

Roberto Giovagnoli

Effettività della tutela e atipicità delle azioni nel processo amministrativo¹

SOMMARIO: 1. Effettività della tutela non significa solo pluralità delle azioni - 2. L'effettività della tutela prima del codice del processo amministrativo. - 2.1. Interessi oppositivi ed effettività della tutela. - 2.2. Interessi pretensivi ed effettività della tutela. - 3. C'è veramente bisogno della pluralità delle azioni per assicurare l'effettività della tutela? - 4. Con il d.l. 13 agosto 2011, n. 198 si rompe l'alleanza tra giudice e legislatore nel percorso verso l'effettività della tutela. - 5. Il d.lgs. n. 160 del 2012 e la codificazione dell'azione di adempimento. - 6. L'altra faccia dell'effettività della tutela: il regime del provvedimento viziato per motivi formali o procedurali. - 7. (segue) La limitazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento. - 8. Conclusioni.

1. Effettività della tutela non significa solo pluralità delle azioni.

Negli ultimi anni il tema dell'effettività della tutela nel processo amministrativo è stato spesso legato al principio della pluralità delle azioni, recepito, non senza iniziali esitazioni, dal codice del processo amministrativo che ha codificato - dopo il secondo correttivo approvato con il decreto legislativo n. 160 del 2012 - la c.d. azione di adempimento pubblicistico (consentendo al privato di ottenere dal giudice amministrativo non solo l'annullamento dell'atto, ma anche la condanna dell'Amministrazione al rilascio di un determinato provvedimento amministrativo).

Si afferma che, oggi, con il superamento della centralità dell'azione di annullamento, e il riconoscimento legislativo di un sistema processuale caratterizzato da una pluralità di azioni e di tutele, la giustizia amministrativa abbia finalmente raggiunto la meta dell'effettività della tutela.

Questo è certamente vero, ma probabilmente è soltanto una parte della verità.

Non si può, infatti, non ricordare come quella dell'effettività della tutela sia questione molto più antica e risalente nel tempo rispetto al codice del processo amministrativo.

¹ Relazione tenuta al Convegno "Giustizia amministrativa e crisi economica", Roma, Palazzo

Si può dire, anzi, che la ricerca dell'effettività della tutela caratterizza la storia stessa della giustizia amministrativa, segnandone le tappe più importanti.

Da quando è nato, il giudice amministrativo si è posto il problema dell'effettività della tutela ed ha cercato di assicurarla pure in un sistema inizialmente caratterizzato dalla centralità e dalla esclusività dell'azione di annullamento.

Sarebbe, quindi, un errore far coincidere l'effettività della tutela con il principio della pluralità delle azioni e pensare che l'effettività della tutela nel processo amministrativo sia un approdo relativamente recente, compiutosi solo qualche mese fa con l'approvazione del c.d. secondo correttivo (d.lgs. n. 160 del 2012).

Effettività della tutela significa molto altro e, come dicevo, la storia della giustizia amministrativa ne è un'evidente dimostrazione.

Non può essere disconosciuto, infatti, che, ancor prima, e anche a prescindere dai recenti interventi legislativi, il giudice amministrativo sia riuscito, attraverso una giurisprudenza meritoria e progressista, ad assicurare al privato una tutela piena nei confronti dell'Amministrazione, anche in un sistema ispirato alla tipicità delle azioni e connotato dalla centralità dell'azione di annullamento.

2. L'effettività della tutela prima del codice del processo amministrativo.

È interessante vedere in che modo il giudice amministrativo sia riuscito ad assicurare l'effettività della tutela pure in un quadro legislativo che non conosceva, almeno formalmente, la pluralità delle azioni, ma che prevedeva soltanto l'annullamento (come tutela di merito) e la sospensione del provvedimento (come unica tutela cautelare tipizzata).

Si tratta di un'indagine indispensabile per comprendere se i nuovi strumenti di tutela ora legislativamente previsti siano effettivamente utili; se di essi ci fosse veramente bisogno; se, insomma, abbiano aggiunto qualcosa alle possibilità di tutela già offerte dal precedente sistema.

2.1. Interessi oppositivi ed effettività della tutela.

A tal fine, è utile partire dalla distinzione, all'interno della categoria dell'interesse legittimo, tra l'interesse oppositivo e quello pretensivo. Le due categorie pongono, infatti esigenze di tutela diverse e quindi richiedono risposte di giustizia a loro volta differenziate.

Con riferimento all'interesse oppositivo, tutto sommato, il tradizionale giudizio amministrativo di tipo impugnatorio-demolitorio non aveva di per sé creato particolari problemi.

Il privato titolare dell'interesse legittimo oppositivo aspira a conservare un bene della vita di cui è titolare e, quindi, si oppone all'esercizio del potere amministrativo che su quel bene vuole incidere limitandolo o sottraendoglielo.

In questo caso l'annullamento del provvedimento - e il suo *pendant* cautelare rappresentato dalla sospensiva - si sono dimostrati strumenti adeguati. Non si è avvertito il bisogno di tutele ulteriori, anche in considerazione del fatto che la giurisprudenza della Cassazione, sia pure attraverso la teoria - oggi in gran parte superata - della degradazione/riespansione del diritto soggettivo, era riuscita ad assicurare pure una tutela di tipo risarcitorio (sia pure condizionata, a livello sostanziale, dal previo annullamento dell'atto, condizione imprescindibile per far rinascere il diritto soggettivo, un tempo considerata unica situazione meritevole di tutela risarcitoria).

Con riferimento all'interesse oppositivo, la questione dell'effettività della tutela non postula, quindi, la pluralità delle azioni, ma si pone semmai all'interno dell'azione di annullamento.

Qui la partita dell'effettività della tutela si gioca sul terreno dell'intensità del sindacato che il giudice amministrativo, nell'ambito del giudizio di annullamento, può esercitare sull'atto al fine di decidere se esso meriti o meno di essere annullato.

Il problema si è posto con riferimento agli aspetti dell'azione amministrativa non rigorosamente vincolati e, quindi, con riferimento agli spazi di discrezionalità amministrativa o c.d. tecnica.

Anche in relazione a questo profilo, la risposta del giudice amministrativo è andata nella direzione dell'effettività della tutela. Esso è riuscito ad assicurare l'effettività della tutela pur senza disconoscere o ledere le prerogative proprie dell'Amministrazione.

Con riferimento alla discrezionalità amministrativa, la valorizzazione della figura dell'eccesso di potere ha consentito al giudice di tracciare una linea di confine tra legittimità sindacabile e merito insindacabile. Ha consentito, in particolare, di annullare atti che, sebbene formalmente non in contrasto con nessuna puntuale disposizione normativa, presentavano, tuttavia, le c.d. figure sintomatiche dell'eccesso di potere ed erano, quindi, affetti da profili di illogicità, contraddittorietà, disparità di trattamento, sproporzionalità, inadeguatezza.

Con riferimento alla c.d. discrezionalità tecnica, il giudice amministrativo, superata la originaria assimilazione tra discrezionalità amministrativa e tecnica, ha affermato (sin dalla

sentenza 9 aprile 1999, n. 601; Pres. Catalozzi – Est. Baccharini) il principio del c.d. sindacato intrinseco e, quindi, la possibilità di valutare non solo “la manifesta insostenibilità agli occhi del profano” della valutazione tecnica compiuta dall’Amministrazione, ma anche la sua intrinseca inattendibilità tecnica, giungendo a censurare, con gli “occhi dell’esperto”, anche quelle valutazioni tecniche che risultano tecnicamente inattendibili. Lo ha fatto, però, avendo cura di sottolineare come la valutazione tecnica è, comunque, nei limiti dell’attendibilità, prerogativa dell’Amministrazione, con la conseguenza che affinché la valutazione tecnica possa essere censurata non basta che essa sia opinabile (essendo, anzi l’opinabilità connotato fisiologico del concetto giuridico indeterminato), ma occorre, appunto, che essa sia inattendibile. Con un sindacato, quindi, “intrinseco”, ma mai sostitutivo, l’unico sindacato possibile in un sistema che, comunque, si basa sul principio costituzionale della separazione dei poteri.

Questo *self-restraint* che il giudice amministrativo si è dato nel sindacare le valutazioni tecniche viene a volte criticato, proprio in nome dell’effettività della tutela, auspicandosi, da parte di alcuni, un sindacato più penetrante.

La giurisprudenza, anche sovranazionale (C.E.D.U. 27 settembre 2011, Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia), ha, tuttavia, chiarito che questo è un sindacato pieno, che assicura l’effettività della tutela e rispetta l’art. 6, § 1 della Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo.

2.2. Interessi pretensivi ed effettività della tutela.

Ben diversa è, invece, in termini di effettività della tutela, la storia dell’interesse pretensivo.

Qui il privato non aspira a conservare un bene che già ha, aspira ad avere qualcosa dall’Amministrazione. Ha bisogno che il potere venga esercitato e che venga esercitato in una determinata direzione.

Qui il sistema processuale incentrato sull’azione di annullamento e, in sede cautelare, sulla sospensione degli effetti dell’atto, come unica misura cautelare tipica, ha mostrato ben presto tutti i suoi limiti.

Per il privato leso da un diniego non è utile ottenerne in sede cautelare la mera sospensione (che non riesce in quanto tale a scongiurare il danno derivante dall’impossibilità di godere, nelle more del giudizio, del bene della vita cui aspira); ugualmente non è del tutto soddisfacente ottenerne in sede di merito l’annullamento, perché l’annullamento del diniego non aggiunge nulla alla sua sfera giuridica, non gli consente di ottenere il bene della vita oggetto della pretesa, non gli consente quindi di vedere soddisfatta la sua pretesa sostanziale.

Qui un problema di effettività si è posto in maniera seria ed è stato aggravato storicamente dal tradizionale indirizzo giurisprudenziale che escludeva la risarcibilità dell'interesse legittimo. Questo orientamento (a fronte di una giurisprudenza che, come si è visto, attraverso la teoria della degradazione, risarciva comunque gli interessi oppositivi) si è tradotto in un *vulnus* ulteriore proprio per gli interessi pretensivi.

Eppure, anche in un sistema processuale così fortemente "limitante", alla fine, pure l'interesse pretensivo è riuscito, ancor prima del codice del processo amministrativo, a raggiungere l'agognata meta dell'effettività della tutela.

Le tappe attraverso le quali tale traguardo è stato raggiunto sono sostanzialmente quattro, e in ciascuna di esse la giurisprudenza ha avuto un ruolo determinante, anticipando forme di tutela poi puntualmente recepite a livello legislativo.

Ripercorrendole in chiave diacronica queste tappe sono:

1) l'introduzione in via pretoria dell'azione avverso il c.d. silenzio-rifiuto o silenzio-inadempimento. Questo è il primo vero "strappo" al principio di tipicità delle azioni ed è anche la prima forma di azione di adempimento pubblicistico che il nostro ordinamento conosce. È un'azione che la giurisprudenza crea quasi dal nulla (mutuandola, non senza sforzo creativo, dal meccanismo previsto dall'art. 25 T.U. n. 3 del 1957 per far valere la responsabilità del dipendente), consentendo al privato leso dall'inerzia dell'amministrazione di agire per ottenere che il giudice condanni l'Amministrazione a provvedere, con la precisazione, già scolpita nell'Adunanza plenaria n. 10 del 1978 (Pres. Uccellatore – Est. Coraggio), che in quel giudizio il giudice può, anche trattandosi di attività vincolata, conoscere della fondatezza della pretesa (giudicare quindi sul rapporto) e condannare di conseguenza l'Amministrazione ad un *facere* provvedimento specifico predeterminando il contenuto del provvedimento;

2) la seconda tappa è il superamento della tipicità della tutela cautelare. Il giudice amministrativo si accorge presto che la misura cautelare della sospensiva è insoddisfacente per chi contesta un diniego ed aspira, quindi, ad un provvedimento ampliativo da parte dell'Amministrazione. Iniziano, quindi, ad affermarsi nella prassi giurisprudenziali le ordinanze cautelari sostitutive, anticipatorie, propulsive, le ordinanze c.d. di *remand*, in cui il giudice ordina all'Amministrazione di riesercitare provvisoriamente il potere o, addirittura, si sostituisce all'Amministrazione concedendo provvisoriamente il bene della vita;

3) la terza tappa è la "scoperta" o la "valorizzazione" del c.d. effetto conformativo del giudicato di annullamento con la consequenziale appendice del giudizio di ottemperanza (valorizzazione che trova il suo culmine con la recente Adunanza Plenaria n. 2 del 2013, Pres.

Coraggio – Est. Botto, che riconosce nel giudice dell’ottemperanza il giudice naturale della conformazione al giudicato). Si afferma cioè che l’Amministrazione dopo l’annullamento, è vincolata, in sede di riesercizio del potere, non solo dal dispositivo, ma anche dalla motivazione della sentenza; che, quindi, deve anche tener conto delle ragioni per le quali il diniego è stato annullato e delle prescrizioni conformative desumibili dalla motivazione. Con la conseguenza che, se il giudice annulla il diniego riconoscendo in motivazione che la pretesa sostanziale del privato è fondata, perché ad esempio è in possesso dei requisiti cui la legge subordina il conseguimento di una determinata utilità, l’amministrazione non può ulteriormente disconoscerli quando riesercita il potere. Ove dovesse con il nuovo provvedimento violare l’obbligo conformativo, quel provvedimento sarà in contrasto con il giudicato, e quindi il privato potrà instaurare il giudizio di ottemperanza, dove il giudice, nell’esercizio della giurisdizione di merito che in questa sede gli compete, potrà sostituirsi all’Amministrazione nel concedere il provvedimento.

Proprio l’abbinamento tra effetto conformativo del giudicato di annullamento e giudizio di ottemperanza (con poteri estesi al merito) ha tradizionalmente consentito al nostro giudizio amministrativo di fare a meno dell’azione di adempimento pubblicistica di matrice tedesca.

Quell’apparente vuoto di tutela era, infatti, più che compensato da un rimedio efficacissimo nei confronti dell’Amministrazione (specie se utilizzato alla luce dell’effetto conformativo); un rimedio (quello dell’ottemperanza) che, consentendo al giudice di sostituirsi all’Amministrazione inadempiente, permetteva al privato di ottenere dal processo esattamente ciò che gli spettava sul piano sostanziale. La massima realizzazione del principio di effettività inteso proprio nell’accezione “chiovendiana”.

A tale proposito, si deve ricordare che l’ottemperanza costituisce un rimedio tipico del sistema italiano, che oggi molti Paesi, anche di grande tradizione (come ad es. la Francia e la Germania), guardano con estremo interesse. Negli altri Paesi, infatti, il giudice non può mai sostituirsi all’Amministrazione inadempiente; questa può essere indotta ad adempiere il giudicato mediante le *astreintes*, ma non esiste una giurisdizione piena estesa al merito con poteri sostitutivi come quella che si esercita nel giudizio di ottemperanza.

Non è un caso, del resto, che, quando, dopo il riconoscimento del risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi, qualcuno propose di introdurre surrettiziamente l’azione di adempimento pubblicistico sotto le mentite spoglie del risarcimento in forma specifica, la risposta negativa che diede il Consiglio (Sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, Pres. Giovannini – Est. Chieppa) si basò non solo sulla considerazione della ontologica diversità tra le due azioni

(adempimento e risarcimento in forma specifica), ma anche sulla considerazione (più pragmatica) che con l'azione di adempimento mascherata da azione di risarcimento in forma specifica si sarebbe avuto in realtà un arretramento della tutela rispetto a quella garantita con il binomio effetto conformativo più ottemperanza (perché la tutela specifica risarcitoria sarebbe stata subordinata alla sussistenza degli elementi costitutivi dell'illecito civile, in particolare, quello soggettivo, e avrebbe operato il limite dell'eccessiva onerosità di cui all'art. 2058 c.c.).

4) La quarta tappa, infine, è rappresentata dal riconoscimento della tutela risarcitoria all'interesse legittimo in quanto tale, il che ha consentito di estendere il risarcimento del danno anche all'interesse legittimo pretensivo.

Quasi tutte queste svolte giurisprudenziali sono state poi puntualmente recepite dal legislatore. È stata, in particolare, la legge n. 205 del 2000 che ha tipizzato l'azione verso il silenzio-inadempimento (sottoponendola anche ad un rito accelerato), ha previsto l'atipicità della tutela cautelare, ha espressamente riconosciuto la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo devolvendola alla giurisdizione amministrativa, sul presupposto, poi confermato dalla Corte costituzionale, della natura "rimediale" del risarcimento.

3. C'è veramente bisogno della pluralità delle azioni per assicurare l'effettività della tutela?

Quello appena descritto è, a grandi linee, il quadro che si trova di fronte il legislatore del codice del processo amministrativo e che prelude all'introduzione del principio della pluralità delle azioni e, in tempi più recenti, alla codificazione dell'azione di adempimento pubblicistica. Torniamo a questo punto all'interrogativo di partenza: ma c'era veramente bisogno di queste nuove azioni, a fronte di un sistema che comunque aveva trovato un suo punto di equilibrio, assicurando una tutela effettiva agli interessi del privato, nel rispetto delle prerogative della p.a.?

È utile indagare la ragione per la quale, specie negli ultimi anni, anche nel dibattito giurisprudenziale, si è posta così fortemente la questione della pluralità delle azioni e si è avvertita in particolare l'esigenza delle azioni di accertamento e di adempimento.

Questa nuova "tappa" in realtà è figlia della crisi economica. È proprio la crisi economica e i rimedi di diritto sostanziale che il legislatore ha introdotto per farvi fronte ad aver fatto emergere, sul piano processuale, un problema di atipicità delle azioni e di insufficienza delle azioni tradizionali pur nel quadro evolutivo che ho descritto.

Uno degli antidoti utilizzati a livello legislativo per fronteggiare la crisi è stato, infatti, quello della liberalizzazione delle attività economiche, sul presupposto che il preesistente regime amministrativo fosse un fattore di ostacolo allo sviluppo, perché foriero di troppi intralci alle nuove iniziative imprenditoriali.

L'effetto della liberalizzazione è stato il progressivo smantellamento del regime autorizzatorio e la sostituzione della previa autorizzazione con sistemi in cui il controllo avviene in via successiva, dopo che il privato ha già iniziato a svolgere l'attività.

La diffusione della d.i.a. e poi della s.c.i.a. è espressione di questa nuova tendenza.

Sulla base della d.i.a. o della s.c.i.a. si può iniziare l'attività salvo il controllo successivo della p.a. che può esercitare ex post i suoi poteri inibitori e repressivi.

La liberalizzazione è avvenuta in un contesto di mercati ancora regolamentati, nel senso che l'attività può essere esercitata senza previa autorizzazione, ma non è totalmente libera, in quanto esiste un regime regolatorio che fissa condizioni e requisiti che il privato deve rispettare. Regole a tutela del corretto funzionamento dei settori che di volta in volta vengono in rilievo. Regole il cui rispetto è affidato ancora all'Amministrazione, che agisce però in via successiva, non più preventiva.

Il fenomeno della liberalizzazione ha posto un problema nuovo, perché ha fatto emergere una nuova situazione giuridica soggettiva, quella del terzo che si oppone allo svolgimento dell'attività "liberalizzata" e che rivendica il rispetto di quel regime regolatorio di cui si è detto.

Nel precedente sistema a previa autorizzazione, quel terzo era adeguatamente soddisfatto dall'azione di annullamento, che poteva indirizzare verso il provvedimento autorizzatorio. Ora che non c'è più l'autorizzazione questo terzo non sa più contro cosa reagire. Egli diventa titolare di un interesse pretensivo che ha ad oggetto l'esercizio di quei poteri di controllo che rimangono in capo all'Amministrazione.

È un interesse pretensivo *sui generis* perché ha di fronte a sé un potere che, a rigore, a differenza di quanto accade per i "tradizionali interessi pretensivi", si esercita attraverso procedimenti che non sono ad istanza di parte, ma che dovrebbero iniziare d'ufficio (perché il controllo è per l'Amministrazione funzione doverosa e officiosa). Rispetto a questi nuovi poteri, le tradizionali tecniche di tutela dell'interesse legittimo pretensivo (azione verso il silenzio-inadempimento; annullamento del diniego con effetto conformativo) mostrano la loro inadeguatezza. Serve un'azione nuova e diversa, che consenta a questo terzo di dimostrare che quel potere va esercitato, che c'è un'illegittimità da reprimere, che si è

instaurato un rapporto giuridico che contrasta con il regime regolatorio. Serve un'azione di accertamento (della violazione delle regole) e di condanna all'Amministrazione all'adozione di un *facere* provvedimento specifico.

Non è un caso che la giurisprudenza sull'azione di accertamento e sull'azione di adempimento pubblicistico (quella che poi porta alla Plenaria n. 15 del 2011 – Pres. de Lise, Est. Caringella) si forma proprio con riferimento alla tutela del terzo leso dalla d.i.a. o dalla s.c.i.a.

4. Con il d.l. 13 agosto 2011, n. 198 si rompe l'alleanza tra giudice e legislatore nel percorso verso l'effettività della tutela.

A questo punto, però, si verifica un fatto nuovo nella storia della giustizia amministrativa. Quella "alleanza" verso il comune obiettivo dell'effettività della tutela tra giudice e legislatore che aveva caratterizzato le tappe precedenti, in questo momento improvvisamente si rompe, perché il legislatore (d.l. 13 agosto 2011, n. 138) pochi giorni dopo la Plenaria approva una norma (inserendo nel corpo dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990 il comma 6-ter) che vanifica gli effetti della pronuncia n. 15 del 2011, relegando la tutela del terzo al ricorso contro il silenzio-rifiuto. Lo fa utilizzando uno strumento probabilmente inappropriato, perché applica un rimedio che nasce per i procedimenti ad istanza di parte ad un procedimento ad impulso officioso.

Anche questa "rottura" è in parte figlia della crisi; forse uno dei segni più tristi e patologici della crisi economica in atto; dietro questa scelta legislativa vi è, purtroppo, il timore o la falsa convinzione che la tutela giurisdizionale possa intralciare quell'obiettivo di sviluppo che il legislatore persegue con la liberalizzazione. Si indebolisce, quindi, la tutela, quasi rievocando il pericolosissimo motto "meno tutele più sviluppo".

5. Il d.lgs. n. 160 del 2012 e la codificazione dell'azione di adempimento.

Il legislatore del secondo correttivo (d.lgs. n. 160 del 2012) riprende, invece, almeno apparentemente, la strada verso l'innalzamento della soglia della tutela; lo fa codificando l'azione di adempimento pubblicistico. Lo fa, però, con una disciplina che non è del tutto soddisfacente. Il nuovo art. 34, comma 1, lett. c) c.p.a., nel suo ultimo periodo, prevede che l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento è esercitabile nei limiti di cui all'art. 31, comma 1, ovvero quando si sono esauriti i margini di discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione. Specifica poi che

l'azione può essere proposta solo contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego.

Questa norma prevede, quindi, due limiti all'azione di adempimento. Il primo ha ad oggetto l'intensità del sindacato; il secondo riguarda invece la modalità di proposizione.

Sul primo limite non ci sono osservazioni: esso è condivisibile, è il frutto del principio di separazione di poteri che impedisce al giudice di esercitare la discrezionalità in luogo dell'amministrazione.

Il secondo limite (quello che richiede la contestualità con l'azione di annullamento del diniego) lascia, invece, perplessi. Abbiamo visto come l'azione di adempimento nasce nella prassi in situazioni in cui spesso non c'è un diniego da annullare (e non c'è tecnicamente nemmeno un silenzio-inadempimento) in quanto non c'è stata un'istanza del privato che è stata respinta o rispetto alla quale l'Amministrazione è rimasta inerte.

In questi casi, del resto, già l'effetto conformativo del giudizio di annullamento (in uno con la giurisdizione di merito esercitabile in sede di ottemperanza) già assicura un alto livello di tutela.

Dell'azione di adempimento ci sarebbe bisogno quando il privato lamenta il mancato esercizio di un potere officioso, quando lamenta il mancato esercizio del potere in sé, a prescindere dall'annullamento del diniego o del formarsi del silenzio-inadempimento. Interpretando letteralmente la disposizione, in questi casi, non ci sarebbe spazio per l'azione di adempimento.

Anche su questo però la giurisprudenza è andata oltre. Anche dopo il secondo correttivo, il Consiglio di Stato ha ammesso un'azione di adempimento slegata dal presupposto della contestualità con l'azione di annullamento del diniego (il caso è quello della mancata indizione delle elezioni per il rinnovo del consiglio regionale del Lazio e la sentenza è la n. 6002/2012, in cui si predica il principio di atipicità delle azioni).

6. L'altra faccia dell'effettività della tutela: il regime del provvedimento viziato per motivi formali o procedurali.

Prima di concludere ancora due osservazioni.

La prima è che il principio di effettività della tutela implica che il ricorrente che ha ragione debba avere una tutela utile a soddisfarlo sul piano sostanziale.

Questo determina, come si è visto, che se la sua pretesa è fondata una tutela di solo annullamento potrebbe essere troppo poco; ma implica anche, come altra faccia di una stessa

medaglia, che se la sua pretesa è nella sostanza infondata, una tutela di annullamento, nonostante la formale illegittimità del provvedimento, potrebbe essere troppo. In quest'ottica si spiega l'art. 21-*octies* comma secondo, che pure è figlio di una visione non meramente formale, ma sostanziale della tutela giurisdizionale. Non serve dare torto all'Amministrazione, se il privato comunque non ha ragione.

Il non annullamento del provvedimento, sebbene formalmente illegittimo, si basa sulla constatazione che è inutile annullare quando il privato non può trarre dalla sentenza alcuna ulteriore utilità. Anche in questa previsione si coglie la centralità dell'effetto conformativo. Se la pretesa è certamente infondata, non vi è spazio alcuno per un utile effetto conformativo; diventa, quindi, inutile produrre l'effetto demolitorio.

7. (segue) La limitazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento.

La seconda osservazione implica un riferimento a quella recente giurisprudenza (Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, Pres. Maruotti – Est. Taormina) che, sempre nell'ottica dell'utilità della tutela, ammette la possibilità di modulare nel tempo gli effetti della sentenza di annullamento. Si ammette, quindi, che accanto al tradizionale annullamento con effetti *ex tunc* possa esservi un annullamento con effetti *ex nunc* o con effetti differiti al momento in cui l'Amministrazione rieserciterà il potere adeguandosi all'obbligo conformativo nascente del giudicato.

Si introduce, così, l'atipicità degli effetti della sentenza di annullamento.

Ci sono dei casi, infatti, in cui il privato chiede l'annullamento del provvedimento lamentando che esso tuteli troppo poco determinati interessi, auspicando, quindi, un livello di tutela più elevato rispetto a quello minimo comunque assicurato dal provvedimento impugnato. È evidente che in questi casi l'effetto demolitorio sarebbe addirittura controproducente perché eliminerebbe del tutto anche quel minimo di tutela che quel provvedimento, sebbene illegittimo, comunque assicura al bene protetto.

Per far fronte a queste situazioni, sempre muovendosi nell'ottica di assicurare una tutela utile e adeguata al tipo di interessi fatti valere, il giudice amministrativo, mutuandola dalla giurisprudenza comunitaria, ammette una modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento, il cui effetto demolitorio non si produce subito e retroattivamente, ma si produrrà a partire da un certo momento.

Si è parlato di atipicità degli effetti di un'azione tipica. In realtà, come è stato osservato, in questo modo si introduce un'altra azione atipica; un'azione di accertamento con effetti solo conformativi e non demolitori.

7. Conclusioni.

Il quadro delineato dimostra lo sforzo costante del giudice amministrativo nella direzione dell'effettività della tutela. Un approccio sostanziale al processo, che si sforza di tener conto del reale bisogno di tutela che hanno gli interessi in gioco. Uno sforzo meritorio che ha reso la soglia di tutela che oggi assicura la giustizia amministrativa tra le più avanzate del mondo.

Non può, allora, non destare sorpresa e anche un po' di amarezza che oggi l'effettività della tutela venga da qualcuno vista non più come risultato da perseguire e celebrare, ma, addirittura come pericolo da contenere, "*per non legare le gambe all'Italia*" e si proponga, in questa logica, persino di abolire il giudice amministrativo o, comunque, di "*fare in modo che i ricorsi siano ammessi nei rari casi in cui conviene (cinque o dieci per cento rispetto ad oggi)*".

Sono probabilmente *boutade* che trovano nella loro stessa incerta formulazione il principale elemento di debolezza.

Sono però fantasmi che non vanno sottovalutati, perché rivelano il rischio che la crisi economica già in atto diventi anche crisi di valori istituzionali e di legalità.

Ridurre le tutele significa ridurre il livello di legalità e dunque di concorrenza e di appetibilità dei mercati nazionali. Farlo sarebbe un rimedio ancora peggiore del male.