

**Note minime sulla configurabilità di azioni atipiche nel processo amministrativo alla luce del C.P.A.**

*(in margine alla sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755)*

di Giacomo Testa\*

**SOMMARIO:** 1. I contenuti, le motivazioni e la problematica rilevanza della sentenza; - 2. Sentenza di annullamento o sentenza di accertamento?; - 3. Analisi del dato normativo: spunti per la configurabilità del principio di atipicità delle azioni e delle decisioni nel processo amministrativo alla luce del c.p.a.; - 4. Il richiamo agli articoli 121 e 122 del Codice: una operazione ermeneutica non pienamente convincente; - 5. Gli effetti temporali delle sentenze di annullamento: dalla Corte di Giustizia ai giudici nazionali?

***1. I contenuti, le motivazioni e la problematica rilevanza della sentenza***

Con la sentenza n. 2755 del 10 maggio 2011, il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale (sezione sesta), ha accolto il ricorso in appello presentato dal World Wide Fund for Nature (d'ora in avanti WWF), per l'annullamento della delibera del consiglio regionale della Puglia n. 217 del 21 luglio 2009, recante il piano faunistico venatorio regionale.

Motivo principale del ricorso in primo grado, riproposto integralmente in sede di appello, è stato il mancato esperimento in sede procedimentale, da parte della Regione Puglia, della Valutazione Ambientale Strategica (di seguito VAS), prescritta quale necessaria ai fini dell'adozione del piano faunistico venatorio regionale dal d.lgs. del 16 gennaio 2008, n. 4, la cui mancata attivazione si è tradotta in una violazione di legge invalidante il provvedimento finale.

Il Supremo Consesso Amministrativo ha accolto il ricorso, rilevando che la delibera in oggetto era stata adottata in assenza dell'attivazione necessaria del procedimento sulla VAS, ma non ha annullato l'atto, disponendo per la sentenza unicamente effetti conformativi.

Ha infatti ordinato alla Regione Puglia di procedere entro dieci mesi alla rinnovazione del piano faunistico venatorio regionale, nel rispetto di tutte le prescrizioni di legge, ivi compresa quella riguardante l'esperimento della VAS.

Motivo sostanziale della decisione dei giudici di Palazzo Spada è rinvenibile nella circostanza, peraltro espressamente specificata in sentenza, che l'annullamento con efficacia *ex tunc* del provvedimento impugnato avrebbe, nel caso di specie, frustrato le ragioni sostanziali del ricorrente (appellante) vincitore.

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale, ora espressamente contenuto all'articolo 1 del Codice del processo amministrativo, a giudizio del Consiglio di Stato, impone che il giudizio attribuisca alla parte vittoriosa l'utilità che le compete in base al diritto sostanziale<sup>1</sup>.

---

\*Dottorando di ricerca in Diritto pubblico alla Luiss Guido Carli.

<sup>1</sup> Nella sentenza il Consiglio di Stato richiama inoltre per quanto concerne il principio di effettività gli articoli 6 e 13 della CEDU e gli articoli 24, 111 e 113 della Costituzione.

Il WWF, infatti, in quanto soggetto statutariamente deputato alla tutela dell'ambiente, portatore non di interessi propri, bensì di interessi diffusi, avrebbe visto le proprie ragioni - seppur riconosciute formalmente - frustrate dall'annullamento del piano faunistico regionale, i cui effetti demolitori avrebbero avuto la conseguenza di rimuovere i vincoli in materia nella Regione Puglia.

La sentenza, seppur appare condivisibile nell'ottica del risultato perseguito, presenta tuttavia non pochi aspetti problematici, principalmente sotto il profilo delle motivazioni adottate dal giudice amministrativo.

Il Consiglio di Stato fonda la propria tesi su tre argomentazioni differenti.

La prima riguarda la mancanza nell'ordinamento di una norma che precluda al giudice amministrativo di determinare gli effetti delle proprie decisioni.

Il secondo motivo elaborato dal Consiglio di Stato riguarda il tenore degli articoli 121 e 122 del Codice del processo amministrativo, ove è previsto che, qualora il giudice rilevi la fondatezza di un ricorso d'annullamento, questi possa determinare i concreti effetti della pronuncia, anche se tali disposizioni sono relative a riti speciali previsti dal processo amministrativo, in cui gli effetti della decisione del giudice riguardano l'inefficacia del contratto.

Infine, il terzo motivo a sostegno della decisione del giudice amministrativo è costituito da un richiamo al diritto europeo, specificamente al potere di determinare gli effetti delle proprie decisioni riconosciuto alla Corte di Giustizia dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Una preliminare osservazione, che può essere d'ausilio prima dell'analisi di tali motivazioni, nasce dalla considerazione, svolta da autorevole ed attenta dottrina, secondo cui il precipitato pratico della decisione del Consiglio di Stato rischia di essere irrilevante, se non addirittura controproducente<sup>2</sup>.

L'esame della questione e gli spunti sollevati pongono in risalto però gli effetti della pronuncia in concreto. Sembra tuttavia questione ancora aperta e problematica se l'importanza della decisione possa sottolinearsi indipendentemente dalla rilevanza dei propri effetti nel caso concreto.

Sul piano dei principi, infatti, la conferma di un siffatto orientamento giurisprudenziale, sembrerebbe aprire una nuova strada verso il principio di effettività nell'ambito della tutela giurisdizionale amministrativa.

Inoltre, l'importanza della decisione è accentuata dal fatto che essendo da poco entrato in vigore il Codice del processo amministrativo, la giurisprudenza concernente i principi dello stesso, risulta avere un peso ancor più rilevante nella prospettiva di futuri sviluppi giurisprudenziali.

## **2. Sentenza di annullamento o sentenza di accertamento?**

Prima di entrare nel merito delle motivazioni che il Consiglio di Stato ha posto a sostegno della propria decisione, occorre accennare ad una prima questione che appare problematica, ovvero se la sentenza in esame abbia unicamente effetti conformativi – come lo stesso giudice amministrativo

---

<sup>2</sup> Osserva sul punto A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, pp.927 ss., che l'esercizio della caccia nelle aree interessate dal provvedimento illegittimo, non potrà essere sanzionata, in quanto, sulla base di costante giurisprudenza della Cassazione, cfr. *ex plurimis* Cass. Civ. Sez. I, 29 maggio 2009, n. 12679, ai fini dell'applicabilità di una sanzione per la violazione di un divieto, elemento della fattispecie è anche la legittimità del divieto. Nello stesso senso anche con osservazioni diverse, M. MACCHIA, *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p.1316, sostiene che "La tutela eliminativa del piano in sé non rappresenta un rischio per le aspettative di protezione dei ricorrenti, giacché, durante il periodo di assenza del piano medesimo, ogni attività privata che deve essere esercitata in conformità ad esso è in genere vietata, mancando la normativa di salvaguardia che ne autorizza il relativo esercizio".

sostiene – oppure se sia possibile ipotizzare comunque la sussistenza di un annullamento del provvedimento viziato, seppur differito al momento della conformazione dell'amministrazione al giudicato e con mera efficacia *ex nunc*.

La dottrina sul punto sembra essere divisa.

Vi è chi sostiene che la sentenza si limiti unicamente ad accertare l'illegittimità del provvedimento, senza alcun effetto demolitorio né *ex tunc* né *ex nunc*<sup>3</sup>.

Tuttavia è stato anche sostenuto che il Consiglio di Stato ha emesso una pronuncia ad effetti differiti, poiché ha ordinato che gli atti illegittimi impugnati conservino i propri effetti sino ad un nuovo esercizio del potere<sup>4</sup>.

La questione evidentemente si presta a differenti interpretazioni, ma definire comunque la decisione commentata come sentenza di annullamento costituisce un interessante elemento di riflessione critica.

Tale definizione si basa sull'osservazione che nella sentenza *de quo* gli effetti demolitori del provvedimento illegittimo sembrano prodursi lo stesso, seppur differiti temporalmente al momento della conformazione del potere amministrativo al giudicato amministrativo,

In altri termini, l'annullamento si verificherebbe con il sopraggiungere dell'atto sostitutivo conformato.

Quest'ultimo, in quanto impositivo di condotte, non potrebbe valere retroattivamente e quindi l'effetto demolitorio dell'atto annullato avrebbe efficacia *ex nunc*.

La questione, seppur avente rilievi di sicuro interesse, appare tuttavia di scarsa importanza al fine del commento della sentenza in esame.

Infatti, sia nel caso in cui si ritenga che il Consiglio di Stato abbia disposto meri effetti conformativi, sia nel caso in cui, al contrario, si ipotizzi che abbia differito temporalmente gli effetti demolitori di annullamento con efficacia *ex nunc*, il dato di rilievo della decisione in esame pare riguardare la possibilità o meno di derogare, in adesione al principio di effettività della tutela, alla regola dell'annullamento con effetti *ex tunc* dell'atto illegittimo, o escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento, o differendoli temporalmente al momento della conformazione al giudicato e disponendo per gli stessi una efficacia *ex nunc*.

### ***3. Analisi del dato normativo: spunti per la configurabilità del principio di atipicità delle azioni e delle decisioni nel processo amministrativo alla luce del c.p.a.***

Premesso che, come autorevolmente osservato, nel diritto processuale le azioni si distinguono in ragione della natura del provvedimento giurisdizionale cui l'azione tende e, di converso, il potere del giudice di adottare una determinata pronuncia sussiste in quanto ad esso sia correlata una corrispondente azione<sup>5</sup>, l'orientamento del giudice amministrativo, nel caso in esame, sembra

<sup>3</sup> A. TRAVI, *op. cit.*

<sup>4</sup> M. MACCHIA, *op. cit.* p. 1316, sul punto l'Autore osserva che "si tratta di una decisione che ha un vincolo pro futuro, simile a quello che è dato riscontrare nelle sentenze di condanna ad un obbligo di fare, giacché in tale ipotesi il valore d'uso della sentenza è rappresentato dalla sua destinazione all'azione esecutiva".

<sup>5</sup> R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), l'Autore osserva inoltre che nel Codice la disciplina delle azioni precede quella delle pronunce del giudice e da tale collocazione sistematica si deduce che si è inteso far sviluppare il processo amministrativo partendo dalle posizioni giuridiche soggettive dedotte in giudizio, passando per i relativi bisogni di tutela, le azioni ammissibili e le corrispondenti tipologie di sentenze.

poggiare dunque sulla convinzione che nel nostro processo amministrativo viga il principio di atipicità delle azioni.

A sostegno di tale tesi i giudici di Palazzo Spada adducono che sia l'articolo 21 *nonies* della legge 241/90, che l'art. 34 lett. a) c.p.a., non vietano al giudice di non disporre l'annullamento dell'atto illegittimo con efficacia *ex tunc*.

Tale ricostruzione richiede però alcune riflessioni su quelli che sembrano profilarsi come elementi di criticità.

Un primo elemento problematico che sembra potersi rilevare in tale ricostruzione, riguarda la necessità, a norma dell'articolo 113 della Costituzione, che vi sia una norma positiva che preveda e disciplini i provvedimenti del giudice amministrativo, non essendo sufficiente la mera assenza di disposizioni di divieto.

Ulteriore spunto di riflessione è costituito dal richiamo effettuato dal Consiglio di Stato agli articoli 21 *nonies* della legge 241/1990 e 34 lett.a) c.p.a. A tale riguardo sembra ci si possa interrogare circa la possibilità che gli articoli richiamati possano essere interpretati nel senso di consentire al giudice un annullamento che non sia quello tipico con efficacia *ex tunc*.

Il richiamo all'articolo 21 *nonies* della legge sul procedimento amministrativo, non sembra tener conto, infatti, che la disciplina degli effetti dell'annullamento d'ufficio del provvedimento è comunque diversa dalla disciplina dell'annullamento giudiziale dell'atto illegittimo e la comparabilità tra queste ultime sembra essere comunque questione che presenta alcuni elementi problematici.

Nemmeno il richiamo effettuato all'articolo 34, primo comma lett. a) del c.p.a., ove è previsto che il giudice qualora accolga il ricorso, può nei limiti della domanda, annullare in tutto o in parte il provvedimento impugnato, sembra essere del tutto scevro da rilievi critici.

La locuzione "in tutto o in parte" sembra infatti presupporre che annullamento comunque ci sia stato.

Orbene, la questione sul verificarsi o meno dell'annullamento è, come in precedenza accennato, alquanto discussa e problematica e, seppur il richiamo a tale norma da parte del Consiglio di Stato nella sentenza *de quo* si presterebbe a giustificare in punto di diritto la decisione assunta, nel caso in cui quest'ultimo avesse aderito alla tesi dell'esistenza dell'annullamento differito, occorre ricordare che nel caso in esame è stato lo stesso giudice amministrativo a disporre effetti unicamente conformativi per la propria decisione, aderendo quindi alla tesi della non esistenza dell'annullamento.

A tale riguardo, una ulteriore osservazione potrebbe muovere dal rilievo che quella effettuata dal giudice amministrativo potrebbe forse essere una interpretazione troppo estensiva della norma.

Sembra infatti questione per lo meno controversa l'interpretabilità della norma nel senso che porti a ritenere desumibile, da quel "in tutto o in parte", una qualche legittimazione che conferisca al giudice amministrativo il potere di determinare gli effetti temporali delle proprie decisioni, di disporre l'annullamento del provvedimento con efficacia *ex nunc* o di non annullare affatto il provvedimento illegittimo ordinando unicamente all'Amministrazione di conformarsi al giudicato.

Sulla base quindi di una interpretazione letterale della disposizione citata a sostegno della propria decisione dal giudice amministrativo, dovrebbe riconoscersi che, con l'entrata in vigore del c.p.a., nel nostro ordinamento sia stato sancito il principio di tipicità delle azioni nel processo amministrativo sulla base del quale il giudice è tenuto ad annullare l'atto illegittimo con efficacia *ex tunc*, non essendo prevista né una azione di accertamento che consenta al giudice di non annullare il provvedimento illegittimo, né una atipicità delle azioni che gli consenta di determinare egli stesso gli effetti delle proprie decisioni.

Tali osservazioni porterebbero a dedurre che l'adozione della sentenza *de quo*, in mancanza di espressa disposizione normativa che preveda la possibilità in capo al giudice amministrativo di determinare gli effetti delle proprie decisioni, possa generare questioni problematiche riguardo alla conflittualità con il principio di predeterminazione delle norme processuali e di conseguenza, con il principio di legalità, oltre che con gli artt. 24, 111 e 113 della Costituzione<sup>6</sup>.

La ricostruzione effettuata dal Supremo consesso amministrativo sembra dunque condurre l'interprete al risultato opposto rispetto a quello prefisso, ovvero a riconoscere l'impossibilità di azioni atipiche nell'attuale processo e di una pronuncia non demolitoria 'atipica' del Consiglio di Stato.

Ulteriori considerazioni possono pur tuttavia portare tuttavia ad ipotizzare differenti interpretazioni del dato normativo positivo, che potrebbero fondare la decisione del Consiglio di Stato.

Secondo parte della dottrina, infatti, nel nostro ordinamento con l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, si è inteso recepire il principio di atipicità delle azioni<sup>7</sup>.

A tale conclusione si può giungere attraverso l'analisi di alcuni indizi che muovono in questa direzione.

Un primo elemento è rinvenibile nell'articolo 34, comma 1, lett c) c.p.a.

Tale disposizione, non richiamata in motivazione nella sentenza *de quo*, nel definire i contenuti della sentenza di condanna nel processo amministrativo prevede che il giudice possa, nei limiti della domanda, disporre, oltre al pagamento di una somma pecuniaria, anche a titolo di risarcimento del danno, l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio<sup>9</sup>.

Come pure sottolineato, situazioni giuridiche, azioni e sentenze, sono legate tra loro da un nesso di stretta interdipendenza dal che si deduce che se è prevista per una situazione giuridica dedotta in giudizio, una condanna atipica, necessariamente tra queste due si interpone una azione atipica<sup>10</sup>.

Un secondo indizio è contenuto sempre all'articolo 34, comma 1, ma alla lettera e), ove, riguardo al giudizio di ottemperanza, è stabilito che il giudice dispone "*le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato*".

---

<sup>6</sup> F. MERUSI, *Sul giusto processo amministrativo*, in *Foro amm.*, CdS 2011, 04,1353, in relazione al rapporto tra giusto processo ex 111 Cost. e processo amministrativo, sostiene che "*Se non ci sono norme di legge o anche norme di fonte diversa dalla legge che ne esplicitano i corollari applicativi è il giudice che è chiamato ad applicare direttamente i principi del giusto processo, secondo la nota tecnica dell'esplicitazione delle regole contenute in un principio per accertare la disciplina di un caso concreto*".

<sup>7</sup> M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1123. In senso parzialmente contrario A. TRAVI, *op. cit.*, l'Autore ritiene che "*il dibattito sulla atipicità riguarda l'ammissibilità di azioni ulteriori rispetto a quelle codificate negli artt. 29-31 c.p.a. ed essenzialmente ha ad oggetto l'esperibilità di una azione di adempimento; la tipicità dell'azione di annullamento non è in discussione*".

<sup>8</sup> R. GISONDI, *Nuovi strumenti di tutela nel Codice del processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), sottolinea che la Commissione mista insediata presso il Consiglio di Stato con il compito di elaborare un primo testo del nuovo codice da presentare al Governo, aveva previsto che, oltre alla tradizionale pronuncia costitutiva di annullamento, il giudice amministrativo potesse altresì emettere sentenze dichiarative della nullità di atti o dell'assetto dei rapporti e, addirittura, condannare l'amministrazione all'adempimento dell'obbligo di emanare un determinato atto richiesto o denegato. (cd. azioni di accertamento e di adempimento).

Il testo redatto dalla Commissione è stato tuttavia largamente rielaborato in sede governativa e ne è uscito impoverito, soprattutto nella parte concernente le azioni. Le norme relative alle azioni di accertamento ed adempimento sono state, infatti, espunte dall'articolato che, nella sua versione definitiva, prevede ora solo le azioni di annullamento, sul silenzio e di condanna.

<sup>9</sup> M. CLARICH, *Commento all'articolo 29 del Codice del processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), ritiene che questa sia "*Una disposizione che sembra far rientrare dalla finestra l'azione di adempimento appena uscita dalla porta, in quanto espunta dal testo elaborato dalla Commissione*".

<sup>10</sup> M. CLARICH, *op. cit.*, p.1124

L'utilizzo della formula 'misure idonee' nelle disposizioni citate, rimanda infatti ad un concetto di atipicità della pronuncia del giudice amministrativo.

Tali norme indicano una volontà del legislatore di introdurre ( o di mantenere?) nella disciplina del processo amministrativo, il principio di atipicità delle azioni con conseguente atipicità delle pronunce.

D'altro canto, nel momento in cui il legislatore ha approvato il Codice, la giurisprudenza aveva già superato il principio di tipicità delle azioni del processo amministrativo<sup>11</sup>, di talché una previsione in tal senso da parte del legislatore si tradurrebbe necessariamente in una *deminutio* di tutela del cittadino, che si concreterebbe in una violazione di principi di rilevanza costituzionale<sup>12</sup>.

Va inoltre considerato che tra i criteri direttivi stabiliti dalla legge di delega 18 giugno 2009, n. 69, all'articolo 44, comma 1, vi era quello di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza sia della Corte Costituzionale che delle giurisdizioni superiori.

Di conseguenza una interpretazione restrittiva delle norme in questione si tradurrebbe in una violazione costituzionale dei criteri imposti dalla legge di delega.

Tale ricostruzione appare coerente con l'impostazione di fondo che il legislatore ha voluto dare al nuovo Codice del processo amministrativo in tema di effettività della tutela.

L'articolo 1 del Codice, infatti, sancisce che "*la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*"<sup>13</sup>.

L'effettività della tutela sembra potersi concretizzare nella predisposizione da parte dell'ordinamento degli strumenti sostanziali e processuali che possano consentire al ricorrente vittorioso di vedere soddisfatto il proprio interesse sostanziale dedotto in giudizio.

<sup>11</sup> Cfr., in proposito, Cons. St., sez. VI, sentenza n. 717/2009, ove si afferma che "*analogamente a quanto pacificamente ammesso nel processo civile, anche nel processo amministrativo è da considerarsi sempre ammissibile l'azione di accertamento, atteso che il potere di accertamento del giudice è connaturato al concetto stesso di giurisdizione: non sussiste giurisdizione e potere giurisdizionale se l'organo decidente non può quanto meno accertare quale sia il corretto assetto giuridico di un determinato rapporto*". Inoltre viene sottolineato che "*anche per gli interessi legittimi la garanzia costituzionale impone di riconoscere l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo di questa posizione sostanziale, almeno in tutti i casi in cui, mancando il provvedimento da impugnare, una simile azione risulti necessaria per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente*".

A tale risultato non può opporsi il principio di tipicità delle azioni, in quanto, come è stato di recente rilevato, uno dei corollari dell'effettività della tutela è anche il principio della atipicità delle forme di tutela, non diversamente da quello che accade nel processo civile.

E non vi è ragione di differenziare, in linea di principio, sotto il profilo delle implicazioni che possono trarsi dall'art. 24 della Costituzione, il processo amministrativo dal processo civile, soprattutto se si riconosce all'interesse legittimo, com'è ormai pacifico, una rilevanza sostanziale analoga a quella del diritto soggettivo".

<sup>12</sup> L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo* - relazione al 56° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 23-25 settembre 2010 - in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), sostiene che il c.p.a. abbia recepito il principio di atipicità delle azioni, come infatti confermato dal fatto che riguardo all'azione di accertamento, non prevista dal dato normativo positivo, questa possa essere utilizzata dal giudice qualora strumentale e necessaria ad una tutela effettiva delle ragioni della parte vittoriosa in giudizio e che "*un limite a tale possibilità non solo non è posto dal Codice, ma contrasterebbe con il principio di effettività della tutela, radicato nel nostro ordinamento costituzionale come nell'ordinamento europeo e ribadito nella stessa legge di delega, con il principio di cui all'art. 44, c. 2, lett. b). n. 4 della legge n. 69/2009, che ha impegnato il legislatore delegato a prevedere pronunce dichiarative, costitutive e di condanna, idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa. Ove questa idoneità fosse preclusa o limitata, si sarebbe in presenza anche di una violazione, appunto, dei principi e criteri di delega, oltre che di principi generali di rilevanza costituzionale*".

<sup>13</sup> A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. una introduzione al libro II*, in *Dir. proc. amm.* 2011, 100, sostiene che "*il principio di effettività lega insieme in modo significativo l'esperienza del diritto europeo e quella della giustizia amministrativa: l'affermazione dell'effettività, sta, infatti alla base della giurisprudenza della CEDU ed ha costituito il motore della evoluzione della giustizia amministrativa*".

Con la sentenza esaminata, pare che il giudice amministrativo abbia, seppur con motivazioni non del tutto non convincenti, o che comunque consentono di affrontare problematicamente la questione, perseguito quello che sembra possa ritenersi, dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice, il principio fondante del processo amministrativo.

Infatti, se si accetta la ricostruzione effettuata, con la conseguenza di ammettere l'esistenza di un principio di atipicità delle azioni e delle decisioni nel processo amministrativo, sembra potersi ritenere che la sentenza del Consiglio di Stato risponda all'esigenza di effettività della tutela, seppur avrebbe probabilmente richiesto motivazioni, almeno in parte, diverse.

#### **4. Il richiamo agli articoli 121 e 122 del Codice: una operazione ermeneutica non pienamente convincente**

Il secondo argomento elaborato dal Consiglio di Stato a sostegno della propria decisione, è che negli articoli 121<sup>14</sup> e 122<sup>15</sup> del Codice è previsto che, qualora il giudice rilevi la fondatezza di un ricorso d'annullamento questi possa determinare dei concreti effetti della pronuncia.

Tale motivo non sembra però privo di rilievi critici.

Infatti l'applicazione analogica di un principio che, in quanto riguardante un rito speciale, deve di per sé essere considerato come derogatorio o comunque eccezionale rispetto al normale regime previsto per il processo amministrativo ordinario, sembra essere una operazione ermeneutica azzardata.

L'articolo 14 delle Disposizioni preliminari al Codice Civile dispone infatti che *"le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati"*.

E' stato autorevolmente affermato che è norma eccezionale quella derogativa della norma più generale della propria fattispecie, di quella norma cioè che qualora questa mancasse, si applicherebbe in sua vece alla fattispecie<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Il testo dell'articolo 121 prevede al primo comma che: *"Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi, precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva"*. Il primo comma continua con una elencazione dei casi di inefficacia del contratto, cui segue il secondo comma ove è stabilito che: *"Il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale. Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara. Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia"*.

<sup>15</sup> L'articolo 122, rubricato *"Inefficacia del contratto negli altri casi"* stabilisce che *"Fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta"*.

Inoltre, lo stesso Consiglio di Stato nella propria giurisprudenza è stato spesso molto rigoroso rispetto al tema del divieto di analogia di disposizioni derogatorie o eccezionali<sup>17</sup>.

Sembra dunque potersi ipotizzare che il richiamo alla disciplina del rito speciale previsto dal Titolo V del c.p.a., effettuato dal giudice amministrativo nella sentenza *de quo*, possa confliggere in qualche misura con il divieto di interpretazione analogica delle norme eccezionali e derogatorie rispetto alla disciplina generale.

### **5. Gli effetti temporali delle sentenze d'annullamento: Dalla Corte di giustizia ai giudici nazionali?**

Il terzo motivo che il Consiglio di Stato utilizza per giustificare la propria decisione si rifà al diritto europeo e specificamente all'attività della Corte di Giustizia.

E' stato infatti richiamato l'articolo 264<sup>18</sup> (ex art. 231) del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, in base al quale la Corte di Giustizia, qualora lo reputi necessario può precisare gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi<sup>19</sup>.

Viene inoltre sottolineato che seppur l'annullamento con efficacia *ex tunc* sia la regola, la Corte può derogarvi o dichiarando un annullamento che abbia efficacia *ex nunc* oppure stabilendo che l'atto medesimo mantenga i propri effetti sino alla modificazione o sostituzione dello stesso da parte dell'istituzione europea, ovvero al momento conformativo<sup>20</sup>.

Invero tale potere della Corte di Giustizia, seppur certamente esercitato, offre la possibilità di sollevare alcune riflessioni sul tema.

L'articolo 231 del trattato CE, norma da cui deriva l'attuale art. 264, prevedeva il potere di precisare, in caso di annullamento di regolamenti, gli effetti del regolamento annullato che devono essere considerati come definitivi.

Il tenore della norma è quindi praticamente identico a quello dell'attuale articolo 264, salvo che per la limitazione di tale potere al caso di annullamento di regolamenti, limitazione che peraltro era stata già superata per via giurisprudenziale prima del Trattato di Lisbona<sup>21</sup>.

Rispetto all'articolo 231, era stato autorevolmente sottolineato che la norma, relativamente alla parte in cui consentisse il potere della Corte di precisare gli effetti della propria sentenza che dovessero considerarsi come definitivi, aveva portata assolutamente derogatoria rispetto

---

<sup>16</sup> S. BACCARINI, *Il Consiglio di Stato tra divieto di analogia delle norme eccezionali e interpretazione creativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, pp. 86 ss.

<sup>17</sup> Cfr. *ex plurimis*, *Cons. St., Sez. V*, 23 maggio 2005, n. 2573; *Cons. St., Sez. IV*, 21 agosto 2003, n. 4698.

<sup>18</sup> La disposizione testualmente recita: "Se il ricorso è fondato, la Corte di giustizia dell'Unione europea dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato. Tuttavia la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi".

<sup>19</sup> Tale potere era inizialmente previsto dall'articolo 231 del trattato istitutivo della Comunità Europea riguardo ai Regolamenti comunitari.

<sup>20</sup> Confronta Corte di Giustizia, 5 giugno 1973, Commissione c. Consiglio, in C81/72; Corte di Giustizia, 25 febbraio 1999, Parlamento c. Consiglio, in C164/97 e 165/97).

<sup>21</sup> La Corte di Giustizia ha infatti interpretato la norma estensivamente fino a renderla applicabile oltre che ai regolamenti, anche alle Decisioni, alle direttive e ad ogni altro atto avente portata generale, cfr. Corte di Giustizia, 12 maggio 1998, Regno Unito c. Commissione, in C106/96; Corte di Giustizia, 7 luglio 1992, Parlamento c. Consiglio, in C295/90; 5 luglio 1995, Parlamento c. Consiglio, in C2194.



all'ordinario regime di annullamento e che l'interpretazione della stessa dovesse quindi essere restrittiva<sup>22</sup>.

In base quindi ad una interpretazione letterale del dato normativo, si dovrebbe desumere che la Corte ha il potere di precisare gli effetti delle proprie decisioni unicamente per il passato e non per il futuro.

Tuttavia tale interpretazione non è stata seguita dalla Corte nella propria giurisprudenza.

Al contrario vi sono stati casi in cui la norma è stata applicata nel senso di differire pro futuro gli effetti della sentenza di annullamento, solitamente sino al momento dell'entrata in vigore della disciplina che si impone come seguito necessario della pronuncia della Corte<sup>23</sup>.

Tale interpretazione è stata effettuata dalla Corte per evitare che l'annullamento dell'atto creasse conseguenze più gravi della sopravvivenza dello stesso.

Sulla base di quanto detto, il ragionamento effettuato dal Consiglio di Stato, seppur assolutamente veritiero rispetto alle competenze del giudice europeo, potrebbe apparire non del tutto rilevante rispetto all'ordinamento interno.

Come sottolineato dalla dottrina infatti, il fatto *"che la Corte di giustizia possa modulare la decorrenza degli effetti delle sue sentenze non implica nulla rispetto all'esercizio della potestà giurisdizionale da parte del giudice nazionale. Le affinità con un altro ordinamento non costituiscono di per sé un titolo giuridico"*<sup>24</sup>.

I richiami ai principi della Corte di Giustizia, appaiono dunque non del tutto convincenti, in quanto riguardano atti europei e non nazionali. E' inoltre già accaduto che di fronte ad innovazioni elaborate dalla giurisprudenza comunitaria, in tema ad esempio di misura cautelari *ante causam*, l'ordinamento nazionale abbia dovuto recepire con atto legislativo tale istituto al fine di poterlo applicare, non bastando il richiamo da parte dei giudici nazionali alla giurisprudenza comunitaria.

Questa sentenza sembra comunque mostrare dei tratti di rilevante innovazione, la cui adozione da parte del Consiglio di Stato, probabilmente rientra in un percorso da tempo iniziato che sembra condurre verso l'effettività della tutela del cittadino

Di tale percorso, la modificazione dell'articolo 111 della Costituzione e quindi l'introduzione del principio del giusto processo nel nostro ordinamento, sembra poter essere individuata come tappa di sicura rilevanza.

Si è quindi inteso come obiettivo del giudizio, il raggiungimento di un risultato aderente alla materia sostanziale.

Precipitati diretti di tale concezione nel processo amministrativo, che sembrano aver portato all'adozione della sentenza *de quo*, sono rinvenibili nel principio di effettività contenuto all'articolo 1 e nell'articolo 34, comma 1 lett. c), e), c.p.a.

Purtroppo le motivazioni della sentenza non pienamente convincenti e l'adozione di un percorso argomentativo probabilmente perfettibile, hanno contribuito a far apparire la sentenza in commento come decisione che in qualche modo esorbita dalle competenze che la legge attribuisce al giudice amministrativo. Tale apparenza tuttavia sembra ingannevole, in quanto ad una più approfondita analisi sembra invece possibile individuare percorsi logico giuridici che possano far meglio comprendere il contenuto della decisione.

Il giudice amministrativo, come per molti percorsi giurisprudenziali, qualora dovesse seguire tale orientamento, troverà di certo il modo di perfezionarlo ed affronterà le problematiche sottese alle

<sup>22</sup> G. PARODI, *Gli effetti temporali delle sentenze di annullamento e di invalidità della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Quaderni regionali*, 2007, pp. 319-338.

<sup>23</sup> Vedi nota precedente.

<sup>24</sup> A. TRAVI, *op. cit.*

questioni, tuttora aperte e certamente di non facile, certa e univoca risoluzione.

Tuttavia sembra comunque che la decisione adottata, almeno nel fine perseguito assicurati, o comunque tenda ad assicurare, una tutela piena ed effettiva della parte vittoriosa.

La capacità del processo amministrativo di raggiungere risultati nella sfera sostanziale che siano soddisfattivi della posizione giuridica fatta valere in giudizio, potrà essere ottenuta e comunque perfezionata, soltanto se la giurisprudenza amministrativa interpreterà le disposizioni del nuovo Codice in maniera aderente al principio di effettività.

La definizione del Codice del processo amministrativo come un punto di partenza e non un punto di arrivo<sup>25</sup>, vale proprio ad esprimere la necessità di affermare per via giurisprudenziale il principio di effettività e del giusto processo, di modo da consentire una tutela piena ed effettiva al cittadino i cui interessi risultino lesi.

---

<sup>25</sup> P. DE LISE, *Discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it): "L'auspicio che formulo per il futuro è quello di sfruttare tutta la peculiare potenzialità di questo testo, affinché esso funga non solo da 'punto di arrivo' di oltre un secolo di conquiste giuridiche, ma soprattutto da 'punto di partenza' per l'evoluzione successiva".