il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale".

principio di parità delle parti, di esaminare entrambi i ricorsi, in modo da non condizionare l'esito della lite alla scelta della questione da decidere per prima e da tutelare l'interesse strumentale di ciascuna impresa al rinnovamento dell'intera procedura di gara.

Peraltro, l'ordinanza ha richiamato la sentenza delle SS.UU. della Corte di cassazione del 21 giugno 2012 n. 10294 – che, pur rilevando che l'ordine di esame fra ricorso principale ed incidentale non attiene ad una questione di giurisdizione ai fini dell'art. 111. u.c., Cost., ha evidenziato le perplessità suscitate dal principio di diritto enunciato dalla sentenza della Adunanza plenaria n. 4 del 2011 - nonchè la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea che si è pronunciata sul quesito interpretativo proposto dal T.A.R. Piemonte sopra richiamata.

**L'Adunanza Plenaria** si è pronunciata con **sentenza del 25 febbraio n. 9**, precisando che il problema del rapporto fra ricorso principale e ricorso incidentale ha una valenza generale che non riguarda solo le controversie aventi ad oggetto gare di appalto, ma tutti i giudizi concernenti procedure selettive, anche per quelli in relazione ai quali è certamente non applicabile il codice dei contratti pubblici ovvero il diritto dell'Unione europea.

La Plenaria, dopo aver sinteticamente riportato i principi elaborati dalla sentenza n. 4 del 2011, ha confermato la necessità che il ricorso incidentale sia esaminato prima del ricorso principale solo quando introduce censure che colpiscono la mancata esclusione, da parte della stazione appaltante, del ricorrente principale (ovvero della sua offerta), a causa della illegittima partecipazione di quest'ultimo alla gara o della illegittimità dell'offerta in quanto, in tale ipotesi, esso mira ad accertare l'insussistenza della condizione dell'azione rappresentata dalla legittimazione del ricorrente, in quanto soggetto escluso o che avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

La Plenaria ha illustrato poi i principi enunciati dalla Corte di giustizia dell'UE relativamente ai processi aventi ad oggetto procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti, ricordando che il diritto dell'UE non contiene una disciplina generale del processo nel rispetto del "principio di autonomia processuale nazionale", nei limiti della non discriminazione e della effettività della tutela.

Ad avviso della Plenaria, nel caso in esame non si possono ritenere superati i limiti della non discriminazione e della effettività della tutela posto che si deve al fatto proprio del ricorrente principale l'impossibilità dell'esame della sua domanda di annullamento dell'aggiudicazione.

In particolare, viene richiamata la sentenza della Corte di Giustizia Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12 Fastweb, che, in relazione ad un caso del tutto peculiare ed eccezionale, in cui era stata accertata in concreto l'illegittimità di entrambe le offerte, ha affermato la possibilità dell'esame congiunto del ricorso incidentale e principale solo in determinate circostanze, ossia quando: I) si versi all'interno del medesimo procedimento; II) gli operatori rimasti in gara siano solo due; III) il vizio che affligge le offerte sia identico per entrambe, confermando sostanzialmente l'impianto teorico costruito dall'Adunanza plenaria n. 4 del 2011.

La Plenaria ha affermato, contrariamente a quanto sostenuto nell'ordinanza di rimessione, che in casi del genere non si ravvisa la lesione del principio della "parità delle armi" come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale ed europea, che ha ammesso la presenza di "legittime dissimmetrie" fra le parti del processo purché sorrette da una ragionevole giustificazione.

Infatti, il principio di "parità delle armi" non ha una portata precettiva puntuale e non comporta che il fascio di posizioni attive e passive di natura processuale, ricollegabile a ciascuna parte, sia assolutamente identico.

Peraltro, nell'ordinamento italiano, la parte che introduce il giudizio (ricorrente principale) deve superare il filtro costituito dalle condizioni dell'azione: egli non è risultato vincitore nella gara, e, pur essendo consapevole di aver commesso un errore che lo priva della legittimazione e quindi di non poter risultare aggiudicatario della specifica gara cui ha partecipato (che costituisce il bene della vita immediato e diretto cui possa aspirare), propone la domanda di annullamento, in violazione del divieto di abuso del processo. E' la sua negligenza ad avergli provocato l'esclusione dalla gara e pertanto questo costituisce una ragionevole giustificazione della dissimmetria processuale che impedisce al giudice di pronunciarsi sulla illegittimità della mancata esclusione dell'aggiudicatario.



I principi di “effettività” e “parità delle armi” (artt. 1 e 2, co. 1, c.p.a.) devono quindi interpretarsi nei limiti del soddisfacimento della domanda di giustizia per i realmente bisognosi, senza incoraggiamento di azioni emulative o pretestuose.

La legittimazione al ricorso deve essere correlata alla circostanza che l’instaurazione del giudizio non solo sia proposta da chi è legittimato al ricorso, ma anche che non appaia finalizzata a tutelare interessi emulativi, di mero fatto, pretese impossibili o *contra ius*. La legittimazione al ricorso e l’interesse ad agire assolvono quindi ad una funzione di filtro in chiave deflattiva delle domande proposte al giudice, fino ad assumere l’aspetto di un controllo di meritevolezza dell’interesse sostanziale in gioco, alla luce dei valori costituzionali ed internazionali rilevanti, veicolati dalle clausole generali fondamentali sancite dagli artt. 24 e 111 Cost.; tale scrutinio di meritevolezza costituisce “espressione del più ampio divieto di abuso del processo, inteso come esercizio dell’azione in forme eccedenti o devianti, rispetto alla tutela attribuita dall’ordinamento, lesivo del principio del giusto processo apprezzato come risposta alla domanda della parte secondo una logica che avversi ogni inutile e perdurante appesantimento del giudizio al fine di approdare attraverso la riduzione dei tempi della giustizia ad un processo che risulti anche giusto”<sup>231</sup>.

Pertanto, ad avviso della Plenaria, la sentenza Fastweb della Corte di Giustizia ha introdotto una eccezione all’interno del quadro unitario ricostruito dalla giurisprudenza (nazionale e comunitaria). I principi della Plenaria del 2011 sono

---

<sup>231</sup> In particolare, la sentenza afferma che “il punto di equilibrio fra la tutela dell’interesse pubblico e la tutela degli interessi privati, nel processo amministrativo dominato dal principio della domanda, si coglie nei limiti delle norme che ne rappresentano il punto di emersione a livello positivo: non esiste una disposizione che esoneri l’attore dall’essere assistito dalle su menzionate condizioni dell’azione; pertanto, non è possibile sostenere una esegesi della disciplina delle condizioni dell’azione che dia vita ad una derogatoria giurisdizione di diritto oggettivo, contraria all’ordinamento ed al principio di legalità”. Infatti, “accedendosi alla prospettazione dell’ordinanza di rimessione, si dovrebbe negare, in presenza dell’assodata invalidità dell’offerta aggiudicataria, la possibilità che il ricorrente principale rinunci al ricorso; una tale eventualità potrebbe ritenersi legittima solo in presenza di una espressa disposizione di legge capace di derogare al principio dispositivo: a tal proposito, è emblematica sul piano storico, la vicenda dell’art. 146, del codice dei beni culturali (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42), che, per un breve periodo (fino alla sostituzione del testo ad opera del d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63), ha stabilito che il ricorso avente ad oggetto l’autorizzazione paesaggistica è deciso anche se dopo la sua proposizione, ovvero in grado d’appello, il ricorrente dichiara di rinunciare o di non avervi più interesse; la breve esistenza della eccentrica disposizione conferma la necessità che la legge deroghi espressamente agli immanenti principi della domanda e dispositivo”. In tema di **abuso del processo**, si veda anche Cons. St., ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit; Cons. St., V, 14 dicembre 2011, n. 6537, in Foro amm. CDS 2011, 12, 3700; Cons. St., V, 7 febbraio 2012, n. 656, in Foro amm. CDS 2012, 7-8, 1994; Cons. St., IV, 2 marzo 2012, n. 1209/2012 Foro amm. CDS 2012, 3, 585; Cons. St., sentenza 11 giugno 2013, n. 3210 Foro Amministrativo - C.d.S. (II) 2013, 6, 1650.

quindi confermati, eccetto che nel caso in cui il vizio fatto valere da entrambi i contendenti è lo stesso.

In questo caso, infatti, ad avviso della Plenaria, “in concreto neppure si pone un problema di esame prioritario del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale: prioritario, in questo peculiare caso, è l’esame del vizio; se questo sussiste, entrambi i ricorsi devono essere accolti, se non sussiste entrambi dovranno essere disattesi e l’aggiudicazione sarà confermata”.

La sentenza Fastweb si fonda, quindi, proprio sul principio di “parità delle armi”, perché, nel caso in cui il ricorrente incidentale deduce il medesimo motivo escludente dedotto dal ricorrente principale, viene meno l’asimmetria di origine procedimentale tra la legittimazione a resistere dell’aggiudicatario e la legittimazione a ricorrere del concorrente pretermesso dall’aggiudicazione.

L’eccezione definita dalla sentenza Fastweb (ossia i casi in cui si configura l’identità del vizio e quindi del motivo escludente che affligge entrambe le offerte delle uniche due imprese rimaste in gara) si riferisce non all’identità dell’effetto (esclusione) bensì all’identità della causa (vizio) che genera l’esclusione, causa che deve essere identica sia per il ricorrente principale che per l’incidentale<sup>232</sup>.

La causa può anche non essere identica in senso stretto - nel senso di proposizione speculare dello stesso motivo del ricorrente principale - essendo sufficiente che sia relativa alla medesima sub fase del segmento procedimentale destinato all’accertamento del titolo di ammissione alla gara dell’impresa e della

---

<sup>232</sup> La Plenaria ha affermato che “Facendo applicazione dei menzionati criteri, deve escludersi che il <<motivo identico>> possa essere individuato equiparando l’identità della causa (del vizio escludente) all’identità dell’effetto (escludente). In questa esegesi, infatti, non rileverebbe tanto il motivo o la causa per cui è stata disposta l’esclusione, quanto la conseguenza che ne è derivata e cioè appunto l’esclusione. Questa conclusione in pratica ricondurrebbe la questione nell’alveo della teoria (rifiutata dalla Corte di giustizia e dall’Adunanza plenaria), dell’incondizionato riconoscimento dell’interesse strumentale. Come in precedenza illustrato, l’esegesi basata sull’identità dell’effetto è da escludersi in base allo stesso testuale tenore della sentenza Fastweb la quale - ripetesi - non ripudia i propri precedenti ma, al contrario, si limita ad enunciare una singola eccezione. L’eccezione è testualmente riconducibile quindi non già all’effetto (esclusione) bensì alla causa dell’esclusione, causa che deve essere identica sia per il ricorrente principale che per l’incidentale. Che si tratti della causa generatrice dell’effetto non pare dubbio e ciò si evince anche esaminando il testo della decisione Fastweb in lingue diverse dall’italiano: nel testo francese si fa riferimento a <<motifs de nature identique>>; nel testo inglese si parla di offerta contestata nello stesso procedimento <<and on identical grounds>>; nel testo spagnolo si specifica <<por motivos de naturaleza idéntica>>. Le parole <<motivo, motifs, grounds, motivos>> fanno riferimento non già all’effetto bensì alla causa che ha dato luogo all’esclusione.”

sua offerta, correlando le sorti delle due concorrenti in una situazione di simmetria invalidante.

I vizi devono rientrare rigorosamente nell'ambito della tempestività della domanda ed integrità dei plichi, dei requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell'impresa e della carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione. Sono identici - e dunque consentono l'esame incrociato e l'eventuale accoglimento di entrambi i ricorsi (principale ed incidentale), con la consequenziale esclusione dalla gara degli unici due contendenti – solo i vizi che afferiscono alla medesima categoria.

In conclusione, l'adunanza plenaria ha enunciato, quindi, i seguenti principi di diritto:

a) <<il giudice ha il dovere di decidere la controversia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 76, co. 4, c.p.a. e 276, co. 2, c.p.c., secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito e, fra le prime, la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione>>;

b) <<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione; tuttavia, l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile>>;

c) <<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale non va esaminato prima del ricorso principale allorquando non presenti carattere escludente; tale evenienza si verifica se il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale>>;

d) <<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell'Amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale - ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale come precisato in motivazione>>.

## CAPITOLO V

### IL POTERE DI CONDANNA DEL GIUDICE ALL'ADOZIONE DEL PROVVEDIMENTO DI ACQUISIZIONE SANANTE A FRONTE DI UNA DOMANDA DI RISARCIMENTO DEL DANNO

#### 1. Dall'occupazione acquisitiva all'art. 42-bis t.u. espropri: brevi cenni

Con sentenza del 26 febbraio 1983, n. 1464<sup>233</sup>, le Sezione Unite della Corte di Cassazione, attraverso una rilettura dell'istituto dell'accessione invertita di cui all'art. 938 c.c., hanno riconosciuto in capo alla p.a. il diritto di proprietà di un fondo in conseguenza della sua occupazione illegittima e della sua irreversibile trasformazione.

L'istituto è stato successivamente disciplinato con la l. del 27 ottobre 1988 n. 458<sup>234</sup>, che ha previsto il risarcimento integrale del danno subito causato da provvedimento espropriativo illegittimo. Successivamente, però, l'art. 5-bis d.l. 11 luglio 1992, n. 333, aggiunto dalla l. di conversione 8 agosto 1992, n. 359, ha equiparato il risarcimento del danno per occupazione illegittima a quello per occupazione legittima, abbandonando la commisurazione del risarcimento del

---

<sup>233</sup> in *Foro it.*, I, 1983, 626. La sentenza afferma che “nella ipotesi in cui la pubblica amministrazione (o un suo concessionario) occupi un fondo di proprietà privata e tale occupazione sia illegittima, per totale mancanza di provvedimento autorizzativo o per decorso dei termini in relazione ai quali l'occupazione si configurava legittima, la radicale trasformazione del fondo – ove sia ritenuta dal giudice di merito univocamente interpretabile nel senso dell'irreversibile trasformazione di esso al fine della costruzione dell'opera pubblica – da un lato comporta l'estinzione, in quel momento, del diritto di proprietà del privato e la contestuale acquisizione a titolo originario della proprietà del suolo in capo all'ente costruttore e dall'altro costituisce un illecito istantaneo, ad effetti permanenti, che abilita il privato a chiedere, nel termine prescrizione di cinque anni dal momento della trasformazione del fondo nei sensi prima indicati, la condanna dell'ente medesimo a risarcire il danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà .... con l'ulteriore conseguenza che un provvedimento di espropriazione per pubblica utilità del fondo intervenuto successivamente al momento dell'estinzione del diritto di proprietà privata deve considerarsi del tutto privo di rilevanza, sia ai fini dell'assetto proprietario, sia ai fini della responsabilità da illecito”. Infatti, “il conflitto sorge tra un soggetto privato ed un ente pubblico, il quale ha agito per la soddisfazione di un interesse non proprio, ma della collettività dei cittadini cui l'opera pubblica è destinata: e, nella valutazione della coscienza collettiva interpretata dall'ordinamento nel momento attuale, la comparazione dei valori in conflitto vede perdente il primo e vincente il secondo”.

<sup>234</sup> L'art. 3 della l. 458/1988 dispone che “1. Il proprietario del terreno utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata e convenzionata, ha diritto a risarcimento del danno causato da provvedimento espropriativo dichiarato illegittimo con sentenza passata in giudicato, con esclusione della retrocessione del bene. 2. Oltre al risarcimento del danno spettano le somme dovute a causa della svalutazione monetaria e le ulteriori somme di cui all'articolo 1224, secondo comma, del codice civile, a decorrere dal giorno dell'occupazione illegittima”.

danno al valore venale.

La Corte Costituzionale, se dapprima, con la sentenza n. 283 del 16 giugno 1993<sup>235</sup>, ha riconosciuto al legislatore ampi margini di discrezionalità in merito alla determinazione dell'indennizzo, nel 1996, con sentenza del 2 novembre n. 369<sup>236</sup>, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 5-bis: ad avviso della Corte, la riduzione della misura della riparazione è abnorme in quanto coincide con l'entità dell'indennizzo dovuto in caso di legittima procedura ablatoria.

Il legislatore, con l. 23 dicembre 1996, n. 662 (la legge finanziaria del 1997), aggiungendo il comma 7-bis all'art. 5-bis della l. 359/92, ha introdotto un risarcimento maggiore per le occupazione illegittime, disponendo che, per la liquidazione del danno, non si applichi la riduzione del 40% del valore venale del bene e che l'importo base sia aumentato del 10%<sup>237</sup>.

Successivamente, la Corte Europea dei diritti dell'uomo, si è pronunciata contro la prassi giurisprudenziale dell'occupazione acquisitiva, in quanto contrastante con l'art. 1, protocollo 1, della Convenzione EDU<sup>238</sup>. Ad avviso della Corte, tale prassi confligge con il principio di legalità in quanto la perdita della proprietà consegue ad un comportamento illecito, dal quale l'Amministrazione trae vantaggio, mentre il principio di legalità impone l'esistenza di norme di diritto interno precise, accessibili e prevedibili<sup>239</sup>.

Anche dopo l'entrata in vigore del t.u. espropri, D.P.R. 327/2001, che all'art. 43 ha legalizzato l'espropriazione sostanziale effettuata in mancanza di un titolo ablativo, sostituendo l'occupazione illegittima con l'emanazione di un formale provvedimento di acquisizione (c.d. acquisizione sanante o occupazione

---

<sup>235</sup> In [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>236</sup> In [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>237</sup> Con sentenza del 30 aprile 1999, n. 148, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), la Corte Costituzionale ha affermato la legittimità di tale disposizione, in quanto prevede "diversi regimi espropriativi e di calcolo dell'indennizzo in relazione alle differenti categorie di beni espropriati e alle diverse finalità dell'intervento pubblico, che può esigere un diverso bilanciamento dei contrapposti interessi pubblici e privati".

<sup>238</sup> L'art. 1 del prot. 1 della CEDU prevede che "Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di emanare leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende."

<sup>239</sup> Sentenza Cedu, II, 30 maggio 2000, ric. 31524/96 Belvedere Alberghiera s.r.l. c/ Italia in Riv. it. dir. pubbl. com., 2000, 1086; sent. Cedu, 30 maggio 2000, Carbonara e Ventura c. Italia, ricorso n. 24638/94 in Riv. it. dir. pubbl. com., 2000, 1101.

provvedimentale), la Corte EDU, in contrasto con quanto affermato da parte della giurisprudenza<sup>240</sup>, ha continuato ad affermare l'illegittimità dell'istituto<sup>241</sup>.

Con sentenze 348 e 349 del 2007, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, rispettivamente, dell'art. 5-bis, commi 1 e 2, del d.l. 333/92 e dell'art. 37, commi 1 e 2, T.U. espropri (sull'indennità di espropriazione per aree edificabili) e l'illegittimità costituzionale dell'art. 5-bis, comma 7-bis, del d.l. 333/92 (sul risarcimento del danno per occupazione acquisitiva) per violazione art. 1 del protocollo n. 1 della CEDU, con riferimento all'art. 117 comma 1 Cost., affermando che "il giusto equilibrio tra interesse pubblico ed interesse privato non può ritenersi soddisfatto da una disciplina che permette alla pubblica amministrazione di acquisire un bene in difformità dallo schema legale e di

---

<sup>240</sup> Si vedano, tra le tante, Cass. ss.uu. 6 maggio 2003, n. 6853, in Foro It., 2003, 1, 2368 e Cons. Stato, ad. pl. 29 aprile 2005, n. 2, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che afferma che "Nell'ambito del nostro ordinamento le idee affermate dalla Corte dei Diritti dell'Uomo hanno trovato attuazione nella disciplina alla quale si è dato vita con il D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico sulle espropriazioni). L'articolo 43 del testo unico, nel disciplinare la "utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico", stabilisce che "l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di espropriazione o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni". Il che significa riconoscimento all'autorità amministrativa del potere di acquisire al patrimonio pubblico anche un bene occupato senza titolo idoneo, purchè ciò avvenga sulla base di un formale atto amministrativo fondato sulla "valutazione degli interessi in conflitto" e con il riconoscimento al privato del ristoro del danno...in caso di illegittimità della procedura espropriativa e di realizzazione dell'opera pubblica, l'unico rimedio riconosciuto dall'ordinamento per evitare la restituzione dell'area è l'emanazione di un (legittimo) provvedimento di acquisizione ex articolo 43, in assenza del quale l'amministrazione non può addurre l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica quale causa di impossibilità oggettiva e quindi come impedimento alla restituzione: la realizzazione dell'opera pubblica è un fatto, e tale resta; la perdita della proprietà da parte del privato e l'acquisto in capo all'amministrazione possono conseguire unicamente all'emanazione di un provvedimento formale, nel rispetto del principio di legalità e di preminenza del diritto. In tal senso, e con le precisazioni esposte, deve convenirsi che l'istituto dell'acquisizione c.d. sanante di cui all'articolo 43, co. 1 e 2, rispetta i parametri imposti dalla Corte europea e dai principi costituzionali, perché: a) l'acquisto del bene avviene in virtù di un provvedimento previsto dalla legge e, soprattutto, con efficacia ex nunc, sicché sono rispettate le esigenze di chiarezza dell'ordinamento e di preminenza del diritto; b) il provvedimento è sindacabile e l'esercizio della discrezionalità è circondato da particolari cautele di cui va verificato il rispetto in sede giurisdizionale; c) è in ogni caso assicurato il risarcimento del danno; d) in assenza di provvedimento, la restituzione dell'area non può essere impedita, se non per scelta autonoma del privato che rinunci alla restituzione".

<sup>241</sup> Sentenza CEDU, IV sezione, sentenza Scordino ed altri c. Italia, 6 marzo 2007 - ricorso n. 43662/98 Scordino c/Italia in [www.camera.it](http://www.camera.it) ove si afferma che "L'art. 43 del T.U. n. 327 del 2001 consente che, anche in assenza di dichiarazione di pubblica utilità, i fondi possano essere acquisiti al patrimonio pubblico, qualora il giudice nazionale decida di non ordinare la restituzione del terreno occupato e trasformato dalla pubblica amministrazione. In questo meccanismo si perviene ad una situazione di certezza giuridica solo con la constatazione di una situazione di illegalità da parte di un giudice che equivale ad un atto di trasferimento della proprietà. Inoltre, solo a partire dalla data della pronuncia del giudice il privato, il cui bene è stato oggetto di espropriazione indiretta, può agire per ottenere l'indennizzo nel termine di prescrizione di cinque anni dalla data in cui il giudice riterrà avvenuta l'irreversibile trasformazione del fondo; il meccanismo dell'occupazione acquisitiva consente all'amministrazione, secondo la Corte, di trarre vantaggio dal comportamento illegale anche sotto il profilo dell'esborso economico, poiché le somme che dovranno essere pagate saranno di poco superiori all'indennità per un regolare esproprio".

conservare l'opera pubblica realizzata, senza che almeno il danno cagionato, corrispondente al valore di mercato del bene, sia integralmente risarcito”.

Conseguentemente, l'art. 2, comma 89, della L. 24 dicembre 2007, n. 244 (finanziaria 2008) ha modificato l'art. 37, commi 1 e 2, prevedendo che l'indennità di espropriazione di un'area edificabile è determinata nella misura pari al valore venale del bene, nonché l'art. 55 del t.u. espropri, prevedendo che, nel caso di utilizzazione di un suolo edificabile per scopi di pubblica utilità, in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio, il risarcimento del danno è liquidato in misura pari al valore venale del bene.

Successivamente, la Corte Costituzionale è di nuovo intervenuta, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 43 t.u. espropri, e, con sentenza dell'8 ottobre 2010, n. 293, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 43 del d.P.R. n. 327 del 2001 per violazione dell'art. 76 cost.: ad avviso della Corte, la norma si pone in contrasto con i limiti della legge delega n. 50 del 1999, fissati dall'art. 7, secondo comma, lett. d), che “prevedeva il mero coordinamento formale del testo delle disposizioni vigenti, e consentiva, nei limiti di tale coordinamento, le sole modifiche necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa, anche al fine di adeguare e semplificare il linguaggio”<sup>242</sup>.

---

<sup>242</sup> In particolare, la sentenza afferma che “la norma in esame non solo è marcatamente innovativa rispetto al contesto normativo positivo di cui era consentito un mero riordino, ma neppure è coerente con quegli orientamenti di giurisprudenza che, in via interpretativa, erano riusciti a porre un certo rimedio ad alcune gravi patologie emerse nel corso dei procedimenti espropriativi. Siffatto carattere della norma impugnata trova conferma significativa nella circostanza che, secondo la giurisprudenza di legittimità, in materia di occupazione di urgenza, la sopravvenienza di un provvedimento amministrativo non poteva avere un'efficacia sanante retroattiva, determinata da scelte discrezionali dell'ente pubblico o dai suoi poteri autoritativi. Nel regime risultante dalla norma impugnata, invece, si prevede un generalizzato potere di sanatoria, attribuito alla stessa amministrazione che ha commesso l'illecito, a dispetto di un giudicato che dispone il ristoro in forma specifica del diritto di proprietà violato”. Nonostante la Corte dichiari l'illegittimità costituzionale della norma in questione per violazione dell'art. 76 cost., senza entrare nel merito della disciplina di cui all'art. 43, con la sentenza citata si sottolinea che “la soluzione adottata dall'art. 43 t.u. espropri costituisce soltanto una delle molteplici soluzioni possibili. Il legislatore avrebbe potuto conseguire tale obiettivo e disciplinare in modi diversi la materia, ed anche espungere del tutto la possibilità di acquisto connesso esclusivamente a fatti occupatori, garantendo la restituzione del bene al privato, in analogia con altri ordinamenti europei. E neppure è mancato qualche rilievo in questo senso della Corte di Strasburgo, la quale, infatti, sia pure incidentalmente, ha precisato che l'espropriazione indiretta si pone in violazione del principio di legalità, perché non è in grado di assicurare un sufficiente grado di certezza e permette all'amministrazione di utilizzare a proprio vantaggio una situazione di fatto derivante da «azioni illegali», e ciò sia allorché essa costituisca conseguenza di un'interpretazione giurisprudenziale, sia allorché derivi da una legge – con espresso riferimento all'articolo 43 del t.u. qui censurato –, in quanto tale forma di espropriazione non può comunque costituire un'alternativa ad un'espropriazione adottata secondo «buona e debita forma» (Causa Sciarrotta ed altri c. Italia – Terza Sezione – sentenza 12 gennaio 2006 – ricorso n. 14793/02). Anche considerando la giurisprudenza di Strasburgo, pertanto, non è affatto sicuro che la mera



Dopo l'intervento della sentenza della Corte Costituzionale, la giurisprudenza ha cercato di inquadrare in vario modo le situazioni di illegittima occupazione dei beni privati da parte delle p.a. Tre sono le principali tesi che sono state avanzate al riguardo.

Secondo una prima impostazione<sup>243</sup>, l'irreversibile trasformazione del fondo comporterebbe l'acquisto della proprietà in capo alla p.a., a meno che l'opera pubblica non sia stata completata ed è sopravvenuto un difetto di interesse della p.a.; in quest'ultimo caso può essere accolta la domanda di restituzione del privato e disposta la reintegrazione in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 c.c.

Altra parte della giurisprudenza, invece, ha rinvenuto nelle norme di diritto comune la soluzione alle situazioni di illegittima occupazione, ritenendo che la realizzazione dell'opera non fosse elemento sufficiente per l'acquisto della proprietà in capo alla p.a.

Pertanto, è stata affermata l'applicazione dell'art. 940 c.c., che disciplina l'istituto della specificazione, secondo il quale chi ha utilizzato un bene altrui per formare una cosa nuova ne acquista la proprietà e al proprietario deve essere riconosciuto il prezzo della materia: la proprietà dell'opera viene quindi acquisita a titolo originario dall'ente specificatore al momento in cui l'opera è completata<sup>244</sup>.

---

trasposizione in legge di un istituto, in astratto suscettibile di perpetuare le stesse negative conseguenze dell'espropriazione indiretta, sia sufficiente di per sé a risolvere il grave vulnus al principio di legalità".

<sup>243</sup> Cass. ss.uu. sentenza 31 maggio 2011, n. 11963, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>244</sup> **T.A.R. Puglia, Lecce, 24 novembre 2010, n. 2683**, T.A.R. Puglia, Lecce, 29 aprile 2011, n. 785, T.A.R. Puglia, Lecce, 12 maggio 2011, n. 838, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Ad avviso del T.A.R. (sent. n. 2683), l'art. 940 si applicherebbe per analogia anche alle cose immobili in quanto "la concezione che della proprietà fondiaria aveva il diritto romano non è quella attuale, dato che la proprietà del suolo non si estende "usque ad sidera, usque ad inferos", come risulta dal regime attuale del soprassuolo e del sottosuolo (vedi ad esempio le concessioni minerarie). Se è vero che l'art. 934 c.c. attribuisce al proprietario del suolo qualunque costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo, è altrettanto vero che l'art. 938 c.c. prevede il potere del giudice di attribuire la proprietà del suolo occupato e della parte di edificio sullo stesso costruito a chi abbia in buona fede occupato una porzione del fondo attiguo. La mitigazione, se si vuole definirla così, del carattere assoluto della proprietà fondiaria attenua gli elementi distintivi di questa rispetto alla proprietà mobiliare, permettendo di considerare l'una e l'altra alla stessa stregua rispetto ad uno stesso fenomeno: quello della modificazione di una cosa in modo talmente incisivo da dar vita ad una cosa che non può essere identificata con quella esistente prima della modificazione, ad una cosa nuova. Una modifica del genere è un fatto normale per le cose mobili, si pensi alla fusione di un lingotto d'argento ed alla trasformazione di esso in una coppa o un monile; richiede invece un intervento di particolare importanza per i fondi, tale che dopo lo stesso non possa più parlarsi di un terreno e di una costruzione, ma di una cosa totalmente nuova, che non possa essere ricondotta alla consistenza originaria senza un intervento di distruzione della *nova species*. E' questa la situazione che si determina con la realizzazione dell'opera pubblica (ad esempio un'autostrada o, come nella specie, un sottopasso pedonale e carrabile)". L. STICCHI, *cit.*, secondo il quale "le critiche a siffatta ricostruzione sono di due ordini: l'uno formale, l'altro sostanziale. Quanto al primo, la specificazione perterrebbe a beni mobili. Sul punto, però, la stessa sentenza fornisce una risposta da eventuali critiche, asserendo come ormai il diritto di proprietà ha perduto i suoi caratteri di

Altre sentenze hanno, invece, ritenuto applicabile l'art. 934 c.c., che regola l'accessione, in combinato disposto con l'art. 936 c.c., che dispone che ove un terzo abbia eseguito opere con materiali propri su fondo altrui, il proprietario di quest'ultimo può scegliere se acquisirne la proprietà ovvero obbligare il terzo a rimuoverle<sup>245</sup>.

Secondo una terza impostazione, per acquisire la proprietà è necessario stipulare un accordo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 11 l.241/1990 o dell'art. 45 D.P.R. 327/2001<sup>246</sup>.

---

assolutezza cedendo il passo ad una considerazione del diritto di proprietà quale bene mobile. Certo è che tale ricostruzione non è conforme alla disciplina civilistica: l'art. 812 cc è chiaro nel definire come beni immobili "il suolo [...], gli edifici e le altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio". Quanto al secondo profilo, quello sostanziale, riguarda i criteri attraverso i quali potere stabilire se il valore della materia possa sorpassare quello del lavoro e viceversa. Tale lettura è ancora più incerta del precedente criterio individuato dalla cassazione in punto di irreversibile trasformazione del suolo che, al di fuori di alcune ipotesi limite, paradossalmente forniva certezza".

<sup>245</sup> **T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 18 gennaio 2011, n. 262**, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che ha affermato come "Ad avviso del Collegio, in sede di individuazione della disciplina giuridica delle situazioni in cui sia stata realizzata l'opera pubblica in assenza del compimento nei termini della procedura espropriativa o in assenza di una valida procedura, piuttosto che ricorrere all'applicazione di un istituto concepito per le cose mobili, pare più coerente con i principi generali avere riguardo all'art.934 c.c., secondo il quale tutto ciò che viene edificato sul suolo accede di diritto alla proprietà di esso - *omne quod inaedificatur solo cedit*, nonché all'art. 936 c.c., per cui ove un terzo abbia eseguito opere con materiali propri su fondo altrui, il proprietario di quest'ultimo può scegliere se acquisirne la proprietà ovvero obbligare il terzo a rimuoverle; una volta che la rimozione non sia stata chiesta nel termine di sei mesi di cui all'art. 936, ultimo comma, il proprietario acquista a titolo originario ed *ipso iure* la proprietà delle opere realizzate in virtù del principio generale dell'accessione, poiché l'obbligazione al pagamento del valore dei materiali e del prezzo della mano d'opera ovvero dell'incremento di valore - che insorge a suo carico a norma dell'art. 936, comma 2, c.c. - ha natura di indennizzo e non di prestazione sinallagmatica, e non costituisce quindi condizione per la pienezza dell'atto di acquisto. Nel vigente ordinamento la realizzazione senza titolo di opere e manufatti (di natura privata) su terreno altrui, pur se conformi agli strumenti urbanistici ed autorizzati dall'autorità comunale, è disciplinata infatti, quanto all'assetto reale, non dalla regola della espropriazione di fatto e neppure dall'interpretazione giurisprudenziale circa l'estensione ed i limiti della stessa, ma dalla specifica disposizione dell'art. 934 cod. civ. che, ribadendo il principio dell'accessione risalente al diritto romano e già recepito dall'art. 446 del codice del 1865, stabilisce che la costruzione si incorpora al suolo ed appartiene immediatamente al proprietario di questo, senza attribuire rilevanza alcuna alla sua consistenza o alla sua destinazione nè alla coincidenza o meno degli interessi dell'esecutore con quelli della collettività. Gli unici temperamenti a questo effetto traslativo, operante peraltro *ipso iure*, sono dati dalla facoltà dello *ius tollendi* concessa al proprietario dei manufatti alle condizioni previste dall'art. 935 c.c., comma 1 e art. 937 c.c., nonché dall'ipotesi eccezionale della cd. accessione invertita di cui al successivo art. 938 c.c., per cui, pur dopo l'affermarsi della cd. occupazione espropriativa o acquisitiva, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha ripetutamente ribadito che, al di fuori di tale speciale (e perciò non estensibile) previsione, l'acquisto coattivo di un immobile altrui non è certamente attuabile attraverso la costruzione su di esso di un'opera di interesse generale onde conseguire un inesistente *ius retinendi*, peraltro contraddetto dalle menzionate norme, necessitando al riguardo il procedimento di espropriazione per pubblica utilità che si concluda regolarmente con l'adozione del decreto ablativo". Nello stesso senso, TAR Sicilia Palermo, 1 febbraio 2011, n. 175; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II quater, 19 aprile 2011, n. 3434; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 1 giugno 2011, n. 2936; TAR Lazio, Roma, sez. II bis, 15 luglio 2011, n. 6390, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>246</sup> TAR Campania, Salerno, 14 gennaio 2011, n. 43, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che afferma come l'ente espropriante non possa più acquistare la proprietà del bene illegittimamente occupato con il "rimedio *extra ordinem* dell'acquisizione sanante ex art. 43 T.U. sulle espropriazioni, del quale la nota sentenza della Corte costituzionale 8 ottobre 2010, n. 293 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale", potendo utilizzare

Dopo l'intervento della Consulta, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 43, il legislatore è intervenuto per colmare il vuoto normativo, introducendo, con l'art. 34 della legge 15 luglio 2011, n. 111 (di conversione del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98) l'art. 42-bis nel d.p.r. 327/2001.

Rispetto al vecchio art. 43, la norma introduce degli aspetti innovativi, prevedendo, al comma 1, che il bene venga acquisito al patrimonio dell'autorità "non retroattivamente" e con formale provvedimento di acquisizione.

---

esclusivamente istituti diversi, individuati "negli ordinari strumenti civilistici di acquisto immobiliare ovvero nell'istituto amministrativo dell'accordo, disciplinato dall'art. 11 della legge n. 241/1990 o nella speciale figura della cessione volontaria, di cui all'art. 45 dello stesso T.U. n. 327/2001. E però, mentre i modi contrattuali di acquisto della proprietà e l'accordo ex legge n. 241/1990 presuppongono, per la loro conclusione, sempre e comunque l'espressione di un libero consenso tra le parti, la cessione volontaria art. 45 del T.U. costituisce, per il proprietario del fondo, un vero e proprio diritto potestativo, che può essere fatto valere "sino alla data in cui è eseguito il decreto di esproprio". Diversamente, in caso di mancato acquisto dell'area da parte dell'ente pubblico, si è in presenza di un'occupazione senza titolo, ossia di un illecito permanente, che consente in ogni momento al privato di chiedere, anche in via giudiziale, la restituzione del fondo e la riduzione in pristino di quanto ivi realizzato, salva la preclusione sostanziale di cui all'art. 936, comma 4 e 5, c.c., in materia di rimozione di opere eseguite dal terzo sul terreno altrui. Di qui la non fondatezza dell'eccezione di prescrizione avanzata dal comune". Nello stesso senso, Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio, 2011, n. 676; TAR Sicilia, Catania, sez. II, 13 aprile 2011, n. 893; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II quater, 14 aprile 2011, n. 3260; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 21 ottobre 2011, n. 4885, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Si veda anche Cons. Stato, IV, 29 agosto 2011, n. 4834, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che sottolinea come "l'amministrazione può legittimamente apprendere il bene facendo uso unicamente dei due strumenti tipici, ossia il contratto, tramite l'acquisizione del consenso della controparte, o il provvedimento, e quindi anche in assenza di consenso, ma tramite la riedizione del procedimento espropriativo con le sue garanzie. L'illecita occupazione, e quindi il fatto lesivo, permangono, dunque, fino al momento della realizzazione di una delle due fattispecie legalmente idonee all'acquisto della proprietà, sia che questo evento avvenga consensualmente sia che avvenga autoritativamente". Successivamente all'introduzione dell'art. 42-bis, il **Cons. Stato, sez. IV, 2 settembre 2011, n. 4970**, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ha affermato che "l'amministrazione può legittimamente apprendere il bene facendo uso unicamente dei due strumenti tipici, ossia il **contratto**, tramite l'acquisizione del consenso della controparte, o il **provvedimento**, e quindi anche in assenza di consenso ma tramite la riedizione del procedimento espropriativo con le sue garanzie. L'illecita occupazione, e quindi il fatto lesivo, permangono quindi fino al momento della realizzazione di una delle due fattispecie legalmente idonee all'acquisto della proprietà, indifferentemente dal fatto che questo evento avvenga consensualmente o autoritativamente. A questi due strumenti va altresì aggiunto il possibile ricorso al **procedimento espropriativo semplificato**, già previsto dall'art. 43 del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità" ed ora, successivamente alla sentenza della Corte costituzionale, 8 ottobre 2010, n. 293, che ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, nuovamente regolamentato all'art. 42 bis dello stesso testo, come introdotto dall'articolo 34, comma 1, del D.L. 6 luglio 2011 n. 98 "Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria", convertito in legge 15 luglio 2011 n. 111". Così anche la recente sentenza del **Cons. Stato, sez. IV, 10 marzo 2014, n. 1105**, che rileva come "l'Amministrazione ha infatti l'obbligo giuridico di far venir meno, in ogni caso, l'occupazione "sine titolo" e, quindi deve adeguare la situazione di fatto a quella di diritto attraverso l'emanazione di legittimi provvedimenti ablatori; o di contratti di acquisto delle relative aree, ovvero di provvedimenti di acquisizione ex art. 42-bis, t.u. n. 327 del 2001. La P.A. in sostanza ha perciò due sole alternative: o restituisce i terreni ai titolari, demolendo quanto realizzato e disponendo la completa riduzione in pristino allo "status quo ante"; oppure si attiva per acquisire un legittimo titolo di acquisto dell'area da parte del suo legittimo proprietario (cfr. Consiglio di Stato sez. IV 02 settembre 2011 n. 4970; Consiglio di Stato sez. VI 01 dicembre 2011 n. 6351)", mentre nel caso in esame "le amministrazioni interessate né hanno ottenuto il consenso dell'odierno appellante alla cessione bonaria; né hanno restituito il bene ripristinando lo *status quo ante*; e né infine – come avrebbero dovuto -- hanno proceduto all'acquisizione ai sensi dell'art. 42 bis t.u. espropriazioni di cui al d.P.R. n. 327 del 2001".

Inoltre, viene previsto, in luogo del risarcimento del danno (art. 43 c. 2 lett. c) precedente), un indennizzo dovuto a fronte del pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale subito dal privato. La norma prevede che l'indennizzo per il pregiudizio patrimoniale sia determinato in misura corrispondente al valore venale del bene utilizzato per scopi di pubblica utilità (e, se l'occupazione riguarda un terreno edificabile, sulla base delle disposizioni dell'articolo 37, commi 3, 4, 5, 6 e 7), mentre per quello non patrimoniale si prevede una liquidazione forfetaria pari al dieci per cento del valore venale del bene<sup>247</sup>.

Il comma 7 dell'art. 42-bis prevede che la copia integrale dell'atto sia trasmessa alla Corte dei Conti, che può valutare profili di responsabilità amministrativa in capo al dipendente pubblico<sup>248</sup>.

Ai sensi del comma 2 il provvedimento di acquisizione sanante può essere adottato durante la pendenza di un giudizio per l'annullamento del vincolo preordinato all'esproprio, della dichiarazione di pubblica utilità e del decreto di esproprio se l'amministrazione che ha adottato l'atto impugnato lo ritira, determinando in tal modo l'improcedibilità del giudizio amministrativo. Le somme eventualmente già erogate al proprietario a titolo di indennizzo, maggiorate

---

<sup>247</sup> Cons. Stato, sez. V, 2 novembre 2011, n. 5844, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), con riferimento all'art. 42-bis, ha affermato che "il riferimento al danno non patrimoniale in tale disposizione costituisce disposizione innovativa, che impone la necessità di opportuna considerazione anche in sede di risarcimento del danno per illecita occupazione"; esso può essere determinato in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c., e "trattandosi di obbligazione derivante da illecito extracontrattuale, e quindi di debito di valore, tali somme, determinate con riferimento alla data della trasformazione irreversibile del bene, devono essere rivalutate equitativamente all'attualità sulla base degli indici Istat". Il Consiglio di Stato ha riconosciuto anche il "danno da lucro cessante, costituito dalla perdita della possibilità di far fruttare la somma stessa; tale danno, avuto riguardo al tempo trascorso ed al graduale mutamento del potere di acquisto della moneta, può liquidarsi in via equitativa nella misura degli interessi legali sulle somme rivalutate anno per anno a decorrere dalla data dell'illecito, in applicazione della sentenza 17 febbraio 1995, n. 1712 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, secondo cui deve escludersi che la base del calcolo dei suddetti interessi possa essere quella della somma rivalutata al momento della liquidazione se gli interessi vengono fatti decorrere dal momento del fatto illecito, perché con tali modalità si attribuirebbe al creditore un valore cui egli non ha diritto".

<sup>248</sup> Si veda Corte dei Conti, Sez. giurisdizionale per la regione Sardegna, 8 novembre 2011, n. 445, in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it), che ha ritenuto sussistente la colpa grave dell'amministratore e del responsabile dell'area tecnica in quanto "nel lasso di tempo intercorrente fra l'occupazione dell'area e l'ultimazione dei lavori non risulta essere stato esercitato alcun impulso" da parte loro "al fine di sollecitare la definizione del procedimento espropriativo prima che si verificasse l'irreversibile trasformazione dell'area occupata e la conseguente perdita del diritto di proprietà" degli espropriati. Pertanto, "l'inerzia mostrata dai convenuti nella vicenda integra, effettivamente, l'ipotesi di una condotta gravemente colposa, sia in considerazione dell'apprezzamento e della valutazione della fattispecie - sostanzialmente lineare nella sua struttura e dunque di agevole apprezzamento, anche per quanto concerne le conseguenze - sia in relazione al ruolo ricoperto dagli stessi nell'ente locale, nonché, come già precisato, in considerazione dell'assenza di iniziative finalizzate alla definizione dell'esproprio. Il tutto, nonostante la facile prevedibilità - se non la certezza - delle gravi conseguenze di carattere economico che l'ente avrebbe dovuto sopportare".

dell'interesse legale, sono detratte da quelle dovute ai sensi del presente articolo.

Al comma 4 è previsto un obbligo motivazionale più pregnante: l'autorità deve motivare relativamente alle ragioni attuali ed eccezionali di interesse pubblico sottese alla sua adozione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l'assenza di ragionevoli alternative.

Il passaggio di proprietà del bene è subordinato al verificarsi della condizione sospensiva del pagamento delle somme dovute.

L'articolo 42-bis è stato criticato da parte della dottrina, che ha sottolineato come esso "sembra trascurare le principali critiche rivolte all'indirizzo dell'Italia da parte della CEDU"<sup>249</sup>.

La Corte di Cassazione, con ordinanze 441-2/2014 ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 42-bis<sup>250</sup>, in quanto, ad avviso della Corte, l'art.

---

<sup>249</sup> L. STICCHI, *cit.* Si veda G. M. MARENGHI, *La nuova disciplina dell'acquisizione sanante*, in *Giorn. dir. amm.*, 12, 2011, 1360, che afferma come le motivazioni della Consulta "siano state interpretate in modo strumentale dal legislatore che si è soffermato unicamente sui profili di illegittimità formale denunciati. La bocciatura per eccesso di delega è stata arbitrariamente letta come l'espressione di un mero scrutinio di legittimità, imperniato unicamente sull'ampiezza del potere normativo riconoscibile al legislatore delegato e disancorato da una valutazione della compatibilità della norma con i principi costituzionali che tutelano la proprietà privata".

<sup>250</sup> L. STICCHI, *cit.*, ricorda che già in precedenza è stata sollevata questione di legittimità costituzionale in un giudizio innanzi al Consiglio di Stato, ma "i giudici, con sentenza 1438/2012, ne hanno dichiarato la manifesta infondatezza, operando sul nascere l'aborto di un nuovo intervento del giudice delle Leggi". Con **sentenza del 15 marzo 2012, n. 1438, il Consiglio di Stato, sez. VI**, ha affermato che "l'art. 42-bis risulta conforme alle disposizioni della Cedu e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che ha più volte condannato la Repubblica Italiana proprio perché i giudici nazionali avevano riscontrato la perdita della proprietà in assenza di un provvedimento motivato, previsto da una specifica previsione di legge". Infatti, "successivamente alla sentenza del 12 gennaio 2006 della Sez. III della CEDU, resa sul ricorso n. 14793/02 (e citata nella sentenza della Corte Costituzionale n. 293 del 2010), che aveva incidentalmente formulato critiche all'art. 43 del testo unico in occasione di una condanna riguardante una occupazione sine titolo, la Corte di Strasburgo non si è pronunciata più in senso critico, nei confronti dell'istituto originariamente disciplinato dal medesimo art. 43, oggetto della dichiarazione di incostituzionalità per eccesso di delega e reintrodotta nell'ordinamento nazionale (con significative modifiche) dall'art. 42 bis sopra richiamato.

Da un lato, già in sede europea, ad un più approfondito esame, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa – nella sessione del 13-14 febbraio 2007 – si è occupato delle 'violazioni sistematiche derivanti dalla espropriazione indiretta' in Italia, distinguendo: - la ultraventennale prassi nazionale (affermatasi nella giurisprudenza ordinaria, sulla configurabilità di un titolo di acquisto della proprietà in assenza di uno specifico procedimento previsto dalla legge), considerata in contrasto con il protocollo 1 aggiuntivo della Cedu; - le disposizioni contenute nell'art. 43 del testo unico sugli espropri, cui andava riconosciuto il chiaro significato desumibile dai suoi lavori preparatori (cioè dalla relazione della Commissione speciale fatta propria dalla Adunanza Generale del Consiglio di Stato) e dalla decisione della Adunanza Plenaria n. 2 del 2005. Il medesimo Comitato dei Ministri ha manifestato il proprio 'welcoming' per le disposizioni contenute nell'art. 43, col compiacimento in sede europea per l'elaborazione di un istituto che (come ha già rilevato questo Consiglio) ha consentito una 'legale via d'uscita', nei casi in cui fosse riscontrabile un'opera pubblica in assenza del valido ed efficace decreto di esproprio (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, sentt. n. 5830 del 2007; n. 1552 del 2008). Per di più, il provvedimento ora disciplinato dall'art. 42 bis (che pure consente la 'legale via d'uscita' con l'esercizio di un potere basato sull'accertamento dei fatti e sulla valutazione degli interessi in conflitto) comporta la spettanza – al soggetto che perde il diritto di proprietà – di un importo a titolo di indennizzo, nella misura superiore del 10% rispetto a quanto avrebbe avuto diritto ad ottenere a titolo di

42-bis – che ha funzione sanante di un comportamento illecito dell'amministrazione – “corrisponde proprio alla nozione di espropriazione indiretta, dalla Corte europea dichiarata incompatibile con la Convenzione pur nell'ipotesi in cui essa derivi da una disposizione di legge, poiché persegue egualmente il risultato non consentito, di rendere l'ingerenza illecita nella proprietà privata una alternativa ad un'espropriazione svolta secondo i canoni di legge”.

Con l'art. 42-bis, secondo la Corte, è stata “reintrodotta, secondo la più qualificata dottrina e la giurisprudenza amministrativa, la possibilità per l'amministrazione che utilizza un bene privato senza titolo per scopi di interesse pubblico, di evitarne la restituzione al proprietario (e/o la riduzione in pristino stato) attraverso il ricorso ad un atto di acquisizione coattiva al proprio patrimonio indisponibile, che sostituisce il procedimento ablativo prefigurato dal T.U., e si pone, a sua volta, come una sorta di procedimento espropriativo semplificato. Il quale assorbe in sé sia la dichiarazione di pubblica utilità, che il decreto di esproprio, e quindi sintetizza "*uno actu*" lo svolgimento dell'intero procedimento, in presenza dei presupposti indicati dalla norma”.

Si evidenzia che la giurisprudenza ha considerato l'art. 42-bis come strumento aggiuntivo e residuale<sup>251</sup> rispetto ai due strumenti tipici del contratto e del provvedimento emanato a seguito della riedizione del procedimento espropriativo, visti anche gli onerosi adempimenti che esso richiede<sup>252</sup>.

---

risarcimento del danno (sia sulla base della prassi nazionale rivelatasi in contrasto con la Cedu, sia nel caso di applicazione dell'art. 43, poi dichiarato incostituzionale per eccesso di delega)”.

<sup>251</sup> Cons. di Stato, sez. IV, 29 agosto 2011, n. 4833; Cons. di Stato, sez. IV, 2 settembre 2011, n. 4970; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 19 ottobre 2011, n. 1428; Cons. di Stato, sez. VI, 31 ottobre 2011, n. 5813; Cons. di Stato, sez. IV, 27 gennaio 2012, n. 427, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Secondo L. STICCHI, *cit*, poiché “il rischio di una “ingessatura” del potere sussiste” occorre “individuare una strada fisiologica, che non comporti l'elusione di norme generali dell'ordinamento o la violazione di altri interessi collaterali, alla quale riconnettere la produzione dell'effetto ablatorio. Il Consiglio di Stato ha aperto, fra le varie possibilità, una breccia in un contesto inusitato: la riedizione del procedimento ablatorio”, individuando “in quella la strada maestra al fine di risolvere il problema occorso”. Si veda, in particolare, la sentenza del Cons. Stato, sez. IV, 2 settembre 2011, n. 4970, *cit*.

<sup>252</sup> L. STICCHI, *cit*: è “chiaro che la nuova normativa, vista la tipologia di adempimenti che richiede, non sarà utilizzata a «*cuor leggero*» da parte dei dipendenti pubblici, stante il rischio di vedersi convenuti davanti alla Corte dei Conti al fine di rispondere di danno erariale; è anche vero, però, che la trasmissione degli atti alla Corte dei Conti avrebbe la finalità di andare a individuare le responsabilità di chi, pur dovendo agire, abbia omesso di farlo”. Secondo l'A. “Qualificato, dunque, come strumento straordinario, viene, però, equiparato alla compravendita immobiliare e agli altri mezzi attraverso i quali la p.a. può “uscire” dall'illegittimità. Perde, quindi, i suoi caratteri di eccezionalità; ma, forse, proprio la sua natura “problematica”, visti gli oneri motivazionali e la comunicazione alla Corte dei Conti, lo rende un istituto marginale”.

## **2. L'azione di condanna all'emanazione del provvedimento di cui all'art. 42-bis t.u. espropri**

Il d.lgs 160/2012 ha introdotto nel c.p.a. l'azione di condanna pubblicistica, c.d. azione di esatto adempimento, già ammessa dalla giurisprudenza (pl. nn. 3 e 15 del 2011 e la n. 1428 del 2011 del TAR Lombardia).

Il nuovo art. 34, al comma 1, lett c), prevede, infatti, che “l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento è esercitata, nei limiti di cui all'art. 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio”.

Pertanto, il giudice, già in fase di cognizione, può condannare l'amministrazione al rilascio del provvedimento, purchè si verta in casi di attività vincolata o ove non residuino margini di discrezionalità.

Alcuni giudici di primo grado hanno affermato che il giudice amministrativo, in sede di cognizione, potrebbe condannare l'amministrazione, all'emanazione del provvedimento di acquisizione sanante di cui all'art. 42-bis t.u. espropri<sup>253</sup> e che ciò non penalizzerebbe i ricorrenti in quanto essi verrebbero ristorati del danno subito e nello stesso tempo verrebbe salvaguardato l'interesse pubblico alla conservazione dell'opera ormai realizzata.

Tale filone giurisprudenziale si fonda sul presupposto che l'irreversibile trasformazione del suolo esaurirebbe i margini di discrezionalità

---

<sup>253</sup> T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 19 agosto 2011 n. 2102 in *Resp. civ. prev.*, 1, 2012, 243, con nota di F. REGA, *Forme (vecchie e nuove) di acquisizione al patrimonio indisponibile di beni privati utilizzati per scopi di interesse pubblico*; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 21 ottobre 2011, n. 4885; Tar Lazio, Latina, sez. I, 5 giugno 2012, n. 435; T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 3 agosto 2012, n. 1575 in *Foro Amm. TAR*, 7-8, 2012, 2512.; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 3 febbraio 2013, n. 422; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 1 marzo 2013, n. 1200; T.A.R. Campania, Napoli, 24 luglio 2013, n. 3879 , tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Si veda anche Cons. Stato, Sez. VI, 1 dicembre 2011 n. 6351, in *Foro amm. Cons. Stato*, 3, 2012, 719, che ha ordinato alla p.a. di attivare e concludere il procedimento volto alla emanazione del provvedimento di acquisizione dell'area ai sensi dell'art. 42-bis. *Contra*, T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 1 marzo 2012, n. 407, in *Foro Amm. TAR*, 3, 2012, 767, secondo il quale “nel caso in cui sia stata iniziata una procedura espropriativa che non si è conclusa con l'emanazione del provvedimento finale di esproprio il giudice amministrativo non può ordinare all'autorità espropriante di emanare il provvedimento di acquisizione sanante, stante il divieto per l'autorità giudiziaria di sostituirsi a quella amministrativa nell'attività di amministrazione attiva”.

dell'amministrazione<sup>254</sup>.

In particolare, nella sentenza del T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 19 agosto 2011 n. 2102, i ricorrenti, lesi dall'illegittima occupazione di un proprio fondo, chiedevano al g.a. la condanna della pubblica amministrazione al risarcimento dei danni derivanti dall'occupazione illegittima, la condanna del Comune a dichiarare l'intenzione di acquisire in via transattiva la proprietà delle aree in questione, previo pagamento del valore venale delle aree, ovvero, in subordine, la restituzione dei terreni. Il TAR deduceva la volontà dell'Amministrazione di acquistare l'area, sulla base di atti concludenti, quali «l'avvio della procedura espropriativa, l'occupazione dei beni e la trasformazione degli stessi operata – seppure illegittimamente – per il conseguimento di pubblica utilità», dai quali emergerebbe il venir meno dell'intenzione di restituzione del fondo da parte dell'amministrazione. In conseguenza di tale ragionamento, il TAR ha accolto la domanda risarcitoria del privato, condannando contestualmente l'amministrazione ad adottare il provvedimento di acquisizione sanante di cui all'art. 42 bis testo unico espropriazioni.

Ad avviso del TAR, la volontà dell'Amministrazione di acquistare l'area emergerebbe per *facta concludentia* e manifesterebbe il venir meno dell'intenzione di restituzione del fondo: in tal modo la natura discrezionale del procedimento di acquisizione sanante viene meno per *facta concludentia* e risulta possibile condannare l'Amministrazione ad avviare il procedimento di acquisizione sanante, senza che residui in capo ad essa alcuna discrezionalità sulla valutazione degli interessi in gioco<sup>255</sup>.

Il filone giurisprudenziale sopra descritto appare significativo anche perchè può

---

<sup>254</sup> L. STICCHI, *cit.*, che evidenzia che “si tratta, dunque, di una “riedizione” del criterio cassazionista che ha dato i natali al fenomeno *de quo*”.

<sup>255</sup> L. STICCHI, *cit.*, evidenzia come “surrettiziamente, quindi, la corte isolana, fornendo una lettura a tratti “temeraria”, rinviene negli stessi requisiti necessari all'esercizio del potere di cui all'art. 42-bis, una valutazione operata *ex lege* degli interessi coinvolti nelle vicende *de quibus*. La p.a. sarebbe chiamata, dunque, ad avviare il procedimento, senza alcuna discrezionalità in ordine alla valutazione degli interessi, essendosi già determinata, *temporibus illis*, attraverso la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera. Se così fosse, la stessa disciplina recata al 42-bis non avrebbe ragione di essere. Non avrebbe avuto senso introdurre un nuovo strumento, nel tentativo di renderlo compatibile con la CEDU, né si avrebbe avuto motivo di inasprirne l'onere motivazionale: se una pronuncia del giudice amministrativo è in grado di effettuare, in luogo della pubblica amministrazione, una valutazione di interessi, a questo punto sarebbe stato sufficiente adoperare i principi della giurisprudenza della Cassazione, precisati in premessa, da cui è scaturito il fenomeno che qui ci occupa”.



essere inquadrato, più in generale, nell'ambito della tendenza della giurisprudenza a valorizzare il contenuto conformativo della sentenza, anche superando i limiti dell'azione proposta dai ricorrenti.

Sotto questo profilo, infatti, nonostante i ricorrenti avessero chiesto il solo risarcimento e non la restituzione del bene, il giudice amministrativo ha disposto la condanna al rilascio del provvedimento *ex art. 42-bis*, adottando una sentenza con un contenuto conformativo che ha superato i limiti dell'azione proposta dai ricorrenti<sup>256</sup>.

Ad avviso dei giudici amministrativi, la volontà del privato espropriato di chiedere il solo risarcimento del danno per equivalente implicherebbe implicitamente la rinuncia alla *restitutio in integrum*<sup>257</sup>.

---

<sup>256</sup> M. NUNZIATA, *Recenti sviluppi in materia di espropriazione per pubblica utilità alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 293 del 2010 e del nuovo art. 42 bis del testo unico sugli espropri*, in Foro amm. Tar, 10, 2011, 3339 che afferma che la pronuncia «assume particolare interesse in quanto il contenuto conformativo ha superato i limiti dell'azione proposta dal ricorrente che, è bene ricordare, aveva chiesto la restituzione dei beni e, in subordine, il risarcimento».

<sup>257</sup> La sentenza T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 21 ottobre 2011, n. 4885, *cit.*, afferma che ove il privato domandi «unicamente il risarcimento del danno per equivalente in ragione dell'irreversibile trasformazione del bene, detta richiesta [deve essere] [...] considerata come rinuncia alla *restitutio in integrum*; comunque la richiesta del solo risarcimento per equivalente non determinerebbe un effetto abdicativo della proprietà all'amministrazione occorrendo piuttosto un accordo transattivo fra le parti». Nello stesso senso, T.A.R. Sicilia Palermo 27 marzo 2013, n. 732, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ove si afferma che «La pretesa ivi azionata è radicata sull'indirizzo giurisprudenziale - ampiamente maggioritario al momento della proposizione del presente ricorso - secondo il quale, in caso di mancata tempestiva adozione del decreto di esproprio entro i termini indicato nella dichiarazione di p.u., l'irreversibile trasformazione del terreno oggetto di esproprio determina il suo acquisto in favore dell'amministrazione espropriante e, conseguentemente, il diritto dell'originario proprietario ad ottenere il risarcimento del danno subito. E' però noto che il quadro normativo e giurisprudenziale, da allora, è significativamente mutato. In particolare attualmente la materia è regolata dall'art. 42 bis del D.P.R. 8 giugno 2001 n. 327, introdotto dall'art. 34 comma 1° del D.L. 6 giugno 2011 n. 98 convertito dall'art. 1, comma 1, L. 15 luglio 2011, n. 111. In forza di tale disposizione di legge deve ritenersi che l'irreversibile trasformazione non determini, di per sé, l'acquisto in proprietà da parte di una P.A. di un immobile, in ipotesi, indebitamente occupato, ma mai regolarmente espropriato; correlativamente il proprietario di tale immobile non può chiedere il risarcimento del danno derivante dalla così detta "occupazione acquisitiva", ma la restituzione del bene stesso, previa rimozione delle opere indebitamente sullo stesso realizzate. L'amministrazione ha però la possibilità di acquisire l'immobile trasformato, ed indebitamente detenuto, attraverso l'adozione dello specifico provvedimento previsto dal richiamato art. 42 bis. Il collegio è a conoscenza che recentemente il C.G.A. , con ordinanza n. 265/2013, ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione della corretta interpretazione dell'art. 42 bis, ipotizzando la possibilità di ritenere tutt'ora vigente la possibilità che l'acquisto della proprietà da parte della P.A. di un immobile irreversibilmente trasformato si verifichi anche in assenza del provvedimento ivi previsto. Ritiene però che le pur suggestive ricostruzioni della richiamata ordinanza si scontrino con i dati testuali della norma in esame che, unitamente alle disposizioni ed ai principi che regolano il trasferimento della proprietà immobiliare, impediscono la possibilità di concepire l'acquisto in capo alla P.A. di un immobile, in virtù dell'avvenuta realizzazione di un'opera pubblica ma in assenza dell'adozione di uno degli atti tipizzati nelle norme di legge idonei al trasferimento della proprietà di un immobile (Cass., II, 14 genn. 2013 n. 705; Cons. di Stato, IV, 3 ott. 2012 n. 5189; Cons. di Stato, IV, 29 agosto 2012 n. 4650; Cons. di Stato, IV, 2 sett. 2011 n. 4970). Alla luce di tali premesse la pretesa azionata da parte ricorrente non può essere accolta, in quanto inequivocabilmente fondata su un presupposto in realtà inesistente, non potendosi ritenere che il comune resistente abbia acquisito la proprietà dei terreni per cui è causa. Né evidentemente

Tuttavia, è stato rilevato come “il riconoscere *hic et nunc* che la volontà abdicativa del privato possa determinare, in automatico, il potere di condanna del Giudice all’acquisizione sanante rappresenta una “forzatura”<sup>258</sup> per motivi sia di carattere sostanziale che processuale.

Tra i primi, viene evidenziato il carattere restitutorio e non risarcitorio della retrocessione del bene<sup>259</sup> e che la scelta di adottare o meno il provvedimento di cui

---

questo Giudice potrebbe trasformare d’ufficio la domanda di risarcimento danni per occupazione acquisitiva in domanda restitutoria, operazione che si porrebbe in aperta violazione del principio processuale fondante della corrispondenza tra chiesto e pronunciato”; T.A.R. Calabria Catanzaro, 27 maggio, 2013 n. 705, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che, premettendo che “la radicale trasformazione del suolo a seguito dell’occupazione di esso e della realizzazione dell’opera pubblica non determina l’estinzione del diritto del proprietario né, correlativamente, l’acquisto della proprietà in capo all’Amministrazione o al beneficiario dell’espropriazione”, ha affermato che “la configurazione dell’azione risarcitoria alla stregua di negozio unilaterale con effetto abdicativo nei confronti del precedente proprietario non rende ragione, per la stessa natura di atto unilaterale del negozio, dell’effetto ulteriore che dovrebbe conseguire all’atto di rinuncia della proprietà, vale a dire l’acquisto in capo all’Amministrazione della proprietà stessa. D’altra parte, tale configurazione appare in contrasto con lo stesso principio di tipicità dei modi di acquisto della proprietà, di cui all’art. 922 c.c. (sul punto, diffusamente, TAR Lazio, sez. II, 6 novembre 2012 n. 9052 *cit.*)”. Corte di Cassazione, Sez. Unite Civili, sentenza 31 maggio 2011, n. 11963, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it), afferma come la trasformazione irreversibile del fondo pur illegittimamente occupato esclude, di norma, la restituzione, salvo tuttavia che l’interesse pubblico, sulla scorta di circostanze sopravvenute e riscontrate in fatto (quali lo stato di abbandono del fondo trasformato, la mancata ultimazione delle opere, l’ampio arco di tempo decorso dalla sospensione dei lavori) risulti non più attuale né concretamente perseguito dall’amministrazione: in tale caso, infatti, potrà darsi luogo alla reintegrazione in forma specifica, mediante la riduzione in pristino di quanto (eventualmente) in parte edificato e la restituzione del fondo occupato. Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio, 2011, n. 676, *cit.*, afferma, con riferimento alla rinuncia di fatto alla *restitutio in integrum* dei proprietari espropriati desumibile da una richiesta limitata al risarcimento per equivalente, che “a tale rinuncia tuttavia, formulata all’interno di un contesto normativo ben diverso da quello oggi conseguente alla caducazione del ricordato art. 43 (il ricorso introduttivo è stato notificato nel 2007), non può in alcun modo attribuirsi un effetto abdicativo della proprietà in favore dell’Amministrazione, essendo tale conclusione in contrasto con l’esigenza di tutela della proprietà, la quale esige che l’effetto traslativo consegua a una volontà inequivoca del proprietario interessato (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 30 gennaio 2006, nr. 290)”. Cons. Stato, IV, 29 agosto 2011, n. 4834, *cit.*, sottolinea come “la realizzazione dell’opera pubblica sul fondo illegittimamente occupato è in sé un mero fatto, non in grado di assurgere a titolo dell’acquisto, come tale idoneo a determinare il trasferimento della proprietà, per cui solo il formale atto di acquisizione dell’amministrazione può essere in grado di limitare il diritto alla restituzione, non potendo rinvenirsi atti estintivi (rinunziativi o abdicativi, che dir si voglia) della proprietà in altri comportamenti, fatti o contegni”. Il **Cons. giust. Amm., sez. giurisd., ord n. 265, 21 febbraio 2013** in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). ha rimesso all’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la questione relativa alla possibilità - dopo la dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 43 T.U. n. 327 del 2001 ad opera della sentenza della Corte costituzionale n. 293 del 2010 ed in vigenza del nuovo art. 42 bis dello stesso T.U. - il quale subordina l’espropriazione sanante alla adozione di un provvedimento espresso da parte della P.A. - di ipotizzare una abdicazione tacita al diritto dominicale da parte del proprietario il quale si limiti a domandare il risarcimento per equivalente dei danni patiti a seguito dell’irreversibile trasformazione del fondo.

<sup>258</sup> L. STICCHI, *cit.* Tale soluzione è stata invece vista con favore da F. ROMANO, *Illegittimità del procedimento di esproprio e obbligo di restituzione del bene, nota a Consiglio di Stato, 02 settembre 2011, n.4970*, sez. IV, in Riv. giur. edilizia, fasc.2, 2012, 376, che afferma che tale filone giurisprudenziale - nella specie l’A. si riferisce alla sentenza del T.A.R. Campania n. 4885/11 - “ha fatto corretta applicazione dell’art. 34 c.p.a. condannando la parte soccombente all’adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio” in quanto in tal modo è stata assicurata “una tutela piena ed effettiva, adempiendo a quanto disposto dall’art. 1 c.p.a.”.

<sup>259</sup> L. STICCHI, *cit.*, che condivide la tesi che afferma che la retrocessione afferirebbe alla tutela restitutoria e non alla tutela risarcitoria in forma specifica in quanto “l’effetto restitutorio rappresenta una delle

all'art. 42-bis attiene al c.d. merito amministrativo sottratto al sindacato del giudice amministrativo.

Tra i secondi, si richiamano le stesse perplessità suscitate dalla giurisprudenza amministrativa (sent. 2755/2011) che, in virtù del principio di effettività, ha ritenuto di modulare gli effetti della sentenza di annullamento, fino ad eliminarne del tutto l'effetto caducatorio.

In particolare, è stata evidenziata la prospettabilità del vizio di ultraoextrapetizione, in quanto il giudice ha attribuito alla parte un bene della vita non richiesto o diverso da quello domandato, atteso che il ricorrente non aveva chiesto l'adozione dell'atto di acquisizione sanante<sup>260</sup>.

Inoltre, è stato sostenuto che così facendo il giudice abbia invaso la sfera riservata al potere discrezionale della p.a.<sup>261</sup>.

---

conseguenze tipiche dell'azione di annullamento. Si veda E. ZAMPETTI, *Nuova acquisizione sanante, tutela restitutoria e giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 3, 2012, 719-737, che ha sottolineato come conseguenza dell'annullamento degli atti espropriativi sia la restituzione del terreno, Cons. di Stato, sez. VI, 1 dicembre 2011, n. 6351, in *Foro amm. Cons. Stato*, 3, 2012, 719; T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 31 maggio 2011, n. 950, in *Foro amm. Tar*, 5, 2011, 1559.

<sup>260</sup> Sul vizio di ultrapetizione Cons. Stato, Sez. V, 27 maggio 2011 n. 3191, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2011, 1553: "l'ultrapetizione è annoverata quale possibile vizio delle pronuncia giudiziale in tutti i sistemi processuali contraddistinti dall'osservanza del principio fondamentale (contenuto, appunto, nel citato art. 112 c.p.c.) della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato; principio al quale, come è ben noto, si conforma anche il processo amministrativo, stante, in particolare il richiamo oggi contenuto nell'art. 39 del c.p.a."

<sup>261</sup> Così L. STICCHI, *cit.*, che afferma come "la scelta di adottare o meno il provvedimento di cui all'art. 42-bis attiene al c.d. merito amministrativo" e che l'invocazione del principio di effettività della tutela non "possa determinare uno stravolgimento dei principi e dei limiti fondanti l'attività giurisdizionale", in quanto "il solo strumento attraverso il quale il giudice può intervenire, in presenza di poteri discrezionali, è rappresentato, nei limiti del principio della domanda, dal vizio dell'eccesso di potere". T.A.R. Toscana, Sez. I, 1 marzo 2012 n. 407, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), ha ritenuto di non poter condannare l'amministrazione a emettere il provvedimento di acquisizione sanante, perché altrimenti avrebbe operato una invasione nel merito delle scelte discrezionali della p.a.: "l'art. 42-bis del d.p.r. 327/2001, al comma 1, recita che l'autorità la quale utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento (anche) di esproprio, può disporre l'acquisizione previa valutazione e temperamento degli interessi in conflitto. La norma configura il potere di acquisizione sanante come discrezionale ed attinente a criteri di buona amministrazione, i quali devono esplicarsi nel giusto temperamento degli interessi in gioco. In altri termini il potere di disporre l'acquisizione sanante è esplicazione di quel più generale potere di amministrazione attiva che compete agli enti dotati di poteri pubblici nel nostro ordinamento, ed in esso il Giudice Amministrativo può ingerirsi solo laddove sia dotato di giurisdizione nel merito, ciò che non avviene nel caso di specie. Ordinare all'amministrazione intimata di provvedere all'acquisizione sanante o comunque di definire formalmente la sorte della titolarità del fondo di cui è causa, per quanto appaia auspicabile tale conclusione della vicenda, significherebbe invadere un'area di amministrazione attiva che le è riservata. Il Comune [...] può ricorrere all'acquisizione sanante od anche, con il consenso dei ricorrenti, acquisire in via negoziale i terreni di cui, ma trattasi di scelte che attengono all'amministrazione attiva ed a criteri di opportunità e convenienza della stessa, i quali esulano dalla giurisdizione di questo Tribunale nella materia in esame". Cass, Sez. Un., 9 novembre 2011 n. 23302, in [www.dejure.giuffrè.it](http://www.dejure.giuffrè.it), ha affermato che "l'eccesso di potere giurisdizionale, denunciabile sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, è configurabile solo quando l'indagine svolta dal giudice amministrativo, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, sia stata strumentale a una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà

Pertanto, proprio per l'esistenza di tali perplessità<sup>262</sup> che una siffatta opzione interpretativa solleva, la giurisprudenza amministrativa più recente<sup>263</sup> ha affermato che in presenza di una procedura espropriativa illegittima, il giudice ha il potere di fissare un termine entro il quale la pubblica Amministrazione deve decidere se acquisire l'area illegittimamente occupata *ex art. 42-bis* ovvero ridurre in pristino e restituire la stessa al legittimo proprietario, lasciando impregiudicata la valutazione discrezionale della p.a. sugli interessi in conflitto.

In tal senso, il Consiglio di Stato n.1514 del 2012, a fronte di una domanda di risarcimento del danno (e in subordine di restituzione dell'area), dopo aver rilevato che i ricorrenti erano ancora proprietari del bene, al fine di non pregiudicare la discrezionale valutazione dell'Amministrazione in ordine agli interessi in conflitto, ha ordinato all'Amministrazione di provvedere ai sensi dell'art. 42-bis, d.P.R. n. 327 del 2001, qualora l'Amministrazione stessa non ritenesse di restituire

---

dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione, procedendo ad un sindacato di merito che si estrinsechi in una pronuncia che abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa".

<sup>262</sup> Peralto, L. STICCHI, *cit.*, evidenzia che "i profili testé sviscerati non possono dirsi sopiti neppure nell'ambito del giudizio di ottemperanza, ambito in cui il Giudice dovrebbe limitarsi a dare esecuzione ai *dicta* giudiziali".

<sup>263</sup> Cons. di Stato, sez. IV, 14 febbraio 2012, n. 1514; T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 1 marzo 2012, n. 407; TAR Sicilia, Catania, III, 21 marzo 2012, n. 710; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 8 giugno 2012, n. 1462 in *Foro Amm. TAR*, 2012, 6, 2133; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 11 giugno 2012, n. 1498; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 9 luglio 2012, n. 1374, in *Riv. giur. edilizia*, 2012, 4, 969. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 11 gennaio 2013, n. 24; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 7 febbraio 2013, n. 161; T.A.R. Sardegna, Cagliari, 16 aprile 2013 n. 326; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 16 aprile 2013, n. 1985; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 26 aprile 2013, n. 1220; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 4 giugno 2013, n. 1684, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In particolare, il TAR Sicilia, Catania, sez. II, 8 giugno 2012, n. 1462 ha affermato che "l'art. 42 bis [...]regola in termini di autonomia i rapporti tra potere amministrativo di acquisizione in sanatoria e processo amministrativo, consentendo l'emanazione del provvedimento dopo che "sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di esproprio" od anche, "durante la pendenza di un giudizio per l'annullamento degli atti citati, se l'Amministrazione che ha adottato l'atto impugnato lo ritira". La norma non regola più, invece, i rapporti tra azione risarcitoria, potere di condanna del giudice e successiva attività dell'Amministrazione, sicché ove il giudice, in applicazione dei principi generali, condanni l'Amministrazione alla restituzione del bene, il vincolo del giudicato elide irrimediabilmente il potere sanante dell'Amministrazione (salva ovviamente l'autonoma volontà transattiva delle parti) con conseguente frustrazione degli obiettivi perseguiti dal legislatore. Tuttavia, come osservato nella citata sentenza del Consiglio di Stato n. 1514/2012, i principi derivanti dall'interpretazione sistematica delle norme sopra citate e le possibilità insite nel principio di atipicità delle pronunce di condanna, di cui all'art. 34 comma 1 lett. c) c.p.a., consentono una formulazione della sentenza che non pregiudichi la possibilità per l'Amministrazione di acquisire il bene ai sensi del citato art. 42- bis. Nel caso di cui alla pronuncia del Consiglio di Stato, i ricorrenti avevano chiesto in via principale il risarcimento, per equivalente, del danno conseguente alla sottrazione della proprietà e, in subordine, la restituzione dell'area. Il Consiglio di Stato, dopo aver rilevato che i ricorrenti erano ancora proprietari del bene, onde non pregiudicare la discrezionale valutazione dell'Amministrazione in ordine agli interessi in conflitto, ha ordinato all'Amministrazione di provvedere ai sensi dell'art. 42-bis, d.P.R. n. 327 del 2001, qualora l'Amministrazione stessa non ritenesse di restituire l'immobile ai legittimi proprietari previa riduzione in pristino stato".

l'immobile ai legittimi proprietari previa riduzione in pristino stato<sup>264</sup>.

Tale interpretazione appare anche in linea con la disciplina contenuta nell'art. 42 bis, che considera autonomo il potere amministrativo di acquisizione in sanatoria dal processo amministrativo, consentendo l'emanazione del provvedimento dopo che "sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di esproprio" od anche, "durante la pendenza di un giudizio per l'annullamento degli atti citati, se l'Amministrazione che ha adottato l'atto impugnato lo ritira".

La norma, infatti, non ripropone la disposizione di cui al vecchio art. 43 comma 2, d.P.R. n. 327 del 2001, che imponeva alla p.a., al fine di non vedersi costretta a restituire il bene, di chiedere al g.a. di disporre la condanna risarcitoria, con obbligo di emanazione dell'atto di acquisizione. La valutazione degli "interessi in conflitto" è demandata ora esclusivamente all'Amministrazione, che può sempre agire in autotutela se intende acquisire al proprio patrimonio indisponibile il bene illegittimamente occupato<sup>265</sup>.

---

<sup>264</sup> Cons. di Stato, sez. IV, 14 febbraio 2012, n. 1514, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). che ha affermato che «Ai sensi dell'art. 34 lett. c) del c.p.a. è opportuno disporre che il provvedimento, qualunque sia il suo dispositivo, venga emanato entro giorni 60 dalla comunicazione o notificazione della presente decisione», restando così «impregiudicata la discrezionale valutazione in ordine agli interessi in conflitto, a seguito della quale, [...] [l'ente, n.d.a.], ove ritenga di non restituire gli immobili ai legittimi proprietari previo riduzione nel pristino stato, potrà in via alternativa disporre l'acquisizione del bene». La sentenza è stata ripresa da Cons. Stato, sez. IV, ord. 3 luglio 2014, n. 3347, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che ha rimesso alla Plenaria il seguente quesito di diritto: "se nella fase di ottemperanza - con giurisdizione, quindi, estesa al merito - ad una sentenza avente ad oggetto una domanda demolitoria di atti concernenti una procedura espropriativa, rientri o meno tra i poteri sostitutivi del giudice, e per esso, del commissario ad acta, l'adozione della procedura semplificata di cui all'art. 42-bis cit."

<sup>265</sup> L. STICCHI, *cit.*, sottolinea come "è, quindi, proprio la nuova formulazione dell'art. 42-bis a consentire al Giudice la possibilità di un dispositivo di tal fatta. Anzi, è possibile affermare che tali pronunce abbiano il pregio di non precludere all'Amministrazione la possibilità di potere adottare il provvedimento di acquisizione sanante che, altrimenti, in presenza di una sola condanna alla restituzione del bene, sarebbe inibito. Ciò risolve anche il problema dell'assenza di una domanda di parte nella direzione della condanna della p.A. all'acquisizione sanante: di fatti, come emerso, gli interessi pubblici, che nella vigenza dell'art. 43 accedevano al giudizio nella misura in cui la p.A. si fosse determinata a "paralizzare" la pretesa restitutoria del privato, secondo la nuova *littera legis*, restano al di fuori del giudizio. La p.A., infatti, laddove intenda acquisire al proprio patrimonio indisponibile il bene illegittimamente occupato, deve ritirare gli atti, determinando una improcedibilità del giudizio amministrativo, con conseguente dichiarazione della cessazione della materia del contendere. La formulazione del 42-bis, che ha espunto il contenuto del previgente art. 43, il cui provvedimento poteva essere adottato anche in presenza di un giudicato che avesse disposto la restituzione, consente, quindi, all'Amministrazione di agire in autotutela. Meglio, il corso giurisprudenziale qui descritto potrebbe essere valutato quale sorta di *stimolazione all'autotutela decisoria* che, qualora non colta, sarebbe poi oggetto di incidente in sede di ottemperanza, con le conseguenti scelte demandate ad un commissario *ad acta*. È, infatti, all'interno del giudizio di ottemperanza, ex art. 134, co. 1, lett. a) cpa, afferente alla giurisdizione estesa al merito, che il giudice amministrativo adotta «*pronunce che possano sostituire l'atto impugnato*»; non rappresentando, appunto, un ostacolo la sussistenza di poteri discrezionali in capo all'Amministrazione. A parere di chi scrive, è proprio la fissazione del termine per

## CAPITOLO VI

### ATIPICITA' DELLE AZIONI E CRITICHE DELLA DOTTRINA

#### 1. L'atipicità delle azioni in astratto e in concreto

Parte della dottrina ha visto con favore la giurisprudenza che ha affermato il potere del giudice di modulare gli effetti delle sentenze di annullamento, inquadrandola nell'ambito del principio di atipicità delle azioni proponibili innanzi al g.a.<sup>266</sup>.

Si è parlato, pertanto, di atipicità in astratto (operante sul piano quantitativo, con riferimento alle azioni proponibili) e di atipicità in concreto (operante sul piano qualitativo, con riferimento al contenuto delle decisioni adottabili nell'ambito delle azioni proponibili) per individuare due processi paralleli e complementari<sup>267</sup>.

Infatti, se, da un lato, all'azione di annullamento si sono affiancate altre azioni, quali l'azione di accertamento e l'azione di adempimento, dall'altro si è cercato di rendere flessibile lo stesso contenuto delle azioni tipizzate, a seconda della lesione che si verifica in concreto e della tutela che appare necessaria nel caso specifico: ciò che, nel caso di azione di annullamento, si è tradotto nella possibilità per il giudice amministrativo di emanare non solo una sentenza diretta all'eliminazione *ex tunc* dell'atto, ma, qualora idonea a soddisfare la pretesa sostanziale del

---

l'adempimento, *ex art. 34, co. 1, lett. b), cpa*, a coniugare la tutela piena ed effettiva con il limite del sindacato esterno di legittimità riconosciuto al giudice amministrativo. Pertanto, l'*actio finium regundorum* cui la giurisprudenza ha sottoposto, e continua a sottoporre, il fenomeno *de quo* fornisce una prova chiara di tale tensione. Detto principio, oggi scolpito nell'art. 1 del codice del processo amministrativo, trae origine dalla lettura sistematica degli articoli 24, 111 e 113 della Carta Costituzionale ed ha come precipua finalità è quella «di assicurare la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi». Tale tutela è affidata a più giudici «affinché sia assicurata, sulla base delle distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia». Tutto ciò, al fine di addivenire alla migliore decisione di merito”.

<sup>266</sup> F. CARINGELLA, *Architettura e tutela dell'interesse legittimo dopo il codice del processo amministrativo: verso il futuro!*, *cit.*, ha sottolineato che l'adesione ad una nozione sostanziale dell'interesse legittimo “precede e condiziona l'enucleazione dei bisogni di tutela passibili di soddisfacimento e, quindi, il novero nonché il contenuto delle azioni proponibili e delle sentenze adottabili” cosicché, “a fronte di un interesse legittimo che vede al centro della sua architettura il bene della vita, o meglio l'interesse materiale ad un bene della vita, devono essere esperibili tutte le azioni che siano necessarie per tutelare in concreto l'interesse sostanziale”

<sup>267</sup> F. CARINGELLA, *Architettura e tutela dell'interesse legittimo dopo il codice del processo amministrativo: verso il futuro!*, *cit.*; F. CARINGELLA, “La giurisprudenza amministrativa regala all'interesse legittimo l'atipicità della tutela”, *cit.*, F. CARINGELLA, *L'annullamento a geometrie variabili nella più recente giurisprudenza amministrativa*, *cit.*

ricorrente, una sentenza di annullamento con effetti *ex nunc*, o solo parzialmente retroattiva o, infine, una sentenza non demolitoria, contenente soltanto un accertamento di illegittimità con effetti meramente conformativi.

Queste due direzioni, in cui opera il principio di effettività, se pur partono da due punti di vista differenti, sembrano raggiungere lo stesso risultato: da un lato, un'azione di accertamento "convertita", ai sensi dell'art. 34, c. 3, c.p.a., dall'altro, una sentenza di annullamento che dispone i soli effetti conformativi, valorizzando l'accertamento, contenuto e presupposto indefettibile dell'annullamento.

Infatti, la sentenza di annullamento che dispone i soli effetti conformativi, al pari di una sentenza di mero accertamento<sup>268</sup>, identifica il modo corretto di esercizio del potere e determina "con valore precettivo per la successiva azione amministrativa, il contenuto concreto del dovere dell'amministrazione"<sup>269</sup>.

In altre parole, agendo sul contenuto della sentenza di annullamento (poiché l'accertamento è uno dei contenuti della sentenza di annullamento) e attraverso la

---

<sup>268</sup> Si veda C. FELIZIANI, *L'azione di mero accertamento nel processo amministrativo. Tra lacune legislative e istanze di tutela*, cit., che ricorda come la valorizzazione della componente conformativa della sentenza di annullamento sia stata utilizzata per garantire l'effettività della tutela anche quando si riteneva che "le pronunce del giudice amministrativo non potessero contenere *principaliter* un accertamento", sicché la giurisprudenza ammetteva "che, in taluni casi, sotto le mentite spoglie dell'impugnazione di un provvedimento amministrativo potesse celarsi un'azione dichiarativa", così come avveniva per la DIA, qualificata come atto amministrativo tacito. In tema di DIA, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 29 luglio 2011, n. 15, cit., ha affermato l'esperibilità dell'azione di accertamento per verificare l'insussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto della denuncia. Tuttavia, il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, come modificato dalla legge di conversione 14 settembre 2011, n. 148, si è discostato dall'orientamento del Consiglio di Stato, affievolendo la tutela del terzo, attraverso l'introduzione del comma 6 *ter* all'art. 19 l. 7 agosto 1990, n. 241, che dispone che "La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104". Il primo correttivo al c.p.a. (d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195) ha provveduto a coordinare il c.p.a. con il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, riconducendo la tutela del terzo esclusivamente al giudizio art. 31 c.p.a., modificando:

- l'art. 31 c. 1, che ora recita: "decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo e negli altri casi previsti dalla legge chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere".

- l'art. 133 c.p.a. lett. a), n. 3, che non prevede più la devoluzione alla giurisdizione esclusiva g.a. delle controversie in materia di dichiarazione di inizio attività ma di quelle in materia di "silenzio di cui all'art. 31, commi 1, 2, 3 e provvedimenti espressi adottati in sede di verifica di segnalazione certificata, denuncia e dichiarazione di inizio attività, di cui all'art. 19, comma 6 *ter*, della legge 241/90" (peraltro, il d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195 ha aggiunto anche la lett. *a-bis*, che devolve alla giurisdizione esclusiva del g.a. "le controversie relative all'applicazione dell'articolo 20 l. 241/90", in conformità a quanto stabilito dal comma 5 *bis* dell'art. 20 della l. 7 agosto 1990, n. 241, aggiunto dal d.l. 5 agosto 2010, n. 125, conv. in legge con l. 1 ottobre 2010, n. 163).

<sup>269</sup> M. NIGRO, cit., 315, che identifica in ciò l'effetto conformativo. Si veda R. GIOVAGNOLI, cit., che evidenzia come "si è parlato di atipicità degli effetti di un'azione tipica. In realtà, come è stato osservato, in questo modo si introduce un'altra azione atipica: un'azione di accertamento con effetti solo conformativi e non demolitori".

modulazione dei suoi effetti ad opera del giudice, la sentenza di annullamento può arrivare ad avere un contenuto di mero accertamento<sup>270</sup>, attraverso la valorizzazione di uno soltanto degli effetti della sentenza di annullamento, quello, appunto, conformativo<sup>271</sup>.

Allo stesso modo, se l'accertamento è un contenuto della sentenza di annullamento in quanto ne costituisce il suo presupposto, può verificarsi la fattispecie di cui all'art. 34 c. 3 c.p.a., che, a ben vedere, non sembrerebbe neppure una vera e propria conversione delle azioni, proprio in quanto l'azione di accertamento è già contenuta sin dall'inizio in quella di annullamento.

Sono due prospettive (una interna ad una stessa azione, quella di annullamento, l'altra esterna, sull'astratta configurabilità di un'altra azione, quella di accertamento) che confluiscono in un unico risultato (di qui la relativizzazione dell'asserita portata dirompente dell'art. 34 c. 3 c.p.a.): la prima parte dall'atto e dalla sua impugnazione e, con una logica induttiva arriva a scrutinare il rapporto e, conseguentemente, al fine di tutelare in modo più efficace il privato, valorizza solo uno degli effetti della sentenza (quello conformativo), eliminando quello demolitorio; l'altra, in una logica deduttiva, agisce a monte rendendo esperibili azioni diverse da quella caducatoria per arrivare ad apprestare la tutela più efficace nel caso concreto per il ricorrente.

Il principio della atipicità consente quindi al giudice di modulare gli effetti della propria decisione al fine di tutelare al meglio l'interesse del ricorrente, nella misura necessaria e sufficiente, senza frustrare inutilmente l'interesse pubblico e i controinteressati<sup>272</sup>: il giudice avrebbe quindi non solo il potere di decidere il *quomodo*

---

<sup>270</sup> M. MACCHIA, *cit.*, ove si sottolinea che il potere di precisare gli effetti della decisione di annullamento costituisce una conferma del fatto che "l'azione di accertamento, benché presente nel testo elaborato dalla Commissione istituita presso il Consiglio di Stato, ma poi amputata nella versione finale del codice del processo, non sia in realtà scomparsa del tutto, ma sopravviva sotto traccia".

<sup>271</sup> A tale riguardo, si può fare un parallelismo con l'azione di adempimento. Infatti, come l'atipicità "in concreto" della sentenza di annullamento consente di addivenire ad un accertamento dell'illegittimità a fini meramente conformativi e senza esiti demolitori (a prescindere, quindi, dall'affermazione dell'atipicità in astratto che consente l'esperibilità delle azioni di accertamento), così l'atipicità in concreto della sentenza di condanna può tradursi in un ordine di un *facere* pubblicistico, prescindendo dalla questione della esperibilità in astratto dell'azione di adempimento. Si veda in tale senso T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, *cit.*

<sup>272</sup> F. CARINGELLA, *L'annullamento a geometrie variabili nella più recente giurisprudenza amministrativa*, *cit.*, che sottolinea come "il silenzio serbato dal legislatore (art. 29 e 34 del codice del processo in tema di annullamento giurisdizionale al pari dell'art. 21 nonies della legge n. 241/1990 in materia di annullamento



dell'annullamento (ossia da quando decorre l'annullamento – estensione temporale – o a quale parte dell'atto riferirlo – estensione spaziale), ma anche di deciderne l'*an* (ossia di emanare una sentenza con un contenuto limitato all'accertamento dell'illegittimità per gli effetti conformativi del giudicato).

L'attribuzione al giudice del potere di modulare gli effetti della sentenza di annullamento sembrerebbe supportata anche dall'espressa previsione contenuta nell'art. 34 c. 3 c.p.a., che - consentendo al giudice amministrativo di accertare l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse a fini risarcitori quando nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile - potrebbe costituire la base giuridica per consentire l'emanazione di una sentenza con soli effetti conformativi.

In tale ottica, l'art. 34 c. 3 c.p.a. appare inserito in un quadro più vasto: infatti, ciò che l'articolo dispone espressamente deriverebbe più semplicemente dalla valorizzazione del principio di atipicità del contenuto delle sentenze di annullamento<sup>273</sup>.

La coerenza di siffatta interpretazione con l'art. 112 c.p.c. sarebbe garantita dal fatto che la domanda di annullamento contiene sempre il *quid minus* della domanda di mero accertamento dell'illegittimità con effetti non retroattivi o non eliminatori.

La giurisprudenza amministrativa ha, infatti, attribuito al giudice amministrativo il potere di determinare gli effetti della sentenza di annullamento, ritenendo che egli possa, d'ufficio, al fine di offrire una tutela migliore al ricorrente, non solo limitare la portata retroattiva dell'effetto caducatorio, ma anche eliminare del tutto gli effetti demolitori, valorizzando solo quelli conformativi, così superando le limitazioni

---

d'ufficio) in ordine all'effetto della sentenza di annullamento si sostanzia in una delega, tacita, ma chiara, la giudice del compito di dosare gli effetti, normativamente atipici, della propria pronuncia”.

<sup>273</sup> In particolare, è stato sottolineato come la “portata mobile” della pronuncia di annullamento racchiude anche ipotesi diverse da quella relativa alla sola portata conformativa della sentenza: infatti, l'annullamento può anche essere disposto, prescrivendo che abbia effetti *ex nunc* o parziali. F. CARINGELLA, *La giurisprudenza amministrativa regala all'interesse legittimo l'atipicità della tutela*, cit., afferma che il giudice può limitare la portata dell'effetto costitutivo della sentenza di annullamento per i seguenti motivi: a) principio di effettività (che impone di evitare all'amministrazione o ai controinteressati sacrifici non utili e non necessari per una piena tutela del ricorrente); b) argomento di teoria generale (anche nel diritto privato la sentenza di annullamento del contratto può non avere portata retroattiva art. 1443 c.c. e 1445 c.c. e 2038 c.c.); c) argomento sistematico (l'attribuzione al giudice del potere di decidere se annullare l'atto – art. 34 c. 3 c.p.a. – implica anche il potere meno incisivo di stabilire come annullarlo); d) argomento concettuale (se è centrale la tutela del bene della vita, allora la pronuncia deve concedere tutto e solo quello che è necessario per soddisfare la pretesa sostanziale); e) argomento comparatistico e comunitario (l'annullamento in autotutela o giurisdizionale non è sempre retroattivo).

contenute nell'art. 34 c. 3 c.p.a., (che richiede la sussistenza dell'interesse a fini risarcitori, seppure, ad avviso di una parte della giurisprudenza, senza che occorra una specifica allegazione o dimostrazione)<sup>274</sup>.

A questo riguardo, occorre notare che la sentenza del Consiglio di Stato, V sez., 26 gennaio 2012, n. 340<sup>275</sup>, sebbene contenga una motivazione molto più sintetica, appare orientarsi proprio in questo senso, in quanto dichiara l'illegittimità per gli effetti conformativi dell'atto impugnato, la cui pronuncia di annullamento è resa inutile dall'esaurimento dell'efficacia dell'atto, "alla stregua della disciplina dettata dall'articolo 34, comma 3, del codice del processo amministrativo e del principio di diritto sancito dalla sesta Sezione di questo Consiglio con la decisione 10 maggio 2011, n. 2755".

Pertanto, le argomentazioni utilizzate dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 2755/2011 relative ai principi generali e europei, e in particolare quella relativa alla possibilità, per il giudice nazionale, di "applicare le collaudate regole applicate dal giudice dell'Unione, debbano essere collegate ai principi generali del processo amministrativo<sup>276</sup>, che offre già da sé gli strumenti per adattare gli effetti delle

---

<sup>274</sup> L'accertamento potrebbe essere utile al ricorrente semplicemente per i suoi effetti conformativi *pro futuro*. E' il caso della sentenza del Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, *cit.*, ove il ricorrente (associazione ambientalista) ha impugnato l'atto (piano faunistico venatorio) "al fine di giovare dell'effetto conformativo del giudicato pro futuro" lamentando "l'insufficienza di determinate misure adottate con il provvedimento". F. CARINGELLA, *La giurisprudenza amministrativa regala all'interesse legittimo l'atipicità della tutela*, *cit.*, evidenzia che, se "le azioni tipizzate, idonee a conseguire statuizioni dichiarative, di condanna e costitutive, consentono di norma una tutela idonea ed adeguata che non ha bisogno di pronunce meramente dichiarative in cui la funzione di accertamento non si appalesa strumentale all'adozione di altra pronuncia di cognizione ma si presenta, per così dire, allo stato puro, ossia senza sovrapposizione di altre funzioni", "ove dette azioni tipizzate non soddisfino in modo efficiente il bisogno di tutela", l'azione di accertamento atipica risulterebbe praticabile quando "l'esercizio del potere amministrativo, necessario ai sensi del citato art. 34, comma 2, del codice del processo, sia idoneo ad ingenerare situazioni di incertezza sulle quali si fonda l'interesse ad ottenere una pronuncia che dissipi le nubi e spazzi via una *res dubia, ex se* pregiudizievole", per esempio nel caso "in cui, dopo l'adozione di provvedimenti amministrativi autorizzatori anche a contenuto complesso (come l'autorizzazione alla realizzazione di strutture sanitarie, l'autorizzazione alla gestione di nuovi impianti di smaltimento o recupero rifiuti, l'autorizzazione alla costruzione e all'asefizio di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili) sorga, in seguito ai comportamenti o ad atti strumentali dell'amministrazione, incertezza sui limiti del contenuto autorizzatorio del provvedimento" o, ancora, nel caso in cui la condotta amministrativa renda incerti i "limiti di operatività del silenzio assenso plasmato dall'articolo 20 della legge 241/1990". In questi casi l'azione di accertamento pura deve essere consentita in quanto il privato "non può essere costretto ad attendere, per agire in giudizio, un eventuale provvedimento restrittivo, che escluda sul piano dell'an o limiti la portata del provvedimento ampliativo", anche per un principio di coerenza con l'art. 112, c. 5, c.p.a., che consente al privato di ottenere chiarimenti in merito alle modalità di ottemperanza dei provvedimenti giurisdizionali.

<sup>275</sup> *Cit.*

<sup>276</sup> S. FOÀ, *cit.*, che sottolinea come "le argomentazioni più persuasive sono invece quelle più generali e necessariamente più generiche" relative all'art. 1 c.p.a. e alle "collaudate regole applicate dal giudice dell'Unione, spesso basate sul semplice buon senso".

pronunce di annullamento nel senso indicato dalla giurisprudenza<sup>277</sup>.

## **2. Critiche della dottrina: la tutela piena ed effettiva deve essere assicurata secondo le regole del processo amministrativo**

Parte della dottrina ha avanzato alcune critiche all'attribuzione al giudice del potere di modulare gli effetti delle proprie sentenze, disponendo anche il solo effetto conformativo, pur a fronte di una domanda di annullamento da parte del ricorrente.

In particolare, con riferimento al percorso argomentativo seguito dalle sentenze del Consiglio di Stato e del T.A.R. Abruzzo, è stato sottolineato come “il supporto motivazionale a sostegno del ragionamento, per il vero, appare poco sistematico” atteso che “si fonda sul silenzio della normativa sostanziale e processuale”<sup>278</sup>.

In particolare, alcune delle argomentazioni contenute nella motivazione delle sentenze del T.A.R. Abruzzo (che riprendono quella contenuta nella sentenza del Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755<sup>279</sup>) non apparirebbero né persuasive né determinanti.

In particolare, ci si riferisce a quelle che riguardano il silenzio della normativa nazionale, che non dispone l'inevitabilità della retroattività degli effetti dell'annullamento di un atto in sede amministrativa o giurisdizionale: l'art. 21 *nonies* l. 241/90, l'art. 34 c. 1 lett. a) c.p.a., e gli artt. 121 e 122 c.p.a., con riferimento ai quali il g.a. ha affermato che il potere valutativo sulla determinazione

---

<sup>277</sup> S. FOÀ, *cit.*, che afferma come “la stessa evoluzione del rito processuale amministrativo avrebbe potuto condurre a tali conclusioni”, atteso che il codice del processo amministrativo “offre ex se gli strumenti per adattare gli effetti delle pronunce in materia” e ritiene necessaria, al fine di ritenere ammissibile il potere del giudice amministrativo di modulare gli affetti della sentenza di annullamento, “un’interpretazione teleologica dell’intera disciplina processuale, soccorrendo un principio di coerenza del sistema”. L’A. ricorda che, per quanto riguarda la materia urbanistica, ha ricordato come la giurisprudenza ha riconosciuto, con riferimento all’annullamento di piani generali, la presenza di effetti rivolti al passato ed effetti rivolti al futuro” circoscrivendo l’annullamento alle parti del piano impugnate o, nel caso di annullamento per vizi procedurali, specificando la possibilità di riedizione del provvedimento impugnato una volta rimossi i vizi procedurali accertati. R. GIOVAGNOLI, *cit.*, osserva che l’esigenza della pluralità di azioni è stata avvertita solo di recente in conseguenza alla liberalizzazione delle attività economiche, utilizzata dal legislatore per fronteggiare la crisi, e che “ha fatto emergere una nuova situazione giuridica soggettiva, quella del terzo che si oppone allo svolgimento dell’attività liberalizzata”. Prima, invece, “l’abbinamento tra effetto conformativo del giudicato di annullamento e giudizio di ottemperanza (con poteri estesi al merito) ha tradizionalmente consentito al nostro giudizio amministrativo di fare a meno dell’azione di adempimento pubblicistica di matrice tedesca”.

<sup>278</sup> S. FOÀ, *cit.*

<sup>279</sup> *Cit.*

dei concreti effetti della propria pronuncia, contenuto negli artt. 121 e 122 c.p.a., deve ritenersi riconosciuto al giudice amministrativo in termini generali, quando si tratti di determinare la perduranza o meno degli effetti di un provvedimento.

Anzi, con riferimento al dato testuale, relativo al silenzio della normativa nazionale sulla inevitabilità della retroattività degli effetti dell'annullamento, è stato rilevato che “è la stessa legge sostanziale e processuale ad individuare in alcuni casi i limiti all'esercizio del potere demolitorio, in ragione della non satisfattività dell'annullamento di un atto ancorchè illegittimo, rispetto ai vizi fatti valere ed alla considerazione che la rimozione dell'atto non assicura, in ogni caso, una tutela effettiva al ricorrente”<sup>280</sup> ed è stato richiamato al riguardo il comma 2 dell'art. 21-*octies* della legge 7 agosto 1990, n. 241.

I richiami ai principi della Corte di Giustizia appaiono anch'essi non convincenti, in quanto riguardano atti europei e non nazionali.

E' stato osservato che le regole sostanziali e processuali del giudizio amministrativo non possono essere giustificate “con il richiamo alla disciplina del processo innanzi alla Corte di Giustizia”, atteso che in tal modo non si recepirebbe un principio comunitario ma si applicherebbe “una disposizione dettata per un giudizio ad altro giudizio. Ogni processo ha le sue regole che non possono disinvoltamente trasmigrare da uno ad altro processo”<sup>281</sup>.

### **3. La modulazione degli effetti dell'annullamento in autotutela**

Le sentenze sopra citate, a sostegno dell'inesistenza nella legislazione nazionale di una regola che disponga l'inevitabilità della retroattività degli effetti dell'annullamento di un atto in sede amministrativa o giurisdizionale, richiamano, tra l'altro, l'art. 21 *nonies* l. 7 agosto 1990, n. 241.

Tuttavia, il richiamo all'art. 21 *nonies* della legge sul procedimento amministrativo, non sembra tener conto delle differenze di disciplina tra annullamento d'ufficio e annullamento giurisdizionale dell'atto amministrativo<sup>282</sup>,

---

<sup>280</sup> S. FOÀ, *cit.*

<sup>281</sup> E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giurisprudenza Italiana* 2012, 438.

<sup>282</sup> G. TESTA, *cit.*

mentre il richiamo all'art. 34, comma 1, c.p.a., che prevede che il giudice, qualora accolga il ricorso, può, nei limiti della domanda, annullare in tutto o in parte il provvedimento impugnato, sembra presupporre espressamente l'annullamento<sup>283</sup>.

L'annullamento d'ufficio e quello giurisdizionale sono istituti distinti ed espressione di differenti poteri, l'uno amministrativo e l'altro giurisdizionale<sup>284</sup>.

Mentre la p.a. opera una valutazione di opportunità sull'interesse pubblico di modulare gli effetti dell'annullamento, il giudice non ha la stessa discrezionalità e se accerta una invalidità di illegittimità deve annullare, eccetto nei casi di cui all'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990, o all'art. 34 c. 3 c.p.a. che prevedono espressamente la non annullabilità (a seguito o di una precisa valutazione legislativa, per l'art. 21-*octies*, e di una valutazione di un specifico interesse processuale, per l'art. 34 c. 3 c.p.a.).

Gli effetti dell'annullamento in seguito di una operazione di ponderazione degli interessi esula dai compiti del giudice amministrativo, mentre l'art. 21-*nonies* subordina espressamente l'annullabilità d'ufficio del provvedimento amministrativo illegittimo alla mancanza di ragioni di interesse pubblico ostative e alla ponderazione degli interessi in gioco dei destinatari dell'atto e dei controinteressati<sup>285</sup>.

Riguardo agli effetti dell'annullamento in autotutela, la giurisprudenza amministrativa ha affermato la salvezza degli effetti *medio tempore* prodotti dagli atti amministrativi annullati in autotutela.

In particolare, con una recente pronuncia, il Consiglio di Stato, in data 15

---

<sup>283</sup> G. TESTA, *cit.*

<sup>284</sup> R. DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.4, 2012, 1273.

<sup>285</sup> R. CHIEPPA, *cit.*, 194, sottolinea che "la natura discrezionale del potere di annullamento di ufficio sarebbe sicuramente compatibile con una graduazione degli effetti dell'annullamento e consentirebbe di tutelare, almeno in parte, l'affidamento del privato, senza dover scegliere in modo rigido tra conservazione dell'atto e annullamento con effetti retroattivi"; "del resto, se la pubblica amministrazione ha il potere di non annullare l'atto illegittimo, sulla base di una valutazione discrezionale o anche di annullare parzialmente un atto, non si vede perché tale potere non possa essere graduato anche con riferimento agli effetti dell'annullamento sulla base del principio che il più (annullamento) comprende il meno (annullamento limitato ad effetti *ex nunc*)". L'autore ricorda poi che "in relazione alla speciale ipotesi di annullamento d'ufficio, di cui all'art. 1 comma 136 della l. 30 dicembre 2004, n. 311, con apposita direttiva interpretativa del maggio 2005 del 1717 ottobre 2055, il Ministro della Funzione Pubblica ha, infatti, chiarito come l'amministrazione possa tenere indenne il destinatario del provvedimento annullato anche limitando l'efficacia temporale dell'annullamento d'ufficio (attribuendole effetto *ex nunc*) o anche mediante la sostituzione del provvedimento oggetto di ritiro con altro provvedimento di contenuto analogo".

febbraio 2013, n. 915<sup>286</sup>, con riferimento ad un caso in cui erano iniziati dei lavori precedentemente al rilascio della concessione edilizia, ha ritenuto legittimo il comportamento dell'amministrazione che, sulla base dell'applicazione del ragionevole principio di conservazione dell'attività giuridica, aveva conservato l'efficacia della concessione edilizia rilasciata aggiungendo, tuttavia, una sanzione pecuniaria per le opere realizzate in assenza di concessione edilizia.

Ad avviso del Consiglio di Stato, “in linea di principio deve ricordarsi che in base al principio dell'economia dei mezzi giuridici, se l'amministrazione riscontra vizi nel *modus procedendi*, che non travolgono l'intero procedimento ma coinvolgono solo singole fasi, legittimamente può far ricorso alla regola cardine della conservazione degli atti validi e di conseguenza, può limitare l'esercizio dell'autotutela agli atti effettivamente incisi dalle accertate illegittimità e, quindi, circoscrivere la rinnovazione del procedimento alle sole fasi viziate e a quelle successive, conservando l'efficacia dei precedenti atti legittimi del procedimento (tra tante, Consiglio di Stato sez. IV, 26 luglio 2012, n. 4257)” precisando che “l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio di un titolo edilizio, che paradossalmente la parte appellante invoca contro i suoi interessi, deve rispondere ai requisiti di legittimità codificati nell'art. 21 nonies, l. 7 agosto 1990 n. 241, consistenti nell'illegittimità originaria del titolo e nell'interesse pubblico concreto ed attuale alla sua rimozione diverso dal mero ripristino della legalità, comparato con i contrapposti interessi dei privati (così, Consiglio di Stato sez. III, 9 maggio 2012, n. 2683)”<sup>287</sup>. Pertanto, l'amministrazione ha correttamente adottato una sanzione pecuniaria con conservazione della concessione rilasciata, ritenendo che non vi era alcun interesse pubblico prevalente alla rimozione dell'atto concessorio precedente e intendendo la domanda del ricorrente come domanda volta all'accertamento di conformità in sanatoria<sup>288</sup>, in conformità al principio della prevalenza della sostanza sulla forma, applicato dalla giurisprudenza

---

<sup>286</sup> In [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>287</sup> Cons. Stato, 15 febbraio 2013, n. 915, *cit.*

<sup>288</sup> Per individuare il potere di autotutela la giurisprudenza amministrativa utilizza termini diversi in modo fungibile, al fine di tutelare effettivamente l'interesse pubblico. Ciò vale per gli istituti della sanatoria e dell'annullamento, come nel caso sopra riportato, ma anche per l'istituto della revoca, spesso utilizzato per intendere un annullamento *ex nunc*. Si veda Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2003 n. 6316, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). S. FOÀ, *cit.*, sottolinea che “il diritto dell'Unione Europea non conosce la distinzione tra annullamento e revoca”.

amministrativa sia nel diritto processuale<sup>289</sup> che nel diritto sostanziale<sup>290</sup>.

#### 4. L'annullamento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

Il potere giudiziale di modulare gli effetti delle sentenze di accoglimento nel processo amministrativo è stato accostato alle tecniche di tutela della Corte di Giustizia.

L'articolo 264, comma 2, del Trattato sul funzionamento della Unione Europea dispone che, in caso di ricorso fondato, la Corte di Giustizia, “dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato”, ma “ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi”.

L'articolo citato, che prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona era previsto espressamente nel caso di riscontrata invalidità di un regolamento comunitario (v. l'art. 231 del Trattato istitutivo della Comunità Europea), ma era esercitabile - ad avviso della Corte - anche nei casi di impugnazione delle decisioni<sup>291</sup>, delle direttive e di ogni altro atto generale<sup>292</sup>, affida alla Corte di Giustizia la titolarità del “potere di statuire la perduranza, in tutto o in parte, degli effetti dell'atto risultato illegittimo, per un periodo di tempo che può tenere conto non solo del principio di certezza del diritto e della posizione di chi ha vittoriosamente agito in giudizio, ma anche di ogni altra circostanza da considerare

---

<sup>289</sup> Cons. Stato, ad. pl. 13 giugno 2012, n. 22, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>290</sup> Si veda Cons. Stato, sez. IV, 15 aprile 2013, n. 2027, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che ha affermato che “per pacifica giurisprudenza, “ai fini della qualificazione di un rapporto giuridico non deve aversi riguardo tanto al *nomen juris* speso dalle parti per designarlo, quanto alle caratteristiche da esso effettivamente rivestite nella sua concreta attuazione” (Cons. Stato Sez. V, 19-11-2012, n. 5848); parimenti, è stato rimarcato, quanto alla qualificazione del provvedimento, che “nell'interpretazione dell'atto amministrativo, ai fini della sua qualificazione, si deve tener conto non del *nomen juris* assegnatogli dall'autorità emanante, ma del suo effettivo contenuto e di quanto esso effettivamente dispone: ciò, in quanto la sostanza dell'atto prevale sul *nomen juris* che la P.A. abbia inteso utilizzare.”(T.A.R. Lazio Latina Sez. I, 22-10-2012, n. 791). È costante, infatti, l'indirizzo giurisprudenziale in base al quale, nell'interpretazione dell'atto amministrativo, ai fini della sua qualificazione, si deve tener conto non del *nomen juris* assegnatogli dall'autorità emanante, ma del suo effettivo contenuto e di quanto esso effettivamente dispone (cfr T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 14 novembre 2011, n. 8828): ciò, in quanto la sostanza dell'atto prevale sul *nomen juris* che la P.A. abbia inteso utilizzare (v. C.d.S., Sez. V, 16 settembre 2011, n. 5211 ma si veda anche *ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 3 novembre 2009, n. 10782, T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 21 luglio 2011, n. 614)”.

<sup>291</sup> Corte di Giustizia, 12 maggio 1998, Regno Unito c Commissione, in C-106/96.

<sup>292</sup> Corte di Giustizia, 7 luglio 1992, Parlamento c. Consiglio, in C-295/90; 5 luglio 1995, Parlamento c. Consiglio, in C-21-94. Si veda M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, IV ed., Milano, 2011, 578.

rilevante”<sup>293</sup>.

E’ stato sottolineato che il principio del buon senso, “presidio dell’effettività della tutela”, viene utilizzato dai giudici nazionali “per rendere conforme al diritto dell’Unione Europea l’interpretazione delle norme processuali nazionali”<sup>294</sup>.

Infatti, l’autonoma processuale degli Stati membri è “funzionalizzata, perché si dovrà dispiegare in conformità agli standard elaborati dalla Corte di Giustizia (e comunque ai principi di equivalenza e di effettività), anche al fine di garantire livelli di protezione delle situazioni giuridiche riconosciute dalla normazione europea che siano adeguati e comparabili in tutti i Paesi dell’Unione”<sup>295</sup>.

A ben vedere, però, le sentenze della Corte di giustizia citate dal Consiglio di Stato n. 2755 del 2011, appaiono del tutto peculiari.

Esse infatti hanno attribuito alla Corte di Giustizia il potere di dichiarare che l’annullamento di un atto (sia esso parziale o totale) abbia effetto *ex nunc* o che, addirittura, l’atto medesimo conservi i propri effetti sino a che l’istituzione comunitaria modifichi o sostituisca l’atto impugnato<sup>296</sup> e il potere di statuire la perduranza, in tutto o in parte, degli effetti dell’atto risultato illegittimo, per un periodo di tempo che può tenere conto non solo del principio di certezza del diritto e della posizione di chi ha vittoriosamente agito in giudizio, ma anche *di ogni altra*

---

<sup>293</sup> Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, *cit.*, che rileva come la giurisprudenza comunitaria, “ha da tempo affermato che il principio dell’efficacia *ex tunc* dell’annullamento, seppur costituente la regola, non ha portata assoluta e che la Corte può dichiarare che l’annullamento di un atto (sia esso parziale o totale) abbia effetto *ex nunc* o che, addirittura, l’atto medesimo conservi i propri effetti sino a che l’istituzione comunitaria modifichi o sostituisca l’atto impugnato (Corte di Giustizia, 5 giugno 1973, Commissione c. Consiglio, in C-81/72; Corte di Giustizia, 25 febbraio 1999, Parlamento c. Consiglio, in C-164/97 e 165/97)”. Si vedano, da ultimo, Corte di Giustizia, 10 gennaio 2006, in C-178/03; 3 settembre 2008, in C-402/05 e 415/05; 22 dicembre 2008, in C-333/07.

<sup>294</sup> S. FOÀ, *cit.*: “si estende in tal modo al giudizio amministrativo la tecnica processuale della Corte di Giustizia, che peraltro già connota diversi sistemi di giustizia costituzionale degli Stati membri, capaci di differire per un periodo di tempo più o meno esteso gli effetti delle decisioni, in ragione dell’opportunità e delle specificità delle singole questioni decise”.

<sup>295</sup> S. FOÀ, *cit.* che ricorda come l’influenza dell’interpretazione della Corte di Giustizia sugli ordinamenti processuali nazionali ha avuto luogo anche in Francia, ove “la maggiore rigidità della giurisdizione amministrativa ad ammettere forme di annullamento non retroattive è stata superata invocando il principio di proporzionalità”. L’autore fa riferimento alla pronuncia del Conseil d’Etat francese, 11 maggio 2004, n. 255886, che ha affermato che il giudice può limitare gli effetti retroattivi dell’annullamento “quando le conseguenze dell’annullamento retroattivo sarebbero manifestamente eccessive per gli interessi pubblici e privati”. Come sottolineato da A. TRAVI, *Accoglimento dell’impugnazione di un provvedimento e “non annullamento” dell’atto illegittimo* (commento a Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755), in *Urbanistica e Appalti* n. 8/2011, 927, “però il Consiglio di Stato francese ritenne di poter modulare soltanto la decorrenza degli effetti dell’annullamento”, mentre nel caso delle sentenze del Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, *cit.* e Cons. Stato, sez. V, 26 gennaio 2012, n. 340, *cit.*, il giudice amministrativo ha disposto esclusivamente l’effetto conformativo.

<sup>296</sup> Corte di Giustizia, 5 giugno 1973, Commissione c. Consiglio, in C-81/72; Corte di Giustizia, 25 febbraio 1999, Parlamento c. Consiglio, in C-164/97 e 165/97.



*circostanza da considerare rilevante*<sup>297</sup>.

Le sentenze citate dal Consiglio di Stato, pertanto, riguardano un potere discrezionale attribuito alla Corte di Giustizia in virtù dell'art. 264, comma 2, del Trattato sul funzionamento della Unione Europea (ex art. 231, secondo comma, CE) di limitare l'effetto nel tempo della dichiarazione d'invalidità di una normativa comunitaria.

Allo stesso modo, non appare rilevante neppure il richiamo alla sentenza della Grande Sezione del 28 febbraio 2012 C-41/11, che ha affermato che il giudice nazionale possa mantenere determinati effetti di un atto nazionale annullato<sup>298</sup>.

Fermo restando il problema dei rapporti tra ordinamento europeo ed ordinamenti statali in materia processuale<sup>299</sup>, è stato rilevato infatti che, con tale sentenza, la Corte di Giustizia, seppur con riferimento ad un ricorso nazionale diretto all'annullamento di un piano o programma ai sensi della direttiva n. 2001/42/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 27 giugno 2001 concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente, ha affermato che il giudice nazionale “potrà *eccezionalmente* essere autorizzato ad applicare la disposizione nazionale che gli consente di mantenere determinati effetti di un atto nazionale annullato”, a condizione, tra l'altro, che “a seguito dell'annullamento di detto atto impugnato venga a crearsi, quanto alla trasposizione della Direttiva n. 91/676/CEE, un vuoto giuridico che sarebbe ancor più nocivo per l'ambiente”<sup>300</sup>.

---

<sup>297</sup> Corte di Giustizia, 10 gennaio 2006, in C-178/03; 3 settembre 2008, in C-402/05 e 415/05; 22 dicembre 2008, in C-333/07.

<sup>298</sup> Reperibile in <http://eur-lex.europa.eu> e citata da N. PAOLANTONIO, *Gli interessi generali nel (e del) processo amministrativo. O del processo amministrativo tra contenuto soggettivo ed oggettivo (osservazioni sparse)*”, pubblicato il 14 ottobre 2013 in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>299</sup> R. DIPACE, *cit.*, “solo qualora non vi siano norme sufficienti a garantire il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale in ambito nazionale per garantire una posizione soggettiva derivante dal diritto comunitario, il giudice può derogare al regime processuale nazionale e fare applicazione di quello comunitario. Solo in tale ipotesi potrebbe trovare applicazione la norma che consente al giudice di modulare gli effetti dell'annullamento, norma che non esiste nel nostro ordinamento”.

<sup>300</sup> In particolare, la Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza del 28 febbraio 2012 C-41/11, *cit.*, ha affermato che “quando un giudice nazionale è investito, sul fondamento del proprio diritto nazionale, di un ricorso diretto all'annullamento di un atto nazionale costituente un «piano» o «programma» ai sensi della direttiva 2001/42 e constata che un tale «piano» o «programma» è stato adottato in violazione dell'obbligo stabilito da detta direttiva di procedere a una valutazione ambientale preventiva, detto giudice è tenuto ad adottare tutti i provvedimenti, generali o particolari, previsti dal proprio diritto nazionale al fine di rimediare all'omissione di una tale valutazione, ivi compresi l'eventuale sospensione o l'eventuale annullamento del «piano» o «programma» impugnato. Tuttavia, tenuto conto delle specifiche circostanze del procedimento

Pertanto, il potere attribuito al giudice nazionale di mantenere efficace un atto invalido ha natura eccezionale<sup>301</sup>.

Peraltro, tale potere, poiché ancorato “alla valutazione di un interesse generale di natura sostanziale”, appare difficilmente compatibile con il nostro processo che non ha carattere oggettivo.

Il potere di escludere *in toto* la caducazione dell’atto è, per la giurisprudenza della Corte di giustizia, una soluzione di *extrema ratio*, condizionata al verificarsi di determinati presupposti, ossia alla presenza di un vizio formale e di un interesse particolarmente rilevante alla conservazione dell’efficacia dell’atto.<sup>302</sup>

Si noti, poi, che nel caso della sentenza della Grande Sezione del 28 febbraio 2012, C-41/11, la questione pregiudiziale era stata posta dal Conseil d’État (Belgio), al quale le leggi coordinate che ne regolamentano il funzionamento attribuiscono espressamente il potere di indicare, ove lo reputi necessario, gli effetti delle disposizioni di atti regolamentari annullati che debbano essere considerati definitivi o mantenuti provvisoriamente per un certo tempo.

Il Consiglio di Stato belga aveva chiesto alla Corte di Giustizia se, nei casi in cui veniva investito di un ricorso diretto all’annullamento di un atto nazionale costituente un «piano» o «programma» ai sensi della direttiva 2001/42, adottato in violazione dell’obbligo stabilito dalla direttiva di procedere a una valutazione ambientale preventiva, il giudice nazionale che constati che l’atto impugnato costituisce un’adeguata attuazione della direttiva 91/676, “*possa applicare una disposizione del proprio diritto nazionale che gli consentirebbe di mantenere*

---

principale, il giudice remittente potrà eccezionalmente essere autorizzato ad applicare la disposizione nazionale che gli consente di mantenere determinati effetti di un atto nazionale annullato, a condizione che:

- tale atto nazionale costituisca una misura di trasposizione corretta della direttiva 91/676;
- l’adozione e l’entrata in vigore del nuovo atto nazionale che contiene il programma di azione ai sensi dell’articolo 5 di detta direttiva non consentano di evitare gli effetti pregiudizievoli per l’ambiente che discendono dall’annullamento dell’atto impugnato;
- a seguito dell’annullamento di detto atto impugnato venga a crearsi, quanto alla trasposizione della direttiva 91/676, un vuoto giuridico che sarebbe ancor più nocivo per l’ambiente, nel senso che tale annullamento si tradurrebbe in una minor protezione delle acque contro l’inquinamento da nitrati provenienti da fonti agricole, risultando, così, in contrasto addirittura con l’obiettivo essenziale di detta direttiva, e
- il mantenimento eccezionale degli effetti di un tale atto valga solo per il lasso di tempo strettamente necessario all’adozione delle misure in grado di rimediare all’irregolarità constatata”.

<sup>301</sup> N. PAOLANTONIO, *cit.*, che sottolinea come “ferma restando l’eccezionalità di una misura siffatta, un conto è accertare che l’annullamento produrrebbe un “vuoto normativo” nocivo alla tutela del bene ambiente, ben altra cosa è forgiare una regola inesistente, direi, quanto meno, *praeter legem*”.

<sup>302</sup> C.G.C.E., sentenza 5 giugno 1973 causa 81/72, Commissione c. Consiglio in Raccolta, 1973; C.G.C.E., sentenza 7 luglio 1992, Causa C 295/90 Parlamento c. Consiglio in Raccolta 1992, I-4193.

*determinati effetti pregressi di detto atto fino alla data in cui sono entrate in vigore misure volte a porre rimedio all'irregolarità rilevata*".

Pertanto, la statuizione contenuta nella sentenza della Corte di Giustizia sopra richiamata presuppone la presenza, nell'ordinamento belga, di una espressa disposizione che prevede di poter disporre il solo effetto conformativo<sup>303</sup>, disposizione che nel nostro ordinamento è, invece, mancante<sup>304</sup>.

Il modello comunitario appare diverso dall'ordinamento italiano, in quanto esso, all'art. 264 TFUE, espressamente prevede che la Corte possa precisare, ove lo reputi opportuno, gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi, modulando o addirittura escludendo del tutto l'annullamento dell'atto, alla presenza di determinati presupposti enucleati dalla giurisprudenza sopra richiamata<sup>305</sup>.

## **5. Il richiamo agli articoli 121 e 122 c.p.a.**

La giurisprudenza amministrativa sopra richiamata ha ricavato l'esistenza di un potere generale di modulare gli effetti delle proprie sentenze dagli articoli 121 e 122 del c.p.a. recanti la disciplina dell'efficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

---

<sup>303</sup> Si veda, in particolare, l'articolo 14-ter delle leggi coordinate sul Conseil d'État, che recita: «*Ove lo ritenga necessario*, la Sezione del contenzioso amministrativo indica, con disposizione di carattere generale, quali effetti delle disposizioni di atti regolamentari annullati debbano essere considerati definitivi o mantenuti provvisoriamente per il tempo che essa determina». La disposizione sembra attribuire al giudice nazionale belga un potere discrezionale sugli effetti dell'annullamento anche sulla base della valutazione di interessi generali ulteriori rispetto a quelli che vengono in rilievo in giudizio, in quanto è formulata in modo simile all'art. 264 TFU (che dispone, al comma 2, che "la Corte, *ove lo reputi necessario*, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi"), sulla base del quale la giurisprudenza comunitaria ha attribuito alla Corte di Giustizia il potere di modulare gli effetti dell'annullamento tenendo conto non solo del principio di certezza del diritto e della posizione di chi ha vittoriosamente agito in giudizio, ma anche di ogni altra circostanza da considerare rilevante.

<sup>304</sup> E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, cit.

<sup>305</sup> A. GIUSTI, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, cit., 209, ove afferma che "la descrizione del modello sovranazionale è funzionale a metterne in evidenza la distanza dalla soluzione proposta dai giudici interni. Nell'ordinamento comunitario, il potere di modulare gli effetti dell'accoglimento del ricorso è normativamente fondato e la pronuncia di non annullamento è subordinata all'esistenza di un vizio formale, rispetto al quale sarebbe eccessiva l'adozione di una misura demolitoria che, fino all'adozione di un nuovo atto, finirebbe per privare di tutela la situazione giuridica, spesso di rango costituzionale, correlata al provvedimento. Si è pertanto di fronte a una fattispecie di "non annullamento" tipizzata, lontana dall'ipotesi descritta dall'art. 34, comma 1, lett. e), e semmai più vicina alla disciplina della annullabilità non pronunciabile o, si dica pure, dei vizi formali di cui all'art. 21-octies, l. 241/1990". L. A. evidenzia che "nei casi affrontati dai giudici nazionali avrebbe potuto essere questa e non la norma sulle sentenze di merito la via attraverso la quale tentare di introdurre un modello di decisione simile a quello descritto dalla giurisprudenza comunitaria".

Il richiamo a tali articoli, tuttavia, non appare idoneo a fondare un siffatto potere in capo al giudice in via generale.

Infatti, gli artt. 121 e 122 c.p.a., che consentono al giudice che rileva la fondatezza di un ricorso di annullamento di determinare i concreti effetti della pronuncia, si inquadrano in un contesto del tutto particolare, relativo all'inquadramento della privazione degli effetti del contratto, imposta dal diritto dell'Unione europea, all'interno dell'ordinamento italiano<sup>306</sup>.

Il principio dettato da tali articoli è del tutto eccezionale e relativo ad un rito speciale<sup>307</sup>.

Inoltre, è stato sottolineato<sup>308</sup> come nelle controversie sui contratti la dichiarazione di inefficacia del contratto presuppone l'effetto demolitorio tipico dell'azione di annullamento, richiedendo il necessario annullamento dell'aggiudicazione: il rinvio alla disciplina speciale finirebbe quindi per confermare esattamente il contrario di quello che ha affermato la giurisprudenza amministrativa sopra richiamata, e cioè l'indisponibilità dell'effetto tipico demolitorio.

E infatti in tali casi, l'effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione rimane e viene limitato, alla presenza di determinati presupposti, dettati dagli articoli 121 e 122, che introducono deroghe alla regola generale dell'annullamento dell'aggiudicazione e della declaratoria di inefficacia del contratto.

Inoltre, l'inefficacia del contratto non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, in quanto occorre una domanda specifica in tal senso<sup>309</sup>.

---

<sup>306</sup> S. FOÀ, *cit.*

<sup>307</sup> G. TESTA, *cit.*; nello stesso senso C. FELIZIANI, *Oltre le colonne d'Ercole. Può il giudice amministrativo non annullare un provvedimento illegittimo? nota a Consiglio di Stato*, 10 maggio 2011, n.2755, sez. VI, in *Foro amm.* CDS, fasc.2, 2012, 427.

<sup>308</sup> A. GIUSTI, *la nuova sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, *cit.*; nello stesso senso R. DIPACE, *cit.*

<sup>309</sup> R. DIPACE, *cit.* sottolinea che “la privazione degli effetti del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione deve formare oggetto di una pronuncia giurisdizionale tipica su apposita domanda del soggetto ricorrente. In questo caso un eventuale potere di modulazione degli effetti (non dell'annullamento ma del contratto) deriva comunque da una domanda specifica per cui il giudice non può ex se operare tali valutazioni” e che “questa operazione di valutazione in relazione alla portata, non dell'annullamento giurisdizionale, bensì della dichiarazione di inefficacia del contratto è consentita dalla norma in un'ipotesi di un rito speciale riguardante una ben determinata materia e non può essere presa come giustificazione per un generale potere di valutazione del giudice amministrativo che lo porti sistematicamente a sostituirsi all'amministrazione”. A. GIUSTI, *la nuova sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del*

Gli art. 121 e 122 c.p.a. introducono dei limiti agli effetti della sentenza di annullamento, limitando il suo effetto ripristinatorio, consistente nell'obbligo di ricostruzione della situazione di fatto e di diritto esistente al momento dell'emanazione dell'atto annullato. Il giudice ha un'ampia potestà valutativa circa la declaratoria di inefficacia del contratto, potendo limitare la dichiarazione di inefficacia del contratto alle prestazioni ancora da eseguire o rendendola operante in via retroattiva.

In particolare, l'art. 121 c.p.a. elenca i casi in cui all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva deve seguire l'inefficacia del contratto, prevedendo che il giudice che annulla l'aggiudicazione affetta da gravi violazioni dichiara l'inefficacia del contratto "precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva".

Il secondo comma dello stesso articolo esclude l'ipotesi in cui vi siano esigenze imperative connesse ad un interesse generale<sup>310</sup>.

L'art. 122 c.p.a. dispone che, in via generale, il giudice che annulla

---

*Consiglio di Stato, cit.* evidenzia che "la limitazione dell'effetto caducatorio è subordinata alla domanda del ricorrente di subentrare nel contratto (art. 122) o, comunque (art. 121) condizionata dalle deduzioni della parti, escludendo che il potere dispositivo del giudice possa spingersi alla conservazione dell'efficacia del provvedimento laddove ciò non sia richiesto o non emerga dalle risultanze processuali. La ricordata tripartizione degli effetti dell'annullamento rimane sullo sfondo anche delle norme degli artt. 121 e 122; quest'ultime anzi, si innestano su di essa, senza eludere in toto l'effetto caducatorio, sulle cui conseguenze si articola il potere di valutazione del giudice, ricorrendo i presupposti fissati ex lege — sebbene attraverso concetti giuridici indeterminati — e su domanda di parte. Ad ulteriore riprova della persistenza della tipicità degli effetti dell'annullamento — cui comunque possano accedere contenuti ulteriori — potrebbe invocarsi la disciplina dell'art. 124, relativa alla tutela in forma specifica (i.e. l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione ed il contratto), con la quale il legislatore è intervenuto sul terzo effetto, quello conformativo. L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione ed il contratto, infatti, è subordinata alla caducazione dell'aggiudicazione ed alla declaratoria di inefficacia del contratto (effetto caducatorio), concentrando, per esigenze di effettività e concentrazione della tutela, l'effetto ripristinatorio e quello conformativo nel contenuto decisorio della sentenza di annullamento."

<sup>310</sup> Il comma 2 prevede che "Il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale. Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara. Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia".

l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissando in questo caso anche la decorrenza dell'inefficacia (retroattiva o a partire dall'annullamento)<sup>311</sup>.

La cognizione del giudice amministrativo risulta dunque ampliata, dovendo egli, nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva<sup>312</sup>, accertare e valutare “a 360 gradi gli interessi che si agitano nel concreto della fattispecie, senza alcuna preclusione, per cui la mancata indicazione della giurisdizione di merito non comprime i poteri cognitori che vengono attribuiti con totale pienezza”<sup>313</sup>.

L'attribuzione al giudice amministrativo di una cognizione particolarmente estesa e di un sindacato incisivo deriva dalla peculiarità del mercato dei contratti pubblici, su cui hanno inciso direttive comunitarie al fine di liberalizzare il mercato e assicurare una effettiva concorrenza<sup>314</sup>.

Il giudice, quindi, ha il potere di effettuare una indagine su tutti gli aspetti della controversia, di fatto, tecnici, e di opportunità, al fine di emanare sentenze di annullamento dell'aggiudicazione (con dichiarazione di inefficacia del contratto stabilendone la decorrenza), di condanna dell'aggiudicatario ad attribuire l'aggiudicazione ed il contratto ad un soggetto diverso dall'aggiudicatario o a ripetere la gara, di condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno o ad

---

<sup>311</sup> L'articolo 122 prevede che “1. Fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta”.

<sup>312</sup> Il d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, art. 7, aggiungendo al comma 1 l'art. 244 d.lgs. 163/2006, prevede che “la giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alla sanzioni alternative”. Tale norma è ora confluita nell'art. 133 lett. e) n. 1 c.p.a.

<sup>313</sup> 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 [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), che sottolinea come il legislatore delegato abbia soppresso il riferimento alla giurisdizione di merito, prevista invece dalla legge delega del 7 luglio 2009, n. 88 art. 44 lett. h). All'incisività del sindacato del giudice si accompagna all'attribuzione di “poteri decisori che giungono...sino alla sostituzione dell'appaltatore nel contratto, surrogandosi alla decisione selettiva operata dalla pubblica amministrazione”. Si veda Consiglio di Stato, 12 settembre 2012, n.4831, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) sul problema della c.d. «sorte del contratto» in materia d'appalti e alla questione dell'ampiezza del potere discrezionale del Giudice amministrativo.

<sup>314</sup> 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*, *cit.*, che sottolinea che “le direttive hanno “posto regole di tutela delle imprese i cui interessi alla corretta e non discriminatoria competizione sono considerati pubblici alla pari di quelli di tutela dell'interesse patrimoniale della pubblica amministrazione e dell'azione della pubblica amministrazione retta dall'imparzialità e dal buon andamento”; “ne è derivato per il procedimento amministrativo una situazione particolare: di solito, sono pubblici gli interessi che fanno capo al soggetto titolare del potere di decidere e non ai destinatari del potere. E invece, anche i concorrenti alla gara sono portatori di interessi che sono tutelati dalle norme ed assicurano al rango di interessi pubblici”.

una sanzione pecuniaria o alternativa (artt. 123-124).

## 6. La non configurabilità di una giurisdizione in senso oggettivo

Parte della dottrina<sup>315</sup> ha inquadrato l'interpretazione giurisprudenziale relativa all'attribuzione in capo al giudice del potere di "accogliere un'azione di annullamento senza che la cessazione di tali effetti si produca" nell'ambito della tendenza a "radicare un modello di processo che di contenuto soggettivo non ha nulla",<sup>316</sup>.

In particolare il ruolo che rivendica il giudice amministrativo sembra essere quello di garante della continuità istituzionale, caratteristico della Corte Costituzionale<sup>317</sup> laddove si è trovata a dover garantire il principio di continuità

---

<sup>315</sup> N. PAOLANTONIO, *cit.*

<sup>316</sup> N. PAOLANTONIO, *cit.*, che richiama alcune disposizioni o tendenze giurisprudenziali che sembrano introdurre principi propri di un processo a contenuto oggettivo, tra cui gli artt. 71 e 82 c.p.a., che mostrerebbero la totale assenza della disponibilità dell'azione per la parte; l'art. 101 c.p.a. che pare ammettere espressamente la tecnica dell'assorbimento dei motivi di ricorso; la giurisprudenza che consente al giudice di accogliere un'azione di annullamento senza che si produca l'effetto caducatorio; l'art. 55 c. 4 c.p.a., che sembra opporsi al principio di autonomia del procedimento cautelare rispetto a quello di merito; l'art. 63 c.p.a., che esclude dai mezzi di prova ammissibili la confessione e il giuramento; l'art. 31 c. 4 c.p.a.; l'art. 21 bis l. 287/1990.

<sup>317</sup> A. GIUSTI, *la nuova sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, cit.* Si veda anche R. DIPACE, *cit.* che evidenzia come "il giudice, nell'operazione di modulazione degli effetti nella sua sentenza di annullamento, sembra "imitare" la Corte costituzionale" che intorno alla metà degli anni Ottanta del secolo scorso ha messo in discussione l'effetto retroattivo delle sentenze di accoglimento ritenendo di modulare gli effetti temporali delle sentenze di accoglimento: in particolare, "si avvertiva che la possibilità di graduare l'efficacia nel tempo delle pronunce costituzionali non si risolveva in un depotenziamento della stessa bensì in un suo perfezionamento, perché consentiva alla Corte un margine di manovra tale da rendere in concreto più agevole il rispetto della Costituzione. La limitazione temporale degli effetti poteva essere dovuta a una illegittimità sopravvenuta o successiva per cui una determinata disciplina conforme a Costituzione al momento della sua entrata in vigore, può diventare incostituzionale successivamente al sopravvenire di fatti nuovi, come un mutamento legislativo. In questo caso solo da quel momento deve decorrere l'effetto della dichiarazione di incostituzionalità. Ulteriore ipotesi era quella della decisione di accoglimento non retroattiva o parzialmente retroattiva dovuta al c.d. bilanciamento di valori. L'operazione che in questo caso svolge la Corte è quella di non far retroagire gli effetti dell'annullamento poiché, per tutelare un valore costituzionale, si provocherebbero danni rispetto a un altro valore ugualmente protetto dalla Carta fondamentale. Qui il giudice tenta di individuare il punto di minore sofferenza per entrambi i valori costituzionali in gioco, anche attraverso l'utilizzo delle c.d. sentenze monitorie. La possibilità di modulare gli effetti delle sentenze di accoglimento, anche al di là di una specifica previsione di legge, nel caso della Corte costituzionale si giustifica in base al ruolo che la stessa svolge nel nostro ordinamento democratico. ... la Corte assume un ruolo del tutto peculiare che le permette, in vista della salvaguardia di alcuni valori costituzionali, di modulare gli effetti delle proprie sentenze e ciò anche al fine di favorire, in chiave di collaborazione, l'operato del Parlamento senza mai sostituirsi a esso". ...La peculiarità della funzione della Corte nell'ambito del nostro sistema democratico non consente di poter operare un paragone tra la sua potestà di modulazione degli effetti delle sentenze riguardanti le leggi e la potestà di modulazione del giudice amministrativo. Mentre la Corte, nell'opera di individuazione del punto di minor sofferenza tra i valori costituzionali in gioco, non sembra mai essersi sostituita all'organo legislativo invadendone il campo, il giudice amministrativo, allorché utilizza l'autoproclamato potere di modulazione degli effetti dell'annullamento, lo fa proprio in chiave sostitutiva della pubblica

istituzionale in materia di diritti fondamentali della persona, al fine di conservare l'efficacia della legislazione statale fino all'emanazione di disposizioni regionali sostitutive in applicazione della riforma del titolo V.

In particolare, si è posto l'accento sugli interessi che il Consiglio di Stato, nella sentenza del 10 maggio 2011, n. 2755<sup>318</sup>, ha dichiarato di prendere in considerazione per poi addivenire ad una pronuncia con i soli effetti conformativi.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza citata, giustifica il mancato annullamento del piano sulla base del fatto che “l'annullamento *ex tunc* e anche quello *ex nunc* degli atti impugnati risulterebbero in palese contrasto sia con l'interesse posto a base dell'impugnazione, sia con le esigenze di tutela prese in considerazione dalla normativa di settore, e si ritorcerebbe a carico degli interessi pubblici di cui è portatrice *ex lege* l'associazione appellante”.

E' pertanto evidente che, nella decisione del giudice di disporre i soli effetti conformativi, ha assunto un'importanza fondamentale la tutela dell'interesse pubblico di non privare il territorio di una regolamentazione e delle prescrizioni di tutela sostanziali contenute nel piano già approvato.

Infatti, l'associazione ambientalista ricorrente, ad avviso del Consiglio di Stato, avrebbe agito “non a tutela della sua specifica sfera giuridica, bensì nella qualità di soggetto legittimato *ex lege* ad impugnare i provvedimenti di portata generale che in qualsiasi modo abbiano una negativa incidenza sull'ambiente e sulle sue singole componenti ovvero non lo abbiano adeguatamente tutelato (art. 18 della legge n. 349 del 1986)”.

Detta impostazione è stata criticata dalla dottrina, che ha evidenziato come “la legittimazione ad agire dell'associazione ambientalista si fonda sulla soggettivizzazione dell'interesse diffuso alla salvaguardia dell'ambiente”<sup>319</sup>, mentre, ad avviso del Consiglio di Stato, è come se “l'associazione si atteggi, in un certo senso, a pubblico ministero, ed il giudice agisca nell'interesse della legge, bilanciando gli effetti della sentenza non in vista della tutela del soggetto agente,

---

amministrazione, operando una valutazione sulla opportunità o meno del mantenimento degli effetti per tutelare un interesse pubblico”.

<sup>318</sup> *Cit.*

<sup>319</sup> N. PAOLANTONIO, *cit.*



ma del c.d. interesse pubblico specifico”<sup>320</sup>.

Invero, a ben vedere, l’annullamento del piano faunistico avrebbe potuto garantire la tutela chiesta dall’associazione ambientalista ricorrente, atteso che tale annullamento avrebbe determinato l’impossibilità di esercizio della caccia<sup>321</sup>.

Inoltre<sup>322</sup>, anche se il Consiglio di Stato ha affermato di voler assicurare una tutela effettiva degli interessi del ricorrente, “la decisione di non annullare e di mantenere l’efficacia del piano impugnato finisce per produrre un effetto contrario, affidando, ancora una volta, al giudizio di ottemperanza il compito di realizzare, finalmente, la pretesa sostanziale dedotta in giudizio”.

Peraltro, una pronuncia che accerti l’illegittimità dell’atto senza tuttavia annullarlo appare inutile (considerato che la violazione di un divieto posto da un atto dichiarato illegittimo non è sanzionabile)<sup>323</sup> e, lasciando in vigore gli effetti del

---

<sup>320</sup> N. PAOLANTONIO, *cit.* Tale considerazione vale anche per la sentenza del TAR Lazio, sez. II ter, n. 6418 del 13 luglio 2012 commentata nel par. 2 del cap. IV. Con riferimento a quest’ultima, infatti, A. CARBONE, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, *cit.* sottolinea che, “a differenza del caso deciso dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 2755/2011, dunque, la modulazione dell’effetto caducatorio non è stata, in questa ipotesi, utilizzata per modellare l’istanza giudiziale sulla pretesa effettiva della parte, per perseguire, in altri termini, l’interesse sostanziale del ricorrente (pur implicito, con tutti i limiti che ne conseguono in relazione al principio della domanda); essa è servita, invece, per attuare un sindacato il più esteso possibile sulla gara, che, tuttavia, ha avuto l’effetto di limitare la tutela a favore del ricorrente incidentale, giacché l’esito positivo delle sue doglianze non gli ha permesso di conseguire lo scopo per cui il suo ricorso era stato posto in essere”.

<sup>321</sup> A tale riguardo, si veda l’obiezione di R. CHIEPPA, *cit.*, 195, che rileva che “nella sentenza, viene giustamente esaltato il principio dell’effettività della tutela contenuto nell’art. 1 del c.p.a., anche se qualche dubbio resta sul fatto che l’annullamento del piano faunistico non potesse garantire la tutela chiesta dall’associazione ambientalista ricorrente, determinando tale annullamento l’impossibilità di esercizio della caccia”. In tal senso anche M. Macchia, *cit.* che evidenzia come “la tutela eliminativa del piano in sé non rappresenta un rischio per le aspettative di protezione dei ricorrenti, giacché, durante il periodo di assenza del piano medesimo, ogni attività privata che deve essere esercitata in conformità ad esso è in genere vietata, mancando la normativa di salvaguardia che ne autorizza il relativo esercizio”.

<sup>322</sup> A. GIUSTI, La “nuova” sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, *cit.*, che afferma come “Molto più lineare, invero, sarebbe stato annullare il piano, per le ragioni ampiamente esposte ed argomentate nella parte motiva della decisione e, sfruttando le potenzialità oggi offerte dal codice, in particolare proprio l’art. 34, comma 1, lett.e), disporre le misure idonee ad assicurare l’attuazione del giudicato, compresa la nomina di un commissario ad acta, con effetto alla scadenza del termine assegnato per l’ottemperanza. La particolare rilevanza dell’interesse coinvolto, la stessa logica della precauzione e della prevenzione che connotano la materia ambientale, avrebbero potuto giustificare, proprio facendo leva sulla genericità della formula dell’art. 34, comma 1, lett.e) l’applicazione delle astreintes, ovvero delle sanzioni per il ritardo nell’adempimento del giudicato di cui all’art. 114, comma 3, lett.e). In quest’ultima ipotesi, però, si tratta di una soluzione prospettabile solo astrattamente e che non avrebbe potuto essere in concreto realizzata, non solo per le incertezze teoriche legate all’anticipo in sede di cognizione di tali misure ma anche per la loro necessaria correlazione ad una specifica domanda di parte.”

<sup>323</sup> A. TRAVI, *cit.*, che, con riferimento alla sentenza del Consiglio di Stato VI 10 maggio 2011, n. 2755, osserva la scarsa utilità della sentenza, affermando che, se “è evidente la volontà del giudice amministrativo di evitare che l’accoglimento del ricorso possa consentire la ripresa della caccia in ambiti meritevoli invece di tutela”, “l’esercizio della caccia in tali ambiti finirà col non essere sanzionabile, perché – come insegna la Cassazione – ai fini della applicazione di una sanzione per la violazione di un divieto elemento della fattispecie è anche la legittimità del divieto. Se il divieto è stato posto da un atto illegittimo, la sua violazione non è sanzionabile. E nel nostro caso lo stesso Consiglio di Stato ha accertato l’illegittimità dell’atto”.

provvedimento illegittimo e gli atti attuativi, genera un'incertezza giuridica non indifferente e una serie di problemi applicativi "che possono rivelarsi all'opposto più dispendiosi per i privati e per il settore pubblico"<sup>324</sup>.

Con riferimento all'interesse pubblico preso in considerazione dal giudice, inoltre, parte della dottrina ha sottolineato come "la limitazione degli effetti dell'annullamento non può diventare uno strumento attraverso cui il giudice amministrativo compie valutazioni di merito e soprattutto attraverso cui il giudice amministrativo limita la tutela giurisdizionale"<sup>325</sup>.

Si è, infatti, dubitato che "il giudice amministrativo possa valutare, in questi termini la coerenza tra le finalità perseguite dalla parte con la sua impugnazione e gli effetti della sentenza di accoglimento"<sup>326</sup>, spingendosi fino a valutare l'opportunità dell'azione proposta.

---

L'autore dubita che "di fronte a un risultato pratico così modesto fosse ragionevole introdurre una deroga tanto grave ai principi sugli esiti dell'azione di annullamento nel processo amministrativo".

<sup>324</sup> M. MACCHIA, *cit.* R. DIPACE, *cit.*, sottolinea che "Per gli atti di pianificazione, l'accertamento della invalidità senza l'annullamento lascia in vigore gli effetti dell'atto stesso, per cui l'amministrazione potrebbe adottare atti di attuazione dello stesso sulla base di una pianificazione illegittima. A dire il vero tale situazione si verrebbe a creare anche nell'ipotesi di atti non aventi natura pianificatoria, allorché questi siano presupposti di ulteriori atti amministrativi: questi ultimi sarebbero comunque illegittimi. Ma anche in sede di esecuzione l'incertezza sarebbe massima: la pubblica amministrazione, infatti, non sarebbe affatto costretta a eliminare l'atto dichiarato illegittimo e ben potrebbe mantenerlo in vita senza intaccarne gli effetti, che comunque non sono mai venuti meno, eludendo nella sostanza la dichiarazione di illegittimità effettuata dal giudice. Il problema della sopravvivenza del provvedimento afferisce al momento dell'esecuzione del giudicato, allorché la pubblica amministrazione dovrà ponderare l'interesse pubblico al mantenimento in vita del provvedimento ovvero alla sua sostituzione con un atto che non contenga i vizi per i quali il precedente è stato dichiarato illegittimo". L'autore osserva che "la soluzione migliore sarebbe quella di riconoscere al giudice amministrativo il potere di disapplicazione dell'atto generale nei confronti del solo ricorrente vittorioso".

<sup>325</sup> A. TRAVI, *cit.*

<sup>326</sup> A. TRAVI, *cit.*, che afferma che la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, "dà rilievo alla circostanza che l'annullamento del piano faunistico avrebbe pregiudicato gli interessi di ordine ambientale perseguiti dall'associazione ricorrente", dubita "che il giudice amministrativo possa valutare, in questi termini la coerenza tra le finalità perseguite dalla parte con la sua impugnazione e gli effetti della sentenza di accoglimento. Il sindacato del giudice può estendersi fino alla verifica delle c.d. condizioni dell'azione, come l'interesse a ricorrente; invece quanto rilevato nella sentenza attiene a un profilo diverso, attinente all'opportunità dell'azione proposta; la valutazione di tale profilo è riservata all'autonomia della parte e si esprime nella decisione della parte di proporre l'impugnazione". Si veda, inoltre, il limite fissato dall'art. 34 c. 2 c.p.a., che dispone che "in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati". Nello stesso senso, E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, *cit.*, ove si sottolinea che "il giudice possa limitare o eliminare la retroattività degli effetti dell'annullamento, qualora non sia strumentale alla soddisfazione dell'interesse del ricorrente o, addirittura, si risolva in una lesione di detto interesse. Non credo, invece, che il giudice, in considerazione di interessi, diversi da quelli che fanno capo al ricorrente, possa fissare una decorrenza (retroattiva) degli effetti più contenuta se sfavorevole al ricorrente, allorché, ben inteso, accerti l'illegittimità dell'atto. In sostanza, la soddisfazione dell'interesse della ricorrente costituisce il metro per limitare o eliminare la retroattività degli effetti".

## 7. La “tipicità” dell’azione di annullamento

La dottrina ha criticato l’impostazione della giurisprudenza amministrativa anche con riferimento al contenuto dell’azione di annullamento.

Nel nostro ordinamento, infatti, l’azione di annullamento sembra avere un contenuto “tipico”, “che si esprime nella circostanza che gli effetti dell’accoglimento della domanda sono quelli previsti dalla legge”<sup>327</sup>.

In particolare, l’azione di annullamento nel processo amministrativo è disciplinata dall’art. 29 e 34 c. 1 lett. a) c.p.a. (che dispone che il giudice, se accoglie il ricorso, “annulla in tutto o in parte il provvedimento impugnato”).

Pertanto, l’azione di annullamento avrebbe carattere tipico, comportando l’eliminazione dell’atto impugnato<sup>328</sup>, mentre non avrebbe l’effetto di costruire un nuovo atto amministrativo<sup>329</sup>.

Con riferimento a quest’ultimo profilo, poi, è stata evidenziata anche l’abrogazione di quelle disposizioni (art. 26 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034 e art.

---

<sup>327</sup> A. TRAVI, cit, che sostiene come “il dibattito sulla atipicità riguarda l’ammissibilità di azioni ulteriori rispetto a quelle codificate negli artt. 29-31 c.p.a. ed essenzialmente ha ad oggetto l’esperibilità di un’azione di adempimento; la tipicità dell’azione di annullamento non è in discussione. La circostanza che il codice non ne definisca puntualmente il risultato non significa certo che il giudice possa valutare quale portata assegnargli”. L’autore inoltre invoca l’art. 99 c.p.a. - che testimonierebbe “una scelta precisa contro la rivendicazione da parte delle singole sezioni di compiti novatori rispetto ad indirizzi consolidati” e la prospettabilità di un ricorso alla Cassazione per motivi di giurisdizione, atteso che “il rifiuto del giudice amministrativo di annullare l’atto illegittimo, pur ritualmente impugnato, si configura anche come rifiuto di esercitare una componente decisiva della propria giurisdizione”.

<sup>328</sup> L’eliminazione dell’atto impugnato sarebbe una “consequenza necessaria dell’accoglimento dell’azione di annullamento che il ricorrente può scegliere di proporre e che non è disponibile né da parte del giudice, né da parte del ricorrente”, così E. FOLLIERI, *L’ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, cit. Il ricorrente può “chiedere l’annullamento con limitata o nessuna retroattività, se funzionale alla tutela del suo interesse al bene della vita e, quindi, nella sua disponibilità”.

<sup>329</sup> E. FOLLIERI, *L’ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, cit. ove, con riferimento all’effetto conformativo, specifica che “il ricorrente, attraverso una accorta esposizione dei motivi volti a contestare gli aspetti contenutistici dell’atto impugnato ed a valorizzare il momento di riedizione del potere amministrativo, può spingere verso la determinazione di un effetto conformativo, nell’ambito di un’azione di annullamento. Ma se il giudice non lo coglie o non intende prenderlo in considerazione, dichiarando, per esempio, l’assorbimento dei motivi, dopo averne accolto uno, il ricorrente vittorioso ottiene l’annullamento dell’atto e non può agire in appello per la riforma della sentenza”. In altre parole, “l’effetto conformativo della sentenza di annullamento può essere costruito ed indotto dal ricorrente, ma non è nella sua disponibilità, bensì in quella del giudice che può o meno stabilirlo”. *Contra*, M. MACCHIA, cit., che sottolinea che l’art. 113 cost. è stato introdotto per ripartire i compiti tra le giurisdizioni, rinviando al legislatore la decisione sugli organi legittimati ad annullare “nei casi e con gli effetti previsti dalla legge”, come si evince dai lavori preparatori dell’Assemblea costituente, e che “un tale potere di precisazione degli effetti risulta storicamente opera di una auto-attribuzione delle corti giurisdizionali”, così come avvenuto per la Corte Costituzionale (sent. 13 aprile 1989 n. 232) e per la Corte di Giustizia. “Ciò è coerente con il ruolo creativo del giudice amministrativo, il quale ha consentito in passato e consente tuttora di perfezionare e integrare gli strumenti processuali, aprendo la strada al principio di atipicità”.

45 del r.d. 26 giugno 1924 n. 1054) che, in caso di accoglimento dell'azione di annullamento, facevano salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa<sup>330</sup>.

Da ciò deriverebbe che “l'azione di annullamento non pare più una parentesi che si inserisce nell'azione amministrativa per consentirne la prosecuzione, in caso di accoglimento della domanda”<sup>331</sup>.

Quanto alla decorrenza degli effetti dell'annullamento dell'atto impugnato, il diritto positivo non richiede necessariamente che siano retroattivi<sup>332</sup> e, pertanto, il ricorrente può chiedere l'annullamento *ex tunc* o *ex nunc* dell'atto.

Inoltre, se anche si attribuisse al giudice il potere di limitare o eliminare la portata retroattiva dell'effetto demolitorio, laddove un effetto *ex tunc* non fosse strumentale alla soddisfazione dell'interesse del ricorrente o, addirittura, si risolvesse in una lesione di questo interesse<sup>333</sup>, è difficilmente sostenibile che il giudice possa addivenire ad una decisione con i soli effetti conformativi, eliminando del tutto l'effetto eliminatorio, tipico dell'azione di annullamento e, addirittura, prendere in considerazione interessi diversi da quelli fatti valere dal

---

<sup>330</sup> E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, cit.

<sup>331</sup> E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, cit., che rileva come ciò comporti “un'accentuazione e distacco dell'attività giurisdizionale rispetto all'azione amministrativa. Quest'ultima è necessaria e doverosa a seguito della sentenza di accoglimento, ma quale esecuzione della decisione del giudice, non più quale attività amministrativa fatta salva per il carattere della inesauribilità del potere”. Inoltre, l'autore individua in un'altra disposizione la volontà del legislatore di valorizzare l'autonomia della sentenza del g.a. dalla successiva azione amministrativa: si tratta, in particolare, della disposizione del c.p.a. (art. 34 c. 1 lett. e) che ha “previsto che il giudice possa disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, già in sede di cognizione, così fissando nella sentenza le modalità di esecuzione, con soddisfazione dell'interesse del ricorrente” e limitando la successiva azione amministrativa all'esecuzione delle misure di attuazione del giudicato contenute nella decisione del giudice in sede di cognizione.

<sup>332</sup> Anzi, viene fissata solo “l'eliminazione (effetto distruttivo) dell'atto”, e occorre tener presente che “vi sono situazioni nelle quali è materialmente impossibile la retroazione totale ed assoluta degli effetti”. E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, cit. Si veda, inoltre, N. PAOLANTONIO, cit., che sottolinea che “la retroattività dell'annullamento (sostanziale e processuale) deriva alla circostanza che esso è proiezione concreta dell'invalidità, di guisa che l'annullamento consiste nella eliminazione della rilevanza e, di conseguenza, dell'efficacia, dell'atto giuridico”. L'autore quindi afferma che non è il giudice ma “la legge a determinare chi e con quali effetti è possibile annullare gli atti amministrativi” e che “se anche può ammettersi un diverso regime di decorrenza degli effetti della eliminazione dell'atto, questo effetto è necessariamente connotato all'annullamento”, e quindi non può mai essere eliminato del tutto.

<sup>333</sup> E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, cit. Contra, N. PAOLANTONIO, cit., che adotta un'interpretazione più restrittiva, affermando come gli effetti dell'annullamento non siano disponibili dal giudice, pena l'introduzione di un modello oggettivo di processo, in quanto “l'interesse dedotto è una condizione dell'azione, non dell'effetto della sentenza che accoglie quell'azione: accertata la sussistenza di una legittimazione e di un interesse a ricorrere, al giudice è precluso – in un processo connotato dal principio dispositivo – modulare gli effetti della sentenza costitutiva in funzione di un'interpretazione soggettiva dell'interesse del ricorrente”.

ricorrente.

E, infatti, attribuire al giudice amministrativo il potere di emanare una sentenza che dispone i soli effetti conformativi significherebbe svuotare l'azione di annullamento e violare il principio dispositivo del processo<sup>334</sup>, in un'ottica "di un modello oggettivo di processo, non soggettivo"<sup>335</sup>.

## 8. Conversione dell'azione e principio della domanda

E' stato sottolineato come la valorizzazione del principio di effettività<sup>336</sup> avrebbe potuto portare ad una valorizzazione dell'art. 32, comma 2 c.p.a. che consente al giudice di qualificare l'azione in base ai suoi elementi sostanziali, disponendone la conversione.

Infatti, una sentenza che detta unicamente i contenuti conformativi del successivo esercizio della funzione pubblica, potrebbe astrattamente inquadrarsi nell'ambito di un accertamento finalizzato alla condanna alla riedizione dell'atto non viziato.

Tuttavia detta prospettiva si scontra con il principio della domanda e con la residualità dell'azione di accertamento.

Per quel che concerne il principio della domanda, il potere del giudice di interpretare e qualificare la domanda, tenuto conto del contenuto della pretesa, ai sensi dell'art. 32 comma 2 c.p.a., deve essere interpretato alla luce del principio

---

<sup>334</sup> E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, cit. "Se il ricorrente chiede, per la presenza di uno dei vizi di legittimità nell'atto impugnato, l'annullamento, il giudice non può escludere il suo effetto tipico e cioè l'annullamento (il venir meno dell'esistenza dell'atto)".

<sup>335</sup> N. PAOLANTONIO, cit. A. GIUSTI, *La "nuova" sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit., secondo la quale gli effetti dell'azione di annullamento sono necessariamente caducatori: "la sentenza annotata - escludendo l'effetto tipico demolitorio - devia così dallo schema legale dell'azione di annullamento, senza che tale deviazione possa essere interpretata in chiave di atipicità e ponendosi, anzi, l'idea stessa di un'azione di annullamento atipica come una contraddizione in termini"; "il potere di determinare la persistenza (o meno) dell'efficacia del provvedimento, consentirebbe al giudice di escludere tanto l'effetto caducatorio quanto quello ripristinatorio, conservando solo quello conformativo. [...] Nonostante la sua apparente dimensione esterna, l'effetto conformativo è però un elemento interno alla decisione, la parte centrale di essa [...] Qualora il giudice amministrativo annulli un provvedimento per violazione di legge, la decisione e l'accertamento in esso contenuto non possono limitarsi alla mera caducazione dell'atto; l'accoglimento della censura e, dunque, l'accertamento della norma violata postulano, a contrario, l'affermazione di quale norma avrebbe dovuto applicarsi. Nel caso di specie, dall'accoglimento del ricorso per la mancata applicazione delle norme nazionali, consegue la necessità di riscrivere un piano faunistico-venatorio nuovo [...] Tali elementi decisori sono dunque connaturati alla stessa decisione di annullamento".

<sup>336</sup> A. GIUSTI, *La "nuova" sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit.

*jura novit curia*. E infatti, la giurisprudenza richiede che i motivi di ricorso siano specifici indicando le ragioni sottostanti alle conclusioni espresse e dimostrando titolo e causa delle richieste e delle norme cui si riferiscono. Il principio *iura novit curia* non può essere invocato in presenza di motivi generici, in quanto il ricorrente deve comunque specificare adeguatamente le sue richieste.

La riqualificazione dell'azione non può superare il principio della domanda: in altre parole, “se viene chiaramente richiesto al giudice di annullare il provvedimento, il giudice stesso non può arrogarsi il potere di convertire l'azione in una azione di condanna, a meno che l'annullamento non sia più utile al ricorrente, così come specificato dall'art. 34, comma 3, cit.; per tale conversione devono, quindi, sussistere i presupposti previsti dalla legge”<sup>337</sup>.

L'argomento invocato per giustificare l'accertamento dell'illegittimità con effetti meramente conformativi e per renderlo compatibile con il principio della domanda è stato quello per cui la domanda di annullamento contiene sempre, come il più reca il meno, la domanda di mero accertamento dell'illegittimità con effetti non retroattivi o non eliminatori.

Tuttavia, è stato evidenziato come in questo modo il rapporto di continenza venga utilizzato, erroneamente, in termini quantitativi, nel senso di consentire al giudice di selezionare solo alcuni degli effetti sostanziali che si richiedono con la domanda<sup>338</sup>. Invece, tra accertamento ed annullamento vi è un rapporto di continenza qualitativa, in quanto l'accertamento ed annullamento producono effetti del tutto diversi. Tra accertamento e annullamento

Con riferimento al secondo aspetto, ossia la residualità dell'azione di

---

<sup>337</sup> R. DIPACE, *cit.*

<sup>338</sup> F. FOLLIERI, *Continenza e principio della domanda*, [www.cameraamministrativa.it](http://www.cameraamministrativa.it), che evidenzia come “La continenza non è fondata sulla circostanza che l'effetto è solo una parte di quelli che deriverebbero dall'accoglimento della domanda. Essa è fondata su effetti diversi, in rapporto logico-giuridico l'uno con l'altro: l'accertamento è il prius di ogni sentenza (sia essa costitutiva o di condanna), ma non v'è progressione quantitativa fra una sentenza dichiarativa ed una di annullamento; l'inefficacia del contratto è l'antecedente giuridico della sanzione alternativa, ma quest'ultima produce effetti su situazioni giuridiche soggettive che non sono una frazione della privazione di effetti del contratto”. Pertanto, “non è possibile rigettare parzialmente la domanda, riducendo gli effetti che sarebbero derivati dall'accoglimento: l'accoglimento parziale della sentenza di annullamento non può produrre l'effetto di mero accertamento dell'illegittimità. Per far ciò è necessario convertire la domanda. Non perché l'effetto di annullamento non sia graduabile quantitativamente, ma perché accertamento ed annullamento producono effetti diversi, non maggiori o minori”. Infatti, “attribuire effetti diversi da quelli domandati presuppone un potere sostitutivo o suppletivo del giudice nella determinazione del *thema decidendum*, incompatibile con questa articolazione del principio della domanda”.

accertamento, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza del 29 luglio 2011, n. 15, ha affermato l'esperibilità di tale azione «ove necessaria al fine di colmare esigenze di tutela non suscettibili di essere soddisfatte in modo adeguato dalle azioni tipizzate».

La tutela di accertamento è quindi residuale e il giudice, in presenza di una specifica forma di protezione avverso il provvedimento annullabile per violazione di legge, non potrebbe convertire la tutela costitutiva in una azione di accertamento<sup>339</sup>.

Peraltro, così facendo, il giudice appresterebbe comunque “una tutela dimidiata, mancando nel caso di specie la domanda volta alla condanna dell'amministrazione ad adottare il nuovo piano, in conformità alle vigenti disposizioni sulla V.A.S.”<sup>340</sup>

Inoltre, non sembra praticabile neppure la conversione della domanda proposta in una azione di condanna autonoma, facendo leva sull'art. 30, comma 1 e sull'art. 34, comma 1, lett.e) del codice, in quanto la giurisprudenza, al di fuori dei casi previsti dall'art. 30, richiede la rituale e contestuale proposizione della domanda di annullamento ed esclude che si possa emanare una sentenza di adempimento ove

---

<sup>339</sup> A. GIUSTI, *La “nuova” sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit. evidenzia che “La conversione dell'azione, indubbiamente, sarebbe stata più agevole e giuridicamente praticabile laddove la mancanza della valutazione ambientale strategica avesse continuato ad essere sanzionata con la nullità. In questa evenienza, pur in presenza di una domanda di annullamento, il Collegio, sussistendone i requisiti, avrebbe potuto disporre la conversione dell'azione ex art. 29 in un'azione di accertamento della nullità ex art. 31, comma 1, ferma restando l'ulteriore possibilità di rilevarla d'ufficio”.

<sup>340</sup> A. GIUSTI, *La “nuova” sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit. “Nella fattispecie qua, l'unico contenuto dichiarativo possibile e il solo accertamento consentito sarebbe stato quello, connotato ad ogni decisione (54), funzionale ad una tutela demolitoria e alla successiva definizione e conformazione dell'attività della p.a.”; “Qualora il giudice amministrativo annulli un provvedimento per violazione di legge, la decisione e l'accertamento in esso contenuto non possono limitarsi alla mera caducazione dell'atto; l'accoglimento della censura e, dunque, l'accertamento della norma violata postulano, a contrario, l'affermazione di quale norma avrebbe dovuto applicarsi. Nel caso specie, limitandoci alla censura principale, dall'accoglimento del ricorso per la mancata applicazione delle norme nazionali, consegue la necessità di riscrivere un piano faunistico-venatorio nuovo, sulla scorta di quanto previsto dal codice dell'ambiente. Tali elementi decisori sono dunque connotati alla stessa decisione di annullamento, rientrano nella domanda di parte e non sembrano, propriamente, un anticipo di esecuzione, come prospetta il Collegio richiamando l'art. 34, comma 1, lett.e). Tanto più che la pronuncia annotata, nel dare indicazioni sulla successiva attività amministrativa, si limita a prescrivere la riscrittura del pianosecundum ius. Un anticipo di esecuzione è, invece, più propriamente ravvisabile nella fissazione di un termine per provvedere, ad integrare l'art. 88, comma 1, lett.f). La sentenza, nel complesso, nella parte in cui ribadisce la scelta di non annullare e di conservare il solo effetto conformativo, ordinando la rinnovazione dell'atto compiuto in violazione di legge, se ricondotta nel sistema del codice, rischia di apparire quasi pleonastica. A ben vedere, nel caso che ci occupa, è la sua struttura ad essere garanzia di maggiore effettività della tutela, stante la compiuta ricostruzione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione, l'attento vaglio di tutti i motivi di ricorso e la chiara affermazione, nel dispositivo, dell'ordine impartito all'amministrazione. Simili contenuti motivazionali, però, dovrebbero sempre accedere alla tutela demolitoria e porsi come aspetti fisiologici del contenuto della sentenza di annullamento e del suo essere un accertamento costitutivo”.

residuino margini di discrezionalità o tecnico discrezionali, come nel caso del piano faunistico venatorio pugliese<sup>341</sup>.

Infatti, l'art. 30, comma 1, c.p.a., nel disciplinare l'azione di condanna, sancisce la sua autonomia solo per le ipotesi di giurisdizione esclusiva ovvero per l'azione risarcitoria, e richiede che l'azione di condanna ad un *facere* debba essere esperita contestualmente ad altra azione; il d. lgs. n. 160 del 14 settembre 2012 (c.d. Secondo Correttivo al Codice del processo amministrativo), modificando l'art. 34, lett. c), c.p.a., ha espressamente previsto che l'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto vada proposta «contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio».

La sentenza del Consiglio di Stato n. 2755/2011 tenta invece di configurare una autonoma azione di condanna, sul presupposto che l'obiettivo perseguito dal ricorrente non era l'annullamento dell'atto impugnato, bensì la dichiarazione di invalidità dello stesso ai soli fini della condanna della P.A. alla emanazione di un provvedimento che effettivamente tutelasse - grazie allo svolgimento della VAS - l'interesse dell'associazione ambientalista<sup>342</sup>.

---

<sup>341</sup> A. GIUSTI, *La "nuova" sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit. che evidenzia come "Le caratteristiche del provvedimento impugnato, come pure l'assenza di una qualsiasi domanda in tal senso da parte del ricorrente avrebbero comunque reso non praticabile tale soluzione, confermando la necessaria riconducibilità dell'azione nello schema tipico dell'art. 29".

<sup>342</sup> A. CARBONE cit.: "Si è quindi nell'ambito proprio delle azioni di condanna ad un *facere* specifico, all'interno del quale l'annullamento può svolgere un ruolo soltanto indiretto, di rimozione dell'atto illegittimo; e, a ben vedere, nel caso di specie, non ne svolge alcuno, atteso che, come più volte si è ripetuto, il venir meno dell'atto contrastava con l'interesse sotteso alla pretesa sostanziale del ricorrente". L'A. evidenzia che "il tentativo di configurare un'azione autonoma di condanna dovrebbe forse tenere conto della differenza, difficilmente contestabile, tra un'azione volta ad ottenere il provvedimento richiesto e dalla P.A. implicitamente o esplicitamente negato e la diversa azione avente ad oggetto la condanna dell'Amministrazione all'adozione di un atto che essa avrebbe dovuto emanare a prescindere da qualsiasi richiesta di parte (e che invece non ha adottato, ovvero che ha adottato, ma in difformità da quanto prescritto dalla legge). In disparte la terminologia utilizzata (se, cioè con il nome di azione di adempimento si voglia indicare solo la prima tipologia delle due azioni descritte, ovvero se in tale denominazione si preferisca ricomprendere tutti i tipi di condanna provvedimentale, da contrapporre alle azioni di condanna pubblicistica di natura non provvedimentale, quale ad es., l'accesso agli atti), appare chiaro, infatti, che solo per la prima, e non per la seconda, la struttura complessa dell'azione risponde ad esigenze di carattere logico, in quanto funzionale al superamento di un diniego o di un silenzio-inadempimento. Nel caso in cui non vi sia invece alcun legame procedimentale tra la parte ricorrente e il provvedimento lesivo (caso tipico: atti a contenuto generale), allora neppure vi sarà un'istanza rimasta disattesa, in relazione alla quale l'azione di annullamento o il ricorso avverso il silenzio rinvengono la loro ragion d'essere. Tale impostazione sembra confermata, seppur soltanto implicitamente, dalla recente pronuncia Cons. St., Sez. V, n. 6002 del 27 novembre 2012, la quale ha ammesso un'azione di condanna (nella specie, all'indizione delle elezioni del Consiglio regionale entro i termini stabiliti dalla legge) proposta contestualmente ad un'azione atipica di accertamento dell'illegittimità dell'inerzia. Quest'ultima, che trova cittadinanza nel nostro ordinamento alla luce del principio dell'atipicità delle forme di tutela, consentirebbe di prescindere dal perfezionamento di un rifiuto in senso tecnico, che, in un caso in cui l'istanza del privato non è presupposto per l'adozione dell'atto, costringerebbe il ricorrente ad avviare, in maniera del tutto artificiosa, un apposito procedimento solo per



Peraltro, è stato sottolineato come la presenza di una norma come quella di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a., secondo cui l'accertamento della illegittimità non comporta necessariamente l'annullamento dell'atto, non dimostra che vi sia un principio generale che consente al giudice di modulare gli effetti demolitori ed eventualmente ripristinatori della sentenza<sup>343</sup>.

La possibilità per il giudice di limitarsi ad accertare l'illegittimità dell'atto prescindendo dall'annullamento richiesto è limitato al caso in cui il giudice ritenga del tutto inutile la demolizione dell'atto e vi è un interesse risarcitorio. Pertanto, in tale caso il mero accertamento in via incidentale della illegittimità viene in rilievo

---

vedersi decorrere infruttuosamente il termine per provvedere (quasi a riproporre surrettiziamente l'istituto della diffida ad adempiere). Se si aderisce a tali considerazioni, risulta evidente che il problema di un'azione autonoma di condanna può porsi (e a ben vedere, si è posto) solo in relazione ad un provvedimento la cui emanazione prescinda da un'istanza del privato. D'altro canto, un'indicazione in senso favorevole al valore concettuale della distinzione tra i due tipi di condanna provvedimento si ricava anche dal testo codicistico, che subordina al contestuale esperimento di un'azione di annullamento o avverso il silenzio solo l'azione di condanna «al rilascio di un provvedimento richiesto» (art. 34, lett. c), c.p.a.), non di qualsiasi provvedimento dovuto. È bene tenere a mente, tuttavia, che a prescindere dalla norma appena richiamata, anche un'altra disposizione sancisce il divieto di un'azione autonoma di condanna ad un facere, senza distinguere, in questo caso, l'oggetto dell'attività richiesta. Ci si riferisce all'art. 30, co. 1, c.p.a., che, pur non richiamando l'azione di annullamento o il ricorso avverso il silenzio, impone che l'azione di condanna (salvo quella risarcitoria e nei casi di giurisdizione esclusiva) debba essere proposta contestualmente ad altra azione. Ora, in un caso come quello deciso dalla sentenza n. 6002/2012, ove il provvedimento dovuto non era stato adottato nel termine previsto dalla legge, tale limitazione è facilmente aggirabile facendo ricorso ad un'azione atipica di accertamento (proposta, è da dire, al solo fine di rispettare la prescrizione della normativa processuale). Non così nel caso in cui si sia in presenza di un atto esplicito (non di diniego, non essendovi alcuna istanza, ma semplicemente) difforme da quello prescritto dalla relativa normativa (quale, appunto, un piano faunistico venatorio di cui si lamenta l'illegittimità): in questa ipotesi, infatti, l'esperibilità di un'azione di accertamento dell'illegittimità del provvedimento incontra un limite insuperabile nell'art. 34, co. 2, c.p.a., il quale (salve le deroghe dalla medesima disposizione espressamente indicate) vieta al giudice di conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare per mezzo dell'azione di annullamento (ché, del resto, se così non fosse, l'illegittimità del provvedimento potrebbe essere fatta valere anche oltre il termine decadenziale proprio dell'impugnazione)... le ragioni da ultimo addotte per evidenziare l'esigenza di 'svincolare', in taluni casi, la statuizione di condanna dai limiti di cui agli artt. 30, co. 1, e 34, lett. c), c.p.a. impongono, a nostro avviso, di guardare con favore ad ogni sforzo interpretativo volto ad ottenere un risultato analogo a quello che si avrebbe in presenza di un'azione autonoma di condanna ad un facere, così da concedere al privato la possibilità di articolare la sua pretesa processuale in conformità con il suo interesse sostanziale, senza rimandare al giudice il compito, che non gli è proprio, di ricavare tale pretesa in via interpretativa dalle doglianze addotte dalla parte. Sotto questo profilo, è sicuramente da auspicare — de iure condendo — un intervento legislativo volto ad ammettere, almeno per la seconda delle due tipologie di situazioni sopra individuate, un'azione autonoma di condanna con contestuale accertamento dell'invalidità dell'atto, purché — si badi — da un lato essa sia sottoposta allo stesso termine previsto dall'art. 29 c.p.a., di modo da evitare possibili elusioni della regola di cui all'art. 34, co. 2, ult. parte, c.p.a.; dall'altro, siano contestualmente specificati gli effetti che l'accertamento dell'illegittimità sarebbe idoneo a produrre sul provvedimento negativo: in mancanza, infatti, si potrebbe porre il rischio di una contestuale presenza di due situazioni incompatibili tra loro, aventi ad oggetto la medesima fattispecie concreta". Se quanto detto si rapporta all'attuale quadro processuale, in cui è assente la previsione di un'azione autonoma di condanna ad un facere, potrebbe allora reputarsi non del tutto incongruo applicare il principio del «non annullamento» ai soli casi (e nei limiti) in cui sia funzionale ad una statuizione di condanna, purché quest'ultima — a differenza di quanto è accaduto nella decisione n. 2755/2011 — sia puntualmente dedotta in giudizio tramite rituale proposizione della relativa domanda; ché, altrimenti, il disposto dell'art. 99 c.p.c. risulterebbe inevitabilmente violato".

<sup>343</sup> R. DIPACE, *cit.*

solo ai fini risarcitori.

La norma non ha la finalità di consentire una modifica in via generale degli effetti di una pronuncia di annullamento ma di consentire l'accertamento della illegittimità nelle ipotesi in cui non c'è l'onere di impugnazione dell'atto (e quindi al di fuori delle ipotesi dell'art. 34, comma 2 c.p.a.) in quanto l'annullamento non è utile al ricorrente, in linea con quanto disposto dall'art. 21-*octies* l. 241/90<sup>344</sup>.

### **9. Le opportunità offerte dal codice e la maggiore utilità dell'azione di adempimento**

Il c.p.a., come modificato dai correttivi, ha ampliato le azioni proponibili, attribuendo al giudice dei poteri che deve esercitare nel rispetto dei presupposti previsti dalla legge, al fine di rispondere in maniera adeguata alle domande dei ricorrenti<sup>345</sup>.

Il principio della domanda, pertanto, rimane centrale ed essenziale nel processo amministrativo, che è un processo di tipo dispositivo e il principio di effettività, espressamente previsto dall'art. 1 c.p.a., deve essere garantito sulla base delle norme del processo amministrativo, che consente al ricorrente di scegliere di proporre l'azione che ritiene maggiormente vantaggiosa per il perseguimento del suo interesse.

Tra le azioni previste dal c.p.a., vi è l'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto (c.d. azione di adempimento), introdotta dal d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160, che ha modificato l'art. 34 c. 1 lett. c) c.p.a., prevedendo espressamente l'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto (c.d. azione di adempimento), prevedendo che "l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'art. 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio".

Sono state messe a confronto due soluzioni apparentemente equivalenti

---

<sup>344</sup> R. DIPACE, *cit.* evidenzia che "non è questione di modulazione di effetti dell'annullamento, bensì di sussistenza o meno del potere di annullamento pur sussistendo le condizioni per ritenere annullabile l'atto".

<sup>345</sup> R. DIPACE, *cit.*

attraverso le quali il giudice può soddisfare la pretesa sostanziale del ricorrente: la condanna dell'amministrazione all'adozione dell'atto (c.d. condanna all'adempimento) e la valorizzazione dell'efficacia conformativa della pronuncia di annullamento, a fronte di attività vincolata, qualora fosse accertata la fondatezza della pretesa sostanziale.

In particolare, ci si è chiesti se “il rimedio della condanna all'adempimento potrebbe ritenersi addirittura superfluo in considerazione della pienezza della tutela contenuta nell'apparato motivazionale della sentenza di annullamento e, quindi, nella stringente portata conformativa della stessa, la cui corretta esecuzione comporta la necessaria adozione del provvedimento illegittimamente negato”<sup>346</sup>.

E infatti, se davvero le due tutele fossero equivalenti, non c'è dubbio che converrebbe sia intermini di risparmi di tempo che economici, emanare la condanna della pubblica amministrazione all'adempimento di un *facere* specifico, facendo rientrare l'art. 34 c. 1 lett. c) nell'ambito dei poteri assegnati al giudice di cui alla successiva lett. e) del medesimo articolo<sup>347</sup>.

Invero, a ben vedere, le due tutele non sono del tutto equivalenti.

E infatti, anche a voler ritenere che il giudice, a fronte di una azione di annullamento, ben potrebbe condannare la pubblica amministrazione all'adempimento di un *facere* specifico, nell'ambito dei poteri attribuitigli dall'art. 34 c. 1 lett. e)<sup>348</sup>, non può dubitarsi che l'adozione dell'atto soddisfacente dell'interesse pretensivo possa essere disposta “soltanto se la fondatezza della pretesa sostanziale dovesse discendere dall'esame dei motivi di impugnativa proposti, che delimitano l'oggetto del giudizio”, mentre solo l'azione di condanna consentirebbe di superare i vizi dell'atto dedotti nel ricorso<sup>349</sup>.

---

<sup>346</sup> R. CAPONIGRO, *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, cit.

<sup>347</sup> R. CAPONIGRO, *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, cit.

<sup>348</sup> *Contra* E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, cit. ad avviso del quale se il ricorrente sceglie di proporre l'azione di annullamento, ma questa non soddisfa il suo interesse, il giudice dovrà dichiararne la carenza di interesse, ma non potrà emanare, “attraverso questo complesso ed arduo percorso di ingegneria processuale sugli effetti dell'annullamento”, una sentenza di condanna ad un *facere* specifico, in assenza di domanda da parte del ricorrente e accoglimento della stessa da parte del giudice, qualora soddisfi l'interesse del ricorrente.

<sup>349</sup> R. CAPONIGRO, *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, cit. In particolare, l'autore sottolinea che l'azione di condanna “atipica” consentirebbe “una cognizione più ampia, estesa ai profili dell'esercizio del potere che, non avendo costituito oggetto del provvedimento, non hanno potuto essere censurati specificamente nel ricorso, anche nell'ipotesi in cui l'amministrazione non sia rimasta inerte ma abbia comunque emesso un provvedimento”. Peraltro, il secondo correttivo al c.p.a. d.lgs.

In altre parole l'ordine di emanazione del provvedimento favorevole derivante dall'effetto conformativo del giudizio di annullamento è strettamente legato alla risoluzione delle questioni che concretizzano i motivi di ricorso, costituendo l'esecuzione di un effetto complementare all'azione di annullamento. Pertanto, l'amministrazione conserva un margine di scelta in sede di riesercizio del potere, con riferimento ai motivi che non sono stati dedotti nel ricorso.

In particolare, l'emanazione, da parte del giudice amministrativo, di una sentenza di condanna ad un *facere* specifico all'emanazione di un determinato atto amministrativo, attraverso la previsione di uno stringente effetto conformativo espresso in motivazione, può essere criticata sotto due punti di vista<sup>350</sup>.

Innanzitutto, l'effetto conformativo rientra nella disponibilità del giudice, nel senso che è lui che decide se articularlo e con che intensità, e può essere recepito in una sentenza del giudice in sede di ottemperanza (anche se il c.p.a. ha previsto che già in sede di cognizione il giudice possa disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione delle sentenze, compresa la nomina di un commissario ad acta).

In secondo luogo, gli interessi legittimi pretensivi verrebbero soddisfatti in modo migliore attraverso l'azione di adempimento, che, rispetto all'effetto conformativo, rientra nella disponibilità del ricorrente (che può chiedere la condanna della p.a. all'emanazione di un determinato provvedimento) e costituisce un capo autonomo nel dispositivo della sentenza in sede di cognizione (senza che si debba poi ricorrere in sede di ottemperanza)<sup>351</sup>.

---

14 settembre 2012, n. 160, ha espressamente introdotto l'azione di condanna al rilascio del provvedimento (c.d. azione di adempimento) negli stessi limiti individuati per il giudizio sul silenzio dall'art. 31 c. 3 c.p.a.

<sup>350</sup> E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, cit.

<sup>351</sup> E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, cit. Si veda, tuttavia, A. MAZZA LABOCETTA, *Effettività della tutela e contenuto della resistenza dell'amministrazione in giudizio*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), che ha sottolineato come se è vero che, a differenza dell'effetto conformativo del giudicato di annullamento, che si limita ad indirizzare "l'attività di riedizione del potere", non impedendo all'amministrazione "la valutazione di fatti non coperti dal giudicato", l'accoglimento dell'azione di adempimento "comporta per l'amministrazione un vero e proprio obbligo di emanare il provvedimento che la sentenza enuclea. Costituendo un obbligo, una conseguenza cioè necessaria e non (meramente) logica della pronuncia, l'amministrazione è giuridicamente tenuta ad adempiere", è pur vero che "dopo il processo e al di fuori del perimetro delle preclusioni da questo segnate in relazione ai motivi dedotti, non può impedirsi all'amministrazione di esercitare la propria attività amministrativa sulla medesima vicenda che quel processo ha impegnato". E infatti, a ben vedere, "quello che davvero impedisce al processo di dare definitivo assetto alla vicenda amministrativa, in modo da precludere all'amministrazione di tornare su di essa dopo il giudicato, è il limite secondo cui il dedotto non copre il deducibile", limite che "costituisce ostacolo al pieno dispiegarsi del principio-obiettivo dell'effettività della tutela giurisdizionale". Per l'A., l'azione di adempimento "non risolve il problema della piena effettività dell'accertamento giudiziale", in quanto nemmeno l'ampliamento del sistema delle azioni riesce a superare il limite della c.d.

Infatti, in caso di condanna ad un *facere*, l'ordine di adottare il provvedimento richiesto non è implicito nella motivazione, ma esplicitato nel dispositivo, lasciando "presupporre un adempimento spontaneo dell'amministrazione. Se, però, l'inadempimento persiste, questa fase sarà disciplinata esclusivamente dalle regole del giudizio di ottemperanza, con l'utilità costituita dalla maggiore semplicità di esecuzione assicurata ... dalla presenza di una condanna diretta ad adottare l'atto richiesto"<sup>352</sup>.

---

inesauribilità del potere pubblico. Il punto centrale sarebbe costituito dalla valorizzazione della "resistenza dell'amministrazione in giudizio". , che si rende necessaria al fine di ottenere dal giudicato di annullamento un effetto conformativo della sentenza particolarmente incisivo e puntuale, nonché per ottenere una sentenza di condanna all'adempimento la cui efficacia non sia minata dal principio di inesauribilità del potere pubblico: infatti, "se è vero che il potere-dovere dell'amministrazione di perseguire l'interesse pubblico è inesauribile, non si vede per quale ragione tale inesauribilità debba subire nel processo una soluzione di continuità e riprendere rinnovato vigore solo dopo che il giudizio si è concluso (per consentire, magari, all'amministrazione di mettere a base del riesercizio del potere "fatti" che, pur sussistenti al momento del processo, non sono stati dedotti o meglio eccepiti". A dimostrazione che il giudice "deve avere completa cognizione della vicenda amministrativa sottesa all'atto impugnato, in modo da poter garantire imparzialità (melius: neutralità) di giudizio e tutela della legalità dell'azione amministrativa", l'art. 46 c. 2 c.p.a. prevede un ampio obbligo in capo alla p.a., disponendo che l'amministrazione "deve produrre l'eventuale provvedimento impugnato, nonché gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio". Ciò presuppone la centralità del procedimento, luogo in cui dovrebbe emergere già "l'onere di dedurre tutto il deducibile" e la necessità che l'amministrazione, in giudizio, debba "porre a base della propria resistenza tutti i fatti al momento sussistenti, capaci di paralizzare i motivi del ricorrente". Tale soluzione, tuttavia, resta limitata all'attività vincolata fermi restando i limiti del sindacato giurisdizionale sull'attività discrezionale dell'amministrazione.

<sup>352</sup> V. LOPILATO, *Esecuzione e cognizione nel giudizio di ottemperanza*, in *giustamm.it*, novembre 2012 e in *Nuovo Diritto Amministrativo*, 1, 2013.

## CONCLUSIONI

La tesi della modulazione degli effetti dell'annullamento è stata sostenuta da una parte della recente giurisprudenza amministrativa in virtù del principio di effettività della tutela. Tale giurisprudenza ha affermato che, in virtù di tale principio, il giudice debba emettere una sentenza che sia coerente con le istanze di tutela e di giustizia e che risulti in concreto soddisfattiva dell'interesse fatto valere in giudizio, interpretando coerentemente ogni disposizione processuale.

E' stato, tuttavia, sottolineato come la valorizzazione del principio di effettività abbia modificato il modo di concepire il rapporto tra interesse pubblico e privato e il rapporto tra amministrazione e giurisdizione<sup>353</sup>.

Infatti, la valorizzazione del principio di effettività ha portato a "spostare avanti il limite interno della giustizia amministrativa"<sup>354</sup> e ad attribuire al giudice amministrativo "una sorta di potere amministrativo ... che contribuisce a decostruire l'amministrazione, sino a dissolvere il confine tra azione amministrativa e giustizia"<sup>355</sup>.

Il principio di effettività ha portato quindi ad una eccessiva valorizzazione della protezione del singolo.

Se l'effettività della tutela si misura in base alla realizzabilità della pretesa sostanziale del singolo da parte del processo, la distinzione tra giudizio

---

<sup>353</sup> G. ROMEO, *A proposito del giudizio sulla giurisdizione*, pubblicato a luglio 2013 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). L'autore sottolinea come "la perdita dell'interesse legittimo è divenuta percepibile a partire dal momento in cui la giurisprudenza amministrativa, dopo le insistenti sollecitazioni della dottrina, ha iniziato a utilizzare l'effettività come principio precettivo, piuttosto che quale criterio di valutazione della operatività degli istituti processuali". Infatti, "il privato che si rapporta con la giustizia amministrativa non si duole delle modalità con cui l'amministrazione ha curato i suoi interessi, incidendo in modo negativo sulla sua sfera. Egli vuole l'affermazione del suo interesse nella consapevolezza che l'amministrazione non ne abbia uno contrapposto da tutelare e soprattutto che essa non sia titolare di una sfera pubblica intangibile ... si è giunti ormai a un punto di non ritorno che vede la rottamazione dell'interesse legittimo, cominciata con la rottamazione del potere amministrativo in una parabola che, muovendo dall'estensione del giudizio di legittimità al merito, ha infine inciso sulla stessa configurazione della funzione amministrativa e sul modo di concepire il rapporto tra l'interesse pubblico con l'interesse privato, con la tendenziale dissoluzione del primo, che viene inteso come quantitativamente – invece che qualitativamente – diverso".

<sup>354</sup> G. ROMEO, *cit.*, che sottolinea come con l'effettività "si cerca di spostare avanti il limite interno della giustizia amministrativa, nel senso che essa è resa capace di definire e soddisfare ogni interesse che il tempo matura, ma di più non si può fare: non può operare come se il limite non esista, come se l'effettività abbia conferito al processo amministrativo il carattere di illimitata strumentalità per ottenere qualunque utilità, seppure non definita a priori".

<sup>355</sup> G. ROMEO, *cit.*

amministrativo e giudizio civile si fa meno chiara così come la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo<sup>356</sup>.

La identificazione delle due posizioni giuridiche soggettive comporta la perdita del criterio discretivo della giurisdizione e, conseguentemente, la maggiore vulnerabilità delle sentenze del giudice amministrativo innanzi alla Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione<sup>357</sup>.

---

<sup>356</sup> G. ROMEO, *cit.*: “È chiaro che “assolutizzando” la protezione del singolo, nella sua aspettativa a un c.d. bene della vita, la diversità dei caratteri del giudizio amministrativo e di quello civile sfuma fino a diventare quasi irriconoscibile a un osservatore non prevenuto... In realtà, il criterio dell’effettività della giustizia amministrativa pone il problema del controllo del *potere* in relazione alla posizione soggettiva vantata. La piena protezione della posizione sostanziale del singolo postula l’inesistenza di un *potere* che possa essere esercitato in modo non conforme a quello che abbia come unico suo approdo l’assegnazione del bene della vita quale riconosciuto nel processo. Sembra che l’intera architettura del giudizio amministrativo sia profondamente modificata nei suoi tratti fisionomici. Il controllo, sia pure intenso, sull’uso del potere sopravvive nel ricordo della sua esistenza; e la verifica della eventuale patologia dell’atto ha perso il suo senso originario di riportare la pretesa del singolo nella regia della amministrazione, la quale invece costituisce oggi un apparato servente che non può pretendere di comprimere la posizione privata in nome di un presunto interesse pubblico. Il nuovo volto del *potere* si presenta come l’abbandono di un concetto dell’agire amministrativo volto a ricercare il bene pubblico in sé: su ogni sua azione si proietta l’individuo che, nel contesto sociale, non riconosce altra pretesa che la propria. È questo il fattore che rende problematica la questione di quale giudice sia competente a decidere e soprattutto di quale sia la ragione ultima perché debba essere uno piuttosto che altro giudice a decidere. Nel loro aspetto “ontologico” la posizione di diritto soggettivo e quella di interesse legittimo sono concepite come identiche: ambedue assegnano all’individuo una modalità di tutela in caso di conflitto orizzontale o verticale. Una linea di demarcazione tra ciò che è proprio dell’uno o è proprio dell’altro non è tracciabile, perché la linea dipende dal fatto che una delle due posizioni (interesse legittimo) sia strettamente embricata con la sfera pubblica. Il concetto di interesse legittimo ha una sua precisa relazione con l’interesse pubblico e si colloca in posizione frontale a una amministrazione che ha dei fini da perseguire. Al diritto soggettivo appartiene la libertà di perseguire i propri interessi nei limiti segnati dall’ordinamento. L’aver oggi puntato esclusivamente sull’interesse tutelabile, senza alcuna qualificazione, significa non solo pensare che la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo non sia giuridicamente rilevante se non da un punto di vista meramente positivo (e positivistico), ma che tale interesse possa essere indifferentemente tutelato – in ultima e decisiva analisi - da ambedue i giudici, ordinario e amministrativo”.

<sup>357</sup> G. ROMEO, *cit.*, “Se si parte dall’idea (ormai scontata) che oggetto del giudizio amministrativo è divenuto l’*interesse tout court* del singolo, la scoperta del limite che il giudice amministrativo non può valicare pena la cassazione della sentenza per motivi inerenti la giurisdizione, pare affidata più alla sensibilità (arbitraria) della Cassazione piuttosto che alla affermazione di un criterio oggettivo. A meno che la Cassazione non intenda utilizzare “l’eccesso di potere giurisdizionale” come un tempo il giudice amministrativo ha utilizzato l’eccesso di potere amministrativo per erodere il *merito* amministrativo e così depotenziare l’autonomia della amministrazione. Una estensione dei “motivi inerenti la giurisdizione” all’ipotesi in cui il giudice amministrativo è dotato di giurisdizione, secondo i canoni tradizionali, induce infatti ad una sovrapposizione del giudizio della Cassazione su quello del giudice amministrativo, con l’inevitabile conseguenza dell’inizio di un percorso che prepara ad un possibile controllo generalizzato della Suprema Corte dell’azione amministrativa, quale definita in ultima istanza dal giudice amministrativo”. R. DIPACE, *cit.*, osserva che “per la Cassazione la norma sulla giurisdizione non è solo quella che individua i presupposti dell’attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che fornisce il contenuto a tale potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali tale potere si esplica. La Corte, attraverso questa estensione della formula “motivi inerenti la giurisdizione”, può nell’ambito del suo sindacato sulla giurisdizione interpretare la norma attributiva di tutela e verificare se il giudice amministrativo la ha correttamente osservata”. Si veda **Corte di Cassazione, SS.UU., sentenza 13.06.2006 n. 13659**, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com); **Corte di Cassazione, SS.UU., sentenza 23.12.2008 n. 30254**, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), che ha affermato che “è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell’attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere stabilendo attraverso quali forme di tutela esso si estrinseca”. Infatti, “nel tessuto della Costituzione non è oggi possibile dubitare che per giurisdizione deve essere inteso non in sé il potere di

Significativa è a questo riguardo la sentenza del Consiglio di Stato n. 2755/2011 che ha giustificato il mancato annullamento del piano sulla base del fatto che il suo annullamento contrasterebbe sia con l'interesse posto a base dell'impugnazione da parte dell'associazione ambientalista sia con gli interessi pubblici presi in considerazione dalla normativa di settore e di cui l'associazione è comunque portatrice, nonché la sentenza del T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 19 agosto 2011 n. 2102, che ha condannato l'amministrazione all'emanazione del provvedimento di acquisizione sanante di cui all'art. 42-bis t.u. espropri ritenendo che l'irreversibile trasformazione del suolo abbia esaurito i margini di discrezionalità dell'amministrazione.

Ma così facendo, la posizione sostanziale del singolo verrebbe protetta non in vista della tutela del soggetto agente, ma di un interesse pubblico ulteriore, coincidente con quello privato, individuato autonomamente dal giudice amministrativo.

E qui, nella ricerca – da parte del giudice - di una presunta coincidenza tra interesse pubblico e privato, risulta ancor più evidente “il dissolvimento della sfera pubblica, i cui tratti autoritativi non sono più nettamente distinguibili”<sup>358</sup> e il fatto

---

conoscere di date controversie, attribuito per una specifica parte a ciascuno dei diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma quel potere che la legge assegna e che è conforme a Costituzione che sia assegnato ai giudici perché risulti attuata nel giudizio la effettività dello stesso ordinamento. Giurisdizione, nella Costituzione, per quanto interessa qui, è termine che va inteso nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi e dunque in un senso che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai diversi giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento. Che ciò sia si desume dalla convergenza di più norme della Costituzione: l'art. 24, primo comma, che guarda ai diritti ed agli interessi, sia come situazioni giuridiche di cui le parti sono titolari sia come oggetto del diritto delle parti di agire in giudizio per la tutela di tali situazioni di interesse sostanziale protette dall'ordinamento; l'art. 113, primo e secondo comma, da cui si trae che la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, contro gli atti della pubblica amministrazione, da un lato è sempre ammessa dinanzi agli organi di giurisdizione amministrativa, dall'altro non può essere limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti; l'art. 111, primo comma, che, mediante i principi del giusto processo e della sua ragionevole durata, esprime quello di effettività della tutela giurisdizionale. Se attiene alla giurisdizione l'interpretazione della norma che l'attribuisce, vi attiene non solo in quanto riparte tra gli ordini di giudici tipi di situazioni soggettive e settori di materia, ma vi attiene pure in quanto descrive da un lato le forme di tutela, che dai giudici si possono impartire per assicurare che la protezione promessa dall'ordinamento risulti realizzata, dall'altro i presupposti del loro esercizio”. Un ulteriore ampliamento del sindacato della **Corte di Cassazione si è avuto con le sentenze delle SS.UU. della Cassazione del 17 febbraio 2012, nn. 2312 e 2313**, con cui sono state cassate le sentenze del Consiglio di Stato, che aveva sostituito la valutazione discrezionale della p.a. sul giudizio di affidabilità dell'aggiudicatario di una gara d'appalto, invadendo il campo riservato alla p.a., seppure nell'esercizio della giurisdizione di merito di ottemperanza.

<sup>358</sup> G. ROMEO, *cit.*



che “l’amministrazione non è dotata di autonomi interessi pubblici da perseguire”<sup>359</sup>.

E’ evidente che la modulazione degli effetti della sentenza di annullamento incontra un limite invalicabile: essa non può essere effettuata attraverso una ponderazione di interessi ed una valutazione sulla tutela dell’interesse pubblico, in quanto funzioni tipicamente riservate all’amministrazione.

Una sentenza di questo genere rischierebbe di violare i limiti esterni della giurisdizione amministrativa e, quindi, potrebbe essere censurata dalla Corte di cassazione per eccesso di potere giurisdizionale, poiché porrebbe in essere un sconfinamento del giudice nell’attività riservata alla pubblica amministrazione a meno che non sia una espressa norma di legge ad attribuirglielo (si vedano gli artt. 121 e 122 c.p.a.)<sup>360</sup>.

E’ stata quindi sottolineata l’importanza di recuperare la “distinzione sul piano sostanziale della sfera pubblica da quella privata, abbandonando l’idea che la (ostinatamente) perseguita parità delle parti (amministrazione e singolo) sul piano processuale, in omaggio all’art. 111 della Costituzione, debba consentire al singolo di acquisire comunque la spettanza che egli rivendica e che solo l’amministrazione, nel suo agire corretto, è chiamata a riconoscere”<sup>361</sup>.

Sarebbe forse auspicabile un intervento chiarificatore della Corte Costituzionale, che, nel solco di quanto già affermato nella sentenza n. 204 del 2004, valorizzasse nuovamente la differenza tra interesse particolare e interesse generale e, quindi, tra

---

<sup>359</sup> G. ROMEO, *cit.* R. GRECO, *cit.*, sottolinea che tale corrente interpretativa “proprio in nome dell’effettività della tutela giurisdizionale – si fa fautrice di una civilizzazione del processo amministrativo, che però comporta il rischio di stravolgerne l’essenza profonda e di metterne in discussione, questa sì, la stessa legittimazione e sopravvivenza nell’ordinamento”. In particolare, tale impostazione (detta neoliberista) “si traduce in una visione del processo amministrativo che ne abbandona od oblitera la tradizionale funzione di controllo della legalità dell’esercizio del potere pubblico, per sposarne una totalmente informata alla logica dell’accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale azionata dal privato e dalla consequenziale attribuzione – per l’appunto – del bene della vita perseguito”: in tal modo “tutto ciò che attiene al controllo statutale ed al momento dell’autorità è visto come parte della burocrazia da abbattere in favore dell’affermazione delle libertà individuali, alle quali soltanto si riconosce la dignità di attore dell’economia e della società” e “la funzione del processo amministrativo è costruita con esclusivo riferimento alla risoluzione di conflitti tra interessi particolari, obliterando la stessa esistenza di quell’interesse generale che si è visto rappresentare il “convitato di pietra” di tale tipologia di giudizio”.

<sup>360</sup> G. ROMEO, *cit.*: “il fatto è che la nuova forma, che la giustizia amministrativa ha assunto sulla base dell’enfasi del primato della giurisdizione, pare infine consolidarsi – per una singolare eterogenesi dei fini – in una sorta di potere amministrativo: un potere che contribuisce a decostruire l’amministrazione, sino a dissolvere il confine tra azione amministrativa e giustizia”.

<sup>361</sup> G. ROMEO, *cit.*

giurisdizione ordinaria e amministrativa, mettendo dei “paletti” che non possono essere superati nemmeno in virtù del perseguimento del principio di effettività.

Eppure, detti paletti sono insiti nella stessa essenza del giudizio amministrativo che, nato per colmare il vuoto di tutela conseguente all'intervento della legge sul contenzioso amministrativo, è volto alla individuazione del punto di equilibrio tra gli interessi privati e l'interesse della collettività<sup>362</sup>. Il suo oggetto non si esaurisce nella situazione giuridico soggettiva fatta valere dal ricorrente, ma è costituito dall'incontro tra interesse individuale e potere pubblico, coinvolgendo molteplici interessi<sup>363</sup>.

Peraltro, lo stesso principio di effettività, che con riguardo al giudizio amministrativo ha assunto il significato di individuare la capacità di attuare una tutela piena e soddisfacente del privato<sup>364</sup>, nella teoria generale del diritto ha un significato diverso, indicando la capacità di un sistema normativo di imporsi alla generalità dei consociati attraverso norme che vengano rispettate<sup>365</sup>.

---

<sup>362</sup> R. GRECO, *cit.*, sottolinea che “fin dalle origini della riflessione teorica che ha portato a quello che è oggi il moderno atteggiarsi della giustizia amministrativa, la dottrina più avveduta ha colto come uno degli ostacoli principali a questo movimento verso l'effettività della tutela fosse il persistere, soprattutto in alcuni settori dell'ordinamento, di ampi margini di discrezionalità attribuiti alla p.a. Ciò che forse non tutti colsero è che tale ostacolo non costituiva un mero “accidente”, rispetto al quale vi fosse solo da porsi il problema dell'individuazione del mezzo migliore per rimuoverlo e, quindi, proseguire tranquillamente il cammino verso una tutela giudiziale sempre più piena ed effettiva: al contrario esso individua un vero e proprio *punctum dolens* dell'intero sistema, intrinsecamente connesso alla natura stessa della giurisdizione amministrativa e della peculiare tipologia di rapporti giuridici di cui questa era chiamata ad occuparsi. In sostanza, per quanto indiscusse e prevalenti potessero essere le esigenze di tutela degli amministrati, per quanto incisivi e penetranti i poteri di intervento attribuiti al giudice, era difficile negare l'esistenza di un “confine” al di là del quale il sindacato giurisdizionale non poteva spingersi: un confine che nel corso del tempo era stato progressivamente spostato in avanti, ma che giammai avrebbe potuto scomparire, ed al di là del quale regnava quello che è stato efficacemente definito il “convitato di pietra” del giudizio amministrativo, ossia l'interesse pubblico col quale devono sempre misurarsi gli interessi azionati dai privati”.

<sup>363</sup> R. GRECO, *cit.* : “il compito del giudice amministrativo non è solo e semplicemente quello di risolvere una controversia fra interessi contrapposti, individuando quello che è destinato a prevalere nel caso concreto, ma quello (efficacemente riassunto nella formula “giustizia nell'amministrazione” contenuta nell'art. 100 cost..) di individuare il punto di equilibrio fra gli interessi azionati dai privati ricorrenti e l'interesse della collettività, a questo non omogeneo né riducibile”. L'A. cita l'art. 7 c.p.a. che, richiamando congiuntamente interesse legittimo e potere amministrativo, testimonia come l'oggetto del processo amministrativo “non è costituito né dalla sola situazione di interesse legittimo azionata dal ricorrente, né dal potere amministrativo in sé considerato, ma dall'incontro fra tali due realtà, fra l'interesse individuale e il potere pubblico: in una semplice formula, dal rapporto giuridico amministrativo”, che chiama in causa “una più articolata e complessa ponderazione degli interessi in gioco, che spesso sono molteplici”.

<sup>364</sup> R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 10 settembre 2010, definisce il principio di effettività come “la capacità del processo di conseguire risultati nella sfera sostanziale, vale a dire di garantire la soddisfazione dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio dal ricorrente il cui ricorso, rivelandosi fondato, sia stato accolto”.

<sup>365</sup> R. GRECO, *cit.*, evidenzia come “il principio di effettività autorizza una diretta emersione delle istanze sociali ed una loro “giuridicazione” *praeter legem*, attraverso il loro riconoscimento da parte degli operatori del diritto e l'elaborazione di strumenti e tecniche per la loro affermazione e la loro tutela”, ma tale attività,

Pertanto, si auspica che attraverso “una rinnovata riflessione sul rapporto amministrativo come oggetto tipico del processo amministrativo”<sup>366</sup> e il mantenimento della “consapevolezza dell’esistenza di un limite ... al di là del quale la pretesa del singolo nei confronti della p.a. non può più essere fatta valere in sede giudiziale”<sup>367</sup> vengano conservati gli elementi di specialità della giurisdizione amministrativa, elementi che giustificano il mantenimento di una giurisdizione la cui nascita ha storicamente “segnato un progresso verso la democratizzazione dello Stato e l’ampliamento della possibilità di tutela dei cittadini”<sup>368</sup>.

---

se compiuta dal giudice, “che è per definizione privo di legittimazione politica”, suscita “delicati interrogativi”, e porterebbe a risultati ancor più discutibili nel caso del giudice amministrativo, che diventerebbe “interprete in prima persona dell’interesse generale e delle sue interferenze con gli interessi individuali”.

<sup>366</sup> R. GRECO, *cit.*

<sup>367</sup> R. GRECO, *cit.*

<sup>368</sup> R. GRECO, *cit.* Si veda V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, III ed., UTET, sottolinea che “l’istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato per la giustizia amministrativa avvenne dunque come risposta ad un domanda di arricchimento di tutela del cittadino per cui non sembra avere serio fondamento la tesi, ancora talvolta riaffiorante, di una giurisdizione minore o di un foro privilegiato diretto a sottrarre al giudice ordinario le controversie di cui sia parte il potere pubblico ed offrire così al cittadino una tutela attenuata”. Infatti “fin dai suoi albori la giustizia amministrativa si era palesata tanto più garantista per il cittadino, da indurre l’amministrazione stessa a provocare la sentenza della Cassazione sul caso *Laurens* per attenuarne la potenzialità”.

## INDICE

### INTRODUZIONE

#### CAP. I

##### **La valorizzazione della funzione conformativa del giudicato di annullamento: l'art. 21-*octies* della l. 241/90**

1. L'art. 21-*octies* e la sua natura;
2. La tesi della natura sostanziale;
3. La tesi della natura processuale;
4. L'onere probatorio.

#### CAP. II

##### **La previsione dell'art. 34, comma 3, del codice del processo amministrativo**

1. L'art. 34, comma 3, c.p.a.;
2. L'orientamento restrittivo;
3. L'orientamento estensivo;
4. La tutela risarcitoria nei casi in cui l'atto non viene annullato ai sensi dell'art. 21-*octies* l. 241/90 e dell'art. 34 c. 3 c.p.a.

#### CAP. III

##### **La modulazione degli effetti dell'annullamento giurisdizionale a garanzia del principio di effettività della tutela nella giurisprudenza amministrativa**

1. Recenti tendenze giurisprudenziali;
2. La recente giurisprudenza del Consiglio di Stato;
3. La giurisprudenza di primo grado;

4. Un confronto tra le sentenze del Consiglio di Stato e quelle del TAR Abruzzo;
5. L'annullamento retroattivo come sanzione per l'inadempimento da parte dell'amministrazione dell'obbligo di conformarsi statuito in sentenza: un passo in avanti verso l'effettività della tutela?;
6. La giurisprudenza di primo grado più recente.

#### **CAP. IV**

##### **La modulazione degli effetti dell'annullamento giurisdizionale nel rapporto tra ricorso principale e incidentale**

1. Breve introduzione sulla questione del rapporto tra ricorso principale e incidentale;
2. La portata non retroattiva dell'annullamento giurisdizionale degli atti di gara che consegue al ricorso incidentale: la soluzione del T.A.R. Lazio, sentenza 13 luglio 2012, n. 6418;
3. L'evoluzione successiva della giurisprudenza.

#### **CAP. V**

##### **Il potere di condanna del Giudice all'adozione del provvedimento di acquisizione sanante a fronte di una domanda di risarcimento del danno**

1. Dall'occupazione acquisitiva all'art. 42-bis t.u. espropri: brevi cenni;
2. L'azione di condanna all'emanazione del provvedimento di cui all'art. 42-bis t.u. espropri.

## **CAP. VI**

### **Atipicità della tutela e critiche della dottrina**

1. L'atipicità delle azioni in astratto e in concreto;
2. Critiche della dottrina: la tutela piena ed effettiva deve essere assicurata secondo le regole del processo amministrativo;
3. La modulazione degli effetti dell'annullamento in autotutela;
4. L'annullamento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia;
5. Il richiamo agli articoli 121 e 122 c.p.a.;
6. La non configurabilità di una giurisdizione in senso oggettivo;
7. La tipicità dell'azione di annullamento;
8. Conversione dell'azione e principio della domanda;
9. La maggiore utilità dell'azione di adempimento.

## **CONCLUSIONI**