#### INTRODUZIONE GENERALE

## ALLA RICERCA DEL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ NELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

di Massimo Giavazzi

SOMMARIO: 1. Cenni di sintesi sul processo amministrativo. – 2. Il problema dell'effettività. – 3. La legittimazione processuale. – 4. Il termine decadenziale di esercizio dell'azione. – 5. L'onere dell'allegazione. – 6. L'onere della prova. – 7. L'efficacia degli strumenti processuali di tutela cautelare.

#### 1. Cenni di sintesi sul processo amministrativo

Ogniqualvolta sia implicata in un giudizio una situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo, e cioè quando si controverte dell'esercizio di una pubblica potestà, il contenzioso è sottratto alle normali regole processuali (quelle del processo civile, per intenderci) ed è devoluto alla cognizione del giudice amministrativo (per vero, gli sono attribuite anche talune controversie coinvolgenti diritti soggettivi, nell'ambito della c.d. giurisdizione esclusiva, ma in questo caso la sostanza del processo, così come definita dalla dialettica tra le parti e il giudice e dal ruolo da loro svolto al fine della definizione dell'oggetto del contendere, è quella del processo civile).

Si era, un tempo, immaginato che ciò equivalesse a un inammissibile privilegio della pubblica amministrazione, che beneficiava di proprie specifiche regole di condotta e godeva per di più della benevolenza di un giudice da essa sostanzialmente dipendente (A.V. Dicey, 1897, p. 308 ss.), e si era, perciò, anche nel nostro ordinamento, tentato di ricondurre a unità la giurisdizione, abolendo il contenzioso amministrativo (legge 20 marzo 1865, n. 2248, Allegato E). Sennonché, si è poi dovuto ammettere che la riforma "abolendo radicalmente la giurisdizione, privò molti interessi di qualsiasi garentia, e lascio molti diritti senza più un giudice in balia dell'amministrazione" (S. Spaventa, 1880, p. 1), e si sono quindi di nuovo attribuite le controversie sull'esercizio di una pubblica potestà (e, perciò, incidenti su interessi legittimi) al giudice amministrativo, sottraendole al giudice civile (legge 31 marzo 1989, n. 5992).

Si è così realizzato nel nostro ordinamento di giustizia amministrativa un sistema dualistico di tutela, fondato su un criterio di riparto incentrato sulle posizioni giuridi-

che soggettive, che riserva al giudice amministrativo l'annullamento dei provvedimenti lesivi di interessi legittimi, e consente al giudice civile di decidere le sole controversie nelle quali, quantunque sia direttamente coinvolta la pubblica amministrazione, si controverta nondimeno di un diritto soggettivo (ciò che accade, ad esempio, quando il provvedimento è stato deliberato in carenza assoluta di potere, o, comunque, nelle altre ipotesi di nullità del provvedimento ex art. 21-septies della legge n. 241/1990 per le quali non sia prevista l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo).

Ancorché oggi il giudice amministrativo, nel rispetto del principio del giusto processo di cui all'art. 111 della Costituzione, non possa più definirsi "giudice nell'amministrazione" essendo piuttosto "giudice dell'amministrazione", ovverosia soggetto terzo e imparziale rispetto alle parti coinvolte nel giudizio, il principio della divisione dei poteri e la conseguente c.d. "riserva di amministrazione", che è bene espressa nell'affermazione che "in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati" (art. 34 del codice del processo amministrativo), caratterizzano il processo amministrativo in modo assolutamente peculiare rispetto al processo civile.

In estrema sintesi ciò che caratterizza il processo amministrativo è: (i) il coinvolgimento nel giudizio di interessi metaindividuali, quantunque nell'ambito di un processo di giurisdizione soggettiva (volto, cioè, alla tutela degli interessi legittimi del ricorrente e non della mera legalità obiettiva) caratterizzato dal principio dispositivo; (ii) l'esercizio dell'azione di annullamento entro un termine decadenziale assai ridotto (di sessanta giorni), mentre nel processo civile (e nel processo amministrativo negli ambiti di giurisdizione esclusiva) l'azione può essere svolta nel più ampio termine di prescrizione (di norma) decennale; (iii) il giudizio sull'atto e non sul rapporto controverso, sicché l'oggetto del contendere è individuato dai motivi specifici di censura (violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere) del provvedimento impugnato e non investe direttamente il rapporto sottostante; (iv) un minor rigore nell'assolvimento dell'onere probatorio, potendo il giudice andare autonomamente alla ricerca della prova, secondo il c.d. principio dispositivo con metodo acquisitivo, volto a riequilibrare il rapporto sovente sbilanciato a favore della pubblica amministrazione; (v) l'insuscettibilità della sentenza di incidere sugli ambiti di scelta assegnati alla discrezionalità amministrativa e, perciò, di imporre alla pubblica amministrazione un obbligo di conformare l'atto alla statuizione del giudice, attraverso la condanna a un obbligo di fare, con la conseguente impossibilità di ottenere all'esito del giudizio la tutela diretta dei c.d. interessi legittimi pretensivi, che possono, dunque, essere soddisfatti con l'attribuzione del bene della vita preteso solo attraverso un nuovo provvedimento della pubblica amministrazione; (vi) la centralità della fase cautelare, dovendosi il privato tutelare nei confronti di provvedimenti amministrativi esecutivi e, in taluni casi, persino esecutori: di atti, cioè, che producono autoritativamente i loro negativi effetti nella sfera giuridica altrui senza la mediazione di alcun provvedimento giurisdizionale.

Ebbene, in tali ambiti di specificità del processo amministrativo andremo alla ricerca dell'effettività della funzione giurisdizionale coinvolgente situazioni giuridiche soggettive di rilievo comunitario, nella logica di un giudizio, specie perché coinvolgente interessi metaindividuali, che deve essere funzionale all'effetto utile dell'effetto diretto.

## 2. Il problema dell'effettività

L'Unione europea segue un approccio di tipo funzionale muovendosi all'interno di un regime di competenze che è finalizzato al migliore perseguimento degli obiettivi comunitari, specie per ciò che concerne la realizzazione del mercato comune, in tal modo erodendo i residui margini di autonomia che sono lasciati agli Stati membri, secondo la logica dei c.d. poteri impliciti. Si giustificano così le continue incursioni del legislatore comunitario nella disciplina del processo sugli appalti pubblici: ciò ancorché si tratti di materia attribuita alla competenza legislativa degli Stati membri.

Nondimeno, nell'attuale fase storica di evoluzione dell'assetto delle istituzioni comunitarie, la linea di confine tra i due ordinamenti è ancora marcata dal principio di autonomia procedurale degli Stati membri. Sicché, allo scopo di perseguire gli obiettivi dell'Unione europea nel concreto, attraverso quell'approccio pragmatico che bene è riassunto nella formula olistica dell'effetto utile dell'effetto diretto, non v'è la necessità (non essendovi, per vero, nemmeno la giuridica possibilità) di ripudiare il principio di autonomia processuale, che costituisce il necessario risvolto in negativo del principio delle competenze di attribuzione, dovendosi bensì aggiornare quel principio ai risultati ermeneutici cui è giunta la Corte di giustizia nell'elaborazione dei noti canoni Rewe di equivalenza e di effettività della giurisdizione (Corte giust., sentenza 16 dicembre 1976, in causa 33/76, Rewe c. Landwirtschaftskammer für das Saarland).

Invero, con la sentenza Rewe la Corte di giustizia ha statuito che "... in mancanza di una specifica disciplina comunitaria è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficace diretta".

Si è in tal modo codificato (le sentenze della Corte di giustizia, come noto, hanno valore normativo) il principio dell'autonomia processuale degli Stati membri, quale peculiare espressione della loro autonomia procedurale.

Ma si tratta (lo chiarisce la stessa sentenza Rewe), non già di un vero momento di autonomia, all'interno del quale ciascuno degli Stati membri è libero di meglio organizzare il proprio sistema di giustizia (per ciò che ora interessa) amministrativa, bensì di uno spazio sottratto all'intervento diretto del legislatore comunitario, all'interno del quale ciascuno Stato membro esercita una discrezionalità legislativa funzionalizzata al perseguimento degli obiettivi comunitari, attraverso la congiunta operatività dei due

limiti che la stessa sentenza *Rewe* descrive quale perimetro di quell'ambito di autonomia, che, nell'attuale stadio di sviluppo dell'Unione europea, si è inteso mantenere in capo agli Stati membri.

S'intende con ciò riferirsi ai due noti principi Rewe di equivalenza e di effettività; che altro non sono se non l'espressione concreta, nell'ambito (procedimentale e specificamente) processuale, dell'operare congiunto di alcuni dei principi fondanti dell'ordinamento comunitario: il primato del diritto comunitario sul diritto interno, l'effetto diretto delle norme europee all'interno di ciascun ordinamento statale, l'effetto utile dell'effetto diretto e, infine, ma con uno spazio suscettibile di ampia dilatazione sino a fagocitare la gran parte della c.d. autonomia processuale, l'obbligo d'interpretazione conforme delle norme di diritto interno nello spirito (oltre che nella lettera) di quelle comunitarie.

Anche solo così sinteticamente qui richiamati tutti i principi invocati a conformare l'autonomia processuale degli Stati membri agli obiettivi dell'Unione europea, emerge con chiara evidenza come il problema dell'autonomia processuale, in positivo, e dei molti limiti che disegnano quell'autonomia piuttosto come una funzionalizzata discrezionalità legislativa, in negativo, rappresenti uno degli aspetti più rilevanti (probabilmente il più rilevante in assoluto) sui quali si realizza la convivenza degli ordinamenti nazionali all'interno del sistema normativo europeo. Invero, siccome non vi è norma giuridica senza sanzione, non vi può nemmeno essere un ordinamento sovranazionale che non sia capace di imporsi ai singoli soggetti che vi sono sottoposti attraverso un sistema di giustizia amministrativa nazionale che, quantunque disegnato in modo originale da ciascuno Stato membro, realizzi comunque un sufficiente grado di effettività della sanzione somministrata dai giudici nazionali attraverso regole di non discriminazione.

Ecco allora la fondamentale importanza dei due criteri Rewe di equivalenza e di effettività, inteso il primo quale esigenza di "modalità procedurali delle azioni giudiziarie intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta ... che non possono ... essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale"; e rappresentato il secondo con il rifiuto di norme interne suscettibili di rendere "in pratica, impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare". Peraltro, il principio di effettività è ora codificato dall'art. 19 del TUE, ove, appunto, si afferma che "Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dall'Unione", e il principio di equivalenza, per quanto non con diretto riferimento alle norme processuali ma con prescrizione di carattere generale, è definito all'art. 18 del TFUE, ove, appunto, si legge che "Nel campo di applicazione dei trattati ... è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità".

Vedremo, poi, come nella concretezza del nostro sistema di giustizia amministrativa, i due detti principi di equivalenza e di effettività, chiamati a segnare in negativo il perimetro dell'autonomia processuale degli Stati membri, in realtà, servano a individuare in positivo ciò che ogni ordinamento processuale deve prevedere per consentire al giudice nazionale di operare (com'è doveroso: A Tizzano, 1995, p. 17) quale giudice decentrato del diritto comunitario, a presidio del primato del diritto europeo su quello nazionale. E, seguendo quest'approccio, andremo a verificare come il nostro ordinamento di giustizia amministrativa sia reattivo rispetto a quegli istituti processuali che sono considerati gli elementi critici di ogni processo funzionalizzato all'effetto utile dell'effetto diretto delle norme europee. Vale a dire: (1) la legittimazione ad agire; (2) il termine decadenziale di esercizio dell'azione; (3) l'onere dell'allegazione; (4) l'onere della prova; (5) l'efficacia degli strumenti processuali di tutela cautelare (M. Eliantonio, 2009, p. 13).

Questo è l'approccio che si vuole seguire nella ricostruzione di una sistematica del processo di giustizia amministrativa, attraverso la disamina dei principali arresti giuri-sprudenziali.

In questa logica, e con quest'obiettivo, s'intende dunque interpretare, ogni qualvolta ciò sia consentito dalla lettera della norma, in senso conforme ai principi di equivalenza e di effettività, i singoli istituti processuali sull'operatività dei quali si misura concretamente la coerenza di un sistema di giustizia amministrativa nazionale con la necessità di funzionalizzare quel giudizio (ancor prima e ancor più che a tutela delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte) all'effetto utile dell'effetto diretto delle norme europee.

## 3. La legittimazione processuale

Il diritto di agire in giudizio a tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive è riconosciuto tra i diritti fondamentali della CEDU (cfr. art. 6: "Ogni persona ha diritto a
che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato
a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri ..."), ed è del pari annoverato tra
i diritti fondamentali dell'Unione europea (cfr. art. 47 della Carta: "Ogni individuo i cui
diritti e le cui libertà garantite dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un
ricorso effettivo dinanzi a un giudice ..."). E, in effetti, "Il sindacato giurisdizionale ...
costituisce espressione di un principio giuridico generale su cui sono basate le tradizioni
costituzionali comuni agli Stati membri" (Corte giust., sentenza 15 maggio 1986, causa
C-222/84, Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary).

A ben vedere, però, il processo, in ambito comunitario, realizza anche (e soprattutto) un obiettivo metaindividuale, a tutela della c.d. legalità obiettiva.

L'importanza della legittimazione processuale (e cioè della capacità del singolo di agire in giudizio a tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive) sull'effettività del diritto comunitario è resa oltremodo evidente da un'interessante vicenda proces-

suale, ove era coinvolto un procedimento di coamministrazione, in relazione alla quale, proprio sul diverso modo di intendere la legittimazione al ricorso, si è verificato un grave difetto di tutela. Era, infatti, accaduto che alcune associazioni italiane si fossero rivolte, in prima battuta, al giudice comunitario chiedendo l'annullamento di una decisione con la quale era stata decisa la composizione di un organo delle istituzioni europee, in ragione della mala gestio del procedimento nazionale di scelta dei candidati, ricevendo un diniego di giustizia in relazione all'affermato loro difetto di legittimazione ad agire per ottenere l'annullamento del provvedimento comunitario (Tribunale di primo grado, ordinanza 29 settembre 1995, in causa T-381/94), e, poi, il giudice nazionale richiesto dell'annullamento del provvedimento dello Stato membro inserito in quel medesimo procedimento composto declinasse la propria giurisdizione in ragione del fatto che quell'atto avrebbe avuto natura endoprocedimentale, donde l'insussistenza dell'interesse ad agire (T.A.R. Lazio, Sez. II, sentenza 10 giugno 1998, n. 1904). Da ciò l'impossibilità di sottoporre al vaglio giurisdizionale il provvedimento di coamministrazione. In tal modo divenendo evidente che la legittimazione processuale è uno degli aspetti nevralgici del rito processuale nazionale sul quale si misura il grado di effettività dell'ordinamento comunitario e, in negativo, s'individua l'ambito di autonomia procedurale dello Stato membro.

Il problema della legittimazione a impugnare atti coinvolti in procedimenti di coamministrazione è, peraltro, un tema di carattere generale, che è stato risolto dalla Corte di giustizia con l'affermazione del principio che "è pertanto compito dei giudici nazionali statuire, se necessario previo rinvio pregiudiziale alla Corte, sulla legittimità dell'atto nazionale [che si inserisce in un procedimento di coamministrazione] conformemente alle modalità di controllo giurisdizionale applicabili a qualsiasi atto definitivo che, emanato dalla stessa autorità nazionale, possa recare pregiudizio a terzi, e di conseguenza considerare ricevibile il ricorso proposto a questo scopo, anche se le norme procedurali nazionali non lo prevedono in un caso del genere" (Corte giust., sentenza 3 dicembre 1992, causa C-97/91, Oleificio Borelli c. Commissione, supra, cap. 4, a cura di L. Baroni, p. 315 ss.).

Si legge in un classico della letteratura giuridica: "Law is an uninterrupted labour, and not of the state power only, but of the entire people. The entire life of the law, embraced in one glance, presents us with the same spectacle of restless striving and working of a whole nation ... Every individual placed in a position in which he is compelled to defend his legal rights, takes part in the work of the nation, and contributes his mite towards the realization of the idea of law on earth" (R. Jhering, 1915, p. 2). E, in coerenza a tale logica condivisa, la Corte di giustizia sin dal 1963 ha sostenuto che "La vigilanza dei singoli, interessati alla salvaguardia dei loro diritti, costituisce un efficace controllo che si aggiunge a quello che gli artt. 169 e 170 affidano alla diligenza della Commissione e degli Stati membri" (Corte giust., sentenza 5 febbraio 1963, C-26/62, Van Gend en Loos c. Administratie der Belastingen, supra, cap. 1, a cura di D.U. Galetta, p. 33 ss.).

Sicché, l'obiettivo primario della Corte di giustizia non è la protezione dei singoli, bensì quello di garantire l'effettività del diritto comunitario (D.U. Galetta, 2009, p. 23), così che si è sostenuto che l'ampiezza della legittimazione riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sia tale da caratterizzare il giudizio comunitario secondo il modello francese di tutela della legalità obiettiva (A. Massera, 2007, p. 398).

Ebbene, quantunque quest'ultima affermazione sia probabilmente da ridimensionare (F. Pocar, 2010, p. 199), vero è, però, che il giudice comunitario risolve il problema della legittimazione all'azione di annullamento dei provvedimenti amministrativi delle istituzioni europee sulla base di un canone ermeneutico piuttosto permissivo, nel senso che "l'art. 173, comma 2, del Trattato ammette in modo molto generico le impugnative dei singoli dirette contro le decisioni che, pur essendo destinate ad 'altre persone', li riguardino direttamente e individualmente. Il senso di quest'espressione non è ulteriormente precisato né limitato. Il significato letterale delle parole e la connessione di esse giustificano la più ampia interpretazione. Se ciò non bastasse, le disposizioni del Trattato relative al diritto d'impugnazione non possono essere interpretate restrittivamente. Nel silenzio del Trattato, la disposizione di cui trattasi non può quindi essere intesa in senso limitativo ... Chi non sia destinatario di una decisione può sostenere che questa lo riguardi individualmente soltanto qualora il provvedimento lo tocchi a causa di determinate qualità personali, ovvero di particolari circostanze atte a distinguerlo dalla generalità, e quindi lo identifichi alla stregua dei destinatari ..." (Corte giust., sentenza 15 luglio 1963, C-25/62, Plaumann c. Commissione della CEE).

Nella giurisprudenza comunitaria si rinviene, dunque, una fonte di legittimazione all'azione di annullamento dei provvedimenti amministrativi che svincola il ricorrente dalla dimostrazione di un proprio personale vantaggio dall'accoglimento del ricorso. Così che il c.d. test *Plaumann* non serve a individuare il soggetto personalmente leso nella propria sfera giuridica dalla trasgressione della norma comunitaria, bensì a consentire l'azione giudiziaria a vantaggio della tutela della legalità obiettiva a tutti coloro che siano animati da un genuino interesse, meritevole di tutela (nell'ordinamento anglosassone, si direbbe, con rilievo icastico, coloro che non siano dei meri "busybodies").

Ebbene, quantunque nel panorama europeo dei sistemi di giustizia amministrativa convivano due concezioni del processo – una prima, di tutela oggettiva, di garanzia della legalità dell'azione amministrativa nell'interesse collettivo; una seconda, di tutela soggettiva, focalizzata sulla protezione delle situazioni giuridiche soggettive dei singoli (F. Saitta, 2010, p. 238) – è indubitabile però che il ricorso giurisdizionale d'impugnazione dei provvedimenti della pubblica amministrazione realizza, senz'altro, in ogni Stato membro, anche un interesse metaindividuale alla salvaguardia della legalità dell'azione dei pubblici poteri oltreché di tutela della situazione giuridica soggettiva coinvolta nel disfunzionale esercizio d'una pubblica potestà (A. Serio, 2010, p. 45). Il sistema di giustizia amministrativa europeo (per tale volendosi intendere l'insieme de-

gli ordinamenti degli Stati membri tra loro collegati, secondo i principi *Rewe* di effettività e di parità di trattamento, dal criterio d'interpretazione conforme delle norme di diritto nazionale) parrebbe, dunque, consentire la realizzazione dell'ideale jheringhiano di uno stato di diritto ove le singole persone, nel difendere i propri interessi, contribuiscono alla realizzazione concreta del precetto astratto della legge.

Nella considerazione di ciò, quantunque appartenga all'autonomia procedurale degli Stati membri di valutare se costruire il proprio sistema di giustizia amministrativa in senso oggettivo (a tutela della legittimità dell'azione amministrativa) piuttosto che soggettivo (a tutela delle situazioni giuridiche soggettive lese), là dove la gran parte degli ordinamenti nazionali si preoccupa, attraverso la selezione degli interessi ad agire, di impedire l'azione giudiziaria solo a coloro che nessun interesse, nemmeno indiretto (a tal fine valorizzando anche quello del mero contribuente locale alla migliore gestione delle risorse pubbliche), abbiano con la controversia in esame, la prassi giuri-sprudenziale nazionale alquanto limitativa della legittimazione all'impugnazione di atti di dubbia coerenza comunitaria (Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4, infra, tra i materiali, p. 479 ss.) contrasta con il principio di effettività e soprattutto con il conseguente principio d'interpretazione conforme.

Invero, gli astratti principi Rewe si sono tradotti in prescrizioni (tali devono intendersi le sentenze della Corte di giustizia) specifiche sulla legittimazione all'azione, con l'affermazione che "... anche se in via di principio spetta al diritto nazionale determinare la legittimazione e l'interesse ad agire di un singolo, il diritto comunitario richiede tuttavia che la normativa nazionale non leda il diritto ad una effettiva tute-la giurisdizionale ... Inoltre, spetta ai giudici nazionali interpretare le modalità procedurali applicabili ai ricorsi di cui essi sono investiti, quali l'esigenza di un rapporto giuridico concreto tra il ricorrente e lo Stato, per quanto possibile in modo tale che dette modalità possano ricevere un'applicazione che contribuisca al perseguimento dell'obiettivo ... di garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario" (Corte giust., sentenza 13 marzo 2007, causa C-432/05, Unibet, infra, tra i materiali, p. 469 ss.).

Sicché, sulla legittimazione processuale si segna un certo arretramento del nostro sistema di giustizia amministrativa rispetto agli standard minimi di efficacia della giurisprudenza comunitaria, quantunque a livello solo di prassi interpretativa piuttosto che d'impedimento normativo, posto che il nostro codice di rito assicura la legittimazione ad agire (in analogia a ciò che accade in quasi tutti gli altri ordinamenti europei) a chiunque vi abbia interesse, senz'altro indicare per restringere quell'ampio fattore di legittimazione. E, invero, l'art. 100 del codice del processo civile (applicabile anche al processo amministrativo per effetto del rinvio esterno di cui all'art. 39 del D.Lgs. n. 104/2010) genericamente statuisce che "per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse". Sicché risulta platealmente violato, in tale ambito, da parte della nostra giurisprudenza amministrativa l'obbligo di interpretazione conforme, che, correttamente inteso, avrebbe dovuto condurre a soluzioni inter-

pretative di diverso conio, come, in effetti, proprio nella materia degli appalti pubblici, era stato fatto nel passato dallo stesso giudice della nomofilachia amministrativa (Cons. Stato, Ad. Plen., 10 novembre 2008, n. 11).

#### 4. Il termine decadenziale di esercizio dell'azione

Tutti gli ordinamenti nazionali di giustizia amministrativa prevedono un termine decadenziale, piuttosto ristretto, per l'impugnazione di provvedimenti amministrativi dinanzi all'autorità giudiziaria. Invero, si ritiene tale limitazione temporale all'esercizio dell'azione la necessaria conseguenza dell'operatività di un fondamentale principio: la certezza del diritto.

In ambito comunitario si è posto, però, il problema dell'intangibilità dei rapporti coinvolgenti l'esercizio delle pubbliche potestà, ancorché in contrasto con il diritto europeo, con il principio di effettività del processo, non solo in una logica funzionale alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive (a proposito delle quali, si può certo convenire con la matrice, in senso lato, sanzionatoria dell'effetto decadenziale che colpisce chi, pur potendolo fare, non si sia attivato prontamente per la tutela dei propri interessi legittimi ingiustamente lesi dall'esercizio di un atto autoritativo, secondo la celebre locuzione "dormientibus ac non vigilantibus iura non succurrunt"), ma soprattutto nella necessità di utilizzare il processo anche a tutela della legalità obiettiva; ciò che male si concilia con un sistema processuale incapace (proprio in virtù dell'effetto decadenziale) di espungere dall'ordinamento situazioni giuridiche soggettive incompatibili con la norma europea.

Ebbene la Corte di giustizia, con una prima rivoluzionaria sentenza (ritenuta, addirittura, espressione di "a moment of judicial madness": L. Flynn, 2000, p. 51), ha sostenuto che "... fino al momento della trasposizione corretta della direttiva, lo Stato membro inadempiente non può eccepire la tardività di un'azione giudiziaria avviata nei suoi confronti da un singolo al fine della tutela dei diritti che ad esso riconoscono le disposizioni delle direttiva e [ne deriva] che un termine di ricorso di diritto nazionale può cominciare a decorrere solo da tale momento" (Corte giust., sentenza 25 luglio 1991, causa C-208/90, Emmott c. Minister for Social Welfare e Attorney General, infra, tra i materiali, p. 483 ss.).

Sennonché, la Corte di giustizia, poi, ha preso una deriva che l'ha allontanata da quella sua prima originale intuizione (quantunque mai formalmente abiurata), negando l'operatività della c.d. dottrina *Emmott* in vicende assai analoghe, sia pure giustificando quel suo parziale *revirement* in ragione della peculiarità dei casi successivamente sottoposti al suo esame.

Ciò, in un caso, giustificando quel suo ripensamento col fatto che la tardività dell'iniziativa non aveva, nella particolare vicenda concreta, comunque impedito l'iniziativa processuale ma solo limitato l'efficacia retroattiva della pronuncia giurisdizionale pretative di diverso conio, come, in effetti, proprio nella materia degli appalti pubblici, era stato fatto nel passato dallo stesso giudice della nomofilachia amministrativa (Cons. Stato, Ad. Plen., 10 novembre 2008, n. 11).

#### 4. Il termine decadenziale di esercizio dell'azione

Tutti gli ordinamenti nazionali di giustizia amministrativa prevedono un termine decadenziale, piuttosto ristretto, per l'impugnazione di provvedimenti amministrativi dinanzi all'autorità giudiziaria. Invero, si ritiene tale limitazione temporale all'esercizio dell'azione la necessaria conseguenza dell'operatività di un fondamentale principio: la certezza del diritto.

In ambito comunitario si è posto, però, il problema dell'intangibilità dei rapporti coinvolgenti l'esercizio delle pubbliche potestà, ancorché in contrasto con il diritto europeo, con il principio di effettività del processo, non solo in una logica funzionale alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive (a proposito delle quali, si può certo convenire con la matrice, in senso lato, sanzionatoria dell'effetto decadenziale che colpisce chi, pur potendolo fare, non si sia attivato prontamente per la tutela dei propri interessi legittimi ingiustamente lesi dall'esercizio di un atto autoritativo, secondo la celebre locuzione "dormientibus ac non vigilantibus iura non succurrunt"), ma soprattutto nella necessità di utilizzare il processo anche a tutela della legalità obiettiva; ciò che male si concilia con un sistema processuale incapace (proprio in virtù dell'effetto decadenziale) di espungere dall'ordinamento situazioni giuridiche soggettive incompatibili con la norma europea.

Ebbene la Corte di giustizia, con una prima rivoluzionaria sentenza (ritenuta, addirittura, espressione di "a moment of judicial madness": L. Flynn, 2000, p. 51), ha sostenuto che "... fino al momento della trasposizione corretta della direttiva, lo Stato membro inadempiente non può eccepire la tardività di un'azione giudiziaria avviata nei suoi confronti da un singolo al fine della tutela dei diritti che ad esso riconoscono le disposizioni delle direttiva e [ne deriva] che un termine di ricorso di diritto nazionale può cominciare a decorrere solo da tale momento" (Corte giust., sentenza 25 luglio 1991, causa C-208/90, Emmott c. Minister for Social Welfare e Attorney General, infra, tra i materiali, p. 483 ss.).

Sennonché, la Corte di giustizia, poi, ha preso una deriva che l'ha allontanata da quella sua prima originale intuizione (quantunque mai formalmente abiurata), negando l'operatività della c.d. dottrina *Emmott* in vicende assai analoghe, sia pure giustificando quel suo parziale *revirement* in ragione della peculiarità dei casi successivamente sottoposti al suo esame.

Ciò, in un caso, giustificando quel suo ripensamento col fatto che la tardività dell'iniziativa non aveva, nella particolare vicenda concreta, comunque impedito l'iniziativa processuale ma solo limitato l'efficacia retroattiva della pronuncia giurisdizionale (Corte giust., sentenza 27 ottobre 1993, causa C-338/91, Steenhorst-Neerings c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen, ove appunto si legge: "Occorre sottolineare, in primo luogo, che, diversamente dalla norma di diritto interno che fissa i termini di ricorso, la norma de qua non incide sul diritto di invocare la direttiva 79/7 davanti al giudice nazionale nei confronti di uno Stato membro inadempiente. Essa si limita a circoscrivere l'effetto retroattivo delle domande presentate al fine di ottenere la prestazione controversa").

E, in un altro caso, distinguendo la diretta applicabilità di una direttiva dall'efficacia diretta di una norma dei trattati (Corte giust., sentenza 17 luglio 1997, causa C-90/94, Haahr Petroleum c. Åbenrå Havn e a., ove si legge: "Poiché la domanda di rimborso considerata dalla quinta questione pregiudiziale non è basata sull'effetto diretto di una disposizione di una direttiva non recepita correttamente nel diritto nazionale, ma su quello di una disposizione del Trattato, occorre risolvere tale questione nel senso che il diritto comunitario non osta all'applicazione, quanto a una domanda di rimborso basata sulla violazione dell'art. 95 del Trattato, di una norma nazionale, in forza della quale l'azione giudiziaria diretta alla ripetizione di tasse indebitamente versate è prescritta dopo lo spirare di un termine di cinque anni, anche se detta norma produce così l'effetto d'impedire, in tutto o in parte, il rimborso di dette tasse").

Conclusivamente, si deve, dunque, ritenere che, quantunque la previsione di un termine decadenziale per l'esercizio di un diritto riconosciuto da una norma europea avente efficacia diretta sia in astratto compatibile con il principio di effettività della dottrina *Rewe*, nondimeno tale ostacolo all'espunzione dall'ordinamento di situazioni giuridiche soggettive anticomunitarie non è accettabile ogniqualvolta la obiettiva situazione di incertezza normativa sia stata di ostacolo al tempestivo esercizio dell'azione giudiziaria.

Ebbene, il nostro ordinamento di giustizia amministrativa è senz'altro coerente con la c.d. dottrina *Emmott* (anche, per così dire, nella sua versione più aggressiva), essendo previsto, come istituto di carattere generale, quantunque di misurata applicazione nella prassi giudiziaria, la rimessione in termini per errore scusabile (art. 37 del codice del processo amministrativo; ove, appunto, si legge che "*Il giudice può disporre, anche d'ufficio, la rimessione in termini per errore scusabile in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto"*). Ciò che in ognuno dei casi che hanno condotto la Corte di giustizia a porsi il problema della relatività delle decadenze, per la prima volta espresso dalla sentenza *Emmott*, e che ha guidato il giudice comunitario a pronunce non sempre coerenti con quella sua originaria intuizione, avrebbe consentito al giudice nazionale (operante come giudice decentrato del diritto comunitario) la rimessione in termini del ricorrente.

Sicché si può certo affermare che la disciplina normativa del nostro ordinamento di giustizia amministrativa, al riguardo dei termini decadenziali per proporre l'impugnazione degli atti della pubblica amministrazione, è addirittura, più aderente al principio di effettività di quanto non lo siano le stesse pronunce della Corte di giustizia sul tema.

Invero, la giurisprudenza amministrativa si è espressa nel senso della rimessione in termini per errore scusabile, determinato: (i) dal contrasto di orientamenti giurisprudenziali; (ii) dall'ambigua condotta della pubblica amministrazione; (iii) dall'equivocità della normativa (cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, sentenza 2 novembre 2011, n. 5836, ove, appunto, si legge che l'istituto della rimessione in termini per errore scusabile "presuppone una situazione normativa obiettivamente non conoscibile o confusa oppure uno stato d'incertezza per l'oggettiva difficoltà d'interpretazione di una norma, per la particolare complessità della fattispecie concreta, per contrasti giurisprudenziali esistenti o per il comportamento non lineare dell'amministrazione, idonei a ingenerare convincimenti non esatti").

Si tratta, in effetti, di quelle stesse situazioni di fatto che, nella logica della c.d. dottrina *Emmott* anche nella sua versione più radicale, renderebbero incoerente con il principio di effettività una norma di diritto processuale che subordinasse l'esercizio di un'azione giudiziaria al rispetto di un perentorio termine d'impugnazione.

Donde, la sicura coerenza del nostro sistema di giustizia amministrativa con la giurisprudenza della Corte di giustizia, così come espressa dalla sentenza *Emmott* (Cons. Stato, Sez. V, sentenza 10 gennaio 2003, n. 35).

# 5. L'onere dell'allegazione

Il nostro processo sull'impugnazione degli atti di esercizio di pubbliche potestà, ancorché coinvolga anche interessi metaindividuali, è nondimeno retto dal **principio dispositivo**, sicché l'oggetto del contenzioso è definito esclusivamente dalle domande e dalle eccezioni svolte dalle parti in giudizio, senza che sia possibile per il giudice di pronunciarsi autonomamente su questioni che non gli siano state ritualmente proposte dalle parti stesse, nel rispetto dei termini processuali.

Non è così in tutti gli altri ordinamenti di giustizia amministrativa europea, essendovi, per vero, esperienze processuali straniere, ove è consentito l'esercizio di poteri ex officio, attivabili cioè dal giudice su sua esclusiva iniziativa, nella definizione del c.d. thema decidendum.

Per di più, mentre nel nostro processo civile il principio dispositivo interessa solo i fatti sui quali è insorta la controversia, sicché il giudice individua autonomamente le norme da applicare alla vicenda in contenzioso secondo il principio iura novit curia, diversamente, nel processo amministrativo, il principio dispositivo coinvolge anche l'allegazione, e cioè l'individuazione su iniziativa di parte, delle norme che si ritengono violate. Invero, l'art. 40 del codice del processo amministrativo prescrive che "il ricorso deve contenere distintamente ... l'indicazione dell'oggetto della domanda ... l'esposizione sommaria dei fatti [e] i motivi specifici su cui si fonda il ricorso", per tali ultimi dovendosi, appunto, intendere le norme che si ritengono violate dal provvedimento della pubblica autorità.

Il problema che al riguardo si pone, nella logica di una giustizia amministrativa funzionale all'effetto utile dell'effetto diretto, è di stabilire se il divieto imposto al giudice amministrativo non solo di andare autonomamente (e cioè anche in difetto di un'allegazione di parte) alla ricerca dei fatti rilevanti della controversia e delle prove atti a suffragarli ma persino delle norme da applicare alla fattispecie in contenzioso sia compatibile con il principio di effettività della tutela giurisdizionale di situazioni giuridiche soggettive di rilievo comunitario, posto che il malaccorto esercizio dei propri diritti da parte di chi assume l'iniziativa processuale potrebbe tradursi nella negazione di quella cogente efficacia della norma sovranazionale, che il principio di uniforme applicazione del diritto europeo richiede.

Ebbene, sul tema la Corte di giustizia si è espressa, con tre fondamentali sentenze, con le quali si è precisato che: (i) "il diritto comunitario non osta a che un giudice nazionale valuti d'ufficio la conformità di una normativa nazionale con le disposizioni puntuali e incondizionate di una direttiva per la quale è scaduto il termine di attuazione, qualora l'interessato non abbia invocato dinanzi al giudice il beneficio di detta direttiva" (Corte giust., sentenza 11 luglio 1991, causa C-87/90, Verholen e a. c. Sociale Verzekeringsbank Amsterdam); (ii) "il diritto comunitario osta all'applicazione di una norma processuale nazionale che ... vieta al giudice nazionale ... di valutare d'ufficio la compatibilità di un provvedimento di diritto nazionale con una disposizione comunitaria, quando quest'ultima non sia stata invocata dal singolo entro un determinato termine" (Corte giust., sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck, Van Campenhout & Cie c. Stato belga, infra, tra i materiali, p. 485 ss.); (iii) "il diritto comunitario non impone ai giudici nazionali di sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie, qualora l'esame di tale motivo li obblighi a rinunciare al principio dispositivo, alla cui osservanza sono tenuti, esorbitando dai limiti della lite quale è stata circoscritta dalle parti e basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte processuale che ha interesse all'applicazione di dette disposizioni ha posto a fondamento della propria domanda" (Corte giust., sentenza 14 dicembre 1995, causa C-430/93, Van Schijndel c. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten, infra, tra i materiali, p. 488 ss.).

Sicché, mentre non v'è dubbio sull'obbligo del giudice nazionale di sollevare d'ufficio una questione di conformità della norma nazionale con il diritto europeo, quando le norme processuali di diritto interno glielo consentano, la Corte di giustizia, peraltro con due sentenze deliberate lo stesso giorno, in merito all'obbligo di operare quell'iniziativa officiosa anche in conflitto con il divieto posto dalle norme processuali nazionali di assumere quell'iniziativa senza impulso di parte, giunge ad affermare due principi apparentemente contrapposti. In un caso (Peterbroeck), infatti, si afferma l'obbligo di disapplicare la norma processuale per superare l'inerzia delle parti e il divieto all'intervento officioso che discende dal principio dispositivo; nell'altro (Van Schijndel) si nega, invece, quell'obbligo di disapplicazione.

Ancorché, si sia tentato di giustificare l'apparente antinomia tra le due pronunce in

ragione del fatto che, nel primo caso, la controversia coinvolgeva un ente pubblico, mentre nel secondo si confrontavano nel giudizio soltanto soggetti privati, e dunque in ragione della diversa rilevanza pubblica degli interessi coinvolti nel contenzioso (G. de Búrca, 1997, p. 44), il vero è che nel caso *Van Schijndel* la regola processuale che si sarebbe voluto disapplicare permetteva comunque di dedurre nuovi motivi di diritto, in relazione ai quali si sarebbe dunque potuto senz'altro operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, essendo il controverso divieto di nuove allegazioni riferito solo a fatti e circostanze nuove; mentre nella vicenda *Peterbroeck* la questione pregiudiziale coinvolgeva una norma processuale nazionale che impediva al giudice di valutare d'ufficio la compatibilità del diritto nazionale con il diritto comunitario, e, quindi, impingeva direttamente sull'operatività del meccanismo di rinvio pregiudiziale.

Sicché, la diversa conclusione cui è giunta la Corte di giustizia nei due differenti casi si giustifica in ragione del fatto che l'obbligo di disapplicazione della norma processuale nazionale è rispettoso dell'autonomia procedurale degli Stati membri solo nella stretta misura in cui ciò sia necessario per consentire il funzionamento del fondamentale meccanismo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: sicché in questi casi la disapplicazione della norma nazionale è funzionale al rinvio pregiudiziale, inteso quale meccanismo essenziale allo sviluppo del diritto comunitario, piuttosto che al primato e all'effettività del diritto comunitario (D.U. Galetta, 2009, p. 85).

L'obbligo di disapplicazione affermato nella sentenza *Peterbroeck* non costituisce, dunque, espressione di un principio generale, bensì un'eccezione al principio di autonomia procedurale che si giustifica solo nelle particolari vicende in cui la norma processuale di diritto nazionale impedisce finanche il funzionamento del meccanismo di rinvio pregiudiziale.

Sicché, in astratto (in ossequio al principio generale espresso con la sentenza Van Schijndel), la riconduzione della denuncia del vizio di illegittimità comunitaria al principio dispositivo agli effetti di quanto previsto dall'art. 40 del codice del processo amministrativo soddisfa le esigenze di effettività della tutela giudiziaria; potendo invece, in concreto, emergere un superamento dei limiti dell'autonomia procedurale, solo in quelle particolari vicende processuali (quale quella decisa con la sentenza Peterbroeck) dove il principio dispositivo, in tal modo congegnato, impedisca al giudice di operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

# 6. L'onere della prova

Quanto alla definizione del c.d. thema probandum, il processo amministrativo è caratterizzato: (i) da un lato, sul fronte dell'attività d'impulso che grava sulle parti, dal c.d. principio dispositivo con metodo acquisitivo, che sostanzialmente rende meno rigoroso l'adempimento dell'onere probatorio per la parte ricorrente, così da consentire al giudice di integrare l'istruttoria con una propria attività officiosa; (ii) dall'altro,

sul fronte degli strumenti attraverso cui adempiere quell'onere probatorio, da una più limitata capacità d'indagine del giudice amministrativo.

Al proposito, la giurisprudenza della Corte di giustizia parte dall'affermazione tranciante che "l'onere della prova è disciplinato dal diritto nazionale" (Corte giust., sentenza 21 settembre 1983, causa C-205/82, Deutsche Milchkontor GmbH), ma poi chiarisce quel suo originario insegnamento con l'affermazione che "sono incompatibili col diritto comunitario le condizioni di prova che abbiano l'effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il rimborso dei tributi riscossi in contrasto con il diritto comunitario" (Corte giust., sentenza 9 novembre 1983, causa C-199/82, Amministrazione delle finanze dello Stato c. San Giorgio): sicché, anche al proposito dell'onere della prova, valgono i noti limiti (di equivalenza e di efficacia) all'autonomia procedurale della giurisprudenza Rewe.

Ebbene, al riguardo, il nostro sistema processuale di giustizia amministrativa, che, attraverso il c.d. principio dispositivo con metodo acquisitivo, codifica un obbligo di soccorso del giudice alla parte ricorrente nella ricerca della prova, è senz'altro coerente con quei limiti, e, quindi, in tale ambito, non si pone alcun problema di compatibilità dell'ordinamento interno con quello comunitario.

Un problema si pone, invece, con riguardo agli strumenti con cui assolvere quell'onere probatorio, eventualmente anche attraverso il soccorso istruttorio del giudice: ciò perché il nostro sistema di giustizia amministrativa, per secolare tradizione normativa (da ultimo superata) e per inveterata prassi giurisprudenziale (difficile da divellere), è dotato di strumenti d'indagine pressoché esclusivamente incentrati sull'acquisizione di documenti al processo.

Il problema, in particolare, si pone (ed è, per certi versi, ancora di attualità, quantunque il legislatore nazionale abbia, da ultimo, esteso al processo amministrativo, anche di legittimità, gli strumenti di acquisizione delle prove tradizionalmente riservate al processo civile), con riferimento alla c.d. verificazione: ovverosia a quello strumento d'indagine tecnica sostanzialmente equivalente alla consulenza tecnica d'ufficio, che, però, si distingue da essa in modo sostanziale, per essere affidata (in origine alla stessa amministrazione coinvolta nel contenzioso, e ora) ad altra amministrazione pubblica, anziché a un soggetto assolutamente terzo rispetto alle parti coinvolte nel giudizio.

Invero, l'art. 63 del codice del processo amministrativo statuisce che "qualora reputi necessario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni tecniche che richiedono particolari competenze tecniche, il giudice può ordinare l'esecuzione di una verificazione ovvero, se indispensabile, può disporre una consulenza tecnica", e precisa, all'art. 19, che "la verificazione è affidata a un organismo pubblico, estraneo alla parti del giudizio, munito di specifiche competenze tecniche".

La norma, così come ora scritta, codifica una risalente (ancorché non univoca) prassi giurisprudenziale, che, nel tentativo di superare gli aspetti dell'originaria verificazione (del coinvolgimento, cioè, nel giudizio, quale ausiliario del giudice, di un sog-

getto non indipendente) di dubbia costituzionalità, individuava il verificatore all'interno di un'amministrazione pubblica diversa da quella coinvolta in giudizio.

Ancorché, per tale via, si sia emendato l'istituto processuale dagli aspetti di maggiore, e più evidente, criticità (l'immedesimazione del ruolo di parte e di ausiliario del giudice nel medesimo soggetto), permane l'interrogativo se la verificazione (anche in questa sua evoluzione normativa) sia, in effetti, coerente con il diritto europeo (dei limiti, cioè, che da esso discendono a conformare l'autonomia processuale degli Stati membri), così come bene individuati nell'affermazione che, "se la norma comunitaria conferisce diritti, la loro effettiva tutela implichi necessariamente l'indipendenza dei periti designati dal giudice affinché l'istruttoria si svolga con la massima imparzialità ed obiettività ... il perito deve rispecchiare l'indipendenza del giudice ... ritengo quindi che il diritto comunitario osti, allorché conferisce diritti ai singoli, ad una norma nazionale che prescrive al giudice nazionale di designare come perito un agente della pubblica autorità allorché questa è parte in causa" (Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Darmon nella causa C-236/92, Comitato di coordinamento per la difesa della Cava e a./Regione Lombardia e a., poi decisa dalla Corte di giustizia, senza affrontare la questione di carattere processuale).

Sempre nell'ambito dell'istruttoria, e connesso ai poteri d'indagine del giudice, un problema di eventuale pregiudizio dell'effettività del processo è dato dai limiti del controllo giurisdizionale sulla c.d. discrezionalità tecnica. Sennonché, a fronte della giurisprudenza della Corte di giustizia che afferma che "Il diritto comunitario non impone agli Stati membri di istituire un rimedio giurisdizionale contro le decisioni nazionali ... che consenta ai giudici nazionali competenti di sostituire la loro valutazione degli elementi di fatto, e in particolare dei mezzi di prova scientifica sui quali è basata la decisione ... a quella delle autorità nazionali competenti ..." (Corte giust., sentenza 21 gennaio 1999, causa C-120/97, Upjohn, infra, tra i materiali, p. 490 ss.), il nostro Consiglio di Stato si è ora attestato su interpretazioni più avanzate, affermando che "L'insindacabilità nel merito di apprezzamenti discrezionali ha subito nel tempo una significativa evoluzione, in linea con i principi costituzionali e comunitari del 'giusto processo' - inscindibile dalla effettività della tutela - e del 'giusto procedimento amministrativo', che vede la pubblica autorità chiamata a rendere conto in modo sempre più incisivo – e con accresciute modalità di partecipazione e di verifica dei diretti interessati - della razionalità delle proprie determinazioni; con la conseguenza che le limitazioni del sindacato giurisdizionale di legittimità sugli atti discrezionali all'esatta rappresentazione dei fatti ed alla congruità dell'iter logico, seguito dall'Autorità emanante il provvedimento, debbono ormai ritenersi superati dai parametri di attendibilità della valutazione, che sia frutto di discrezionalità tecnica, e di non arbitrarietà della scelta, ove sia stata esercitata una discrezionalità amministrativa; pertanto, sotto il primo profilo, è ormai pacificamente censurabile la valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di esattezza o attendibilità, quando non appaiano rispettati parametri tecnici di univoca lettura, ovvero orientamenti già oggetto di giurisprudenza consolidata, o di dottrina dominante in materia" (Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 8 marzo 2012, n. 1330, infra, tra i materiali, p. 492 ss.).

Sicché, sul tema della compatibilità del nostro ordinamento di giustizia amministrativa con i principi di effettività e di non discriminazione del diritto europeo, sotto il profilo dell'istruttoria processuale, ancorché permangano profili di dubbia legittimità sull'istituto della verificazione, anche nella sua versione evolutiva di una maggiore (ma non assoluta) indipendenza del tecnico ausiliario del giudice (il verificatore) dalle parti coinvolge nel contenzioso, per il resto il nostro processo è, in quest'ambito, più avanzato rispetto al minimo comune denominatore di effettività delineato dalla giurisprudenza (a tal riguardo poco invasiva, in effetti) della Corte di giustizia.

#### 7. L'efficacia degli strumenti processuali di tutela cautelare

Affinché la situazione giuridica soggettiva sulla quale è insorta la controversia non sia definitivamente pregiudicata dall'esecutività del provvedimento impugnato, e talvolta persino dalla sua esecutorietà, ovverosia dalla possibilità che la pubblica amministrazione ha di portarlo coattivamente in esecuzione in pregiudizio del privato quantunque egli vi si opponga, vi è la necessità che il provvedimento impugnato possa, quantomeno, essere privato per ordine del giudice della sua efficacia, che, nel nostro ordinamento (a differenza di quanto, per esempio, accade in Germania) non è automaticamente sospesa in conseguenza dell'esercizio dell'azione giudiziale. Diversamente, il processo in ambito amministrativo sarebbe una sinecura, privo di reale capacità di protezione della situazione giuridica coinvolta nel giudizio, e, soprattutto, per ciò che interessa la funzione di garanzia della legalità obiettiva che l'azione individuale svolge in quel giudizio, ne sarebbe anche pregiudicata la sua effettività: ovverosia la sua capacità di garantire l'effetto utile dell'effetto diretto delle norme europee.

Sicché, la Corte di giustizia, con la celeberrima sentenza Factortame ha, a tal proposito, affermato che "la piena efficacia del diritto comunitario sarebbe del pari ridotta se una norma di diritto nazionale potesse impedire al giudice chiamato a dirimere una controversia disciplinata dal diritto comunitario di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario. Ne consegue che in una situazione del genere il giudice è tenuto a disapplicare la norma di diritto nazionale che sola osti alla concessione di provvedimenti provvisori" (Corte giust., sentenza 19 giugno 1990, causa C-213/89, The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame, infra, tra i materiali, p. 493 ss.).

In tal modo riconosciuto il dovere del giudice nazionale, operante quale giudice decentrato del diritto europeo, di garantire l'effettività di tutela di una situazione giuridica soggettiva pregiudicata da una norma di diritto interno contrastante con quella comunitaria anche attraverso provvedimenti provvisori, la Corte di giustizia ha poi esteso quella sua affermazione della necessità della tutela cautelare anche alla diversa ipotesi in cui la lesione della situazione giuridica soggettiva derivi da un provvedimento amministrativo di diritto interno che sia in esecuzione di un atto delle istituzioni comunitarie illegittimo. Si legge, a tal proposito, nella sentenza Zuckerfabrik: "la tutela cautelare garantita dal diritto comunitario ai singoli dinanzi ai giudici nazionali non può variare a secondo che essi contestino la compatibilità delle norme nazionali con il diritto comunitario oppure la validità di norme di diritto comunitario derivato, vertendo la contestazione, in entrambi i casi, sul diritto comunitario medesimo ... pertanto ... l'art. 189 del Trattato dev'essere interpretato nel senso che esso non esclude la competenza dei giudici nazionali a concedere la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale adottato a stregua di un regolamento comunitario" (Corte giust., sentenza 19 giugno 1990, causa C-143/88, Zuckerfabrik Süderdithmarschen e Zuckerfabrik Soest c. Hauptzollamt Itzehoe e Hauptzollamt Paderborn).

Così individuato il perimetro della tutela cautelare, la Corte di giustizia, con la sentenza Atlanta, ha poi anche precisato l'incisività che quella protezione interinale deve avere per rispondere alle esigenze di effettività del processo in cui sono coinvolte situazioni giuridiche soggettive di rilievo comunitario, affermando al proposito che "la tutela cautelare che i giudici nazionali debbono garantire ai singoli, in forza del diritto comunitario, non può variare a seconda che questi ultimi chiedano la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale adottato sulla base di un regolamento comunitario o la concessione di provvedimenti provvisori che modifichino o disciplinino a loro vantaggio situazioni di diritto o rapporti giuridici controversi" (Corte giust., sentenza 9 novembre 1995, causa C-465/93, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e a. c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft).

Sicché, la giurisprudenza della Corte di giustizia esige un sistema di tutela cautelare, a garanzia delle situazioni giuridiche soggettive lese, sia da atti nazionali in contrasto con norme europee, sia da atti nazionali conformi ad atti comunitari illegittimi, e con la più ampia latitudine d'intervento non limitata alla sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato.

Ebbene, il nostro sistema di giustizia amministrativa è tradizionalmente orientato ad assicurare alle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nel giudizio un'efficace tutela cautelare, quantomeno con riferimento ai così detti interessi legittimi oppositivi, adeguatamente protetti dalla sospensione cautelare degli effetti del provvedimento impugnato, e, da ultimo, per l'azione, prima, di una giurisprudenza pretoria e, poi, nel 2000, del consonante intervento del legislatore nazionale, anche degli interessi legittimi pretensivi, che ora sono tutelati attraverso provvedimenti cautelari di tipo propulsivo, così come richiesto dalla sentenza *Atlanta*.

Da ultimo, poi, il residuo difetto di tutela, che era stato individuato dal nostro giudice amministrativo nella mancanza di una tutela cautelare ante causam (T.A.R. Lombardia, Brescia, decreto n. 189/2003) è stato definitivamente colmato dal legislatore nazionale con l'espressa previsione, all'art. 61 del codice del processo amministrativo, della possibilità di disporre "misure cautelari anteriori alla causa".

Sicché, conclusivamente, si può senz'altro affermare la piena coerenza del nostro giudizio amministrativo con il precetto comunitario di effettività della tutela cautelare.

#### Bibliografia ragionata

Sulle caratteristiche universali dei sistemi di giustizia amministrativa: R. Jhering, Der Kampf ums Recht, nella traduzione inglese, J.H. Lalor, The Struggle for Law, Callagan, Chicago, 1915; A.V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, MacMillan, New York, 1897; S. Spaventa, Giustizia nell'amministrazione (1880), in La giustizia nell'amministrazione, Einaudi, Torino, 1949.

Sui diversi sistemi nazionali di giustizia amministrativa: F. Saitta, I nova nell'appello amministrativo, Giuffrè, Milano, 2010; A. Serio, La buona amministrazione nelle esperienze nazionali, in S. Sticchi Damiani, F. Vetrò (a cura di), Lezioni di diritto amministrativo europeo, Giappichelli, Torino, 2010.

Sulla giustizia amministrativa europea: F. Pocar, Diritto dell'Unione europea, Giuffrè, Milano, 2010; A. Massera, I principi generali, in AA.VV., Trattato di diritto amministrativo europeo, Giuffrè, Milano, 2007; A. Tizzano, La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea, in Foro it., 1995.

Sull'autonomia processuale degli Stati membri: D.U. Galetta L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?, Giappichelli, Torino, 2009.

Sull'effettività della giustizia amministrativa: M. Eliantonio, Europeanisation of Administrative Justice? The Influence of the ECJ's Case Law in Italy, Germany and England, Europa Law Publishing, Groningen, 2009; L. Flynn, Whatever Happened to Emmott? The Perfecting of Community Rules on National Time Limits, in AA.VV., The Future of Remedies in Europe, Hart Publishing, Oxford, 2000; G. de Búrca, National Procedural Rules and Remedies: the Changing Approach of the Court of Justice, in AA.VV., Remedies for Breach of EC Law, Wiley, Chichester, 1997.