



Daniele Granara
**L'accertamento del fatto nel giudizio amministrativo
alla luce del dettato costituzionale**

SOMMARIO: 1. La tutela dell'interesse legittimo: la tradizione impugnatoria. – 2. Il Codice del processo amministrativo e la crisi della teoria processualista. – 3. Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Costituzione. – 4. La natura sostanziale dell'interesse legittimo: la conferma del Legislatore. – 5. La specialità del Giudice amministrativo.

1. La tutela dell'interesse legittimo: la tradizione impugnatoria.

La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della pubblica amministrazione lesivi dell'altrui sfera giuridica è stata tradizionalmente concepita e delineata secondo il modello del processo impugnatorio, ovvero di un procedimento giurisdizionale caratterizzato da una cognizione del Giudice incentrata principalmente sull'atto oggetto di doglianze, invece che sul rapporto instauratosi tra il soggetto che si ritiene leso e la Pubblica Amministrazione¹.

La scelta di un tale modello processuale per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi è stata dettata, tra le altre ragioni, dalla stessa concezione di interesse legittimo, frutto di una lunga e faticosa elaborazione da parte della dottrina pubblicistica, iniziata già a partire dal XIX secolo², nonché della

¹ Per una ricostruzione storica dell'evoluzione della giustizia amministrativa, si vedano, G.S. PENE VIDARI, *Giustizia amministrativa (storia)*, in *Dir. (disc. Pubbl.)*, VII, 502 ss.; A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 635 ss.; S. LICCIARDELLO, *La giustizia amministrativa come servizio pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, fasc. 2, 798 ss.; F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Settima edizione, Torino, 2017, 5 ss.; ID., *L'interesse legittimo. Storia e Teoria*, Torino, 2017, pp 6 ss.; M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 871 ss.; ID., *Giustizia amministrativa*, sesta edizione, a cura di Enzo Cardì e Alessandro Nigro, Bologna 2002, 62 ss.; L. MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust.amm.*, 1891, IV, 29 ss.; F. Francario e M.A. Sandulli (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa in ricordo di Leopoldo Mazzarolli*, Napoli, 2017; A. ANGELETTI, *Le origini del sistema di giustizia amministrativa*, in *Il nuovo processo amministrativo*, Commentario sistematico diretto da Roberto Caranta, Bologna, 2011, 1 e ss.; M.S. GIANNINI, *La legislazione italiana sulla giustizia amministrativa*, in *Scritti*, X, Milano, 2008; L. ARMANNI, *La riforma del Consiglio di Stato e la giurisdizione amministrativa*, Assisi, 1891; V. CERULLI IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, Pescara, 1979; S. ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, capo III, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo Italiano*, vol. III, Milano, 1907; F. Benvenuti, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 589 ss.; L. MAZZAROLLI, *La tutela giurisdizionale del cittadino tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Bologna 2005, II; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, IV, Milano, 2003, 3 ss.; P. MANTINI, *La nuova giustizia amministrativa. Trasformazioni, organizzazione, riforme*, con presentazione di Filippo Patroni Griffi, Milano, 2017.

² L'occasione per l'emersione di un florido dibattito dottrinale circa la definizione dell'interesse legittimo, si ebbe con l'abolizione del contenzioso amministrativo, disposta dall'Allegato E della l. 20 marzo 1865, n. 2248. Il dibattito, infatti, mosse i suoi primi passi alla Camera dei deputati, con i discorsi di Pasquale Stanislao Mancini, Francesco Crispi, Serafino Soldi, Antonio Mosca e di altri illustri deputati. L'idea invalsa all'epoca fu quella di abolire il contenzioso amministrativo, in quanto si riteneva che l'unica posizione giuridica meritevole di tutela giurisdizionale fosse il diritto soggettivo e che la tutela medesima potesse essere accordata solo per il tramite di un giudizio dinnanzi al giudice ordinario, mentre i meri



tecniche normative

giurisprudenza sia civile sia del Consiglio di Stato.

Ancora oggi, la portata ed il contenuto della posizione giuridica soggettiva che si sostanzia nell'interesse legittimo sono oggetto di profondo dibattito tra gli studiosi e gli operatori del diritto, tanto che la medesima nozione di interesse legittimo è in continua evoluzione, in quanto, oltre essere stata e costituire tuttora criterio definitorio del modello processuale è, d'altro canto, influenzata e colorata dalla struttura del processo medesimo e dal suo svolgimento.

La tradizionale e sedimentata differenziazione delle posizioni giuridiche soggettive che ha conosciuto l'ordinamento italiano sulla scia dei sistemi costituzionali di diritto amministrativo, è derivata dalla particolare posizione accordata, nell'ambito del predetto ordinamento, all'Amministrazione pubblica, che, da sempre, gode di un trattamento giuridico differenziato rispetto a quello di cui sono destinatari gli altri soggetti del diritto.

In ciò si afferra la differenza concettuale rispetto al sistema di *common law* britannico, che non riconosce alla Pubblica Amministrazione alcun privilegio, collocandola, sotto il profilo sistematico e almeno tendenzialmente, sul piano degli altri soggetti giuridici e creando in proposito un diritto comune agli operatori pubblici e privati³.

La peculiare posizione della pubblica amministrazione è, del resto, necessaria e funzionale

interessi potevano trovare la loro soddisfazione in sede di procedimento amministrativo: la violazione di un interesse non importava alcuna violazione di legge e, pertanto, non vi era necessità di coinvolgere il potere giurisdizionale. In tal senso, si espresse P.S. Mancini, nel noto discorso alla Camera dei Deputati tenuto il 9 giugno 1864, che invitava il cittadino, di fronte ad un cattivo esercizio della funzione amministrativa a rassegnarsi, "siccome nulla può esservi di contenzioso, dove non è doglianza di alcun diritto violato, né di alcuna legge infranta: ivi si arresterà ogni discussione; le decisioni dell'autorità amministrativa saranno definitive, obbligatorie, intangibili; e soprattutto la giustizia dei tribunali non avrà alcun titolo per immischiarsi; e se il facesse, commetterebbe una invasione ed usurpazione di poteri, un attentato alla legittima indipendenza dell'autorità amministrativa". Suggestiva e curiosa è poi la distinzione operata, ma indicativa della cultura dell'epoca, da Serafino Soldi "tra diritti e desideri", nella medesima seduta parlamentare.

Voce di segno opposto, già in sede di dibattito parlamentare fu quella di Filippo Cordova, che, criticò il progetto di legge, poiché "Broglie pensò di chiamare, quelli che io chiamo diritti, interessi legittimi, *intérêts à apprécier*, ed è questa in rapporto ai privati la vera funzione dell'amministrazione. Ma questi interessi ad apprezzare, questi interessi a valutare, cosa che sta bene nella bocca di un francese, che cosa sono se non diritti? Non vi è altra differenza tra questi diritti e quelli che sono confidati alla tutela dell'autorità giudiziaria, se non che si tratta di diritti che sono subordinati alla considerazione dell'utilità pubblica, di diritti minori, diritti subordinati" (cfr., in proposito, F.G. SCOCA, *op. cit.*, 2017, 3 ss.).

³ In proposito, si veda G.P. Cirillo, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, 2019. L'A. mette in luce come, anche nel sistema italiano, la distinzione tra diritto civile e diritto amministrativo è sempre più sfumata, visto che i confini delle due discipline sono attraversati, in senso bidirezionale, dall'opera del legislatore, interno e comunitario, nonché della giurisprudenza, verso una prospettiva tendente alla configurazione di un diritto comune, sotto tre distinti angoli prospettici: "la tendenziale procedimentalizzazione di tutte le attività giuridiche; il depotenziamento dell'attività autoritativa e la dequotazione dell'atto amministrativo come sintesi delle ragioni della collettività, soprattutto nei meccanismi di coinvolgimento degli interessi dei terzi che rimangono quindi toccati dal procedimento, ma non sempre entrano nella valutazione decisoria; la crisi della categoria e della funzione ordinante del contratto nonché della sua tendenziale funzionalizzazione".

La tesi, che l'A. esprime da un punto di vista del diritto sostanziale, ben può attagliarsi anche al diritto processuale, ove si consideri la tendenza del diritto procedurale amministrativo, grazie all'opera del legislatore più che della giurisprudenza, la quale, sotto questo profilo sembra assumere un atteggiamento di *self-restraint*, a dotarsi di una struttura sempre più prossima a quella del processo civile, soprattutto ove si guardi allo spostamento, dall'atto impugnato al rapporto dedotto in giudizio, dell'accertamento del Giudice amministrativo, dovuto sicuramente all'evoluzione della nozione di interesse legittimo, ma anche alla neonata impiegabilità di tutti i mezzi di prova tipici del processo comune. In proposito, cfr. R. GRECO, *L'istruttoria e l'accertamento del fatto nel codice del processo amministrativo*, in [Giustizia Amministrativa](#), 3 gennaio 2011, e la bibliografia ivi citata, tra cui G. ABBAMONTE, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in [LexItalia.it](#), 2002.



tecniche normative

all'esercizio delle funzioni cui la medesima è preposta e, in particolare, al perseguimento del pubblico interesse, che rappresenta il fine ultimo ed il criterio ispiratore dell'azione amministrativa.

L'interesse pubblico, come noto, non sempre collima con gli interessi privati, di cui ogni soggetto giuridico è portatore, ponendosi, anzi, più volte, con essi in una posizione conflittuale e di contrasto.

Conseguentemente, attesa la preminenza non solo giuridica, ma prima ancora assiologica dell'interesse pubblico volto al soddisfacimento delle esigenze dell'intera comunità rispetto agli interessi privati, che, invece, propri della sfera giuridica particolare, sono finalizzati alla soddisfazione di esigenze singolari e personali, l'ordinamento giuridico ha ritenuto di riconoscere all'Amministrazione una serie di poteri che le consentissero di imporre il sacrificio della sfera giuridica altrui, anche senza il consenso del soggetto titolare.

Diversamente, il perseguimento dell'interesse pubblico avrebbe dovuto avvenire sempre con l'impiego di un modulo consensuale, per il quale la cultura giuridica italiana ed in genere continentale non era pronta⁴.

⁴ In proposito, corre l'obbligo di ricordare la modifica intervenuta all'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241, per il tramite dell'art. 1 della l. 11 febbraio 2005, n. 15. La novella ha aggiunto all'art. 1 della Legge generale sul procedimento amministrativo il comma 1-bis, a mente del quale “*la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*”.

La modifica è stata approvata non senza contrasti interni al Parlamento circa la sua effettiva portata, che vedevano da una parte chi riteneva che la stessa altro non fosse che il recepimento legislativo dell'orientamento giurisprudenziale, ormai consolidato, per cui in assenza di disposizioni di diritto pubblico e quindi speciali, si applica il Codice civile e, dall'altra, chi guardava alla riforma come il riconoscimento da parte del Legislatore della “tendenza dell'ordinamento verso il superamento del dogma che storicamente attribuiva all'amministrazione il dovere di agire mediante poteri di imperio ed atti unilaterali” (Relazione di G. BRESSA, in *Resoconto stenografico dell'Assemblea*, seduta n. 573 del 24.1.2005, in <http://legxiv.camera.it>, 15), nonché come una linea direttrice per l'attività pubblica, la quale, salvo i casi espressamente previsti, avrebbe dovuto svolgersi con l'impiego degli strumenti del diritto civile.

In tale ultimo senso si muoveva l'opinione di Gianclaudio Bressa, relatore alla Camera del disegno di legge, secondo cui “la riforma si inquadra nelle moderne tendenze di privatizzazione volte a ridimensionare le connotazioni pubblicistiche dell'amministrare e si configura non soltanto come una scelta tecnica, ma anche come una scelta culturale-istituzionale volta a privilegiare un modello paritario e non gerarchico nei rapporti tra i cittadini e le amministrazioni. Si tratta del riconoscimento normativo della preferenza, fatti salvi gli espressi divieti di legge, che le amministrazioni pubbliche operino in via generale attraverso gli strumenti del diritto privato, anche nel perseguimento dei propri fini istituzionali consistenti nella cura concreta degli interessi pubblici ad esse affidati dalla legge. La nuova disposizione non incide, pertanto, sulla natura della funzione amministrativa, che rimane finalizzata al miglior perseguimento dell'interesse pubblico, ma soltanto sulla sua forma, che si esprimerà, in via generale, attraverso i moduli dell'agire consensuale, pur restando assoggettata ai principi di carattere pubblicistico enunciati nel nuovo comma 1 dell'articolo 1 sopra richiamati” (Resoconto stenografico dell'Assemblea, Seduta n. 573 del 24.1.2005, cit., 15 ss.).

Tale ultima tesi è l'unica che coglie a pieno il portato della riforma quale *revirement* dell'impostazione tradizionale che vedeva nell'attività pubblicistica l'unica in grado di apprestare tutela all'interesse pubblico, postulando così l'impiego da parte dell'Amministrazione dei soli strumenti ad essa specificamente dedicati dal Legislatore. La novella, insomma, impone all'Amministrazione di utilizzare, primieramente e per quanto possibile, nell'esercizio dei propri poteri, un modulo consensuale, volto alla ricerca del consenso e dell'accordo con i destinatari dei provvedimenti, i quali garantiscono il perseguimento dell'interesse pubblico, con sacrificio minimale dell'interesse privato, in un'ottica di Amministrazione al servizio dei cittadini. D'altro canto, non pare sostenibile che il nuovo comma 1-bis sia solamente funzionale ad accordare alla Pubblica Amministrazione la possibilità di impiego di strumenti civilistici, in assenza di norme pubblicistiche, in quanto, così opinando, la novella legislativa risulterebbe del tutto priva di significato, risultando un mero recepimento di un'acquisizione non solo ormai consolidata ma anche piuttosto scontata.

Sulla tendenza alla “privatizzazione” dell'azione amministrativa, cfr., *ex plurimis*, G.P. CIRILLO, *op. cit.*, 2019; F.G. Scoca (a cura di), *op. cit.*, 2017, 175 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in AA. VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Milano, 2002, 79 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato*



tecniche normative

Di qui, il riconoscimento in capo alla pubblica amministrazione di uno speciale regime giuridico, collocando la stessa su di un piano di superiorità rispetto agli altri soggetti del diritto, tale da consentirle di incidere nella loro sfera giuridica, a prescindere dal consenso, secondo un modello di azione definito autoritativo o *iure imperii*, estraneo al diritto comune.

La contropartita dello speciale regime giuridico di cui è stata destinataria la pubblica amministrazione si esprime e si sostanzia nella posizione giuridica di cui è titolare il soggetto nei cui confronti l'atto amministrativo, adottato secondo il modello autoritativo, produce i suoi effetti, ovvero una posizione che non può qualificarsi come di diritto soggettivo, attesa l'impossibilità per il titolare di contrastare, secondo la sua volontà, l'azione dell'Amministrazione, ma connotandosi come interesse meritevole di tutela giurisdizionale e, come tale, definito legittimo⁵, per distinguerlo da altri interessi, *ex se* non assistiti da tale tutela, quali gli interessi di mero fatto⁶.

Trattasi, a differenza del diritto soggettivo, di un interesse che, in tanto si distingue dagli interessi di fatto, in quanto abbia *ex se* una tutela giurisdizionale.

Pur rendendo così omaggio alla nota tesi del Guicciardi⁷, non si vuol con ciò affermare che l'interesse legittimo coincida con detta tutela, essendo quest'ultima logicamente susseguente e tuttavia l'autonomia sostanziale dell'interesse legittimo presuppone sempre la sua correlazione con l'azionabilità in giudizio, onde evitare che resti pretesa astratta. Pertanto, il carattere di azionabilità è

dell'amministrazione pubblica, in *Dir. Amm.*, 2004, 661 ss.; *Id.*, *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2008, 5 ss.; G. ALPA, *L'attività negoziale della pubblica amministrazione nella nuova disciplina del procedimento amministrativo*, in P. Stanzione – A. Saturno (a cura di) *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006, 77 ss.; P. CARPENTIERI, *La razionalità complessa dell'azione amministrativa. Note a margine del nuovo comma 1-bis dell'art. 1 della legge 241 del 1990*, 80 ss.

⁵ La meritevolezza di tutela è stata, tuttavia, il traguardo di un lungo percorso, come dimostra il dibattito parlamentare di cui si è dato un breve quadro alla nota 2. Tuttavia, la reintroduzione del giudice amministrativo, dapprima a mezzo dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, poi con l'istituzione dei TAR e, infine, con il Codice del processo Amministrativo, si è connotata per un progressivo incremento della tutela giurisdizionale riconosciuta all'interesse legittimo, in ragione dell'evoluzione giuridica e, prima ancora, culturale, che ha condotto al riconoscimento della natura sostanziale di tale posizione giuridica. Il vero traguardo di tale lungo cammino non potrà che essere l'accordo, anche all'interesse legittimo, di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, così come dettato dalla Carta costituzionale e dai consolidati arresti della giurisprudenza europea. Il principio di effettività della tutela giurisdizionale, infatti, "costituisce il senso e l'essenza del diritto di azione, il quale non può essere concepito in modo formalistico ed astratto, quale mera "possibilità" o "libertà" di agire in giudizio, ma deve essere inteso in modo da garantire la concreta attuazione della situazione soggettiva bisognosa di tutela, attraverso la predisposizione di mezzi di attuazione e di realizzazione giurisdizionale, accessibili da chiunque ne abbia bisogno, che siano ragionevolmente efficienti in termini di tempi, costi e attività necessarie per porli in essere, e capaci di garantire, appunto, una pronuncia di merito sulla fondatezza della domanda" (M. MURGO, *La giustizia*, in P. Gianniti (a cura di), *I diritti fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, 2013, 1373 ss.). Dal canto suo, la Corte di Giustizia europea ha riconosciuto come il principio di effettività della tutela giurisdizionale postuli "che il giudizio concretamente instaurato trovi il suo sbocco in un provvedimento di tutela idoneo ad assicurare la piena soddisfazione dell'interesse azionato" (Cfr. Corte Giust., sentenza 15 maggio 1986, causa C-222/84, *Johnson*). Le peculiarità del giudizio amministrativo e la specialità del suo Giudice impongono, tuttavia, di non appiattare tale processo sul modello processual-civilistico, a pena di vanificare le ragioni, tutt'oggi valide ed apprezzabili, che hanno spinto la Costituzione alla previsione di un Giudice speciale, nel pieno rispetto del principio di separazione dei poteri, che, se non riguarda il giudizio civile, impone al Giudice amministrativo di non trasformarsi in un super-amministratore della *res publica*.

⁶ Per un interessante prospettazione del concetto di interesse, cfr. A. ANGIULI, V. CAPUTI IAMBRENGHI, *A proposito di gradualismo e superamento delle dicotomie: una metafora e un binomio da invertire*, in *Il diritto dell'economia. Rivista quadrimestrale open access di dottrina, giurisprudenza e documentazione*, Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria, dicembre 2019, 15 ss.

⁷ Cfr. nota n. 12.



tecniche normative

parte integrante dell'interesse legittimo quale posizione giuridica soggettiva: in difetto, lo stesso degrada a interesse di fatto, che è condizione dell'azione (*ex art. 100 cpc*) e suo presupposto, non posizione giuridica soggettiva.

L'autonomia sostanziale dell'interesse legittimo si qualifica, pertanto, in relazione al suo possibile risvolto processuale. Tale risvolto giustifica la previsione, propria dell'art. 30 cpa, di un termine di decadenza (istituto processuale, riferito all'azione in giudizio) per la proposizione dell'azione risarcitoria non preceduta da quella impugnatoria e non di un termine di prescrizione (istituto sostanziale).

Inizialmente, l'interesse legittimo era concepito come la pretesa del destinatario degli atti della pubblica amministrazione alla legalità dell'azione di quest'ultima nel rispetto dei noti canoni dell'imparzialità e del buon andamento di cui all'art. 97 Cost. e, in tale ottica, il processo amministrativo era strutturato secondo il modello impugnatorio, con la conseguente cognizione dell'Autorità giudiziaria limitata ai profili di legittimità dell'atto, sotto i tre noti aspetti della violazione di legge, dell'incompetenza e dell'eccesso di potere.

La struttura impugnatoria del processo amministrativo postulava altresì che la cognizione del Giudice fosse limitata ai soli profili di legittimità dedotti a mezzo del ricorso introduttivo (sede in cui erano specificate, in via definitiva le domande), che l'azione esperibile fosse unicamente quella demolitoria, ovvero rivolta all'annullamento del provvedimento impugnato e, da ultimo, la residualità degli accertamenti sul fatto integrante il rapporto intercorso tra il privato e la Pubblica Amministrazione.

Tale residualità era inoltre accentuata dai limitatissimi poteri istruttori del Giudice amministrativo, chiamato ad operare un sindacato di solo diritto, con conseguente ristretto novero dei mezzi di prova esperibili.

2. Il Codice del processo amministrativo e la crisi della teoria processualista.

Lo scenario sopra descritto, tuttavia, è andato via via mutando, grazie all'operato del legislatore e della giurisprudenza, che, in ossequio all'aspirazione e all'esigenza, sempre più sentite ad una giustizia amministrativa piena ed effettiva, come pensata e auspicata dagli art. 24, 103 e 133 Cost., ha condotto il processo amministrativo e la cognizione del suo Giudice a connotarsi in maniera sempre più prossima a quella del Giudice civile⁸.

⁸ L'affermazione non deve essere letta nella sua assolutezza, in quanto il Giudizio amministrativo rimane pur sempre un giudizio speciale, in ragione del diritto sostanziale speciale che informa e governa l'attività autoritativa dell'Amministrazione.

Tale specialità è stata, del resto, ribadita dalla nota decisione della [Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204](#), che ha ribadito a chiare lettere la distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo.

Come puntualmente osservato da M. CLARICH, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte costituzionale 5 luglio 2004 n. 204*, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/file_rivista/17608_2004_204.pdf, 2004, "in definitiva, la [sentenza n. 204](#), ponendo l'accento sulla "pubblica amministrazione-autorità", finisce per riproporre e consolidare un'immagine tradizionale sia della pubblica amministrazione sia della giurisdizione del giudice amministrativo. D'altro canto, se è vero che il "quid proprium" irrinunciabile del diritto amministrativo (e la stessa ragion d'essere dell'istituzione di apparati amministrativi) è la cura di interessi pubblici attuata principalmente, anche se non esclusivamente, con strumenti diversi e ulteriori da quelli offerti dal diritto comune (necessari per porre rimedio ai "fallimenti del diritto privato"), anche la



tecniche normative

La svolta, nel senso poc' anzi illustrato, è stata indubbiamente rappresentata dall'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, con l'approvazione del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104⁹.

Il Codice ha avuto, innanzitutto, l'indubbio merito, assecondando l'evoluzione giurisprudenziale ultratrentennale, di accordare al processo amministrativo la pari dignità dei processi, in materia civile e penale, entrambi, da lunga data, destinatari di un Codice *ad hoc*¹⁰, che ne contiene le disposizioni regolatrici, superando l'idea restrittiva e primigenia di considerarlo interlocuzione dell'attività

giurisdizione amministrativa, intesa come giurisdizione speciale, deve rispecchiare, sul versante processuale, la specialità dei rapporti sostanziali che intercorrono tra il cittadino e la pubblica amministrazione”.

La decisione della Corte, ha confermato la peculiarità dell'ordinamento italiano rispetto ad altri ordinamenti europei nella definizione della Pubblica Amministrazione e della sua attività, mantenendo “invariata la distanza che separa il nostro sistema amministrativo da quello dei Paesi aderenti alla Comunità europea che in massima parte ignorano la distinzione” tra le due posizioni giuridiche soggettive (così M. CLARICH, cit., 2004; cfr., inoltre, I.F. CARAMAZZA, *Le nuove frontiere della giurisdizione amministrativa (dopo la sentenza della Corte Costituzionale 6.7.2004 n.204)*, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/file_rivista/18138_2004_204.pdf, 2004)

⁹ Come noto, il Codice è stato preceduto dall'entrata in vigore della l. 21 luglio 2000, n. 205, recante *Disposizioni in materia di giustizia amministrativa*, modificativa, tra l'altro, della l. 6 dicembre 1971, n. 1034 (c.d. Legge TAR).

In particolare, la predetta Legge ha previsto, per la prima volta, il ricorso, già affermatosi in via pretoria grazie alla giurisprudenza amministrativa, avverso il silenzio della pubblica amministrazione, con ciò inaugurando quella via che consente di adire l'Autorità giurisdizionale, non solo per sindacare i provvedimenti della Pubblica Amministrazione, ma anche per giudicarne i comportamenti, in un'ottica non più soltanto di un giudizio sull'atto, ma anche di un giudizio sul rapporto. Infatti, l'azione avverso il silenzio dell'Amministrazione consente al Giudice di emettere non più solo una pronuncia meramente demolitoria, ma anche una pronuncia di condanna dell'Amministrazione, obbligandola ad un *facere*, anche mediante la nomina, in difetto, di un Commissario che provveda in suo luogo.

Il percorso che ha condotto al giudizio sul rapporto, con precipuo riguardo al rito del silenzio, è proseguito con l'entrata in vigore del Codice del 2010, il cui art. 31, ha previsto che il Giudice amministrativo, in caso di silenzio inadempimento della Pubblica Amministrazione relativamente all'esercizio di un'attività vincolata e per la quale non residuino margini di discrezionalità, possa addirittura pronunciarsi sulla fondatezza della domanda avanzata dal privato, così emettendo una pronuncia *latu sensu* costitutiva, in quanto sebbene residui la necessità che l'Amministrazione adotti un provvedimento costitutivo della posizione giuridica invocata, il Giudice, pronunciandosi sulla fondatezza, predetermina il contenuto dispositivo dell'emanando provvedimento.

Come correttamente evidenziato da G. VERDE, *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, B. Sassani - R. Villata (a cura di), Giappichelli, Torino, 2012, pagg. 83 e ss., “coerenza vuole che uno scrutinio analogo si faccia quando il procedimento si è concluso con un rigetto della pretesa o con un provvedimento non esaustivo per il privato. Di conseguenza, anche in queste ipotesi, il giudice amministrativo dovrà decidere della fondatezza della pretesa non solo quando l'attività dell'Amministrazione è vincolata, ma anche quando «non residuano ulteriori margini per l'esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'Amministrazione» [...]. È evidente che una pronuncia sulla fondatezza della domanda non potrà non comportare una decisione di condanna a carico dell'amministrazione ad emanare il provvedimento, il cui contenuto, però, è individuato dal giudice”.

Aggiungasi, ma non da ultimo, che in sede di giudizio di ottemperanza, il Giudice amministrativa ha giurisdizione di merito, che si esprime nel potere di fornire soddisfazione piena e diretta alla posizione giuridica soggettiva riconosciuta con il giudicato.

¹⁰ Con riguardo al diritto processuale civile, il primo Codice fu quello del Regno d'Italia del 25 giugno 1865, rimasto in vigore fino al 1942, quando fu sostituito dal Codice attualmente vigente, approvato con r.d. 28 ottobre 1940, n. 1443. Anche il diritto processuale penale conobbe la sua prima codificazione nell'anno 1865, con l'approvazione di un Codice di 857 articoli, a mezzo del r.d. 30 novembre 1865. Il Codice di procedura penale fu successivamente sostituito da una codificazione del 1913, poi dal Codice del 1930, fino all'approvazione del Codice attualmente in vigore, approvato con d.p.r. 22 settembre 1988 n. 447.

Il ritardo della codificazione processuale amministrativa è, d'altronde, agevolmente comprensibile, ove si consideri che, contestualmente all'approvazione delle codificazioni processual-civilistica e processual-penalistica, l'Allegato E della l. 20 marzo 1865, n. 2248, stabiliva l'abolizione del contenzioso amministrativo, attraendo tutte le azioni esperibili, ovvero quelle a tutela di diritti soggettivi, entro la unica giurisdizione del Giudice ordinario.



tecniche normative

amministrativa, secondo la nota, ma fin troppo abusata, dialettica tra procedimento e processo.

L'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo ha inaugurato la strada per l'equiparazione, sempre più prossima, tra il processo civile e quello amministrativo, accordando al Giudice speciale poteri istruttori più ampi di quelli precedentemente riconosciutigli, non solo nell'esercizio della giurisdizione estesa al merito e di quella esclusiva, ma anche nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità¹¹.

La struttura del processo amministrativo delineata dal nuovo Codice è stata altresì ispirata da una nuova concezione dell'interesse legittimo, che, discostandosi da quella originariamente elaborata, è giunta a definire tale posizione non più solo come l'interesse di un soggetto alla legalità dell'azione amministrativa, ma come l'interesse di un soggetto diretto e rivolto verso un bene sostanziale della vita.

L'evoluzione della portata dell'interesse legittimo se, ovviamente, non si è spinta fino ad una piena equiparazione di tale posizione giuridica soggettiva a quella dei diritti soggettivi – né ciò poteva e può avvenire, in ragione dello speciale statuto giuridico di cui gode la Pubblica Amministrazione – ha avuto l'indubbio pregio di ancorare l'interesse legittimo alla rivendicazione od alla conservazione di un bene della vita, così svincolando tale posizione da un mero interesse alla legalità dell'azione pubblica.

Infatti, l'interesse legittimo diventa tale e, pertanto, meritevole di tutela, quando l'Amministrazione si rapporta, *iure imperii*, con un soggetto privato prefigurando una limitazione alla sua sfera giuridica oppure quando il privato si rapporta con la Pubblica Amministrazione per ottenere un ampliamento della propria sfera giuridica.

Mentre, nel primo caso, il soggetto privato è titolare di un vero e proprio diritto, che diviene interesse legittimo, comunemente detto oppositivo, allorché l'Amministrazione vanta una pretesa su detto diritto, esercitabile senza il consenso del titolare; nel secondo, il soggetto privato è titolare, *ab origine* in forza di previsione legislativa (quella stessa previsione che accorda il relativo potere alla Pubblica Amministrazione), di un interesse legittimo – detto pretensivo – che può assurgere a diritto soggettivo solo in esito ad un provvedimento favorevole nei suoi confronti da parte della Pubblica Amministrazione.

In entrambi i casi, comunque, l'interesse del soggetto, sia esso di tipo oppositivo o di tipo pretensivo, è rivolto nei confronti di un bene della vita e, in quanto tale, può rinvenire la sua piena tutela e soddisfazione, sia in sede amministrativa, durante l'*iter* procedimentale, sia in sede giurisdizionale, solo ove l'Autorità procedente (amministrativa o giurisdizionale) abbia una piena, precisa e puntuale cognizione del rapporto instaurato tra soggetto, Amministrazione e bene di riferimento, ovvero della situazione di fatto sottostante e giustificante, o meno, l'adozione del provvedimento amministrativo di cui trattasi.

¹¹ Sul punto cfr. R. GRECO, *op. cit.*, 2011, il quale mette in evidenza come “questa marcata assimilazione della disciplina in esame a quella processual-civile rende quello dell'istruttoria il terreno privilegiato su cui si manifesta la tendenza – per vero evidente anche sotto molti altri aspetti del nuovo testo normativo – alla “civilizzazione” del processo amministrativo; una tendenza che è stata salutata favorevolmente da una parte della dottrina, ma alla cui portata e ai cui effetti occorre prestare estrema attenzione”. L'A., nel prosieguo del contributo, mette in luce le prospettive cui potrà condurre l'applicazione pratica delle rilevanti novità introdotte dal Codice, auspicando, infine “che *medio tempore* la giurisprudenza continui a mostrare l'apprezzabile self-restraint manifestato nell'applicazione di altre rilevanti novità normative, facendo della nuova disciplina processuale e della sua esegesi l'uso attento e oculato che si conviene a un giudice consapevole della propria “specificità””.



tecniche normative

Il mutamento di sensibilità della dottrina pubblicistica ha segnato l'abbandono della così detta teoria processualistica¹² dell'interesse legittimo sopra citata, a mente della quale tale posizione rivestiva una valenza unicamente processuale, legittimando il soggetto titolare ad adire l'autorità giurisdizionale affinché verificasse che i provvedimenti della pubblica amministrazione produttivi di effetti nei suoi confronti fossero stati adottati nel rispetto di quanto previsto dalla legge e nel perseguimento dell'interesse pubblico.

L'interesse legittimo, secondo questa prospettiva, è pertanto tutelato solo nelle ipotesi in cui (e nei limiti in cui) coincida con l'interesse pubblico, divenendo così un interesse (solo) "occasionalmente protetto"¹³.

¹² Esponente di primo rilievo della teoria processualistica dell'interesse legittimo, fu Enrico Guicciardi, che strutturò la distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo, sulla base della ulteriore distinzione tra norme di azione e norme di relazione: la violazione delle prime da parte della Pubblica Amministrazione lederebbe un interesse legittimo, mentre la violazione delle seconde sarebbe lesiva di un diritto soggettivo, con la conseguente ripartizione di giurisdizioni. La teoria del Guicciardi assumeva uno stampo marcatamente processualistico, laddove l'Autore affermava che la lesione di un interesse legittimo potesse dar vita ad una posizione meramente processuale, consentendo unicamente al privato cittadino di adire l'Autorità giurisdizionale. Possibilità di azione, viceversa, non accordata a coloro che non fossero stati destinatari di un provvedimento dell'Amministrazione violativo di una norma d'azione (cfr. E. GUICCIARDI, "Norme di relazione e norme di azione: giudice ordinario e giudice amministrativo", in *Giur. it.*, CIII, III, 1967 e *Id.* "Studi di giustizia amministrativa", UTET, Padova, 1967).

¹³ Tale è la posizione del Ranelletti, il quale scorpora la categoria dell'interesse legittimo, riconoscendo al suo interno due diverse *species*: l'interesse occasionalmente protetto e il diritto affievolito. I primi verrebbero in luce nei "casi in cui determinate persone, per la situazione particolare, in cui occasionalmente si trovano rispetto alla materia dalla norma regolata, possono trarre un vantaggio o risentire un danno speciale, personale, dall'esplicarsi o meno di quell'attività, dal contenuto, dal modo dell'azione in cui essa si concreta e così via; vantaggio o svantaggio, perciò, diverso da quello, che può averne qualunque cittadino" (O. RANELLETTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Napoli, 1925, 12-13). L'interesse legittimo, in tal senso definito, diviene "occasionalmente protetto", in quanto la sua soddisfazione è vincolata ad un'eventuale e fortunosa coincidenza con l'interesse pubblico che l'Amministrazione intende perseguire con l'esercizio del suo potere. Sul piano processuale, se l'interesse occasionalmente protetto consente al suo titolare di adire la giurisdizione con l'azione di annullamento, il Giudice valuterà non tanto la lesione inferta all'interesse stesso, quanto la legalità dell'azione amministrativa nel perseguimento dell'interesse pubblico, sicché, anche sotto tale punto di vista, l'interesse occasionalmente protetto potrà trovare tutela, tuttavia non piena, né effettiva, solo allorché l'Amministrazione abbia agito illegittimamente rispetto all'interesse pubblico perseguendo: il Giudice amministrativo, in altri termini, è baluardo di tutela dell'interesse pubblico e non della sfera giuridica della parte che lo invoca, la cui tutela è rimessa alla occasionale coincidenza del suo interesse con l'interesse alla cui soddisfazione è volta l'azione amministrativa.

La tesi dell'interesse occasionalmente protetto, come osservato da F.G. COCA, *op. cit.*, 2017, 49, nota 1, deve la sua elaborazione non al Ranelletti, cui è comunemente attribuita, in quanto strenuo difensore di essa in tutti i suoi scritti, ma a Lorenzo Meucci (cfr. L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, vol. II, Torino, 1879).

Di converso, il diritto affievolito, consisterebbe nella degradazione della posizione giuridica soggettiva, di cui è titolare, *ab origine*, il privato, ad interesse, in ragione dell'adozione, da parte della Pubblica Amministrazione, di un atto *iure imperii*.

La distinzione, all'interno del *genus* dell'interesse legittimo, di due differenti posizioni, costituì lo spunto per l'emersione del dibattito circa la configurazione dei confini dell'esperibilità dell'azione giurisdizionale dinnanzi alla IV Sezione del Consiglio di Stato, ovvero se essa dovesse essere limitata ai soli casi di azione a tutela di un interesse occasionalmente protetto o, di converso, esteso, ai casi di affievolimento di un diritto soggettivo, inaugurato da V. SCIALOJA, *Sui limiti della competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato di fronte all'Autorità Giudiziaria*, in *Giust. amm.*, 1892, IV, 59 ss. In proposito, cfr. F.G. COCA, *op. cit.*, 2017, 50 ss.; V. SCIALOJA, *O.R.*, in *Studi di diritto pubblico in onore di O. R. nel XXXV anno d'insegnamento*, I, Padova 1931, 12 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Intorno alla genesi del diritto affievolito nel pensiero di O. R.*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, IX, 1959, 267-279; V.E. ORLANDO, *Sui rapporti tra la competenza della Sezione IV del Consiglio di Stato e quella giudiziaria*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1892, 58 ss.; O. RANELLETTI, *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza dell'autorità giudiziaria amministrativa*, in *Foro it.*, 1893, I,



tecniche normative

In tal modo, l'interesse legittimo configurava una posizione meramente formale, che veniva a sovrapporsi e finanche a confondersi con quella dell'interesse ad agire, condizione dell'azione *ex art.* 100 cpc: infatti non tutti i soggetti potevano rivolgersi all'Autorità giurisdizionale in nome della legalità dell'azione amministrativa, ma solo coloro che fossero destinatari di provvedimenti adottati *iure imperii*, e quindi titolari di un interesse legittimo in tal senso¹⁴.

Detta accezione dell'interesse legittimo ne metteva in luce altresì l'aspetto pubblicistico, postergando il profilo soggettivo, in quanto consistente nell'interesse alla legalità formale dell'azione

470 ss.; ID., *Diritti subbietivi e interessi legittimi*, in *Foro it.*, 1893, 481 ss.; *Id.*, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 256 ss.

¹⁴ In proposito ed a conferma del superamento della teoria processualista, cfr. F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, t. I, Milano, 2005, 342 "l'interesse a ricorrere è una condizione dell'azione che si distingue nettamente dall'interesse sostanziale, cioè dalla posizione soggettiva che il privato vuole tutelare; del resto, deve ritenersi assolutamente pacifica la distinzione tra l'interesse al ricorso, in quanto nozione di carattere processuale, e l'interesse legittimo, nozione di carattere sostanziale (dal che discende, nella prassi, la possibilità che a fronte di una posizione di interesse legittimo risulti carente l'interesse a ricorrere)".

Pertanto, la nozione processuale presuppone quella sostanziale, poiché non può esservi interesse al ricorso in assenza di interesse legittimo. Tuttavia, la posizione sostanziale mantiene la sua autonomia, sia logica, in quanto presupposto di quella processuale, sia giuridica, ammettendosi, fin dalla nota sentenza della Suprema Corte n. 500/1999 la risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo, a prescindere dall'annullamento dell'atto che ne provoca la lesione. Di qui, la singolare vicenda della c.d. "pregiudiziale amministrativa", che è stata causa di un contrasto tra la Corte di Cassazione, quale giudice garante dell'unità della funzione giurisdizionale *ex art.* 111, 8° comma Cost. e il Consiglio di Stato, quale suprema magistratura amministrativa. Infatti, il Supremo Consesso amministrativo, in seguito alla riforma avviata dal d.lgs. n. 80/1998 e proseguita con la l. n. 205/2000, si era assestato su di una posizione predicante la necessità dell'esercizio dell'azione demolitoria, come *condicio sine qua non*, per l'accesso alla tutela risarcitoria, già con la decisione dell'Adunanza plenaria 20 gennaio 2003, n. 4. Di opposto avviso era invece la Corte di Cassazione, che, con le note ordinanze gemelle, nn. 13659 e 13660 del 13 giugno 2006, e 13911 del 15 giugno 2006, rese in sede di regolamento di giurisdizione, ha mantenuto fermo l'orientamento espresso secondo cui la domanda di risarcimento può essere proposta al giudice amministrativo anche in difetto del previo annullamento dell'atto lesivo. L'orientamento della Corte di legittimità è stato successivamente ribadito dalla sentenza delle Sezioni Unite, 23 dicembre 2008, n. 30254, resa all'esito di un giudizio *ex art.* 111, comma 8, Cost., avverso la decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 15 ottobre 2007, n. 12, con la quale è stato affermato il principio di diritto per cui "*proposta al giudice amministrativo domanda risarcitoria autonoma, intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi*

legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento". La problematica della pregiudiziale amministrativa è stata poi superata, dal formante legislativo, con l'art. 30 CPA, che ammette l'azione risarcitoria, non preceduta da quella demolitoria di annullamento dell'atto amministrativo lesivo, nel termine di decadenza di centoventi giorni dalla sua notificazione o piena conoscenza, invece che nei termini di prescrizione quinquennale *ex art.* 2947 c.c.

Pertanto, il comma 3, cpa, sul modello dell'art. 1227 c.c., prevede che "*nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti*". In proposito, è venuto consolidandosi, grazie anche all'intervento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 3/2011, un orientamento che legge nella disposizione del CPA il riconoscimento legislativo "*che l'omessa attivazione degli strumenti di tutela previsti costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile, alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno evitabile con l'ordinaria diligenza. E tanto in una logica che vede l'omessa impugnazione non più come preclusione di rito ma come fatto da considerare in sede di merito ai fini del giudizio sulla sussistenza e consistenza del pregiudizio risarcibile*" (Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3).

Ciò conferma, vieppiù, l'autonomia della posizione giuridica sostanziale di interesse legittimo.



tecniche normative

pubblica, certo azionabile solo dal soggetto destinatario, ma non in vista della tutela di un interesse suo proprio correlato ad una pretesa sostanziale.

3. Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Costituzione.

Tale impostazione, di stampo meramente processualista, ha subito un mutamento con l'entrata in vigore della Costituzione, i cui articoli 24, 103 e 113, pongono le due note posizioni giuridiche, di diritto soggettivo e di interesse legittimo, sul medesimo piano, togliendo così ogni spazio a qualsivoglia definizione in senso riduttivo o subordinato della seconda.

Infatti, le richiamate disposizioni costituzionali accostano i diritti soggettivi e gli interessi legittimi, accordando ad entrambi la tutela giurisdizionale, che secondo i principi successivamente declinati anche dall'ordinamento europeo, ma già contenuti nel testo costituzionale, non può che essere piena ed effettiva¹⁵.

La pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale postulano che le posizioni di cui è invocata la tutela siano soddisfatte non solo dal punto di vista formale (consentendo l'azione in giudizio), ma anche e soprattutto dal punto di vista sostanziale, ovvero accordando al soggetto titolare la possibilità di ottenerne la piena soddisfazione sul piano materiale, con la loro concreta e completa attuazione, ove possibile in forma specifica e comunque con il risarcimento di tutti i danni che la loro violazione ha arrecato.

La Costituzione, pertanto, ha imposto un obbligo di ridefinizione dell'interesse legittimo, successivamente adempiuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza con l'elaborazione di una nuova concezione orientata non più verso una prospettiva meramente processuale, ma rivelatrice natura sostanziale della posizione medesima.

Pertanto, sul versante processuale, il Codice del 2010, muovendosi secondo questa linea direttrice, ha introdotto due rilevanti novità, destinate a mutare la struttura del processo amministrativo.

Da un lato, vi è stata, per la prima volta, una compiuta regolamentazione degli strumenti di prova impiegabili nel processo, con disposizioni che ne dettano la definizione e le modalità di assunzione, sulla scia del modello dettato dal Codice di procedura civile, alla cui disciplina sono operati numerosi ed eloquenti richiami, secondo la nota tecnica del rinvio esterno.

Dall'altro, a superamento della giurisprudenza precedentemente formatasi, è prevista l'applicazione della disciplina concernente i mezzi di prova a tutte le *species* di giudizio amministrativo, sia esso espressione della giurisdizione generale di legittimità, ovvero di quella estesa al merito o esclusiva.

L'ampliamento del novero dei mezzi istruttori utilizzabili nel processo amministrativo e la contestuale applicabilità di tutti i mezzi di prova previsti dal Codice alle diverse tipologie di giudizio costituiscono un ulteriore passo di quella transizione del medesimo da sindacato sull'atto a giudizio sul rapporto, che si instaura tra l'Amministrazione, il privato ed il bene della vita cui quest'ultimo legittimamente aspira.

Ciò, in quanto l'utilizzo delle prove tradizionalmente previste per il processo civile consente al Giudice speciale un accertamento sempre più profondo e rigoroso della situazione di fatto, nell'ottica di esprimere un giudizio non solo sulla legittimità del provvedimento adottato dall'Amministrazione, ma che teso ad indagare la legittimità della pretesa sostanziale, che il privato aziona, dapprima in sede

¹⁵ Sull'effettività della tutela giurisdizionale, cfr. nota n. 5.



tecniche normative

procedimentale e, in seguito, in sede giurisdizionale.

Pretesa che, come si è osservato, non si riduce più soltanto a che l'Amministrazione agisca nei binari dettati dalla Legge, ma si spinge fino riverberarsi su di un concreto bene della vita, cui il cittadino legittimamente aspira.

Di qui, la rilevante e, per molti aspetti, innovativa intuizione di Franco Gaetano Scoca, che lo definisce quale pretesa, giuridicamente assistita e protetta, ad un provvedimento favorevole¹⁶.

Ed allora il Giudice non deve più limitare la propria conoscenza alle risultanze derivanti del provvedimento soggetto al suo sindacato, quanto cercare di indagare *funditus* la legittimità delle ragioni poste dal privato a fondamento della sua pretesa, presupposto indefettibile per svolgere il giudizio di legittimità del provvedimento impugnato.

La situazione di fatto sottostante all'adozione del provvedimento rappresenta si rivela, infatti, essenziale alla configurazione dell'interesse medesimo e, conseguentemente l'accertamento del fatto deve essere quanto più possibile esauriente e completo¹⁷.

L'approdo del giudizio amministrativo a giudizio sul rapporto, prima dell'entrata in vigore del Codice, che ha previsto la possibilità di esperire una pluralità di azioni (annullamento, condanna, dichiarativa di nullità) con la conseguente atipicità delle pronunce del giudice adito, è stato possibile grazie anche alla richiamata pronuncia n. 500/1999 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁸, che, per la prima volta, ha riconosciuto, la natura sostanziale e non meramente processuale della

¹⁶ Cfr., in proposito, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 459-460, , mirabile capolavoro di insigne giurista, che, in esito alla puntuale ed esaustiva disamina dell'evoluzione della nozione di interesse legittimo, connotata dall'opera dei tre formanti legislativo, dottrinale e giurisprudenziale, giunge a definire "l'interesse legittimo, come situazione giuridica soggettiva, [consistente nell'] *interesse all'esito favorevole dell'esercizio del potere precettivo altrui, tutelato mediante facoltà di collaborazione dialettica, dirette ad influire sul merito della decisione (precetto) finale, esperibili lungo tutto il corso dell'esercizio del potere*". L'A. richiama in nota la definizione di L. BIGLIAZZI GERI, voce *Interesse legittimo (diritto privato)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., IX*, Torino, 1993, 553-554, secondo cui l'interesse legittimo è "situazione sostanziale di vantaggio inattiva [...] volta al conseguimento, sul piano sostanziale, di un risultato favorevole consistente, a seconda dei casi, nella conservazione o nella modificazione (e pertanto anche nell'estinzione) di una data realtà giuridica".

¹⁷ La pienezza e la completezza dell'accertamento fattuale che il Giudice amministrativo è chiamato ad operare nell'ottica di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, con la conseguente utilizzabilità dei mezzi di prova previsti dal diritto processuale civile, non postulano affatto che il Giudice sostituisca la propria valutazione, relativamente alla situazione accertata, a quella operata dall'Amministrazione in sede procedimentale, ma garantiscono che il Giudice speciale possa apprezzare a pieno le ragioni espresse dall'Amministrazione a sostegno della sua determinazione, valutandone l'immunità da tutte le figure sintomatiche del vizio di eccesso di potere. In altre parole, l'accertamento del fatto è necessario e non solo utile al Giudice amministrativo per svolgere il suo sindacato, sia esso di legittimità o di merito, e la completezza di tale accertamento non rende, *ipso facto*, il Giudice speciale un super-amministratore. Pertanto, un accertamento del fatto pieno ed approfondito, anche nel giudizio amministrativo non mina le ragioni di esistenza dello stesso Giudice speciale, né comporta, di per sé, un'invasione del potere giurisdizionale nella sfera riservata di competenze riservata al potere esecutivo, circostanze queste, eventualmente verificabili ove sia il singolo Giudice a pretendere, in violazione delle disposizioni legislative e costituzionali in materia, di sostituire una propria valutazione del fatto accertato a quella dell'Amministrazione, pretesa, tuttavia, praticabile, ancorché illegittimamente ed inopportuna, anche antecedentemente al Codice del processo amministrativo.

¹⁸ È interessante notare come la storia del processo amministrativo si sia connotata, per lo più, per un succedersi di innovazioni pretorie, alle quali il legislatore si è adeguato *ex post*, non potendo far altro che prendere atto, positivizzandolo, di un diritto ormai vivente. In proposito, già M. NIGRO, in "*Giustizia amministrativa*", Bologna, 1983, 326, riferendosi al Consiglio di Stato, affermava che "si deve all'opera di questa giurisprudenza non solo la integrazione o la più precisa configurazione di istituti pur posti dalle norme, [...] ma anche la creazione di istituti nuovi [...] e, quel che più conta, la definizione dei lineamenti morfologici della giurisdizione amministrativa ordinaria".



tecniche normative

posizione dell'interesse legittimo, conseguentemente ammettendone la risarcibilità, ove la lesione denunciata avesse importato una *“lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento”*.

La decisione del Supremo Giudice di legittimità è significativa non solo sul piano processuale, in quanto accorda al titolare dell'interesse legittimo leso l'esperibilità dell'azione risarcitoria diretta, ma anche dal punto di vista sostanziale, di definizione della posizione medesima, laddove riconosce che l'interesse legittimo pregiudicato è fonte di un danno ingiusto per il titolare, che si riverbera su di un bene della vita che egli detiene o cui aspira.

Infatti, l'interesse legittimo inteso, nella sua concezione primigenia, solo come interesse alla legalità dell'azione della pubblica amministrazione, per sua natura, non potrebbe mai essere oggetto di risarcimento per equivalente, rinvenendo la sua soddisfazione nella riedizione del potere entro i binari della legittimità, atteso che, in tal senso, non era individuato il bene giuridico cui la lesione, *id est* il danno ingiusto, sarebbe stata inferta, non potendo ritenersi tale l'interesse, in sé generale, alla legalità dell'azione del pubblico potere.

4. La natura sostanziale dell'interesse legittimo: la conferma del Legislatore.

L'evoluzione della concezione di interesse legittimo e quella conseguente del processo amministrativo, nei termini poc'anzi esposti, ha conosciuto altresì un ulteriore relevantissimo momento, ovvero l'introduzione nella Legge generale sul procedimento amministrativo dell'art. 21-*octies*, a mezzo dell'art. 14, comma 1, della legge 11 febbraio 2005, n. 15.

La predetta disposizione, rubricata *“annullabilità del provvedimento”*, ha stabilito che il provvedimento amministrativo, dal contenuto vincolato, non sia annullabile per vizi procedurali o vizi di forma, nonché in caso di omessa comunicazione di avvio del procedimento quando l'Amministrazione dimostri in giudizio che il privato interessato non avrebbe potuto apportare alcun contributo tale da influire sulle determinazioni dell'Amministrazione medesima.

La disposizione positivizza, oltre ad un condivisibile principio di economia processuale, il mutamento di concezione di interesse legittimo, ormai concepito come la tensione del privato verso un bene della vita, stabilendo che, quando tale bene non possa comunque essere accordato, in quanto la pretesa azionata non è legittima, l'Amministrazione, ancorché abbia agito in violazione delle norme procedurali, non è sanzionabile.

Ciò, peraltro, comporta l'esigenza di una prova rigorosa e senza infingimenti o formule di stile da parte della Pubblica Amministrazione intimata in giudizio, con la conseguenza che al *deficit* probatorio non potrà supplire il Giudice con l'impulso officioso o con una sua valutazione sostitutiva o invasiva dello spazio di accertamento e di valutazione comunque riservato all'Amministrazione, sotto pena della stessa vanificazione della garanzia dell'interesse legittimo.

Il Giudice amministrativo è ormai chiamato a sindacare non la legittimità dell'azione pubblica, ma piuttosto la legittimità della pretesa attorea, il cui riconoscimento o meno, definisce il sindacato di legittimità del provvedimento in un senso piuttosto che nell'altro.

Infatti, grazie all'art. 21-*octies*, anche provvedimenti amministrativi violativi di disposizioni formali o procedurali possono conservare la loro efficacia e produrre i loro effetti, in quanto l'interesse del destinatario del provvedimento non è tanto finalizzato ad un'azione amministrativa



tecniche normative

legittima nella sua forma, ma nella sua sostanza¹⁹, anche se spesso, come osservò Carnelutti, “la forma è principio della sostanza”²⁰.

D’altro canto, la disposizione in esame, limita il suo campo di applicazione ai soli casi di azione amministrativa vincolata, ossia in cui non venga in gioco, né sull’*an*, né sul *quomodo*, l’esercizio di discrezionalità, il cui impiego da parte dell’Amministrazione, rende indefettibile ed ineludibile il rispetto delle garanzie procedurali, atteso che ove all’Amministrazione è rimessa una scelta, il contributo del privato destinatario può sempre influirvi e, pertanto, deve sempre essere apprezzato²¹, ai fini del miglior provvedere, ossia del corretto e ponderato bilanciamento degli interessi pubblici e/o privati convergenti e/o confliggenti, nel quale si sostanzia il canone dell’imparzialità *ex art. 97 Cost.*, declinabile nell’equilibrio, equità ed esempio dell’azione amministrativa, che si fonda con il buon andamento della nota enclitica costituzionale nel principio, anche questo ribadito dal diritto europeo, ma già presente nella nostra Carta fondamentale, di proporzionalità²².

¹⁹ Significativamente, la l. 7 agosto 1990, n. 241, è stata, da ultimo, oggetto di modifiche ad opera del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv., con modif., nella l. 11 settembre 2020, n. 120. In particolare, l’art. 12, comma 1, lett. i) del predetto d.l. ha stabilito che la violazione dell’art. 10-*bis* della l. n. 241/1990 importa sempre l’annullamento del provvedimento finale, anche nei casi di attività vincolata ed in cui il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere differente. La novella ha l’indubbio pregio di accentuare l’importanza degli accertamenti di fatto che l’Amministrazione è chiamata ad operare, in quanto, se il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere differente, l’obbligatorietà della comunicazione dei motivi ostativi si rivela funzionale ad un corretto e puntuale accertamento del fatto.

²⁰ In merito alla tesi del Carnelutti, cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940. L’A. è fermo sostenitore dell’importanza della forma anche ai fini della sostanza, in quanto tra le due entità sussisterebbero nessi di implicazione logica e necessaria, essendo la forma il modo nel quale si esteriorizza la sostanza, secondo il noto principio aristotelico “*forma dat esse rei*”.

²¹ Si noti, tuttavia, che anche in presenza di attività vincolata della Pubblica Amministrazione, l’accertamento del fatto giustificante l’esercizio del pubblico potere non è mai vincolato, potendosi sempre avvalere del contributo dell’interessato. In questi termini si esprimeva Renato Vivencio, Presidente del T.A.R. per la Liguria, che nella Relazione all’inaugurazione dell’anno giudiziario 2003 del T.A.R. per la Liguria, ricordava come l’applicazione dell’istituto della partecipazione di tutti i soggetti interessati ai procedimenti che li concernono deve essere seguita con grande rigore, in quanto non meramente formalistica, ma costituente “una garanzia fondamentale per gli interessati nella fase di formazione della decisione amministrativa”, atteso che “l’apporto e le deduzioni di coloro sui quali la decisione verrà ad incidere sono molto spesso di grande utilità per la P.A., se non altro per approfondire situazioni controverse in punto di fatto e sotto il profilo tecnico oltretutto in punto di diritto”.

In tal senso, non può che ritenersi indefettibile anche la stessa comunicazione di avvio del procedimento prevista dagli artt. 7 e ss. della Legge generale sul procedimento amministrativo, in quanto, anche in caso di attività vincolata, la stessa può rappresentare un importante spunto per l’Amministrazione nell’accertamento dei fatti sottostanti l’esercizio del potere. In ciò si ravvisa giustamente un ulteriore limite all’applicazione dell’art. 21-*octies* della l. n. 241/1990. Il potere vincolato, infatti, è tale al rigoroso ricorrere delle condizioni di fatto che la legge all’uopo prevede, condizioni che devono essere accertate e valutate, in fatto, con altrettanto rigore.

²² Il principio di proporzionalità è principio generale dell’ordinamento giuridico italiano, definitorio del canone di azione di tutte le istituzioni pubbliche, tra cui, per prima, la Pubblica Amministrazione, la quale è chiamata ad agire secondo i criteri dell’imparzialità e del buon andamento, a loro volta, rispettivamente declinati nell’equilibrio, equità ed esempio e nell’efficacia, efficienza ed economicità, la cui sintesi costituisce espressione della generale proporzionalità. Il principio, pertanto, conosce la sua positivizzazione già nella Costituzione italiana, seppure il testo della Carta fondamentale non ne faccia esplicita menzione. Infatti, il predetto principio rinviene il suo fondamento sia nella previsione, di cui si è poc’anzi detto, dell’art. 97 Cost., sia nel dettato dell’art. 3 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza, la quale, di per sé postula un’azione proporzionata ai fini cui è tesa. Il principio di proporzionalità, ha conosciuto la sua formulazione espressa nell’ambito del diritto europeo, dapprima grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che, fin dai suoi esordi, vi ha operato plurimi riferimenti (CGUE, 16.7.1956, C-8/55, *Fédération Charbonnière*; CGUE, 14.12.1962, C-5-



tecniche normative

La transizione del giudizio amministrativo nel senso sopra delineato, all'identificazione appropriata dell'interesse legittimo, costituisce doverosa attuazione dei precetti costituzionali sanciti dagli articoli 24, 103 e 113, che assicurano pari dignità alle due posizioni giuridiche soggettive riconosciute dall'ordinamento (interesse legittimo e diritto soggettivo).

Difatti, il testo costituzionale, specialmente con le disposizioni testé richiamate, non ha inteso delineare alcun rapporto gerarchico tra stesse, conferendo, invece, ad entrambe pari dignità e meritevolezza di tutela, con la conseguenza che la tutela giurisdizionale deve, per entrambe, essere piena ed effettiva e non limitata o meramente affermata.

Tale effettività può essere raggiunta e compiutamente integrata solo ove il giudizio amministrativo non si limiti ad un esame della legittimità dell'operato della pubblica amministrazione, ma si strutturi in maniera tale da consentire al Giudice di poter conoscere compiutamente il rapporto sottostante al provvedimento e, conseguentemente, poter valutare la pretesa del privato all'acquisizione di un bene della vita.

11, 13-15/62, Società acciaierie San Michele; C.G.U.E., C-386/95, *Familiapress*, ove la Corte, con riferimento alle libertà di espressione e di riunione, afferma che “*se i diritti fondamentali di cui si tratta nella causa principale sono espressamente riconosciuti dalla CEDU e rappresentano fondamenti essenziali di una società democratica, risulta tuttavia dalla formulazione stessa del n. 2 degli artt. 10 e 11 di tale convenzione che le libertà di espressione e di riunione sono anch'esse soggette a talune limitazioni giustificate da obiettivi di interesse generale, se tali deroghe sono previste dalla legge, dettate da uno o più scopi legittimi ai sensi delle disposizioni citate e necessarie in una società democratica, cioè giustificate da un bisogno sociale imperativo e, in particolare, proporzionate al fine legittimo perseguito*”) e, successivamente, mediante la sua menzione nei Trattati di Maastricht, di Amsterdam e di Lisbona. Con riferimento all'ordinamento italiano, l'applicazione del principio di proporzionalità al diritto amministrativo, oltre essere stata predicata dal Legislatore, con il generale recepimento degli obblighi imposti da diritto comunitario (l. cost. 3/2001; art. 1, l. n. 241/1990) nonché con diversi richiami nelle normative di settore (art. 178 d.lgs. n. 152/2006), è stata declinata, nella sua concretezza dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che ha avuto modo di riconoscere come “*il principio di proporzionalità, di derivazione europea, impone all'amministrazione di adottare un provvedimento non eccedente quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato. Alla luce di tale principio, nel caso in cui l'azione amministrativa coinvolga interessi diversi, è doverosa un'adeguata ponderazione delle contrapposte esigenze, al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio possibile: in questo senso, il principio in esame rileva quale elemento sintomatico della correttezza dell'esercizio del potere discrezionale in relazione all'effettivo bilanciamento degli interessi. Date tali premesse, la proporzionalità non deve essere considerata come un canone rigido ed imm modificabile, ma si configura quale regola che implica la flessibilità dell'azione amministrativa e, in ultima analisi, la rispondenza della stessa alla razionalità ed alla legalità. In definitiva, il principio di proporzionalità va inteso “nella sua accezione etimologica e dunque da riferire al senso di equità e di giustizia, che deve sempre caratterizzare la soluzione del caso concreto, non solo in sede amministrativa, ma anche in sede giurisdizionale”* (Cons. Stato, Sez. IV, 22 maggio 2013, n. 964).

Non senza dimenticare che anche il Legislatore è vincolato al rispetto di tale principio, strettamente connesso con il canone di ragionevolezza, individuato dalla giurisprudenza costituzionale nell'applicazione del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. In proposito, cfr. [Corte cost., 15 aprile 1993, n. 163](#), secondo cui “*in breve, il principio di eguaglianza pone al giudice di costituzionalità l'esigenza di verificare che non sussista violazione di alcuno dei seguenti criteri: a) la correttezza della classificazione operata dal legislatore in relazione ai soggetti considerati, tenuto conto della disciplina normativa apprestata; b) la previsione da parte dello stesso legislatore di un trattamento giuridico omogeneo, ragionevolmente commisurato alle caratteristiche essenziali della classe (o delle classi) di persone cui quel trattamento è riferito; c) la proporzionalità del trattamento giuridico previsto rispetto alla classificazione operata dal legislatore, tenendo conto del fine obiettivo insito nella disciplina normativa considerata: proporzionalità che va esaminata in relazione agli effetti pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita*” e, per una rassegna di giurisprudenza costituzionale, cfr. SERVIZIO STUDI CORTE COSTITUZIONALE, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle corti europee. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale tra Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo e Corte costituzionale portoghese*, Roma, 2013, in www.cortecostituzionale.it



tecniche normative

5. La specialità del Giudice amministrativo.

L'effettività della tutela giurisdizionale, rapportata alla posizione dell'interesse legittimo, costituisce un elemento che dimostra l'intuizione innovativa del testo costituzionale, consistita nell'aver predisposto, con indiscutibile preveggenza, un sistema di tutela idoneo a fronteggiare le sfide dell'economia in costante evoluzione, la quale è sempre più mediata dallo Stato regolatore (basti pensare ai poteri accordati alle Autorità amministrative indipendenti a tutela dei diversi settori del mercato) e coinvolge sempre più posizioni di interesse legittimo, le quali, se non fornite della stessa dignità e delle stesse concrete possibilità di tutela dei diritti soggettivi, costituirebbero insormontabile ostacolo per gli operatori economici e per il generale funzionamento del mercato.

Lo stesso riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo ha, *ipso facto*, imposto che la cognizione del Giudice amministrativo relativamente ai fatti dedotti in giudizio divenisse sempre più approfondita e penetrante, in quanto una pronuncia di condanna al risarcimento del danno comporta l'accertamento della sua ingiustizia, della sussistenza di un fatto illecito e di un indice di colpevolezza, secondo lo schema di responsabilità aquiliana delineato dall'art. 2043 c.c.

L'estensione del sindacato del giudice amministrativo ha costituito una tappa fondamentale per l'evoluzione del processo amministrativo verso un modello sempre più prossimo a quello civile, imponendo al Giudice speciale un accertamento del rapporto sostanziale instauratosi tra le parti del giudizio, che ha inesorabilmente condotto il legislatore processuale del 2010 alle due novità sopra ricordate, consistenti nell'ampliamento dei mezzi istruttori impiegabili e nell'estensione generalizzata del relativo campo di applicazione.

Il processo amministrativo, di tal guisa, prosegue la sua trasformazione, “*ove non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione, da giudizio amministrativo sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata*” (Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3).

La specialità del Giudice amministrativo e, quindi, la sua stessa esistenza si giustifica e si giustificherà sempre con la necessaria sua particolare capacità e sensibilità, derivanti dalla sua esperienza storica e dalle sue cognizioni tecnico-amministrative, a sindacare la discrezionalità amministrativa e quindi l'eccesso di potere in tutti i suoi elementi sintomatici, la cui individuazione richiede speciale predisposizione tecnica e culturale, non rinvenibile, né esigibile, negli altri plessi giurisdizionali²³.

²³ Con riferimento alle ragioni giustificative del riparto di giurisdizione, Carmine Volpe, Presidente del T.A.R. per il Lazio, nella Relazione all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2016 del T.A.R. per il Lazio, osservava: “Il giudice amministrativo è un giudice altamente specializzato. Il che giustifica il riparto di giurisdizione; tra due giudici appartenenti a sistemi diversi ma nell'unitarietà della funzione giurisdizionale. Il senso di una giurisdizione amministrativa è nell'avere saputo rendere un servizio di tutela delle posizioni lese dagli atti e dai comportamenti dei pubblici poteri; in modo pieno, effettivo e soddisfacente. Un giudice specializzato che giudica sugli effetti dell'incontro/scontro tra l'amministrazione – essa stessa servizio reso ai cittadini – e questi ultimi. Occorre però prendere atto di una specializzazione nella specializzazione, data l'esistenza di controversie che costituiscono esse stesse settori specifici del diritto amministrativo. Si pensi, ad esempio, alle controversie sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, a quelle in materia di energia, ai provvedimenti emessi dai commissari straordinari per l'emergenza, all'istruzione pubblica, ai contratti pubblici,



tecniche normative

Trattasi di un cambio di passo o forse anche di mentalità, sulla via della costruzione (purtroppo ancora lontana dall'essere ultimata) di un sistema di tutela finalmente privo di remore, come deve essere proprio di un paese civile e come la Costituzione impone.

all'ambiente e all'urbanistica. Tali ulteriori settori specifici comportano l'esigenza di giudici amministrativi che abbiano acquisito particolari cognizioni nei settori stessi".