

## L'annullamento “atipico” del provvedimento tipico e le interferenze con la regolazione

Ida Perna\*

*SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Lo “sdoganamento” della modulazione degli effetti della sentenza di annullamento - 3. L'annullamento “atipico” del provvedimento tipico - 4. Il trend giurisprudenziale adesivo - 5. Le interferenze dell'annullamento “atipico” con la regolazione.*

### 1. Premessa.

L'evoluzione della giustizia amministrativa è stata ed è costantemente orientata dal perseguimento dell'obiettivo di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva (1); non a caso, ma coerentemente con la frequente prassi della positivizzazione delle acquisizioni giurisprudenziali, il codice recante le norme in tema di processo amministrativo esordisce con l'affermazione del principio della effettività della protezione attingibile dai cittadini amministrati attraverso l'esperimento delle azioni giudiziali dinanzi agli organi giurisdizionali amministrativi (2).

Tuttavia, com'è stato efficacemente osservato, il principio di effettività della tutela non può e non deve essere inteso genericamente, bensì deve porsi nei termini propri del processo amministrativo, teleologicamente e costituzionalmente orientato a garantire le posizioni soggettive dedotte in giudizio (3).

---

(\*) Dottore di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli “Federico II”.

(1) Che sia così è ampiamente e diffusamente illustrato in letteratura: cfr., *ex multis*, SANDULLI A., *Diritto processuale amministrativo*, in CASSESE S., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2013, *passim*.

(2) L'art. 1 del codice del processo amministrativo, rubricato “Effettività”, prevede che “La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”. Giova del resto osservare che il codice predetto è recato dal decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, adottato in adempimento della delega di cui all'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, che, fra i corrispondenti principi e criteri direttivi, enunciava proprio la garanzia della “snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo [...]” (art. 44, comma 2, lett. a)).

(3) CARBONE A., *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2013, 428 ss. Per vero, con due recenti e importanti pronunce, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha ribadito la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa. In particolare, con la sentenza 13 aprile 2015, n. 4, il Massimo Consesso di Giustizia amministrativa ha negato la possibilità di convertire *ex officio* una domanda di annullamento di un provvedimento illegittimo in una di risarcimento del danno, e ciò proprio in ragione della circostanza che le tutele apprestate dalla giurisdizione amministrativa sono espressione di una giurisdizione di tipo soggettivo, retta - pertanto - dal principio della domanda [deponendo in tal senso: il disposto di cui all'art. 29 c.p.a., che prevede come sanzione tipica per gli atti illegittimi, impugnati innanzi al giudice amministrativo, la pronuncia di annullamento; il precetto recato dall'art. 34, primo comma, primo capoverso, c.p.a., che sancisce espressamente che le pronunce di accoglimento del giudice amministrativo

Alla luce di tali coordinate debbono scrutinarsi gli approdi della giurisprudenza in tema di modulazione degli effetti caducatori della sentenza di annullamento, quale potere ad oggi nella disponibilità (limitata, come meglio *infra*) dell'Autorità giurisdicente e necessariamente incidente sull'esercizio del potere amministrativo, qual è quello regolatorio (4).

---

sono rese "nei limiti della domanda", vale a dire nel rispetto del principio dispositivo (art. 99 c.p.c.) e del suo corollario della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (art. 112 c.p.c.), che devono quindi ritenersi ricompresi nel rinvio esterno ai principi generali recati dal codice di procedura civile ex art. 39 c.p.a.; la differenza strutturale intercorrente fra l'azione di annullamento e quella riparatoria: la ragione su cui si fonda la pretesa demolitoria è l'illegittimità dell'atto e la pronuncia richiesta è la sua caducazione, mentre la *causa petendi* di un'azione di risarcimento risiede nell'illiceità del fatto della Pubblica Amministrazione e nelle sue conseguenze dannose per il ricorrente e il *petitum* è costituito dalla condanna al risarcimento; valga sottolineare che l'Adunanza Plenaria "con il punto fermo costituito dal principio dispositivo [...] affronta poi, uno dopo l'altro, confutandoli, gli argomenti spesi dall'ordinanza di rimessione o dalla richiamata pronuncia della Sesta Sezione, n. 2755/2011", invero citata quale "precedente non pertinente" a sostegno dell'ammissibilità della predetta *mutatio libelli*: cfr. SILVESTRI M., *Il principio della domanda nel processo amministrativo. L'Adunanza plenaria n. 4 del 2015*, in *Foro amm.-CDS*, 9/2015, 2207]; con la quasi coeva decisione 27 aprile 2015, n. 5, il Massimo Consesso, chiamato a pronunciarsi sul tema della graduazione dei motivi di ricorso, ha nuovamente precisato che "[...] il processo amministrativo è certamente un processo di parte governato, in linea generale e salvo quanto si dirà in prosieguo, dal principio della domanda nella duplice accezione di principio dispositivo sostanziale - inteso quale espressione del potere esclusivo della parte di disporre del suo interesse materiale sotto ogni aspetto compresa la scelta di richiedere o meno la tutela giurisdizionale - e di principio dispositivo istruttorio (sia pure con i temperamenti enucleabili dagli artt. 63 e 64 c.p.a., in relazione al processo impugnatorio, ed ispirati al c.d. sistema dispositivo con metodo acquisitivo). Sul punto non può che ribadirsi quanto più volte enunciato da questa stessa Adunanza plenaria (cfr. da ultimo n. 4 del 2015; n. 9 del 2014, n. 7 del 2013, n. 4 del 2011), in ordine all'impossibilità di considerare quella amministrativa una giurisdizione di diritto oggettivo e su come tale approdo sia coerente con il significato che assume il principio della domanda nel dettato dell'art. 24, co. 1, Cost. che affianca, sia pure prendendo atto per ciò solo della loro diversità, le due situazioni soggettive attive del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo quali presupposti per l'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale intesa come principio fondamentale costitutivo dell'ordine pubblico costituzionale (cfr. da ultimo le fondamentali conclusioni cui è pervenuta Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 238). È assodato, pertanto, che il principio della domanda e quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, hanno dignità di *Generalklausel* nel processo civile (cfr. Sez. un., nn. 26242 e 26243 del 2014 cit.) ed in quello amministrativo (cfr. Ad. plen. n. 4 del 2015, n. 9 del 2014 e n. 4 del 2011). A queste prime conclusioni si saldano le ulteriori considerazioni - che contribuiscono alla migliore comprensione del fenomeno nella sua portata teorica e nelle conseguenti soluzioni operative - sul ruolo del giudice amministrativo come giudice naturale degli interessi legittimi in virtù di diretta attribuzione costituzionale di tale competenza (art. 103 co. 1, Cost.); sulle peculiari modalità di erogazione della tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo attraverso il controllo necessario sull'esercizio (o il mancato esercizio) della funzione pubblica financo all'interno dell'amministrazione (art. 100, co. 1, Cost.); sull'importanza strategica dell'iniziativa della persona che agisce in giudizio, nella logica del *private enforcement*, perché, sia pure nei limiti della domanda, concorre a (e rende possibile la) tutela dell'interesse pubblico mediante il ripristino della legalità violata" (Cfr. Cons. St., Ad. Plen. 27 aprile 2015, n. 5, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

(4) La funzione regolatoria è prerogativa costante dei pubblici poteri; per vero, lo Stato e, prima di esso gli ordinamenti generali, hanno sempre disciplinato fatti afferenti all'economia, assumendo ciò come "una delle loro attribuzioni fondamentali": cfr. GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1996, 20. Tuttavia, il concetto di regolazione non sfugge a una caratterizzazione storicamente determinata (cfr. MARCOU G., *Esiste una nozione giuridica di regolazione?*, in *Rass. di dir. pubbl. eur.*, 1/2006, 19); del resto, è dato rinvenire diverse ricostruzioni della suddetta nozione, tra le quali la più

## 2. Lo “sdoganamento” della modulazione degli effetti della sentenza di annullamento.

Com'è noto, lo “sdoganamento” della possibile modulazione degli effetti della decisione di annullamento risale alla pronuncia della Sesta Sezione del Consiglio di Stato 10 maggio 2011, n. 2755 (5), che ha abilitato il giudice amministrativo a derogare alla generale regola per cui l'accoglimento di un ricorso per la caducazione di un provvedimento lesivo comporta l'eliminazione integrale degli effetti dell'atto stesso “quando la sua applicazione risulterebbe incongrua e manifestamente ingiusta”, e ciò mediante “la limitazione parziale

---

diffusa - che riconduce la “regolamentazione” o “regolazione” all'intervento pubblico in economia cosiddetto indiretto (cfr. SPAGNUOLO VIGORITA V., *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962, 10 ss.; IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003, 107) - evidenza come il potere di regolazione non possa prescindere dal suo collegamento funzionale con la concorrenza, posto che il diritto regolatorio tende a correggere e/o ripristinare il funzionamento del mercato: cfr. ZOPPINI A., *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in ZOPPINI A., OLIVIERI G. (a cura di), *Contratto e Antitrust*, Roma, 2008, *passim*.

(5) Cons. St., Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755 con note e commenti di TRAVI A., *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e “non annullamento” dell'atto illegittimo*, in *Urb. e app.*, 2011, 936 ss.; QUINTO P., *La specificità della giurisdizione amministrativa ed una sentenza di “buon senso”*, in *Giustamm.it*, 2011; SAPIO M., *Un caso di sospensione degli effetti caducatori del giudicato amministrativo in applicazione della rilevanza del diritto europeo sul diritto processuale amministrativo nazionale*, *ivi*; MACCHIA M., *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1310 ss.; FOLLIERI E., *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, 439 ss.; LORIA E., *Accertata l'illegittimità dell'atto impugnato il giudice può decidere della non retroattività*, in *Guida dir.*, 26/2011, 103 ss.; FONDERICO G., *Nota a Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755*, in *Guida dir. Dossier*, 9/2011, 32; POLITI R., *Atipicità delle azioni e chirurgia giurisprudenziale dell'azione di annullamento: la “sovrascrittura del programma”*, in *Foro amm.-Tar*, 2011, 1071 ss.; FELIZIANI C., *Oltre le Colonne d'Ercole. Può il giudice amministrativo non annullare un provvedimento illegittimo?*, in *Foro amm.-CdS*, 2012, 427 ss.; GALLO C.E., *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 280 ss.; GIUSTI A., *La “nuova” sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, *ivi*, 293 ss.; BERTONAZZI L., *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?*, *ivi*, 1128 ss.; CARINGELLA F., *Il sistema delle tutele dell'interesse legittimo alla luce del codice e del decreto correttivo*, in *Urb. e app.*, 2012, 17 ss.; DIPACE R., *L'annullamento tra tradizione e innovazione: la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2012, 1273 ss.; FORNACIARI M., *Ultimissime dal Consiglio di Stato: l'annullamento ... che non annulla!*, *ivi*, 1662 ss. Il menzionato *leading case* riguardava il ricorso proposto da un'associazione ambientalista avverso l'approvazione del piano faunistico venatorio regionale pugliese 2009-2014, in particolare impugnato per la mancata attivazione del procedimento sulla valutazione ambientale strategica prevista dalla legislazione statale; i Giudici di Palazzo Spada hanno accolto la tesi dell'appellante e hanno riformato la sentenza di primo grado che aveva respinto la domanda di annullamento. Il Consiglio di Stato ha affermato la necessità di attivare il procedimento di valutazione ambientale strategica anche per il sopracitato piano faunistico, ma non ne ha disposto la caducazione, né la rimozione dei relativi effetti, in quanto ciò avrebbe determinato il venir meno del piano e la conseguente libertà di cacciare, eliminando ogni tutela della fauna selvatica per cui aveva agito l'associazione ambientalista: in caso di eliminazione del piano si sarebbe conseguito un risultato contrario all'interesse fatto valere, sicché la sentenza ha stabilito la perdurante efficacia del piano impugnato e illegittimo, fino all'adozione da parte della Regione del nuovo piano faunistico (e assegnando il termine di dieci mesi per l'acquisizione della valutazione ambientale strategica).

della retroattività degli effetti, o con la loro decorrenza *ex nunc* ovvero ancora escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi”.

Giova brevemente ripercorrere gli argomenti posti a fondamento di siffatto indirizzo: anzitutto, i Giudici di Palazzo Spada richiamano il principio di effettività della tutela giurisdizionale e di atipicità delle azioni; in secondo luogo, la decisione menzionata riferisce il disposto di cui all'art. 34, comma terzo, c.p.a., ove si prevede la scissione fra l'illegittimità dell'atto e la sua annullabilità (6); si citano, altresì, le norme recate dal codice del processo amministrativo sul rito speciale negli appalti, allorché legittimano l'autorità giurisdizionale, che abbia annullato un'aggiudicazione, a dichiarare o meno l'inefficacia del contratto stipulato ovvero a modularne l'inefficacia (artt. 121 e 122 c.p.a.) (7); ancora, si osserva l'assenza nell'ordinamento di prescrizioni ostative alla citata modulazione e si rimanda, per contro, alle norme di cui alla legge generale sul procedimento amministrativo - quali quelle recate dall'art. 21-*nonies* (8) - che, espressamente, contemplan la possibilità che un atto pur illegittimo non venga annullato; infine, si menziona l'orientamento della giu-

---

(6) In particolare, l'art. 34 del codice del processo amministrativo, rubricato “Sentenze di merito”, al terzo comma così prevede: “Quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori”.

(7) La questione delle conseguenze cagionate dall'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione sulla sorte del contratto *medio tempore* stipulato dall'Amministrazione, prima dell'abrogazione - a far data dal 19 aprile 2016 - rinveniva una sua espressa disciplina negli artt. 245-*bis* e 245-*ter* del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (cosiddetto codice degli appalti), che contenevano delle mere norme di rinvio a quelle dettate sul punto dal codice del processo amministrativo: in particolare, il suddetto rimando è agli artt. 121 e 122 c.p.a., i quali, a loro volta, riproducono il testo degli stessi artt. 245-*bis* e 245-*ter* del codice degli appalti, così come riscritti dal legislatore a seguito del recepimento della direttiva ricorsi operata con il decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53. Cfr., al riguardo, MEZZOTERO A., ROMEI D., *Gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2/2016, 253 ss.

(8) L'art. 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, intitolato “Annullamento d'ufficio”, così dispone: “1. Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-*octies*, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-*octies*, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo. 2. È fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole. 2-*bis*. I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445”.

risprudenza comunitaria che, sulla base di quanto stabilito dall'art. 264, par. 2, TFUE (9), ha ammesso la derogabilità del principio della retroattività degli effetti della sentenza di annullamento (10).

A seguito della citata pronuncia, la letteratura non ha mancato di porre in risalto i profili critici dell'esposta opzione interpretativa. In particolare, è stato osservato che, ad ammettere la modulabilità dell'efficacia della pronuncia di annullamento, si pone il giudice nelle condizioni di disporre dell'effetto caducatorio che, invece, è conseguenza tipica e necessaria della statuizione di annullamento (11); si è pure precisato che non vi è norma che abiliti l'autorità giurisdizionale a tale modulazione e che, per converso, vi sono disposizioni puntuali che prevedono la non annullabilità di un provvedimento illegittimo (12), sicché *ubi lex non dicit, noluit*, soprattutto alla luce della tipicità dell'azione di annullamento *ex art. 113*, comma terzo, Cost. (13); si è qualificato come inappropriato il richiamo all'art. 21-*nonies* legge 7 agosto 1990, n. 241, che, infatti, disciplina l'esercizio di un potere amministrativo discrezionale, ontologicamente diverso dalla funzione giurisdizionale (14), così come si è esclusa la pertinenza del rimando alle norme del tutto speciali in tema di appalti (15), peraltro relative alla modulazione degli effetti di un contratto (e non di una pronuncia giurisdizionale) all'esito dell'avvenuta caducazione di un'ag-

---

(9) Alla stregua di tale disposizione la Corte dichiara nullo o non avvenuto l'atto impugnato e, "ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi".

(10) Secondo l'orientamento invalso presso i Giudici europei la sentenza di accoglimento di un ricorso per l'annullamento di un atto sottoposto al controllo di legittimità della Corte di giustizia dell'Unione Europea (*ex art. 263 TFUE*) può limitare la retroattività dei suoi effetti, fissando la relativa decorrenza dal momento dell'emanazione della pronuncia ovvero da uno al medesimo antecedente, nonché può persino escludere la caducazione dell'atto, prescrivendo la permanenza della sua efficacia sino all'adozione di un atto successivo: cfr., in tal senso, C.G.C.E., 5 giugno 1973, causa 81/72, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1973.

(11) FOLLIERI E., *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, cit., 440 e 441; TRAVI A., *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, cit., 937.

(12) Come quella recata dall'art. 21-*octies* legge 7 agosto 1990, n. 241: cfr. CARBONE A., *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, cit.

(13) Cfr. TRAVI A., *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, cit., 938. Nondimeno, è stato sottolineato come la formula dell'art. 113 Cost. sia stata introdotta per ripartire i compiti tra le giurisdizioni, sicché scopo della legge sarebbe quello di "determinare i casi in cui è possibile annullare, mentre resta indifferente stabilire quando tale annullamento non è necessario": cfr. MACCHIA M., *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo*, cit., 1314.

(14) Com'è noto, il terzo comma della nostra Carta fondamentale prevede che "La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa". Cfr. CARBONE A., *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, cit.

(15) La specialità delle norme summenzionate ne preclude l'applicazione analogica; cfr. GIUSTI A., *La "nuova" sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit., 307-309; FELIZIANI C., *Oltre le Colonne d'Ercole. Può il giudice amministrativo non annullare un provvedimento illegittimo?* cit., 450.

giudicazione (16); nemmeno persuade il riferimento alla giurisprudenza comunitaria, che ancora il proprio orientamento ad un preciso addentellato normativo, che non è dato rinvenire nel nostro sistema (17).

Inoltre, si è rilevato che il giudice amministrativo, allorché dispone degli effetti della sentenza di annullamento, pare “imitare” la Corte costituzionale (18) e la corrispondente prassi giurisprudenziale volta alla modulazione degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento (19); tuttavia, è

---

(16) Osserva DIPACE R., *L'annullamento tra tradizione e innovazione*, cit., 1377-1378: “se è vero che il giudice può operare alcune valutazioni in ordine alla inefficacia o meno del contratto, la circostanza rilevante è che alla base di tale valutazione vi è sempre una sentenza di annullamento. Infatti, la valutazione della sorte del contratto interviene solo a seguito dell'eliminazione retroattiva della aggiudicazione, ossia un annullamento giurisdizionale con efficacia retroattiva”. In altri termini, “Nelle controversie sui contratti, la decisione si “estende” alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione. La sentenza non prescinde dall'effetto demolitorio tipico dell'azione di annullamento che è, anzi, il presupposto necessario e indispensabile per le successive determinazioni del Collegio sulla vicenda negoziale. La decisione sulle sorti del contratto rientra nel contenuto conformativo della sentenza di annullamento, nella logica già affermata dalla Adunanza Plenaria n. 9 de 30 luglio 2008. Il giudice estende la propria decisione sul contratto perché si pronuncia innanzitutto sull'aggiudicazione definitiva; la sentenza modula sì, con efficacia *ex nunc* o *ex tunc*, gli effetti dell'accoglimento del ricorso, ma senza mai eliminarli *in toto*”: così GIUSTI A., *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, 2012, 207 e 208.

(17) Invero, è stato obiettato che “[...] la modulazione degli effetti dell'annullamento nel caso del diritto comunitario è fondata su presupposti peculiari e non si può certamente considerare una regola applicabile anche al processo amministrativo nazionale. Infatti, tale modulazione, fino ad arrivare all'esclusione della caducazione dell'atto, almeno fino al momento della riedizione del potere, si ha nell'ipotesi in cui il vizio sia solo formale o in cui vi è un interesse particolarmente forte al mantenimento in vita dell'atto. Per la Corte di giustizia, tuttavia, tale potere deve essere utilizzato con estrema parsimonia, nella consapevolezza che si potrebbe trattare di fattispecie in cui viene sacrificata l'esigenza di tutela piena ed effettiva del privato, derogando a quanto da esso richiesto con il ricorso”: così, ancora, DIPACE R., *L'annullamento tra tradizione e innovazione*, cit. In tal senso depongono anche le osservazioni di GIUSTI A., *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, cit., 209, ove l'Autrice, a riprova della validità delle sue considerazioni, cita C.G.C.E., sentenza 7 luglio 1992, Causa C-295/90, *Parlamento c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1992, I-4193, nonché individua nel modello sovranazionale descritto “una fattispecie di “non annullamento” tipizzata”.

(18) MACCHIA M., *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, cit., 1313.

(19) Cfr. in ordine al potere della Corte di regolare gli effetti delle proprie decisioni e ai relativi limiti la recente pronuncia con cui il Giudice delle leggi ha temporalmente modulato gli effetti della sua decisione e ha così statuito: “La cessazione degli effetti delle norme dichiarate illegittime dal solo giorno della pubblicazione della decisione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica risulta costituzionalmente necessaria allo scopo di contemperare tutti i principi e i diritti in gioco, in modo da impedire “alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali” (Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10). La dottrina sull'argomento ha più in generale precisato che “La limitazione temporale degli effetti poteva essere dovuta a una illegittimità sopravvenuta o successiva per cui una determinata disciplina conforme a Costituzione al momento della sua entrata in vigore, può diventare incostituzionale successivamente al sopravvenire di fatti nuovi, come un mutamento legislativo. In questo caso solo da quel momento deve decorrere l'effetto della dichiarazione di incostituzionalità. Ulteriore ipotesi era quella della decisione di accoglimento non retroattiva o parzialmente retroattiva dovuta al c.d. bilanciamento di valori. L'operazione che in questo caso svolge la Corte è quella di non far retroagire gli effetti del-

stato precisato che tale modulazione, “anche al di là di una specifica previsione di legge, nel caso della Corte costituzionale si giustifica in base al ruolo che la stessa svolge nel nostro ordinamento democratico [...]. Mentre la Corte, nell’opera di individuazione del punto di minor sofferenza tra i valori costituzionali in gioco, non sembra mai essersi sostituita all’organo legislativo invadendone il campo, il giudice amministrativo, allorché utilizza l’autoproclamato potere di modulazione degli effetti dell’annullamento, lo fa proprio in chiave sostitutiva della pubblica amministrazione, operando una valutazione sulla opportunità o meno del mantenimento degli effetti per tutelare un interesse pubblico. Ma questo non è il ruolo che l’ordinamento ha assegnato al giudice amministrativo, almeno, non è il ruolo che gli è stato assegnato all’interno del processo di annullamento” (20).

Le riflessioni suesposte rivelano la sussistenza di un pericolo atavico nella riconosciuta “flessibilità” degli effetti dell’annullamento giurisdizionale: la sovrapposizione dell’esercizio delle funzioni di *iudicare* a quelle di amministrazione attiva.

### 3. L’annullamento “atipico” del provvedimento tipico.

È fuor di dubbio che l’impostazione fatta propria dalla Sesta Sezione del Massimo Consesso di giustizia amministrativa abbia ridefinito la tradizionale fisionomia dell’azione di annullamento del provvedimento amministrativo, a sua volta connotato da tipicità (21), e, in particolare, della relativa decisione.

È noto che, fin dall’istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato (22), l’azione costitutiva di annullamento dell’atto impugnato ha costituito l’“azione principe” innanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione generale di legittimità, mediante la quale - in caso di positivo esperimento della iniziativa processuale - si produce l’effetto demolitorio, ossia l’elimina-

---

l’annullamento poiché, per tutelare un valore costituzionale, si provocherebbero danni rispetto a un altro valore ugualmente protetto dalla Carta fondamentale. Qui il giudice tenta di individuare il punto di minore sofferenza per entrambi i valori costituzionali in gioco, anche attraverso l’utilizzo delle c.d. sentenze monitorie”: così DIPACE R., *L’annullamento tra tradizione e innovazione: la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, cit.

(20) Id., *ibidem*.

(21) “[...] Ultimi due caratteri del provvedimento amministrativo sono quelli di tipicità e nominatività, corollari applicativi del principio di legalità dell’azione amministrativa. In forza del principio di tipicità, i provvedimenti devono essere previsti dalla legge che ne deve individuare funzione e contenuto: ogni provvedimento risponde, infatti, ad una causa tipica prevista dalla norma (la stessa causa che giustifica l’attribuzione del potere amministrativo in capo ad un soggetto pubblico), che ne definisce il contenuto”: così GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016, 845.

(22) La legge 31 marzo 1889, n. 5992 istituì la Quarta Sezione del Consiglio di Stato con competenza generale sulle controversie tra le autorità statali ed i privati nelle quali si faceva questione di interessi legittimi (fino a quel momento devolute alla competenza della stessa Amministrazione); all’esito di tale intervento legislativo residuavano alla magistratura ordinaria le questioni fra cittadini e Amministrazione inerenti a diritti soggettivi.

zione dell'atto gravato dal mondo giuridico con cessazione dei relativi effetti: ciò si ritiene non comporti indebite ingerenze negli ambiti riservati all'Amministrazione, in ragione della impossibilità per l'autorità giurisdizionale di dettare una regolamentazione diretta degli interessi in contesa, demandata alla P.A. tenuta ad emanare un atto amministrativo in sostituzione di quello giudicato illegittimo (23).

Il principale effetto dell'annullamento si traduce, quindi, nell'estinzione delle situazioni giuridiche create dall'atto annullato (effetto distruttivo), nonché nella ricostruzione delle situazioni giuridiche soggettive preesistenti (effetto ripristinatorio). A questi si affianca l'effetto preclusivo, che può essere così inteso: se nel tempo intermedio tra l'adozione dell'atto e l'annullamento si avvera un fatto a effetto preclusivo, l'effetto ripristinatorio non si dispiega (24).

L'azione di annullamento produce anche l'effetto conformativo, volto a disciplinare l'attività successiva dell'Amministrazione ed esecutiva della pronuncia (25).

L'annullamento che consegue alla rilevazione del vizio opera di regola *ex tunc*, privando l'atto dell'efficacia interinale che aveva dispiegato e imponendo l'obbligo della *restitutio in integrum* con riguardo alle situazioni soggettive eventualmente compromesse. Se, invece, l'annullamento non comportasse l'eliminazione retroattiva dell'atto, si assisterebbe a un fenomeno riconducibile al diverso istituto della disapplicazione dell'atto amministrativo a seguito dell'accertamento della sua illegittimità; invero, l'annullamento consiste nella eliminazione della rilevanza ed efficacia giuridica attribuite a un atto inficiato da un vizio che non ne produce la inesistenza giuridica, ma che lo rende precario, sicché l'ordinamento, concorrendo alcuni presupposti, può far venir meno la rilevanza e l'efficacia dell'atto stesso, il quale sopravvive unicamente come dichiarazione, fenomeno psicologico e non più giuridico (26).

Pertanto, l'effetto eliminatorio è conseguenza indefettibile dell'accoglimento dell'azione di annullamento di un atto illegittimo: è un effetto indisponibile sia da parte del ricorrente promotore della domanda caducatoria, che da parte del giudice. Alla luce di siffatta constatazione e come anticipato, in dottrina si è ritenuto non condivisibile l'orientamento espresso dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato con la menzionata decisione 10 maggio 2011, n. 2755, che ha legittimato il giudice investito della domanda di demolizione di un provvedimento amministrativo a non decretarne l'eliminazione, quando ciò

---

(23) FOLLIERI E., *Le azioni costitutive*, in SCOCA F.G. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 183 e 184.

(24) DIPACE R., *L'annullamento tra tradizione e innovazione: la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, cit.

(25) FOLLIERI E., *Le azioni costitutive*, cit., 187.

(26) DIPACE R., *L'annullamento tra tradizione e innovazione: la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, cit.



sia utile alle esigenze di salvaguardia delle posizioni del privato, e ciò perché “l’azione di annullamento è tipica ed il suo effetto necessario è il venir meno dell’atto impugnato ritenuto illegittimo, non disponibile da parte del giudice” (27). Per converso, questa stessa impostazione considera disponibili l’effetto conformativo, nonché - in peculiari ipotesi - la decorrenza degli effetti di annullamento (28).

Alla stregua di quanto osservato l’“atipicità” dell’annullamento giurisdizionale come delineata dalla succitata pronuncia del maggio 2011 si coglie, non nella possibile, quantunque straordinaria, modulazione temporale della corrispondente efficacia caducante, bensì nella parte in cui non elimina un atto di cui accerta e riconosce l’illegittimità.

Il “non annullamento” giurisdizionale dell’atto illegittimo, soprattutto allorché quest’ultimo sia espressivo di peculiari funzioni in titolarità dell’Amministrazione, come quella di regolazione, ripropone l’eterno problema della violazione del principio di separazione dei poteri per effetto dello sconfinamento dell’esercizio di quello giurisdizionale nell’ambito riservato a quello amministrativo. Ma, a ben vedere, anche quando la sentenza di annullamento disponga una particolare modulazione temporale della sua efficacia, non minori sono le interferenze apprezzabili fra l’esercizio dei poteri facenti capo, rispettivamente, all’autorità giurisdizionale e a quella amministrativa.

#### 4. *Il trend giurisprudenziale adesivo.*

D’altronde, nonostante le criticità evidenziate e prontamente sottolineate dalla dottrina, l’orientamento favorevole alla flessibilità degli effetti eliminatori di una pronuncia caducatoria ha trovato applicazione significativa nella giurisprudenza, sia di merito che di legittimità. Di talché, occorre verificare l’impatto di tale diffusa opzione esegetica sull’esercizio dei poteri spettanti all’Amministrazione.

Invero, i Tribunali amministrativi regionali non hanno esitato ad applicare i principi statuiti dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato, talvolta anche in mancanza della sussistenza dei presupposti all’uopo enucleati dai Giudici di Palazzo Spada.

In tal senso rilevano, esemplificativamente, quei pronunciamenti resi dal

---

(27) FOLLIERI E., *Le azioni costitutive*, 188.

(28) ID., *ibidem*. In dettaglio, le situazioni che secondo l’Autore legittimano la modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento sono le seguenti: “a) quando il “fatto”, frattanto determinatosi, non sia ripristinabile (diniego di rilascio di passaporto che impedisca di partecipare ad un convegno in un Paese estero e che si sia già tenuto quando interviene la decisione del giudice); b) quando è nell’interesse del ricorrente che l’annullamento non comporti la retroazione totale o parziale degli effetti; c) quando il giudice ritenga che gli effetti *ex tunc*, parziali o totali, non soddisfino l’interesse del ricorrente e, anzi, si risolvano in una lesione del suo interesse. Il primo caso è una conseguenza del *factum infectum fieri nequit*; il secondo ed il terzo sono funzionali alle esigenze di tutela del ricorrente e nella disponibilità di quest’ultimo e del giudice”.

T.A.R. Abruzzo e dal T.A.R. Lazio, che si pongono nel solco interpretativo tracciato dall'Alto Consesso di Giustizia amministrativa il 10 maggio 2011 (29). In particolare, il Giudice abruzzese ha applicato i principi suddetti nell'ambito di una vicenda riguardante il richiesto annullamento di strumenti di pianificazione urbanistica adottati da un ente comunale, sino a pervenire all'accoglimento della domanda demolitoria e, al contempo, a modulare temporalmente gli effetti della conseguente sentenza (30); il Tribunale laziale ha calibrato gli effetti della tutela costitutiva con riferimento ad una controversia attinente alla gara per l'affidamento in concessione del servizio pubblico di distribuzione del gas (31).

Di recente, anche il Tribunale amministrativo della Regione molisana ha ribadito la possibilità di modulare la retroattività degli effetti della sentenza di annullamento "in casi specifici" (32). Fra questi si situa, emblematicamente, quello che è stato oggetto di cognizione e recente decisione ad opera del T.A.R. ligure, investito della domanda di caducazione di una serie di atti relativi alla mancata ammissione alla classe successiva di un'alunna di un liceo scientifico savonese, conseguita alla negativa valutazione riportata nello scrutinio di giugno prima e in quello "di riparazione" di agosto poi, nelle sole materie di matematica e fisica: orbene, il Giudice amministrativo ha ritenuto fondate le doglianze proposte, ammettendo la "flessibilizzazione" dell'efficacia della

---

(29) Trattasi delle pronunce seguenti: T.A.R. Abruzzo, Pescara, 13 dicembre 2011, n. 693; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-ter, 13 luglio 2012, n. 6418.

(30) Difatti, il T.A.R. Abruzzo, Pescara, 13 dicembre 2011, n. 693, così ha statuito: "annulla le norme tecniche di attuazione nella parte che nelle aree della parte ricorrente impone lo strumento attuativo, a far tempo dall'adozione; annulla *in toto* dette norme tecniche di attuazione a partire dal momento - successivo all'adozione, la quale conserva quindi il suo valore anche in salvaguardia - in cui è mancata la sottoposizione alla valutazione ambientale strategica e alla verifica di conformità alla pianificazione sovraordinata, come visto necessarie nel caso; il Comune in relazione all'intera variante in questione (a parte le parti annullate già dall'adozione) dovrà sottoporla alla valutazione ambientale e di conformità alla pianificazione superiore, eventualmente riesaminarla *in toto* nella sua discrezionalità, usufruendo delle norme di salvaguardia, entro un tempo massimo di mesi otto dalla notificazione o comunicazione della presente sentenza, trascorso il quale la variante stessa perderà efficacia *in toto* con riviviscenza della precedente normativa e obbligo di rideterminarsi".

(31) Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, con la sentenza 13 luglio 2012, n. 6418 cit., ha così deciso: "respinte le eccezioni preliminari di irricevibilità e improcedibilità, accoglie il ricorso incidentale [...] e, per l'effetto, annulla con efficacia *ex nunc* l'azione amministrativa nella parte in cui non aveva escluso dalla gara la ricorrente principale [...], la cui offerta tecnica conteneva anche elementi dell'offerta economica [...]".

(32) Cfr. T.A.R. Molise, Campobasso, Sez. I, 4 maggio 2015, n. 187, secondo cui: "[...] con il ricorso introduttivo, in coerenza con la strutturazione impugnatoria del processo amministrativo, il ricorrente ha chiesto l'annullamento del provvedimento di diniego del riconoscimento della causa di servizio e del parere vincolante del Comitato di verifica su cui esso si fonda, con la conseguenza che l'eventuale accoglimento della domanda non determinerebbe unicamente un esito di accertamento, ma radicherebbe in capo all'Amministrazione un obbligo di provvedere nuovamente sull'istanza di riconoscimento della dipendenza da causa di servizio, dovendosi ritenere i provvedimenti oggetto di annullamento giurisdizionale *tamquam non esset*, salvo la possibilità di modulare la retroattività degli effetti riconosciuta in casi specifici dalla recente giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, Sez. VI., 10 maggio 2011, n. 2755)".

pronuncia caducatoria, poiché “[...] l’annullamento retroattivo degli atti impugnati non gioverebbe alla ricorrente, che nelle more del giudizio ha proseguito la carriera scolastica e frequenta attualmente il quinto anno del liceo scientifico” e atteso che “l’eventuale pronuncia d’annullamento *sic et simpliciter* degli atti impugnati non solo sarebbe *inutiliter data*, ma potrebbe addirittura mettere in dubbio la validità della carriera scolastica percorsa dalla ricorrente nelle more del giudizio”; invero, “[...] per garantire l’effettività di tutela, anche in vista dell’eventuale domanda di ristoro dei danni sofferti, il collegio ritiene - richiamando l’arresto giurisprudenziale (cfr. C.S., VI, 10 maggio 2011 n. 2755) che, in ragione della pretesa sostanziale dedotta in giudizio, ammette una opportuna “modulazione” del tipo e degli effetti della sentenza d’accoglimento - di dichiarare l’illegittimità degli atti impugnati e di annullarli solo con effetto *ex nunc*, fatta salva la successiva carriera scolastica della ricorrente” (33).

I Giudici del Consiglio di Stato, del pari, hanno dato continuità all’impostazione favorevole alla modulazione dell’efficacia della pronuncia di annullamento.

La Quinta Sezione del citato Consesso, significativamente, seppure attraverso un *obiter dictum*, ha chiarito come sia doveroso annullare atti autoritativi ritualmente impugnati e risultati illegittimi, a meno che sussistano le ragioni ostative “individuate dalla giurisprudenza di questo Consiglio: v. Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755” (34).

Detta continuità, per quanto qui interessa, si apprezza anche con riguardo ad ambiti particolarmente rilevanti sul piano socio-economico, quali sono i comparti vigilati e presidiati dalle Autorità amministrative indipendenti. In particolare, il Consiglio di Stato, modulando gli effetti delle decisioni caducatorie di provvedimenti regolatori adottati dai Garanti e giudicati illegittimi, è talvolta intervenuto a preservarne gli effetti al dichiarato fine di evitare vuoti regolamentari.

Emblematica di siffatta tendenza risulta una sentenza emessa nell’anno 2012 dalla Terza Sezione (35), che, confermando la pronuncia del Giudice di primo grado, ha dichiarato illegittimo l’art. 5 della delibera n. 366/10/CONS adottata dal Garante delle Comunicazioni, avente ad oggetto il piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre in chiaro e a pagamento, le modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori di servizi

(33) T.A.R., Liguria, Genova, Sez. II, 22 gennaio 2014, n. 102.

(34) Cons. St., Sez. V, 11 febbraio 2014, n. 645.

(35) Cons. St., Sez. III, 31 agosto 2012, n. 4658, su cui si segnala la nota di TAGLIANETTI G., *I limiti del sindacato giurisdizionale amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse delle autorità indipendenti: punti fermi e perduranti incertezze*, in *Foro amm.-CdS*, 11/2012, 2817, ove l’Autore esplicitamente afferma che la prefata sentenza del 2012, “sviluppando spunti già offerti dalla sesta sezione del Consiglio di Stato n. 2755/2011, ha voluto evitare che si determinasse un’assenza di regolamentazione”.

media audiovisivi autorizzati alla diffusione di contenuti audiovisivi in tecnica digitale terrestre e le corrispondenti condizioni di utilizzo; la suddetta delibera prevedeva l'utilizzazione delle graduatorie Corecom come criterio per l'assegnazione automatica dei canali alle emittenti locali.

I Giudici di Palazzo Spada, con la citata pronuncia, hanno ritenuto i criteri stabiliti dal Garante non pienamente conformi al dettato legislativo. Pertanto, il Consiglio di Stato ha condannato l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ad adottare nuove determinazioni per l'assegnazione automatica dei canali sul telecomando delle emittenti locali, impiegando un metodo più adeguato per accertare le abitudini e le preferenze degli utenti, quale criterio prescritto dalla legge; nondimeno, allo scopo di evitare lacune regolamentari nella programmazione delle emittenti, la medesima decisione ha prorogato gli effetti del piano di numerazione automatica dei canali televisivi, mantenendo ferma nelle more l'efficacia del menzionato provvedimento amministrativo - qualunque giudicato illegittimo - e, dunque, differendo gli effetti del disposto annullamento giurisdizionale.

Coerente con siffatto *trend* risulta pure la pronuncia 7 gennaio 2013, n. 21, emanata ancora dalla Terza Sezione del Consiglio di Stato e anche allora con riferimento a una vicenda che vedeva coinvolto il Garante delle Comunicazioni: con riguardo a talune delibere adottate dall'Agcom per la regolamentazione degli obblighi di cui all'art. 50 del codice delle comunicazioni elettroniche (36), il Supremo Consesso ha statuito che “al fine di prevenire

---

(36) L'art. 50 del codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, nel Titolo II (“Reti e servizi di comunicazione elettronica ad uso pubblico”) e, in particolare, nel Capo III (“Accesso ed interconnessione”), nell'ambito della Sezione II (“Obblighi degli operatori e procedure di riesame del mercato”), pone gli “Obblighi in materia di controllo dei prezzi e di contabilità dei costi”, così prevedendo: “1. Ai sensi dell'articolo 45, per determinati tipi di interconnessione e di accesso l'Autorità può imporre obblighi in materia di recupero dei costi e controlli dei prezzi, tra cui l'obbligo che i prezzi siano orientati ai costi, nonché l'obbligo di disporre di un sistema di contabilità dei costi, qualora l'analisi del mercato riveli che l'assenza di un'effettiva concorrenza comporta che l'operatore interessato potrebbe mantenere prezzi ad un livello eccessivamente elevato o comprimerli a danno dell'utenza finale. Per incoraggiare gli investimenti effettuati dall'operatore anche nelle reti di prossima generazione, l'Autorità tiene conto degli investimenti effettuati dall'operatore e gli consente un'equa remunerazione del capitale investito, purché congruo, in considerazione di eventuali rischi specifici di un nuovo progetto particolare di investimento nella rete. 2. L'Autorità provvede affinché tutti i meccanismi di recupero dei costi o metodi di determinazione dei prezzi resi obbligatori servano a promuovere l'efficienza e la concorrenza sostenibile ed ottimizzino i vantaggi per i consumatori. Al riguardo l'Autorità può anche tener conto dei prezzi applicati in mercati concorrenziali comparabili. 3. Qualora un operatore abbia l'obbligo di orientare i propri prezzi ai costi, ha l'onere della prova che il prezzo applicato si basa sui costi, maggiorati di un ragionevole margine di profitto sugli investimenti. Per determinare i costi di un'efficiente fornitura di servizi, l'Autorità può approntare una metodologia di contabilità dei costi indipendente da quella usata dagli operatori. L'Autorità può esigere che un operatore giustifichi pienamente i propri prezzi e, ove necessario, li adegui. 4. L'Autorità provvede affinché, qualora sia imposto un sistema di contabilità dei costi a sostegno di una misura di controllo dei prezzi, sia pubblicata una descrizione, che illustri quanto meno le categorie principali di costi e le regole di ripartizione degli stessi. La conformità al sistema di contabilità dei costi è verificata da un organismo indi-

possibili difficoltà in sede esecutiva ed in osservanza del principio di buon andamento, appare opportuno consentire in via straordinaria all’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni di disporre il mantenimento degli effetti della delibera (446/08/CONS) annullata, peraltro già storicamente sterilizzati”.

In ragione di tali *dicta* si rende evidente il contatto fra l’esercizio della funzione giurisdizionale del giudice amministrativo e l’attuazione dei poteri di regolazione spettanti all’*Authority*. Siffatta interferenza, nel pronunciamento reso il 21 gennaio 2013, emerge nitidamente anche dalla indicazione rivolta al Garante dai Giudici di Palazzo Spada circa le concrete modalità mediante le quali l’Autorità avrebbe dovuto adempiere all’obbligo di prestare ottemperanza alla pronuncia di annullamento menzionata: il Consiglio di Stato “suggerisce” ad Agcom, oltre al “ripristino della situazione anteriore”, la “rinnovazione del procedimento, ora per allora, emendato dai vizi riscontrati”.

##### 5. Le interferenze dell’annullamento “atipico” con la regolazione.

Di talché, non è dubbio, oggi, che le decisioni giudiziarie impattino sul potere regolatorio e, per tal via, sul mercato, che, dunque, viene conformato non più solo dai Regolatori, bensì anche dal Giudice, in quanto titolare di una giurisdizione piena e assoluta.

Per vero, nei mercati regolati, in cui il fisiologico dispiegarsi dell’iniziativa economica è sottoposto a funzioni di regolazione, vigilanza, controllo e repressione, demandate ad Autorità settoriali e indipendenti dal potere esecutivo, il modello della giurisdizione esclusiva - forgiata sulle direttrici disegnate dalla Corte Costituzionale con le note pronunce del 2004 e del 2006, trova la sua “più congeniale modalità di applicazione”: l’art. 133, comma 1, lett. l), c.p.a. attribuisce al Giudice amministrativo una giurisdizione “piena” con riferimento a tutte le possibili esplicazioni delle ampie e pervasive prerogative delle Autorità di garanzia (37). Inoltre, leggendo la norma suddetta in combi-

---

pendente dalle parti interessate, avente specifiche competenze, incaricato dall’Autorità. È pubblicata annualmente una dichiarazione di conformità al sistema. I costi relativi alle verifiche rientrano tra quelli coperti ai sensi dall’articolo 34”.

(37) L’art. 133, comma 1, lett. l), c.p.a. devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie “aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dalla Banca d’Italia, dagli Organismi di cui agli articoli 112-*bis*, 113 e 128-*duodecies* del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, [dalla Commissione nazionale per le società e la borsa,] dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato, dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, dall’Autorità per l’energia elettrica e il gas, e dalle altre Autorità istituite ai sensi della legge 14 novembre 1995, n. 481, dall’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dalla Commissione vigilanza fondi pensione, dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l’integrità della pubblica amministrazione, dall’Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private, comprese le controversie relative ai ricorsi avverso gli atti che applicano le sanzioni ai sensi dell’articolo 326 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209”. La Corte Costituzionale, con sentenza 27 giugno 2012, n. 162 (in Gazz. Uff., 4 luglio, n. 27), ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della presente lettera nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione esclusiva

nato disposto con l'art. 134, comma 1, lett c.), c.p.a., che devolve alla giurisdizione di merito del Giudice amministrativo anche le controversie aventi ad oggetto le sanzioni pecuniarie comminate dalle *Authorities*, si giunge a ritenere che nella materia predetta il Giudice eserciti contemporaneamente i poteri della giurisdizione esclusiva estesa anche ai diritti soggettivi, nonché poteri decisorii integralmente sostitutivi, che rappresentano il carattere costitutivo della giurisdizione di merito; tanto, oltre a delineare una giurisdizione amministrativa assoluta, che cumula e in sé esaurisce la cognizione su tutte le modalità di tutela nei riguardi dell'uso autoritativo del potere in quei particolari settori, positivizza e definisce la fisionomia di un plesso giurisdizionale così specializzato da essere in grado di esercitare in via surrogatoria poteri tipici di amministrazione attiva, quale quello di rideterminare le sanzioni pecuniarie irrogate dai Garanti nell'esercizio delle funzioni di vigilanza e controllo dei comparti loro affidati (38).

Le riferite osservazioni sono corroborate dalle riflessioni di autorevole dottrina, che ha precisato come uno degli sviluppi della nuova costituzione economica, che si riflette, oggi, nello "Stato-regolatore", sia la possibile identificazione dei giudici amministrativi con "regolatori di ultima istanza", e ciò in ragione della depoliticizzazione del controllo pubblico dell'industria (39).

Del resto, il legame fra diritto amministrativo ed economia è strutturale: il diritto amministrativo origina dall'esigenza di fronteggiare la limitatezza dei beni e di regolare l'accesso dei consociati ad un bene che è scarso; anzi, a ben vedere, la relazione necessaria con l'economia riguarda non solo il diritto amministrativo, ma il diritto *tout court* ed il processo giurisdizionale: "[...] Il rapporto tra economia, diritto e giurisdizione è condizionato anche dalle scelte economiche di fondo che vengono compiute, e, a volte, i profili di criticità dei sistemi processuali dipendono anche dalle scelte di politica economica che in via indiretta hanno contribuito a generarli. È in questo spazio [...] che si colloca il problema del rapporto fra economia e giustizia amministrativa; di quella forma di giustizia, cioè, nella quale le relazioni con l'economia si fanno più strette e vanno alla radice del funzionamento delle moderne società capitali-

---

del giudice amministrativo con cognizione estesa al merito e alla competenza funzionale del T.A.R. Lazio - sede di Roma, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB). Successivamente, la presente lettera è stata nuovamente modificata dall'articolo 1, comma 1, lettera t), numero 1), del decreto legislativo 14 settembre 2012, n. 160. Da ultimo, la Corte Costituzionale, con sentenza 15 aprile 2014, n. 94 (in Gazz. Uff., 23 aprile, n. 18), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della presente lettera, nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, e alla competenza funzionale del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio - sede di Roma le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia.

(38) GAROFOLI R., FERRARI G., *Codice del processo amministrativo, sub artt. 133 e 134*, Roma, 2012.

(39) CASSESE S. (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Bari, 2015, 323.

stiche, proprio perché in esse convergono, si mischiano e si incontrano le questioni dell'azione amministrativa e della tutela giurisdizionale, e l'economia assume anche la forma del potere pubblico, sul quale viene direttamente ad incidere il sindacato giurisdizionale" (40). Invero, il collegamento fra economia e giustizia amministrativa è duplice: in quest'ultima, "da una parte, l'economia si fa potere, anzi potere pubblico, e costituisce una delle parti necessarie del processo, un soggetto indispensabile di esso, la parte pubblica che incarna le scelte di politica economica; dall'altra l'economia si fa oggetto del potere e del suo esercizio, oggetto di regolazione, conformazione, promozione, ovvero attività protesa al conseguimento di una utilità in relazione all'erogazione di prestazioni contrattuali riguardanti opere o servizi. Il sindacato del giudice amministrativo viene, di conseguenza, esercitato sia sulle scelte riguardanti l'esercizio del potere economico, sia esso un potere di regolazione o di autorizzazione di attività economiche, sia invece un potere di promozione di fattori di sviluppo, quali possono essere la concessione di incentivi, la realizzazione di infrastrutture strategiche, la conformazione del territorio; sia, infine, sulle iniziative imprenditoriali ed a tutela di queste" (41).

Il nesso che intercorre fra economia e giustizia amministrativa si coglie, quindi, anche considerando le interferenze fra l'annullamento giurisdizionale e l'esercizio del potere amministrativo di regolazione: la modulazione degli effetti della pronuncia caducatoria colma gli spazi lasciati vuoti dalla regolamentazione illegittima. D'altronde, in dottrina è stato evidenziato come il controllo giurisdizionale sugli atti espressivi del potere di regolazione si caratterizzi anche per la sua capacità di rendere il giudice amministrativo giudice "dell'interesse pubblico nell'economia" (42).

In realtà, in letteratura è stato sottolineato come la riconosciuta modulabilità dell'efficacia della tutela costitutiva lasci trasparire una lacuna del sistema, ossia la mancanza della possibilità di esperire un'autonoma azione di condanna ad un *facere* specifico nei confronti della Pubblica Amministrazione al di fuori delle ipotesi di giurisdizione esclusiva ovvero dell'azione risarcitoria (43).

Per vero, se si verte in materia di giurisdizione esclusiva e si è in presenza

---

(40) PAJINO A., *Giustizia amministrativa ed economia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3/2015, 952.

(41) Id., *ibidem*.

(42) In tal senso PRETO A., CAROTTI B., *Il sindacato giurisdizionale sulle autorità indipendenti: il caso dell'AGCOM*, in *Riv. Trim. di Dir. Pubbl.*, 1/2016, 123.

(43) *Ex art. 30*, comma 1, c.p.a. Difatti, la legislazione vigente, mentre abilita all'attivazione di un'azione di condanna pubblicistica a struttura complessa *ex art. artt. 30*, comma 1, e 34, lett. c), c.p.a. pel "rilascio di un provvedimento richiesto", non legittima la proposizione di una domanda giudiziale di condanna della P.A. tesa all'ottenimento di un atto che i pubblici poteri avrebbero dovuto emanare *ex officio*. D'altronde, qualora non vi sia alcun legame procedimentale tra la parte ricorrente e il provvedimento lesivo "neppure vi sarà un'istanza rimasta disattesa, in relazione alla quale l'azione di annullamento o il ricorso avverso il silenzio rinvengono la loro ragion d'essere": così CARBONE A., *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, *cit.*

di un atto difforme da quello prescritto dalla relativa normativa, quale ben può essere una delibera espressiva del potere di regolazione spettante ad un'Autorità amministrativa indipendente, è possibile esperire un'azione autonoma di condanna, così compulsando l'Amministrazione al (corretto) esercizio della funzione. Per tal via, dunque, il Giudice amministrativo eroga la tutela richiestagli coerentemente con la domanda formulata dal ricorrente e, più in generale, con la connotazione soggettiva della sua giurisdizione (44), sicché l'eventuale modulazione degli effetti di una pronuncia caducatoria di un provvedimento regolatorio illegittimo vale, nella specie, a consentire la salvaguardia effettiva delle posizioni del cittadino (*ex art. 1 c.p.a.*) frattanto venga rieditato il potere amministrativo. In tal senso l'esercizio della funzione giurisdizionale, mantenuto nei limiti di un sindacato sì "intrinseco" e, dunque, esitante in una decisione dalla più intesa attitudine conformativa e vincolante (45), ma comunque "debole" e, quindi, non sostitutivo (46), interferisce (ma non s'ingerisce) con l'esercizio della funzione amministrativo-regolatoria.

---

(44) E ciò conformemente alle autorevoli statuizioni della giurisprudenza amministrativa ricordate *sub* nota 2, cui sia consentito rinviare.

(45) Cfr. GAROFOLI R., FERARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 814.

(46) "Il limite del sindacato giurisdizionale sulla c.d. discrezionalità tecnica, al di là dell'ormai sclerotizzata antinomia forte/debole, deve attestarsi sulla linea di un controllo che, senza ingerirsi nelle scelte discrezionali della Pubblica autorità, assicuri la legalità sostanziale del suo agire, per la sua intrinseca coerenza, anche e soprattutto in materie connotate da un elevato tecnicismo, per le quali vengano in rilievo poteri regolatori con i quali l'Autorità detta le regole del gioco": così Cons. St., Sez. III, 2 aprile 2013, n. 1856. Del pari, Cass. civ., S.U., 20 gennaio 2014, n. 1013 ha rimarcato la non estensione al merito del sindacato giurisdizionale sugli atti dei Garanti. La dottrina che ha indagato il tema del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche complesse proprie delle Autorità amministrative indipendenti pure ha chiarito che "il giudice si attiene... alla valutazione operata dall'Autorità, salvo che non risulti smentita sul piano logico-giuridico, e non si spinge fino al punto di verificare direttamente "in positivo", se essa sia stata ben svolta sotto il profilo tecnico-scientifico": così LIGUORI F., *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2013, 151.