

CAPITOLO I

LA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA NELLA COSTITUZIONE ED I PRINCIPI DEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

SEZIONE I

IL DIRITTO DI AZIONE E DI DIFESA NEI CONFRONTI DELLA P.A.

SOMMARIO

1. Il diritto di azione e di difesa in generale. La generalità della tutela. La sua efficacia. – 2. Il diritto di azione e di difesa nei confronti della p.a. e la sua funzione. Le novità della previsione costituzionale. E le conferme: l'evoluzione del sistema di tutela giurisdizionale nei confronti della p.a. – 3. La garanzia delle azioni proponibili: costitutive, di accertamento, di condanna, cautelare, esecutiva. – 4. La garanzia dei vizi deducibili; le censure, di legittimità e di merito; il sindacato sulla discrezionalità. – 5. La garanzia dei provvedimenti impugnabili. Il silenzio. Il problema dell'atto politico e dell'atto di autorità non amministrativa. Gli atti delle autorità indipendenti. – 6. La garanzia del doppio grado. La territorialità del TAR ed il ricorso in Cassazione. – 7. Il giudice amministrativo ed il giudice ordinario. Unicità e specialità della giurisdizione; la *translatio iudicii*.

1 Il diritto di azione e di difesa in generale. La generalità della tutela. La sua efficacia

La Costituzione attribuisce al diritto di azione, ed al corrispondente diritto di difesa, una posizione centrale nella struttura dei rapporti tra i cittadini e tra i cittadini e l'autorità pubblica ¹.

¹La valutazione diffusa dell'incidenza della Costituzione sul processo amministrativo risale agli anni '80 del secolo scorso. In precedenza non vi erano riflessioni in merito: A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, Morano, 1963, si limita a ricordare (p. 19) che la Costituzione ha conferito rilevanza costituzionale alla precedente disciplina, prevedendo peraltro l'istituzione nelle regioni di Tribunali Ammi-



Questa configurazione dipende, da un lato, dalla intenzione della Costituzione, che è una Costituzione lunga, di attribuire una garanzia specifica ai cittadini in ordine alla possibilità di deferire al giudice le controversie che li vedano contrapposti tra di loro e con il potere pubblico e, dall'altra, dalla intenzione di garantire l'autonomia e l'indipendenza della funzione giurisdizionale ritenuta essenziale per il funzionamento democratico della società. La possibilità di rivolgersi al giudice per la definizione delle controversie, infatti, è espressione del fondamentale principio di uguaglianza, dal momento che esclude che i cittadini possano risolvere le loro contese facendo prevalere posizioni sostanziali di maggior forza che conseguono inevitabilmente ad una disparità di condizioni (come si verificherebbe se si riconoscesse la prevalenza in una contesa non disciplinata dal diritto alla maggiore forza fisica o alla maggiore capacità economica o al maggior prestigio sociale o al maggior potere conseguito) e corrisponde, altresì, alla caratteristica tipica di un qualsivoglia processo,

nistrativi Regionali di primo grado, lo stesso M. NIGRO, *L'appello sul processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1960, dedica alla Costituzione un'apposita riflessione introducendo espressamente il riferimento alla Costituzione come strumento di interpretazione adeguatrice delle norme processuali amministrative (p. 62 ss.), ma tratta espressamente delle previsioni costituzionali esclusivamente a proposito dell'istituzione di giudici locali di primo grado (p. 102 ss.), pur dando atto che nei progetti di riforma si affrontava anche il tema dell'indipendenza del giudice amministrativo. Questo tema ha interessato tra gli altri, U. POTOTSCHNIG, che lo ha affrontato più volte con riferimento alle decisioni del consiglio comunale in materia elettorale: una vicenda nella quale vi è stata una significativa evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale (cfr. *Le decisioni del consiglio comunale in materia elettorale* (1954), *Ancora sulla non giurisdizionalità delle attribuzioni del consiglio comunale in materia elettorale* (1956), *Pronunce elettorali del consiglio comunale e funzione giurisdizionale* (1961), *Il giudice interessato non è indipendente* (1965), tutti riportati in *Scritti scelti*, Padova, Cedam, 1999, pp. 85 ss., 113 ss., 115 ss., 139 ss.). Il confronto sul punto con la Costituzione ha portato infine alla declaratoria di illegittimità costituzionale delle Giunte Provinciali Amministrative e della corrispondente giunta giurisdizionale amministrativa della Valle d'Aosta, intervenuta nel 1966 e nel 1968. Nel frattempo era stata pubblicata la prima monografia sul tema da parte di V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1966, che individuava significativi elementi di novità nella carta fondamentale ma che però non ha dato seguito ad un dibattito adeguato. Un accenno ad un possibile superamento di un processo rapidamente impugnatorio come conseguenza della Costituzione era stato fatto da F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, Vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 611-612. Parimenti limitato è il riferimento alla Costituzione operato da M.S. GIANNINI-A. PIRAS nell'ampia voce *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, Vol. XIX, cit., pp. 230-231. La declaratoria ha dato la spinta di illegittimità costituzionale della giunta provinciale necessaria all'istituzione, sia pure dopo difficoltà e tentativi infelici all'istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali. Questa legge, e la forte crescita del contenzioso che ne è seguita, hanno stimolato nuove riflessioni anche sul rapporto tra processo amministrativo e Costituzione, testimoniata dalle pagine dedicate al tema da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 87 ss. e da V. CAIANIELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, Utet, 1976, p. 34 ss.

inteso in una accezione moderna, che ancora una volta ribadisce il ruolo del principio di uguaglianza poiché si fonda sulla convinzione che le parti debbano essere eguali davanti al giudice, il quale è tenuto a riconoscere questa uguaglianza posto che deve essere imparziale.

Nell'impostazione della Costituzione del 1948, ispirata alla considerazione della centralità del ruolo del Parlamento nell'ordinamento e convinta, pur nella consapevolezza della necessità di fissare principi generali applicabili anche al legislatore, che il Parlamento in sé quale rappresentante della sovranità popolare non può che essere imparziale, la garanzia dell'imparzialità del giudice era affidata alla sua sottoposizione soltanto alla legge: ritenendosi, cioè, che l'applicazione della legge fosse di per sé garanzia della non perpetuazione di condizioni di disuguaglianza (il che peraltro, si vedrà, e come del resto è noto, non significava non consapevolezza del costituente delle possibili alterazioni del procedimento interpretativo affidato al giudice causate da condizioni esterne che potevano minare la sua indipendenza, dal momento che l'indipendenza organizzativa del giudice è stata rigorosamente garantita in Costituzione). La tutela in sede giurisdizionale è, perciò, prevista dalla Costituzione con carattere di assoluta generalità, attribuita, cioè, a tutti, e pertanto a tutti i soggetti che siano contemplati in quanto tali dall'ordinamento. L'espressione significa che nessuna posizione soggettiva riconosciuta dall'ordinamento può rimanere priva di una tutela in sede giurisdizionale. Per questo la tutela in sede giurisdizionale è di carattere generale. Ne consegue che, allorché l'ordinamento individui delle nuove posizioni soggettive o evidenzi la necessità che venga riconosciuta la possibilità di ricorrere al giudice anche a realtà alle quali in precedenza questa possibilità era negata, la garanzia della tutela giurisdizionale si estende anche alle nuove posizioni: e proprio in materia di giurisdizione amministrativa l'ipotesi si è verificata, a proposito dei cosiddetti interessi diffusi². La garanzia della

²La questione della legittimazione continua ad interessare la letteratura: tra gli scritti più recenti A. CASSATELLA, *Legittimazione a ricorrere e norme di garanzia*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 773 ss.; G. TROPEA, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: una rassegna critica della letteratura recente*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 449 ss.; N. PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 237 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 771 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione soggettiva e legittimazione oggettiva ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 341 ss., che affrontano profili di interesse generale; D. CAPOTORTO, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso amministrativo in materia di appalti: l'"interesse meramente potenziale" nuovo ordinamento dell'ordinamento processuale?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 665 ss.; S. MIRATE, *La*



tutela giurisdizionale porta inevitabilmente con sé la garanzia dell'efficacia della tutela: la tutela in sede giurisdizionale non è soltanto riconosciuta a tutti, ma deve essere efficace, in quanto soltanto se efficace evita che i cittadini siano tentati di risolvere altrimenti le loro controversie ed evita che situazioni di disparità sostanziale, che il costituente impegna il legislatore a rimuovere a' sensi del disposto dell'art. 3 della Costituzione, possano diventare definitive ed immodificabili al di fuori dei meccanismi previsti dalla legge. Di per sé, perciò, la tutela giurisdizionale deve poter dare a chi ad essa si rivolga il massimo di garanzia possibile³.

La Costituzione del 1948 non si è particolarmente soffermata su questo aspetto della tutela in sede giurisdizionale perché, indubbiamente, la considerava acquisita dalla riflessione sul processo, eccezion fatta per le ipotesi, che considerava devianti e alle quali ha reagito, che si erano verificare nel regime fascista precedente. Il rinvio della Costituzione, anche inespresso, alle convinzioni giuridiche diffuse, interpretate in senso democratico e progressista, era, del resto, inevitabile, anche perché il clima nel quale la Costituzione è stata approvata, salve le ipotesi di espressa reazione ad istituti aberranti del regime precedente, era quello di una generale convinzione circa l'appartenenza alla collettività nazionale di determinati valori, considerati naturali ed irrinunciabili. Non era tanto l'intenzione di lasciare al legislatore la disciplina dei singoli istituti che ha indotto il costituente a non approfondire ulteriormente la regolamentazione della tutela in sede giurisdizionale, peraltro ampia rispetto a quella riconosciuta dallo Statuto albertino, quanto la convinzione dell'esistenza

legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: un'analisi alla luce della dicotomia giurisdizione soggettiva / giurisdizione oggettiva, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 602; A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, Legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 423 ss.; P. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 74 ss. esaminano invece profili più specifici. Una ricostruzione della problematica degli interessi diffusi è proposta da S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, Franco Angeli, 2018, spec. p. 236 ss.

³ Sul principio non vi è dissenso, mentre invece si discende su che cosa significhi effettività della tutela: R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 369 ss.; G. VERDE, *L'effettività della tutela giudiziaria (in occasione di un convegno in omaggio a Salvatore Mazzamuto)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 770 ss.; S. VALAGUZZA-I. MARTELLA, *L'effettività della tutela nell'esperienze giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 783 ss.; I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività e efficienza* e F. FIGORILLI, *L'efficienza della tutela alla prova delle azioni disponibili nel processo amministrativo e delle relative condizioni*, entrambi in *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, a cura di G.D. COMPORLI, Firenze University Press, 2016, pp. 85 ss. e 111 ss. Il tema è affrontato in tutti i suoi aspetti da F.F. GUZZI, *Effettività della tutela e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2013.

di una consolidata opinione comune tra i giuristi, tanto in letteratura che in giurisprudenza, alla quale si poteva fare con tranquillità rinvio. Del resto, è inevitabile considerare la Costituzione del 1948 inserita nel momento culturale nel quale è stata approvata e leggerla come un aspetto, sia pure estremamente importante, dell'evoluzione di un sistema giuridico che era ben antecedente e che sarà ugualmente ben successivo. Da questo punto di vista va apprezzato il ruolo della Corte costituzionale⁴, che, con riferimento alla tutela giurisdizionale in genere, ha compiuto, progressivamente, una attenta opera di integrazione del testo costituzionale, andando alla scoperta di numerosi significati delle previsioni dello stesso, al fine di adeguare ad esse l'ordinamento processuale in modo efficace e con interventi anche mirati e puntuali al fine di eliminare distorsioni alle quali il legislatore non aveva provveduto o di ricondurre al sistema innovazioni viceversa extravaganti. L'opera della Corte costituzionale, come è ben noto, risente del ruolo che la Costituzione ha nella vita sociale e del diverso apprezzamento che della medesima viene espresso sia dai cittadini che dalle forze politiche: si possono, perciò, individuare vari periodi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, taluno dei quali caratterizzato da una maggior prudenza, talaltro caratterizzato da una maggior incisività. Deve dirsi, però, che, in linea di massima, per quanto concerne la tutela in sede giurisdizionale il ruolo della Corte costituzionale non ha conosciuto particolari oscillazioni, salvo casi specifici, avendo percorso un itinerario lineare finalizzato all'accrescimento delle possibilità di tutela.

2 Il diritto di azione e di difesa nei confronti della p.a. e la sua funzione. Le novità della previsione costituzionale. E le conferme: l'evoluzione del sistema di tutela giurisdizionale nei confronti della p.a.

Le caratteristiche che la Costituzione ha individuato, in generale, all'art. 24, come proprie della tutela giurisdizionale sono state esplicitate e quindi formulate in termini più netti per ciò che concerne il diritto di azione e di difesa nei confronti della pubblica amministrazione⁵. Questa

⁴ A questo intervento giurisprudenziale è dedicato l'ampio volume a cura di E. FOLLIERI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale sul processo amministrativo*, Bari, Cacucci, 2018.

⁵ L'argomento è ampiamente trattato in articoli e saggi (R. VILLATA, *Processo amministrativo pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 369 ss.; F. FIGORILLI, *L'efficienza della tutela alla prova delle azioni disponibili nel processo ammini-*



maggior specificazione è, indubbiamente, conseguenza del fatto che, in precedenza, la tutela accordata al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione scontava una minor effettività rispetto alla tutela riconosciuta nei rapporti tra i privati, quanto meno a livello di definizione. Ed infatti, un elemento differenziatore era dato dalla presenza di un giudice apposito ed anche dalla esistenza di una limitata possibilità di reazione: limitata possibilità di reazione per la presenza di atti non impugnabili e limitata possibilità di reazione per la ridotta esperibilità delle azioni.

Del resto, la tutela in sede giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione era stata nuovamente attribuita al cittadino in modo compiuto, e cioè anche nei confronti dei provvedimenti espressione di autorità, da poco più di un cinquantennio, dovendosi ricondurre alla legge istitutiva della IV Sezione del 1889 (posto che la precedente legge abolitrice del contenzioso amministrativo, del 1865, aveva avuto in pratica l'effetto di ridurre la possibilità di tutela in sede giurisdizionale, escludendola, nella sostanza, nei confronti dei provvedimenti amministrativi). La previsione di tutela giurisdizionale contenuta nella Costituzione a proposito della giurisdizione amministrativa, perciò, contiene degli elementi di specificità che sono esplicitati tanto nell'art. 24 quanto negli artt. 103 e 113⁶. La prima previsione si caratterizza, innanzitutto, per la costituzionalizzazione della possibilità di agire in giudizio a tutela sia dei di-

strativo e delle relative condizioni, in *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività e efficienza)*, a cura di G.D. COMPORI, in *A 150 anni dall'applicazione amministrativa italiana* – Studi a cura di L. FERRARA-D. SORACE, Vol. CII, Firenze University Press, 2016, p. 111 ss., nelle voci enciclopediche (F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, Giuffrè, 2002, p. 408 ss.), nelle trattazioni generali (G. MONTEDORO, *Le azioni nel processo amministrativo riformato nel prisma dell'interesse ad agire*, in *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, a cura di G.P. CIRILLO, Milano-Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2015, p. 181 ss.) e istituzionali (M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit.; P.M. VIPIANA, *Le azioni nel processo amministrativo*, in P.M. VIPIANA-V. FANTI-M. TRIMARCHI, *Giustizia amministrativa*, Milano-Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2019, p. 157 ss.; E. FOLLIERI, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA) e negli scritti che esaminano le singole azioni, che verranno richiamati più avanti (tra i quali A. CARBONE), *L'azione di condanna ad un fare. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 175 ss. A livello monografico generale, va ricordato L.R. PERFETTI, *Diritto di azione e interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004, spec. p. 104 ss.

⁶ Per tutti, nelle trattazioni d'ordine generale, M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., p. 54 ss.; C. CACCIAVILLANI, *La giurisdizione amministrativa*, in *Il codice del processo amministrativo – Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. SASSANI-R. VILLATA, Torino, Giappichelli, 2012, p. 119 ss.; F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, cit., p. 408 ss.; E. PICOZZA, *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, p. 464 ss.

ritti soggettivi che degli interessi legittimi; la menzione congiunta delle due posizioni soggettive dimostra che il costituente ha inteso, quanto meno per ciò che concerne la tutela in sede giurisdizionale, non differenziarle affatto, non soltanto nel senso di attribuirle a tutti, e cioè a chiunque si trovi nella posizione di poterle vantare, ma anche nel senso di prevedere per entrambe una generale possibilità di reazione in giudizio. È evidente, di conseguenza, già soltanto sulla base dell'art. 24 Cost., che allorché si sia titolari vuoi di un diritto soggettivo vuoi di un interesse legittimo nei confronti della pubblica amministrazione questa sola titolarità comporta, senza eccezione, il diritto di agire in sede giurisdizionale. È da considerare costituzionalmente illegittima, perciò, ogni differenziazione o esclusione o limitazione di tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Il secondo comma dell'art. 24, poi, laddove stabilisce che la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, riconosce a tutti, anche nei confronti della pubblica amministrazione, tanto il diritto di azione quanto il diritto di difesa, posto che si tratta di due aspetti connessi, sia pur contrapposti, della medesima possibilità di agire in sede giurisdizionale. Ciò significa che in ogni stato e grado del procedimento giurisdizionale la possibilità di azione e di difesa dev'essere garantita senza limitazione e in condizioni di assoluta eguaglianza.

Per quanto concerne la tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, i principi affermati nell'art. 24 sono ribaditi nell'art. 113, che, al fine di esplicitare la regola di carattere generale con maggior chiarezza, afferma che contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti degli interessi legittimi dinnanzi gli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa: è evidente che l'espressione "*sempre*" non è null'altro se non l'esplicitazione di quanto è garantito nel precedente art. 24 a "*tutti*" e "*in ogni stato e grado del procedimento*". La previsione contenuta nel primo comma dell'art. 113 è ribadita nel secondo, con riferimento a quella che è la manifestazione particolare della funzione amministrativa che costituisce esercizio del potere, e cioè nei confronti del provvedimento: ed infatti, il secondo comma dell'art. 113 afferma che la tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. La garanzia di tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione è dalla Costituzione riferita anche alla forma di tutela più incisiva, che è quella che si manifesta attraverso la possibilità di pretendere l'annullamento del provvedimento amministrativo e cioè la possibilità di esercitare l'azione costitutiva: ed infatti, il terzo comma dell'art. 113 stabilisce che la legge determina quali organi di giurisdizio-



ne possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa. La disposizione si collega con quanto previsto nel precedente art. 103, laddove è attribuita al Consiglio di Stato e agli organi di giustizia amministrativa la giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione e degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi. Questo giudice, infatti, incaricato della tutela degli interessi legittimi, è senz'altro il soggetto che, di per sé, può esercitare l'azione di annullamento, che è l'unica azione che può effettivamente garantire la tutela dell'interesse legittimo nei confronti del provvedimento. Ma la previsione di carattere generale contenuta in Costituzione non esclude che il potere di annullamento possa essere anche affidato ad un'altra autorità giurisdizionale: il che ha condotto a legittimare l'attribuzione di questo potere al giudice ordinario, alla Corte dei Conti e al giudice tributario.

Dalla lettura del testo della Costituzione emerge come vi siano certamente degli elementi di novità non soltanto rispetto a quanto previsto a suo tempo dallo Statuto albertino, ma anche rispetto a quanto previsto in generale dalla legislazione vigente in quel momento. Ed infatti, per esempio, nella legislazione allora vigente vi era una espressa esclusione della impugnabilità di una categoria di provvedimenti, gli atti politici⁷, che, a questo punto, in quanto tale è da ritenere non costituzionalmente ammissibile (il che pone problemi interpretativi a proposito di una disposizione del Codice del processo amministrativo, come si vedrà); nella legislazione previgente, la possibilità, poi, di limitazione della tutela in sede giurisdizionale nei confronti di determinati atti per particolari categorie di vizi non era affatto esclusa, ove si tenga conto, per esempio, del fatto che la giurisprudenza del giudice ordinario escludeva la possibilità per il medesimo, quand'anche avesse giurisdizione, di sindacare l'eccesso di potere⁸. La previsione in via generale della attribuzione della tutela in

⁷ Concetto tornato all'attenzione in quanto ripreso dall'art. 7 del Codice del processo amministrativo: per tutti, G. GIOVANNINI-R. CAPONIGRO, in *Il processo amministrativo*, a cura di A. QUARANTA-V. LOPILATO, Milano, Giuffrè, 2011, p. 93 ss.; F. CARINGELLA-M. PROTTO (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, Dike, 2012, p. 132 ss.; O. CAPUTO, *L'atto impugnabile*, in *Il nuovo processo amministrativo*, commentario sistematico diretto da R. CARANTA, Bologna, Zanichelli, 2011, p. 255. Un ampio studio recente è di V. GIOMI, *L'atto politico della prospettiva del giudice amministrativo: riflessioni sui vecchi limiti e auspici di nuove aperture al sindacato sul pubblico potere*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 21 ss.

⁸ Il quadro normativo e giurisprudenziale in merito è illustrato da P.M. VIPIANA, *Il giudice ordinario*, in P.M. VIPIANA-V. FANTI-M. TRIMARCHI, *Giustizia amministrativa*, cit., p.

sede giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione al giudice aveva, poi, degli effetti diretti su quelle numerose norme che attribuivano funzioni di carattere sostanzialmente giurisdizionale ad organi amministrativi, in quanto tali non indipendenti ed imparziali e comunque non caratterizzati dal fatto che a fronte di essi si potesse esercitare di una vera e propria azione⁹. Se le novità ora indicate sono quelle più facilmente individuabili con riferimento a previsioni legislative contrastanti con la previsione costituzionale, altre, per il vero, se ne sono potute individuare e sono state individuate dalla Corte costituzionale con riferimento alla esigenza che la tutela in sede giurisdizionale sia garantita nei confronti dell'amministrazione con carattere di effettività: e così, a quanto detto si possono ricondurre, e ad esse verrà dedicata apposita attenzione, le pronunzie relative alla tutela cautelare, al doppio grado di giurisdizione, alla utilizzabilità dei mezzi istruttori.

Per altri aspetti, viceversa, la Costituzione ha indubbiamente confermato il sistema di tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione in precedenza esistente: il riferimento è alla conferma del ruolo del Consiglio di Stato, come giudice naturale della attività autoritativa della pubblica amministrazione, posto che al Consiglio di Stato è attribuita la cognizione degli interessi legittimi, e cioè di quella specifica posizione che è configurata come la posizione del privato in rapporto alla attività autoritativa dell'amministrazione. Anzi, la Costituzione amplia il numero dei giudici amministrativi poiché accanto al Consiglio di Stato prevede come giudici di primo grado i Tribunali Amministrativi Regionali, e cioè organi giurisdizionali diffusi su tutto il territorio nazionale e con competenze ben più ampie di quelle in precedenza riconosciute alle Giunte Provinciali Amministrative (il fatto che i Tribunali Amministrativi Regionali siano configurati come organi di primo grado rispetto al Consiglio di Stato dall'art. 125 Cost. comporta infatti che a questi Tribunali debba essere assegnato lo stesso ambito di potestà giurisdizionale che è proprio del Consiglio di Stato e che, come è noto, era ben più ampio di quello riconosciuto alle Giunte Provinciali Amministrative)¹⁰. La

515 ss.; e in precedenza da S. MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*, V, Milano, Giuffrè, 2003, p. 4867 ss.

⁹ Alla vicenda dedica attenzione V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, Utet, 1994, p. 85 ss.

¹⁰ La vicenda relativa all'individuazione dei Tribunali Amministrativi Regionali come giudici con competenza generale, a differenza delle Giunte Provinciali Amministrative, è



stessa previsione costituzionale, del resto, ribadisce la configurazione precedente della posizione soggettiva del cittadino nei confronti dell'amministrazione, dal momento che accanto alla posizione di diritto soggettivo individua quella di interesse legittimo¹¹. È questa una conferma del sistema previgente, posto che fin dalle leggi del 1865 e del 1889 questa duplice posizione era riconosciuta. Ma, ancora una volta, non vi è da stupirsi della presenza nella Costituzione a proposito della tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione di conferme e di novità: la Costituzione, infatti, si inserisce in un ordinamento giuridico esistente, rispetto al quale, anzi, come è noto, il nuovo ordinamento repubblicano è in posizione di continuità, e pertanto non può che fare proprie parecchie caratteristiche del precedente ordinamento, pur assoggettandole a innovazioni anche significative¹².

È ovvio che, col trascorrere del tempo, proprio perché le innovazioni previste dalla Costituzione sono state progressivamente attuate e proprio perché è progressivamente sfumata la consapevolezza di com'era organizzato il sistema precedente, appaiano più significative le conferme che

ricordata da V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., p. 98 ss., e da C. TALICE, *Tribunali amministrativi regionali*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, Giuffrè, 1992, p. 28 ss. La netta frattura tra l'esperienza delle Giunte Provinciali Amministrative e il nuovo giudice amministrativo locale è sottolineata da U. POTOTSCHINIG-A. TRAVI, *L'appello (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Agg. III, Milano, Giuffrè, 1999, p. 151. L'origine e l'esperienza dei Tribunali Amministrativi Regionali sono state riesaminate in occasione del cinquantesimo anniversario della legge istitutiva: per tutti, dal punto di vista generale, G.D. COMPORI, *50 anni di T.A.R. L'alchimia localista per una giustizia a servizio dei cittadini*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 339 ss.; e, con considerazioni più specifiche, da F. LUBRANO-G. PALMIERI-C. VOLPE-G. CORAGGIO nei contributi al Convegno "Tribunali amministrativi regionali – Cinquanta anni di esperienze della legge 6 dicembre 1971, n. 1034", in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 288 ss.

¹¹ Il riferimento non può che essere all'ampio e documentato studio di F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e Teoria*, in questo Trattato, Torino, Giappichelli, 2017, che affronta il problema in esame a p. 179 ss. Successivamente, al tema, in generale si sono dedicati N. PAOLANTONIO, *Centralità del cittadino ed interesse legittimo (oltre le categorie, per una tutela effettiva: l'insegnamento di Franco Gaetano Scoca)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1527 ss.; G.P. CIRILLO, *La valenza patrimoniale dell'interesse legittimo. Il bene nei rapporti amministrativi e l'oggetto del provvedimento favorevole*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1157 ss.; G. SEVERINI, *L'interesse legittimo nella realtà attuale della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1197 ss.

¹² Oltre alle considerazioni sviluppate da F.G. SCOCA nell'opera citata sopra, interessanti rilievi sono stati esposti già da A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, cit., p. 262 ss. Ritengono che la previsione costituzionale sia confermativa dell'ordinamento precedente M.S. GIANNINI-A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, cit., pp. 236-237.

le novità: appare più significativa la conferma del ruolo del Consiglio di Stato rispetto alle novità derivanti dal fatto che autorità amministrative non giurisdizionali sono state private di funzioni contenziose che escludevano il ricorso al giudice o il fatto che nei confronti degli atti ampiamente discrezionali ormai la tutela giurisdizionale è riconosciuta, con il sostanziale svuotamento delle categorie degli atti politici pur confermata a livello legislativo. Ciò non significa, peraltro, negare la discontinuità delle previsioni costituzionali rispetto al passato, significa, semplicemente, che anche sul punto l'interpretazione della Costituzione è storicizzata, risente, cioè, del contesto nel quale viene effettuata. Se il giudice amministrativo si dimostra in grado di recepire e di applicare le innovazioni che la Costituzione ha introdotto e che la Corte costituzionale progressivamente esplicita, il fatto che in Costituzione la sua posizione sia espressamente riconosciuta indubbiamente ne caratterizza la continuità operativa. Le sfide che il giudice amministrativo si trova di fronte sono continue¹³, perché dipendono dalla evoluzione dei rapporti sociali e dei rapporti politici nonché dal mutamento del ruolo della pubblica amministrazione che consegue alle nuove scelte del legislatore e dalle nuove esigenze che emergono dalla società. Confrontandosi con i poteri pubblici e con le funzioni ad essi attribuite, il giudice amministrativo vede, perciò, continuamente posta in discussione la sua funzione, dovendo continuamente dimostrare di essere in grado di tutelare interessi legittimi, diritti soggettivi e financo diritti fondamentali con l'efficacia che la previsione costituzionale di carattere generale impone¹⁴.

¹³ Situazione della quale sono ben consapevoli i Presidenti del Consiglio di Stato: oltre alle relazioni pronunciate alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario, reperibili sul sito ufficiale della giustizia amministrativa, si vedano F. PATRONI GRIFFI, *La giustizia amministrativa tra presente e futuro*, in *Il processo*, 2019, p. 587 ss. e A. PAJNO, *Il giudice amministrativo italiano come giudice europeo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 585 ss.

¹⁴ Come emerge dai ricorrenti contrasti con la Corte di Cassazione in tema di giurisdizione, in pare definiti, come emerge da F. LORENZETTI, *Il sindacato della Cassazione sulle pronunce del Consiglio di Stato per "i motivi inerenti alla giurisdizione"*, in *Il processo*, 2022, p. 155 ss., in parte di più ampia portata, F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, p. 1 ss. È comunque pacificamente riconosciuto il ruolo della giurisprudenza del giudice amministrativo nella ricostruzione del sistema di tutela giurisdizionale: si vedano in tema, i contributi raccolti nel volume *Diritto amministrativo e ruolo della giurisprudenza*, a cura di P.M. VIPIANA e M. TIMO, Genova, University Press, 2021, e, tra di essi, i contributi di P.M. VIPIANA, *Il ruolo di consiglio di stato e tribunali amministrativi nella costruzione e nello sviluppo di un diritto amministrativo incentrato sul cittadino*, p. 11 ss., C.E. GALLO, *La nomofilachia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, p. 19 ss., D. PONTE, *Il ruolo della giustizia amministrativa nel diritto amministrativo. Il ruolo del Consiglio di Stato*, p. 45 ss., P. NASINI, *Il formante giurispru-*



3 **La garanzia delle azioni proponibili: costitutive, di accertamento, di condanna, cautelare, esecutiva**

La garanzia del diritto di azione nei confronti della pubblica amministrazione è, come si è detto, la garanzia di una tutela giurisdizionale efficace. Ciò significa che la medesima deve potersi articolare in modo da garantire al ricorrente il massimo del risultato possibile. L'espressione, che in sé potrebbe apparire astratta, diviene, invece, estremamente concreta se la si riferisce alla possibilità di esperimento delle azioni che, in via generale, e cioè nel sistema processuale, sono ammesse al fine di garantire l'esercizio e la tutela di una posizione soggettiva¹⁵. Utilizzando, in proposito, le categorie del diritto processuale generale o del diritto processuale comune o della teoria generale del processo (concetti non identici ma a questi fini tutto sommato equivalenti) può concludersi nel senso che la previsione costituzionale riconosce l'esperibilità e perciò garantisce tanto le azioni costitutive quanto le azioni di accertamento, quanto le azioni di condanna, quanto le azioni cautelari quanto le azioni esecutive. Le prime tre sono azioni principali, autonome, che conducono, cioè, al riconoscimento di una utilità o di un bene della vita, le ultime due sono azioni accessorie che, cioè, risultano serventi rispetto a quelle principali, nel senso che o ne garantiscono l'utilità (l'azione cautelare, che peraltro il legislatore del processo civile ha, in taluni profili, qualificato come anche autonoma) o ne garantiscono l'effettività (l'azione esecutiva che nel processo amministrativo è definita giudizio di ottemperanza).

denziale: il ruolo del T.A.R., p. 79 ss. In tema altresì, A. BARONE, *Nomofilachia, "sicurezza giuridica" e pluralismo delle corti*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 555 ss.

¹⁵Nell'evoluzione del processo amministrativo, prima della legge TAR risultavano ammissibili soltanto le azioni di impugnazione, di accertamento (in limitate ipotesi), cautelare e di esecuzione (meglio detta di ottemperanza): si veda l'articolata trattazione di A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, cit., p. 33 ss. L'azione di condanna era stata ammessa dal Consiglio di Stato nel 1924, dopo l'istituzione della giurisdizione esclusiva, ma negata dalla Cassazione con il sostegno della letteratura per la mancanza di una base normativa. È soltanto con l'art. 26 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei TAR, che questa azione è rientrata nel novero di quelle esercitabili. L'innovazione, accolta con apprezzamento (per tutti, V. CAIANIELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, Utet, 1976, pp. 403-404; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., una edizione 1976, pp. 271-272) poco dopo è stata valutata da uno di loro come di incidenza pratica modesta, perché meno effettiva dell'azione di ottemperanza (si veda la successiva edizione di V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., 1994, p. 472) e dall'altro come molto opportuna (M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., ed. 1983, p. 286 ss. La rilevanza dell'azione è riammessa con il riconoscimento al giudice amministrativo della possibilità di condannare al risarcimento dei danni.

Espressamente, la Costituzione riconosce nei confronti dell'amministrazione soltanto l'azione costitutiva, laddove ammette la possibilità che un giudice, individuato dalla legge, annulli i provvedimenti amministrativi. Questa previsione non significa affatto assenza di copertura costituzionale per le altre azioni. Ed invero, l'azione costitutiva, cioè l'azione di annullamento del provvedimento amministrativo, è quella che, rispetto al ruolo della pubblica amministrazione ed al criterio generale dei rapporti tra i poteri pubblici che nella Costituzione è stabilito, sia pure con temperamenti e aggiornamenti, e cioè il principio della separazione dei poteri, è più caratteristica ed incisiva. Annullare un provvedimento amministrativo significa intervenire profondamente nella funzione amministrativa, modificandola; del resto, la funzione dell'azione costitutiva è proprio quella di incidere sui rapporti giuridici eliminando quelli esistenti o creandone nuovi¹⁶. La previsione di questa azione era utile, in Costituzione, proprio per garantire la tutela e per riaffermare la signoria del giudice anche sulla attività della parte pubblica, a garanzia della democraticità dell'ordinamento ed a protezione del cittadino. Quel tipo di previsione di per sé significa che la garanzia costituzionale si estende alle altre, e cioè alle azioni tanto di accertamento che di condanna, che, in quanto tali, sono certamente meno incisive sull'esercizio del potere e pertanto non abbisognano di una espressa previsione, dovendosi ritenere connaturate alla possibilità di tutela del diritto soggettivo. Il diritto soggettivo, infatti, nell'esperienza processuale comune è in ogni caso garantito dalla possibilità di essere accertato, cioè riconosciuto espressamente dal giudice in situazione di incertezza, e dalla possibilità di potere ottenere una soddisfazione specifica, attraverso l'azione di condanna laddove venga leso. Il riconoscimento del diritto in situazioni di incertezza e di garanzia di soddisfacimento nel caso in cui ciò non avvenga spontaneamente sono le due proiezioni giurisdizionali più naturali del diritto soggettivo (come è noto,

¹⁶ La centralità dell'azione di annullamento è sottolineata da R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, cit., p. 369 ss. In quadro più generale, la portata dell'azione costitutiva è illustrata da S. MENCHINI, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 805. L'efficacia della sentenza di annullamento nei giudizi penali è affrontata da A. CASSATELLA, *Le ripercussioni del giudicato amministrativo di annullamento nel processo penale*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 492 ss. La problematica è affrontata anche allorché si discute di giudicato: da ultimo, in tema, G. URBANO, *Contributo sull'effettività del giudicato amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, spec. p. 111 ss. Per espressioni dell'orientamento della giurisprudenza cfr. L. MARUOTTI, *Il giudicato*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di G.P. CIRILLO, cit., p. 1048 ss.; S. BACCARINI, *"Scelta" delle azioni e "necessità" dell'annullamento per la tutela del ricorrente*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 1260 ss.



le azioni costitutive sono state elaborate e riconosciute in un momento successivo). Ne consegue che la loro non menzione nei confronti della pubblica amministrazione, così come non è prevista nei confronti dei privati in genere, non significa che le azioni in questione non siano costituzionalmente garantite, ma significa semplicemente che non sono state esplicitate perché la loro garanzia era naturale ed implicita. Non diversa è la conclusione per quanto concerne le azioni cautelari e le azioni esecutive, che, proprio perché serventi le azioni principali, non necessitano di previsione espressa, essendo ancora una volta implicitamente previste nelle azioni principali medesime. Anche queste azioni, perciò, devono essere esercitabili nei confronti della pubblica amministrazione. La riprova di quanto detto, del resto, è nella nota sentenza della Corte costituzionale n. 190 del 1985, che ha riconosciuto nei confronti della pubblica amministrazione avanti il giudice amministrativo la possibilità di esperire la tutela cautelare innominata, prevista dal Codice di procedura civile, ma originariamente non introdotta né dalle leggi sul giudizio avanti il Consiglio di Stato né dalla legge 6 dicembre 1971, n. 1034 istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali.

Le conclusioni raggiunte, se dimostrano l'efficacia e l'innovatività sul punto della previsione costituzionale, che conduce a superare le incertezze ed i silenzi del legislatore ordinario in ordine alla configurazione delle azioni esperibili nei confronti della pubblica amministrazione, valgono anche a chiarire come l'efficacia della tutela in sede giurisdizionale debba operare con riferimento a tutte le azioni esperibili anche per ciò che concerne gli interessi legittimi, che, in quanto tali, essendo posizioni soggettive equiparate al diritto soggettivo, pur con le ovvie differenze contenutistiche, non possono vedersi opporre carenze del legislatore ordinario in ordine alle forme di tutela astrattamente, e cioè con riferimento al diritto processuale comune, ipotizzabili. Se l'interesse legittimo è suscettibile di essere tutelato attraverso un'azione di accertamento perché la posizione lo ammette, non è la carenza di previsione legislativa che può costituirvi ostacolo, dovendo a questo punto sovvenire la previsione di garanzia generale contenuta in Costituzione. Anzi, la previsione di una garanzia costituzionale d'azione in via generale non può che essere un elemento stimolante per attribuire anche dal punto di vista sostanziale alla posizione di interesse legittimo tutte le possibilità di protezione che essa può avere, ove si tenga conto che il parametro di riferimento è proprio quello fissato nell'art. 24 Cost.: l'interesse legittimo è una forma di tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione e tutte le forme di tutela che conducono a fare intervenire il giudice devono essere valoriz-

zate nel nostro ordinamento perché la tutela in sede giurisdizionale è quella che garantisce sia la giuridicità che la democraticità dell'ordinamento medesimo. Da questo punto di vista la consacrazione costituzionale della tutela dell'interesse legittimo è ben più che una conferma ed ha invece una potente carica innovativa. Anche se, ancora una volta, questa potente carica innovativa si coniuga con la conferma di una posizione soggettiva tradizionale, per dir così, del diritto amministrativo, che, viceversa, secondo alcuno dovrebbe essere ridotta se non accantonata a favore del diritto soggettivo¹⁷. Ma è questa, lo si vedrà, una posizione preconcetta, che ipotizza soltanto che il diritto soggettivo sia in grado di garantire una pienezza di tutela, quasi che il paradigma del diritto soggettivo debba essere l'unico a poter essere declinato in una società complessa nei confronti del potere pubblico. In realtà, il fatto che anche per ciò che concerne i rapporti di diritto privato vi sia chi configura posizioni di interesse legittimo dimostra che non è la varietà delle posizioni soggettive che è da respingere, ma è la quantità e qualità della tutela che può essere ricollegata a talune posizioni soggettive che deve essere rivalutata: se fosse vero il contrario, d'altro canto, considerata la limitatezza della tutela che è riconosciuta al diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione, posto che il medesimo normalmente non è configurato esistente nei confronti del potere amministrativo, la conclusione aberrante sarebbe nel senso di escludere l'esistenza di un diritto soggettivo e generalizzare soltanto l'interesse legittimo. Il che, per altro aspetto, costituirebbe ugualmente una violazione dell'art. 24 Cost.

Il quadro che emerge dalla legislazione ordinaria, peraltro, non è anche con riferimento alle azioni esperibili sempre del tutto rassicurante: se il Codice del processo amministrativo contiene previsioni comunque efficaci, la riduzione almeno terminologica delle medesime rispetto al testo iniziale¹⁸ dimostra che il legislatore sia ordinario che delegato è periodicamente tentato non solo dall'idea di eliminare la tutela in sede giurisdizionale

¹⁷ Tutte le opinioni espresse in ordine all'interesse legittimo sono esaminate da F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., spec. p. 179 ss.; la critica riduttiva più argomentata e recente è di L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, spec. p. 92 ss.: dopo il Codice, l'Autore ha ripreso la sua impostazione in *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 617 ss.

¹⁸ Efficacemente criticata da F. MERUSI, *In viaggio con Laband*, in *Giust. amm. it.*, 2010, con considerazioni riprese da G. MONTEDORO, *Le azioni nel processo amministrativo riformato*, cit., p. 210 ss.



zionale, con iniziative peraltro che la Corte costituzionale ha sempre rintuzzato, ma è anche tentato dall'idea di limitare la possibilità di tutela o comunque di renderne meno efficace l'esercizio, per esempio salvaguardando l'integrità della sfera patrimoniale delle pubbliche amministrazioni anche quando la possibile lesione a detta integrità derivi, semplicemente, dell'esigenza di attuare una pronuncia del giudice¹⁹: il che, per definizione, esclude che di lesione si tratti, posto che la lesione è, inevitabilmente, la conseguenza di comportamento illecito. Un'attenzione particolare degli interpreti a questi profili della legislazione ordinaria, al fine di garantire l'attuazione dell'art. 24 Cost., è pertanto ancora oggi richiesta.

4 **La garanzia dei vizi deducibili; le censure, di legittimità e di merito; il sindacato sulla discrezionalità**

L'art. 113 della Costituzione, al secondo comma, come si è detto, esclude la possibilità, per il legislatore, di limitare la tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione a particolari mezzi di impugnazione. Per l'interpretazione della disposizione si deve tener conto di qual è l'evidente obbiettivo che la previsione costituzionale persegue: come reso manifesto dall'intero disposto del secondo comma dell'art. 113, la previsione costituzionale è nel senso di ribadire la possibilità di reazione generalizzata nei confronti degli atti della pubblica amministrazione, già stabilita al primo comma, con la perentoria espressione in forza della quale la tutela giurisdizionale è "*sempre ammessa*": ciò comporta che il secondo comma esclude che la tutela giurisdizionale possa essere o del tutto negata o anche soltanto limitata con riferimento, nella fattispecie, a particolari mezzi di impugnazione. Questo significa che la tutela di impugnazione dev'essere sempre ammessa con riferimento a tutti i mezzi di impugnazione generalmente previsti dal legislatore. L'espressione dev'essere assoggettata però ad una analisi più puntuale.

Innanzitutto, la disposizione costituzionale impone di verificare qual è, in generale, il tipo di impugnazione che viene ammesso nei confronti degli atti giuridici; se si individua l'impugnazione normalmente ammessa nei confronti degli atti giuridici, la reazione nei confronti dei provvedimenti amministrativi non può essere configurata in termini più ridotti. Il

¹⁹La problematica è risalente ma sempre attuale: una compiuta analisi critica è in M. GNES, *I privilegi dello stato debitore*, Milano, Giuffrè, 2012, spec. p. 41 ss.

principio fondamentale che il costituente ha perseguito, infatti, già all'art. 24, è stato quello di parificare espressamente la tutela del diritto soggettivo e la tutela dell'interesse legittimo senza distinguere in nessun modo il soggetto contrapposto a colui che fa valere in giudizio queste posizioni. Ciò significa che una distinzione in ordine ai mezzi di tutela che sia riportata al fatto che uno dei soggetti è la pubblica amministrazione non sarebbe giustificata. I mezzi di impugnazione previsti nei confronti degli atti giuridici in genere devono valere anche per gli atti amministrativi.

Ma vi è di più: l'impossibilità di limitare l'impugnazione a particolari mezzi significa che il legislatore deve disciplinare anche l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi con clausole di carattere generale, che siano tali, cioè, da evitare distinzioni con riferimento ai mezzi proponibili, poiché queste distinzioni sono vietate dalla Costituzione. Ciò comporta che il legislatore deve individuare con categorie generali tanto gli strumenti di tutela, e cioè le azioni esperibili ed i rimedi nei quali dette azioni si concretizzano, quanto i profili in relazione ai quali i mezzi di impugnazione possono essere utilizzati. In altre parole, occorre che il legislatore individui in via generale sia le azioni che i vizi deducibili. Per questa ragione, come spesso succede, in Costituzione è inserita una previsione che è formalmente di contenuto negativo ma che è, in realtà, sostanzialmente, di contenuto positivo.

Non solo: poiché la tutela deve ritenersi sempre accordata, e poiché non è possibile che questa tutela sia limitata quanto a particolari mezzi di impugnazione, nella individuazione sia degli strumenti di impugnazione che dei vizi deducibili il legislatore deve procedere in modo da riconoscere tutti gli strumenti astrattamente possibili e tutti i vizi astrattamente deducibili: unicamente procedendo in questo modo, infatti, si eviterà che la tutela in taluni casi non sia esperibile o che determinati mezzi di impugnazione non siano utilizzabili. Anche in questo caso, perciò, la clausola formalmente espressa in termini negativi ha in realtà una portata positiva.

È evidente che il costituente, allorché ha dettato la previsione, ha fatto riferimento a quelli che erano, in quel momento, sia nella legislazione che nella letteratura che nella giurisprudenza, i mezzi che si ritenevano praticabili: ha fatto riferimento, cioè, all'azione di impugnazione e ha fatto riferimento ai vizi di legittimità che il legislatore aveva individuato e che la giurisprudenza aveva interpretato attraverso la ricostruzione dei vari profili sintomatici di eccesso di potere. Immediatamente, perciò, la previsione costituzionale ha l'effetto di impedire che nei confronti dei provvedimenti amministrativi, di tutti i provvedimenti amministrativi, possa essere esclusa una possibilità di impugnazione in generale prevista e possa essere



esclusa la deducibilità di un vizio in generale individuato. Questa conclusione, storicizzata, dev'essere, peraltro, adeguata alla realtà successivamente intervenuta e per il vero ancora in evoluzione: cosicché, per esempio, se è ammessa, in generale, la esperibilità di strumenti di tutela particolare e di mezzi particolari di tutela, ad esempio il ricorso in opposizione a sentenza, questi mezzi non possono essere esclusi nei confronti della pubblica amministrazione (in effetti la Corte costituzionale ha fatto applicazione del principio allorché ha ammesso l'opposizione di terzo anche nel processo amministrativo); così, se sono stati individuati determinati profili di eccesso di potere, i medesimi non possono essere esclusi con riferimento ai provvedimenti amministrativi o a taluno dei provvedimenti (esigenza questa che non pare sempre essere ben compresa dal legislatore, posto che, sia pure in altro settore, il medesimo ha limitato la rilevanza dell'eccesso di potere in sede di accertamento dell'esistenza del reato d'abuso d'ufficio)²⁰. Non solo: se nuovi profili di sindacato nei confronti del provvedimento amministrativo possono essere individuati, anche sulla scorta della opinione della letteratura o della valutazione comparatistica di quanto si verifica in altri ordinamenti, è da escludere che l'individuazione di questi nuovi profili possa risultare inapplicabile nell'ordinamento interno. L'impossibilità di limitazione, infatti, deve ancora una volta tradursi, in positivo, nella ammissibilità di tutti quei mezzi che possono rilevarsi astrattamente idonei a garantire la tutela del cittadino. Il discorso è immediatamente concreto, se si tiene conto, per esempio, del fatto che in letteratura e in giurisprudenza è stato individuato come nuovo profilo sintomatico dell'eccesso di potere la violazione del principio di proporzionalità, che consegue ad una applicazione nel nostro ordinamento di spunti ricavabili dall'ordinamento comunitario²¹. Questa possibilità è da ritenere sicuramente ammis-

²⁰ L'intera questione è acutamente ripercorsa, in una trattazione aggiornata, da R. FERRARA, *Abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa: alle origini del problema*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, p. 1 ss.; in tema successivamente A. CIOFFI, *Abuso d'ufficio e diritto amministrativo. Il problema dei due ordinamenti, tra etero integrazione e incorporazione*, in *Dir. amm.*, 2023, p. 285 ss. e in precedenza, C. CUDIA, *Abuso d'ufficio e provvedimento discrezionale tra istituti di diritto amministrativo e necessità del diritto penale*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, Editoriale Scientifica, II, 2020, p. 1299 ss.

²¹ Un'aggiornata trattazione è in D.U. GALETTA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2020, p. 107 ss. Sull'applicazione del principio di proporzionalità a livello eurounitario R. CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, Jovene, 1992, spec. p. 133 ss. Affronta la problematica con riferimento al potere legislativo F. TRIMARCHI BANFI, *Il giudizio di proporzionalità e la base conoscitiva delle leggi*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 3 ss.

sibile nell'ordinamento italiano e, anzi, sarebbe costituzionalmente illegittima la sua esclusione, proprio per la clausola estensiva contenuta nel secondo comma dell'art. 113. Anzi, nella individuazione dei confini e dei contorni dei vizi di legittimità, e segnatamente dell'eccesso di potere, si deve attribuire il massimo significato possibile a tutte le clausole che conducono ad ammettere un maggior sindacato sull'attività amministrativa.

L'applicazione della previsione costituzionale ora ricordata può avere una immediata ricaduta problematica con riferimento alla disposizione introdotta dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, che ha inserito l'art. 21 *octies* nella legge 7 agosto 1990, n. 241²²; come è noto, questa disposizione, prevede, in due commi, due ipotesi distinte, ma sostanzialmente finalizzate al medesimo risultato: al primo comma, si prevede che nel caso in cui siano riscontrabili vizi di procedura in provvedimenti vincolati, la loro presenza non dia luogo all'annullamento del provvedimento amministrativo, allorché il giudice amministrativo, investito della relativa impugnazione, riscontri che l'atto non sarebbe stato diverso, nel contenuto, se anche il vizio non si fosse verificato; la seconda ipotesi è quella in cui, quale che sia il provvedimento, l'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento non viene considerata rilevante e non comporta perciò l'annullamento dell'atto, se l'amministrazione dimostra in giudizio che, quand'anche la comunicazione fosse stata inoltrata, pure il provvedimento non sarebbe stato diverso. La norma pone un interrogativo in termini di legittimità costituzionale dal momento che par di comprendere che la presenza di un vizio di legittimità, cioè di una violazione di una norma dell'ordinamento, non dia luogo all'annullamento dell'atto a fronte di una valutazione relativa non alla legittimità dell'atto in sé ma alla considerazione prognostica di come l'atto avrebbe potuto essere in assenza del vizio. La presenza di un vizio e il non annullamento dell'atto costituirebbe una limitazione dei mezzi di impugnazione vietata dal secondo comma dell'art. 113 Cost. Al dubbio si è dato risposta, innanzitutto, con una ricostruzione del disposto dell'art. 21 *octies* che esclude che si sia in presenza, in questa ipotesi, di un vizio di legittimità: si è ritenuto, infatti, che il legislatore abbia dequotato il vizio di legittimità in questione a sempli-

²² La problematica è ampiamente nota; se ne vedano le articolate trattazioni di P. LAZZARA, *L'illegittimità del provvedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Torino, Giappichelli, 2016, p. 838 ss., di R. GIOVAGNOLI, *Art. 21-octies, I vizi formali e procedurali*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2017, p. 1141 ss. e di M.G. CARCIONE, *L'annullabilità del provvedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2017, p. 585 ss.



ce irregolarità, e cioè ad una situazione nella quale la violazione della forma o della procedura non sarebbe in sé rilevante in quanto non riconducibile ad un cattivo esercizio della funzione amministrativa. La tesi non può essere seguita, per due ragioni: la prima è che il legislatore si esprime espressamente nel senso di riconoscere l'esistenza di una violazione, e cioè di un vizio, e semplicemente conclude nel senso del non annullamento, e cioè nel senso di vietare che la presenza di un vizio conduca alla caducazione del provvedimento. Non vi è, perciò, una dequotazione della legittimità ma, invece, una limitazione del potere del giudice conseguente all'accertamento dell'illegittimità. La seconda osservazione è che, con riferimento alla comunicazione di avvio del procedimento, la previsione legislativa introduce una considerazione relativa a un profilo di democraticità dell'ordinamento e di possibilità di partecipazione del cittadino al procedimento che non può essere ridotta in termini di semplice irregolarità: un'amministrazione antidemocratica o dimentica della partecipazione non è un'amministrazione che ponga in essere una semplice irregolarità, di per sé non significativa sull'esercizio della funzione, posto che tanto la democraticità quanto la partecipazione sono connotazioni essenziali dell'attività amministrativa, come del resto emerge dall'art. 1 della stessa legge 7 agosto 1990, n. 241. Il che, peraltro, può non condurre direttamente alla considerazione di illegittimità costituzionale della previsione, pure astrattamente individuabile: ed infatti, si può in realtà ritenere che nella fattispecie non si sia realizzata l'illegittimità astrattamente prevista dalla legge in quanto il raffronto non formale ma sostanziale del provvedimento con il potere dell'amministrazione e l'esigenza dei cittadini dà luogo a una valutazione positiva dell'esercizio della funzione amministrativa. La violazione delle regole formali e procedurali previste, infatti, pur apparendo tale, non viene riscontrata in concreto, in quanto il potere è stato esercitato in modo conforme alle esigenze della collettività, non solo, ma anche alle esigenze del singolo, dovendosi intendere che queste esigenze sono quelle considerate da un'amministrazione che tenga conto dei vari interessi in gioco e provveda in ordine ad essi sulla base di una valutazione equa e proporzionata.

Ne consegue che il vizio, apparentemente esistente, nella realtà non dimostra un cattivo esercizio del potere, con la conseguenza che per questa ragione l'atto non viene annullato. Una lettura finalistica delle norme in tema di attività amministrativa può condurre a questa conclusione senza lesione della posizione del cittadino, ben si intende, però, sulla base di una valutazione da parte del giudice amministrativo delle singole fattispecie che sia estremamente approfondita e concreta e che consenta, per-