

## Prefazione

di *Carlo Marzuoli*

1. Il problema di una piena tutela delle persone nell'ambito delle vicende che investono il potere amministrativo e l'interesse pubblico, oppure, e sempre più spesso, il potere amministrativo e direttamente anche gli interessi di altri soggetti (nonché, in certi casi, a ben vedere, nella sostanza, solo interessi di altri soggetti) presenta nel nostro Paese tratti particolari. Ciò in ragione dell'origine della giustizia amministrativa, incardinata su una duplice giurisdizione, nata in momenti successivi, ancorata a denominazioni indeterminate (il "diritto civile o politico", l' "interesse d'individui o di enti morali e giuridici", agli inizi, e i "diritti e interessi legittimi", i "diritti soggettivi", poi), e di un itinerario che si è svolto, negli ultimi cento anni, in un contesto di radicali mutamenti politico-costituzionali: dal Regno e dallo Statuto, al Regno e allo Statuto con la dittatura, alla Repubblica e alla Costituzione democratica, infine all'Unione europea che ha inserito il sistema nazionale in modo operativo in un ambiente più vasto e in una più varia trama di legami, rapporti, esigenze, esperienze.

Le rappresentazioni del diritto amministrativo (del diritto pubblico in generale) e l'affinamento dei suoi attrezzi (concetti, principi, norme) risentono dello spessore della loro storia. Di qui un continuo bisogno di saggiare, nella teoria e nella prassi, la corrispondenza tra ciò che viene dal passato e ciò che si vive nel presente e si immagina per il futuro. A questo punto, però, tutto diviene più mobile e relativo: quel che sta prima finisce per essere condizionato da quel che sta dopo, il principio dal dettaglio, l'uno e l'altro dalla serie dei gradini intermedi (da un lato esplicativo-attuativi di quello superiore e da un altro impositivi di una loro esplicazione-attuazione), l'astratto dal concreto, la sostanza dal processo, e così via, in un susseguirsi di inversioni di ruoli e di circolarità, che sono parziali e provvisorie ma essenziali.

2. L'iniziativa da cui scaturiscono questi studi riguarda il rapporto fra la configurazione di un sistema, con i suoi assunti di base e i suoi preconcetti, e le novità legislative. L'obiettivo è valutare se gli istituti processuali disegnati dal codice del processo amministrativo, considerati di per sé e nella logica del testo che li ha introdotti, contengano in punto di oggetto del processo elementi tali da au-

torizzare interpretazioni non più corrispondenti a quelle che si possono o si debbono dare a partire dal quadro della tradizione: in definitiva, se si può sin da ora proporre un assetto dichiaratamente diverso o comunque se vi sono elementi, nel frattempo, che lo rendono tale, nei fatti, pezzo dopo pezzo. L'interrogativo, già tema di dibattito, specie da quando è entrato in vigore il Codice, è stato proposto in modo centrale e diretto.

Nei saggi pubblicati si troveranno trattati molti capitoli, tutti rilevanti e significativi sia in sé sia perché progettati e raccolti, insieme a contributi di tipo generale di studiosi del processo civile, in un unico contesto: tipicità o atipicità o pluralità delle azioni; atto introduttivo; legittimazione; interesse a ricorrere; istruttoria; cognizione del fatto; presenza o assenza in giudizio della parte amministrazione; satisfattività della decisione e giudicato; evoluzione del processo amministrativo; potere sostanziale e sistema delle tutele; il giudice, speciale o specializzato.

3. Sui singoli temi e sugli aspetti concernenti il processo il lettore troverà analisi puntuali e argomentate che potranno consentire di conoscere la direzione verso cui depongono le diverse impostazioni, argomento per argomento. Qui si vorrebbe solo richiamare l'attenzione su quello che a chi ha organizzato l'incontro di studio appariva un ulteriore, possibile e auspicato risultato: un "effetto di ritorno" sull'oggetto del giudizio e su ciò a cui esso rinvia, la situazione soggettiva, il rapporto fra cittadino e amministrazione. Se ne troveranno - credo - più di uno di quegli effetti.

Quando si vedranno le pagine impegnate nella comparazione fra potere unilaterale pubblico e potere unilaterale privato (o diritto potestativo) si potrà constatare che l'elemento comune dell'unilateralità sopravanza nettamente il ruolo dell'elemento differenziale normalmente addotto, l'autoritatività. Ma, soprattutto, si potrà notare che, al di là delle diversità sintetizzate nel richiamo al fine (e all'interesse), pubblico o privato, vengono in realtà in evidenza ipotesi in cui caratteri ascritti all'uno e all'altro potere si combinano in modo vario, a seconda che si tratti di un potere in ambito societario o di un licenziamento, di un'espropriazione o di un piano urbanistico, di un atto unilaterale a effetto predeterminato, come il licenziamento, o invece della delibera assembleare che deve non solo apprezzare e valutare presupposti ma pure scegliere fra vari possibili effetti. La situazione si spiega con i caratteri propri dei fenomeni da regolare e con le esigenze da soddisfare come interpretate e modellate dal pertinente diritto positivo piuttosto che in via deduttiva a partire da pregiudiziali costrutti sulla natura (pubblica o privata) del potere volta a volta esercitato. Ci si imbatte così in ciò che sovrapposizioni fra piano sostanziale e piano processuale si danno anche nel diritto privato, che certe soluzioni legislative possono giustificarsi in termini di diritto sostanziale e non processuale (è il caso - si segnala - dell'art. 2504-*quater* c.c.), che in certi settori vi sono procedure (di solito, quando si tratta di organiz-

zazioni, a cominciare da quella societaria), che avvicinano quei privati più ai modelli di azione del pubblico che del privato, che certi rimedi sono dettati (sempre in ambito societario) in vista di un'oggettiva garanzia di legalità piuttosto che nell'interesse dell'appartenente al gruppo, che il principio del dedotto e deducibile è compatibile con una decisione che riguarda l'esercizio di un potere unilaterale. Infine, si troverà sottolineato che – oggi – a dare significatività e utilità alla figura dell'interesse legittimo è il processo, nella sua versione positiva (quel processo, con le sue particolarità), in quella parte in cui realizza un punto di equilibrio dell'intero sistema (nel suo livello più profondo, dove si fondono sostanza e processo) fra bisogno di garanzia del cittadino e esigenza di garanzia della funzione amministrativa.

4. Quanto richiamato, naturalmente, è condivisibile, criticabile, integrabile in tutto o in parte. Un dato, però, si può abbastanza ragionevolmente ricavare dalle diverse e plurime voci: contenuti e modi della discussione sono differenti da quelli di un tempo. Le parole sono quelle di sempre, “potere”, “diritti soggettivi”, “interessi legittimi”, ma sono cambiati ruoli e significati. Il confronto non è più fra identità impossibili; è più analitico, attento alla varietà dei fenomeni e delle norme, consapevole dello spazio da lasciare (nei limiti consentibili) al legislatore affinché possa individuare soluzioni commisurate ai tempi; i costrutti di base (la situazione soggettiva e il potere unilaterale, oppure, a rovescio, il potere unilaterale e la situazione soggettiva), quando si riporta l'attenzione sulla linea di partenza, possono avere tratti comuni al pubblico e al privato a certi effetti e insieme risultare compatibili, ad altri livelli e ad altri effetti, con diversità di specie, da considerare e da affrontare come tali. È, o può essere, un modo per evitare che un interesse meritevole di tutela (giurisdizionale) rimanga insoddisfatto o rimanga addirittura al di fuori, nonostante due porte (il diritto, l'interesse) e due giurisdizioni, sol perché intestabile a molti.



## Le ragioni di una riflessione

di Chiara Cudia

Le ragioni che hanno condotto a questo incontro sono due: una “di squadra”, un'altra più “egoistica”.

La prima risale allo scorso anno, quando Simone Torricelli ha organizzato una interessante iniziativa sull'eccesso di potere e, dopo la pubblicazione degli atti del convegno, è emersa la volontà di replicare quell'esperienza.

Non è dato sapere quanti passi ci vorranno per trasformare piano piano un episodio in consuetudine, ma, intanto, sono molto lieta di avere contribuito a organizzare questo passo numero due.

La seconda ragione è più egoistica o – meglio – scientificamente egoistica.

Dialogando con gli studenti (per i quali questo colloquio è stato originariamente pensato) è emersa più volte una tensione tra l'immagine statica e tradizionale del processo amministrativo, la configurazione di quel processo come risulta da una lettura più dinamica ed evolutiva delle disposizioni del Codice del processo amministrativo, e la rappresentazione di una serie di istituti processuali concreti.

Nel corso degli ultimi decenni, in effetti, la fisionomia del processo amministrativo è progressivamente mutata<sup>1</sup>.

La produzione giurisprudenziale e – soprattutto – legislativa hanno conformato pressoché tutte le fasi di quel processo alle esigenze di una tutela piena (pur compatibilmente con gli spazi riservati all'amministrazione) ed effettiva, e questo sia attraverso una serie di istituti specifici (si pensi alla *translatio iudicii*, alla emancipazione – perlomeno formale – della tutela risarcitoria dalla pregiudizialità, alle modalità di consolidamento del giudicato amministrativo), sia improntandolo a un canone di tendenziale atipicità che investe le misure cautelari, i mezzi istruttori, i poteri del giudice dell'ottemperanza e, prima di tutto, le azioni esperibili.

La menzionata atipicità, nelle sue diverse declinazioni, ha rafforzato il modello soggettivistico di tutela già canonizzato dalla Carta costituzionale: al centro del processo si pone la satisfattività della tutela *per* le situazioni giuridiche soggettive del ricorrente.

---

<sup>1</sup> Si vedano le riflessioni di C. MARZUOLI, *Prefazione*, in apertura di questo volume.

Sono almeno due gli elementi rilevanti di questa metamorfosi.

Innanzitutto, la centralità del principio dispositivo: spetta al ricorrente l'individuazione dell'oggetto del giudizio, con riferimento alla *causa petendi* (la situazione giuridica soggettiva fatta valere) e al *petitum* (la richiesta al giudice di provvedere di conseguenza). Questo profilo evidenzia di per sé come il giudice sia chiamato a pronunciarsi non sempre, non tanto o non solo sulla legittimità in sé dell'episodio di esercizio del potere, ma sulla fondatezza delle ragioni sostenute dal ricorrente.

In secondo luogo, e soprattutto, la pluralità di azioni esperibili<sup>2</sup>: per il fatto stesso di essere possibile, la "frammentazione" del *petitum* pone al centro del processo amministrativo l'accertamento della fondatezza delle pretese della parte, delle quali si viene a chiedere la soddisfazione per equivalente (azione risarcitoria), piena in relazione al cd. bene della vita agognato dal ricorrente (azione di condanna nei casi di attività vincolata in astratto o in concreto), oppure calibrata sulle regole che l'amministrazione ha violato (azione di annullamento nei casi di attività discrezionale).

In particolare, l'esito che precedentemente poteva essere ottenuto soltanto attraverso l'effetto conformativo prodotto dalla sentenza di annullamento, oggi può essere raggiunto (ove la fattispecie sia interamente definita) attraverso l'azione di condanna all'adozione di un provvedimento.

È chiaro, quindi, che nei casi di "patologie amministrative" il risultato utile per il ricorrente può essere conseguito a prescindere dall'intervento dell'amministrazione: ciò può avvenire immediatamente (cioè in fase di cognizione) nei casi di attività vincolata, oppure a partire da un certo momento (agganciato alla fase di esecuzione della sentenza) negli altri casi.

Certo, è decisivo (e in qualche modo preliminare) il contenuto della posizione soggettiva di cui si invoca la tutela, contenuto che le disposizioni del Codice del processo amministrativo in ultima analisi ancorano ai caratteri del potere amministrativo (vincolato o discrezionale).

In ogni caso, però, partire dall'azione rende più facile inquadrare la situazione sostanziale e assicurare a quest'ultima la "più effettiva" delle tutele possibili. La pluralità delle azioni, insomma, disvela un universo nel quale la tutela è sempre piena, proprio perché assume contenuti diversi che sono sempre adeguati, corrispondono, alla specifica sostanza delle posizioni azionate.

Questa rinnovata attenzione per l'effettività della tutela, tuttavia, non pare sia stata accompagnata da un corrispondente ripensamento di alcuni istituti processuali puntuali (e comunque decisivi), cosicché, nelle prospettazioni della giurisprudenza amministrativa, alcune definizioni tradizionali continuano a essere

---

<sup>2</sup> Per una visione di insieme, si veda il saggio di A. TRAVI, *Il sistema delle azioni delineato dal codice del processo amministrativo*. Sul principio di atipicità di veda il contributo di A. DE SIANO, *Atipicità dei poteri del g.a. e domanda di parte*.

prefigurate in modo monolitico e unitario a dispetto della menzionata atipicità (o pluralità) delle azioni.

In altri termini, una serie di istituti processuali è stata privata di una autonoma elaborazione, la quale continua viceversa a essere condizionata dalla impostazione con la quale sono stati storicamente affrontati alcuni grandi temi (e problemi) del diritto amministrativo: la natura del giudizio amministrativo come giurisdizione di tipo oggettivo o soggettivo, l'individuazione dell'oggetto del processo amministrativo, la definizione dell'interesse legittimo e della sua natura sostanziale, strumentale o meramente processuale.

In tale contesto, l'evoluzione del processo amministrativo e il suo avvicinamento alla struttura del processo civile (che ha reso davvero preziosissima la partecipazione dei processualciviliisti all'incontro<sup>3</sup>) rendono necessaria una operazione di "pulizia concettuale".

Si pensi innanzitutto all'atto introduttivo del giudizio amministrativo: una volta che l'azione costitutiva di annullamento ha perduto il suo ruolo da "monopolista" e che il processo amministrativo non è sempre e solo processo sull'atto (o sulla legittimità dell'atto), è possibile sostenere che il ricorso, al di là della forma esteriore, abbia il significato dell'atto di citazione? Profilo che a sua volta non ha un rilievo meramente formale, ma può avere una serie di ricadute che vengono a toccare, tra le altre cose, il complessivo ruolo dell'amministrazione nel processo, la questione della disponibilità dell'ordine di esame dei motivi da parte del ricorrente e il connesso problema dell'assorbimento dei motivi<sup>4</sup>.

Vengono in esame, poi, le condizioni dell'azione.

La legittimazione a ricorrere continua tendenzialmente a essere dipinta come effettiva titolarità della situazione soggettiva azionata (anziché come mera affermazione, analogamente a quanto accade nel processo civile). Sembra, però, che questa concezione possa funzionare in modo adeguato solo (e forse non necessariamente) in un sistema di tutela centrato sull'azione costitutiva di annullamento, mentre non risulti ugualmente appagante in un sistema caratterizzato da una pluralità di azioni esperibili: se si ammette che il giudice possa pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza, la posizione soggettiva fatta valere in fase preliminare può solo essere affermata e non dimostrata nella sua effettiva consistenza, che spesso potrà emergere solo a seguito del processo<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Si vedano le riflessioni di A. PROTO PISANI, *Risposte possibili e ragionevoli alla progressiva estensione ai diritti della giustizia amministrativa*, I. PAGNI, *L'evoluzione del processo amministrativo. Considerazioni di un processualciviliista*, e di S. MENCHINI, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*.

<sup>4</sup> Cfr. la relazione di M. RAMAJOLI, *L'atto introduttivo del giudizio amministrativo tra forma e contenuto*, e l'intervento di F. ORSO, *Il ricorso al giudice amministrativo tra l'irrelevanza della forma dell'atto introduttivo e la difesa di un modello processuale*.

<sup>5</sup> Si leggano i lavori di F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, e di S.

Similmente, il percorso di rimeditazione dovrebbe toccare anche l'interesse a ricorrere: da un lato, per la ragione (più volte sottolineata) che le utilità ottenibili in fase di cognizione non si esauriscono nella eliminazione del provvedimento illegittimo, e, dall'altro, perché il significato e lo spazio dell'interesse a ricorrere sono legati a doppio filo con il modo di intendere la concezione soggettivistica del processo e i contenuti stessi ("più o meno" strumentali o finali) dell'interesse azionato<sup>6</sup>.

Sembra necessario, in altri termini, rompere la circolarità tra condizioni dell'azione e interesse legittimo, collocando ciascuno nella dimensione (processuale o sostanziale) che gli è propria, con la consapevolezza che questa operazione potrebbe consentire anche di reagire alle difficoltà di metabolizzare all'interno del processo amministrativo la crisi di identità dell'interesse legittimo in confronto con il diritto soggettivo e, altresì, di chiarire meglio lo scarto esistente tra interessi giuridicamente rilevanti e interessi di fatto.

Anche la disciplina dell'istruttoria pone una serie di interrogativi. Da un lato, con riguardo al complessivo modello processuale delineato dal legislatore, è decisivo individuare quale sia il punto di equilibrio tra principio dispositivo, metodo acquisitivo e principio della disponibilità (o prossimità) della prova<sup>7</sup>. Dall'altro, con riguardo ai mezzi istruttori, è opportuno verificare in quali termini l'ampliamento dei mezzi di prova e dell'accesso al fatto corrisponda all'allargamento dell'oggetto del giudizio<sup>8</sup>.

Un'ulteriore linea di riflessione attiene alla capacità della sentenza del giudice amministrativo di chiudere la vicenda sul piano sostanziale<sup>9</sup> con riferimento alla possibile, successiva, attività dell'amministrazione: tema che si articola diversamente a seconda del carattere vincolato o discrezionale del potere, di quanto si ritenga "consumabile" la discrezionalità in sede procedimentale o processuale, degli effetti preclusivi che si intendano riconoscere al giudicato.

Infine, il giudizio di ottemperanza. Al di là della sua disciplina positiva, una serie di *sub*-istituti specifici (si pensi al *one shot*) e le diverse configurazioni che può assumere il rapporto tra tipo di azione esperita e ottemperanza alla sentenza, avvalorano l'immagine di un processo che "prima o poi" garantisce una tutela piena al ricorrente: prima o poi (nella fase della cognizione o della esecuzione), come accennato, in ragione dei caratteri dell'attività amministrativa. E que-

---

MIRATE, *La legittimazione a ricorrere vista "dal basso": dall'analisi delle posizioni legittimanti alla definizione unitaria di condizione dell'azione processuale amministrativa*.

<sup>6</sup> Sul tema, cfr. lo scritto di S. TORRICELLI, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*.

<sup>7</sup> Si veda il saggio di G. MANFREDI, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo*.

<sup>8</sup> Cfr. lo scritto di G. D'ANGELO, *Processo amministrativo e indispensabilità dei mezzi istruttori*.

<sup>9</sup> Si veda il lavoro di M. CARRÀ, *La satisfattività della sentenza amministrativa e pienezza della tutela tra innovazione e tradizione*.



sti aspetti, a loro volta, inducono a riconsiderare la doppia anima dell'ottemperanza, da sempre sospesa tra cognizione ed esecuzione.

In definitiva, da più punti di vista è forte l'esigenza di verificare la tenuta delle definizioni di alcuni istituti processuali alla luce delle innovazioni introdotte dal Codice del processo amministrativo, poiché sembra che la resistenza di alcune concezioni tradizionali contrasti con i risultati prodotti dal Codice stesso rispetto all'attuazione del principio di effettività e alla edificazione di un modello soggettivistico di tutela<sup>10</sup>.

Per converso, potrebbe anche darsi che proprio l'analisi di alcuni istituti puntuali abbia un effetto "di ritorno" e faciliti a sua volta la riflessione sull'oggetto del processo amministrativo e dei suoi caratteri.

La ragione "egoistica" del colloquio è stata proprio questa: girare questi interrogativi ai Relatori, che ringrazio moltissimo per avere partecipato all'incontro e a questo volume.

---

<sup>10</sup> Si vedano le considerazioni di L. FERRARA, *Conclusioni*.



# Il sistema delle azioni delineato dal Codice del processo amministrativo

di Aldo Travi

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le azioni a tutela dei diritti. – 3. Le azioni a tutela degli interessi legittimi. – 4. *Segue*. La conformazione delle azioni a limiti generali. – 5. *Segue*. La concezione del potere dell'amministrazione. – 6. I margini per un'azione di accertamento.

## 1. Premessa

Il sistema delle azioni delineato dal codice, in un incontro dedicato all'oggetto del giudizio amministrativo, può assumere rilievo da vari punti di vista. Un punto di vista importante, sollecitato dal riferimento all'oggetto del giudizio amministrativo, può senz'altro essere rappresentato dal dibattito sull'oggetto del processo e sui suoi svolgimenti rispetto al processo amministrativo<sup>1</sup>. Questo dibattito, a sua volta, ha avuto sviluppi particolari rispetto all'azione costitutiva<sup>2</sup>, che è tuttora al centro del processo amministrativo, e più in generale rispetto alle c.d. azioni di impugnativa<sup>3</sup>. Si tratta di sviluppi ben noti, rispetto ai quali, a ben vedere, il codice del 2010 non ha aggiunto molto.

---

<sup>1</sup> Rispetto al processo amministrativo costituisce tuttora un riferimento centrale il contributo di R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, p. 405 ss.

<sup>2</sup> Cfr., per tutti, C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970; A. CERINO CANOVA, *La domanda, giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario Allorio*, II, 1, Torino, 1980, p. 3 ss., spec. p. 151 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, p. 158 ss., 173 ss.; A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, p. 25 ss. e p. 221 ss.

<sup>3</sup> Mi riferisco, in particolare, ai dibattiti avviati in dottrina da I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, Milano, 1998, e in giurisprudenza da Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Foro it.*, 2015, I, p. 862, con note di S. MENCHINI, A. PALMIERI, R. PARDOLESI, A. PROTO PISANI, e in *Giur. it.*, 2015, p. 71 con nota di I. PAGNI. Gli interventi hanno riguardato spesso anche profili diversi da quelli propri dell'azione costitutiva, ma l'azione costitutiva è sempre rimasta al centro delle considerazioni, magari nella prospettiva di una riduzione della sua portata (come emerge dalle tesi di I. PAGNI) o di una rivisitazione dei suoi caratteri (come emerge dal ridimensionamento della figura del diritto potestativo nelle azioni costitutive, nell'indirizzo più recente della Cassazione).

Il riferimento specifico al codice induce invece a concentrare l'attenzione su un profilo diverso, spesso impropriamente confuso con l'oggetto del processo, ma certamente con significative relazioni con esso, e cioè sul profilo rappresentato dalla concezione che dal codice si ricava della relazione fra cittadino e amministrazione. Questa concezione è decisiva per il processo ma, a ben vedere, prima ancora, per il diritto sostanziale<sup>4</sup>. Induce a considerare, più ancora che l'assetto specifico delle azioni, tutto quanto dalla loro disciplina si può ricavare rispetto ai temi di fondo delle situazioni soggettive e della loro tutela.

In questo senso è certamente significativo il dibattito sulla tipicità delle azioni, che ha accompagnato l'entrata in vigore del codice fino al primo correttivo del 2011<sup>5</sup> e che periodicamente viene rinfocolato da nuove proposte della giurisprudenza<sup>6</sup>. Assumono rilievo, però, anche altri aspetti che rispecchiano i caratteri della tutela giurisdizionale espressi nella disciplina del codice.

---

<sup>4</sup>La giustizia amministrativa vive infatti di questa continuità fra diritto sostanziale e rimedi processuali. È una continuità che non attua solo un canone generale di effettività, in base al quale ciò che è riconosciuto sul piano sostanziale deve essere garantito nel processo (su cui cfr. per tutti A. PROTO PISANI, *I rapporti fra diritto sostanziale e processo*, oggi in *I diritti e le tutele*, Napoli, 2008, p. 1 ss.), ma esprime una tradizione culturale del diritto amministrativo che dal processo e nel processo ha ricavato anche le regole fondamentali di ordine sostanziale. Dell'attualità di questa tradizione si cercherà di dare conferma anche nel presente intervento.

<sup>5</sup>Per questo dibattito cfr. in particolare S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 913 ss.; B. SASSANI, *Arbor actionum – L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1356 ss.; E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 457 ss.; F. MERUSI, M.P. PIACENTINI, F. SAITTA, *La sistematica delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010; M. CLARICH, *Le azioni*, in *Il nuovo codice del processo amministrativo (commento al d.leg. 2 luglio 2010 n. 104)*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, p. 1117 ss.; L. TORCHIA, *Le nuove pronunce e l'ambito di decisione del giudice*, in AA.VV., *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Atti del LVI Convegno di Varenna, Milano, 2011, p. 337 ss.; A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, *ivi*, p. 75 ss. Nel dibattito era centrale, come è noto, la possibilità di ammettere in via generale di un'azione di adempimento, che il testo originario del codice aveva contemplato solo per il giudizio sul silenzio e di cui era stata già propugnata precedentemente l'introduzione (per le proposte precedenti al codice, cfr. M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 557 ss.).

L'azione di adempimento, in termini generali, venne poi espressamente riconosciuta dal c.d. primo decreto correttivo al codice (d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195). Nonostante l'intervento legislativo, che ha superato uno dei profili più controversi, il dibattito svoltosi subito dopo l'entrata in vigore del codice conserva interesse, non solo per le più recenti proposte giurisprudenziali di ammettere azioni 'atipiche' (o asseritamente tali) nel processo amministrativo, ma anche per il tema di fondo, rappresentato dal rapporto fra la disciplina positiva (la 'legge' – cfr. art. 111, co. 1, Cost.) e l'assetto effettivo del processo amministrativo. È rispetto a questo tema che deve confrontarsi, a mio parere, ogni riflessione sulla c.d. atipicità delle azioni nel processo amministrativo.

<sup>6</sup>A queste proposte si farà riferimento nell'ultima parte del presente contributo.

## 2. Le azioni a tutela dei diritti

A mio avviso la concezione generale fondata sulla contrapposizione fra diritti soggettivi e interessi legittimi risulta sempre meno convincente. Risulta sempre meno convincente soprattutto per la debolezza del secondo dei due termini di confronto, l'interesse legittimo appunto, come è testimoniato dalla difficoltà che si riscontra ogni volta che si cerca di contrapporlo al diritto soggettivo e si abbia piena consapevolezza della varietà di tipologia, contenuto e struttura dei diritti soggettivi<sup>7</sup>. Tuttavia nell'impianto complessivo del codice del processo amministrativo, in termini ancora più forti di quanto non emerga dalle singole disposizioni dedicate specificamente alle azioni, il sistema delle azioni risulta oggi ispirato proprio alla distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi. Questa distinzione non risulta semplicemente recepita, ma, come cercherò di spiegare, appare precisata e sviluppata, e di ciò si deve senz'altro prendere atto.

Nel processo amministrativo sui diritti, dopo il codice del 2010, sembra riconosciuta finalmente la praticabilità, almeno in linea di principio, di tutte le azioni esperibili nel processo civile di cognizione. La giurisprudenza amministrativa ha applicato questo criterio in varie occasioni dopo il codice del 2010. Per esempio lo ha applicato quando ha riconosciuto l'esperibilità dell'azione di condanna nei confronti del soggetto (pubblico o privato) che non avesse adempiuto ad un'obbligazione prevista in un accordo pubblico<sup>8</sup>. Lo ha applicato quando ha pronunciato sentenze che producono gli effetti del contratto definitivo, ai sensi dell'art. 2932 c.c., nei confronti del privato che non avesse adempiuto all'obbligo di cedere delle aree in esecuzione di una convenzione urbanistica<sup>9</sup>.

Ciò non significa che rispetto alla tutela dei diritti avanti al giudice amministrativo sia superata ogni incertezza: incertezze permangono ancora e le acroba-

---

<sup>7</sup> Di recente il tentativo di riproporre l'autonomia dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo è stato prospettato da F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017. In merito alle posizioni espresse in questo volume, mi permetto di rinviare alla mia recensione in *Dir. pubbl.*, 2017, p. 945 ss.

Per i caratteri del diritto soggettivo, in una prospettiva di confronto con l'interesse legittimo, cfr. A. NICOLUSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico – Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Europa e dir. privato*, 2014, p. 1191 ss.

<sup>8</sup> Cfr., da ultimo, TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 6 settembre 2019, n. 795. Nel senso che, in questi casi, sia indifferente che l'azione avanti al giudice amministrativo venga proposta dal privato nei confronti dell'amministrazione o invece dall'amministrazione nei confronti di un privato, cfr. Corte cost. 15 luglio 2016, n. 179, in *Foro it.*, 2016, I, p. 3047.

Per un analogo orientamento già prima del codice: cfr. TAR Toscana, sez. I, 16 settembre 2009, n. 1446.

<sup>9</sup> Cons. Stato, sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4278, in *Riv. giur. edilizia*, 2014, I, p. 1201, con nota di E. ZAMPETTI; cfr. anche Cons. Stato, ad. plen., 20 luglio 2012, n. 28, in *Riv. giur. edilizia* 2012, I, p. 657.

zie di certa giurisprudenza per ammettere nel processo amministrativo i mezzi di istruzione preventiva o le azioni possessorie risultano indicative<sup>10</sup>. Rispetto alla tutela dei diritti soggettivi, le cui modalità sono definite nel processo civile, per quanto sia ormai tracciata nel codice del processo amministrativo una direttrice di ampia condivisione di modelli e istituti, la sovrapposizione non è piena e si riscontrano ancora lacune importanti, nel processo<sup>11</sup> e in contiguità col processo: si pensi, in proposito, alla soluzione negativa che oggi viene frequentemente data alla possibilità di trascrivere nei registri immobiliari il ricorso al giudice amministrativo e a tutti i problemi che la mancanza di una pubblicità legale della domanda giudiziale comporta, in particolare per i terzi.

Pur con queste riserve, sembra comunque ormai acquisita, in linea di principio, la conclusione secondo cui la tutela dei diritti soggettivi devoluta al giudice amministrativo nei casi di giurisdizione esclusiva deve offrire le stesse opportunità ammesse davanti al giudice civile: di conseguenza, sempre in linea di principio, devono ritenersi ammesse tutte le azioni che la parte ritenga opportuno esperire per affermare la sua pretesa. È significativo piuttosto che una tale conclusione trovi sostegno, più ancora che nelle disposizioni specifiche del codice sulle azioni (cfr. in particolare gli artt. 30 ss. e l'art. 34), nel principio di effettività della tutela riflesso in termini molto generali nell'art. 1 del codice.

Rispetto all'assetto riscontrabile per i diritti, la tutela degli interessi legittimi conserva invece un carattere peculiare. In questo ambito, infatti, il sistema delle azioni va ricostruito in base alla circostanza che la pretesa del cittadino si confronta col potere amministrativo. Assume rilievo, così, una nozione (quella di 'potere amministrativo') tutt'altro che chiara e definita nei suoi contenuti e nel suo perimetro, anche se la stessa Corte costituzionale, forse per la mancanza di alternative praticabili, ha cercato di rivitalizzarla a partire dalla nota sentenza n. 204/2004<sup>12</sup>. Il potere amministrativo, secondo la concezione alla quale anche la Corte costituzionale ha sembrato aderire, è innanzi tutto potere giuridico, ma nello stesso tempo presenterebbe anche una componente in più, riconducibile direttamente a una norma che lo renderebbe 'diverso' da ogni altro potere giuridico.

---

<sup>10</sup> Il tema è stato affrontato dalla giurisprudenza con riferimento particolare all'accertamento tecnico preventivo. Il fondamento della sua ammissibilità è stato ricavato talvolta dal contenuto atipico delle misure cautelari nel codice del 2010 (così TAR Veneto, sez. II, ord. 13 febbraio 2014, n. 185; TAR Lazio, sez. II, 2 ottobre 2013, n. 8558; TAR Lazio, sez. I, 22 aprile 2013, n. 4005), talvolta dal riferimento nel codice ai mezzi di prova ammessi nel processo civile (così Cons. Stato, sez. IV, 27 ottobre 2011, n. 5769). Per l'esperibilità di azioni possessorie nel processo amministrativo, cfr. TAR Campania, sez. V, 20 maggio 2013, n. 2578.

<sup>11</sup> Si pensi ai problemi tuttora riscontrabili rispetto alla ammissibilità, avanti al giudice amministrativo, di azioni inibitorie o di sequestri giudiziari.

<sup>12</sup> Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204, in *Foro it.*, 2004, I, p. 2594.

### 3. Le azioni a tutela degli interessi legittimi

L'attenzione per il sistema delle azioni va dunque concentrata su quella che viene designata tradizionalmente come tutela degli interessi legittimi e che corrisponde al nucleo originario ed essenziale della giurisdizione amministrativa. Ragionare su questo ambito di tutela è comunque arduo, perché, pur prescindendo dalla difficoltà di una definizione generale di interesse legittimo, anche sul piano della tutela emerge la varietà delle situazioni che corrispondono concretamente a ciò che viene designato come interesse legittimo.

Da questo punto di vista è esemplare il mutamento di prospettiva che ha accompagnato l'affermazione del risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi e di cui ancora oggi si affrontano le implicazioni sia sul piano pratico che su quello sistematico. Fino alla pronuncia della Cassazione del 1999 erano sottolineate le analogie soprattutto fra i c.d. interessi oppositivi e i diritti, sviluppate in particolare dalla giurisprudenza in materia di espropriazione e poi anche in materia edilizia<sup>13</sup>; oggi, invece, è frequente l'accostamento dei c.d. interessi pre-tensivi ai diritti (diritti di credito), come emerge, per esempio, nelle soluzioni accolte per il contenzioso sui contratti pubblici.

L'aggiudicazione di una gara d'appalto non equivale ad accettazione dell'offerta, proclama l'art. 32 del nuovo codice dei contratti pubblici (confermando peraltro una regola sancita già dal codice del 2006), e pertanto un rapporto contrattuale sorge solo con la stipula del contratto; prima di allora, si afferma che vi sarebbe spazio solo per interessi legittimi. Tuttavia il giudice amministrativo può "*accogliere la domanda di conseguire il contratto*" (così prevede l'art. 124 c.p.a.); inoltre, elemento forse ancora più significativo, il giudice amministrativo, se si pronuncia sul risarcimento dei danni applica oggi i principi sulla responsabilità contrattuale<sup>14</sup>. E queste singolarità non si possono omologare invocando la circostanza che si tratti di giurisdizione esclusiva, o affermando che il giudice am-

---

<sup>13</sup> Questo orientamento era testimoniato nell'ampia giurisprudenza civile che, fino alla sentenza n. 500/1999, ammetteva il risarcimento dei danni subiti dal proprietario nel caso in cui il suo fondo fosse stato espropriato illegittimamente dall'amministrazione e il decreto di esproprio fosse stato annullato dal giudice amministrativo (cfr. Cass., sez. un., 30 giugno 1989, n. 3170; Cass., sez. I, 28 luglio 1997, n. 7036; Cass., sez. I, 2 luglio 1998, n. 6465). Era testimoniato, inoltre, nella giurisprudenza civile maturata negli anni Ottanta del secolo scorso, che ammetteva il risarcimento dei danni subiti dal privato nel caso in cui l'amministrazione avesse proceduto illegittimamente all'annullamento della licenza edilizia (cfr. Cass., sez. I, 1° ottobre 1982, n. 5027) o nel caso in cui l'amministrazione avesse negato illegittimamente il rilascio di una concessione edilizia prevista in una convenzione urbanistica (Cass., sez. un., 6 aprile 1983, n. 2433), sempre a condizione che venisse previamente annullato il provvedimento lesivo.

<sup>14</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 gennaio 2019, n. 14; Cons. Stato, sez. III, 21 marzo 2018, n. 1828; Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6450 (che richiama il modello della responsabilità oggettiva).

ministrativo eserciterebbe in questo caso poteri particolari, confinati al contenzioso sui contratti pubblici<sup>15</sup>. In realtà è tuttora controverso se la pronuncia sul contratto attui un potere veramente nuovo, o se non sia invece un corollario del potere di annullare l'aggiudicazione, essenzialmente alla stregua di una modulazione degli effetti della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione (soluzione che fra l'altro trova un riscontro in alcune pronunce recenti dell'adunanza plenaria<sup>16</sup>). Quanto poi all'argomento rappresentato dalla giurisdizione esclusiva, va osservato che con l'impugnazione dell'aggiudicazione, secondo un orientamento ampiamente condiviso, viene fatto valere un interesse legittimo: ciò da un lato impone di non dimenticare che la giurisdizione esclusiva non si risolve nella sola tutela dei diritti, dall'altro lato pone in evidenza come nel processo amministrativo le modalità di tutela degli interessi legittimi possano condurre anche a logiche tipiche della tutela dei diritti.

L'intreccio fra situazioni giuridiche soggettive e strumenti di tutela appare talvolta quasi inestricabile, nel senso che i due profili vanno certamente distinti sul piano logico-giuridico (se una distinzione su questo piano non fosse possibile, non si potrebbe più ragionare in termini di interesse legittimo), ma spesso sono assimilati sul piano pratico e oggettivo. La qualificazione di certe situazioni giuridiche soggettive è stata praticata, anche di recente, alla luce delle modalità di tutela.

Nella Commissione Nigro maturò la decisione di introdurre un'azione sull'accesso che avrebbe condotto a un ordine del giudice amministrativo di esibizione del documento richiesto, anziché a un annullamento di del diniego. Di fronte a questa novità così importante, che sfuggiva agli schemi sulla tutela degli interessi legittimi, alcuni commissari chiesero che fosse precisato che si trattava di un nuovo caso di giurisdizione esclusiva<sup>17</sup>. L'idea che una pronuncia che affermava la spettanza di un risultato avesse come fondamento un diritto soggettivo sembrava rendere questa soluzione del tutto obbligata.

Mario Nigro si oppose, sostenendo (a mio parere, a ragione) che la tematica risultava in realtà molto più ampia e complessa e che comunque non era opportuno imporre una soluzione per legge. In effetti dopo quindici anni la disciplina sulla tutela per l'accesso fu modificata, introducendo un richiamo – a quel punto probabilmente superfluo – alla giurisdizione esclusiva<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Cfr. TAR Lazio, sez. I, 26 maggio 2014, n. 5570, e TAR Sicilia-Catania, sez. IV, 9 febbraio 2012, n. 354, che richiamando particolarmente Corte di giustizia UE 30 settembre 2010, C-314/2009, ripropongono l'argomento secondo cui l'eccezione sarebbe imposta dal diritto comunitario.

<sup>16</sup> Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 22 dicembre 2017, n. 13, in *Foro it.* 2018, III, p. 145, con nota di M. CONDORELLI.

<sup>17</sup> Di questa discussione mi riferì Giorgio Pastori, che aveva attivamente partecipato ai lavori della Commissione.

<sup>18</sup> Cfr. art. 25, co. 5, della legge n. 241/1990, come modif. dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv.,



Una vicenda quasi speculare sembra contrassegnare oggi molte situazioni procedimentali che vengono comunemente designate come ‘diritti’: il diritto alla conclusione del procedimento in termini certi, il diritto alla partecipazione, ma anche il diritto a un provvedimento motivato, ecc. Per questi ‘diritti’ viene accolta però una logica di tutela che è quella specifica degli interessi legittimi, dato che la loro garanzia è attuata con le modalità proprie dell’azione di annullamento o dell’azione sul silenzio<sup>19</sup>. Queste modalità, nella nostra tradizione, rinviano proprio all’interesse legittimo.

Su un piano diverso, ma in coerenza con quanto è stato appena ricordato, si pongono alcune proposte recenti maturate da riflessioni ambientate sulla giustizia amministrativa, come la proposta di distinguere fra posizioni strumentali e posizioni finali: le prime accentrate sulle modalità di esercizio del potere, le seconde sulla pretesa giuridica a un risultato determinato<sup>20</sup>. Si fatica però a riconoscere un valore decisivo a questa distinzione, a maggior ragione oggi, dato che da un lato la dequotazione dei vizi formali tende a dare sempre più rilievo al risultato dell’azione amministrativa e dall’altro lato nella giurisprudenza sui c.d. interessi strumentali sembra assunta come risultato rilevante, per esempio, anche la rinnovazione del procedimento, come vantaggio che giustifica la contestazione di una posizione di vantaggio per altri<sup>21</sup>. Soprattutto però, come cercherò di spiegare in seguito, la distinzione fra posizioni strumentali e posizioni finali appare dipendere spesso da circostanze contingenti, e non da ragioni strutturali, come invece dovrebbe essere necessario per una distinzione fra situazioni giuridiche soggettive: rispetto ad una medesima vicenda l’avanzamento del procedimento, l’esaurimento della discrezionalità, talvolta l’incidenza di clausole generali possono comportare mutamenti nel carattere – strumentale o finale – della pretesa del cittadino. In ogni caso la distinzione fra posizioni strumentali e posizioni finali non può essere trasposta sul piano delle azioni e non è parallela alla distinzione fra azione di annullamento ed azione di adempimento, perché anche l’azione di annullamento può attuare la pretesa a un risultato: è sufficiente, in proposito, considerare l’azione d’annullamento proposta a tutela di un interesse ‘oppositivo’.

---

con modif., dalla legge 14 maggio 2005, n. 80. Ciò nonostante Cons. Stato, ad. plen., 18 aprile 2006, n. 6, in *Foro it.*, 2006, III, 377, con nota di M. OCCHIENA, evitò accuratamente di prendere posizione sul punto.

<sup>19</sup>Per queste considerazioni cfr. già M. CLARICH, *Diritto d’accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, p. 430 ss. Cfr. anche A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996.

<sup>20</sup>Per un’accurata analisi delle diverse tesi, cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. FRACCHIA, XVI ed., Milano, 2014, p. 306 ss.

<sup>21</sup>Mi riferisco, come è evidente, soprattutto al dibattito in corso sul ricorso incidentale nei giudizi sui procedimenti negoziali dell’amministrazione.

#### 4. Segue. *La conformazione delle azioni a limiti generali*

Il sistema delle azioni a tutela di interessi legittimi va valutato considerando, innanzi tutto, i limiti generali che il codice stabilisce rispetto all'intervento del giudice amministrativo: essi identificano infatti anche la 'cornice' entro la quale va collocato l'intero sistema delle azioni.

In primo luogo assume rilievo il principio, sancito dal secondo comma dell'art. 34, in base al quale il giudice amministrativo non si può pronunciare ("in nessun caso"<sup>22</sup>) rispetto a poteri non ancora esercitati.

Di questo principio è stato sottolineato più volte il rilievo istituzionale. Quando però viene analizzato più a fondo, non sembra emergere un consenso in dottrina sull'interesse che sarebbe salvaguardato: alcuni hanno parlato di un riflesso della garanzia costituzionale della separazione dei poteri e della identità della funzione amministrativa, ma è stato osservato che la Costituzione (salvo che in alcuni casi peculiari, identificati dalla giurisprudenza costituzionale) non riconosce una riserva di funzione amministrativa; altri hanno parlato di un rafforzamento delle garanzie della discrezionalità amministrativa, ma in questo modo si verrebbe a ripetere quanto già sancito dall'art. 31 del codice; altri ancora hanno ricondotto a questa disposizione la regola – peraltro solo giurisprudenziale – secondo la quale il giudice amministrativo che annulli un provvedimento per incompetenza non può procedere all'esame di altri vizi dedotti rispetto a quel provvedimento. Di recente Pasquale Cerbo ha sostenuto in modo originale che la disposizione avrebbe come ragione la garanzia del procedimento amministrativo, da intendersi non solo come sede di formazione del processo decisionale dell'amministrazione, ma anche come strumento essenziale per l'esercizio dei diritti procedurali dei soggetti interessati<sup>23</sup>.

Le considerazioni di Cerbo sono senz'altro significative: la 'giurisdizionalizzazione' della funzione amministrativa trascina anche la perdita di quelle componenti, attinenti alla posizione dei cittadini e alla ponderazione degli interessi, che sono invece proprie del procedimento amministrativo. A me pare comunque, più semplicemente, che il codice con questa disposizione sottolinei che la tutela degli interessi legittimi è tipicamente una tutela 'successiva', e cioè che presuppone la lesione dell'interesse legittimo: non può essere invece una tutela preventiva, diretta cioè a stabilire una regola per la condotta dell'amministrazione prima ancora di tale lesione.

---

<sup>22</sup> Questa espressione pone in evidenza come il limite in esame si impone rispetto ad ogni modalità della giurisdizione amministrativa, indipendentemente dalle sue diverse articolazioni (giurisdizione di legittimità, di merito o esclusiva).

<sup>23</sup> P. CERBO, *Il divieto di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in AA.VV., *Il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal codice*, Lecce, 2019, p. 57 ss. (una rielaborazione del contributo è in corso di stampa in *Dir. proc. amm.*).