

DIRITTO PROCESSUALE AMMINISTRATIVO

Anno XXXIV Fasc. 4 - 2016

ISSN 0393-1315

Roberto Cavallo Perin

**I LIMITI AI POTERI DELLE
GIURISDIZIONI NELLE
CONTROVERSIE CONTRO
GLI ATTI DELLA PUBBLICA
AMMINISTRAZIONE**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

ROBERTO CAVALLO PERIN

I LIMITI AI POTERI DELLE GIURISDIZIONI NELLE CONTROVERSIE CONTRO GLI ATTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (*)

SOMMARIO: 1. Il giudice tra potere d'annullamento e divieto di modificazione degli atti amministrativi. — 2. L'annullamento giurisdizionale e la simmetria dell'effetto caducatorio. — 3. La simmetria e le apparenti eccezioni. — 4. Le ragionevoli eccezioni e le sentenze sostitutive dell'atto amministrativo. — 5. Sentenze costitutive o di condanna e art. 28 Cost.

1. La tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione trova definizione costituzionale in enunciati precisi ed essenziali: tutti possono agire in giudizio (art. 24 Cost.), avanti al giudice ordinario (art. 112 Cost.) oppure avanti al giudice amministrativo, per la tutela degli interessi legittimi e in particolari materie stabilite dalla legge anche dei diritti soggettivi (art. 103, comma 1, Cost.). Tale tutela giurisdizionale non può essere limitata a particolari categorie di atti o mezzi di tutela (art. 113, comma 2, Cost.). La legge determina *quali organi di giurisdizione* hanno il potere di annullare gli atti della pubblica amministrazione, *in quali casi e con gli effetti stabiliti dalla legge medesima* (art. 113, comma 3, Cost.).

Riunita in una sola norma costituzionale la tutela contro gli atti della pubblica amministrazione (artt. 113, comma 1, 112 e 103, 24 Cost.), diventa inevitabile vedere trattati congiuntamente i poteri della giurisdizione su tali atti (art. 113, comma 3, Cost.), senza più distinguere tra giudice ordinario, amministra-

(*) Lo scritto riscrive la relazione tenuta al Convegno *Poteri dei giudici e poteri delle parti nei processi sull'attività amministrativa dall'unificazione al codice*, Polignano, 21 settembre 2015.

tivo o altri giudici speciali (VI disp. trans. e finale Cost.), senza più correlare il potere d'annullamento a posizioni soggettive determinate, siano esse gli interessi legittimi o i diritti soggettivi (artt. 24; 102, 113, comma 1; art. 103, commi 1 e 2, Cost.).

La l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, con i suoi articoli 4 e 5, ha indicato sin da metà ottocento i limiti ai poteri del giudice verso gli atti d'autorità, escludendo la revoca o la modificazione dell'atto amministrativo, potendo il giudice unicamente conoscere dell'atto e se del caso disapplicarne gli effetti (1).

Letteralmente la norma nega al giudice il potere di modificare e revocare gli atti amministrativi, non invece l'annullamento, che la Costituzione repubblicana ha poi indicato come potere possibile per qualsiasi giurisdizione: sia di quella che al tempo era la giurisdizione unica o prevalente (2), sia di quella che è divenuta in seguito la giurisdizione amministrativa.

La norma costituzionale recupera la lettera dell'art. 4, l. n. 2248/1865, all. E, riunendo l'analisi dei poteri accordati alla giurisdizione verso gli atti di esercizio della funzione amministrativa, che per molto tempo è stata differenziata tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Perciò si può affermare che la norma costituzionale si pone in continuità con la disciplina d'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, poiché il solo potere d'annullamento è considerato e perciò elevato a paradigma dei poteri di qualsiasi giurisdizione verso gli atti d'esercizio della funzione amministrativa.

Non sono neppure considerate dalla Costituzione gli altri tipi di sentenze che fondano poteri ritenuti comunemente più invasivi dell'autonomia dell'amministrazione pubblica: di sostituzione degli atti amministrativi (costitutive-modificative) o di

(1) ALB. ROMANO, *L'attuazione dei giudicati da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 411.

(2) Artt. 6, comma 1, 12 e 13, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E. Sul permanere del contenzioso speciale: M. NIGRO, *La giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 55 ss.; S. SAMBATARO, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 1977.

coartazione all'emanazione di atti dell'amministrazione pubblica (di condanna).

La ragione non può, neppure in questo caso, dipendere dall'*incipit* della norma costituzionale che prende in considerazione la tutela giurisdizionale "contro gli atti della pubblica amministrazione", non solo perché nessuno ha mai sinora inteso la garanzia costituzionale come limitata agli interessi legittimi oppositivi o ai diritti assoluti (art. 24, e 103, comma 1, 113, comma 1), ma soprattutto perché la locuzione d'ingresso alla disciplina costituzionale in materia ha un valore paradigmatico delle garanzie che da sempre abbracciano l'intera tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione, più precisamente contro la sua azione o inazione (3).

Il potere d'annullamento ne segue le ragioni: è elevato dalla Costituzione repubblicana a limite dei poteri della giurisdizione verso gli atti dell'amministrazione pubblica (4), poiché gli atti d'autorità sono esercizio di funzioni amministrative riservate a organi e enti amministrativi (art. 118, comma 1, Cost.), perciò non sostituibili dalla giurisdizione (5).

Sia la più recente norma costituzionale sul potere d'annullamento (1948) sia l'originario divieto di modifica e revoca

(3) L. MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1891, 30; S. SPAVENTA, *Discorso sull'inaugurazione, della Quarte sezione*, preparato e non pronunciato e pubblicato in seguito da R. RICCI, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909; SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei Governi liberi*, Torino, 1904; ALB. ROMANO, *I caratteri originari della giustizia amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. amm.*, 1994, 635 ss.; F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 12. Per un'analisi e puntuale riconsiderazione dell'evoluzione in materia si veda: L. VERRIENTI, *Commento all'art. 4, l. cont. Amm. (l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E)*, in *Commentario breve alle leggi di giustizia amministrativa*, Padova, 2009, 56 ss.

(4) M. NIGRO, *La giustizia amministrativa*, 2002, 81, ove afferma l'abrogazione da parte dell'art. 113, comma 3, Cost. dell'art. 4, l. n. 2248 del 1865, all. E; per un'articolata opinione: L. MAZZAROLI, *Profili evolutivi della tutela giurisdizionale amministrativa*, in *Dir. e Società*, 1990, 10; F. BASSI, *Diritti fondamentali e art. 4, secondo comma, legge 20 marzo 1865, n. 2248 All. E*, in questa *Rivista*, 1988, 613.

(5) Sulla riserva d'amministrazione per tutti: D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996, 85 ss.; E. CASETTA, voce *attività amministrativa*, in *D. disc. pubbl.*, Torino, 1987, 521 ss.; G. MARONGIU, voce *Funzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, 1 ss.

degli atti amministrativi (1865), sono entrambi espressione del principio di separazione dei poteri (6), verso il quale era un tempo compatibile anche un potere d'annullamento dell'atto impugnato pronunciato dal Re su parere del Consiglio di Stato, poi dalla sua IV Sezione che — non ancora giurisdizione — poteva essere ricondotta tra le *autorità amministrative* (7) in realtà tra quelle particolari che oggi denomineremmo *authorities* o amministrazioni indipendenti.

Limite dei poteri della giurisdizione che — ora come allora (8) — è norma costituzionale nel senso etimologico del termine, cioè di principio che vale a costituire e perciò fondare un ordinamento giuridico in un determinato tempo.

Il divieto di modificazione degli atti d'autorità parrebbe implicare, ben oltre la vicenda costitutiva soppressiva che è propria dell'annullamento, anche una vicenda costitutiva-sostitutiva che sin da allora è ritenuta invasiva della funzione di governo, o come diremmo oggi dell'autonomia giuridica dell'amministrazione pubblica (9).

Divieto di modificazione dell'atto amministrativo e attribu-

(6) Richiama il limite interno alla giurisdizione del giudice ordinario derivante dal divieto di annullamento, revoca o modifica dell'atto amministrativo di cui alla l. n. 2248 del 1865, all. E, art. 4: Cass., sez. un., 15 gennaio 2015, n. 604; Cass., sez. III, 27 giugno 2006, n. 14762; Cass., sez. un., 31 luglio 2006, n. 17286; G. SILVESTRI, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, 726. Cfr. anche Id., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997.

(7) V. E. ORLANDO, *Rapporti tra la competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato e quella giudiziaria*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1892, 58 ss.; Id., *Ancora sui rapporti fra la competenza della IV Sezione del Cons. di Stato e quella giudiziaria*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1892, 370 ss.; Id., *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Torino, 1901, 633 ss.; S. ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, 507 ss.

(8) M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 101; V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, 76; G. ROEHRSEN, *Giurisdizione amministrativa*, in *Nss. D. I.*, VII, 1965, 996.

(9) Ancora di recente ALB. ROMANO, *Articolo 21 septies. Nullità del provvedimento. La nullità del provvedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa*, a cura di ALB. ROMANO, Torino, 2016, 811 ss.; Id., voce *Autonomia*, in *D. disc. pubbl.*, Torino, 1987, 30 ss.; sull'autonomia privata dell'amministrazione pubblica: cfr. C. cost., 9 aprile 2009, n. 108.

zione del potere d'annullamento del medesimo, come limite rispettivamente esterno e interno della tutela giurisdizionale sugli atti della pubblica amministrazione, il primo vietato e il secondo ammesso come potere accordato alla giurisdizione verso l'amministrazione pubblica.

Trattasi di poteri attribuiti dall'ordinamento costituzionale alla giurisdizione per la tutela dei diritti o degli interessi legittimi, siano essi pretensivi o oppositivi, avanti al giudice ordinario o amministrativo (art. 113, comma 1, Cost. (10)) quando sia emanato un atto della funzione amministrativa (cfr. l. 20 marzo 1865, n. 2248, art. 2), poteri che ritroviamo in capo alla giurisdizione costituzionale nel giudizio di legittimità sulle leggi e in quello per conflitto d'attribuzioni contro altri atti di esercizio di funzioni pubbliche (artt. 134-136, Cost.) (11).

La novità della disciplina costituzionale sul potere d'annullamento dell'atto amministrativo è piuttosto data dall'aver imposto una speciale riserva di legge, che affianca quella generale sulla disciplina della giurisdizione (art. 111, comma 1, Cost.), per la quale la legge d'attribuzione del potere d'annullamento deve indicare quali siano gli organi, per quali casi e con quali effetti tale potere è dato alla giurisdizione (art. 113, comma 3, Cost.).

(10) G. BERTI, *Art. 113*, in *Commentario della Costituzione, La Magistratura, art. 111-113*, a cura di G. BRANCA, Bologna, Roma, 1987, 85 ss.; A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici « comuni »*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990, 109 ss.

(11) Sulle sentenze di accoglimento della Corte come annullamento della legge o dell'atto avente forza di legge, da ultimo per tutti: G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 167 ss.; F. MODUGNO, voce *Atti normativi*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1989, 25-26; A. CERRI, voce *Sindacato di costituzionalità*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1989; A. M. SANDULLI, voce *Fonti del diritto*, in *Nss. D. I.*, VII, Torino, 1968, 524 ss.; C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964. Per i conflitti di attribuzione si vedano: F. MODUGNO, voce *Atti normativi*, cit., 25; A. CERRI, voce *Poteri dello Stato (conflitti tra i)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1989; S. GRASSI, voce *Conflitti costituzionali*, in *D. disc. pubbl.*, III, Torino, 1987, 362 ss.; G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 424 ss.

La legge processuale vigente ha da tempo confermato la scelta generale di un potere d'annullamento accordato alla giurisdizione amministrativa di legittimità (artt. 29 e 34, c.p.a.), come esito normale dell'accertamento di uno dei tre vizi di legittimità, ora annullabilità, degli atti amministrativi (l. n. 241/1990, art. 21 *opties*), ma un potere d'annullamento è dato anche per controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e, come vedremo, in non poche materie assegnate alla giurisdizione del giudice ordinario.

2. Da sempre si ritiene che avanti alla giurisdizione ordinaria — generalmente intesa — il potere di annullamento sia un'eccezione anche per le controversie di diritto privato.

Oltre i casi d'incapacità delle persone (art. 1425, c.c.) e di vizi di manifestazione della volontà (artt. 1427-1440, c.c.), solo con riferimento a talune autonomie private (società, condominio, associazioni, ecc.) il legislatore avrebbe attribuito al giudice un potere d'annullamento degli atti impugnati (artt. 23, 2377, spec. comma 7, 2378, ss., c.c.) per costituire, modificare o estinguere, rapporti giuridici, ma sempre con il limite generale di un effetto limitato alle parti, loro eredi ed aventi causa (art. 2908, c.c.; cfr. art. 2932, c.c.) (12).

La legge riconosce inoltre la possibilità di rivolgersi alla volontaria giurisdizione — che nella tradizione non è un'attività giurisdizionale — chiedendo di adottare provvedimenti sostanzialmente d'amministrazione nell'interesse di una collettività privata — come la comunione, il condominio, o la società — che non è in grado temporaneamente di provvedere (art. 1105, comma 4 c.c.; art. 1139, c.c.; art. 2409, comma 4, c.c.; art. 742 *bis*, c.p.c.).

La norma processuale che attribuisce il potere di annullamento alla giurisdizione contro gli atti d'esercizio di funzioni amministrative supera la disciplina generale sulle sentenze

(12) Cfr. E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1937, rist. 1992, 298 ss.

costitutive, poiché si è sempre ritenuto che non valga solo “tra le parti, loro eredi ed aventi causa” (art. 2908, c.c.; cfr. art. 2932, c.c.), ma anche verso i terzi, siano o non siano stati parti del processo che ha dato luogo all’annullamento (art. 41, comma 2; art. 49, c.p.a.).

Il potere di annullamento ha sempre avuto infatti come oggetto l’atto impugnato (artt. 29 e 88 c.p.a.; art. 112 c.p.c.) e non unicamente i rapporti giuridici conseguenti, poiché con il riferimento all’atto — che è titolo degli effetti giuridici e dei relativi rapporti — si vuole che la tutela giurisdizionale d’annullamento sia *ex lege* idonea a produrre l’effetto costitutivo uguale e contrario a quello prodotto dall’atto amministrativo impugnato.

Gli atti giuridici aventi contenuto patrimoniale disciplinati dal diritto privato hanno effetto solo tra le parti e non producono effetto verso i terzi, salvi i casi stabiliti dalla legge (artt. 1372, 1324, 1334, c.c.), sicché appare conseguente affermare che, non a caso, le sentenze costitutive — e tra esse quelle d’annullamento di tali atti — siano dall’ordinamento ragionevolmente limitate alle “parti, loro eredi ed aventi causa” (art. 2908, c.c.) (13), anche se non si può negare che il contratto concluso tra le parti abbia una sua oggettiva esistenza *erga omnes*.

La simmetria si afferma anche nel diritto pubblico con l’essenziale differenza che sono anzitutto gli effetti di diritto sostanziale degli atti da esso disciplinati a non essere limitati all’amministrazione emanante e ai destinatari.

Analogamente alle sentenze costitutive su leggi e atti aventi forza di legge (cfr. art. 136 Cost.), che sono atti normativi rivolti alla generalità, l’atto amministrativo — anche quando non assuma un’efficacia *erga omnes* — realizza pure sempre vicen-

(13) Il tema è noto per tutti: E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza ed altri scritti sulla cosa giudicata*, Milano, 1962, rist. dell’autore I ed. 1935, 98 ss., secondo il quale la natura della soggezione alla sentenza è determinata dalla relazione di ciascuno con l’oggetto della decisione: “Fra le parti e terzi ci è questa sola grande differenza: che per le parti, quando la sentenza passa in giudicato, i suoi effetti diventano immutabili, mentre ciò non è per i terzi”.

de di modificazione, costituzione ed estinzione di rapporti giuridici rilevanti per i terzi (controinteressati o cointeressati) (14), cioè verso soggetti diversi dall'amministrazione pubblica emanante e dai destinatari.

Sin dai primordi l'annullamento del provvedimento amministrativo è stato configurato, con effetto retroattivo sino al giorno d'emanazione dell'atto, non solo con riferimento alle parti, loro eredi e aventi causa, ma anche verso i terzi, sia nel senso (processuale) di offrire ai legittimati ad agire in giudizio una tutela per essi utile contro l'atto che hanno impugnato, sia nel senso (sostanziale) di considerare la vicenda giuridica che li riguarda.

L'atto amministrativo e il suo *contrarius actus* (annullamento) realizzano così una certezza *erga omnes* dei rapporti giuridici sostituiti da un atto amministrativo in cui è parte una pubblica amministrazione, i diretti destinatari e coloro che sono controinteressati o cointeressati dall'annullamento, "consolidando" o eliminando il provvedimento impugnato, in quest'ultimo caso senza ulteriori enunciati costitutivi.

Sin dall'ottocento la conformità al giudicato è ottenuta costringendo l'amministrazione pel tramite del giudizio di ottemperanza (artt. 112 ss. c.p.a.), non a caso per lungo tempo considerato una modalità d'esecuzione degli atti della giurisdizione non estranea all'organizzazione complessiva delle amministrazioni pubbliche, le quali ultime sin d'allora hanno l'obbligo *ex lege* di conformarsi al giudicato dei Tribunali (l. n. 2248/1865, artt. 4, 21 e 29, comma 4, c.p.a.).

Rispetto alla disciplina processuale civile sui poteri del giudice (artt. 112-120, c.p.c.) (15) nella legge d'unificazione del

(14) Da ultimo F. TRIMARCHI BANFI, *L'Atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Bari, 2011, in *Annuario 2011*, Napoli, 2012, 17 ss.; S. ROMANO, *Osservazioni sull'efficacia della legge*, in *Riv. sc. giur.*, Nuova serie, 1947, 64 ss., poi in *Scritti Minori*, I, *Diritto costituzionale*, Milano, 1950, 397 ss.; Id., *L'annullamento (teoria dell'annullamento) nel diritto amministrativo*, in *N.D.I.*, 1937, ora in *Scritti Minori*, II, *Diritto amministrativo*, 1950, 327 ss.

(15) A. CARRATTA - M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, in *Commentario del Codice di Procedure Civile*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2015, 4-8, ove i poteri della

1865 si è detto che è evidente un riferimento ulteriore al principio di separazione dei poteri (16), che nelle Costituzioni d'un tempo affianca la definizione e la protezione delle libertà, negando in radice ogni assolutismo vecchio o nuovo, più in particolare ogni invadenza dell'una sull'altra funzione dello Stato, escludendo in principio ogni dittatura dell'amministrazione pubblica, ma anche della legislazione (17) o della giurisdizione (18).

3. 3.1. Se si considera naturale la simmetria tra effetti sostanziali dell'atto amministrativo impugnato e effetti del potere d'annullamento, occorre riconoscere che ogni deviazio-

giurisdizione assumono rilievo per il rapporto strumentale con i poteri delle parti nel processo.

(16) Cfr. fra molti: A. VIGNUDELLI, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2007, 201 ss.; A. CERRI, voce *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, 1 ss.; G. SILVESTRI, voce *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1985, 670 ss.; F. MODUGNO, voce *Poteri (divisione dei)*, in *Nss. D. I.*, Torino, 1966, 472 ss. Sul principio di separazione dei poteri e la sottrazione degli atti dell'amministrazione al sindacato giurisdizionale all'epoca della Rivoluzione francese fra molti: M. GALIZIA, *La teoria della sovranità dal Medio Evo alla Rivoluzione francese*, Milano, 1951, 336 ss.; M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris (LGDJ), 1980, 109; M. ROUSSET, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, Paris, Dalloz, 1960, 19; N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino, 1988, 175 ss.

(17) Il riferimento è sia all'eccezionalità delle leggi provvedimento d'amministrazione sia al limite posto dalla riserva di provvedimento giurisdizionale: G.U. RESCIGNO, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 319 ss.; da ultimo: M. LOSANA, *Leggi provvedimento? La giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2015, 153 ss.; D. VALANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996, 29 ss. Sui rapporti tra giurisdizione e amministrazione: F. MODUGNO, *Eccesso di potere, Eccesso di potere giurisdizionale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 5. *Amplius*: R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'articolo 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in questa *Rivista*, 1988, 517 ss.; *Id.*, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990, 107 ss.

(18) Alle origini del fenomeno è la nascita del *Referé législatif* e poi della *Cour de Cassation*: P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e « référé législatif » in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino, 2005, 115; J. BARTHÉLEMY, *De l'interprétation des lois par le législateur*, (*Revue de droit public*), 1908, 456; L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1898, 44 ss.

ne dal paradigma — come l'annullamento non retroattivo sino al tempo d'emanazione dell'atto impugnato, l'annullamento parziale (19) o con effetto limitato a solo taluni soggetti — si configura come eccezione alla regola (20), che è costituzionalmente valida solo ove sia ragionevole.

Nel bilanciamento d'interessi il superamento del paradigma deve essere proporzionato (21) alla tutela di beni giuridici più rilevanti rispetto a quelli protetti dal paradigma medesimo (22), ma non sempre ciò avviene e a ben vedere in molti casi il superamento del paradigma è solamente apparente.

3.2. Non costituiscono in senso proprio un'eccezione i poteri anche d'annullamento attribuiti al giudice ordinario del lavoro contro l'amministrazione datrice di lavoro (23), poiché confermano i ricordati poteri decisori, seppure a effetto costitutivo, che la legge attribuisce al giudice civile in controversie aventi ad oggetto essenzialmente rapporti di tipo patrimoniale, cioè provvedimenti correlati alla natura patrimoniale dei diritti tutelati che perciò hanno effetti solo tra le parti, loro eredi ed aventi causa (art. 2908, c.c.).

(19) Cfr. art. 34, comma 1, lett. a), c.p.a. Per un caso risalente di annullamento parziale: Cons. Stato, sez. IV, 8 gennaio 1897, n. 6, in *Giust. amm.*, I, 1897, 12; più di recente: Cons. Stato, sez. VI, 17 luglio 2001, n. 3957; Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2007, n. 6536.

(20) Per tutti: E. PALICI DI SUNI PRAT, *La regola e l'eccezione. Istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, Milano, 1988.

(21) Sui rapporti tra ragionevolezza e proporzionalità: S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010; Id., *Il principio di proporzionalità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA - F. SAITTA, Milano, 2012, 389 ss.; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008, A.M. SANDULLI, *La proporzionalità nell'azione amministrativa*, Padova, 1998; M.A. SANDULLI, voce *Proporzionalità*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, 4643 ss.

(22) Sul principio di ragionevolezza, oltre agli autori di nota precedente, si consenta il rinvio a R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'articolo 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, cit., 517-562.

(23) D. lg. 30 marzo 2001, n. 165, art. 63, comma 2.

La simmetria persiste poiché intercorre tra effetti dell'atto a contenuto patrimoniale e il possibile potere d'annullamento che si limita a negare tali vicende, che si esprimono nel solo rapporto tra lavoratore e datore di lavoro.

Nessun enunciato normativo riferisce di effetti verso i terzi del potere del giudice del lavoro di emanare sentenze costitutive (24), sicché è confermata la simmetria tra effetti dell'atto e effetti dell'annullamento poiché l'atto e il suo contrario producono effetti esclusivamente tra le parti, loro eredi e avanti causa (25).

Non è toccato a ben vedere neppure il divieto dell'art. 4, della l. n. 2248/1865, all. E, a tutela dell'immodificabilità degli atti "dell'autorità amministrativa", poiché i poteri del giudice del lavoro sono riferiti infatti a atti della pubblica amministrazione che sono di gestione del rapporto di lavoro, classificati dal legislatore come atti del privato datore di lavoro (26).

(24) Cass., sez. lav., 8 gennaio 2015, n. 57, "ai sensi dell'art. 2909 c.p.c., l'accertamento contenuto nella sentenza non estende i suoi effetti a terzi né può essere, quindi, vincolante per questi ultimi; tuttavia, il giudicato può spiegare efficacia riflessa anche nei confronti di soggetti estranei al rapporto processuale, quando questi siano titolari di un diritto dipendente dalla situazione definita in quel processo o, comunque, di un diritto subordinato a tale situazione" (nella specie, relativamente alla legittimità del licenziamento intimato dalla società distaccante ad un dipendente distaccato, la Corte ha ritenuto che a nulla rilevava la sentenza passata in giudicato che aveva accertato l'insussistenza dei danni lamentati dalla società fruitrice e causati da condotte scorrette poste in essere dal lavoratore distaccato che costituivano le ragioni del licenziamento).

(25) Ancor prima a ben vedere non può dirsi derogato neppure il divieto posto dall'art. 4, l. n. 2248/1865 a salvaguardia dell'autonomia pubblica e in esercizio della funzione amministrativa: "atto dell'autorità amministrativa".

(26) D. lg. n. 165/2001, art. 63; per tutti A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, 160; ID., *Il giudice e la funzione. Il sindacato del giudice ordinario sul potere privato dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 228 ss.; ID., *Funzione amministrativa e giudice del lavoro*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2007, 395 ss.; P. CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Padova, 2007, 254 ss. Cfr. da ultimo, per il sindacato secondo correttezza e buona fede degli atti di gestione del rapporto di lavoro nella p.a., Cass., sez. lav., 14 aprile 2015, n. 7495; Cass., sez. lav., 26 marzo 2014, n. 7107; Cass., sez. lav., 1° dicembre 2009, n. 25314; Cass., sez. lav., 31 luglio 2009, n. 17852; Cass. sez. un., Ord. 9 febbraio 2009, n. 3052.

Si riafferma invece la giurisdizione amministrativa sugli atti di macro-organizzazione (27) per la rilevanza degli effetti che questi hanno verso i terzi: non solo verso altri pubblici impiegati, ma soprattutto verso coloro che dall'organizzazione pubblica siano amministrati, non importa se cittadini o stranieri.

3.3. Per le sanzioni pecuniarie amministrative “depenalizzate” la giurisdizione del giudice civile è — per così dire — “esclusiva” (28). L'ordinanza-ingiunzione (29) è considerata un atto amministrativo e il giudice civile, davanti al quale si può proporre opposizione (30), non solo può annullarla in tutto o in parte, ma anche modificarla (31), qui sì in deroga al divieto dell'art. 4, l. n. 2248/1865, all. E.

Il potere costitutivo — d'annullamento e di modificazione — è la conseguenza dell'accertamento di vizi dell'ordinanza ingiunzione, che sono anche e soprattutto d'illegittimità o annullabilità dell'atto (l. n. 241/1990, art. 21 *opties*), con traslazione alla giurisdizione del giudice civile sia del potere d'annullamento sia di quello sostitutivo della sanzione amministrativa (32), che sinora è stato considerato tipico di una giurisdizione di merito (cfr. art. 34, comma 1, lett. *d*), c.p.a.).

Senonché a ben vedere i poteri del giudice ordinario —

(27) D. lg. n. 165/2001, art. 2; cfr. Cons. Stato, sez. III, 26 febbraio 2016, n. 795; Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2016, n. 365; Cons. Stato, sez. VI, 30 novembre 2015, n. 5418. Per un caso di rilevanza delle graduatorie: Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2016, n. 2026. Per un caso di rilevanza delle graduatorie: Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2016, n. 2185.

(28) In tema cfr. da ultimo P. LAZZARA, *Sanzioni amministrative nel credito e nel risparmio*, in *Ius Publicum Network Review*, 2012, 10.

(29) L. n. 689/1981, art. 18; d. lg. 1 settembre 2011, n. 150, art. 6. Per sindacato incidentale e disapplicazione di atti amministrativi a fondamento della sanzione: Cass., sez. VI, 27 ottobre 2014, n. 22793; Cass., 24 gennaio 2013, n. 1742; Cass. sez. un., 9 gennaio 2007, n. 116; Cass., sez. I, 5 ottobre 2006, n. 21432; Cass., sez. un., 29 aprile 2003, n. 6627; Cass., sez. I, 16 aprile 2003, n. 6013. Il giudice ordinario non può disapplicare l'atto presupposto dell'ordinanza-ingiunzione se la validità del primo sia oggetto di un giudicato amministrativo: Cass., sez. II 2 aprile 2015, n. 6788.

(30) D. lg. n. 150/2011, art. 6, commi 1 e 2.

(31) D. lg. n. 150/2011, art. 6, comma 12.

(32) D. lg. n. 150/2011, art. 6, comma 12.

anche sostitutivi — in materia di sanzioni amministrative depenalizzate riguardano esclusivamente le sanzioni pecuniarie (l. n. 689/1981, artt. 18 e 22; poi d. lg. 1 settembre 2011, n. 150, art. 6, comma 12), cioè in definitiva riguardano esclusivamente i rapporti patrimoniali tra la pubblica amministrazione emanante e i destinatari della sanzione (33), una punizione (cfr. art. 25, comma 2, Cost.) che è comminata per una causa giuridica di tutela di un bene affidato alle cure della pubblica amministrazione, ma configurata come personale e perciò intrasmissibile agli eredi (34). Da ciò è agevole concludere che l'annullamento della sanzione, come la sua modificazione, non produce effetto verso i terzi, salvi casi stabiliti dalla legge.

3.4. La sospensione cautelare del giudice amministrativo letteralmente non riguardava il provvedimento impugnato ma la sua *esecuzione* (art. 39, l. Cds; ma anche l. n. 689/1981, art. 22.; poi d. lg. n. 150/2011, art. 6) (35), cioè i suoi effetti giuridici (esecutività) o materiali (esecutorietà), con rilevanza tra le parti processuali, sicché non può dirsi esatta l'opinione comune che indica una simmetria tra *petitum* del ricorso e *petitum* dell'istanza cautelare (36).

La sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato non si caratterizza giuridicamente come un'anticipazione dell'annullamento, né per *ratio*, né per lettera normativa, analogamente a quanto non possa dirsi anticipatoria la nomina a custode del

(33) C. cost. n. 32/1970 (Depenalizzazione, contravvenzioni per la circolazione stradale) la quale nega ogni posizione di interesse legittimo ed afferma l'esistenza di diritti soggettivi patrimoniali del destinatario; per le altre questioni di costituzionalità sulla disciplina processuale delle sanzioni amministrative si vedano C. cost., ord. 23 febbraio-3 marzo 2011, n. 74; C. cost., ord. 24 aprile-7 maggio 2002, n. 160; C. cost., ord. 6-14 luglio 2000, n. 291; C. cost., 10-17 giugno 1996, n. 199; C. cost., ord. 2-18 luglio 2003, n. 259.

(34) L. n. 689/1981, art. 7.

(35) R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 88 ss.

(36) Critica l'equiparazione tra sospensione e annullamento: M. SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1991, 218-231.

bene sequestrato di colui che rivendichi la proprietà del bene stesso, poiché è in realtà prescelto unicamente colui “tra i contendenti” che offra “le maggiori garanzie e dà cauzione” (art. 676, comma 2, c.p.c.).

L’idea dell’anticipazione (37) ha oscurato la constatazione che la cautela non è sempre un *minus* del *petitum* finale dato a chi ha ragione, ma unicamente un provvedimento che il giudice deve selezionare come adeguato al caso concreto per garantire chi ha ragione: inventarli se del caso (atipici) (38) nei limiti che sono propri di una giurisdizione.

La “sospensione cautelare innominata” (art. 55, c.p.a.) può dunque dirsi un potere compatibile con i limiti posti da sempre alla giurisdizione: siano quelli negativi enunciati sin dall’origine dall’art. 4 e 5, l. n. 2248/1865, all. E, siano essi quelli dettati in Costituzione con la configurazione del potere di annullamento giurisdizionale in controversie instaurate verso gli atti della pubblica amministrazione. Si tratta infatti di enunciati che non negano al giudice di conoscere degli effetti dell’atto, tra cui la sua esecuzione (39).

I poteri cautelari verso gli atti della pubblica amministrazione (40) non implicano la violazione del divieto del 1865 di modificare o revocare l’atto amministrativo, al pari della disapplicazione o inapplicazione delle leggi per contrasto con l’ordinamento dell’Unione europea, poiché tali poteri riguardano unicamente l’esecuzione dell’atto, al più gli effetti del provve-

(37) C. cost., 27 dicembre 1974, n. 284; A. TRAVI, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della PA*, in questa *Rivista*, 1990, 330.

(38) P. CALAMANDREI, *Introduzione, Opere*, IX, 185; ALB. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, 2492, spec. 2496; C. cost. 25 giugno 1985, n. 190; C. cost. 19 dicembre 1974, n. 284; C. cost. 17 gennaio 1982, n. 8; C. cost. n. 419/95; per l’Unione europea: C. Giust. Cee, 21 febbraio 1991, *Zuckerfabrik*; cfr. Cons. Stato, ad. pl., 30 marzo 2000, n. 1; pare contraria in materia tributaria: C. cost., 24 marzo 1983, n. 80.

(39) E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964, 169-185.

(40) Art. 55 ss. c.p.a.; per il giudice ordinario: l. n. 689/1981, art. 22, comma 7.

dimento, mai l'atto d'autonomia che è titolo delle conseguenti vicende giuridiche.

Se invece si pensa ai *poteri cautelari atipici o innominati*, come l'assegnazione temporanea alla giurisdizione dei poteri dell'amministrazione pubblica, si giunge per altra via all'idea di una giurisdizione estesa al merito (41), in ragione del potere così accordato di emanare provvedimenti giurisdizionali sostitutivi (cfr. art. 34, comma 1, lett. *d*), c.p.a.) cioè capaci di produrre le medesime vicende giuridiche che la legge ricollega ad un determinato atto amministrativo.

4. 4.1. L'esistenza d'interessi costituzionali più meritevoli di tutela apre invece ad una scelta di favore per una ragionevole eccezione al riconoscimento in capo alla giurisdizione del solo potere d'annullamento degli atti amministrativi.

In taluni casi la ragionevole eccezione può essere configurata addirittura per così dire a "rime obbligate", come nel caso di materie o oggetti che rientrano nell'attuazione di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, o da analoghi vincoli internazionali (artt. 11 e 117, comma 1, Cost.), o nel caso di funzionamento degli organi costituzionali, che possono dare origine a un conflitto d'attribuzioni tra poteri dello Stato (art. 134 Cost.), ogni qualvolta un potere non emani l'atto a tal fine necessario.

Elevati a limite della stessa autonomia legislativa (art. 117, comma 1, Cost.; cfr. art. 7, comma 6, c.p.a.) e ancor prima della stessa originaria sovranità della Repubblica italiana (art. 11 Cost.), vincoli ed obblighi di fonte sovranazionale consentono *a fortiori* di pensare ad una ragionevole deroga alla riserva degli atti d'esercizio delle funzioni amministrative a Comuni, Province, Regioni e Stato (art. 118, comma 1), attribuendo al giudice il potere di emanare sentenze i cui effetti sono equiparati a quelli che avrebbero prodotto gli atti che si configurano

(41) A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, 2492.

come attuazione di vincoli ed obblighi internazionali, in tutta simmetria alle sentenze date in sostituzione degli atti d'autonomia privata e in adempimento di un preliminare (art. 2932, c.c.).

Entrambe sono ipotesi in cui l'ordinamento consente alla giurisdizione di sostituirsi in via d'eccezione ad atti d'autonomia pubblica o privata, con diretta tutela alle posizioni pretensive fatte valere come diritti soggettivi o interessi legittimi, la cui soddisfazione si configura come obbligo e il cui inadempimento è perciò risarcibile non solo per equivalente ma anche in forma specifica.

Anche verso l'autonomia pubblica si avrebbe così — nei soli casi e con gli effetti previsti dalla legge — l'attribuzione al giudice di poteri capaci in via d'eccezione di “sostituire” (*recitius*: produrre gli stessi effetti) l'atto d'amministrazione pubblica, sicché così configurata è la legge (processuale) a ricondurre alla sentenza tutti o alcuni degli effetti giuridici che la legge (sostanziale) ha normalmente ricondotto all'atto amministrativo (l. 7 agosto n. 241/1990, artt. 21 *bis* e 21 *ter*).

4.2. Anche se il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101 Cost.) molti sono gli atti o i fatti che possono essere assunti a premessa maggiore del sillogismo giudiziale; tra essi spiccano gli atti d'autonomia privata come i contratti individuali o collettivi, ma anche gli atti d'autonomia pubblica come i regolamenti o gli atti generali o i provvedimenti, che sono titolo per ottenere prestazioni (es. servizi pubblici) o altri atti che dei primi sono l'attuazione (concessioni, licenze, accrediti, ecc.).

Perciò è pregiudiziale per il giudice conoscere e talvolta statuire sulle condizioni di riconoscimento dell'autonomia giuridica (c. d. *condicio juris*) — poste da norme sui requisiti essenziali, da norme imperative o altre che espressamente comminano la nullità — ma anche di conoscere, quanto meno *incidenter tantum*, la restante disciplina sulla validità degli atti di autonomia privata (annullabilità).

Nel diritto privato sono d'interesse le vicende che riguar-

dano le organizzazioni che vedono la validità dei propri atti definita da statuti e regolamenti (artt. 23, 1137, 2377, c.c.), quest'ultimi definiti talora a rilevanza *interna* appunto perché producono effetti giuridici solo verso i partecipi all'organizzazione.

L'autorità giudiziaria è tenuta ad applicare gli atti amministrativi e i regolamenti (generali e locali) ove siano conformi alle leggi (art. 5, l. n. 2248/1865, all. E; artt. 3 e 4, preleggi al c.c.), sicché anche la pubblica amministrazione annovera atti d'autonomia pubblica a carattere normativo (regolamenti) che, unitamente alle leggi, contribuiscono a definire la disciplina degli atti o comportamenti della pubblica amministrazione, sino a poter configurare nel primo caso un'attività vincolata e nel secondo un inadempimento dell'amministrazione a veri e propri obblighi di servizio pubblico.

In sé la sentenza di condanna di un soggetto ad adempiere a una prestazione contrattuale (42) non è stata mai percepita come lesiva dell'autonomia dei privati, a prescindere dai limiti posti per l'esecuzione in forma specifica (artt. 2931 e 2932, comma 1, c.c.; art. 612 c.p.c.) e fermo restando l'impossibilità — giuridica o di fatto — di esigere prestazioni di *facere* infungibili.

Ciò dipende dal carattere essenzialmente patrimoniale che involge di norma i rapporti tra privati, sicché può essere irrilevante avere ottenuto un'inesatta prestazione contrattuale, che la stessa sia divenuta in tutta o in parte impossibile, o non più d'interesse per il creditore. La vicenda giuridica che si vuole normalmente realizzare — essendo di natura patrimoniale (1321, c.c.) — trova pur sempre una prestazione succedanea a quella principale nel risarcimento in forma specifica (art. 2931, c.c.), o quanto meno in un risarcimento del danno per equivalente in danaro.

(42) Sulla giurisdizione del giudice ordinario nella fase esecutiva di un debito e o credito di cui una parte è la pubblica amministrazione: Cass., sez. un., 11 luglio 2014, n. 15941; Cass., sez. un., 7 maggio 2014, n. 9826; per le tariffe come diritto di credito di fonte contrattuale: Cass., sez. un., 3 febbraio 2014, n. 2295; Cass., sez. un., 23 giugno 2005, n. 13447; Cass., sez. un., 1 ottobre 2002, n. 14079.

4.3. Non sempre il risarcimento del danno per equivalente può dirsi altrettanto soddisfacente della prestazione principale inesattamente adempiuta, ogni qualvolta la prestazione stessa possa dirsi non sostituibile da un equivalente in danaro e ancor più ove si tratti di prestazione infungibile.

Così per i provvedimenti amministrativi che abilitano o concedono a un soggetto di esercitare un'attività o godere di un bene (autorizzazioni e concessioni) o di fruire (servizi pubblici; reti) di un'attività o di una infrastruttura, al pari di alcuni atti di diritto privato (es. diritto di famiglia) ove la ragione essenziale di essi non è realizzare vicende giuridiche patrimoniali (es. educazione o istruzione dei figli).

Più in generale realizzano vicende giuridiche anche non patrimoniali molti atti delle persone individue in esercizio della propria libertà personale, di corrispondenza (es. accesso a internet), d'informazione e di manifestazione del pensiero (es. pubblicare su *social network*), di professione di fede religiosa (es. atti d'organizzazione di cerimonie, raduni e processioni), di riunione (es. adesioni e atti d'organizzazione di manifestazioni), di associazione (es. atti costitutivi, deliberazioni di organi sociali o comitati), di scienza (es. atti di partecipazione o di raccolta fondi) o d'insegnamento (diritti d'autore e atti di accesso o fruizione d'insegnamenti), di espatrio (atti di acquisto di beni e servizi a tal fine strumentali (43)), di circolazione o domicilio (es. turismo).

Trattasi di atti che taluni soggetti esprimono verso enti pubblici o organizzazioni private, pretendendo la negazione dell'ingerenza di questi, oppure un atto giuridico o un comportamento degli stessi soddisfacente del proprio interesse giuridicamente protetto, la cui causa giuridica non è mai riconducibile in prevalenza ad una vicenda patrimoniale.

(43) Cass., sez. un., 24 giugno 1891, *Laurens ric.*, in *Giur. it.*, 1891, 181 e in *Foro it.*, 1891, 961 che afferma la giurisdizione del giudice ordinario sull'impugnazione di un agente di emigrazione, provvisto di patente, dell'atto governativo che vieta di procurare l'imbarco degli emigranti nei porti stranieri, perché la patente ha creato un diritto soggettivo all'attività di impresa.

La sentenza di condanna — oltre a fornire un titolo di accertamento del “buon diritto” fatto valere — costituisce titolo esecutivo per la cessazione della turbativa o per l’immissione nel godimento del bene o del servizio, ma la condanna a dare, a fare o non fare, o patire, non significa che l’esecuzione in forma specifica possa risultare d’utilità ove la prestazione sia essenzialmente infungibile.

Poter raggiungere un luogo di culto, ottenere una prestazione da un centro di eccellenza sanitario, potere partecipare a una periodica manifestazione religiosa o di culto, accedere a un servizio d’informazione, espatriare per partecipare a convegni scientifici, sono tutte ipotesi in cui un succedaneo della prestazione principale può essere del tutto insoddisfacente, sia esso il risarcimento in forma specifica o ancor peggio il risarcimento del danno in danaro, poiché entrambi non sono per il creditore l’equivalente della mancata prestazione principale.

4.4. Ove si tratti di un atto giuridico vincolato (ammissione ad un centro d’eccellenza, o a un servizio d’informazione, passaporto o titolo per l’espatrio, ecc.) la legge avrebbe potuto configurare la sentenza non come condanna al rilascio di un provvedimento (art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a.), ma direttamente come titolo costitutivo delle vicende giuridiche normalmente realizzate dall’atto — amministrativo o di autonomia privata — (44), rendendo superfluo il ricorso all’ottemperanza o all’esecuzione.

Alcuni diritti dell’uomo sono posti a tutela degli individui ma anche nell’interesse di terzi, siano essi altri individui o una collettività più o meno ampia. La Repubblica tutela la salute come diritto *fondamentale* dell’individuo e *interesse collettività* (art. 32, Cost.). Analogamente la tutela della libertà di ricerca

(44) In merito al c.d. effetto d’anticipazione dell’ottemperanza con “condanna della pubblica amministrazione a un *facere*”: Cons. Stato, ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3; Cons. Stato, ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15; Cons. Stato, sez. IV, 27 giugno 2011, n. 3858.

scientifica (45), di religione, di pensiero, di accesso alle cariche pubbliche, di circolazione o *d'intrapresa* privata come attività di interesse generale (art. 106 TFUE), possono rendere necessarie sentenze le cui statuizioni costitutive debbano raggiungere i terzi, perché la certezza del diritto, l'uguaglianza, la trasparenza dei rapporti, impongono che la sanzione d'invalidità dell'atto amministrativo non sia circoscritta alle sole parti, dunque non sia solo oggetto di una disapplicazione, ma estesa a determinate collettività o a tutti, legittimando il giudice ordinario o amministrativo ad annullare l'atto oppure — in casi d'eccezione — a sostituirsi all'amministrazione pubblica nei soli casi e modi previsti dalla legge.

4.5. Sennonché nel processo amministrativo (46) per i casi d'attività vincolata o quando risulti che non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità, né siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione" il giudice può accertare la fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (art. 31, comma 3, c.p.a.) e condannare al rilascio del provvedimento (art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a.) (47).

La norma si è detto si discosta dalla soluzione prescelta in diritto privato ove l'obbligazione di concludere un contratto è accertata con sentenza costitutiva degli effetti del contratto non concluso (art. 2932, c.c.) ma anche dalla soluzione che vede talune inerzie dell'autonomia privata superate dalla volontaria giurisdizione (art. 1105, co. 4^o, c.c., art. 742 *bis* c.p.c.), o dalla nomina — per così dire — di un *commissario ad acta* tra i genitori (art. 316, co. 5^o, c.c.), di un tutore o curatore (art. 346, 424, c.c.).

(45) In merito a cure farmaceutiche urgenti a tutela del diritto alla salute e continuazione gratuita del trattamento sanitario: Cass., sez. un., 6 luglio 2005, n. 14197; Cass. civ., sez. un., 24 giugno 2005, n. 13548.

(46) V. DOMENICHELLI, *Le azioni nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Ius Publicum Network Review*, 2011, www.ius-publicum.com/repository/uploads/26_10_2011_15_26_Domenichelli_IT.pdf.

(47) Cfr. Cons. Stato, ad. pl., 29 luglio 2011, n. 15.

Lo scostamento è di rilievo soprattutto ove si consideri che la condanna al rilascio dell'atto vincolato non produce gli effetti dell'atto medesimo e il persistente inadempimento dell'amministrazione al rilascio dell'atto apre la via — ora come un tempo — al giudizio d'ottemperanza o alla richiesta di risarcimento del danno per equivalente in danaro (48).

La previsione tra i poteri del giudice amministrativo di una sentenza di condanna al rilascio del provvedimento — lungi dal porsi come strumento penetrante della sfera giuridica dell'amministrazione pubblica — non pare offrire una maggiore tutela rispetto a quella da tempo accordata con l'accertamento conformativo della sentenza di annullamento, cui può seguire l'intervento propositivo del commissario nominato dal giudice dell'ottemperanza (49).

In entrambi i casi il giudicato d'annullamento o di condanna fonda l'obbligo dell'amministrazione di provvedere, la violazione del quale apre la via al giudizio d'ottemperanza e ora — in tale sede — anche alla domanda di risarcimento del danno per inottemperanza totale o parziale della sentenza (art. 112, comma 3, c.p.a.)

La soluzione del giudizio di ottemperanza come modalità generale di verifica dell'adempimento dell'amministrazione al giudicato e agli altri provvedimenti giurisdizionali (art. 112, comma 2, c.p.a.) ha spostato l'attenzione dai poteri del giudice

(48) D.lg. 2 luglio 2010, n. 104, *Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*, artt. 112 ss.; Cons. Stato, ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2. In dottrina: A. FALCHI DELITALA, *Il giudice dell'ottemperanza come « giudice naturale dell'esecuzione della sentenza »*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2013, 1846 ss.

(49) Tuttora insuperata è la ricostruzione di R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del consiglio di Stato*, cit., 120 ss., in particolare 217 ss. Da ultimo: F.G. SCOCCA, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in questa *Rivista*, 2015, 847 ss.; C.E. GALLO, *Ottemperanza (giudizio di) (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir. annali*, Milano, 2008, II, 818; G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela giurisdizionale: l'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli, 2013, 101 ss.. Sui limiti dell'ottemperanza di recente: Cons. Stato, sez. V, 14 marzo 2016, n. 984; Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 830.

di cognizione — e relative tipologie di sentenze (accertamento, costitutive, di condanna) — alle modalità d'attuazione della sentenza del giudice ordinario o amministrativo contro la pubblica amministrazione e alla relativa *peculiare* (50) fase di giudizio d'ottemperanza (51).

5. 5.1. Il divieto di modificare o revocare gli atti amministrativi (negativo), accompagnato sin dall'origine dall'obbligo delle amministrazioni di conformarsi al giudicato (art. 4, l. n. 2248/1865, all. E; art. 112 c.p.a.), unitamente al potere di annullamento degli atti amministrativi da parte della giurisdizione amministrativa, hanno marginalizzato l'ipotesi di sentenze sostitutive — *rectius* che producano gli stessi effetti — di un atto amministrativo, che la legge o i regolamenti, gli atti generali, o pregiudiziali di autonomia, hanno definito come l'esito di un'attività vincolata.

Sono le statuizioni di accertamento o confermativa contenute normalmente nelle sentenze di annullamento a essere il titolo preferenziale di valutazione dell'adempimento — sia esso quello spontaneo dell'amministrazione o in ottemperanza del giudicato (art. 112, comma 2, lett. *b*), c.p.a.) — che un funzionario o dipendente è chiamato ad attuare in via ordinaria (volontario) o d'eccezione (commissario: art. 114, co. 2, lett. *d*), c.p.a.) (52).

L'archetipo del titolo esecutivo di sentenze contro la pubblica amministrazione non sono state né quelle costitutive, né

(50) Cons. Stato, ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2.

(51) Anche il nuovo codice si riferisce più ad una classificazione dei tipi di azione che non ai tipi di sentenze (cfr. artt. 29-31, 88, c.p.a.), per tutti da ultimo: V. DOMENICHELLI, *Le azioni nel processo amministrativo*, in *Ius Publicum Network Review*, 2011.

(52) Per la coesistenza di accertamenti e di comandi: P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Riv. crit. scienze soc.*, 1914; per il processo amministrativo già M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, 20; A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit. 2495; cfr. anche V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Evoluzione della giustizia amministrativa*, in *Una giustizia per la pubblica amministrazione*, Napoli, 1983, 52; G. SAPORITO, *Provvedimenti cautelari: limiti di esigibilità*, in *Foro it.*, 1985, 54.

quelle di condanna, ma statuizioni, d'accertamento o conformative, contenute nelle sentenze dall'annullamento, che per ragionevole simmetria valgono verso i terzi e alle quali l'amministrazione deve ottemperare (53).

Si è detto altresì che la soluzione di un potere d'annullamento dato alla giurisdizione verso gli atti della pubblica amministrazione (art. 113, comma 1, Cost.) è stata assunta a paradigma anche della tutela costituzionale contro gli atti d'esercizio di poteri pubblici, siano essi leggi o atti aventi forza di legge (artt. 134, 136, Cost.), oppure atti dei Poteri dello Stato o delle Regioni da cui s'occasionano i conflitti di attribuzione (art. 134 Cost.).

Sentenze costitutive diverse dall'annullamento e di condanna all'emanazione di atti d'esercizio di una pubblica funzione, restano nella nostra storia costituzionale ipotesi d'eccezione, ove sono state sperimentate hanno immediatamente evocato ripensamenti e delimitazioni.

Così le sentenze interpretative di rigetto delle Corti costituzionale per la protestata invasione della funzione di nomofilachia della normale giurisdizione (in particolare della Cassazione) (54); così le sentenze manipolative per l'invasione di

(53) Anche in sede cautelare sono le statuizioni di accertamento contenute nell'ordinanza di sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato a costituire il titolo dell'adempimento spontaneo o d'ottemperanza dell'amministrazione ad atti o comportamenti che l'ordinanza indica come capaci di assicurare l'effettività del provvedimento finale (così R. VILLATA, *Esecuzione delle ordinanze di sospensione e giudizio di ottemperanza*, in questa *Rivista*, 1983, 97 ss.; ID., *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 88 ss.), statuizioni su atti e provvedimenti dell'amministrazione anche positivi, indicati dall'ordinanza con rinvio ad una successiva udienza cautelare, che ove non adottati dall'amministrazione resistente, debbono essere eseguiti da un commissario ad acta nominato sempre in sede cautelare dal giudice.

(54) M. CAPPELLETTI, *Sentenze condizionali della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 8 ss.; V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei confronti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1956; ID., *Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1965; L. ELIA, *Sentenze "interpretative" di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, in *Giur. cost.*, 1966, 1719; F.P. BONIFACIO, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *La giustizia costituzionale*, a cura di G. MARANINI, Firenze, 1966; recentemente cfr.: G.

campo della legislazione (55); così le sentenze che — fondate sul principio di uguaglianza — hanno pesato direttamente sul bilancio dello Stato (56).

Superare il limite generale del potere d'annullamento verso gli atti d'esercizio di una funzione pubblica significa accordare a un giudice il potere di emanare sentenze (modificative-costitutive) capaci di realizzare la vicenda giuridica tipicamente prodotta in via ordinaria dall'atto di esercizio della funzione amministrativa, legislativa o di altra giurisdizione.

La questione di teoria generale è ben nota e rende attuale il principio di separazione dei poteri che nel costituzionalismo contemporaneo si afferma anche nel senso che debbano esservi “pesi e contrappesi” tra i poteri pubblici (57), tra cui i limiti interni alla giurisdizione, cioè ai poteri che costituzionalmente possono essere accordati ad un Potere contro un altro.

5.2. Più difficile è vedere ricordata una diversa ragione di limite che riguarda specificamente la funzione amministrativa, la sua essenziale ragione di non confusione con la giurisdizio-

ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 381 ss.; C. cost. 15 dicembre 1966, n. 127

(55) A. GUARINO, *Le sentenze manipolative*, in *Dir. giur.*, 1967, 433; N. PICARDI, *Le sentenze “integrative” della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, 633 ss.; G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1684 ss.; A. PIZZORUSSO, *Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 311-312; recentemente cfr.: G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 390 ss.; C. cost., 22 febbraio 1964, n. 9; C. cost., 12 luglio 1965, n. 70.

(56) Oltre a E. GROSSO, *Sentenze costituzionali di spesa che non costino*, Torino, 1991, si vedano AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81 u.c. della Costituzione*, in *Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 8-9 novembre 1991*, Milano, 1993; M. BENVENUTI, *La Corte costituzionale*, in *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura di F. ANGELINI - M. BENVENUTI, Napoli, 2012.

(57) Sul *check and balances balances*, P. SILVESTRI, *Il liberalismo di Luigi Einaudi o del Buongoverno*, Soveria Mannelli, 2008, 138; A. CERRI, voce *Poteri (divisione dei)*, cit., 5 ss.

ne (58) e che all'occasione rafforza l'idea che debbano essere d'eccezione anche le leggi provvedimento (59).

Ciò che offende la giurisdizione non è solo che atti d'esercizio di altre funzioni violino la sua sfera d'attribuzione (riserva di giurisdizione: artt. 102-103 Cost.), ma anche l'essere chiamata dal legislatore a sostituire frequentemente l'amministrazione, anche solo per atti vincolati, poiché ciò determina inevitabilmente il trasferimento alla giurisdizione della stessa responsabilità d'amministrazione verso i terzi (art. 28 Cost.)

Non si tratta solo — ora come un tempo — di ribadire il principio della separazione dei poteri e la non rimediabile confusione tra funzioni che un siffatto potere generale comporterebbe, ma di ricordare che sarebbero posti in dubbio alcuni essenziali caratteri costituzionali: la terzietà della giurisdizione (art. 111, comma 2, Cost.), l'autonomia dell'amministrazione pubblica di assumere l'ordinaria competenza d'amministrare (art. 118, comma 1, Cost.), la responsabilità diretta del dipendente o funzionario (art. 28 Cost.) che ha provveduto a perseguire l'interesse pubblico-amministrativo.

L'affermazione permane valida sia quando la pubblica amministrazione assuma atti discrezionali d'intelligenza per il caso concreto, (attività discrezionale) sia nel caso in cui il dipendente o funzionario ritenga semplicemente d'interpretare leggi o regolamenti (attività vincolata) (60).

La giurisdizione si distingue dall'amministrazione per il differente carattere della funzione, poiché anche nella tutela dei diritti la giurisdizione deve restare un intervento d'eccezione a salvaguardia della terzietà (artt. 111, comma 3°, 101, comma 2, Cost.), perciò l'ordinaria tutela dei diritti dell'uomo,

(58) *Gubernaculum jurisdictio* si veda da ultimo: V. FERRONE, *La società giusta ed equa: Republicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangeri*, Bari, 2008; M. ROSENFELD - A. SAJÓ, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012.

(59) C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968; M. AINIS, *La regola e l'eccezione*, in *Giur. cost.*, 1993, 894 ss.; C. SALAZAR, *La motivazione nella più recente produzione legislativa: niente di nuovo sotto il sole?*, in *Rass. parl.*, 1996, 417 ss.

(60) *Amplius*: R. CAVALLO PERIN, voce *Violazione di legge (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubb.*, XV, Torino, 2000, 657.

umani o fondamentali (61), resta anzitutto un compito istituzionale dell'amministrazione pubblica.

Ciò è vero non solo con riferimento ai diritti sociali o di credito a prestazioni di servizio pubblico (62), ma anche per la tutela della proprietà privata o d'iniziativa economica, di libera circolazione o della libertà di vivere in un ambiente salubre, non meno della libertà di religione (63) o di pensiero degli individui, che non possono neppure pensare di esercitare normalmente senza l'attività di cura della pubblica amministrazione, il cui atto autoritativo a loro protezione ha effetti verso i terzi interessati.

L'amministrazione come garanzia quotidiana dei diritti soggettivi (64), la giurisdizione come intervento correttivo (65), di verifica della conformità della scelta interpretativa a tal fine

(61) Per una distinzione di recente si veda V. FERRONE, *Il caso Cesare Beccaria*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 luglio 2016.

(62) F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, 15.

(63) Comuni e apertura di luoghi di culto si veda da ultimo: A. FABBRI, *L'utilizzo di immobili per lo svolgimento di attività di culto*, in www.statoechiede.it, 2013.

(64) Non importa ora stabilire se l'amministrazione debba anche agire direttamente o più semplicemente come organizzatore di terzi concessionari o ancora all'autorganizzazione di cittadini e utenti. Per c.d. *class action* pubblica: Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2011, n. 3512; Tar Lazio, Roma, sez. II *quater*, 6 settembre 2013, n. 8154; Tar Liguria, sez. II, 7 maggio 2013, n. 758; Tar Lazio, Roma, sez. III, 20 gennaio 2011, n. 552; Tar Lazio, Roma, sez. I, 1 ottobre 2012, n. 8231; a riguardo: A. CLINI - L. R. PERFETTI, *Class action, interessi diffusi e legittimazione a ricorrere degli enti territoriali nella prospettiva dello statuto costituzionale del cittadino e delle autonomie locali*, in questa *Rivista*, 2011, 1462 ss.; C. E. GALLO, *La class action nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, 2010, 501; F. CORTESE, *Se i permessi non arrivano, allora possiamo fare squadra: i ritardi dell'amministrazione dell'interno e i contorni della class action amministrativa*, in *Dir. imm. cittadinanza*, 2013, 101; E. ZAMPETTI, *Class action pubblica ed effettività della tutela*, in *Foro amm. Tar*, 2011, 4104.

(65) Per azioni nunciatorie a tutela della proprietà privata e occupazione usurpativa: Cass., sez. un., 17 febbraio 2014, n. 3661; Cass., 5 ottobre 2012, n. 17068; Cass., sez. un., n. 604 del 2015, cit.; Cass., sez. un., 28 febbraio 2007, n. 4633; Cass., sez. un., 8 novembre 2006, n. 23735; Cass., sez. I, 3 maggio 2005, n. 9171; Cass., sez. un., 11 febbraio 2003, n. 2062; alle azioni possessorie: Cass., sez. un., 19 agosto 2002, n. 12244; Cass., sez. un., 13 luglio 2001, n. 9544 o all'*actio negatoria servitutis*, ove per il caso di controversie relative a servitù d'uso pubblico si chiarisce che le pronunce del giudice ordinario hanno efficacia meramente dichiarativa: Cass., sez. un., 17 marzo, 2010, 6406.

adottata: un intervento che deve restare eccezionale e *ex post*, proprio per assicurare la terzietà della giurisdizione (66).

Solo in presenza di ragionevoli eccezioni è possibile accordare alla giurisdizione poteri che sono sostitutivi di atti amministrativi attribuiti alla funzione amministrativa, con ciò rievocando la giurisdizione di merito, non a caso da sempre considerata un'ipotesi d'eccezione della normale giurisdizione (67).

ABSTRACT: La tutela giurisdizionale contro gli atti amministrativi si afferma nel potere di annullamento, riconosciuto dalla Costituzione italiana come limite dei poteri giurisdizionali verso gli atti d'esercizio della funzione amministrativa. Potere d'annullamento degli atti amministrativi accordato nei casi, modi e con gli effetti previsti dalla legge. A protezione della funzione amministrativa il potere d'annullamento consente di eliminare l'atto ma non di sostituirlo. L'annullamento come *contrarius actus* dell'atto amministrativo è tale a partire dai suoi effetti: azzeramento degli effetti dell'atto annullato e normale efficacia verso i terzi. Le sentenze che sostituiscono l'atto amministrativo nella giurisdizione di merito sono da considerarsi ragionevoli eccezioni al potere che consente di annullare ma non di sostituire l'atto amministrativo. Il potere d'annullamento nega ogni diretta responsabilità della giurisdizione nelle scelte dell'amministrazione. Non è solo questione di rispetto del principio della tripartizione dei poteri, ma bisogna ricordare che è essenziale salvaguardare la terzietà della giurisdizione (art. 111, co. 2°, Cost.), l'autonomia dell'amministrazione pubblica (art. 118, co. 1°, Cost.) e il principio di responsabilità dell'amministrazione e dell'amministratore pubblico (art. 28, Cost.).

Parole chiave: Tripartizione dei poteri - Potere d'annullamento - Giurisdizione limiti interni - Sentenze costitutive - Sentenze di condanna - Effetti dell'annullamento - Giurisdizione di merito poteri sostitutivi - Responsabilità della pubblica amministrazione.

(66) È singolare che la cultura amministrativa abbia contribuito all'oblio ed abbia accolto — quasi ad espiazione di un passato autoritario — l'idea di un primato della legge e dei giudici nell'opera di protezione dei diritti soggettivi, confondendo l'azione ordinaria a tutela, con il suo limite astratto e il suo successivo controllo di conformità-validità.

(67) Sui poteri: A. VIGNUDELLI, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, cit., 201 ss.; A. CERRI, voce *Poteri (divisione dei)*, cit., 5 ss.; G. SILVESTRI, voce *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., 670 ss.; F. MODUGNO, voce *Poteri (divisione dei)*, cit., 472 ss. Cfr. anche i testi richiamati alle note 15 ss.

Limits of the judicial review of administrative decisions.

ABSTRACT: The Italian Constitution recognizes the power of annulment of administrative decisions as a paradigm of the judicial review of the administrative power. Both the civil and the administrative Courts can annul an administrative decision “in accordance with and for the purpose of the law” as set by the Italian Constitution. According to the principle of separation of powers, a Court may cancel an administrative decision but cannot replace it in lieu of the public administration. The annulment is a *contrarius actus* with respect to the administrative decision: it cancels its effects, usually affecting third parties, too. Only rarely judgments can replace the administrative decisions: in such cases the judicial decisions are reasonable exceptions to power of annulment. The power of annulment entails no direct liability of the jurisdiction in administrative choices. The question is not much to emphasize the separation of powers but rather to underline the impartiality of the judiciary (art. 111, para. 2, Italian Constitution), the autonomy of the public administration to exercise governmental functions (art. 118, para. 1, Italian Constitution) and the basis of the public administration’s liability and accountability (art. 28, Italian Constitution).

Keywords: Separation of powers - Power of annulment - Limits of the judicial review - Consequences of judgments - Judgements in lieu of the administrative decision - Judicial review - Public administration’s liability and accountability.