

CAPITOLO I

L'ESERCIZIO DELL'AZIONE  
NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO.  
L'INSTAURAZIONE DEL GIUDIZIO

*Sezione I*

I REQUISITI DELLA DOMANDA GIUDIZIALE

SOMMARIO: 1. L'azione nel processo amministrativo e i requisiti della domanda giudiziale. – 2. La legittimazione a ricorrere. – 2.1. Legittimazione *ex lege* e azioni popolari. I modelli processuali differenziati. – 3. L'interesse a ricorrere. – 4. La disciplina delle differenti forme dell'azione. – 4.1. La disciplina dell'azione di annullamento. – 4.1.1. La modulazione degli effetti caducatori. – 4.2. La disciplina del ricorso avverso il silenzio. – 4.3. L'azione di condanna ad un *facere*. La disciplina dell'azione di condanna ad un *facere* provvedimentoale. – 4.4. L'azione di condanna al pagamento di una somma di denaro. La disciplina dell'azione risarcitoria. – 4.5. La disciplina delle altre azioni. – 4.5.1. L'azione di nullità. – 4.5.2. L'azione di mero accertamento atipica. – 4.5.3. L'azione costitutiva in positivo. – 4.5.4. Le azioni tipiche specifiche. – 4.5.5. Le azioni a tutela dei diritti soggettivi in sede di giurisdizione esclusiva.

1. *L'azione nel processo amministrativo e i requisiti della domanda giudiziale*

Il processo amministrativo si instaura mediante ricorso dinnanzi al TAR competente (art. 41, co. 1, c.p.a.). Il ricorso

costituisce dunque l'atto processuale attraverso il quale si esercita il potere di azione, attraverso cui avviene, quindi, la proposizione della domanda giudiziale. Nel processo amministrativo, nello specifico, con il suo esperimento avviene l'instaurazione del giudizio da parte del soggetto che afferma la lesione di una propria situazione giuridica soggettiva che si pone in rapporto con il potere, in ragione dell'esercizio o del mancato esercizio del potere amministrativo, e/o delle modalità attraverso il quale detto esercizio è avvenuto.

In questa prospettiva, si deve considerare come l'*azione*, in senso proprio, indichi quella situazione giuridica, di carattere *processuale*, corrispondente al potere, conferito ad un soggetto, di produrre l'obbligo, nei confronti dell'organo giudicante, di adottare una decisione giurisdizionale. La considerazione della tipologia di obbligo che sorge dall'esercizio dell'azione, se all'adozione di una qualsiasi decisione, di una decisione di merito, ovvero della decisione favorevole richiesta, caratterizza l'azione in senso, corrispondentemente, *assolutamente astratto*, *relativamente astratto* ovvero *concreto*. La rilevanza giuridica che, in via generale, è accordata al potere di azione è, come noto, quella che fa riferimento all'azione relativamente astratta (pur non mancando, in casi specifici, il conferimento di rilievo giuridico, accanto ad essa, anche alle altre tipologie, e in particolare all'azione concreta: si v. quanto detto nel vol. I sull'azione di annullamento e sul relativo oggetto del giudizio).

La domanda giudiziale, per come idonea alla corretta instaurazione e svolgimento del processo, viene quindi considerata rispetto all'azione come situazione giuridica processuale rivolta ad ottenere una decisione di merito, in relazione ad un particolare oggetto del giudizio (da cui la *relativa* astrattezza dell'azione stessa). Detto oggetto, sotto il profilo processuale, è individuato dalla situazione sostanziale oggetto della domanda in rapporto alla tutela processuale richiesta, cioè al provvedimento giudiziale richiesto al giudice rispetto all'esigenza di tutela che la lesione alla situazione giu-

ridica ha determinato (la *forma*, cioè, in cui l'azione si viene a declinare: di mero accertamento, costitutiva o di condanna, secondo quanto già a suo tempo spiegato).

Corrispondentemente all'impostazione delineata, che conferisce generale rilievo giuridico all'azione come relativamente astratta, gli elementi attinenti alla fattispecie della domanda giudiziale individuano le *condizioni di decidibilità in merito* della controversia (mentre può considerarsi essenzialmente superata la tradizionale distinzione tra presupposti processuali e condizioni dell'azione, retaggio dell'impostazione chiovendiana della generale considerazione dell'azione in senso concreto, che si è tentato con difficoltà di mantenere anche una volta passati al modello dell'azione relativamente astratta). La loro mancanza, salvi possibili correttivi che consentano di mantenere in piedi il relativo rapporto processuale (ad es., conversione dell'azione), comporta, al contrario, la conclusione del processo con una decisione di rito.

Tra i requisiti, che devono sussistere ai fini appena rappresentati, possono considerarsi, in particolare, i seguenti: la giurisdizione del giudice amministrativo; la legittimazione processuale (*legitimatō ad processum*); la legittimazione ad agire/a ricorrere (*legitimatō ad causam*); l'interesse ad agire/a ricorrere; gli specifici requisiti individuati dal *Codice* relativi alle diverse forme in cui si può articolare l'azione giudiziale nel processo amministrativo (azione di annullamento, di condanna ad un *facere*, etc.).

Non può invece essere inclusa tra le condizioni di decidibilità in merito della controversia, in senso tecnico, la competenza dell'organo giudiziale normativamente individuato dalla relativa disciplina processuale: ed infatti la domanda erroneamente proposta in questo senso non comporta mai la conclusione del processo con una definizione in rito, ma solo il rinvio al giudice competente, che decide nel merito; cosicché, si afferma condivisibilmente (su tutti, *Proto Pisani*) che il vizio di incompetenza non è vizio della domanda, mentre è vizio del procedimento la decisione assunta dal giudice

incompetente (e, quindi, essenzialmente, il mancato rinvio al giudice competente).

Dei requisiti elencati, alcuni sono già stati oggetto di esauritiva trattazione nel precedente volume (così la giurisdizione, su cui v. vol. I, cap. II; altra questione è poi quella del modo in cui deve essere rilevata la sussistenza o meno della giurisdizione, così come dell'incompetenza, all'interno del processo, questione che attiene alla procedura, e che sarà considerata al cap. successivo). Altri requisiti attengono, invece, al diritto processuale generale, a cui si può conseguentemente rinviare (come per la *legitimatatio ad processum*, per la capacità, cioè, di stare in giudizio, quale versione processuale della capacità di agire, di cui agli artt. 75 ss. c.p.c.). I restanti saranno considerati nel presente capitolo.

## 2. La legittimazione a ricorrere

La legittimazione ad agire individua, nel diritto processuale generale, la titolarità dell'azione. Poiché, come si è appena spiegato, la concezione dell'azione che assume rilievo, sotto il profilo del generale rapporto procedurale di carattere giurisdizionale, è quello dell'azione (relativamente) astratta, la legittimazione coincide con la sussistenza in capo alla parte del potere processuale dal cui esercizio scaturisce la pretesa nei confronti del giudice, e il relativo obbligo in capo a questi, ad adottare una sentenza di merito.

In questi termini, viene allora definito legittimato ad agire colui che si afferma titolare della situazione giuridica sostanziale dedotta in giudizio. Così, è legittimato ad agire, e può quindi ottenere una decisione di merito, chi si afferma titolare di un *proprio* diritto di proprietà, la cui concreta sussistenza andrà valutata in sede di merito; mentre si arresterà al rito l'azione del soggetto che, fuori dai casi previsti dalla legge faccia valere in nome proprio un diritto altrui (art. 81 c.p.c.).

Nell'ambito del processo amministrativo, si è soliti tuttavia affermare che la medesima conclusione non potrebbe trovare riscontro, in ragione delle differenze intercorrenti tra diritti soggettivi e interessi legittimi. La legittimazione a ricorrere davanti al giudice amministrativo consisterebbe, infatti, non nell'affermazione, ma nell'*effettiva titolarità* dell'interesse legittimo (*ex multis* Cons. St., V, 25.6.2018 n. 3923; IV, 1.6.2018 n. 3321; III, 14.3.2018 n. 1643; IV, 4.12.2017 n. 5674).

Tale impostazione sottende la visione comunemente accolta dell'interesse legittimo, da noi precedentemente definita come concernente una situazione *indirettamente strumentale* ad un'utilità finale; quale posizione, cioè, collegata ad un'utilità finale che, pur rappresentando il contenuto della situazione giuridica, non trova tuttavia necessaria soddisfazione nonostante la sussistenza di quest'ultima (dei cui limiti, tuttavia, si è già avuto modo di considerare: v. vol. I, cap. II). In tale rappresentazione, infatti, l'interesse legittimo, per come appunto inteso nella sua chiave tradizionale, non può porsi come oggetto del processo amministrativo, e l'accertamento della sua sussistenza, conseguentemente, non rappresenterebbe il merito del giudizio; quest'ultimo sarebbe invece da individuarsi, nella parimenti tradizionale ottica del giudizio di annullamento, nell'illegittimità del provvedimento impugnato, che è appunto ciò che si situa sul piano dell'affermazione (v. vol. I, cap. V, sez. II). La legittimazione coinciderebbe, allora, con la situazione giuridica sostanziale protetta che si fa valere, e corrisponderebbe interamente alla concreta sussistenza dei presupposti ascrivibili al suo profilo soggettivo, per come a suo tempo individuato (v. ancora vol. I, cap. II).

L'impostazione descritta è stata tuttavia oggetto, di recente, di una generale critica da parte della dottrina. Si è infatti evidenziato come, per la via indicata, la legittimazione parrebbe assumere un connotato sostanzialistico, correlandosi direttamente con la situazione sostanziale (l'interesse

legittimo) nella sua concreta sussistenza (e non nella sua mera affermazione), invece di rimanere nella considerazione processuale che le è propria. Ma per tale via, in realtà, il discorso tradirebbe un'evidente inversione, rappresentando piuttosto, quella appena descritta, una perdurante concezione *processuale* dell'interesse legittimo, ove il rilievo giuridico dell'interesse materiale, che presenti determinati caratteri, è dato, in definitiva, dall'idoneità della sua sussistenza ad attivare la tutela giurisdizionale (la situazione giuridica è ciò che processualmente attiva la tutela, non il suo oggetto). La considerazione dell'effettiva titolarità dell'interesse legittimo, in questo senso, si porrebbe in diretta correlazione con l'impostazione tradizionale del processo amministrativo come processo di annullamento, presupponendo, quale oggetto del relativo giudizio, i motivi di illegittimità fatti valere con il ricorso.

Diverso è invece lo scenario per le impostazioni che hanno assunto, in ordine all'interesse legittimo, la differente prospettiva della sua coincidenza con una *pretesa* giuridicamente tutelata: sia essa, come si ricorderà, alla corretta attuazione della possibilità normativa del risultato favorevole, corrispondente, nell'ipotesi in cui si sia al cospetto di discrezionalità amministrativa, ad un'utilità strumentale; ovvero all'utilità finale, cioè, alla produzione o non produzione dell'effetto corrispondente al potere amministrativo che viene in questione, per come rapportata, se necessario, all'esaurimento della discrezionalità (v. vol. I, cap. II). Le impostazioni in questione, infatti, si sono potute porre in maniera diversa anche in relazione alla legittimazione processuale.

Concepito l'interesse legittimo come una *pretesa* in senso proprio, l'oggetto del processo amministrativo viene ad essere rappresentato, lo si è visto a suo tempo, dalla stessa situazione giuridica di *pretesa* che si pone in rapporto con il potere (nelle due alternative indicate); ciò è possibile, lo si è parimenti spiegato (v. vol. I, cap. V, sez. II), attraverso l'esperimento di un'azione di condanna ad un *facere*. La le-

gittimazione a ricorrere, del pari, può allora essere configurata quale *affermazione* della sussistenza di detta situazione giuridica (della pretesa alla possibilità normativa/all'utilità finale).

In questa alternativa, in ragione dell'impostazione assunta (di una delle due impostazioni assunte) sull'interesse legittimo quale situazione avente struttura di pretesa, la legittimazione si potrebbe quindi porre in maniera conforme al diritto processuale generale. Ed infatti, nella prospettiva descritta, i profili soggettivi, relativi all'interesse legittimo, per come considerati sotto il profilo astratto, atterrebbero al piano delle condizioni di astratta configurabilità (sotto il profilo appunto soggettivo) della situazione giuridica di interesse legittimo, così configurato; atterrebbero, cioè, al piano delle condizioni riferibili alla *possibilità giuridica* della situazione in questione. Mentre la sussistenza in concreto della situazione di pretesa, insieme alla sua lesione, concernerebbe il merito del giudizio (la fondatezza, cioè, della domanda proposta: se l'utilità finale spetta e non è stata conferita; se una corretta definizione della possibilità normativa discrezionale di Tizio al risultato a lui favorevole spetta e non è stata effettuata).

### 2.1. *Legittimazione ex lege e azioni popolari. I modelli processuali differenziati*

Rispetto a quanto rappresentato nel paragrafo precedente, deve peraltro essere effettuato uno specifico approfondimento in ordine ai casi di legittimazione *ex lege* e di azioni popolari.

In talune ipotesi, infatti, la legittimazione ad impugnare un atto amministrativo viene riconosciuta direttamente dalla legge a differenti soggetti, quali associazioni di settore (cfr. ad es. art. 310, d.lgs. 3.4.2006 n. 152, in materia ambientale; art. 146, co. 12, d.lgs. 22.1.2004 n. 42, in materia paesaggistica), singoli portatori di interessi omogenei per una plura-

lità di utenti (art. 1, d.lgs. 20.12.2009 n. 198, c.d. azione per l'efficienza o *class action* amministrativa; art. 4, l. 11.11.2011 n. 180, per le associazioni di categoria professionale), ovvero le stesse autorità amministrative (art. 6, co. 10, l. 9.5.1989 n. 168, sulla legittimazione del MIUR ad impugnare statuti e regolamenti universitari; art. 21 *bis*, l. 10.10.1990 n. 287, sulla legittimazione dell'AGCM ad impugnare gli atti che violino le norme poste a tutela della concorrenza e del mercato; art. 220, d.lgs. 31.3.2023 n. 36, Cod. contr. pubbl., che riprende l'art. 211, d.lgs. 18.4.2016 n. 50, Cod. contr. pubbl. 2016, come modif. dalla l. 21.6.2017 n. 96, sulla legittimazione dell'ANAC ad impugnare gli atti che si pongano in violazione della normativa sui contratti pubblici). Inoltre, vi sono casi in cui il legislatore ha riconosciuto la legittimazione ad una genericità di soggetti, a prescindere da una posizione specificamente individuata: si parla, in tale evenienza, di *azione popolare*, che trova riscontro, essenzialmente, nel contenzioso concernente la materia elettorale, di cui agli artt. 130 ss. c.p.a.

Il problema che tradizionalmente si ravvisa, in tali ipotesi, è quello di stabilire se a fronte del conferimento legislativo della legittimazione processuale, possa ritenersi configurabile, in capo al soggetto legittimato, una situazione di interesse legittimo sotto il profilo sostanziale. La soluzione a tale quesito dipende, essenzialmente, dai caratteri attributivi che si riconoscono alla ricostruzione normativa dell'interesse legittimo, ed è correlata alla modalità con cui viene disciplinata la legittimazione a ricorrere nella specifica ipotesi che viene in questione. Se, ad es., questa è limitata ad uno specifico mezzo di tutela, a fronte di una posizione rispetto alla quale non risultino presenti i caratteri generali dell'interesse legittimo a cui associare la generalità dei rimedi esperibili, la soluzione sarebbe quella negativa, e si sarà al cospetto di un caso di legittimazione straordinaria, di stampo *oggettivo* (*Cerulli Irelli*), rispetto alla quale la posizione rinvenibile in capo al soggetto è solo quella corrispondente al relativo ri-



medio (alla relativa azione concreta). Laddove, poi, siano riscontrabili peculiari modalità di esplicazione della tutela, quanto all'accesso al giudice e/o al conferimento del rimedio (non rileva, invece, la generale specialità del rito, se non incide su tali caratteri), sussisterebbe un ulteriore carattere di differenziazione, non compatibile con la generale considerazione soggettiva della posizione protetta, quale interesse legittimo; in questo senso, sarebbe infatti configurabile un modello processuale che può definirsi *differenziato* rispetto a quello ordinario.

In particolare, sotto quest'ultimo profilo, si è affermato (*Carbone*) che si sarebbe al cospetto di un modello processuale differenziato ogniqualvolta ricorrano le seguenti caratteristiche: vi è l'esigenza di tutela di un interesse pubblico sensibile, ritenuto meritevole di particolare protezione da parte dell'ordinamento; sono presenti, in capo al giudice amministrativo, poteri diversi e ulteriori rispetto a quelli ordinari ad esso conferiti, o comunque vi è una particolare procedura, di carattere amministrativo, appositamente prevista ai fini dell'esplicazione del ricorso; sono dettate regole specifiche in termini di legittimazione.

I modelli differenziati, in questi termini, sarebbero quindi deputati a garantire particolari interessi che, nel quadro del paradigma soggettivistico, rischierebbero di risultare sacrificati. Il passaggio da un processo incentrato sulla legittimità dell'atto ad un processo incentrato sulla situazione giuridica soggettiva del ricorrente (di cui molto si detto nella parte precedente del lavoro) può, infatti, lasciare scoperte esigenze *ulteriori* rispetto a quelle concernenti l'effettività della tutela di detta situazione soggettiva: i modelli processuali differenziati avrebbero appunto lo scopo di rispondere a tali ulteriori esigenze, affiancandosi al modello ordinario; proprio in ragione del loro presentarsi come modelli processuali distinti, essi possono svolgere un siffatto compito senza cercare di contemperare opposte esigenze, e quindi senza stravolgere la struttura generale del processo am-

ministrativo improntato sulla tutela della situazione giuridica del soggetto. In questa prospettiva, si sarebbe così al cospetto di un modello differenziato qualora, come detto, in relazione ad un determinato contenzioso, non sia dato riscontrare una modalità esplicativa della giurisdizione amministrativa incentrata sull'accertamento della situazione giuridica del ricorrente e sulla tutela avverso la sua lesione, in ragione dell'inconfigurabilità di una siffatta situazione pur a fronte di uno specifico riconoscimento della legittimazione, e della predisposizione di mezzi particolari e limitati di tutela in relazione ad una certa forma di legittimazione, o comunque di una particolare procedura complessa che deroghi sotto il profilo sostanziale a quella ordinaria. Si pensi, tra gli esempi precedentemente ricordati, alla legittimazione dell'AGCM ad impugnare gli atti che violino le norme poste a tutela della concorrenza e del mercato art. 21 *bis*, l. 10.11.1990 n. 287, che prevede uno specifico procedimento amministrativo preliminare volto a contestare, all'autorità amministrativa che ha adottato l'atto, la relativa violazione, con la possibilità di un confronto tra le relative posizioni; si pensi, ancora, alla specifica disciplina della *class action* amministrativa; o alla disciplina propria dell'azione popolare nel contenzioso elettorale; etc. (peraltro, va evidenziato, anche il contenzioso sui contratti pubblici, di cui agli artt. 121 ss. c.p.a., presenta caratteristiche analoghe, pur non essendo associata ad una particolare disciplina sulla legittimazione: v. *infra*).

Rimane fermo, ad ogni modo, che, anche ricadendosi in un'ipotesi di legittimazione oggettiva, o di modello compiutamente differenziato, il processo, una volta esercitata l'azione, si svolge secondo le modalità consuete dello schema "soggettivo", salve solo le eventuali deroghe corrispondenti alla specifica differenziazione del modello processuale.

### 3. *L'interesse a ricorrere*

L'interesse ad agire (a ricorrere, nel processo amministrativo) secondo la posizione maggioritaria, individua l'utilità concreta che l'accoglimento della domanda giudiziale è idonea a determinare nella sfera giuridica del ricorrente. Utilità che deve sempre sussistere a norma dell'art. 100 c.p.c., secondo cui "*per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse*".

Nel diritto processuale generale, tuttavia, l'effettivo ruolo dell'interesse ad agire è stato posto da più parti in discussione, in ragione della difficoltà di conferire a tale figura un'autonoma rilevanza (*Allorio*). Si è infatti rilevato come, appuntandosi l'azione sulla situazione giuridica fatta valere e sulla sua lesione, la meritevolezza della tutela risulti già vagliata dal legislatore; cosicché, si è aggiunto, questa sussisterebbe comunque sul piano astratto, mentre rientrerebbe, la lesione, all'interno della considerazione della situazione giuridica fatta valere (ad es., la sussistenza del credito inadempito contiene già in sé la meritevolezza della tutela richiesta). In tale prospettiva, si è allora negato qualsiasi rilievo alla figura dell'interesse ad agire; o, più spesso, si è limitato tale rilievo a quelle sole azioni la cui lesione, e conseguente esigenza di tutela, non fosse direttamente ricollegabile ad una violazione in senso tecnico della situazione giuridica affermata (come invece per l'inadempimento del credito). Tale ultima evenienza si verificherebbe, in particolare, per l'azione di mero accertamento (v. *Attardi*): così, l'interesse ad agire nel senso del mero accertamento del proprio diritto di proprietà deriverebbe dalla contestazione del diritto stesso da parte di altri, quale elemento esterno rispetto alla considerazione della situazione soggettiva.

Rispetto a tale prospettiva, invero, una differente impostazione ha ritenuto che potesse essere comunque mantenuta una rilevanza generale all'interesse ad agire, quale figura comunque idonea a rivestire il ruolo di descrivere in via ge-

nerale il rapporto di utilità che deve sussistere tra la lesione affermata e il provvedimento del giudice. L'idoneità della tutela a garantire l'interesse di chi agisce in giudizio, ancorché mantenuta sul piano della mera ipoteticità rispetto alla fondatezza in merito dell'azione, dovrebbe infatti comunque essere valutata in relazione alla specifica vicenda che viene in questione: in altri termini, dovrebbe essere assicurato che la *normale* idoneità della tutela a garantire l'interesse, oggetto della valutazione normativa, corrisponda ad una *concreta* idoneità nel medesimo senso, che potrebbe mancare (si pensi, ad es., all'impugnazione di un testamento che, ancorché fondata nel merito, porterebbe alla reviviscenza di un testamento precedente di identico contenuto). A tale scopo risponderrebbe appunto l'istituto dell'interesse ad agire (*Sassani*).

La considerazione dell'interesse ad agire quale requisito idoneo ad esprimere, in via generale, una relazione di utilità tra il fatto lesivo affermato e il provvedimento giudiziale richiesto, il quale, rispetto alla relazione in questione, viene ad assumere specifica rilevanza nella valutazione dell'utilità che risulta in concreto conseguibile, si presta a fornire un'efficace descrizione del ruolo di tale istituto nel processo amministrativo.

Sul punto, va peraltro evidenziato come, rispetto allo scenario processualcivilistico descritto, in quello proprio del processo amministrativo l'interesse ad agire/a ricorrere non ha conosciuto una perdita di rilievo, ma anzi si sia caratterizzato per la sua perdurante centralità.

In particolare, nel giudizio amministrativo la giurisprudenza è costante nel richiedere che l'azione giurisdizionale sia sorretta da un interesse di carattere processuale, consistente in un'utilità, di carattere finale o quantomeno strumentale rispetto al bene della vita perseguito, che si verrebbe ad ottenere con l'accoglimento del ricorso, a fronte di una lesione subita dall'illegittimità dell'azione amministrativa; in assenza di tale condizione, la domanda sarebbe

inammissibile, ovvero improcedibile, laddove il suo venir meno si verifichi nel corso del giudizio. Si pensi, ad es., al caso in cui un soggetto, risultato non vincitore a seguito dell'espletamento di una procedura concorsuale, faccia valere censure che, anche se fondate, non lo collocherebbero in una posizione utile nella graduatoria; si pensi, ancora, al caso di una gara di appalto con più di due imprese partecipanti, ove l'impugnazione dell'aggiudicazione, in relazione alle doglianze fatte valere dal soggetto non aggiudicatario, non possa portare all'aggiudicazione dell'appalto all'impresa seconda classificata, ma solo all'annullamento della gara, che però non permetterebbe, all'impresa non aggiudicataria ricorrente, di avere una nuova possibilità di conseguire l'appalto una volta che questo venga nuovamente bandito, stante la presenza in graduatoria di una terza impresa. In questo senso, l'interesse a ricorrere non verrebbe a confondersi con l'interesse legittimo, che è invece la posizione sostanziale del ricorrente che si confronta con l'esercizio del potere amministrativo (v. in proposito, da ultimo, Cons. St., A.P., 9.12.2021 n. 22).

L'impostazione appena descritta presuppone, ancora una volta, una concezione classica dell'interesse legittimo, nei termini già rappresentati, come posizione soggettivamente tutelata che garantisce una tutela di annullamento. L'utilità ulteriore, di cui si richiede la concreta sussistenza, è, infatti, tale rispetto all'oggetto del giudizio, per come rappresentato dai motivi di illegittimità dell'atto fatti valere.

In questo senso, la costruzione dell'interesse a ricorrere si presenta coerente con la sua funzione di rappresentazione di un'utilità concreta ulteriore, rispetto al mero annullamento dell'atto. Tuttavia, per tale via, si tradisce, nuovamente, la funzione processuale dell'interesse legittimo, per cui l'utilità, finale o strumentale, non è posta a diretto oggetto del giudizio, ma può rilevare solo per vie traverse, quale requisito processuale di accesso alla tutela e al suo ottenimento. Il problema risulta essere quello, già spiegato anche in prece-

denza, per cui la concezione dell'interesse legittimo comunemente accolta, come situazione indirettamente strumentale, rivela un'incapacità ad una compiuta individuazione della propria consistenza, che rischia di portare ad un rilievo meramente processuale di un interesse altrimenti relegato ad un piano unicamente materiale.

Diverso risulta essere, invece, il ruolo dell'interesse a ricorrere qualora si assuma a consistenza dell'interesse legittimo una pretesa rivolta ad un'utilità strumentale (la possibilità normativa del risultato favorevole) ovvero all'utilità finale (la produzione/non produzione dell'effetto). In entrambe le ipotesi in questione, i profili tradizionalmente ascritti all'interesse a ricorrere concernerebbero, infatti, direttamente l'interesse legittimo (o, al limite, la sua attuazione). Così, per rimanere all'esempio sopra effettuato, di un soggetto, risultato non vincitore a seguito dell'espletamento di una procedura concorsuale, che faccia valere censure che, anche se fondate, non lo collocherebbero in una posizione utile nella graduatoria: in tale evenienza, rispetto ad un giudizio che abbia ad oggetto non il mero annullamento dell'atto, ma la sua pretesa a risultare vincitore, o ad un corretto esercizio della discrezionalità in ordine alla possibilità di risultare vincitore, non mancherebbe l'interesse a ricorrere; risulterebbe invece non dimostrata la fondatezza del merito del giudizio, cioè la sussistenza della pretesa stessa, o della sua lesione, in quanto non sono allegati elementi sufficienti a dimostrare che sussista la situazione giuridica affermata, o che essa sia stata violata.

Nella prospettiva da ultimo descritta, quindi, la carenza dell'interesse a ricorrere potrebbe ravvisarsi solo in ipotesi differenti, e avrebbe un ben più limitato rilievo rispetto a quello che tale figura attualmente assume. Salvo casi specifici, la carenza di interesse verrebbe in via generale a rilevare solo qualora, anche a fronte dell'attuazione della situazione giuridica di pretesa, l'astratta idoneità della tutela a soddisfare l'interesse sotteso a detta situazione non corrisponda ad una sua concreta idoneità nel medesimo senso, e sarebbe,

quindi, da ravvisarsi nella *mancaza di (perdurante) utilità*, in concreto, all'ottenimento della tutela perseguita (si pensi, ad es., al provvedimento necessario all'esercizio di una determinata attività, che, decorso un determinato periodo di tempo, non sia più utile per il ricorrente).

#### 4. *La disciplina delle differenti forme dell'azione*

Come si è avuto modo di spiegare nel precedente volume (cap. V, sez. II), la forma di tutela richiesta al giudice dipende dal fatto antiggiuridico da cui consegue lo stato lesivo della situazione soggettiva, il quale esprime, come tale, un determinato bisogno di tutela. La tipologia di situazione giuridica che viene in questione deve essere quindi rapportata, per la determinazione della forma di tutela a cui accedere, allo stato antiggiuridico rispetto ad essa pregiudizievole. In questo senso, è possibile individuare forme di tutela di mero accertamento, costitutive e di condanna, nei termini precedentemente rappresentati.

La considerazione delle singole forme di tutela, in ordine alla declinazione del relativo oggetto del giudizio, è già stata effettuata nella parte precedente del *Corso*. In questa sede, conformemente al contenuto della presente trattazione, si deve invece rappresentare la disciplina processuale delle singole azioni, in relazione all'ammissibilità e alla procedibilità della relativa domanda.

La disciplina in questione riveste particolare rilievo in quanto, come a suo tempo spiegato, il *Codice* prevede espressamente le azioni esperibili nel processo amministrativo. Ciò significa che il sistema processuale è improntato ad un canone di *pluralità delle azioni*, ove eventuali azioni *atipiche* possono trovare riscontro soltanto in via residuale, e in quanto non contrastino con la disciplina codicistica. La considerazione delle singole azioni ammissibili, precedentemente effettuata, riveste, allora, rilevanza sotto tale profilo.

In tale prospettiva, si è potuta ricavare una regola generale di sistema, quella dell'inammissibilità di forme di tutela preventiva. L'art. 34, co. 2, prima parte, c.p.a., sancisce infatti che il giudice non può pronunciarsi "*con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*". Ciò significa che non è possibile esperire azione giudiziale prima dell'adozione del provvedimento amministrativo che definisca il relativo procedimento, secondo le regole generali, ovvero prima che sia scaduto il termine di conclusione del procedimento (conformemente, si aggiunge, a quanto statuito dall'art. 7 c.p.a. sull'ambito della giurisdizione amministrativa, riferito alle "*controversie ... concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo*"). Non può, quindi, determinarsi una lesione, giuridicamente rilevante, sin quando la decisione stessa non sia stata definita o sia mancata la sua definizione incorrendosi nel relativo inadempimento procedimentale.

La mancanza di una tutela preventiva, che della norma appena richiamata risulta espressione, non è peraltro da intendersi quale mero limite processuale, normativamente prescritto alla tutela della posizione del privato. La limitazione in questione, invece, rappresenta una conseguenza diretta della circostanza che l'Amministrazione non agisce come un normale operatore sostanziale, ma iscrive la sua azione in una precisa struttura procedimentale: la lesione, conseguente alla sua attività, può essere quindi determinata solo dalla decisione che in detta struttura procedimentale si inserisce, o dalla mancanza della decisione nel termine normativamente previsto per la conclusione del procedimento.

Allo stesso modo, dall'impianto codicistico complessivo si sono ricavate regole specifiche sull'ammissibilità delle singole azioni, che verranno in questa sede riprese. Così, si è detto come è ammissibile un'azione di condanna ad un *facere* avente qualsiasi contenuto (purché non preventivo) idoneo a tutelare la situazione giuridica dedotta in giudizio, in quanto in questo senso espressamente stabilito dall'art. 34, lett. c), c.p.a., che appunto conferisce un contenuto generi-



co all'azione di condanna ad un *facere*. Ancora, è stata reputata ammissibile un'azione di mero accertamento, pur non espressamente disciplinata dal dettato codicistico, nelle specifiche ipotesi in cui può venire in questione (invero, piuttosto limitate, in ragione del rilievo di tale forma di tutela, rispetto alle vicende concernenti l'esercizio di un potere amministrativo). Si è rilevato, poi, come un'azione costitutiva *in positivo* (volta, cioè, non all'annullamento di un atto, ma alla produzione di un effetto in luogo dell'Amministrazione) sia ammessa solo nelle ipotesi di giurisdizione di merito, e non nella generalità della giurisdizione amministrativa (ove è solo possibile una *condanna* dell'Amministrazione alla produzione dell'effetto stesso), in ragione di quanto in questo senso sancito dall'art. 34, lett. d), c.p.a. E così via.

#### 4.1. *La disciplina dell'azione di annullamento*

L'azione di annullamento è la forma di tutela, di natura costitutiva, volta ad eliminare l'operatività dell'atto in ordine alla produzione del relativo effetto, che si pone in ragione della mancata compiuta integrazione della fattispecie dell'esercizio del potere. Tale mancanza, rappresentativa di una scorrettezza formale o sostanziale, qualora si mantenga su un vizio di illegittimità (cioè di un vizio di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere, senza sfociare nella nullità), comporta infatti l'annullabilità dell'atto amministrativo, ai sensi dell'art. 21 *octies*, l. n. 241/1990. L'azione va proposta, a pena di inammissibilità, nel termine decadenziale stabilito dall'art. 29 c.p.a., di sessanta giorni dalla conoscenza o conoscibilità dell'atto.

L'atto, o gli atti, suscettibili di impugnazione sono quelli che definiscono, o concorrono a definire, in senso che si assume lesivo, la posizione giuridica del privato. In generale, è questa una declinazione del divieto di pronuncia sul potere non ancora esercitato, di cui si è già avuto di spiegare. Sono così in generale impugnabili, ad es., gli atti di un concorso

che definiscono il procedimento in senso negativo rispetto alla produzione dell'effetto favorevole al privato, come non vincitore, non idoneo o non avente i requisiti di presentazione della domanda (esclusione dal concorso); non è invece impugnabile, continuando nell'es., l'ammissione della domanda di partecipazione altrui, da sola e prima della conclusione della procedura concorsuale, in quanto non idonea a definire nel senso descritto il procedimento. In taluni casi, poi, la decisione si considera non necessaria in quanto già assunta direttamente nella normativa generale, come nel caso di una clausola di un bando che sia immediatamente escludente, la quale, come tale, deve essere oggetto di immediata impugnazione (Cons. St., A.P., 26.4.2018 n. 4).

L'azione di annullamento, per lungo tempo, lo si è visto nella precedente parte della trattazione, è stata l'unica forma di tutela davanti al giudice amministrativo. Attualmente, invece, essa si affianca ad altre azioni esperibili; ma, sotto il profilo che viene ora in evidenza, assume comunque una portata generale, in ragione del suo rilievo in ordine all'impugnazione dell'atto amministrativo (che si assume) illegittimo.

Tale ruolo dell'azione di annullamento si pone in sé, e in relazione alla proposizione di azioni differenti – in particolare, dell'azione di condanna ad un *facere*. Esso deriva dalla considerazione processuale che il *Codice* le conferisce, in rapporto con il regime sostanziale proprio dell'atto amministrativo. L'art. 34, co. 2, seconda parte, c.p.a. stabilisce infatti che, salvo quanto previsto per l'ipotesi di contenzioso risarcitorio (v. *infra*), il giudice non può “*conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento di cui all'art. 29 c.p.a.*”.

Il *Codice*, lo si è già accennato nella parte precedente, non disciplina cioè l'azione di condanna, o le altre azioni aventi il medesimo ruolo, in maniera integrata con l'impugnazione dell'atto, e con l'esplicazione dell'effetto di annul-

lamento in ordine ad esso, tale per cui sia possibile, per la via corrispondente, superare la realtà difforme rappresentata dalla decisione amministrativa. L'esperimento dell'azione di annullamento viene dunque considerato dal *Codice* necessario al fine di superare la realtà rappresentata dall'atto. Il giudice amministrativo, corrispondentemente, non può neppure conoscere del rapporto tra privato e P.A., se i relativi elementi devono essere contestati attraverso l'impugnazione dell'atto, facendo valere correlati motivi di illegittimità di quest'ultimo, che devono essere espressamente sollevati nel ricorso (art. 40, lett. d), c.p.a.). In tale prospettiva, l'azione di annullamento riveste quindi una rilevanza generale, di carattere strumentale, quale condizione di ammissibilità delle azioni che necessitano, rispetto al provvedimento amministrativo adottato, di metterlo in discussione e di farne venir meno la relativa operatività in ordine ai suoi effetti, mancando una disciplina integrata volta a considerare, all'interno della complessiva regolamentazione delle azioni in questione, l'impugnazione dell'atto e l'esplicazione dello stesso effetto di annullamento (v. pure, oltre a quanto già detto nel vol. I, *infra*).

Tale rappresentazione si collega a quanto spiegato al momento di trattare dell'oggetto del giudizio, per cui, si è detto, l'azione di annullamento risulta idonea a presentarsi in maniera differente a seconda che sia esperita isolatamente, ovvero che sia accompagnata dall'azione di condanna ad un *facere* provvedimento.

Nel primo caso, il giudizio si presenta nei suoi termini tradizionali, e ha ad oggetto i motivi di illegittimità dell'atto fatti valere dal ricorrente (o, se si ritiene preferibile, l'azione concreta di annullamento, cioè la propria pretesa processuale, nei confronti del giudice, ad ottenere l'annullamento dell'atto illegittimo, in ragione dei motivi fatti valere). Dalla sentenza di annullamento scaturiscono i tradizionali effetti *caducatori*, *ripristinatori* e *conformativi*, per come a suo tempo spiegati (v. vol. I, cap. V, sez. II), e per come si vedranno al

momento di trattare della portata precettiva della sentenza (v. *infra*, cap. III).

Qualora, invece, l'azione di annullamento sia proposta congiuntamente all'azione di condanna ad un *facere* provvedimento, o ad altra azione a quest'ultima sotto tale profilo corrispondente, si viene ad improntare l'oggetto del giudizio sulla situazione giuridica di interesse legittimo del ricorrente (laddove, si intende, se ne accetti una concezione ad essa compatibile, cioè quale situazione avente la struttura di pretesa, in vario modo considerata, come in precedenza spiegato). Ciò si pone in correlazione con l'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, il quale, sancendo la non annullabilità dell'atto per vizi formali o procedurali, qualora il contenuto del provvedimento non poteva essere diverso da quello in concreto adottato, appunta l'annullamento dell'atto – nei limiti che si ritiene di dover riconoscere alla previsione in questione – direttamente sulla questione sostanziale concernente la sussistenza o insussistenza della situazione giuridica di interesse legittimo, non consentendo altrimenti che l'atto possa essere annullato da parte del giudice.

L'azione di annullamento, in quest'ultima prospettiva, svolge quindi un ruolo strumentale, nei termini descritti, e funzionale all'azione che estende all'intera situazione sostanziale l'oggetto del giudizio. Sotto il profilo processuale, come si vedrà meglio appresso, ciò comporta che le condizioni di proposizione dell'azione corrispondente (come detto, essenzialmente, quella di condanna ad un *facere*) debbano fare riferimento, in presenza di un atto adottato dalla P.A., a quelle dell'azione di annullamento, che deve essere comunque esperita (su tutte, il termine di impugnazione di sessanta giorni). Inoltre, è possibile che la stessa efficacia caducatoria dell'annullamento si debba adattare all'effettiva esigenza del privato, fatta valere ponendo ad oggetto del giudizio la relativa situazione di pretesa sostanziale, attraverso la proposizione dell'azione corrispondente; si debba, cioè, *modulare* per collegarsi funzionalmente alla necessità di adempimento