

Nadia La Femina

Il giudice amministrativo e l'annullamento del provvedimento

Dalla tutela retroattiva
al bilanciamento degli interessi

Premio 2017 migliore proposta per le discipline giuspubblicistiche



Informazioni per il lettore

Questo file PDF è una versione gratuita di sole 20 pagine ed è leggibile con



La versione completa dell'e-book (a pagamento) è leggibile con Adobe Digital Editions. Per tutte le informazioni sulle condizioni dei nostri e-book (con quali dispositivi leggerli e quali funzioni sono consentite) consulta [cliccando qui](#) le nostre F.A.Q.



STUDI DI DIRITTO PUBBLICO

Collana diretta da **Roberto Bin, Fulvio Cortese e Aldo Sandulli**
coordinata da **Simone Penasa e Andrea Sandri**

REDAZIONE

Chiara Bergonzini, Fabio Di Cristina, Angela Ferrari Zumbini, Stefano Rossi

COMITATO SCIENTIFICO

Jean-Bernard Auby, Stefano Battini, Daniela Bifulco, Roberto Caranta, Marta Cartabia, Omar Chessa, Mario P. Chiti, Pasquale Costanzo, Antonio D'Andrea, Giacinto della Cananea, Luca De Lucia, Gianmario Demuro, Daria de Pretis, Marco Dugato, Claudio Franchini, Thomàs Font i Llovet, Giulia Maria Labriola, Peter Leyland, Massimo Luciani, Michela Manetti, Alessandro Mangia, Barbara Marchetti, Giuseppe Piperata, Aristide Police, Margherita Ramajoli, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Sandro Stajano, Bruno Tonoletti, Aldo Travi, Michel Troper, Nicolò Zanon

La Collana promuove la rivisitazione dei paradigmi disciplinari delle materie pubblicistiche e l'approfondimento critico delle nozioni teoriche che ne sono il fondamento, anche per verificarne la persistente adeguatezza.

A tal fine la Collana intende favorire la dialettica interdisciplinare, la contaminazione stilistica, lo scambio di approcci e di vedute: poiché il diritto costituzionale non può estraniarsi dall'approfondimento delle questioni delle amministrazioni pubbliche, né l'organizzazione e il funzionamento di queste ultime possono ancora essere adeguatamente indagati senza considerare l'espansione e i modi di interpretazione e di garanzia dell'effettività dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali. In entrambe le materie, poi, il punto di vista interno deve integrarsi nel contesto europeo e internazionale. La Collana, oltre a pubblicare monografie scientifiche di giovani o affermati studiosi (**STUDI E RICERCHE**), presenta una sezione (**MINIMA GIURIDICA**) di saggi brevi destinata ad approfondimenti agili e trasversali, di carattere propriamente teorico o storico-culturale con l'obiettivo di sollecitare anche gli interpreti più maturi ad illustrare le specificità che il ragionamento giuridico manifesta nello studio del diritto pubblico e le sue più recenti evoluzioni.

La Collana, inoltre, ospita volumi collettanei (sezione **SCRITTI DI DIRITTO PUBBLICO**) volti a soddisfare l'esigenza, sempre più avvertita, di confronto tra differenti saperi e di orientamento alla lettura critica di problemi attuali e cruciali delle discipline pubblicistiche.

La Collana, inoltre, si propone di assecondare l'innovazione su cui si è ormai incamminata la valutazione della ricerca universitaria. La comunità scientifica, infatti, sente oggi l'esigenza che la valutazione non sia più soltanto un compito riservato al sistema dei concorsi universitari, ma si diffonda come responsabilità dell'intero corpo accademico.

Tutti i volumi, pertanto, saranno soggetti ad un'accurata procedura di valutazione, adeguata ai criteri fissati dalle discipline di riferimento.

Vincitori del Concorso per la migliore proposta editoriale per le discipline giuspubblicistiche, promosso dalle Edizioni FrancoAngeli e dalla Collana Studi di Diritto Pubblico.

2012 – Antonella Sau, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*

2013 – Chiara Bergonzini, *Parlamento e decisioni di bilancio*

2014 – Renato Ibrido, *L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel "processo" di risoluzione dei casi regolamentari*

2015 – Giuseppina Barcellona, *Votare contro. Il referendum come opposizione e norma*

2016 – Federico Caporale, *I servizi idrici. Dimensione economica e rilevanza sociale*

2017 – Nadia La Femina, *Il giudice amministrativo e l'annullamento del provvedimento. Dalla tutela retroattiva al bilanciamento degli interessi*

Per informazioni sul *Concorso* o sulle modalità di pubblicazione nella Collana scrivere a:

gorni@francoangeli.it

d.pubblicofrancoangeli@gmail.com

Nadia La Femina

Il giudice amministrativo e l'annullamento del provvedimento

Dalla tutela retroattiva
al bilanciamento degli interessi

Premio 2017 migliore proposta per le discipline giuspubblicistiche

FRANCOANGELI

SDP

Studi di

Diritto Pubblico

Copyright © 2018 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

Ristampa	Anno
0 1 2 3 4 5 6 7 8 9	2018 2019 2020 2021 2022 2023 2024 2025 2026 2027 2028

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sui diritti d'autore.

Sono vietate e sanzionate (se non espressamente autorizzate) la riproduzione in ogni modo e forma (comprese le fotocopie, la scansione, la memorizzazione elettronica) e la comunicazione (ivi inclusi a titolo esemplificativo ma non esaustivo: la distribuzione, l'adattamento, la traduzione e la rielaborazione, anche a mezzo di canali digitali interattivi e con qualsiasi modalità attualmente nota od in futuro sviluppata).

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale, possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali (www.clearedi.org; e-mail autorizzazioni@clearedi.org).

Stampa: Geca Industrie Grafiche, Via Monferrato 54, 20098 San Giuliano Milanese.

*Ai miei genitori
e a chi mi ha sostenuto nel percorso*

INDICE

Introduzione	pag. 11
1. L'ambito della ricerca	» 11
2. Struttura della trattazione e profili metodologici	» 12
3. Obiettivi dell'indagine	14
1. La modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento del provvedimento amministrativo nell'ordinamento italiano	» 15
1. Considerazioni introduttive	» 15
2. L'azione di annullamento nel codice del processo amministrativo: caratteri, funzioni e natura giuridica	» 18
2.1. <i>Il superamento del tradizionale binomio illegittimità-annullabilità. Indici normativi a confronto</i>	» 29
2.2. <i>L'art. 21-octies comma 2 L. 241/90. La non annullabilità del provvedimento amministrativo affetto da vizi formali e procedurali</i>	» 30
2.3. <i>L'art. 34 comma 3 c.p.a. L'accertamento non costitutivo dell'illegittimità del provvedimento amministrativo a fini risarcitori</i>	» 41
2.4. <i>Gli artt. 121 e 122 c.p.a. Il potere modulatorio del giudice amministrativo in materia contrattuale a seguito dell'annullamento degli atti di gara</i>	» 44
2.5. <i>Altre ipotesi di modulazione temporale desumibili dalla normativa di settore</i>	» 50
3. La sentenza di annullamento e i suoi effetti tipici: tra irrinunciabilità e modulabilità dell'effetto caducatorio e valorizzazione dell'effetto conformativo	» 52
3.1. <i>La modulabilità degli effetti dell'annullamento d'ufficio: ragioni di una diversificazione</i>	» 58
3.2. <i>La modulazione degli effetti della sentenza di annullamento: il leading case del Consiglio di Stato, 10 maggio 2011, n. 2755</i>	» 62

3.3. <i>La successiva evoluzione giurisprudenziale in materia di modulazione temporale</i>	pag. 67
3.4. <i>Il recente approdo della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul tema della modulazione temporale dell'efficacia dell'annullamento giurisdizionale</i>	» 78
3.5. <i>Le posizioni della dottrina: tesi favorevoli e contrarie</i>	» 83
4. <i>La compatibilità del potere modulatorio con la natura della giurisdizione amministrativa: tra valorizzazione della natura soggettiva e rinnovate spinte oggettivistiche</i>	» 88
5. <i>Il potere di modulazione temporale e la sua conciliabilità con i principi processuali della domanda e di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato: cenni di comparazione con il processo civile</i>	» 95
6. <i>Il potere di modulazione temporale e la sua indispensabilità: soluzioni alternative prospettate</i>	» 106
7. <i>La tecnica della modulazione temporale nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Cenni</i>	» 110
8. <i>Considerazioni conclusive</i>	» 117
II. <i>La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse nel diritto amministrativo francese</i>	» 121
1. <i>Premessa: ragioni della comparazione</i>	» 121
2. <i>L'azione di annullamento dell'atto amministrativo nell'ordinamento francese: caratteri e funzioni</i>	» 126
2.1. <i>L'evoluzione del recours pour excès de pouvoir e il fenomeno del tendenziale avvicinamento al contentieux de pleine juridiction</i>	» 137
3. <i>L'illégalité sans l'annulation: le tecniche procedurali elaborate dal giudice amministrativo per evitare annullamenti inutili o nefasti di atti illegittimi</i>	» 143
3.1. <i>Les techniques correctives: la substitution de motifs et de base légale</i>	» 146
3.2. <i>Les techniques neutralisantes: la réserve d'intérêt général</i>	» 150
3.3. <i>La teoria dei vices non substantiels</i>	» 153
3.4. <i>La tecnica de l'annulation partielle, conditionnelle ou aux effets diffères</i>	» 155
3.5. <i>Prime osservazioni sull'uso delle tecniche correttive e neutralizzanti</i>	» 159
4. <i>Il principio di retroattività della sentenza di annullamento del recours pour excès de pouvoir e i suoi temperamenti</i>	» 161

5. Il potere di modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento: tra rivoluzione ed evoluzione	pag. 168
5.1. <i>Il leading case Association AC! et autres: natura, campo di applicazione, limiti e condizioni di esercizio del potere modulare</i>	» 170
5.2. <i>Evoluzione e sviluppi nella giurisprudenza amministrativa: bilancio e prospettive di oltre un decennio di applicazione</i>	» 178
6. La modulazione temporale degli effetti delle <i>décisions d'abrogation</i> del <i>Conseil Constitutionnel</i> . Cenni	» 186
7. <i>La modulation dans le temps</i> e le sue conseguenze sul sistema del <i>contentieux administratif</i> . Conclusioni	» 190

III. La Corte di Giustizia dell'Unione europea e la modulazione degli effetti delle sue sentenze	» 197
1. Considerazioni introduttive: ragioni della scelta	» 197
2. L'azione di annullamento degli atti comunitari: caratteri e funzioni	» 202
3. La sentenza di annullamento dell'atto comunitario illegittimo: tra natura costitutiva, efficacia <i>erga omnes</i> e portata retroattiva degli effetti	» 207
3.1. <i>Gli effetti della sentenza di annullamento: la portata retroattiva e i suoi temperamenti</i>	» 210
4. Il potere di modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento della Corte di giustizia europea: natura, portata e ambito di operatività	» 212
4.1. <i>L'applicazione del potere modulatorio al giudizio incidentale di validità</i>	» 217
4.2. <i>L'applicazione del potere modulatorio al giudizio incidentale di interpretazione</i>	» 224
4.3. <i>Criteri e limiti di operatività del potere modulatorio nel giudizio di annullamento comunitario e in quello interpretativo</i>	» 230
5. Il ricorso alla tecnica della modulazione temporale da parte degli Stati membri e i suoi rapporti con il diritto dell'Unione europea	» 233
6. Il potere di modulazione temporale della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Cenni	» 239
7. Osservazioni conclusive: verso un modello generale di azione di annullamento comunitaria a carattere oggettivo e a effetti solo conformativi?	» 242

IV. Il potere di modulazione temporale in ottica comparata: prospettive evolutive della tecnica di modulazione temporale e dell'annullamento giurisdizionale flessibile	pag. 249
1. Il potere di modulazione temporale in prospettiva comparata: cenni di comparazione con l'ordinamento tedesco, inglese e statunitense. Verso un progressivo processo di convergenza dei modelli processuali?	» 249
2. Il nuovo modello di azione di "annullamento flessibile" e la trasformazione del ruolo del giudice amministrativo: da un "giudice controllore" a un "giudice amministratore"?	» 270
3. La tecnica della modulazione temporale in prospettiva evolutiva. Osservazioni conclusive	» 273
Tavola dei casi citati	» 279
Bibliografia	» 285

INTRODUZIONE

1. L'ambito della ricerca

La ricerca si inserisce nell'ambito degli studi sul ruolo dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo illegittimo e sul processo di trasformazione e di evoluzione che lo stesso sta attraversando nel momento in cui viene posto in discussione il tradizionale binomio illegittimità - annullabilità.

Partendo dall'esame della funzione tradizionalmente assolta nel nostro ordinamento dall'annullamento giurisdizionale e dai suoi caratteri ed effetti tipici, lo studio intende esaminare la recente tendenza, per lo più giurisprudenziale, di considerare l'annullamento retroattivo come conseguenza non più necessaria e indefettibile dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto amministrativo e di riconoscere l'esistenza di un generale potere di accertamento dell'invalidità dell'atto che prescindendo dalla sua necessaria caducazione.

Il fenomeno è realizzato attraverso l'attribuzione al giudice amministrativo di uno speciale potere di modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento che può spingersi fino a negare la produzione del tipico effetto caducatorio - limitando la statuizione ai soli effetti conformativi - o a disporre un annullamento irretroattivo, ove ciò sia strumentale all'accoglimento di pretese sostanziali che non trovino nell'annullamento un rimedio soddisfacente, oltre che alla tutela della sicurezza giuridica e della stabilità delle situazioni soggettive che nel provvedimento illegittimo trovano origine o fondamento giuridico.

Il tema centrale affrontato riguarda, quindi, la derogabilità degli effetti costitutivi del giudicato amministrativo di accoglimento dell'azione di annullamento e della sua tradizionale natura retroattiva, tramite il riconoscimento al giudice amministrativo di un potere di modulazione temporale degli effetti delle proprie sentenze di annullamento e l'analisi dei rapporti intercorrenti tra azione di annullamento e accertamento dell'invalidità dell'atto.

La ricerca mira, in sostanza, a valutare, alla luce della normativa vigente e dei principi generali che regolano la giurisdizione amministrativa, l'ammissibilità di un'azione - quella di annullamento - per sua stessa natura tipica, ma alla quale venga riconosciuta la possibilità di produrre effetti atipici, non solo non previsti normativamente ma addirittura derogatori rispetto a quelli codificati e generalmente ricondotti a tale azione dal consolidato e tradizionale orientamento.

2. Struttura della trattazione e profili metodologici

Lo studio è condotto attraverso un'indagine comparata volta a raffrontare il potere modulatorio del giudice amministrativo nell'ordinamento nazionale, francese e in quello dell'Unione europea. Brevi cenni sono poi dedicati alla comparazione con l'ordinamento tedesco e con i due principali ordinamenti di *common law*: quello del Regno Unito e degli Stati Uniti.

La scelta di questi ordinamenti giuridici, ai fini della comparazione, è dettata dalla non estraneità agli stessi, sia pure sotto profili e con modalità differenti, del tema della modulazione temporale degli effetti delle sentenze di annullamento da parte del giudice amministrativo e, quindi, della derogabilità della portata costitutiva dell'annullamento giurisdizionale e della sua retroattività, o in quanto potere normativamente previsto e disciplinato - è il caso dell'ordinamento europeo- o - negli altri casi esaminati- come figura di matrice pretoria.

Da un punto di vista strutturale il lavoro si articola in quattro capitoli.

Il primo è dedicato all'esame dall'esperienza dell'ordinamento giuridico nazionale e ripercorre il dibattito sviluppatosi in merito al potere di annullamento, le sue finalità e la disponibilità dei suoi effetti soffermandosi, in particolare, sull'analisi approfondita della recente giurisprudenza che, in maniera del tutto innovativa, ha riconosciuto in capo al giudice amministrativo la sussistenza di un generale potere di modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento. Se ne colgono le ricadute pratiche e i risvolti operativi attraverso l'analisi critica del dibattito dottrinale che ha fatto seguito a tali pronunce.

Il secondo capitolo è incentrato sull'analisi dell'esperienza dell'ordinamento giuridico francese che, non solo conosce da tempo il fenomeno dell'*illégalité sans l'annulation*, grazie all'elaborazione di molteplici tecniche volte ad evitare annullamenti inutili o nefasti o a limitare le conseguenze pregiudizievoli della portata retroattiva dell'annullamento, ma condivide con quello italiano la natura pretoria del potere di modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento da parte del giudice amministrativo.

Tuttavia, a differenza del primo, l'ordinamento francese conosce e pratica la tecnica da molto più tempo - trattandosi di uno strumento elaborato dal *Conseil d'État* sin dal celebre *arrêt Association AC! et autres* del 2004 - e ciò gli consente di fare affidamento su una più consolidata opera ricostruttiva della giurisprudenza che ha contribuito a delinearne l'ambito di operatività e le condizioni del relativo esercizio, offrendo per tale via importanti spunti di riflessione sulle conseguenze del fenomeno e sui concreti risvolti applicativi.

Nel terzo capitolo si analizza l'esperienza in materia di modulazione degli effetti delle sentenze di annullamento degli atti comunitari illegittimi rese dalla Corte di giustizia europea. Se ne colgono importanti argomenti di riflessione sia in considerazione della fonte normativa di tale potere - espressamente attribuito alla Corte dal Trattato - sia dell'influenza esercitata dall'ordinamento europeo sui sistemi giurisdizionali nazionali.

Il quarto capitolo è dedicato, oltre che a una comparazione, sia pur meno approfondita, con l'ordinamento tedesco, resa utile dalla peculiare natura costitutiva dell'azione di annullamento (*Anfechtungsklage*) che obbliga il giudice amministrativo a far decorrere gli effetti delle proprie sentenze di annullamento a partire dal momento esatto in cui accerta la nascita dell'illegittimità senza alcuna discrezionalità o possibilità di manovra in ordine alla fissazione di tale momento, ad un'analisi trasversale del fenomeno modulatorio, attraverso il raffronto con due ordinamenti di *common law*, il Regno Unito e gli Stati Uniti. Tale comparazione offre l'occasione per indagare sul se e in che misura l'affermazione di tale tecnica stia conducendo a un processo di progressiva convergenza tra i modelli europei, oltre che a un avvicinamento tra il sistema amministrativo proprio dei paesi di *civil law* e quello dei sistemi a *common law*. Vengono quindi tratte alcune considerazioni conclusive di ordine generale, desumibili dal confronto operato tra le diverse esperienze giuridiche sul tema comune della modulazione temporale, e si analizzano le possibili prospettive evolutive del fenomeno oggetto di indagine con particolare riferimento al nuovo modello di "annullamento flessibile" e alla trasformazione del ruolo assolto dal giudice amministrativo.

Sul piano metodologico, l'approccio utilizzato è di carattere prevalentemente casistico in quanto l'originalità e innovatività della tecnica e la sua natura tendenzialmente pretoria rendono necessario analizzare le fattispecie concrete nelle quali i diversi giudici amministrativi hanno materialmente fatto ricorso a tale potere. Ciò consente, infatti, di comprendere le ragioni che ne giustificano il ricorso, gli interessi che attraverso la sua adozione si intendono tutelare, i limiti e le condizioni del relativo esercizio e, soprattutto, le conseguenze che dall'uso della stessa scaturiscono, specie in punto di compatibilità con il sistema di giustizia amministrativa vigente nei diversi sistemi giuridici analizzati.

Le numerose implicazioni che la tecnica modulatoria comporta sotto il profilo dell'incidenza sui principi processualistici di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e, più in generale, della domanda, oltre che le riflessioni sulla portata della natura costitutiva della sentenza di annullamento resa dal giudice amministrativo, determinano la necessità di effettuare nel corso della trattazione costanti riferimenti alla normativa e alla dottrina processualcivile di cui - per economia di trattazione - si darà conto per lo più attraverso richiami in nota.

3. Obiettivi dell'indagine

L'indagine comparata ha come obiettivo prioritario quello di comprendere, attraverso l'esame dei singoli contesti in cui ne viene fatto uso, se tale potere di modulazione assolva ovunque la medesima funzione e, in particolare, se in tutti gli ordinamenti esaminati lo stesso sia preordinato principalmente a garantire un maggior grado di effettività della tutela del privato o se nasconda, sullo sfondo, l'esigenza di proteggere l'interesse pubblico, attribuendo al giudice amministrativo il compito di realizzarne una migliore cura.

Attraverso una sintesi complessiva delle diverse esperienze si cerca di verificare se sia possibile estrarne dei principi generali che possano condurre a configurare un nuovo modello di azione di annullamento, a carattere non necessariamente costitutivo e retroattivo, in grado di contemperare l'esigenza di certezza e sicurezza giuridica con il rigore del principio di legalità e a definire un nuovo modo per il giudice amministrativo di rapportarsi al tempo degli effetti delle proprie decisioni.

Si vuole poi riflettere sul rinnovato ruolo che il giudice amministrativo va assumendo nei diversi ordinamenti, non più di mero censore della legalità dell'azione amministrativa, ma ispirato ad un maggior realismo e pragmatismo attraverso il ricorso a tecniche procedurali alternative - prima fra tutte la modulazione temporale - che gli consentono di limitare nel tempo l'efficacia retroattiva delle proprie pronunce allo scopo di adeguare la propria decisione alle concrete esigenze del singolo caso affrontato e di arginare le conseguenze che le stesse sono in grado di produrre.

I.

LA MODULAZIONE TEMPORALE DEGLI EFFETTI DELLA SENTENZA DI ANNULLAMENTO DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. - 2. L'azione di annullamento nel codice del processo amministrativo: caratteri, funzioni e natura giuridica. - 2.1. Il superamento del tradizionale binomio illegittimità-annullabilità. Indici normativi a confronto. - 2.2. L'art. 21-octies comma 2 L. 241/90. La non annullabilità del provvedimento amministrativo affetto da vizi formali e procedurali. - 2.3. L'art. 34 comma 3 c.p.a. L'accertamento non costitutivo dell'illegittimità del provvedimento amministrativo a fini risarcitori. - 2.4. Gli artt. 121 e 122 c.p.a. Il potere modulatorio del giudice amministrativo in materia contrattuale a seguito dell'annullamento degli atti di gara. - 2.5. Altre ipotesi di modulazione temporale desumibili dalla normativa di settore. - 3. La sentenza di annullamento e i suoi effetti tipici: tra irrinunciabilità e modulabilità dell'effetto caducatorio e valorizzazione dell'effetto conformativo. - 3.1. La modulabilità degli effetti nell'annullamento d'ufficio: ragioni di una diversificazione. - 3.2. La modulazione degli effetti della sentenza di annullamento: il leading case del Consiglio di Stato, 10 maggio 2011, n. 2755. - 3.3. La successiva evoluzione giurisprudenziale in materia di modulazione temporale. - 3.4. Il recente approdo della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul tema della modulazione temporale dell'efficacia dell'annullamento giurisdizionale. - 3.5. Le posizioni della dottrina: tesi favorevoli e contrarie. - 4. La compatibilità del potere modulatorio con la natura della giurisdizione amministrativa: tra valorizzazione della natura soggettiva e rinnovate spinte oggettivistiche. - 5. Il potere di modulazione temporale e la sua conciliabilità con i principi processuali della domanda e di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato: cenni di comparazione con il processo civile. - 6. Il potere di modulazione temporale e la sua indispensabilità: soluzioni alternative prospettate. - 7. La tecnica della modulazione temporale nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Cenni. 8. Considerazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive

Il capitolo è dedicato all'analisi della modulazione degli effetti della sentenza di annullamento nell'esperienza italiana e ripercorre il dibattito sviluppatosi in merito al potere di annullamento giurisdizionale, alle sue finalità e

alla disponibilità dei suoi effetti. Nel nostro ordinamento, come in altri sistemi giuridici europei, è, infatti, in atto da qualche tempo una tendenza verso una progressiva dissociazione tra l'accertamento dell'invalidità dell'atto e la sua caducazione, che non è più considerata come un'imprescindibile conseguenza del primo.

Partendo dall'esame del ruolo tradizionalmente assolto dall'annullamento giurisdizionale e dei caratteri tipici della relativa azione, ci si sofferma, preliminarmente, sull'analisi degli indici normativi sintomatici del fenomeno descritto. Dopo aver esaminato la natura e la portata di queste disposizioni e l'impatto che la loro introduzione ha avuto nel nostro sistema di giustizia amministrativa, si analizza l'evoluzione della giurisprudenza che, di recente, si è spinta oltre i confini di tali norme dando luogo a una tendenza innovativa suscettibile di condurre all'affermazione di un nuovo modello di annullamento e, al contempo, di giurisdizione.

Attraverso l'analisi dei motivi posti a fondamento delle pronunce in tema di modulazione temporale, delle critiche a esse rivolte dalla dottrina prevalente e delle modalità con cui tale innovativo indirizzo è stato recepito dalla successiva giurisprudenza amministrativa, ci si propone di inquadrare il modello emergente di annullamento giurisdizionale, ricercandone le implicazioni anche con riguardo alla natura oggettiva o soggettiva della giurisdizione con esso espressa.

Punto centrale dell'indagine è la sentenza della quarta sezione del Consiglio di Stato, la n. 2755 del 10 maggio 2011: in essa, infatti, in maniera del tutto innovativa, il Supremo Collegio ha ritenuto sussistere in capo al giudice amministrativo un generale potere di disporre degli effetti delle proprie sentenze di annullamento, sia nel senso di escludere la produzione stessa dell'effetto caducatorio, limitandolo al solo effetto conformativo, sia nel senso di statuire una retroattività solo parziale degli effetti caducatori con la decorrenza *ex nunc* o a partire da un momento successivo all'adozione dell'atto. Se è vero, infatti, che prima di questa pronuncia non erano mancati orientamenti della giurisprudenza amministrativa che hanno evitato effetti retroattivi automatici, dannosi per il pubblico interesse e non utili per il ricorrente, va evidenziato come si tratti di casi in cui il giudice amministrativo non aveva inciso direttamente sugli effetti dell'annullamento ma su quelli dell'attività ripristinatoria o conformativa successiva, individuando già in fase cognitoria i comportamenti dell'amministrazione successivi all'annullamento.

L'indagine prosegue attraverso l'esame degli sviluppi che tale pronuncia ha registrato nella giurisprudenza amministrativa, evidenziando come essa non sia rimasta una decisione isolata ma abbia avuto un seguito, specie presso la giurisprudenza amministrativa di merito.

Si esamineranno così le ragioni che hanno giustificato l'introduzione di questa nuova forma di "annullamento flessibile", le esigenze che attraverso la stessa si siano intese soddisfare nei singoli casi concreti decisi, la *ratio*, la portata e le conseguenze in punto di compatibilità con il sistema di giustizia amministrativa vigente. L'obiettivo è cogliere se questo nuovo modello di annullamento rappresenti davvero un ulteriore sintomo di soggettivizzazione del nostro modello di giurisdizione - come sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa che l'ha introdotto - o se non nasconda piuttosto, dietro le valorizzate esigenze di effettività della tutela, la necessità di garantire una migliore cura dell'interesse pubblico con attribuzione del relativo compito allo stesso giudice amministrativo, ascrivendosi in tal caso tra le contropunte oggettivistiche che pur connotano la giurisdizione di legittimità. In entrambi i casi, ci si interroga sul se le spinte fortemente soggettivistiche che caratterizzano il nostro processo amministrativo, accompagnate all'indiscutibile tendenza in atto a conciliare il giudizio di annullamento con la visione sostanzialistica del processo, e l'esigenza di garantire una migliore tutela del pubblico interesse possano arrivare fino a negare i tratti caratteristici e i caratteri fondamentali di questa azione, come tradizionalmente concepiti, sulla base di valutazioni operate autonomamente dal giudice e in assenza di una specifica domanda di parte.

Passando in rassegna la dottrina, l'analisi intende altresì verificare in che modo il riconoscimento del potere modulatorio in capo al giudice amministrativo stia contribuendo a incidere in senso modificativo sulla tradizionale struttura dell'azione di annullamento, modificandone i caratteri essenziali, e dando vita a un nuovo modello di annullamento giurisdizionale, oltre che a un nuovo e più incisivo ruolo del giudice amministrativo.

Ci si interroga, inoltre, sul se le esigenze sottese all'utilizzo di tale tecnica modulatoria da parte della giurisprudenza amministrativa siano in grado di trovare una soddisfazione solo attraverso il necessario ricorso a questo strumento o se, come sostenuto da molti, gli strumenti messi a disposizione dal nuovo codice del processo amministrativo siano già di per sé sufficienti a realizzarne lo scopo.

Un riferimento, sia pur necessariamente non approfondito, viene infine dedicato ai recenti sviluppi che l'uso del potere di modulazione ha registrato nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Pur nella diversità del settore, è interessante verificare come la possibilità di un ricorso a un "annullamento flessibile" sia stata avvertita anche dal giudice delle leggi, oltre che da quello dell'azione amministrativa, probabile sintomo di una generale insoddisfazione verso il classico e rigido modello dell'azione di annullamento.

2. L'azione di annullamento nel codice del processo amministrativo: caratteri, funzioni e natura giuridica

Quando si parla di annullamento nel settore del diritto amministrativo si fa riferimento al fenomeno della eliminazione dalla vita giuridica di un atto amministrativo compiuta da organi dello Stato - pubbliche amministrazioni o organi giurisdizionali - che vi provvedono con l'emanazione di un atto connotato da un'efficacia retroattiva; tale atto può sostanzarsi o in un provvedimento amministrativo di secondo grado, nel caso di annullamento d'ufficio, o in una sentenza di annullamento, nell'ipotesi di quello giurisdizionale. Secondo la definizione tradizionale l'annullamento si qualifica, infatti, come la sanzione giuridica conseguente all'accertamento della violazione delle regole giuridiche attinenti alla formazione del provvedimento, ovvero come la tipica reazione dell'ordinamento contro atti amministrativi invalidi¹.

Nel nostro ordinamento giuridico la struttura del giudizio amministrativo è sempre stata concepita in chiave essenzialmente impugnatoria come un processo di annullamento teso alla caducazione dell'atto illegittimo lesivo e alla conseguente rimozione dalla realtà giuridica degli effetti dallo stesso prodotto sin dal momento della sua adozione, onde consentire il ripristino della legalità violata. Dunque un processo sostanzialmente proteso, almeno originariamente, ad una tutela di tipo oggettivo alla stregua del modello francese al quale è stato a lungo ispirato².

¹ Sull'annullamento dei provvedimenti amministrativi, in prospettiva generale, E. CANADA BARTOLI, *Annullabilità e annullamento*, (voce), in *Enc. Dir.*, Milano, II, 1958, 495; G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 11 ss.; G. GHETTI, *L'annullamento dell'atto amministrativo* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. I, Torino, 1987; F. MODUGNO, *Annullabilità ed annullamento* (voce), in *Enc. Giur.*, vol. II, Roma, 1988, 1; V. M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 1 ss.; S. ROMANO, *Annullamento degli atti amministrativi* (voce), in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1957.

² L'assetto della giustizia amministrativa in Italia è stato fortemente influenzato, almeno nelle sue origini, dal modello francese dal quale ha progressivamente iniziato a differenziarsi a partire dalla seconda metà dell'Ottocento con l'affermazione di tendenze originali, prima fra tutte la distinzione del rapporto tra giudice ordinario e amministrativo fondata sulla natura giuridica della posizione sostanziale fatta valere in giudizio, secondo la distinzione, tipicamente interna, tra diritti soggettivi e interessi legittimi. Prima di questo processo di diversificazione, infatti, la tutela del cittadino nei confronti dei pubblici poteri era assicurata attraverso il ricorso al c.d. sistema del "contenzioso amministrativo" di derivazione napoleonica, con devoluzione delle controversie con l'amministrazione ai Tribunali del contenzioso amministrativo, organi collegiali aventi natura amministrativa e inseriti, sia pur con qualche garanzia di indipendenza, nella organizzazione del Potere esecutivo. La successiva riforma attuata con la legge 20 marzo 1865, n. 2248, decretando il superamento di tale modello, attraverso l'abolizione del contenzioso amministrativo, devolveva tutte le controversie relative a diritti soggettivi al giudice ordinario. Con la conseguenza che l'assenza di un diritto soggettivo comportava, attesa l'abolizione dei Tribunali amministrativi, l'assenza di tutela giurisdizionale e

Il sistema delle azioni esperibili è stato per molto tempo connotato da una rigida tipicità delle tecniche di tutela, nell'ambito delle quali l'unica azione concessa al cittadino per tutelarsi contro l'agire illegittimo della pubblica amministrazione era quella tesa all'annullamento del provvedimento in relazione ai vizi riscontrati. In quest'ottica, l'azione di annullamento ha sempre rivestito un ruolo e una posizione centrale nel sistema di giustizia amministrativa, ponendosi come un'azione a carattere generale e necessario.

La centralità di tale azione si ricollega a ragioni di carattere storico, fondamentalmente legate alle stesse esigenze che hanno condotto il legislatore nel 1889 a istituire la quarta sezione del Consiglio di Stato con l'obiettivo di consentire al cittadino di ottenere nei confronti della pubblica amministrazione quanto non gli era possibile ricevere rivolgendosi al solo giudice ordinario. Poiché con la legge abolitiva del contenzioso amministrativo veniva ed è tuttora precluso a quest'ultimo il potere di annullare, modificare o revocare il provvedimento amministrativo di cui fosse accertata l'illegittimità, il legislatore ha avvertito l'esigenza di attribuire espressamente il più penetrante potere di annullamento degli atti della pubblica amministrazione al giudice amministrativo, attraverso l'esperimento di un'azione tipica dal carattere tradizionalmente impugnatario e costitutivo.

Il ruolo centrale assolto dall'azione di annullamento nel panorama delle forme di tutela esperibili contro l'agire pubblico e il suo carattere generale di rimedio ammesso ogni qual volta vengano in rilievo provvedimenti amministrativi lesivi adottati da una pubblica amministrazione, ha fortemente influenzato nel tempo il sistema di tutela giurisdizionale amministrativa. Basti pensare a come, per lungo tempo, la giurisprudenza sia stata indotta ad ammettere una tutela contro l'inerzia dell'amministrazione solo ricorrendo alla *factio iuris* della configurazione del silenzio alla stregua di un atto tacito negativo della p.a. e a configurare la proponibilità di una tutela dichiarativa

la devoluzione delle controversie derivanti dall'esercizio di poteri pubblici alla cognizione dell'amministrazione che vi provvedeva mediante l'esame dei ricorsi amministrativi. Per far fronte a questo vuoto di tutela giurisdizionale la successiva legge Crispi del 1889 istituiva la quarta sezione del Consiglio di Stato cui devolveva la competenza a decidere i ricorsi per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge contro atti di un'autorità amministrativa aventi ad oggetto "interessi di individui o di enti morali giuridici" con ciò decretando il passaggio da un sistema monistico di tutela giurisdizionale ad un sistema dualistico. Per una più approfondita analisi delle origini storiche e della successiva evoluzione del nostro sistema di giustizia amministrativa si rinvia a A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, 10 ss; F. G. COCA, (a cura di) *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 4 ss.; C. E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, 34 ss. Per la ricostruzione tradizionale del giudizio amministrativo come giudizio cassatorio, G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto*, Milano, 1980, 86 ss.