

3. Le azioni esperibili nella giurisdizione di legittimità

3.1 Azioni costitutive

3.1.1 L'azione di annullamento

3.1.2 Le misure attuative della sentenza

3.2 Azioni di accertamento dell'illegittimità

3.2.1 Illegittimità non invalidante

3.2.2 Nullità

3.2.3 Disapplicazione

3.3 Azioni di accertamento del rapporto

3.3.1 Il silenzio

3.3.2 L'azione atipica

3.3.3 Il divieto di pronunciarsi su poteri non esercitati

3.4 Azioni ordinatorie

3.4.1 Rilascio del provvedimento

3.4.2 Accesso ai documenti

3.4.3 Aggiudicazione del contratto

3.4.4 *Class action*

3. Le azioni esperibili nella giurisdizione di legittimità

Nel libro I del Codice sul processo amministrativo, il capo II del titolo III (artt. 29-32) è riservato alle “Azioni di cognizione”. Come tutte le disposizioni di carattere generale, le norme sulle azioni non sono dettate specificatamente per la giurisdizione di legittimità, ma è fuor di dubbio che si riferiscano essenzialmente a queste, sia perché questa è la giurisdizione generale nell'ordinamento della giustizia amministrativa, sia perché hanno portata sostanziale, apprestando le tecniche di tutela della posizione soggettiva tipica del diritto amministrativo, ossia l'interesse legittimo.

La giurisdizione di legittimità all'epoca dell'approvazione della legge 1034/71, istitutiva dei tribunali amministrativi regionali, era incentrata su una sola azione di cognizione, ossia l'annullamento dell'atto. In tale quadro, quando il giudice amministrativo decide, il suo sindacato incide sul potere della P.A. e sull'interesse legittimo del privato, riconosciuto dalla stessa norma attributiva del potere. Il ricorso al giudice amministrativo, infatti, può essere proposto per incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere, cioè per vizi di legittimità dell'atto. Il

risultato immediato che il processo di impugnazione può dare al ricorrente è l'annullamento dell'atto, da cui scaturisce, come conseguenza della cognizione svolta sulla sua legittimità, l'obbligo della P.A. di conformare il successivo esercizio del potere al giudicato.

Dunque, anche il processo amministrativo ha un contenuto di accertamento, ma tale contenuto è strumentale alla domanda costitutiva del ricorrente, nel senso che ha per oggetto l'atto e non il potere (o, più precisamente, l'atto in quanto specifica manifestazione del potere, il quale ultimo ha una latitudine assai maggiore), ed è limitato ai vizi di legittimità dedotti dal ricorrente. Il giudice amministrativo non ha autonomi poteri di accertamento e non può, salvo i casi di giurisdizione di merito, sostituirsi all'amministrazione.

In ragione di ciò, in passato si è sempre ritenuto che nel processo amministrativo non fossero ammissibili azioni di accertamento del rapporto, né che il giudice potesse emettere sentenze di condanna aventi ad oggetto un'attività amministrativa (cd. azione di adempimento), salvi i casi di giudizio sul silenzio e sull'accesso, dove sono disposizioni specifiche di legge a prevedere la possibilità di condannare l'amministrazione, rispettivamente, a provvedere sull'istanza del privato e ad esibire i documenti richiesti.

Negli anni successivi, le novità più importanti sono state rappresentate dall'azione di condanna al risarcimento del danno, prevista dalla legge 205/00, e dall'azione di nullità, ricavata dall'art. 21-*septies* della legge 241/90.

Al momento di approvazione del Codice del processo amministrativo le leggi di giustizia amministrativa formalmente prevedevano a tutela degli interessi legittimi, accanto all'azione generale di annullamento, solo talune specifiche azioni di condanna. Parte della dottrina e della giurisprudenza ammettevano anche l'azione dichiarativa, ritenendo che il concetto di "accertamento" non fosse estraneo al sistema, nella duplice accezione di accertamento dell'illegittimità amministrativa, autonomo dall'annullamento, e accertamento del rapporto tra l'autorità e il cittadino.

Il Codice, dando attuazione al criterio di delega che demanda la revisione delle azioni e la previsione di "*pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa*", ha previsto un ventaglio di azioni riconducibili alle diverse tecniche di tutela, cui corrispondono altrettante tipologie di decisione del giudice, e messo in crisi lo stesso principio di tipicità dell'azione nel processo amministrativo.

Tuttavia, l'impossibilità di realizzare una sistemica analoga a quella civilistica, dove è il codice civile ad occuparsi dei diritti e delle relative azioni, mentre il codice processuale disciplina i riti in cui le azioni si svolgono, ha impedito al legislatore, per carenza delle corrispondenti norme sostanziali, di delineare un quadro positivo completo, preferendo tipizzare le azioni che avevano un

sicuro aggancio nelle norme sull'attività amministrativa e lasciare come unica tutela generale quella costitutiva, affiancata dall'azione di risarcimento danni.

3.1 Azioni costitutive

La tutela costitutiva è quella propria del giudizio amministrativo di legittimità, anzi si può dire che la giurisdizione amministrativa è nata in funzione dell'azione di annullamento, poiché al giudice ordinario, in virtù dell'art. 4, comma 2 all. E, sono vietate pronunce con effetti costitutivi.

L'art. 111, comma 3 della Costituzione demanda al legislatore di individuare l'organo giurisdizionale competente ad annullare gli atti della pubblica amministrazione, con ciò evidenziando come la tutela tipica nei confronti dell'atto amministrativo sia quella demolitoria e facendo cadere la storica preclusione per il giudice ordinario di fornirla al cittadino nelle ipotesi in cui egli fosse titolare di diritti soggettivi nei confronti del potere amministrativo. Essendo questo fenomeno piuttosto raro ed avendo fatto il legislatore uso limitato dell'autorizzazione a prevedere l'annullamento nell'ambito della giurisdizione ordinaria, il dogma dell'appartenenza di tale tutela alla giurisdizione amministrativa è rimasto quasi intatto.

Le azioni costitutive rappresentano l'*alter ego* processuale dei poteri costitutivi di cui è titolare l'amministrazione: come il potere attribuito alla P.A. dalla legge viene esercitato e produce effetti unilateralmente nella sfera del privato, così il privato può domandarne l'eliminazione al giudice, impugnandone la fonte diretta, cioè il provvedimento. Dunque all'effetto costitutivo del potere amministrativo si sostituisce, laddove questo sia stato illegittimamente esercitato, l'effetto costitutivo inverso della sentenza di annullamento.

3.1.1 L'azione di annullamento

L'art. 29 CPA, posizionato in apertura del capo riservato alle azioni, stabilisce che *"1. L'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni"*.

La collocazione topografica della disposizione segnala la perdurante centralità dell'azione di annullamento nel processo amministrativo, sia pure in un ruolo di primazia piuttosto che di esclusività. La norma processuale mantiene il riferimento agli storici vizi dell'atto amministrativo, che il legislatore moderno aveva deviato nella legge sostanziale dell'ordinamento amministrativo (art. 21-*octies* legge 241/90).

Che oggetto dell'azione di annullamento resti essenzialmente l'atto amministrativo è testualmente affermato dalla correlata disposizione che si occupa dei poteri del giudice. L'art. 34, comma 1 CPA stabilisce che *“In caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda: a) annulla in tutto o in parte il provvedimento impugnato; [...]”*.

Non è stata riproposta la previsione contenuta negli omologhi articoli 45, comma 1 del regio decreto n. 1054/1924 e 26, comma 2 della legge n. 1034/1971, secondo cui il giudice amministrativo *“se accoglie il ricorso per motivi di incompetenza annulla l'atto, e rimette l'affare all'autorità competente. Se accoglie per altri motivi annulla in tutto o in parte l'atto impugnato [...] salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa”*. Il mantenimento di tale norma, oltre a stridere con la nuova concezione del processo come controllo del potere più che dell'atto, sarebbe entrato in conflitto con la possibilità che all'esito dell'annullamento il giudice condanni direttamente l'amministrazione a provvedere in un determinato modo, così privandola nella sostanza del potere di provvedere. Con specifico riguardo al vizio di incompetenza, la non conferma della previsione lascia al giudice di stabilire nel caso concreto se l'annullamento sotto tale profilo sia inutile, perché l'autorità competente non potrebbe adottare un atto di contenuto diverso, o non debba determinare l'assorbimento delle altre censure.

Benché il potere di annullamento sia riferito al provvedimento, avendo la tutela costitutiva carattere generale, l'azione di annullamento si può esperire avverso qualsiasi atto, comportamento con valore di atto (silenzio significativo), comportamento esecutivo dell'atto, tenuti dall'Amministrazione. L'art. 7, comma 4 CPA sottopone alla giurisdizione di legittimità *“atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni”*, ossia tutte le possibili manifestazioni del potere amministrativo, dovendosi ricomprendere nella nozione di atto, distinta da quella di provvedimento, i comportamenti autoritativi di tipo commissivo.

Per le ipotesi di silenzio significativo – con valore di assenso o di rigetto – la tutela giurisdizionale è la stessa prevista avverso un provvedimento espresso, poiché il silenzio significativo equivale ad un provvedimento di accoglimento o di diniego. Tuttavia, se è vero che l'azione ha comunque natura costitutiva e si esercita tramite impugnazione del silenzio per vizi di legittimità, il processo sul silenzio non è del tutto assimilabile a quello sull'atto, poiché la circostanza che il provvedimento tacito derivi da un comportamento implica che il giudice è chiamato ad una più spiccata cognizione di accertamento, volta a verificare la sussistenza dei presupposti per la formazione del silenzio.

Se oggetto di controversia è un'attività materiale esecutiva di un provvedimento o altro comportamento diretta espressione del potere, il giudizio verte sul provvedimento e, a titolo di invalidità derivata, sul comportamento, a meno che quest'ultimo non sussista da solo, quale immediata esplicazione del potere in modalità non formali, ed allora il giudizio verte sull'invalidità

di detto comportamento, il quale, avendo efficacia costitutiva, in forza del potere autoritativo che realizza, ben può essere annullato.

La portata formale dell'azione costitutiva, che si identifica nella statuizione di annullamento dell'atto con efficacia *ex tunc*, può essere ristretta o ampliata a seconda dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio.

In ordine al primo aspetto, viene in rilievo la possibilità per il giudice di ridurre o escludere l'efficacia retroattiva della sentenza o, persino, di non disporre l'annullamento del provvedimento illegittimo, qualora essi portino a un risultato contrastante con la finalità dell'azione o inidoneo a tutelare l'interesse del ricorrente.

L'effetto retroattivo della sentenza di annullamento è una regola fondamentale dello Stato di diritto, risalente all'istituzione del giudice amministrativo, quale esplicazione dello stesso principio di legalità, che impone l'eliminazione del provvedimento illegittimo sin dalla sua adozione. In tempi recenti, tuttavia, la giurisprudenza¹ ha ammesso un temperamento di questa regola, rilevandone la portata non assoluta². A fondamento di tale opzione si portano il principio di effettività della tutela giurisdizionale e i principi enunciati dalla Corte di Giustizia in ordine alle decisioni giurisdizionali nei casi di accertata invalidità di un atto di portata generale³.

¹ Cons. Stato, sez. VI, n. 2755 del 2011. I supremi giudici amministrativi, riformando la sentenza di appello, hanno ritenuto illegittimo un piano faunistico venatorio regionale, senza disporre l'annullamento, il cui effetto sarebbe stato di eliminare le – pur insufficienti – misure protettive per la fauna, ritenendo invece congruo statuire l'obbligo di procedere entro dieci mesi all'approvazione di un nuovo piano faunistico, secondo le indicazioni fornite dalla sentenza in sede di accoglimento delle censure formulate dalla ricorrente.

² «15.2. Tuttavia, quando la sua applicazione risulterebbe incongrua e manifestamente ingiusta, ovvero in contrasto col principio di effettività della tutela giurisdizionale, ad avviso del Collegio la regola dell'annullamento con effetti *ex tunc* dell'atto impugnato a seconda delle circostanze deve trovare una deroga, o con la limitazione parziale della retroattività degli effetti (Sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488), o con la loro decorrenza *ex nunc* ovvero escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi. La legislazione ordinaria non preclude al giudice amministrativo l'esercizio del potere di determinare gli effetti delle proprie sentenze di accoglimento. Da un lato, la normativa sostanziale e quella processuale non dispongono l'inevitabilità della retroattività degli effetti dell'annullamento di un atto in sede amministrativa o giurisdizionale (cfr. l'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 e l'art. 34, comma 1, lettera a), del Codice del processo amministrativo). D'altro lato, dagli articoli 121 e 122 del Codice emerge che la rilevata fondatezza di un ricorso d'annullamento può comportare l'esercizio di un potere valutativo del giudice, sulla determinazione dei concreti effetti della propria pronuncia. Tale potere valutativo, attribuito per determinare la perduranza o meno degli effetti di un contratto, per le ragioni di seguito esposte, va riconosciuto al giudice amministrativo in termini generali, quando si tratti di determinare la perduranza o meno degli effetti di un provvedimento».

³ «18.1. Quanto al principio di effettività della tutela giurisdizionale, desumibile dagli articoli 6 e 13 della CEDU, dagli artt. 24, 111 e 113 della Costituzione e dal Codice del processo amministrativo, si deve ritenere che la funzione primaria ed essenziale del giudizio è quella di attribuire alla parte che risulti vittoriosa l'utilità che le compete in base all'ordinamento sostanziale. La fondatezza delle censure della associazione appellante – legittimata ad impugnare gli atti generali comunque viziati e lesivi per l'ambiente – non può indurre il giudice amministrativo ad emettere statuizioni che vanifichino l'effettività della tutela o, addirittura, che si pongano in palese contrasto con le finalità poste a base della iniziativa processuale. In applicazione del principio sancito dall'art. 1 del Codice del processo amministrativo (sulla 'tutela piena ed effettiva'), il giudice può emettere le statuizioni che risultino in concreto soddisfattive dell'interesse fatto valere e deve interpretare coerentemente ogni disposizione processuale.

18.2. Quanto alla rilevanza nel sistema nazionale dei principi europei (anch'essi richiamati dall'art. 1 del Codice), va premesso che – per l'articolo 264 del Trattato sul funzionamento della Unione Europea – la Corte di Giustizia, ove lo reputi necessario, può precisare 'gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi'. La

In epoca più recente il potere di modulare la portata temporale della sentenza, facendone decorrere gli effetti solo per il futuro, è stato riconosciuto in particolare all'Adunanza Plenaria sui casi caratterizzati da quadro di incertezza normativa⁴.

Il Consiglio di Stato, dopo aver richiamato gli argomenti utilizzati nei propri precedenti e nella giurisprudenza costituzionale⁵, ha evidenziato le peculiarità delle pronunce dell'Adunanza Plenaria. Tali pronunce, infatti, tendono ad assumere una funzione interpretativa, oltre che (o addirittura in assenza) di risoluzione del caso concreto⁶.

giurisprudenza comunitaria ha da tempo affermato che il principio dell'efficacia *ex tunc* dell'annullamento, seppur costituente la regola, non ha portata assoluta e che la Corte può dichiarare che l'annullamento di un atto (sia esso parziale o totale) abbia effetto *ex nunc* o che, addirittura, l'atto medesimo conservi i propri effetti sino a che l'istituzione comunitaria modifichi o sostituisca l'atto impugnato (Corte di Giustizia, 5 giugno 1973, Commissione c. Consiglio, in C-81/72; Corte di Giustizia, 25 febbraio 1999, Parlamento c. Consiglio, in C-164/97 e 165/97). Tale potere valutativo prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona era previsto espressamente nel caso di riscontrata invalidità di un regolamento comunitario (v. l'art. 231 del Trattato istitutivo della Comunità Europea), ma era esercitabile – ad avviso della Corte - anche nei casi di impugnazione delle decisioni (Corte di Giustizia, 12 maggio 1998, Regno Unito c. Commissione, in C-106/96), delle direttive e di ogni altro atto generale (Corte di Giustizia, 7 luglio 1992, Parlamento c. Consiglio, in C-295/90; 5 luglio 1995, Parlamento c. Consiglio, in C-21-94).

La Corte di Giustizia è dunque titolare anche del potere di statuire la perduranza, in tutto o in parte, degli effetti dell'atto risultato illegittimo, per un periodo di tempo che può tenere conto non solo del principio di certezza del diritto e della posizione di chi ha vittoriosamente agito in giudizio, ma anche di ogni altra circostanza da considerare rilevante (Corte di Giustizia, 10 gennaio 2006, in C-178/03; 3 settembre 2008, in C-402/05 e 415/05; 22 dicembre 2008, in C-333/07).

Tale giurisprudenza, come sopra segnalato, ha ormai trovato un fondamento testuale nel secondo comma dell'art. 264 (ex 231) del Trattato di Lisbona sul funzionamento della Unione Europea, che non contiene più il riferimento delimitativo alla categoria dei regolamenti ("Se il ricorso è fondato, la Corte di giustizia dell'Unione europea dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato. Tuttavia la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi")».

⁴ Cons. Stato ad. pl., n. 13 del 2017.

⁵ «Anche la Corte costituzionale, pur partendo dal principio della natura intrinsecamente retroattiva delle sentenze dichiarative dell'incostituzionalità di una legge, nell'accogliere la questione di legittimità della disposizione che introduce un'addizionale all'imposta sul reddito delle società per talune imprese (c.d. Robin Tax), ha affermato che gli «effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale decorrono, tuttavia, dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione nella Gazzetta Ufficiale al fine di evitare che l'impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connesse alla pronuncia determini uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venir meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione europea ed internazionale e, in particolare, delle previsioni annuali e pluriennali indicate nelle leggi di stabilità in cui tale entrata è stata considerata a regime» (Corte cost., 11 febbraio 2015 n. 10).

La graduazione degli effetti nel tempo della sentenza di accoglimento può, così, ritenersi eccezionalmente ammessa a due condizioni: «l'impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento e la circostanza che la compressione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco».

⁶ «Stabilisce l'art. 99 del Codice del processo amministrativo ("Deferimento all'adunanza plenaria"):

"1. La sezione cui è assegnato il ricorso, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o d'ufficio può rimettere il ricorso all'esame dell'adunanza plenaria. L'adunanza plenaria, qualora ne ravvisi l'opportunità, può restituire gli atti alla sezione.

2. Prima della decisione, il presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'adunanza plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali.

3. Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso.

4. L'adunanza plenaria decide l'intera controversia, salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente.

5. Se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio. In tali casi, la pronuncia dell'adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato".

Sintetizzando i vari argomenti, si riconosce all'Adunanza Plenaria la possibilità di limitare al futuro l'applicazione del principio di diritto enunciato al verificarsi delle seguenti condizioni:

- a) l'obiettivo e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare;
- b) l'esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata;
- c) la necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche.

La conclusione va calata nella peculiarità del caso deciso: il quesito di diritto posto alla Plenaria era se le proposte di vincolo formulate prima dell'entrata in vigore del Codice del paesaggio e per le quali non vi sia stata conclusione del procedimento con l'adozione del decreto ministeriale recante la dichiarazione di notevole interesse pubblico, abbiano cessato di avere effetto. Questione sottoposta a un dedalo normativo la cui interpretazione muoveva a favore della tesi sin allora minoritaria, sicché sono state ravvisate le condizioni per derogare alla regola della retroattività:

- a) il dato letterale è equivoco;
- b) la tesi della continuità è prevalente;

La costante dei cinque commi in cui si articola la disposizione è il principio di diritto, la cui enunciazione è lo scopo primo (se non unico: cfr. commi 4 e 5) dell'intervento della Plenaria.

Ciò che nel comune giudizio amministrativo è il contenuto di accertamento in iure della sentenza, meramente strumentale alla pronuncia di annullamento (pertanto confinato nella motivazione e delimitato dal caso concreto), nel giudizio in Plenaria identifica la pronuncia in sé, con due conseguenze.

La prima conseguenza è il riconoscimento della natura essenzialmente interpretativa delle pronunce dell'Adunanza Plenaria, in particolare quando essa ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente.

Tale carattere consente di operare un (relativo) parallelismo con le decisioni pregiudiziali della Corte di giustizia, le quali hanno la stessa efficacia delle disposizioni interpretate e, pertanto, oltre a vincolare il giudice che ha sollevato la questione, spiegano i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione delle medesime.

Come le sentenze di annullamento e quelle di incostituzionalità, anche le sentenze interpretative hanno efficacia retroattiva, ma per ragioni diverse: non si tratta di eliminare un atto dal mondo giuridico per vizi genetici o di dichiarare l'originaria difformità di un legge dalla fonte superiore, ma di accertare il significato di un frammento dell'ordinamento giuridico qual era sin dal momento della sua venuta ad esistenza.

In tali ipotesi la deroga alla retroattività trova fondamento, più che nel principio di effettività della tutela giurisdizionale, nel principio di certezza del diritto: si limita la possibilità per gli interessati di far valere la norma giuridica come interpretata, se vi è il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa, sempre che risulti che i destinatari del precetto erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni (in tal senso, ma con riferimento all'ordinamento comunitario, Corte di Giustizia, 15 marzo 2005, in C-209/03).

A giustificazione dell'assunto vi è anche un dato testuale: l'art. 113, comma 3 Cost. stabilisce 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”*. L'interposizione del legislatore non occorre allorché via sia un principio generale dell'ordinamento UE direttamente applicabile che permetta al giudice amministrativo di pronunciarsi sulla legittimità degli atti della pubblica amministrazione modulando gli effetti della propria sentenza, e ciò vale in particolare quando il giudizio di annullamento presenti uno spiccato carattere interpretativo.

La seconda conseguenza è la praticabilità della *prospective overruling*, in forza della quale il principio di diritto, affermato in contrasto con l'orientamento prevalente in passato, non verrà applicato (con vari aggiustamenti) alle situazioni anteriori alla data della decisione. La *prospective overruling* si esplicita, dunque, nella possibilità per il giudice di modificare un precedente, ritenuto inadeguato, per tutti i casi che si presenteranno in futuro, decidendo però il caso alla sua immediata cognizione in base alla regola superata».

c) è necessario, a tutela del paesaggio, evitare la cessazione istantanea di tutti i vincoli preliminari attualmente esistenti su aree di interesse naturalistico o culturale.

Avendo il supremo Consesso ritenuto che le proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico anteriori al Codice conservino efficacia, mentre l'effetto preliminare di vincolo che ad esse si ricollega cessa decorso – senza che il relativo procedimento si sia concluso – il termine previsto dall'art. 140, comma 1 del Codice (180 giorni, che per tali proposte dovrebbe essere calcolato a partire dal d.lgs. 63/2008, ovvero dal d.lgs. 157/2006), la delimitazione al futuro di tale principio implica che l'effetto preliminare cessa decorsi 180 giorni dalla pubblicazione della sentenza.

La Plenaria precisa che il legislatore conserva la possibilità, in pendenza di detto termine, di intervenire a disciplinare ex novo la fattispecie, nel rispetto del principio di ragionevolezza e dei valori costituzionali difesi dalla tesi della discontinuità (ad esempio allungando il termine per la conclusione dei procedimenti in questione del tempo strettamente necessario al censimento delle proposte esistenti).

Conclude pertanto la Plenaria che:

«Il combinato disposto – nell'ordine logico – dell'art. 157, comma 2, dell'art. 141, comma 5, dell'art. 140, comma 1 e dell'art. 139, comma 5 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, deve interpretarsi nel senso che il vincolo preliminare nascente dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico formulate prima dell'entrata in vigore del medesimo decreto legislativo – come modificato con il d.lgs. 24 marzo 2006, n. 157 e con il d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63 – cessa qualora il relativo procedimento non si sia concluso entro 180 giorni».

«L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato può modulare la portata temporale delle proprie pronunce, in particolare limitandone gli effetti al futuro, al verificarsi delle seguenti condizioni:

- a) un'obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare;*
- b) l'esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata;*
- c) la necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche».*

«Il termine di efficacia di 180 giorni del vincolo preliminare nascente dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico formulate prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 decorre dalla pubblicazione della presente sentenza».

Oltre che ristretta, la portata dell'azione di annullamento può essere ampliata, riconoscendo alla sentenza effetti ulteriori rispetto all'eliminazione dell'atto, quando questo sia insufficiente a soddisfare il ricorrente, come nel caso in cui sia impugnato un provvedimento di diniego.

L'opinione tradizionale riconosceva all'amministrazione il potere di negare nuovamente al ricorrente il bene della vita in base ad accertamenti o valutazioni che sarebbero potuti essere già

compiuti nell'originario procedimento amministrativo, escludendo che dalla sentenza di annullamento derivasse una disciplina del rapporto tra amministrazione e cittadino, che invece spettava all'Autorità procedente dare in sostituzione di quella giudicata illegittima. Tale impostazione trovava conforto sia nel citato art. 45, comma 1 T.U. sul Consiglio Stato secondo cui l'annullamento lascia “*salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione*”, sia nella collocazione istituzionale del Consiglio di Stato (giudice «nell'amministrazione» e non «dell'amministrazione»), il cui intervento non poteva espropriare il potere dell'Autorità amministrativa di dettare la disciplina dell'assetto degli interessi pubblici e privati. Tale “concorrenza” tra potere amministrativo e potere giurisdizionale era, altresì, sottolineata dal fatto che l'esecuzione della sentenza doveva avvenire “*in via amministrativa*” (art. 88 reg. proc. Cons. St.). L'art. 26, comma 2 legge TAR, ripetendo il disposto dell'art. 45, comma 1 T.U. sul Consiglio Stato, aveva confermato tale ricostruzione.

L'ordinamento processuale amministrativo, tuttavia, si è progressivamente affrancato dal paradigma del giudizio di annullamento come rivolto esclusivamente all'eliminazione dell'atto, facendo leva prima sulla natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, che non è mero strumento di garanzia della legalità, ma è anche tutela del cittadino, poi sulla dimensione sostanziale dell'interesse legittimo e sulla concezione del processo come luogo di soddisfazione di tale interesse.

Il primo passo in tale direzione fu il riconoscimento, accanto al classico effetto demolitorio del giudicato amministrativo, dell'effetto ripristinatorio e conformativo. Il primo guarda al passato, eliminando la frazione del potere illegittimamente esercitato; gli altri guardano al futuro, orientando la residua frazione del potere amministrativo, al ripristino dello *status quo ante*⁷ e alla corretta ripetizione del procedimento. Quanto più il giudice riesce a trarre dall'avvenuto esercizio del potere il suo modo di essere, tanto più può fissare la regola per la sua rinnovazione nel caso concreto, vincolando l'attività amministrativa posteriore alla sentenza. In tale prospettiva il giudice deve esaminare il provvedimento impugnato non soltanto per verificare l'esistenza di illegittimità, ma anche per definire il contenuto del potere, soffermandosi – entro i motivi del ricorso – sul procedimento che lo ha prodotto e sulla situazione reale che ne forma oggetto.

Senonché, anche quando il contenuto di accertamento della sentenza (variabile in relazione al tipo di vizio riscontrato ed alla quota di potere dedotta in giudizio) consentiva un'ampia definizione del rapporto, esso non poteva entrare nel dispositivo, sicché la regola di azione statuita in sede di cognizione aveva natura “implicita, elastica, incompleta”, potendo completarsi e compiersi solo nella sede del giudizio di ottemperanza. Peraltro il doppio passaggio, secondo la sequenza

⁷ Particolarmente utile a tutela degli interessi oppositivi, imponendo all'amministrazione di reintegrare il ricorrente, anche materialmente, nel diritto oggetto di restrizione o privazione per effetto del provvedimento annullato.

cognizione-esecuzione, era una pura eventualità, poiché, circoscritto l'effetto conformativo alla motivazione, se l'amministrazione reiterava la propria decisione agendo negli spazi lasciati liberi dalla sentenza, il privato era costretto a introdurre un nuovo giudizio di annullamento, e così via fino all'esaurimento del potere.

Il secondo *step*, allora, è stato quello di far convergere nel giudizio di annullamento, per quanto possibile, tutte le questioni dalla cui soluzione possa derivare una risposta definitiva alla pretesa del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita.

Da un lato la giurisprudenza, sfruttando i nuovi istituti processuali, come le ordinanze cautelari propulsive e i motivi aggiunti o la consulenza tecnica, ha ampliato la cognizione sul potere, incentrando il giudizio non sull'atto ma sull'attività e spingendosi oltre la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento.

Dall'altro lato il legislatore ha modificato la legge 241/90, nel senso di costringere l'amministrazione – nel procedimento (art. 10-*bis*) o nel processo (art. 21-*octies*, comma 2) – a estendere il contraddittorio a tutti i profili rilevanti del rapporto, onde consumare preventivamente il proprio potere.

Il punto di arrivo del percorso evolutivo si è avuto con il Codice, che ha previsto il potere del giudice di adottare direttamente, in taluni casi, una pronuncia ordinatoria, negli altri, misure complementari alla statuizione di annullamento.

3.1.2 Le misure attuative della sentenza

Stabilisce l'art. 34, comma 1, lett. e) CPA che, quando accoglie il ricorso, il giudice, nei limiti della domanda, *“dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza”*.

Poiché tale potere non corrisponde ad alcuna delle azioni di cognizione tipizzate nel capo II del titolo III, esso, secondo alcuni commentatori, si inquadrebbene nel paradigma dell'azione esecutiva, sicché le misure attuative del giudicato, con la sola eccezione della nomina del *commissario ad acta*, potrebbero essere disposte solo nell'ambito della sentenza che conclude il giudizio di ottemperanza. Altri hanno parlato di una anticipazione alla sede della cognizione di misure esecutive del giudicato tipiche del giudizio di ottemperanza.

Poiché il giudizio di ottemperanza riceveva una disciplina apposita, la prima tesi non sembra fondata, anche perché non sarebbe ragionevole consentire al giudice della cognizione di nominare un commissario *ad acta* e non anche di dettare misure di attuazione della sentenza.

Il riferimento alle “*misure di attuazione*” non può non comprendere statuizioni tipiche del giudizio di ottemperanza, ma, al tempo stesso, si deve trattare di statuizioni compatibili con il giudizio di cognizione. Ciò induce a ritenere che la previsione in esame si riferisca essenzialmente all’azione di annullamento e abbia la funzione di esplicitare nel dispositivo della sentenza gli effetti ripristinatori⁸ e, soprattutto, conformativi, concentrando nella fase di cognizione l’attività giurisdizionale che prima doveva essere completata in sede di ottemperanza.

Le misure attuative, dunque, a seconda della penetrazione del rapporto operata nello scrutinio di legittimità, possono limitarsi a puntualizzare i modi di riesercizio del potere o spingersi a statuire in via satisfattiva sulla spettanza del provvedimento richiesto.

Nel primo gruppo rientrano gli annullamenti per vizi formali o procedurali; ad esempio la sentenza può disporre il rinnovo del procedimento curando il profilo di forma omesso o il rispetto del contraddittorio con l’interessato. In questi casi un’apposita prescrizione nel dispositivo sembrerebbe superflua, ma il ricorrente può avere interesse a domandarla per evitare l’assorbimento del motivo di ricorso cui la richiesta si collega, trattandosi di un *petitum* distinto da quello di annullamento, su cui esiste il dovere di pronuncia. Inoltre, è innegabile che la specificazione del comando nel dispositivo della sentenza possa agevolare la comprensione e l’attuazione da parte dell’amministrazione.

In ipotesi di accoglimento per vizi sostanziali, le misure attuative, pur sempre confinate nell’ambito della precisazione della futura attività amministrativa, assumono maggiore consistenza. Si spazia da prescrizioni sulle modalità operative dell’attività, come nel caso in cui la sentenza, una volta annullata la valutazione di una prova di concorso, disponga che la rinnovazione del giudizio sia effettuata da diversa commissione insieme ad altri elaborati, tutti rigorosamente anonimi, a garanzia di imparzialità, a prescrizioni sul contenuto dell’attività, ad esempio se la censura accolta è l’insufficienza o l’illogicità della motivazione, la sentenza può disporre su quali punti o in che termini l’amministrazione è chiamata a motivare *ex novo*.

Nelle ipotesi ricadenti nel secondo gruppo la misura attuativa non ha carattere meramente strumentale, ma arriva a soddisfare direttamente l’interesse finale che sta alla base del ricorso. Ciò può accadere quando il giudizio effettuato abbia valutato le diverse opzioni di esercizio del potere, escludendo la legittimità di ogni alternativa diversa da quella favorevole al ricorrente. In giurisprudenza si segnalano già diversi precedenti.

⁸ In tal caso misure attuative possono consistere nella specificazione delle modalità con cui l’Amministrazione debba provvedere a ripristinare la situazione modificata dal provvedimento o dalla sua materiale esecuzione, ovvero direttamente ordinare all’Amministrazione l’attività da tenere per adempiere alla sentenza.

In una procedura per l'ammissione ad un corso finalizzato all'assunzione di personale dei Vigili del fuoco, l'Amministrazione rigettava l'istanza di ammissione al corso del primo degli idonei non vincitori, a seguito della rinuncia di un vincitore, ritenendo erroneamente che la domanda fosse stata presentata per una sede diversa da quella per cui il concorso era stato bandito. Il TAR, appurato che la normativa di settore imponeva la copertura di tutti i posti disponibili, e chiarito l'errore in cui era incorsa l'Amministrazione, ha annullato l'atto di diniego e il successivo rifiuto di inquadramento in ruolo all'esito del superamento del corso (cui il ricorrente era stato ammesso in via cautelare) disponendo che l'Amministrazione, in attuazione del giudicato, provvedesse all'inquadramento nella qualifica di ruolo⁹.

In un procedimento per il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro, l'Amministrazione, a seguito dell'estinzione del rapporto di lavoro come infermiera dell'interessata e senza considerare l'immediata instaurazione di un rapporto analogo, revocava il permesso temporaneo e negava il rinnovo. Il TAR, accertato che la normativa per gli stranieri esercenti la professione infermieristica consente la permanenza in Italia a chi continui a svolgere la predetta professione per altro datore di lavoro, ha annullato i provvedimenti di revoca, ordinando – ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. e) CPA – all'Amministrazione di rilasciare alla lavoratrice straniera un nuovo permesso di soggiorno, previa verifica che essa continui regolarmente a svolgere la sua professione e della insussistenza di altre cause ostative previste dalla legge¹⁰.

In casi del genere si pone il problema di distinguere le misure complementari all'azione di annullamento, dall'azione di adempimento.

Concettualmente la distinzione è chiara: l'ordine di emanazione del provvedimento favorevole non è il risultato dell'accertamento della fondatezza di una pretesa, ma costituisce semplicemente la proiezione delle conseguenze che derivano dall'accoglimento del ricorso. Il giudice, cioè, non accerta egli stesso la sussistenza di tutte le circostanze ed i presupposti per il favorevole esercizio del potere, ma si limita a risolvere le specifiche questioni che stanno alla base dei motivi di ricorso, prendendo atto, per i restanti aspetti, che gli accertamenti già compiuti e le determinazioni già adottate dall'amministrazione non ostano al rilascio del provvedimento richiesto o, ancor più nitidamente, condiziona l'efficacia dell'ordine alla circostanza che non vi siano impedimenti giuridici, la cui verifica compete all'amministrazione. Non sono statuizioni di condanna in forma specifica, ma prescrizioni esecutive dell'effetto conformativo, quando questo è piuttosto stringente.

In concreto, però, questo significa che l'attività amministrativa oggetto dell'ordine non è totalmente vincolata, e l'amministrazione conserva un margine di scelta in sede di riesame, poiché nel processo amministrativo su interessi legittimi non opera il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto

⁹ TAR Lombardia, n. 55 del 2011.

¹⁰ TAR Lombardia, n. 7721 del 2010.

ed il deducibile, benché le novità processuali, specie in termini di allegazione e di prova, comportano un rafforzamento della stabilità del giudicato.

Non sembra, invece, che in sede di giudizio di cognizione le misure attuative del giudicato possano assumere carattere sostitutivo, essendo riservata alla giurisdizione di merito il potere riformare, adottare o modificare gli atti amministrativi. Quindi, la nomina del commissario segna il limite massimo dell'estensione del giudizio di cognizione, sicché il sindacato sulla conformità della sua attività al contenuto precettivo della sentenza ricade nell'ambito del giudizio di ottemperanza.

L'annullamento dell'atto può avvenire anche in sede di ricorso straordinario, alternativo a quello giurisdizionale e che dà luogo ad una cognizione con caratteri analoghi alla vecchia giurisdizione di legittimità, e in forma di autotutela (art. 21-*nonies* della legge 241/90), la quale invece non è fungibile con l'annullamento giudiziale, perché il potere d'ufficio della P.A. viene esercitato solo quando si accerta l'esistenza di un interesse pubblico prevalente all'annullamento. A riprova della diversità, l'art. 34, comma 5 CPA prevede che "*Qualora nel corso del giudizio la pretesa del ricorrente risulti pienamente soddisfatta, il giudice dichiara cessata la materia del contendere*", ciò implicando che l'annullamento d'ufficio del provvedimento impugnato non soddisfa automaticamente il ricorrente, tanto che, se avviene per motivi diversi da quelli dedotti in ricorso, il processo si conclude con sentenza di improcedibilità, o può addirittura proseguire per l'accertamento dei vizi fatti valere, se vi è interesse.

3.2 Azioni di accertamento dell'illegittimità

Va precisato che – nell'accezione maggioritaria – per azione di accertamento nel processo amministrativo non si intende un'autonoma domanda finalizzata alla verifica sull'illegittimità dell'atto amministrativo, cioè allo stesso sindacato che si ottiene con l'azione di annullamento, bensì la domanda volta ad accertare la spettanza del bene della vita su cui il provvedimento amministrativo ha disposto, preordinata o meno all'emissione di un ordine all'amministrazione.

Ciò perché a lungo il mero accertamento dell'illegittimità amministrativa è parso del tutto estraneo al sistema di giustizia amministrativa, incentrato sull'annullamento. Anche nei casi in cui il G.A. adotta pronunce dichiarative (infondatezza del ricorso, inammissibilità o improcedibilità del ricorso, cessazione della materia del contendere), il giudizio verte sull'illegittimità dell'atto nel contesto di una domanda di annullamento, che non è accolta per ragioni di rito o di merito.

Sul piano teorico, un'azione di mero accertamento è sempre stata vista con sfavore, apparendo una forma minore di quella di annullamento, priva di utilità, se non quella di eludere il termine di decadenza. Infatti, gli studi ad essa dedicati sono rimasti confinati al tema della disapplicazione da

parte del giudice amministrativo, ossia all'ammissibilità di una cognizione incidentale sull'atto amministrativo, non tempestivamente impugnato, ma i cui effetti sono stati posti a fondamento di una successiva attività amministrativa.

Lo scrutinio sull'illegittimità amministrativa non preordinato all'annullamento si è configurato solo a seguito del riconoscimento della responsabilità civile per lesione di interessi legittimi e del ricorso avverso il silenzio.

Nella prima ipotesi, per chi ammetteva l'autonomia dell'azione risarcitoria già prima della sua espressa previsione nel Codice del processo amministrativo, l'accertamento sull'illegittimità del provvedimento – propedeutico alla valutazione di ingiustizia del danno – avveniva indipendentemente dalla proposizione di una domanda di annullamento, a titolo principale secondo alcuni, incidentale secondo altri. Il giudizio sull'illegittimità era stato ricondotto dalla Corte di Cassazione all'istituto della disapplicazione e tale inquadramento era sopravvissuto anche dopo il consolidamento della tesi per cui le relative controversie fossero attribuite alla giurisdizione amministrativa di legittimità. Pertanto si tornerà sull'argomento trattando della disapplicazione da parte del giudice amministrativo.

Nella seconda ipotesi, l'accertamento di illegittimità verte non sull'atto amministrativo, ma sul comportamento inerte dell'amministrazione, e si traduce in primo luogo nell'accertamento dell'obbligo pubblicistico di provvedere, come è stato chiarito dal legislatore nell'art. 31, comma 1 CPA, secondo cui *“Decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo e negli altri casi previsti dalla legge, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere”*. Di esso si è già trattato a proposito del cd. silenzio inadempimento ed è sufficiente ricordare che a tale obbligo corrisponde un interesse legittimo procedimentale o, quando la fonte legale è mediata da un provvedimento, da un accordo o da una sentenza, che qualificano l'interesse individuale rispetto a quello pubblico, un diritto soggettivo. Tale accertamento presuppone, però, la scadenza del termine, sicché più precisamente l'oggetto della cognizione del giudice è la violazione dell'obbligo di provvedere, ossia di un'illegittimità, la cui peculiarità è di attenersi a un comportamento omissivo.

In entrambe le ipotesi appena indicate, però, la domanda non è rivolta al mero accertamento dell'illegittimità amministrativa, essendo strumentale a una pronuncia di condanna. Di mero accertamento si può parlare, invece, solo in due situazioni:

- illegittimità non invalidante;
- nullità.

3.2.1 Illegittimità non invalidante

L'istituto è stato introdotto con riferimento alle ipotesi di illegittimità puramente formali e nei soli casi di attività vincolata (art. 21-*octies*, comma 2), ma, ad onta di come è stato considerato da autorevole dottrina, non prevede una tutela di accertamento, posto che il suo effetto è quello – opposto – di sanare il vizio o, comunque, di autorizzare il giudice a non invalidare il provvedimento amministrativo viziato, per cui non può certo essere annoverata tra le forme di tutela del privato. Né varrebbe obiettare che il giudizio sul provvedimento illegittimo ma non invalido (appunto in virtù del meccanismo di cui all'art. 21-*octies*, comma 2 legge 241/90) si concluderebbe con una sentenza – non di rigetto – ma di accoglimento parziale, avente ad oggetto il mero accertamento dell'illegittimità, poiché ciò implicherebbe che su detto accertamento possa formarsi un giudicato, il che è recisamente da escludersi in base al principio della domanda ed alla stessa disposizione di legge, che prevede lo scrutinio del giudice – addirittura di ufficio – al solo fine di escludere l'annullamento del provvedimento impugnato. In giurisprudenza, infatti, non vi sono precedenti in cui il dispositivo contenga la declaratoria di illegittimità dell'atto, che entra nella motivazione come mera argomentazione per pervenire – in applicazione all'art. 21-*octies*, comma 2 – al rigetto dei motivi di censura fondati su violazioni formali o procedurali.

Un'ipotesi di illegittimità non invalidante, riconducibile al mero accertamento, è stata invece introdotta dal Codice del processo, all'art. 34, comma 3, secondo cui “*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 c'è interesse ai fini risarcitori*”.

Per comprendere l'origine dell'istituto bisogna tener presente che, in epoca di pregiudiziale, allorquando veniva proposta domanda di annullamento e risultava – pur non essendo stata proposta la relativa domanda – che il ricorrente avesse interesse al risarcimento dei danni, il giudice, qualora l'annullamento non fosse utile al ricorrente per accadimenti sopravvenuti¹¹, invece di dichiarare improcedibile il ricorso per sopravvenuto difetto di interesse ad agire, proseguiva il giudizio e, se il ricorso era fondato nel merito, annullava ugualmente il provvedimento impugnato, in funzione dell'eventuale tutela risarcitoria.

Talvolta, anche la giurisprudenza che aderiva alla tesi dell'autonomia dell'azione risarcitoria, seguiva lo stesso orientamento, poiché in ogni caso l'accertamento dell'illegittimità costituisce un presupposto della tutela risarcitoria ed era contrario ai principi di effettività della tutela e di economicità dei mezzi processuali non pronunciarsi sulla domanda di annullamento.

¹¹ Ad esempio perché la P.A. aveva adottato un nuovo provvedimento in sostituzione del precedente o l'avesse annullato, oppure si trattava di un provvedimento di diniego e non era più possibile o non interessava più conseguire il provvedimento favorevole.

La disposizione in esame accoglie quest'ultimo orientamento, escludendo che il processo debba chiudersi senza l'accertamento dell'illegittimità, ma prescrivendo che a tale accertamento si pervenga senza annullare l'atto impugnato, qualora ciò non sia di utilità al ricorrente, in tal modo coniando una regola conforme ai principi processuali ed alla natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, nonché, soprattutto, scegliendo una soluzione razionale, che è quella di prevedere l'azione di mero accertamento.

Che questa debba essere l'interpretazione della disposizione lo si ricava anche dall'art. 34, comma 2, secondo cui “ ... *Salvo quanto previsto dal comma 3 e dall'articolo 30, comma 3, il giudice non può conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento di cui all'articolo 29*”. Benché la formulazione sia imprecisa in riferimento all'ipotesi dell'art. 34, comma 3, dove l'impugnazione degli atti non manca, essa sta a significare che la cognizione del giudice sulla legittimità degli stessi attiene all'oggetto del processo, pur in mancanza della pronuncia di annullamento.

Si tratta, dunque, di una cognizione principale, idonea a formare giudicato: accertata da un lato l'illegittimità degli atti impugnati, dall'altro la sopravvenuta carenza di interesse al loro annullamento, il giudice accoglie in parte il ricorso, dichiarandolo improcedibile nella parte relativa alla domanda di annullamento.

Non vale qui l'osservazione formulata a proposito dell'art. 21-*octies*, comma 2 della l. 241 del 1990, poiché l'illegittimità non viene accertata allo scopo di rigettare la domanda di annullamento, essendo la stessa ininfluenza sul contenuto del provvedimento impugnato, bensì per la ragione opposta, ossia perché, pur essendo astrattamente idonea a determinare l'annullamento, questo non può aver luogo per il venir meno dell'interesse del ricorrente a tale decisione. In entrambi i casi l'illegittimità non si traduce nell'invalidazione, ma nel caso in esame l'accertamento del vizio ha un valore autonomo.

Né ad ostacolare il giudicato sull'accertamento di illegittimità vale richiamare il principio della domanda, nel senso che il ricorrente chiede l'annullamento dell'atto e non l'accertamento della sua illegittimità, poiché il più comprende il meno: l'azione di annullamento comprende la domanda di accertamento del vizio di legittimità che affligge l'atto impugnato. L'art. 34, comma 3 elide, nello specifico caso considerato, il nesso di strumentalità tra accertamento e annullamento, consentendo al giudice di adottare una sentenza dichiarativa, utile al ricorrente a fini risarcitori, coerentemente con quanto stabilito nella legge delega, che tra i criteri direttivi indicava la previsione di “*pronunce dichiarative idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa*”.

La giurisprudenza perviene a conclusioni analoghe, ritenendo che l'art. 34, comma 3 abbia introdotto una conversione dell'azione di annullamento in azione di accertamento, «in quanto

l'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato è contenuto nel *petitum* di annullamento come un antecedente necessario»¹².

La stessa pronuncia, in linea con i precedenti¹³, interpreta estensivamente l'"interesse a fini risarcitori" che costituisce condizione della pronuncia di accertamento, nel senso che esso sussiste anche in assenza di domanda risarcitoria, come si evince dall'art. 30, comma 5, secondo cui la stessa è proponibile nel corso del giudizio di annullamento o sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza¹⁴

Al tempo stesso, però, delimita l'efficacia di giudicato della sentenza in relazione a tale interesse, oltre che alla natura puramente dichiarativa, nel senso che dalla sentenza non nasce un obbligo per l'amministrazione di rimuovere l'atto illegittimo, né un diritto in capo al ricorrente di ottenerla, eventualmente tramite ricorso in ottemperanza¹⁵. Siffatta conclusione è, peraltro, più nitida, precisando che la sentenza in dispositivo, oltre ad accogliere il ricorso nella parte relativa all'accertamento, lo dichiara improcedibile nella parte relativa all'annullamento. Ciò esclude formalmente che il giudicato di accertamento possa generare un dovere o di eliminazione dell'atto o una pretesa di tipo costitutivo del ricorrente.

Se la domanda di annullamento comprende quella di accertamento, il passaggio dall'azione di annullamento a quella di mero accertamento, determina una modificazione (non degli effetti processuali della domanda originaria, bensì) degli effetti sostanziali scaturenti dal giudicato¹⁶.

¹² Cons. Stato, sez. IV, n. 2916 del 2012.

¹³ Cons. Stato, sez. V, n. 2817 del 2011. Nel caso concreto, il giudice amministrativo, preso atto dell'insussistenza delle condizioni per dichiarare l'inefficacia del contratto pubblico stipulato e dell'impossibilità di poter in ogni caso addivenire a una pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione al fine della riedizione della gara, in quanto mancanti le condizioni per il subentro nel contratto, decide di depotenziare l'azione costitutiva, soffermandosi sul mero accertamento, così offrendo tutela ai fini risarcitori.

¹⁴ «La stessa ben chiara formulazione dell'art. 30, comma 5, cod. proc. amm. ragionevolmente esclude la praticabilità di letture restrittive del surriportato comma 3 dell'art. 34 dello stesso codice, nel senso – cioè – che laddove l' "interesse ai fini risarcitori" ivi contemplato non risulti ancora concretizzato dalla parte ricorrente tramite la presentazione formale di una specifica domanda giudiziale, non competerebbe al giudice investito della domanda di annullamento rilevare "ex officio" l'ipotetica presenza di un interesse la cui azionabilità è ancora nel potere della parte interessata; ovvero – e detto altrimenti – non potrebbe sostenersi che il predetto comma 3 va interpretato nel senso che, in seguito ad una semplice segnalazione della parte ricorrente, o addirittura d'ufficio, lo stesso giudice ab origine adito mediante la sola domanda di annullamento non debba verificare la sussistenza di un interesse ai fini risarcitori».

¹⁵ «Nella statuizione del giudice che accoglie il ricorso è naturaliter insito l'assunto per cui la sua pronuncia non reca un annullamento, ma una mera dichiarazione di illegittimità degli atti impugnati al solo, eventuale, fine risarcitorio. La pubblica amministrazione soccombente, infatti, non è di per sé tenuta ad alcuna azione amministrativa per effetto di tale pronuncia dichiarativa del giudice, potendo soltanto discretivamente e del tutto autonomamente agire in via di autotutela ai sensi dell'art. 21-nonies della L. 7 agosto 1990 n. 241 come inserito dall'art. 14, comma 1, della L. 11 febbraio 2005 n. 15; e, correlativamente, la parte vincitrice non può avvalersi della statuizione anzidetta al fine di ottenere la materiale caducazione ope iudicis degli atti da lei a suo tempo impugnati, ovvero di altri atti a essi conseguenti, ma può solo proporre la conseguente azione risarcitoria. Mediante la statuizione dichiarativa dell'illegittimità degli atti impugnati ai soli ed eventuali fini risarcitori il giudice amministrativo non si esprime sul *fumus boni iuris* della susseguente azione risarcitoria, ma afferma la sussistenza in via meramente astratta dei presupposti per la proposizione dell'azione stessa».

¹⁵ Cons. Stato, sez. V, n. 2817 del 2011.

¹⁶ Cfr. Tar Milano, n. 606 del 2014, il quale però, contraddittoriamente, ritiene che tra i presupposti della conversione dell'azione di annullamento in mero accertamento vi sia anche l'esplicita istanza di parte, poiché in tal senso militano i

Più di recente la giurisprudenza ha chiarito la funzione della pronuncia di mero accertamento dell'illegittimità nel sistema di giustizia amministrativa, sottolineando l'autonomia che ha assunto la domanda risarcitoria¹⁷.

3.2.2 Nullità

L'art. 21-*septies* legge 241/90 prevede la nullità del provvedimento amministrativo che manca di elementi essenziali, che è viziato di difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione di giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge.

In disparte l'ipotesi di violazione o elusione del giudicato¹⁸, posto che l'azione di nullità spetta – almeno se la posizione originaria dell'interessato dinanzi al provvedimento non è di diritto soggettivo – al giudice amministrativo in sede di legittimità, si pone il problema di un suo coordinamento con le disposizioni sul processo amministrativo, originariamente concepito sull'azione di annullamento.

principi dell'interesse ad agire, della ragionevole durata del processo, della domanda, della corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Peraltro, lo stesso giudice aveva in passato affermato che «venuto meno l'interesse all'annullamento degli atti impugnati, residua l'interesse di una pronuncia di accertamento dell'illegittimità degli atti impugnati in vista di una successiva azione risarcitoria, a prescindere dall'avvenuta formulazione di una specifica domanda risarcitoria. Il senso dell'art. 34, comma 3, del Cpa non è infatti quello di consentire al giudice di pronunciare una condanna risarcitoria limitata all'an debeat, ma di non privare di ogni utilità l'esperimento dell'azione di annullamento tutte le volte in cui, a causa di eventi sopravvenuti, dagli effetti della pronuncia costitutiva non possa più derivare alcun vantaggio per il ricorrente» (Tar Milano, n 1887/11).

¹⁷ Cons. Stato, sez. V n. 4628 del 2016: «La ratio ispiratrice della disposizione processuale di cui all'art. 34 comma 3 Cod. proc. amm. è quella di accentuare la distinzione fra: a) l'azione e la conseguente pronuncia di annullamento (che devono essere necessariamente supportate da uno specifico interesse alla rimozione dell'atto dall'ordinamento, nell'ottica del soddisfacimento in forma specifica dell'interesse del ricorrente); b) l'azione e la conseguente pronuncia di condanna, previa declaratoria incidentale di illegittimità dell'atto, con la precisazione al riguardo che, se la declaratoria incidentale di illegittimità dell'atto presenta un carattere di necessaria strumentalità ai fini della tutela risarcitoria (non potendo tale declaratoria ex se soddisfare alcun effettivo interesse del ricorrente), conseguentemente, non vi è alcuna ragione sistematica per procedere a una siffatta declaratoria laddove sia palese che l'obiettivo cui essa strumentalmente mira (la tutela risarcitoria) non potrebbe comunque essere conseguito dal ricorrente, posto che in tal caso si perverrebbe a un risultato (quello della declaratoria di illegittimità dell'atto) svantaggioso per l'Amministrazione, inutilmente compressivo del principio di stabilità degli atti amministrativi e, al contempo, sostanzialmente inutile dal punto di vista della pienezza ed effettività della tutela (ormai solo risarcitoria) perseguibile dal ricorrente. Una volta impostati nel modo appena indicato i corretti termini concettuali della questione, ne emerge la non condivisibilità dell'approccio serbato dai primi Giudici i quali hanno proceduto alla richiamata declaratoria di illegittimità pur disponendo di elementi idonei a palesare l'impossibilità dell'accoglimento della domanda risarcitoria. In tal modo decidendo i primi Giudici hanno infatti operato – come già si è anticipato - una vera e propria inversione del meccanismo concettuale sotteso alla formulazione dell'articolo 34, comma 3 del cod. proc. amm. (il quale rappresenta a propria volta, a ben vedere, il precipitato testuale del principio della necessità dell'interesse all'azione nel suo svolgersi dinamico in relazione alla vicenda processuale). Ed infatti, i primi Giudici:

- invece di seguire il corretto schema logico sequenziale: i) verifica dell'interesse alla declaratoria incidentale di illegittimità in chiave risarcitoria; ii) verifica in ordine alle ragioni di illegittimità; iii) pronuncia ai fini risarcitori;
- vi hanno sostituito un percorso di fatto inverso, che può essere così sintetizzato: i) verifica in ordine alle ragioni di illegittimità (sul presupposto della sussistenza di un interesse in re ipsa ai fini risarcitori); ii) annullamento attizio; iii) pronuncia (negativa) ai fini risarcitori».

¹⁸ Assegnata alla giurisdizione esclusiva, sul presupposto che con la sentenza il potere amministrativo viene vincolato nell'interesse del privato e ciò vale a trasformare l'interesse legittimo in diritto soggettivo, pur in presenza del potere.

In realtà, una volta riconosciuta la categoria della nullità sul piano sostanziale, non vi è alcuna difficoltà ad ammettere un giudizio sull'atto rivolto alla declaratoria della sua nullità, secondo un percorso che non si discosta molto da quanto avviene in sede di annullamento.

L'unico ostacolo all'azione dichiarativa di nullità nel processo amministrativo, derivante dalla esclusiva previsione di sentenze costitutive e ordinatorie, è stato superato dal Codice del processo amministrativo, il cui art. 31, comma 4 dispone che *“La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle nullità di cui all'articolo 114, comma 4, lettera b), per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV”*.

Codificata l'azione di nullità, l'interprete ha il compito di ricostruirne la disciplina, colmando i vuoti e le ambiguità dell'enunciato normativo.

Già prima dell'emanazione del Codice la dottrina si era concentrata nell'identificazione delle regole in tema di legittimazione, termini, rilevabilità d'ufficio, convalida e conversione.

Per alcune di queste valgono, in assenza di espresse disposizioni, le norme civilistiche, applicabili, in quanto espressione di principi generali, al processo amministrativo.

L'art. 1421 c.c. riconosce la legittimazione ad agire a qualunque interessato (art. 1421 c.c.), in concreto da ravvisarsi – ai sensi dell'art. 99 c.p.c. – nei soggetti, destinatari o meno dell'atto, che il provvedimento sia suscettibile di ledere.

L'art. 1423 c.c. vieta la convalida e trova conferma nell'art. 21-*nonies* della legge 241/90, che ammette la convalida solo con riguardo al provvedimento annullabile. Naturalmente, la sanatoria dell'atto nullo è consentita nei casi previsti dalla legge¹⁹. La regola dell'insanabilità dell'atto nullo trova nel diritto amministrativo un'attenuazione alla luce dei principi di continuità e buon andamento dell'azione pubblica, che consentono all'Amministrazione di rimuovere in via postuma i vizi dell'atto, con valenza *ex nunc*, dando luogo al fenomeno della rinnovazione dell'atto nullo.

Più semplice si prospetta la situazione della conversione (art. 1424 c.c.), che si manifesta in una operazione conservativa di tipo interpretativo-riduttivo, che modifica legalmente l'atto rispettandone lo scopo.

Il Codice, invece, disciplina le modalità e i termini per far valere la nullità, approntando una soluzione differenziata a seconda che la nullità sia fatta valere in via d'azione o d'eccezione.

Nel primo caso, discostandosi dalla regola generale della imprescrittibilità (art. 1422 c.c.), prevede per la proposizione dell'azione un termine di decadenza di 180 giorni, pari al triplo di quello previsto per l'azione di annullamento, temperando il rigore della prescrizione con la previsione

¹⁹ Ad esempio, potrebbero ritenersi applicabili alle deliberazioni dei collegi amministrativi le norme civilistiche che prevedono la sanatoria delle deliberazioni assembleari delle società per azioni.

della possibilità del giudice di rilevare la nullità in ogni tempo, rompendo però la simmetria tra i poteri della parte e quelli del giudice.

Nel secondo caso è stabilito che la nullità possa sempre essere eccepita dalla parte resistente, regola conforme a quella operante in materia di contratti, ma che nell'ipotesi di atto amministrativo assume un significato quasi criptico, atteso che la parte resistente nel processo amministrativo è l'autorità che ha emanato l'atto e che non ha interesse ad eccepirne la nullità, tanto più che potrebbe procedere a rimuoverlo in autotutela.

La disciplina che ne deriva complessivamente non è di facile interpretazione, anche in relazione alle ipotesi di connessione con altre domande, e si incrocia con il profilo della natura – principale o incidentale – della cognizione giurisdizionale.

Si ricorda che la cognizione del giudice è principale quando verte sull'oggetto della controversia o su una questione ad essa legata da pregiudizialità logica; in tali casi il suo accertamento entra nel giudicato. Se, invece, la questione ha natura di pregiudiziale in senso tecnico, l'accertamento su di essa – salvo che la legge o le parti lo richiedano – avviene senza efficacia di giudicato, cioè in via incidentale.

L'accertamento della nullità è principale innanzitutto se è domandato dal ricorrente, anche nell'ipotesi in cui il giudice ravvisi la sussistenza di una causa di nullità diversa da quella indicata nel ricorso, sempre che la stessa emerga dagli atti del giudizio. In tal caso, infatti, il rilievo d'ufficio del giudice si mantiene nell'ambito dell'oggetto della domanda, che è la declaratoria della nullità dell'atto.

Analogamente deve ragionarsi se la domanda di nullità è proposta con ricorso incidentale, come può accadere ad esempio quando il ricorso mira all'annullamento di un provvedimento per violazione di un atto presupposto, che ne fissa i requisiti di legittimità, e il destinatario di quel provvedimento, interessato alla sua conservazione, domandi la nullità dell'atto presupposto, onde pervenire al rigetto delle censure fondate sulla sua violazione.

Nei casi indicati la nullità dell'atto è il *thema decidendum* del processo, fissato nel ricorso.

Meno chiara è l'ipotesi in cui il giudice rilevi la nullità di un atto impugnato con l'azione di annullamento. Nel diritto dei contratti, l'orientamento tradizionale della giurisprudenza limitava la rilevabilità d'ufficio alle controversie aventi ad oggetto diritti nascenti dal contratto, escludendola nelle ipotesi di domande volte a privare di effetti il contratto per vizi diversi dalla nullità, in applicazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.). Tale orientamento è contrastato dalla prevalente dottrina e dalla più recente giurisprudenza, ma resta ancora prevalente. Esso, tuttavia, non pare esportabile nel processo amministrativo, per molteplici ragioni.

Innanzitutto, nel sistema civilistico la nullità è generale, mentre nel diritto amministrativo è tassativa, essendo generale l'annullabilità. In secondo luogo, nel diritto dei contratti la nullità è sempre proponibile, mentre nel diritto amministrativo la rilevabilità d'ufficio costituisce un contrappeso alla limitazione temporale della proponibilità della domanda. In terzo luogo, si ritiene che la rilevabilità d'ufficio della nullità rappresenti una parentesi di giurisdizione oggettiva nella giustizia amministrativa, dettata dalla gravità del vizio e dall'esigenza di tutelare il principio di legalità dell'amministrazione.

L'ultimo è l'argomento meno convincente, mentre è ragionevole pensare che la patologia della nullità in diritto amministrativo non sfugga al controllo giurisdizionale ogniqualvolta l'interessato abbia manifestato la volontà di eliminare l'atto dal mondo giuridico.

Qualora si ammettesse il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità in siffatto caso, si tratterebbe pure di cognizione principale, avendo ad oggetto l'atto impugnato dal ricorrente, anche se per ragioni diverse dalla nullità.

Diversa è l'ipotesi in cui il giudice rilevi la nullità di un atto presupposto a quello impugnato, annullando quest'ultimo per invalidità derivata²⁰. In tali casi, infatti, la nullità investe un atto diverso da quello oggetto di controversia e costituisce per il giudice una mera questione pregiudiziale, sicché l'accertamento opera senza efficacia di giudicato e non viola il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato²¹. Ad essere compromesso, piuttosto, sarebbe il termine di decadenza, svuotato della sua funzione, poiché l'interessato potrebbe paralizzare l'efficacia o l'esecuzione di un atto di cui non ha tempestivamente fatto valere la nullità, impugnando i provvedimenti conseguenti. Qui si palesa l'incongruità della disciplina legale, che lascia all'interprete la difficile alternativa tra l'applicazione letterale della disposizione sulla rilevabilità d'ufficio ed il suo coordinamento sistematico con l'opposta previsione della decadenza.

Ultima ipotesi in cui la nullità è fatta valere dal ricorrente è quella dell'azione autonoma di risarcimento del danno: il ricorrente allega a fondamento della domanda risarcitoria il danno causato da un atto nullo, senza domandarne l'invalidazione. Se l'azione autonoma è ammessa per i provvedimenti annullabili, non può non esserlo per quelli nulli e, d'altronde, letteralmente rientra nella previsione di cui all'art. 30, comma 3, relativa alla domanda di risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi. È ben vero che l'art. 43, comma 3, nel prevedere la possibilità che il giudice conosca della legittimità degli atti al di fuori di un'impugnazione non fa riferimento alla

²⁰ Le ipotesi di connessione extraprocedimentale in cui la validità dell'atto a monte influenza quella dell'atto a valle sono molteplici, ma possono ricondursi a due gruppi, a seconda che il primo atto costituisca requisito di esistenza o di legittimità del secondo. Accertata la nullità del primo, il secondo sarà, rispettivamente, nullo o annullabile.

²¹ Sempre che, ovviamente, il ricorrente abbia dedotto come vizio del provvedimento impugnato quello derivante dalla nullità dell'atto presupposto. Altrimenti, il giudice pronunciarebbe su un vizio di legittimità non dedotto tra i motivi del ricorso.

nullità, ma ciò solo perché tale previsione riguarda la tutela di annullamento, mentre in materia di nullità opera la rilevabilità d'ufficio, di cui all'art. 31, comma 2, secondo periodo. Nel caso in esame, dunque, sarà il giudice a rilevare d'ufficio la nullità, quale passaggio logico necessario per la soluzione della controversia, e in tal senso l'accertamento ha natura incidentale²².

Sin qui le ipotesi in cui la nullità viene fatta valere in via d'azione o d'ufficio in luogo di chi avrebbe dovuto farla valere in via d'azione.

La nullità può essere fatta valere in via d'eccezione, ma è difficile ipotizzare quando il soggetto leso da un provvedimento nullo possa trovarsi nelle vesti di parte resistente in un giudizio amministrativo di legittimità.

Il caso più verosimile è quello in cui a resistere sia un ente pubblico, il quale, nell'esercizio dei suoi compiti, abbia adottato un provvedimento in violazione di un regolamento o di un atto generale. Resistendo al ricorso promosso per l'annullamento di tale provvedimento, detto ente ha interesse ad eccepire la nullità dell'atto che incide sui propri poteri, e può farlo anche se non ha agito tempestivamente per farne dichiarare la nullità.

In teoria anche l'autorità emanante potrebbe aver interesse ad eccepire la nullità di un proprio atto, come nel caso in cui, rilasciato un provvedimento di autorizzazione, sanzioni l'attività svolta sulla base di tale autorizzazione e, nel ricorso proposto dal privato per l'annullamento della sanzione, eccepisca la nullità dell'autorizzazione. Si tratta, tuttavia, di ipotesi anomale, perché il provvedimento amministrativo favorevole, anche se nullo, genera un affidamento nel destinatario, sicché la via ordinaria è quella di privarlo di effetti in autotutela.

Il privato può trovarsi ad eccepire la nullità di un atto quando è terzo rispetto ad esso, ma l'accertamento della sua nullità gli è utile per ottenere – nella posizione di controinteressato – la conservazione del provvedimento impugnato, come nel caso in cui il ricorrente abbia posto a fondamento della propria legittimazione ad agire o delle censure formulate gli effetti di tale atto.

Remota è, invece, l'ipotesi che il privato eccepisca la nullità dell'atto quando ne sia il destinatario, poiché il suo interesse in questo caso è diretto, non rivolto a conservare un atto favorevole che presenti una connessione con quello nullo.

In giurisprudenza risultano pochi e confusi precedenti sui temi sin qui trattati. Per la perentorietà dell'affermazione, a fronte di un quadro normativo invece opaco, si segnala una pronuncia della sezione siciliana del Consiglio di Stato²³:

²² Sul punto, cap. XXII, § 12.4.

²³ Cons. Giust. Amm. Regione Sicilia, n. 721 del 2012.

Il giudice di primo grado aveva rilevato d'ufficio il difetto di un elemento che ha ritenuto essenziale della fattispecie legale disciplinante la gara d'appalto su cui era chiamato a giudicare, dichiarando la nullità del relativo bando e di tutti gli atti conseguenti: con il risultato pratico di azzerare la vicenda esaminata.

«Il cit. art. 31, comma 4, è chiarissimo nel prevedere una disciplina differenziata del rilievo della nullità, secondo che essa:

a) sia domandata dal ricorrente, in via di azione: in tal caso, è previsto un termine decadenziale triplo rispetto a quello ordinario, ex art. 29 (e in ciò taluno ha ravvisato una sorta di «superannullabilità»);

b) sia opposta dal resistente, in via di eccezione (c.d. impropria, giacché concorre con il potere-dovere di rilievo officioso del giudice): in tal caso, il legislatore ha optato per l'imprescrittibilità (*rectius*: non assoggettamento a termini decadenziali), applicando lo schema logico-concettuale espresso dal broccardo *quae temporalia ad agendum, perpetua ad eccipiendum*, già noto all'art. 1442, IV comma, c.c. (e per ragioni sostanzialmente analoghe: impedire che, spirato l'ipotetico termine decadenziale, fosse possibile azionare pretese in contrasto con l'ordinamento giuridico, e perciò sanzionate con la nullità testuale);

c) sia rilevata d'ufficio dal giudice: in tal caso, la perpetuità del potere di rilevare il vizio è il medesimo di cui si è già detto, *sub b*).

Il potere che la legge dà al giudice costituisce per lui una potestà (c.d. potere-dovere): il cui esercizio è sempre obbligatorio, mai facoltativo, come corollario del ruolo di imparziale garante dell'esatta applicazione delle regole processuali che la legge gli ha assegnato. Da ciò consegue che il giudice che rilevi una nullità – e, quantomeno, nei casi in cui, come in quello che qui viene in rilievo, si tratti di una c.d. nullità testuale, ossia espressamente comminata dalla legge che vi riconnetta il potere di rilievo giudiziale officioso – è sempre tenuto a dichiararla d'ufficio, statuendo in conformità.

Né l'art. 31, comma 4, è una norma fuori sistema: esso, infatti, coerentemente si colloca nell'ambito di una serie di principi propri del codice del processo amministrativo (di alcuni dei quali si è già detto: rilevabilità d'ufficio delle nullità processuali; perentorietà dei termini assegnati dal giudice; rilevabilità d'ufficio dell'incompetenza; etc.) da correlare al fatto che il processo amministrativo, elettivamente, conosce di una situazione giuridica soggettiva – l'interesse legittimo – così intimamente connessa all'interesse pubblico generale, da non poter essere *tout court* trattata, anche nel processo, come i diritti soggettivi, di norma disponibili, di cui si conosce nel processo civile. L'art. 31, comma 4, c.p.a., esprime, dunque, una parentesi di giurisdizione oggettiva che, per espressa previsione di legge, si innesta nel processo amministrativo, in deroga al suo ordinario carattere di giurisdizione soggettiva».

A parte l'interpretazione restrittiva – solo adombrata – dell'art. 31, comma 4, nel senso che la disposizione riguarderebbe le sole nullità testuali, sembra che la pronuncia accrediti l'applicabilità

senza limiti della rilevanza d'ufficio, non distinguendo tra le situazioni in cui questa può intervenire.

3.2.3 Disapplicazione

L'istituto della disapplicazione è stato coniato per regolare i poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione e origina dal principio della divisione dei poteri. Nell'ambito della giurisdizione ordinaria la disapplicazione rappresenta, dunque, lo strumento attraverso cui il giudice conosce degli atti amministrativi, le volte in cui la legittimità degli stessi costituisce questione rilevante in una controversia su diritti soggettivi.

Nell'ambito della giurisdizione amministrativa la disapplicazione ha assunto un significato diverso, strutturandosi come tecnica di sindacato incidentale dell'atto amministrativo. In tale veste ha trovato uno spazio in tutte quelle ipotesi in cui la cognizione diretta sul provvedimento non può essere esercitata, perché è decorso il termine di impugnazione o la domanda principale non è rivolta al suo annullamento (azione di risarcimento del danno).

L'obiezione principale alla tesi che ammette la disapplicazione da parte del giudice amministrativo è il conflitto con la regola che assoggetta il sindacato di legittimità sugli atti della pubblica amministrazione alla proposizione di un ricorso entro il termine di decadenza. Prescindere dal rispetto di tale termine significherebbe introdurre nel giudizio amministrativo l'azione di mero accertamento della legittimità di atti amministrativi, scardinando il sistema storico della giustizia amministrativa, imperniato sul valore della certezza dei rapporti di diritto pubblico.

L'accertamento della legittimità del provvedimento è stato ammesso solo come passaggio della tutela costitutiva, strumentale al giudizio sulla fondatezza del ricorso. Infatti, anche quando il giudice emette pronunce dichiarative (rigetto, inammissibilità, improcedibilità, cessazione della materia del contendere, etc.) lo fa perché non sussistono i presupposti in rito o in merito per l'annullamento.

È anche possibile che nel processo amministrativo sia accertata l'illegittimità di un atto senza che questo venga annullato, ma ciò solo nei casi già esaminati, ossia nell'ambito delle domande di annullamento (illegittimità non invalidante) e nullità.

Tuttavia, l'inammissibilità dell'azione di mero accertamento della legittimità di un atto amministrativo, non implica necessariamente l'esclusione della disapplicazione, perché questa non ha efficacia di giudicato.

Per comprendere la dimensione teorica del problema occorre considerare la posizione che l'atto amministrativo suscettibile di disapplicazione assume nella controversia, richiamando il concetto di

pregiudizialità. Nel giudizio di annullamento, un nesso di pregiudizialità può sussistere quando sia impugnato per invalidità derivata un provvedimento di cui un atto antecedente – illegittimo – sia un requisito di esistenza o di validità.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato è unanime nel ritenere in tali casi l'inammissibilità della disapplicazione dell'atto presupposto non tempestivamente impugnato, sia che si tratti di atti amministrativi specifici²⁴, sia che si tratti di atti generali²⁵.

La disapplicazione, invece, è ammessa quando si tratti di atti a contenuto normativo, in particolare regolamenti²⁶. Ciò sull'argomento che in questo caso la disapplicazione è un mezzo per risolvere antinomie tra fonti normative. Applicando la *ratio* di siffatto orientamento in un sistema in cui il concetto di fonte del diritto ha perso una rigida accezione formale, per la crisi del cd. principio positivo (secondo il quale tutte le fonti devono essere inquadrare in una fattispecie analiticamente definita da una norma sulla produzione), la disapplicazione potrebbe essere estesa alle cd. fonti atipiche ed a quegli atti che, pur sprovvisti di formale valore normativo, orientino i processi di produzione amministrativa (es. atti di indirizzo, intese, etc.).

In dottrina, la soluzione negativa è unanimemente condivisa con riguardo ai casi in cui la legittimità dell'atto presupposto è una questione da accertare con forza di giudicato, atteso che la disapplicazione in via principale – consentita nel giudizio civile – è incompatibile con la struttura e l'oggetto del giudizio amministrativo.

Se, invece, la legittimità dell'atto presupposto è una questione pregiudiziale in senso tecnico, taluno ha sostenuto l'ammissibilità della disapplicazione, che avrebbe funzione simile a quella prevista dall'art. 5 all. E.

La tesi non appare corretta, poiché nella giurisdizione amministrativa su interessi legittimi, l'illegittimità dell'atto, anche se oggetto di cognizione incidentale, è il fondamento della tutela, né è ragionevole sottrarre il privato alla decadenza solo perché l'attività amministrativa si svolge attraverso una pluralità di provvedimenti. Consentire l'annullamento del provvedimento consequenziale per invalidità derivata dall'atto presupposto non impugnato, comporterebbe di fatto negare efficacia a quest'ultimo, benché oramai consolidato.

Se l'art. 5 all. E non può essere utilmente richiamato nella giurisdizione su interessi legittimi, discorso diverso deve farsi con riguardo alla giurisdizione su diritti soggettivi, dove la

²⁴ La regola è costantemente riaffermata in sede di Adunanza Plenaria nel contesto delle argomentazioni portate a sostegno della teoria della pregiudiziale amministrativa sull'azione di risarcimento del danno, a partire dalla decisione n. 4 del 2003.

²⁵ La questione si è posta, in particolare, per i bandi di gara rispetto al provvedimento di aggiudicazione, sul presupposto di una loro natura paranormativa: Cap. II, sez. I, § 6.2.

²⁶ Cap. II, sez. I, § 5.3.

disapplicazione è ammessa in base detta norma²⁷, secondo un'interpretazione che talvolta viene qualificata come estensiva e non analogica²⁸.

La dottrina ha ripensato il tema della disapplicazione nelle ipotesi di atto amministrativo conforme alla legge italiana, ma difforme rispetto all'ordinamento comunitario²⁹.

Nell'ambito di un giudizio volto all'annullamento del provvedimento anticomunitario, come tale affetto da semplice annullabilità³⁰, la questione di contrasto con il diritto comunitario ha la stessa portata della comune illegittimità ed è assoggettata alle regole del processo amministrativo, sicché non è ammessa la disapplicazione ed il ricorso avverso l'atto è sottoposto al termine di decadenza³¹. È vero che la giurisprudenza comunitaria ammette la disapplicazione degli atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario, in esplicitazione del principio di diretta efficacia dell'ordinamento comunitario nell'ordinamento degli Stati membri³², ma riconosce che lo strumento della disapplicazione vada coordinato con i principi processuali degli ordinamenti nazionali, sicché non esista un obbligo per il giudice amministrativo di statuire sull'illegittimità di un provvedimento non impugnato tempestivamente.

Nell'ambito di un giudizio risarcitorio nei confronti dello Stato per violazione del diritto comunitario, la responsabilità sussiste in presenza di un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo comunitario e la lesione del diritto del singolo³³. La giurisprudenza comunitaria afferma la tesi dell'autonomia dell'azione, sia pure con alcuni temperamenti³⁴, sicché non occorre il pregiudiziale annullamento dell'atto amministrativo fonte del danno, essendo sufficiente la sua disapplicazione.

Gli orientamenti comunitari hanno condizionato o, comunque, anticipato le scelte del legislatore nazionale, il quale, nel Codice:

- ha mantenuto fermo il divieto di disapplicazione dell'atto amministrativo nel giudizio di annullamento³⁵, ma ha previsto la cognizione incidentale sull'atto nullo;

²⁷ Cons. Giust. Amm. Regione Sicilia, sentenza 27 gennaio 1989 n. 7; Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 1995 n. 531 e 19 settembre 1995 n. 1332; sez. IV, 27 ottobre 1998 n. 568.

²⁸ Cons. Stato, sezione V, n. 35 del 2003.

²⁹ Sul tema v. F. CINTIOLI, *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, cui si fa cenno nel testo.

³⁰ Cap. XII, sez. II, § 4.7.

³¹ Cap. XXIV, § 3.3.

³² Corte Giust. CE 29 aprile 1999, causa C-224/97: «la controversia non riguarda la sorte dell'atto amministrativo in sé [...] ma il problema di stabilire se tale atto debba essere disapplicato nell'ambito della valutazione della legittimità di una sanzione irrogata per l'inosservanza di un obbligo che ne discende, a seguito dell'incompatibilità di tale atto con il principio della libera prestazione dei servizi».

³³ Cap. XXI, § 3.

³⁴ Cap. XXI, § 3.4.

³⁵ Che, anzi, può dirsi codificato nella previsione dell'art. 34, comma 2, più volte citata, secondo cui «*Salvo quanto previsto dal comma 3 e dall'articolo 30, comma 3, il giudice non può conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento di cui all'articolo 29*».

- ha riconosciuto l'autonomia dell'azione risarcitoria, prevedendo espressamente che in tal caso il giudice possa conoscere dell'illegittimità dell'atto amministrativo senza che lo stesso sia stato impugnato.

Si tratta di capire se in queste ipotesi è corretto o meno inquadrare l'accertamento di invalidità dell'atto nell'istituto della disapplicazione.

L'accertamento incidentale della nullità dà luogo a una situazione simile alla disapplicazione dell'atto amministrativo, avendo il precipuo scopo di considerare l'atto *tamquam non esset* ai fini della decisione, che ha per oggetto un altro provvedimento.

L'accertamento dell'illegittimità amministrativa nel contesto di un giudizio risarcitorio, prima del Codice, non era inquadrato dalla giurisprudenza amministrativa nella disapplicazione, essendo considerato un'operazione di riqualificazione del provvedimento come fatto illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c. La tesi era debole: una volta ammesso che tale qualificazione debba effettuarsi innanzitutto con riferimento alle norme di azione, al cui rispetto la pubblica amministrazione è tenuta nell'esercizio del proprio potere, tale operazione si traduce inevitabilmente in un giudizio di difformità tra l'agire amministrativo e le norme che lo governano, dunque in un sindacato di legittimità. Che, poi, questo sindacato entri a far parte di un giudizio più ampio, non esclude che resti pur sempre una valutazione sulla (il)legittimità del provvedimento, al di fuori della tecnica che gli è propria.

Poiché, come anticipato, l'art. 34, comma 2 CPA ha espressamente riconosciuto tale potere, definendolo appunto come una cognizione sulla legittimità dell'atto al di fuori dall'azione di annullamento, il richiamo all'istituto della disapplicazione – nel significato elaborato per la giurisdizione amministrativa – appare utile a descrivere il fenomeno. Tale cognizione è incidentale, perché, non sfocia né in una pronuncia dichiarativa né costitutiva sul provvedimento, ma è direttamente connessa all'oggetto del processo, sicché entra nel giudicato che si forma sul *petitum* risarcitorio³⁶.

3.3 L'azione di accertamento del rapporto

Come visto in riferimento all'illegittimità, il concetto di “accertamento” come operazione logica del giudice non coincide con quello di azione di accertamento, ed è dal primo che occorre partire.

Superato il dogma dell'intangibilità del rapporto, l'ammissibilità di una cognizione avente oggetto la relazione giuridica tra autorità e cittadino è pacifica nei casi in cui, per la natura dell'attività amministrativa o per le concrete modalità del suo svolgimento, il giudice possa esaminare il potere

³⁶ Cap. XII, § 12.2.

pubblico al di là del provvedimento. Tale cognizione è utile soprattutto nei giudizi su interessi pretensivi, in cui la distanza tra il bene della vita e il potere è maggiore del provvedimento impugnato, sicché per la tutela del ricorrente non è sufficiente l'annullamento del provvedimento illegittimo, occorrendo l'accertamento della spettanza del bene della vita.

La cognizione sul rapporto nella giurisdizione su interessi legittimi³⁷ significa che il giudice esamina il potere, poiché il «rapporto» esistente tra l'autorità e il cittadino è quello governato dallo schema norma-potere-effetto e si identifica nella gamma di soluzioni che il soggetto pubblico può prendere nel concreto esercizio del potere.

Proprio la pluralità di soluzioni normalmente possibili rende la cognizione sul rapporto spesso impraticabile, se non nell'ambito della tutela risarcitoria, che non ha incidenza diretta sull'attività amministrativa.

Pertanto, il legislatore ha codificato lo scrutinio diretto sul potere, ma vi ha posto dei limiti, legati alle alternative di cui il potere dispone, ossia alla sua estensione nel caso concreto: l'art. 31, comma 3 è la sintesi di questa opzione, inizialmente prevista per il solo giudizio sul silenzio, poi riferita all'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto.

Ammessa la cognizione di accertamento in questi termini, si comprende come essa sia strumentale all'azione di condanna in forma specifica, meglio nota come azione di adempimento. In effetti, nel nostro ordinamento non è prevista l'azione di accertamento del rapporto, ma solo l'azione di condanna che su tale accertamento si fonda, dunque, è più corretto trattarne nel contesto delle azioni di condanna tipizzate.

Fa in parte eccezione il ricorso sul silenzio, il quale storicamente nasce per l'accertamento dell'obbligo di provvedere, poi si evolve in azione di adempimento, configurandosi quindi come giudizio eventualmente bifasico e per questo conservando autonomia, tanto che per esso è prevista una disposizione a parte, che fissa i requisiti per l'accertamento della fondatezza della pretesa azionata, poi richiamati nell'azione di adempimento.

Questione diversa è, invece, l'ammissibilità dell'azione generale di accertamento, preordinata al puro accertamento del rapporto, siccome oggetto di contestazione, avente natura ontologicamente atipica.

Nel progetto di Codice predisposto dalla Commissione all'uopo nominata tale azione era prevista, essendo stabilito che *“chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle consequenziali pronunce dichiarative”*. Simmetricamente tra le sentenze di merito era previsto il potere del giudice di *“dichiarare l'esistenza o l'inesistenza di un rapporto giuridico”*.

³⁷ Ma è un discorso valido anche per i diritti soggettivi “amministrati” dal potere e perciò devoluti alla giurisdizione amministrativa esclusiva.

Entrambe le disposizioni sono state espunte, sicché oggi l'azione di accertamento, oltre ad essere atipica, sarebbe anche – qualora ammissibile – innominata.

Nella presente sede, dunque, si tratta della tutela di accertamento all'interno del giudizio sul silenzio e dell'ammissibilità dell'azione generale di accertamento del rapporto.

3.3.1 Il silenzio

La tutela nei confronti del silenzio inadempimento o silenzio rifiuto è disciplinata dall'art. 31 CPA:

“1. Decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo e negli altri casi previsti dalla legge, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere.

2. L'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti.

3. Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione”.

Il ricorso avverso il silenzio si struttura come un'azione volta ad accertare l'inadempimento dell'obbligo di provvedere della P.A. su di un'istanza o su di una specifica situazione correlata all'interesse del privato. Tale azione non postula (più) la diffida all'Amministrazione, originariamente concepita come strumento per equiparare l'inerzia ad una fattispecie attizia sfavorevole suscettibile di impugnazione, né il rispetto del termine previsto per l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi.

Si tratta di un accertamento primariamente rivolto all'illegittimità del silenzio, posto che l'obbligo di provvedere ha natura pubblicistica ed è fissato dalla legge, e solo secondariamente – in presenza dei presupposti indicati dal comma 3 – all'accertamento della fondatezza della pretesa azionata³⁸.

Se il ricorso è fondato, il giudizio si conclude:

- nella prima ipotesi, con l'ordine all'amministrazione di provvedere entro un termine, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. b);
- nella seconda ipotesi, con la condanna dell'amministrazione a rilasciare il provvedimento richiesto, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. c).

³⁸ Nel testo previgente, contenuto nell'art. 2 della legge 241/90, si faceva riferimento all'istanza dell'interessato. La formula attuale è più precisa, perché non sempre l'obbligo di provvedere nasce da un'istanza e, comunque, il giudice si pronuncia sul ricorso, non sull'istanza procedimentale.

In ordine alla natura, all'oggetto ed agli effetti della tutela nei confronti sul silenzio si rinvia alla sede in cui se ne è trattato³⁹. Qui occorre esaminare i presupposti dell'accertamento del rapporto, fissati dal comma 3.

La nozione di attività vincolata – *ab origine* o perché è stata interamente consumata la discrezionalità – è assunta nel significato proprio, in contrapposizione a quella di attività discrezionale. In questo senso la discrezionalità tecnica, essendo distinta dalla discrezionalità amministrativa, si sottrae a questa classificazione e, quindi, può rientrare anche nell'attività vincolata.

Tuttavia, solidi argomenti inducono a interpretare il riferimento all'attività vincolata come fatto a quella totalmente vincolata, ossia priva di discrezionalità anche nella valutazione dei fatti. La *ratio* della previsione è quella di impedire qualsiasi sconfinamento del giudice nella sfera riservata alla pubblica amministrazione e la discrezionalità tecnica esprime pur sempre un'area in cui la stessa presenta margini di scelta insindacabili. Il limite al sindacato di legittimità sulle valutazioni tecniche della pubblica amministrazione opera diversamente a seconda che il giudizio verta sull'atto o sul rapporto. Nel primo caso, il giudice, essendo chiamato a conoscere la legittimità della scelta tecnica effettuata, potrà sindacarla sotto il profilo dell'attendibilità; nel secondo caso, si troverebbe a doverla effettuare lui, in luogo di quella giudicata illegittima – o neppure effettuata – dell'amministrazione. Ne discende che il limite all'accertamento sulla fondatezza della pretesa azionata derivante dalla discrezionalità tecnica è imposto dai principi e l'art. 31, comma 3 deve essere interpretato in conformità, non formulando deroghe.

Va aggiunto che la discrezionalità tecnica non esaurita sarebbe comunque intangibile in forza dell'art. 34, comma 2, il quale vieta al giudice di pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati e tale è, come si approfondirà successivamente, qualsiasi segmento del potere non ancora consumato, compreso quello attinente all'applicazione della norma al fatto.

L'art. 31, comma 3 pone un altro limite all'azione di adempimento, complementare a quello sulla discrezionalità tecnica, ossia il divieto per il giudice di svolgere atti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

Ciò non significa, naturalmente, che il giudice possa intervenire solo quando l'istruttoria amministrativa sia completa, ma che i fatti da acquisire al fine di formulare il giudizio sulla spettanza del provvedimento non richiedano un'attività di pertinenza dell'amministrazione. Considerato che il giudice, anche in sede di legittimità, dispone di mezzi istruttori non inferiori a quelli dell'amministrazione, il riferimento non è alla fattibilità materiale dell'atto istruttorio, quanto

³⁹ Cap. XI, § 4.5 e ss.

a quella giuridica, nel senso che al giudice è vietato procedere ad accertamenti di fatto che presuppongono l'applicazione di regole tecniche non esatte, essendo in tale ipotesi ammissibile soltanto un sindacato sull'attendibilità del procedimento istruttorio seguito dall'amministrazione. In sostanza, anche qui viene in rilievo un ambito di discrezionalità tecnica, che però non riguarda l'attività di valutazione del fatto, ma quella di acquisizione. Così, ad esempio, al giudice non sarebbe dato disporre consulenza tecnica o chiedere pareri in luogo dell'ente pubblico procedente. Quando l'art. 31, comma 3 è entrato in vigore, l'azione sul silenzio spettava alla giurisdizione generale di legittimità, trattandosi di un caso di mancato esercizio del potere. La recente devoluzione della materia alla giurisdizione esclusiva non modifica la ricostruzione, riferendosi alle volte in cui, a fronte dell'obbligo pubblicistico di provvedere, esiste un vero e proprio diritto soggettivo, il che vale a rendere senz'altro esperibile la tutela di cui al comma 3, essendo evidente che, a fronte del diritto soggettivo, il potere amministrativo si presenta vincolato all'interesse individuale.

3.3.2 L'azione atipica

A partire quanto meno dall'approvazione della legge n. 205/00 la dottrina si interroga se possa ritenersi superato il principio di tipicità delle azioni nel processo amministrativo di legittimità, ammettendo l'azione di accertamento come rimedio di ordine generale, in linea con il principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, che l'art. 24 Cost. riconosce ai diritti soggettivi e agli interessi legittimi. Infatti, posto che nel processo civile opera il principio di atipicità della tutela di accertamento e condanna, un'opposta regola valevole per il processo amministrativo contrasterebbe con l'equivalenza della difesa delle posizioni soggettive affermata dalla norma costituzionale.

Le argomentazioni contrarie sono molteplici: l'assenza di una previsione normativa di carattere generale, a fronte della riserva di legge in materia processuale posta dall'art. 111 Cost.; la salvaguardia della separazione dei poteri e l'incompatibilità dell'accertamento con il principio di legalità; l'inconciliabilità con il termine di decadenza; l'assenza di un interesse ad agire.

Come visto in precedenza, nella giurisdizione amministrativa di legittimità il rimedio generale è quello di annullamento, mentre, al di fuori di casi specifici, mancano norme di riferimento dell'azione di accertamento. Tale mancanza non costituisce una lacuna, ma, al contrario è espressione del principio di separazione dei poteri. Infatti la pronuncia del giudice comporta un'ingerenza nell'attività dell'amministrazione ed è ammissibile solo in quanto tassativamente prevista. Azioni che, per il tramite dell'accertamento del rapporto, consentano al giudice di

condannare la P.A. ad un *facere* infungibile, implicano una sostituzione della giurisdizione alla amministrazione.

Il principio di legalità postula una cognizione giurisdizionale sull'azione amministrativa orientata a ripristinare la legalità violata, lasciando alla P.A. la valutazione in ordine al perseguimento dell'interesse generale nel rispetto delle norme giuridiche: mentre l'annullamento dell'atto raggiunge tale scopo, contemperando l'interesse individuale e quello pubblico, una pronuncia di accertamento o di condanna, specie ove l'attività amministrativa sia discrezionale, comporta una valutazione del G.A. nel solo interesse del privato, con sacrificio dell'interesse pubblico, oppure un bilanciamento di interessi e un giudizio di prevalenza dell'interesse individuale, che può sconfinare in una valutazione di merito.

La pronuncia di accertamento appare, inoltre, incompatibile con il termine di decadenza del ricorso, mentre l'esigenza di certezza sull'azione amministrativa e sulla spettanza del bene della vita non è solo del privato, ma anche dell'amministrazione, che deve poter programmare la propria attività. Infine, si evidenzia che il mero accertamento consente di superare un'incertezza rispetto ad una lesione potenziale, dunque manca una lesione concreta e attuale, che fondi l'interesse ad agire per una pronuncia puramente dichiarativa.

Ciascuno di questi argomenti viene criticato dall'orientamento favorevole ad ammettere l'azione di accertamento nel processo amministrativo.

Il dato normativo non è decisivo, atteso che l'enucleazione dei poteri del giudice amministrativo come rivolti all'annullamento non ha valore tassativo – dovendo essere interpretato in senso conforme ai valori costituzionali, secondo cui la tutela contro la pubblica amministrazione non può essere limitata a particolari mezzi di impugnazione e deve garantire il pieno soddisfacimento dell'interesse legittimo – e la mancanza di previsione espressa dell'azione di accertamento non costituisce indice dell'esclusione di tale forma di tutela, la quale si mostra compatibile con il sistema. Infatti l'azione di accertamento è un *minus* rispetto a quella di annullamento, quindi la previsione dell'azione di annullamento comprende anche il riconoscimento della tutela di accertamento. La possibilità per il giudice amministrativo di accertare il rapporto, indipendentemente dall'annullamento dell'atto, è testimoniata dalle ipotesi in cui è chiamato ad adottare pronunce dichiarative nel merito, come nei casi di illegittimità non invalidante, cessazione della materia del contendere⁴⁰, inammissibilità per difetto di interesse ad agire qualora sia certo che

⁴⁰ Ai sensi dell'art. 34, comma 5 CPA "Qualora nel corso del giudizio la pretesa del ricorrente risulti pienamente soddisfatta, il giudice dichiara cessata la materia del contendere". Tale disposizione postula, evidentemente, che il giudice accerti il contenuto del rapporto tra P.A. e privato, al fine di stabilire se l'interesse sostanziale del ricorrente sia soddisfatto della decisione dell'amministrazione.

dalla rinnovazione del potere a seguito della sentenza il ricorrente non potrebbe ottenere il bene della vita negato con il provvedimento impugnato.

Non sarebbe neppure del tutto vero che il processo amministrativo non conosca disposizioni generali sulla tutela di accertamento.

In sede cautelare, l'art. 55, comma 1 CPA prevede che il ricorrente possa chiedere le misure *“che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso”*, da cui si evince l'atipicità della tutela cautelare, cui non può non ricollegarsi, per lo stretto rapporto che corre tra cautela e merito, l'atipicità della tutela giurisdizionale. Inoltre, ai sensi del successivo comma 2 ricevono una protezione rafforzata i *“diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale”*, rispetto ai quali non può non configurarsi una tutela atipica.

In sede di cognizione, l'art. 34, comma 1, lett. c) prevede il potere del giudice di condannare *“all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio”*, il che implica un corrispondente potere atipico di accertamento. Anche l'azione di nullità è un'azione dichiarativa, che assume una valenza di ordine generale, costituendo una delle due forme di invalidità del provvedimento amministrativo.

Il riconoscimento dell'azione di accertamento non contraddice né il principio di separazione dei poteri, né il principio di legalità del sistema amministrativo. Quanto al primo, si osserva che l'accertamento di per sé non implica alcuna invasione nella sfera dell'amministrazione, che può solo derivare da pronunce di condanna. Al riguardo, peraltro, l'intervento del giudice sarebbe limitato alle ipotesi di attività vincolata. Quanto al secondo si eccepisce che l'interesse legittimo non è mero strumento per il ripristino della legalità violata, ma anche situazione di qualificazione di un interesse materiale, che deve trovare piena attuazione ogni qualvolta non sia incompatibile con l'interesse pubblico. Inoltre l'accertamento del rapporto ed, eventualmente, pronunce ordinatorie alla P.A. sono rispettose del principio di legalità, che deve essere preordinato alla realizzazione del buon andamento dell'Amministrazione e, dunque, non solo non vieta ma, anzi, suggerisce una valutazione dell'interesse generale da parte del giudice, nei limiti del sindacato sull'operato dell'amministrazione.

L'azione di accertamento non elude il termine di decadenza per l'impugnazione dei provvedimenti, non essendo diretta al loro annullamento, valendo in proposito considerazioni simili a quelle che si fanno per l'azione autonoma di risarcimento del danno. Peraltro, ove fosse diretta ad un risultato equivalente all'eliminazione del provvedimento, ben potrebbe essere subordinata al rispetto di tale termine, in applicazione analogica delle norme sul ricorso. L'interesse ad agire sarebbe regolato negli stessi termini previsti dal codice di procedura civile, per cui la domanda di mero accertamento

potrebbe essere proposta solo in presenza di una controversia attuale con l'amministrazione o in quanto diretta ad ottenere una statuizione di condanna.

La giurisprudenza, in prevalenza ostile ad ammettere l'azione atipica di accertamento, ha modificato il proprio orientamento dopo l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo.

Gli argomenti a favore dell'ammissibilità sono esaurientemente raccolti in una pronuncia del Consiglio di Stato nella massima composizione⁴¹, e possono essere sintetizzati nei seguenti punti:

- principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale⁴²;
- fondamento sistematico dell'atipicità nel processo amministrativo⁴³;
- fondamento normativo dell'azione di accertamento⁴⁴.

⁴¹ Cons. Stato, Ad. Pl. n. 15 del 2011.

⁴² «Quanto al primo aspetto, l'Adunanza, in adesione alla tesi già sostenuta da questo Consiglio, con riguardo al panorama normativo anteriore al decreto legislativo n. 104/2010 (Sez. VI, decisioni n. 717/2009, 2139/2010, cit.), reputa che l'assenza di una previsione legislativa espressa non osti all'esperibilità di un'azione di tal genere quante volte, come nella specie, detta tecnica di tutela sia l'unica idonea a garantire una protezione adeguata ed immediata dell'interesse legittimo. Sviluppando il discorso già avviato dall'Adunanza Plenaria con la richiamata decisione n. 3/2011, si deve, infatti, ritenere che, nell'ambito di un quadro normativo sensibile all'esigenza costituzionale di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, la mancata previsione, nel testo finale del codice del processo, dell'azione generale di accertamento non precluda la praticabilità di una tecnica di tutela, ammessa dai principali ordinamenti europei, che, ove necessaria al fine di colmare esigenze di tutela non suscettibili di essere soddisfatte in modo adeguato dalle azioni tipizzate, ha un fondamento nelle norme immediatamente precettive dettate dalla Carta fondamentale al fine di garantire la piena e completa protezione dell'interesse legittimo (artt. 24, 103 e 113). Anche per gli interessi legittimi, infatti, come pacificamente ritenuto nel processo civile per i diritti soggettivi, la garanzia costituzionale impone di riconoscere l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo, con particolare riguardo a tutti i casi in cui, mancando il provvedimento da impugnare, una simile azione risulti indispensabile per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente. Anche per gli interessi legittimi, infatti, come pacificamente ritenuto nel processo civile per i diritti soggettivi, la garanzia costituzionale impone di riconoscere l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo, con particolare riguardo a tutti i casi in cui, mancando il provvedimento da impugnare, una simile azione risulti indispensabile per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente».

⁴³ «A tale risultato non può del resto opporsi il principio di tipicità delle azioni, in quanto corollario indefettibile dell'effettività della tutela è proprio il principio della atipicità delle forme di tutela. In questo quadro la mancata previsione, nel testo finale del codice, di una norma esplicita sull'azione generale di accertamento, non è sintomatica della volontà legislativa di sancire una preclusione di dubbia costituzionalità, ma è spiegabile, anche alla luce degli elementi ricavabili dai lavori preparatori, con la considerazione che le azioni tipizzate, idonee a conseguire statuizioni dichiarative, di condanna e costitutive, consentono di norma una tutela idonea ed adeguata che non ha bisogno di pronunce meramente dichiarative in cui la funzione di accertamento non si appalesa strumentale all'adozione di altra pronuncia di cognizione ma si presenta, per così dire, allo stato puro, ossia senza sovrapposizione di altre funzioni. Ne deriva, di contro, che, ove dette azioni tipizzate non soddisfino in modo efficiente il bisogno di tutela, l'azione di accertamento atipica, ove sorretta da un interesse ad agire concreto ed attuale ex art. 100 c.p.c., risulta praticabile in forza delle coordinate costituzionali e comunitarie richiamate dallo stesso art 1 del codice oltre che dai criteri di delega di cui all'art. 44 della legge n. 69/2009».

⁴⁴ «La soluzione è suffragata anche da un'interpretazione sistematica delle norme dettate dal codice del processo amministrativo che, pur difettando di una disposizione generale sull'azione di mero accertamento, prevedono la definizione del giudizio con sentenza di merito puramente dichiarativa agli artt. 31, comma 4 (sentenza dichiarativa della nullità), 34, comma 3 (sentenza dichiarativa dell'illegittimità quante volte sia venuto meno l'interesse all'annullamento e persista l'interesse al risarcimento), 34, comma 5 (sentenza di merito dichiarativa della cessazione della materia del contendere), 114, comma 4, lett. b (sentenza dichiarativa della nullità degli atti adottati in violazione od elusione del giudicato). Soprattutto, l'azione di accertamento è implicitamente ammessa dall'art. 34, comma 2, del codice del processo amministrativo, secondo cui *“in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”*. Detta disposizione, che riproduce l'identica formulazione contenuta nella soppressa norma del testo approvato dalla Commissione del Consiglio di Stato, dedicata all'azione generale di accertamento, vuole evitare, in omaggio al principio di separazione dei poteri, che il giudice si sostituisca alla pubblica amministrazione esercitando una cognizione diretta di rapporti amministrativi non ancora sottoposti al vaglio della

La giurisprudenza posteriore, oltre a ricalcare l'argomentazione della Plenaria, ha insistito sul principio dell'interesse a ricorrere di cui all'art. 100 c.p.c., operante nel processo amministrativo in virtù del rinvio esterno recato dall'art. 39 CPA e ivi richiamato non soltanto come presupposto processuale dell'azione di annullamento e di condanna ma, ai sensi dell'articolo 24 Cost., come fattore di legittimazione generale ad agire, che abilita il soggetto all'azione di mero accertamento⁴⁵. Da quanto precede, si coglie come la disputa sull'azione di accertamento si avvicini a quelle discussioni in cui, a seconda del punto di vista da cui la si guardi, ciascuna tesi appare corretta, perché sostenuta da argomenti accettabili. Per evitare il corto circuito dialettico, occorre ricordare che le disposizioni normative non devono essere piegate all'ermeneutica e che ciascuno dei tre principi della logica formale⁴⁶ rappresenta un ostacolo invalicabile per l'interprete.

Impostata così la tematica, si capisce bene come l'opinione favorevole all'ammissibilità della tutela atipica nel processo amministrativo sia razionalmente debole, perché ricerca nell'ordinamento quello che non c'è, invertendo il rapporto di causa ed effetto: l'atipicità della tutela viene affermata sulla base dell'atipicità della norma, per cui se la norma c'è, la tutela è tipica (annullamento, condanna); se la norma non c'è, la tutela è atipica (accertamento).

Tutti gli argomenti portati a favore dell'una o dell'altra tesi sono controvertibili, perché vanno leva su dati non direttamente legati al problema, che invece attiene al rapporto di congruità logica tra azione e giurisdizione amministrativa.

Ad esempio, calcare l'attenzione sul principio di buon andamento piuttosto che su quello di legalità, ovvero sull'esigenza di effettività della tutela piuttosto che su quella di conservazione delle prerogative dell'amministrazione, non è decisivo, atteso che, da un lato, tutti questi aspetti coesistono nel sistema amministrativo, dall'altro non illuminano specificamente il tema dell'azione di mero accertamento.

Legalità e buon andamento sono coerenti con il primato dell'azione di annullamento, perché sono principi dell'azione amministrativa che spetta al legislatore fissare, all'amministrazione attuare, al giudice controllare, né vi è ragione di ritenere che il buon andamento sia meglio realizzato riconoscendo un potere di accertamento al giudice autonomo rispetto a quello di annullamento e di condanna. L'effettività della tutela del privato può essere garantita e coesistere con la salvaguardia della discrezionalità amministrativa anche all'interno di un modello processuale imperniato sull'azione costitutiva, giacché l'annullamento è l'esito di un giudizio sull'azione amministrativa concretamente svolta, con un sindacato che dall'atto si estende al procedimento che lo ha prodotto,

stessa. Detta disposizione non può che operare per l'azione di accertamento, per sua natura caratterizzata da tale rischio di indebita ingerenza, visto che le altre azioni tipizzate dal codice sono per definizione dirette a contestare l'intervenuto esercizio (od omesso esercizio) del potere amministrativo».

⁴⁵ Cons. Stato, sez. V n. 6002 del 2012.

⁴⁶ Identità, non contraddizione, terzo escluso.

in grado di proiettarsi su come il potere amministrativo interagisce con l'interesse sostanziale del privato e di generare effettivi conformativi suscettibili di essere fatti valere nel giudizio di ottemperanza, ovvero, in determinati casi, di esitare direttamente nell'ordine all'amministrazione di tenere una determinata attività⁴⁷. La pienezza ed effettività della sua tutela, allora, non è limitata dalla tipicità dei poteri decisorii del giudice amministrativo, ma è proporzionata alla natura dell'interesse legittimo ed al suo atteggiarsi rispetto al potere amministrativo.

I presunti indici normativi a sostegno dell'azione atipica di accertamento – ordinanze cautelari, sentenza di condanna all'adozione di misure idonee a tutelare la situazione giuridica dedotta in giudizio, azione di nullità del provvedimento, divieto per il giudice di pronunciarsi su poteri non ancora esercitati – non smentiscono il principio di tipicità.

Quanto all'azione di nullità, è agevole rilevare che, rispetto al diritto civile dove costituisce la regola (come regola è la tutela di accertamento), nel diritto amministrativo essa è una figura eccezionale, limitata a poche tassative situazioni, per lo più caratterizzate da difetto di potere o vizi strutturali dell'atto. Inoltre, a ben guardare, la cognizione sull'atto nullo altro non è che un frammento della cognizione sull'atto annullabile, cioè sulla difformità tra fattispecie reale e fattispecie legale dell'atto, non già accertamento di un rapporto.

Quanto alle ordinanze cautelari, essendo l'ambito dei poteri decisorii costruiti su quelli spettanti al giudice nel merito, non può predicarsi la ricostruzione dei secondi muovendo dai primi. È ben vero che la tutela cautelare è atipica, ma ciò pur sempre all'interno della struttura della cognizione del giudice amministrativo. L'atipicità della tutela cautelare – che spazia dalla sospensione dell'atto all'ordine di riesame e all'anticipazione del provvedimento favorevole – si spiega, allora, con il multiforme contenuto che può assumere l'effetto conformativo scaturente dalla sentenza di annullamento, il quale dipende dalla tipologia di interesse azionato (oppositivo o pretensivo), dalla natura dell'atto impugnato (vincolato o discrezionale), dalla tipologia dei vizi dedotti (di legittimità formale o sostanziale), dalle ragioni di accoglimento del ricorso (indagine più o meno penetrante sull'esercizio potere amministrativo). In definitiva l'atipicità della tutela cautelare dimostra che l'annullamento ha in sé una quota, più o meno ampia, di accertamento, non che il processo amministrativo conosca l'azione di accertamento atipica.

La previsione innominata della sentenza di condanna non può che essere letta in combinazione con la previsione dell'azione di condanna, tipizzata attraverso il vincolo di contestualità con altra azione o con l'espresso riconoscimento dell'azione risarcitoria autonoma, ragion per cui la tutela di

⁴⁷ Nello stabilire 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”*, l'art. 113, comma 3 Cost. indica chiaramente che la tutela di annullamento è graduabile – quanto ad ambito di applicazione ed efficacia – dal legislatore, sicché non si può pensare che l'interprete possa, in nome di generiche esigenze di pienezza della tutela giurisdizionale, scavalcare le scelte del legislatore.

accertamento contemplata dal Codice è quella strumentale all'azione di condanna come in esso prevista. D'altra parte, fino all'introduzione esplicita nello stesso art. 34, comma 1, lett. c) dell'azione di adempimento, la previsione del potere di condanna all'adozione di misure idonee era interpretata proprio in riferimento a detta azione.

L'art. 100 c.p.c. fissa un condizione dell'azione e ne presuppone l'esistenza, non certo può valere a fondarla. Esso, inoltre, trova applicazione per qualsiasi domanda processuale ed ha la funzione di orientare la tutela giurisdizionale all'attuazione del diritto sostanziale per la soluzione di una controversia.

Resta la disposizione di cui all'art. 34, comma 2, secondo cui *“In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”*, che l'Adunanza Plenaria pone a elemento centrale nel suo ragionamento.

3.3.3 Il divieto di pronunciarsi su poteri non esercitati

Ad avviso dell'Adunanza Plenaria l'art. 34, comma 2 mira a evitare che il giudice si sostituisca alla pubblica amministrazione, esercitando una cognizione diretta di rapporti amministrativi non ancora sottoposti al vaglio della stessa, non avrebbe altro spazio applicativo che l'azione atipica di accertamento, essendo tutte le altre dirette a contestare l'intervenuto esercizio (od omesso esercizio) del potere amministrativo.

Tale impostazione è seguita da una parte della dottrina e trova conferma nella relazione di accompagnamento alla versione finale del codice nella quale si afferma che lo scopo della disposizione è quello di *«evitare domande dirette ad orientare l'azione amministrativa pro futuro con palese violazione del principio della divisione dei poteri»*. Il divieto di pronuncia su poteri non esercitati era originariamente previsto nell'ambito dell'azione di accertamento, collocata nel Capo II del Titolo III del codice, e solo a seguito della eliminazione dell'articolo concernente tale azione, la relativa previsione è stato spostata all'interno dell'art. 34 che riguarda le pronunce di accoglimento. La norma, allora, non si riferirebbe al contenuto delle pronunce⁴⁸, essendo volta a rendere inammissibili domande che non abbiano ad oggetto una lesione attuale della posizione soggettiva azionata, ma siano dirette unicamente ad orientare l'azione amministrativa nel corso della sua formazione. Il predetto divieto, pertanto, non opera una volta che la p.a. abbia omesso di esercitare il proprio potere nei tempi prescritti o lo abbia illegittimamente esercitato, poiché, in tali casi, la domanda, anche qualora non si limiti all'accertamento della violazione dell'obbligo di provvedere o all'annullamento del provvedimento, ma tenda ad accertare come il potere avrebbe

⁴⁸ Come, invece, ritiene il Consiglio di Stato.

dovuto essere esercitato in funzione di un comando all'amministrazione, ha ad oggetto una patologia dell'attività amministrativa e non riguarda, perciò, il futuro ma il passato.

Il tentativo di porre la disposizione in esame a fondamento dell'esistenza dell'azione generale di accertamento sconta, innanzitutto, un vizio metodologico. Si vuole desumere dal fatto noto (il limite per il giudice di conoscere rapporti non ancora decisi dall'amministrazione) un fatto ignoto (ammissibilità dell'azione atipica di accertamento), sulla base della regola di inferenza per cui, se non esistesse il fatto ignoto, il fatto noto non avrebbe giustificazione⁴⁹. Sennonché, quando si vuole inferire la causa dall'effetto, secondo il noto meccanismo dell'abduzione, il collegamento tra le due proposizioni non può mai consistere in un nesso di implicazione necessaria, ma solo di derivazione probabilistica. Presentare un ragionamento a ritroso come se fosse un sillogismo è il segno di un difetto di costruzione logica.

A parte questo profilo, ciò che non è dimostrato è proprio la premessa dell'inferenza, ossia che il divieto si riferisca a rapporti non ancora amministrati, astrattamente suscettibili solo di pronunce dichiarative. Invece, la formula "*poteri amministrativi non ancora esercitati*" non vale a identificare rapporti non ancora regolati dall'amministrazione, ossia situazioni giuridicamente rilevanti per le quali non è stata adottata alcuna determinazione⁵⁰. Una prescrizione siffatta sarebbe priva di significato nella giurisdizione amministrativa, il cui oggetto è – ex art. 7, comma 1 – l'esercizio o il mancato esercizio del potere. Se non vi è stato esercizio del potere, quindi attività amministrativa, vi è solo – tutt'al più – un rapporto procedimentale, da cui non può scaturire alcuna controversia conoscibile dal giudice amministrativo: l'art. 7, comma 4 stabilisce che "*Sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni*".

Non è un caso che l'Adunanza Plenaria si sia pronunciata su una fattispecie peculiare, relativa alla tutela del terzo rispetto a una dichiarazione – o segnalazione certificata – di inizio di attività nel periodo intercorrente tra la sua efficacia e il termine assegnato all'amministrazione per l'esercizio dei poteri repressivi. Non ravvisando in tale arco di tempo alcuna forma di tutela tipica per il terzo danneggiato dall'inizio dell'attività, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto esperibile l'azione di accertamento⁵¹, escludendo che ciò fosse impedito dall'art. 34, comma 2, il quale vieta al giudice di

⁴⁹ L'argomentazione del supremo Consesso suona così: «*c'è un limite all'azione di accertamento, allora deve esserci l'azione di accertamento*».

⁵⁰ Salva, ovviamente, l'ipotesi del silenzio.

⁵¹ «Ci si deve allora chiedere se il terzo possa agire in giudizio, nello spatium temporis che separa il momento in cui la d.i.a. produce effetti legittimanti dalla scadenza del termine per l'esercizio del potere inibitorio, al fine di ottenere una pronuncia che impedisca l'inizio o la prosecuzione, con effetti anche irrimediabilmente lesivi dell'attività dichiarata, non essendo accettabile in linea di principio che vi possa essere un "periodo morto" (non coperto cioè neanche dalla tutela ante causam di cui si dirà in seguito) in cui un interesse rimanga privo di tutela. Un'azione deve essere dunque esperibile per garantire la verifica dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto di denuncia. Osserva il Collegio che, non essendosi ancora perfezionato il provvedimento amministrativo tacito e non venendo in rilievo un

emettere sentenza, non decisioni cautelari, anche prima della proposizione della domanda di merito⁵². L'ingegnosa soluzione si fonda sulla circostanza che già con la presentazione della Dia o della Scia nasce il rapporto giuridico amministrativo, decorrendo il termine per l'esercizio dei poteri pubblicistici di intervento, e sussista l'interesse ad agire del terzo⁵³.

In questa costruzione non è difficile, però, ravvisare una contraddizione: da un lato, in precedenza, si sostiene la natura privatistica della Dia/Scia, come istituti di liberalizzazione, con la conseguenza che la posizione dell'interessato allo svolgimento dell'attività – e a maggior ragione quella del terzo ad opporvisi – non può che essere di diritto soggettivo; dall'altro si ritiene che, prima dell'intervento amministrativo, espresso o tacito, la tutela del terzo sia assicurata da un'azione dichiarativa dinanzi al giudice amministrativo.

silenzio-rifiuto, l'unica azione esperibile è l'azione di accertamento tesa ad ottenere una pronuncia che verifichi l'insussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto della denuncia, con i conseguenti effetti conformativi in ordine ai provvedimenti spettanti all'autorità amministrativa».

⁵² «Si deve a questo punto valutare se, nel caso della d.i.a., l'esperimento, da parte del terzo, di un'azione di accertamento volta ad evitare gli effetti lesivi derivanti dall'esercizio dell'attività nel limitato arco di tempo prima descritto, violi il limite sancito dal citato art. 34, comma 2, del codice.

Tale norma è contenuta in una disposizione relativa alle sentenze di merito e fa divieto al giudice di pronunciare su "poteri non ancora esercitati". È indubbio, quindi, che fino al termine di conclusione del procedimento il giudice non possa adottare una pronuncia di merito. Tale impedimento cessa però alla scadenza del termine predetto, che implica la definizione della procedura con l'esercizio del potere nei sensi prima esposti. Per i ricorsi proposti anteriormente all'esercizio del potere inibitorio e a partire dal momento in cui la d.i.a. produce effetti giuridici legittimanti si deve fare applicazione del consolidato insegnamento giurisprudenziale che distingue tra i presupposti processuali - ossia i requisiti che devono sussistere ai fini della instaurazione del rapporto processuale - che devono esistere sin dal momento della domanda, e le condizioni dell'azione - ossia i requisiti della domanda che condizionano la decidibilità della controversia nel merito - che devono esistere al momento della decisione (cfr. Cass., sez. I, 9 ottobre 2003, n. 15082; conf. Cass. 8338/2000; 4985/1998; Sez. un. 1464/1983; 3940/1988; Cass., Sez. lav., n. 1052/1995). Nella specie, la scadenza del termine di conclusione del procedimento è un fatto costitutivo integrante una condizione dell'azione che, ai sensi del disposto dell'art. 34, comma 2, cit., deve esistere al momento della decisione. Ne deriva che l'assenza del definitivo esercizio di un potere ancora in fieri, afferendo ad una condizione richiesta ai fini della definizione del giudizio, non preclude l'esperimento dell'azione giudiziaria anche se impedisce l'adozione di una sentenza di merito ai sensi del citato capoverso dell'art. 34.

Per converso, in ossequio ai principi prima ricordati in tema di effettività e di pienezza della tutela giurisdizionale, di cui la tutela interinale è declinazione fondamentale, il giudice amministrativo può adottare, nella pendenza del giudizio di merito, le misure cautelari necessarie, ai sensi dell'art. 55 del codice del processo amministrativo, al fine di impedire che, nelle more della definizione del procedimento amministrativo di controllo e della conseguente maturazione della condizione dell'azione, l'esercizio dell'attività denunciata possa infliggere al terzo un pregiudizio grave ed irreparabile. Sono adottabili, a fortiori, misure cautelari ante causam, al fine di assicurare gli effetti della sentenza di merito, in presenza dei presupposti all'uopo sanciti dall'art. 61 del codice del processo amministrativo. La proposizione della domanda ante causam può essere idonea a soddisfare l'esigenza di piena tutela del terzo anche senza la proposizione dell'azione di accertamento laddove i termini di legge (art. 61, comma 5) entro i quali la misura provvisoria conserva i suoi effetti prima dell'introduzione del giudizio di merito relativo al silenzio provvedimentale, siano in concreto compatibili con la preservazione delle ragioni interinali del terzo».

⁵³ «La possibilità di adottare misure cautelari prima della definizione del procedimento amministrativo è confortata anche dalla considerazione che la misura provvisoria si appunta su un rapporto amministrativo già sottoposto al vaglio della pubblica amministrazione con la presentazione della denuncia di inizio attività e con la conseguente attivazione della procedura amministrativa finalizzata all'adozione degli eventuali provvedimenti inibitori. Se si aggiunge che l'interesse del terzo ad agire insorge sin da quanto il denunciante è abilitato all'esercizio dell'attività lesiva, si deve concludere che l'azione di accertamento proposta in via anticipata consente l'adozione di misure cautelari che, lungi dall'implicare una non consentita sostituzione nell'esercizio del potere di controllo, mira ad evitare che l'utilità dell'eventuale adozione della misura inibitoria adottata all'esito dell'esercizio del potere possa essere vanificata dagli effetti medio tempore sortiti dall'applicazione dell'attività denunciata».

La contraddizione è stata prontamente rivelata dal legislatore, che, con il nuovo comma 6-ter dell'art. 19 della l. 241/90 ha negato la premessa di tutta la costruzione, ossia la qualificazione dell'inerzia nell'esercizio dei poteri repressivi come diniego tacito, e soprattutto, per quanto qui interessa, ha modificato l'art. 133, comma 1, lett. a-3) CPA, restringendo la giurisdizione esclusiva ai soli casi di esercizio od omesso esercizio dei poteri amministrativi. Ciò comporta che prima della scadenza del termine per l'esercizio dei poteri repressivi non vi è giurisdizione amministrativa e tanto meno azione di accertamento del terzo davanti al giudice amministrativo, essendo piuttosto configurabile un'azione – anche cautelare – davanti al giudice ordinario.

L'interpretazione corretta dell'art. 34, comma 2 è nel senso che lo stesso inibisce al giudice amministrativo – quale che sia la statuizione a lui demandata – di pronunciarsi sulla quota di potere amministrativo che non sia stato esercitato nella concreta attività sottoposta al suo sindacato. Non, dunque, poteri *mai esercitati*, bensì poteri non *ancora esercitati*, come la lettera della disposizione prevede.

Si tratta, in sostanza, del fenomeno per cui l'attività amministrativa concretamente posta in essere raramente realizza in tutta la sua latitudine il potere conferito dalla legge, sicché la cognizione del giudice non può andare a toccare spazi estranei al potere effettivamente esercitato, perché svolgerebbe una funzione sostanzialmente amministrativa.

Tale limite, dunque, va ricostruito mettendo la disposizione in continuità storica con la previsione contenuta negli artt. 45 del r.d. 1054 del 1924 e 26 della legge n. 1034 del 1971, secondo cui l'annullamento del provvedimento impugnato lascia salvi gli ulteriori atti dell'autorità amministrativa. Tale previsione non è stata ripetuta, essendo incompatibile con le ipotesi in cui il giudice amministrativo può spingersi a scrutinare il potere in tutta la sua ampiezza, condannando l'amministrazione ad adottare un dato provvedimento. Più in generale, un'enunciazione siffatta sarebbe stata incoerente con la trasformazione del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto. Ma resta fermo che la pronuncia sulla legittimità di un provvedimento non può consumare un potere e l'art. 34, comma 2 vale, appunto, ad assicurare che il giudice non si ingerisca nell'attività amministrativa laddove questa non sia esaurita.

Né vale obiettare che tale risultato sarebbe già garantito dall'art. 31, comma 3, richiamato dall'art. 34, comma 1, lett. c), ossia dai limiti posti all'azione di adempimento, poiché la portata delle due disposizioni è diversa. Infatti l'art. 34, comma 2 si riferisce a tutti i poteri amministrativi, comprendendo anche quelli vincolati, ed ha una portata generale, valevole per ogni tipo di sentenza del giudice, non solo per quelle di condanna in forma specifica. Ne discende che il divieto di pronunciarsi su poteri non ancora esercitati si applica:

- anche nei confronti dell'attività vincolata, sicché l'art. 31, comma 3 deve essere interpretato nel senso che il giudice può condannare all'adozione di un provvedimento vincolato quando l'accertamento sottostante si traduce in una pura operazione di sussunzione dei fatti nelle norme, rispetto alla quale l'erroneo o l'omesso esercizio del potere vincolato è sufficiente a ravvisare l'esaurimento del potere;

- anche per le pronunce di condanna in forma generica, come nell'ipotesi di risarcimento del danno per equivalente, dove fa sì che la ricostruzione virtuale del potere – sottesa al riconoscimento dell'ingiustizia del danno nei casi di illegittimo diniego – resti un'operazione ipotetica, priva di effetti sul rapporto giuridico con l'amministrazione.

L'art. 34, comma 2, quindi, non riguarda i casi in cui l'attività amministrativa non sia stata svolta, ma quelli in cui il suo svolgimento non abbia consumato il potere, ragion per cui rappresenta un limite per il giudice su qualsiasi tipo di domanda processuale che abbia ad oggetto un potere non esaurito.

Il punto nodale della tutela nella giurisdizione di legittimità è quello che la cognizione investe un rapporto giuridico che si configura sulla base dello schema norma-potere-effetto, per cui l'accertamento esiste nella misura in cui il potere si è invero in una fattispecie produttiva di effetti. L'azione generale di accertamento non è contemplata perché il giudice scruta una realtà dinamica, non statica, sicché egli può esaminare il potere nel suo farsi atto, non il potere in quanto tale e il suo virtuale rapporto con l'interesse sostanziale del ricorrente.

Questi concetti risulteranno più chiari dopo aver approfondito la struttura sillogistica del giudizio amministrativo ed il suo oggetto⁵⁴.

In conclusione, nella giurisdizione su interessi legittimi, ammettere l'azione generale di accertamento implicherebbe concedere un'autorizzazione in bianco al giudice amministrativo di conoscere il potere amministrativo al di là dell'atto o del comportamento tenuti, dunque sostituendosi all'amministrazione, che ha esercitato una frazione del potere – quella che ha dato vita all'effetto – e, però, lo vede esaminato nella sua interezza.

Per ammettere l'azione generale di accertamento del rapporto, occorrerebbe una modifica di diritto sostanziale, obbligando l'amministrazione a esercitare il potere in tutta la sua latitudine quando agisce nel caso concreto⁵⁵.

Una prescrizione siffatta, oltre a smentire i tradizionali principi di necessità e continuità dell'azione amministrativa, comporterebbe un aggravamento del procedimento amministrativo che non appare

⁵⁴ Cap. XXIV, § 1.3 e 3.3.4.

⁵⁵ Tecnicamente, ciò potrebbe realizzarsi attraverso l'obbligo di indicare nel preavviso di rigetto e nel provvedimento finale tutti i motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza, fissando una preclusione in caso di inosservanza. Analogo obbligo, però, andrebbe fissato nelle funzioni restrittive.

né opportuno⁵⁶, né sostenibile⁵⁷. Inoltre, sancirebbe la morte della discrezionalità amministrativa: se la discrezionalità consiste nella scelta tra più decisioni giuridicamente corrette, consumare il potere in occasione del suo primo concreto esercizio, significherebbe perdere la possibilità – qualora la decisione presa risulti viziata da eccesso di potere – di rinnovare la scelta, ossia perdere la prerogativa della discrezionalità.

3.4 Azioni ordinatorie

Le azioni ordinatorie sono quelle con cui una parte chiede al G.A. la condanna della P.A. ad effettuare una prestazione, di natura privatistica o pubblicistica.

La condanna a prestazioni di natura privatistica, ovviamente, può riguardare solo la giurisdizione su diritti. Anzi, per lungo tempo l'azione di condanna è stata configurabile solo nelle controversie su diritti, ai sensi dell'abrogato art. 26, comma 3 della legge n. 1034/71: *“Il tribunale amministrativo regionale nella materia relativa ai diritti attribuiti alla sua competenza esclusiva e di merito può condannare l'amministrazione al pagamento delle somme di cui risulti debitrice”*.

Per contro, l'impianto tradizionale della giurisdizione di legittimità ignorava l'azione di condanna ancor più dell'azione di accertamento, rispetto a cui la condanna costituisce un *posterius*.

L'azione di condanna pubblicistica ha fatto la sua comparsa nell'ordinamento con il diritto di accesso, agevolata dall'essere il potere amministrativo fronteggiante l'accesso interamente vincolato.

La rottura con la tradizione è avvenuta ad opera della legge n. 205/00, che ha introdotto nell'ordinamento processuale due azioni già elaborate sulla base di norme sostanziali, ossia il ricorso avverso il silenzio e la domanda di risarcimento del danno, anche in forma specifica.

La domanda di risarcimento del danno rimane ancorata a una prospettiva privatistica, poiché traduce nel processo amministrativo una tutela civilistica, configurandosi come il prodotto dell'interazione di due direttive: quella patrimonialistica del danno, e quella amministrativistica dell'esercizio illegittimo del potere, che convergono nel momento del giudizio sulla spettanza del bene della vita, *id est* sull'ingiustizia della lesione dell'interesse legittimo.

È stata l'estensione del giudizio sul silenzio all'accertamento della fondatezza dell'istanza a rappresentare il punto di svolta, aprendo le porte alla cd. azione di adempimento, sfociante

⁵⁶ L'analisi costi/benefici di siffatta soluzione dovrebbe tenere conto che solo in un limitato numero di casi sorge un contenzioso, mentre l'obbligo riguarderebbe l'intera attività amministrativa.

⁵⁷ L'istruttoria amministrativa si gonfierebbe a dismisura e i tempi della decisione si allungherebbero, poiché l'organo competente dovrebbe – qualora intendesse provvedere in senso sfavorevole all'interessato – considerare tutti i possibili motivi emergenti dall'istruttoria, senza fermarsi a quello ritenuto assorbente.

nell'emanazione di un ordine avente ad oggetto un *facere* specifico nei confronti della pubblica amministrazione.

Queste novità sono convogliate nell'art. 30 CPA, il cui comma 1 stabilisce che “*L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma*”. Tuttavia, a fronte di una previsione generalizzata dell'azione di condanna, la circostanza che i commi seguenti si occupino solo dell'azione risarcitoria costringe l'interprete a cercare altrove per individuare le tipologie di domande proponibili. Infatti, se l'azione di condanna autonoma nella giurisdizione di legittimità è solo quella al risarcimento del danno⁵⁸, è evidente che restano da individuare tutte le azioni proponibili contestualmente ad altra azione.

L'elenco delle azioni di condanna si può ricavare dall'art. 34, comma 1 CPA: “*In caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda: [...]*

b) ordina all'amministrazione, rimasta inerte, di provvedere entro un termine;

c) condanna al pagamento di una somma di denaro, anche a titolo di risarcimento del danno, all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e dispone misure di risarcimento in forma specifica ai sensi dell'articolo 2058 del codice civile. L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio; [...]”.

A parte le pronunce in materia di risarcimento del danno o rese su controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi (cui sembra esclusivamente riferirsi la previsione di misure atipiche contenuta nel primo periodo della lett. c⁵⁹), la disposizione contempla le decisioni nei ricorsi diretti all'accertamento dell'obbligo di provvedere e l'azione di adempimento, che comprende le ipotesi già specificamente previste dall'ordinamento e quella, generale, di condanna al rilascio del

⁵⁸ Per l'azione risarcitoria v. cap. XXII, § 12.

⁵⁹ Questa interpretazione non è pacifica.

Inizialmente si riteneva che all'interno della previsione si celasse proprio l'azione di adempimento, sicché l'espressa introduzione di quest'ultima, limitatamente agli interessi pretensivi, porterebbe oggi a riferire le misure atipiche a quelle di stampo ordinatorio conseguenti all'annullamento di provvedimenti restrittivi, quando occorra reintegrare il ricorrente nella situazione – anche materiale – anteriore al provvedimento. Allora, ai sensi di tale previsione, troverebbe spazio la condanna ad attività amministrative a carattere ripristinatorio. La differenza con le misure attuative del giudicato, volte ad assicurare l'effetto ripristinatorio della sentenza di annullamento, risiederebbe nella portata cogente del comando scaturente dalla sentenza di condanna, la quale presupporrebbe l'esaurimento della discrezionalità amministrativa sul caso concreto, nel senso che sarebbe precluso all'autorità di adottare un nuovo provvedimento restrittivo.

Altra tesi, facendo leva sulla collocazione della previsione tra la condanna risarcitoria pecuniaria e quella in forma specifica, la riferisce proprio al risarcimento dei danni, al fine di legittimare la pronuncia di misure riparatorie atipiche, quali l'ordine di pubblicare l'estratto della sentenza sulla stampa, la fissazione giudiziale di termini, la condanna a prestazioni di *facere* diverse dall'adozione di provvedimenti. Tale opinione muove dalla distinzione tra tutela risarcitoria in forma specifica e adempimento dell'obbligo di provvedere nascente dall'effetto ripristinatorio o conformativo della sentenza, giungendo alla conclusione che le “misure idonee” abbiano carattere risarcitorio specifico e non reintegratorio.

provvedimento richiesto. Ravvisato un rapporto di *genus a species*, è quest'ultima ad avere priorità sul piano logico.

3.4.1 Rilascio del provvedimento

L'ammissibilità dell'azione di adempimento è stato un tema tra i più discussi nel periodo immediatamente antecedente all'entrata in vigore del Codice⁶⁰.

La dottrina favorevole alla sua ammissibilità aveva prima utilizzato l'art. 7, comma 3 della legge n. 1034/71, introdotto dalla legge n. 205 del 2000 ("*Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica*"), poi l'art. 2, comma 5 della legge n. 241/90, introdotto dalla legge n. 80 del 2005.

Come più volte menzionato, è stato proprio nel giudizio sul silenzio che si è riconosciuta la possibilità di definire compiutamente la fattispecie sostanziale in sede di cognizione, sfidando l'apparente paradosso per cui, proprio là dove l'esercizio del potere è stato omesso, il giudice può compiutamente ricostruirne il modo d'essere.

Tuttavia, l'opinione circa la possibilità di estendere in via interpretativa tale potere al giudizio di annullamento era minoritaria in giurisprudenza, attesi i limiti formali derivanti dalla salvezza del potere amministrativo all'esito dell'annullamento dell'atto illegittimo e dalla riserva amministrativa sull'esecuzione delle sentenze.

Il Codice ha abrogato le relative disposizioni e introdotto una serie di novità che hanno trasformato il volto del processo amministrativo. L'azione di adempimento figurava tra queste nel progetto elaborato dall'apposita Commissione⁶¹, ma fu eliminata nel testo approvato dal Governo.

Ciò nondimeno, già prima che l'art. 1 del d.lgs. n. 160 del 2012 la codificasse espressamente, la giurisprudenza del Consiglio di Stato nella massima composizione aveva sostenuto che l'azione di adempimento fosse stata riconosciuta, pronunciandosi prima incidentalmente all'inquadramento dell'azione risarcitoria⁶², poi *ex professo* nel disegnare la tutela del terzo in materia di Dia/Scia⁶³.

⁶⁰ Cfr. F. MERUSI, *Verso un'azione di adempimento?*, in *Il processo amministrativo*, in *Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979, p. 331 e seg.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna, VI ed., 2002, p. 89.

⁶¹ L'art. 40, che prevedeva la condanna all'emanazione del provvedimento richiesto, in ipotesi di illegittimo diniego e sempre che fosse accertata la sua spettanza, secondo il modello previsto in Germania nella legge sul processo amministrativo.

⁶² Cons. Stato, Ad. Pl., n. 3 del 2011: «Deve, inoltre, rilevarsi che il legislatore, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto. Ciò è desumibile dal combinato disposto dell'art. 30, comma 1, che fa riferimento all'azione di condanna senza una tipizzazione dei relativi contenuti (sull'atipicità di detta azione si sofferma la relazione governativa di accompagnamento al codice) e dell'art. 34, comma 1, lett. c), ove si stabilisce che la sentenza di

Come anticipato, oggi l'art. 34, comma 1, lett. c) stabilisce che *“L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio”*.

L'azione generale di adempimento è ammessa, dunque, solo nelle controversie su interessi pretensivi, a completamento della tutela costitutiva o di accertamento avente ad oggetto, rispettivamente, l'illegittimità del diniego o dell'inerzia.

Ciò ne scalfisce, se non la portata generale, la natura atipica, apparendo del tutto improprio invocare l'atipicità per una forma di tutela processuale ben definita, nel risultato a cui mira e nell'ambito di applicazione.

Ciò nondimeno si segnala un orientamento che, facendo leva sull'ammissibilità dell'azione atipica di accertamento, giunge ad estendere la portata dell'azione di adempimento: «Viene in tal guisa codificata la domanda di condanna ad un fare specifico avente ad oggetto l'emanazione del provvedimento doveroso omesso. Infatti, la disposizione, nella misura in cui detta i limiti processuali e sostanziali dell'azione di condanna pubblicistica, presuppone e, quindi, riconosce la sperimentabilità di siffatta tecnica di protezione dell'interesse legittimo pretensivo anche al di fuori del caso, già codificato dall'art. 31, della maturazione di un silenzio-rifiuto. [...]

La contestuale proposizione, in sede di ricorso originario, dell'azione di condanna e dell'azione di accertamento atipica, assicura altresì il rispetto del limite processuale, rappresentato dalla necessità che detta azione di condanna, non esperibile in via autonoma, si accompagni ad altra azione di cui rappresenti il completamento nell'ambito dello stesso processo.

Va soggiunto che non osta alla praticabilità del rimedio in esame la dedotta assenza di una richiesta, da parte dei ricorrenti originari, di indizione delle elezioni e la formazione del correlativo silenzio amministrativo secondo la procedura di cui al combinato disposto dell'articolo 2 della legge 7

condanna deve prescrivere l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio (cfr., già con riguardo al quadro normativo anteriore, Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139; 9 febbraio 2009, n. 717)».

⁶³ Cons. Stato, Ad. Pl., n. 15 del 2011: «6.4.2. Applicando dette coordinate ermeneutiche al caso che ne occupa si deve concludere che il terzo è legittimato all'esercizio, a completamento ed integrazione dell'azione di annullamento del silenzio significativo negativo, dell'azione di condanna pubblicistica (cd. azione di adempimento) tesa ad ottenere una pronuncia che imponga all'amministrazione l'adozione del negato provvedimento inibitorio ove non vi siano spazi per la regolarizzazione della denuncia ai sensi del comma 3 dell'art. 19 della legge n. 241/1990. La proposizione di detta azione è, infatti, coerente, sul piano processuale, con il ricordato disposto dell'art. 30, comma 1, del codice, trattandosi di domanda proposta contestualmente a quella di annullamento. Risultano rispettati anche i limiti posti dall'art. 31, comma 3, visto che lo *jussum* giurisdizionale non produce un'indebita ingerenza nell'esercizio di poteri discrezionali riservati alla pubblica amministrazione ma, sulla scorta dell'accertamento dell'esistenza dei presupposti per il doveroso potere inibitorio, impone una determinazione amministrativa non connotata da alcun profilo di discrezionalità. Si deve soggiungere che tale soluzione, anticipando alla fase della cognizione un effetto conformativo da far valere altrimenti nel giudizio di ottemperanza, consente un'accelerazione della tutela coerente, oltre che con il generale principio di effettività della tutela giurisdizionale, con la stessa propensione mostrata dal codice (cfr. art. 34, comma 1, lett. e) a trasfondere nel contenuto della sentenza di cognizione l'adozione di misure attuative tradizionalmente proprie dell'esecuzione. Alla stregua di consolidati principi giurisprudenziali, la proposizione di detta azione di condanna, in aggiunta e a completamento di quella di annullamento, deve essere valutata sulla scorta dell'apprrezzamento della portata effettiva del ricorso alla luce del *petitum* sostanziale in esso contenuto».

agosto 1990, n. 241 e degli artt. 31 e 117 del codice del processo amministrativo, in quanto viene nella specie in rilievo l'omessa adozione di un atto nei tempi imposti dalla legge, ex se idonea a ledere l'interesse dei ricorrenti e a legittimare alla proposizione del generale rimedio volto ad ottenere una pronuncia che imponga all'amministrazione l'esercizio doveroso del potere.

2.2.3. La portata atipica delle azioni di accertamento e di condanna fuga ogni dubbio in merito alla relativa proponibilità anche in materia elettorale.

Si deve, infatti, ritenere che l'elettore, legittimato, ex art. 130 del codice del processo amministrativo, a dedurre l'illegittimità degli atti del procedimento elettorale, sia *a fortiori* facultizzato – secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata sensibile ai principi di pienezza, effettività e tempestività della tutela giurisdizionale – a contrastare le condotte che illegittimamente impediscono o ritardano lo stesso avvio del procedimento elettorale»⁶⁴.

Senonché, a prescindere da quanto già osservato in ordine all'inammissibilità dell'azione atipica di accertamento nel vigente sistema, l'art. 34, comma 1, lett. c) è chiaro nel senso di autorizzare l'azione di adempimento solo in connessione con l'azione di annullamento o con il ricorso avverso il silenzio e tale specificazione appare tanto più da prendere alla lettera ove si consideri che l'art. 30, comma 1 prevede genericamente che l'azione di condanna possa essere proposta contestualmente ad altra azione.

In definitiva l'azione generale di adempimento si configura come azione a struttura complessa, derivante da un cumulo di domande, tese a valutare prima l'illegittimità del diniego o dell'inerzia sull'istanza di rilascio di un provvedimento e poi la fondatezza della pretesa sottostante a detta istanza.

Il rapporto tra azione di annullamento e azione di adempimento è chiaramente delineato dal Codice, che individua nella prima un presupposto della seconda. La domanda di adempimento, dunque, è necessariamente complementare a quello di annullamento, ponendosi come una tutela più avanzata. In ragione di questa regola, deve escludersi che l'introduzione dell'azione di adempimento abbia comportato un limite per quella di annullamento, nel senso che l'esame di quest'ultima possa essere condizionato da una valutazione sulla spettanza del provvedimento richiesto. In tal modo si invertirebbe l'ordine logico stabilito dal legislatore e si rinnegherebbe l'autonomia dell'azione di annullamento, la cui proposizione è sufficiente a radicare l'interesse a ricorrere, poiché nel nostro sistema di giustizia amministrativa l'annullamento del provvedimento di diniego costituisce di per sé un bene della vita.

⁶⁴ Cons. Stato, sez. V, n. 6002 del 2012.

Nel caso di specie il TAR aveva accertato l'obbligo del Presidente dimissionario della Regione Lazio di provvedere all'immediata indizione delle elezioni regionali, ordinando di procedervi in modo da assicurarne lo svolgimento entro il più breve termine possibile tecnicamente compatibile con gli adempimenti previsti dalla normativa vigente in materia di operazioni elettorali. Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello.

Non è definito, invece, il rapporto tra azione adempimento e azione risarcitoria, che non si pongono in una sequenza progressiva, ma mirano a utilità distinte o addirittura incompatibili.

Così, se l'interessato sceglie la tutela per equivalente integrale, l'azione di adempimento è inevitabilmente esclusa, poiché la domanda risarcitoria copre l'intero danno derivante dal mancato rilascio del provvedimento.

Se, invece, l'interessato mira al rilascio del provvedimento, potrà proporre domanda di risarcimento del danno da ritardo, insieme alla domanda di annullamento e a quella di adempimento.

Infine, nell'ipotesi in cui il risarcimento del danno non sia stato chiesto o sia stato chiesto limitatamente al danno da ritardo, ma il rilascio del provvedimento è diventato impossibile o non è più utile per il ricorrente, il giudice non può convertire l'azione di adempimento in quella di risarcimento del danno derivante dal mancato rilascio del provvedimento, attesa la diversità di natura e di oggetto delle due azioni. Potrà, però, accertare la fondatezza della pretesa, ai fini di un eventuale risarcimento del danno da domandare nel termine previsto dall'art. 30, comma 5.

Parte della dottrina ritiene che il giudice, in accoglimento di una domanda di adempimento, possa adottare pronunce di tipo costitutivo, finalizzate a far conseguire immediatamente il provvedimento richiesto, a titolo di esecuzione anticipata, sempre che la controversia rientri nella giurisdizione di merito, posto che tali pronunce hanno natura sostitutiva.

Tuttavia, sussistendo giurisdizione di merito, la possibilità di adottare pronunce costitutive non sarebbe altro che l'esplicazione dei poteri espressamente previsti nell'ambito del tale cognizione, dove il giudice può svolgere un sindacato senza limiti sul potere amministrativo, che sfoci nella diretta emanazione del provvedimento richiesto dal ricorrente.

Per quanto attiene ai limiti all'azione derivanti dal richiamo all'art. 31, comma 3, vale quanto detto a proposito di tale disposizione, salvo aggiungere che la discrezionalità può risultare esaurita nell'ambito dello stesso processo in cui è stata domandata la condanna, come effetto della cognizione operata dal giudice nella complementare azione di annullamento.

Nella prassi, qualche difficoltà si pone nel riscontrare detto presupposto nell'ipotesi di successive sentenze di annullamento, che non consumino interamente la discrezionalità amministrativa a causa della condotta procedimentale del soggetto pubblico, che non esponga in sede di preavviso di rigetto o nel provvedimento finale tutte le ragioni che ostano all'accoglimento dell'istanza. Sebbene, anche dopo l'introduzione dell'art. 10-*bis* l. 241/90, si ritiene che l'amministrazione non esaurisca con il primo diniego la propria discrezionalità, tuttavia un orientamento giurisprudenziale già anteriore⁶⁵ afferma che, dopo il primo annullamento (cui sarebbe equiparabile l'ordinanza cautelare di riesame), essa debba riesaminare l'affare nella sua interezza, sollevando tutti i motivi

⁶⁵ Cons. Stato, sez. V, n. 134 del 1999; Cons. Stato, sez. VI, n. 7858 del 2004.

ostativi all'accoglimento, non potendo poi tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non esaminati. La giurisprudenza appare favorevole ad applicare il potere di condanna anche a queste ipotesi, sulla premessa che il riesercizio del potere amministrativo è oramai precluso⁶⁶.

3.4.2 Accesso ai documenti

Il giudizio sull'accesso è stato già trattato nell'apposita sede⁶⁷. Qui conviene sviluppare l'argomento dal punto di vista della tecnica di tutela.

Punto di partenza dell'analisi è quanto stabilito dal Codice, agli artt. 133, comma 1, lett. a-6) e 117, secondo cui:

- le controversie relative all'accesso sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo;
- l'azione si propone mediante ricorso contro le determinazioni o contro il silenzio sulle istanze diritto di accesso, da notificare nel termine di trenta giorni all'amministrazione e ad almeno un controinteressato
- il giudice amministrativo, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti richiesti.

A ciò si può aggiungere il consolidato orientamento giurisprudenziale per cui, indipendentemente dalla qualificazione dell'accesso come diritto soggettivo (tesi oramai largamente prevalente) o interesse legittimo, il termine ha natura perentoria, nel senso che la sua inosservanza determina decadenza dall'azione.

La *actio ad exhibendum* ha struttura impugnatoria, ma dà luogo ad una condanna all'esibizione dei documenti, conseguente ad un giudizio sulla spettanza del bene della vita. Ciò emerge nitidamente dal raffronto tra la formulazione originaria dell'art. 25, comma 6 della legge 241/90 (*"In caso di totale o parziale accoglimento del ricorso il giudice amministrativo, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti"*) a quella poi transitata nel Codice (*"Il giudice amministrativo, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti richiesti"*). Solo in apparenza le due disposizioni sono equivalenti, perché l'eliminazione del riferimento all'accoglimento del ricorso e, dunque, all'annullamento dell'illegittimo diniego, indica la separazione tra la pronuncia di

⁶⁶ TAR Lombardia 1428/11. Nel caso in esame il Ministero dell'interno aveva rigettato l'istanza di trasferimento di un agente di polizia per gravi motivi familiari ai sensi dell'art. 55, comma 4, del D.P.R. 335/82, reiterando tale decisione a seguito dell'ordinanza che ordinava il riesame ritenendo il diniego non motivato. Giudicati illegittimi entrambi i dinieghi, il TAR ha ritenuto che la discrezionalità amministrativa fosse esaurita, e che, non essendo emersi motivi ostativi al trasferimento, la pretesa fosse fondata, condannando l'amministrazione a disporre il trasferimento del ricorrente presso qualsiasi ufficio o reparto della Polizia di Stato prossimo a quello richiesto tale da consentire allo stesso l'assistenza nei confronti del genitore.

⁶⁷ Cap. XIV, § 6.1 e 6.2.

annullamento e l'ordine di esibizione, possibile solo dopo l'accertamento sui presupposti. Per il ricorrente è prevista una tutela più ampia di quella ordinaria di annullamento, perché con la fase di accertamento e di condanna è possibile attribuire in giudizio l'intero ristoro della lesione subita.

Da ciò non è mancato chi ha argomentato che una domanda di mero annullamento del diniego di accesso (ad esempio per difetto di motivazione, oppure per vizio del procedimento) sarebbe inammissibile. Questa ricostruzione non considera che l'accertamento della posizione giuridica del ricorrente, e della sua prevalenza su altri interessi, richiede comunque un annullamento del diniego, perché preliminarmente si deve verificare la violazione delle disposizioni sull'accesso. Non si potrebbe escludere, poi, che lo stesso ricorrente intenda ottenere il solo annullamento, per riaprire il dialogo con l'amministrazione, almeno nelle parti in cui possano emergere aspetti di discrezionalità tecnica nella decisione sull'*an, quid, quomodo* dell'accesso.

Ulteriore ipotesi in cui oggetto del giudizio di accesso è la sola illegittimità del provvedimento è quella in cui l'accesso sia stato consentito e il titolare del diritto alla riservatezza lo impugni, lamentando la violazione delle regole del procedimento seguito dall'amministrazione, senza chiedere alcun accertamento della prevalenza del proprio interesse alla non accessibilità dei documenti. La pretesa del ricorrente ha carattere strumentale ed è diretta al solo annullamento della determinazione conclusiva del procedimento. A fronte di una domanda così delimitata, il giudice non potrebbe esaminare, di ufficio, la questione riguardante l'effettiva prevalenza del diritto alla riservatezza sul diritto di accesso.

La cognizione del giudice, dunque, può arrestarsi alla verifica di legittimità della determinazione amministrativa sull'accesso oppure andare oltre, e solo dall'oggetto della domanda può ricavarsi l'ampiezza dei suoi poteri di decisione.

Indiscutibilmente l'ipotesi principale è quella in cui chi ha chiesto l'accesso intende contestare il diniego, espresso o tacito, dell'amministrazione.

Nel rito ordinario, in caso di impugnazione di un atto negativo, la tesi tradizionale è nel senso che l'accertata illegittimità dell'atto non comporta di per sé l'accertamento della doverosità dell'adozione di un provvedimento favorevole all'interessato, perché, in relazione al tipo di vizio accertato e al carattere vincolato o discrezionale dell'attività, l'amministrazione potrebbe essere autorizzata ad assumere una nuova determinazione, eventualmente ancora sfavorevole al richiedente, ma adeguatamente motivata e basata sulla corretta riedizione del potere.

Invece, nel giudizio in materia di accesso, l'ordine di esibire i documenti diventa la regola. Ma il giudice, per adottare la statuizione ordinatoria, deve verificare che ne "*sussistano i presupposti*". Questa condizione indicherebbe, quindi, la necessità di accertare, in concreto, se sia fondata, o meno, la pretesa all'accesso.

Seguendo questa impostazione, allora, l'effettività della tutela si carica di un peculiare valore, costituito dalla profondità della cognizione, estesa al "rapporto amministrativo" e non limitata alla valutazione della legittimità dell'atto contestato⁶⁸.

Non va trascurato, però, che sussistono ancora molti dubbi sul concreto modo di operare della formula del giudizio sul rapporto. A rigore, essa potrebbe anche ritorcersi contro lo stesso ricorrente, in modo da negare la tutela qualora non sia dimostrata la fondatezza della pretesa, nonostante l'illegittimità del diniego (si pensi al caso in cui l'accesso sia stato erroneamente negato per un insussistente difetto di legittimazione del richiedente, ma il giudice ritenga non adeguatamente dimostrata la sussistenza degli altri presupposti).

In particolare restano poco chiari gli aspetti relativi al principio della domanda e all'onere di prova, o quanto meno, di allegazione, gravante sulle parti. Al riguardo il problema è duplice: in primo luogo ci si domanda se l'Amministrazione possa dedurre, in giudizio, nuove ragioni ostative all'accesso; in secondo luogo se il giudice possa stabilire, d'ufficio, che non sussistano i presupposti per consentire l'accesso.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato è incline a dare risposta affermativa ad entrambi i quesiti, con motivazioni che meritano di essere valutate con attenzione, perché, individuando l'oggetto processuale nel rapporto, da un lato saltano lo schermo del provvedimento in nome dell'effettività della tutela, dall'altro finiscono per ammettere che il privato può perdere anche quando la P.A. agisce illegittimamente.

Ad avviso di Palazzo Spada⁶⁹ il giudizio in materia di accesso ai documenti, anche se si atteggia come impugnatorio, in quanto il ricorso è rivolto contro l'atto di diniego o il silenzio-diniego, formatosi sulla relativa istanza, e deve essere presentato nel termine perentorio di 30 giorni, è sostanzialmente rivolto ad accertare la sussistenza o meno del titolo all'accesso nella specifica situazione alla luce dei parametri normativi, indipendentemente dalla maggiore o minore correttezza delle ragioni addotte dall'amministrazione per giustificare il diniego, tanto è vero che anche nel caso di impugnativa del silenzio-diniego l'Amministrazione può dedurre in giudizio le ragioni che precludono all'interessato di avere copia o di visionare i relativi documenti e la decisione da assumere, che deve comunque accertare la sussistenza o meno del titolo all'esibizione, si deve formare tenendo conto anche di tali deduzioni. Secondo tale pronuncia, l'integrazione della motivazione dell'atto di diniego deve ritenersi consentita all'Amministrazione in questo particolare tipo di giudizio, a differenza di quanto generalmente si ritiene con riferimento agli ordinari giudizi impugnatori⁷⁰.

⁶⁸ T.A.R. Campania Salerno, sez. I, 26 marzo 2007, n. 305; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 1 febbraio 2007, n. 727.

⁶⁹ Cons. Stato, sez. V, n. 2966 del 11 maggio 2004.

⁷⁰ Cons. Stato, sez. IV, n. 2261 del 12 aprile 2001; Cons. Stato, sez. V, n. 342 del 25 gennaio 2003.

In senso analogo, con riferimento ai poteri di ufficio del giudice, si è affermato⁷¹ che l'impugnazione del diniego di accesso serve al più per rimuovere l'atto negativo, della cui natura provvedimentale può dubitarsi, ma non ad impedire che il giudice valuti la sussistenza dei requisiti per l'accesso indipendentemente dalle ragioni ostative addotte dall'amministrazione in sede di diniego, non potendosi in ogni caso addivenire ad un accesso al di fuori delle condizioni, di ordine positivo e negativo, richieste dalla legge.

Il più penetrante scrutinio del giudice, che può condurre al rigetto della domanda nonostante l'accertata illegittimità del diniego di accesso, non va visto come diminuzione della tutela dell'interessato, ma come il corollario dei maggiori poteri conferiti sull'attività amministrativa in questo settore. È chiaro, infatti, che a fronte del guadagno ricevuto sul piano dell'effettività della tutela, investendo il giudice del controllo sulla spettanza del bene della vita, c'è il rischio che tale controllo dia esito negativo.

In giurisprudenza si è consolidato l'orientamento secondo cui «il giudizio in materia di accesso ai documenti amministrativi, pur seguendo il rito impugnatorio, è comunque strutturato come un giudizio di accertamento, nel quale il giudice è chiamato in via diretta a verificare la fondatezza della pretesa, a prescindere dal contenuto del diniego; pertanto, l'eventuale carenza di motivazione del provvedimento impugnato non può comportare l'annullamento dell'atto per difetto di motivazione ma impone al giudicante di verificare direttamente se sussistano i presupposti di legge per ordinare l'esibizione degli atti richiesti»⁷².

In base a tale impostazione l'atto impugnato degrada a semplice presupposto per l'attivazione del giudizio. Non se ne può, tuttavia, fare una regola generale, trasferibile alla giurisdizione di legittimità, in cui l'intermediazione del provvedimento – tra il potere e l'interesse individuale – ha un'altra valenza.

3.4.3 Aggiudicazione del contratto

Stabilisce l'art. 124 CPA:

“1. L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato.

⁷¹ Cons. Stato, sez. IV, n. 9158 del 30 dicembre 2003.

⁷² Da ultimo, Cons. Stato, sez. V, n. 6696 del 14 settembre 2010.

2. *La condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile*".

La disposizione sottintende l'esistenza di un'azione di adempimento, complementare al ricorso per l'annullamento dell'aggiudicazione di una procedura per l'affidamento di contratti pubblici, che sfocia nella condanna della stazione appaltante ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto in favore del ricorrente.

Per la sua comprensione è necessario richiamare l'illustrazione relativa all'attuazione della cd. direttiva ricorsi, recante il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici⁷³. Tale normativa è confluita – transitando dal Codice degli appalti – nel Codice del processo amministrativo e ivi collocata tra i riti speciali, pur presentando profili inerenti alla tutela delle posizioni soggettive.

In estrema sintesi, la disciplina prevede la declaratoria – obbligatoria o facoltativa – da parte del giudice amministrativo di inefficacia del contratto per le violazioni delle regole di derivazione comunitaria a protezione della concorrenza, di seguito all'annullamento dell'aggiudicazione. Qualora il giudice decida per la declaratoria di inefficacia del contratto, il ricorrente può ottenere tutela in forma specifica, conseguendo l'aggiudicazione della selezione e l'assegnazione del contratto, in subentro all'illegittimo aggiudicatario.

La materia è attribuita alla giurisdizione esclusiva, tuttavia l'azione di condanna ha natura pubblicistica, poiché il subentro nel contratto costituisce effetto del conseguimento dell'aggiudicazione, non di un obbligo privatistico di contrarre.

Il problema che si pone non è tanto l'inquadramento di tale azione⁷⁴, quanto la sua compiuta definizione, ostacolata dalla lacunosa descrizione legislativa, dovuta a un difetto di coordinamento.

Nello schema del d.lgs. da cui trae origine la disposizione era previsto che la domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione si intendesse sempre comprensiva della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto, nonché della domanda di privazione di effetti

⁷³ Cap. XIX, § 4.9 e ss.

⁷⁴ Non vi sono dubbi, infatti, che l'azione non rappresenti una forma di risarcimento del danno, prescindendo dall'accertamento degli elementi costitutivi della responsabilità civile e sfociando in una pronuncia rivolta non a riparare il bene della vita perduto, attraverso un bene succedaneo, bensì a dare esatta esecuzione ad un obbligo. Non deve trarre in inganno la circostanza che, in caso di mancato subentro, è previsto il risarcimento del danno per equivalente, poiché ciò indica non un rapporto di alternatività tra risarcimento in forma generica e in forma specifica, ma la condizione del risarcimento del danno da mancato affidamento. La stessa rubrica dell'articolo ("*Tutela in forma specifica e per equivalente*") evidenzia come il legislatore non abbia unitariamente ricondotto la tutela all'azione risarcitoria, ma si sia riferito alle modalità di soddisfacimento dell'interesse sostanziale, essendo noto che il concetto di «tutela in forma specifica» non coincide con quello di «risarcimento in forma specifica», piuttosto indicando le azioni volte a conseguire l'utilità spettante. Ne discende, da un lato, l'inapplicabilità all'azione di aggiudicazione e subentro nel contratto dei limiti inerenti alla tutela risarcitoria, dall'altro, l'impossibilità di ritenere la relativa domanda implicita in una generica richiesta di risarcimento del danno.

del contratto, e che la scelta tra inefficacia e risarcimento del danno spettasse solo al giudice, senza specificare la necessità di una domanda di parte. Nella prospettiva di indurre l'interessato a proporre domanda di annullamento, in caso di mancato ricorso si consideravano risarcibili i soli danni diversi da quello da mancata aggiudicazione.

Tali soluzioni si fondavano sullo spirito della direttiva ricorsi, che privilegia in modo evidente la tutela dell'interesse comunitario alla concorrenza, sicché appare plausibile la scelta – confermata nel testo finale – di prescindere da una domanda di parte quanto alla privazione di effetti del contratto, come conseguenza dell'aggiudicazione, attesa la sua natura prevalentemente sanzionatoria del comportamento della stazione appaltante.

Nel parere formulato dal Consiglio di Stato⁷⁵ si criticava, invece, la presunzione che la domanda di annullamento si dovesse intendere comprensiva della domanda di conseguire l'aggiudicazione, sottolineandone il contrasto proprio con la nascente – all'epoca – azione di adempimento, prevista nel progetto di Codice processuale varato dalla apposita Commissione. Pertanto si suggeriva di legare la possibilità per il giudice di disporre il subentro del contratto in favore del ricorrente ad un'apposita domanda in tal senso, assegnando rilevanza ad un'eventuale scelta negativa del ricorrente, nel senso di limitare il risarcimento del danno a lui spettante in tal caso.

Le indicazioni del Consiglio di Stato sono state nella sostanza accolte, e il legislatore, nel fissare l'avvenuta declaratoria di inefficacia del contratto stipulato dall'illegittimo aggiudicatario quale condizione della tutela in forma specifica, ha fatto riferimento a "*l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto*". Tuttavia, né in questa disposizione, né nelle precedenti, c'è altro.

In sostanza è previsto che, se vi è domanda in tal senso e il giudice ha dichiarato inefficace il contratto, il ricorrente consegue l'aggiudicazione e il contratto, attraverso una pronuncia ordinatoria del giudice, contestuale a quella con cui abbia annullato l'aggiudicazione e dichiarato l'inefficacia del contratto, ma non è espressamente riconosciuta né l'azione rivolta a tal fine, né la sentenza del giudice. Soltanto, risulta dal secondo periodo del primo comma ("*Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato*") che, in ipotesi di privazione degli effetti del contratto stipulato dall'illegittimo aggiudicatario, la tutela in forma specifica sia una soluzione vincolata per il giudice, anche perché è quella che meglio soddisfa l'interesse pubblico, tanto che la possibilità di subentro nel contratto del ricorrente è uno degli elementi che il giudice deve valutare nel decidere se mantenere o meno il contratto stipulato dall'illegittimo aggiudicatario.

⁷⁵ Consiglio di Stato, commissione speciale - parere 1 febbraio 2010, n. 368/2010.

La ragione della carenza normativa si spiega tenendo conto che il legislatore, accogliendo il parere del Consiglio di Stato, aveva lasciato alla codificazione dell'azione di adempimento la disciplina degli aspetti non regolati. Sennonché, l'azione di adempimento fu eliminata dal testo finale dello schema codicistico, poi diventato il d.lgs. n. 104 del 2010.

L'introduzione nel Codice dell'azione di adempimento, avvenuta con il d.lgs. n. 160 del 2012, consente di operare quel raccordo mancante nell'art. 124.

Innanzitutto, si rileva come l'azione di adempimento in questo caso sia esercitata attraverso un cumulo molteplice di domande, poiché alla domanda di annullamento dell'aggiudicazione illegittima, si aggiungono le domande di condanna della stazione appaltante all'aggiudicazione e all'affidamento del contratto in proprio favore. La condanna all'aggiudicazione rientra a pieno titolo tra gli ordini che il giudice può emanare ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. c), avendo ad oggetto un provvedimento amministrativo. Non si può, invece, inquadrare in detta previsione la condanna all'affidamento del contratto, che è un atto civilistico. Trattandosi di giurisdizione esclusiva, si può ritenere che tale ordine rientri tra le *“misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio”*, di cui allo stesso art. 34, comma 1, lett. c), avendo la posizione azionata natura di diritto soggettivo, siccome riflesso di un obbligo pubblicistico incondizionato.

In secondo luogo, l'azione è ammissibile se sussistono i presupposti di cui all'art. 31, comma 3, nella specie costituiti dalla natura vincolata della procedura, ovvero dall'esaurimento dei margini di discrezionalità della stazione appaltante. Sono i casi in cui dalla valutazione operata dal giudice amministrativo in sede di scrutinio della legittimità della procedura risulti che l'aggiudicazione spettasse al ricorrente.

Parte della dottrina si è spinta oltre, sostenendo che, ove non sia necessaria altra attività amministrativa per accertare che l'aggiudicazione della procedura spetti al ricorrente, il giudice può disporre direttamente l'aggiudicazione e il subentro nel contratto. Tale conclusione è argomentata sul rilievo che, pur non avendo formalmente attuato il criterio di delega che prevedeva l'attribuzione della materia alla giurisdizione amministrativa anche di merito, il legislatore ha delineato una cognizione piena sul rapporto contrattuale, estesa a valutazioni di opportunità in sede di declaratoria di inefficacia del contratto e all'uso di poteri costitutivi, come si desume dal riferimento all'accoglimento della domanda di *“conseguire l'aggiudicazione e il contratto”*, che non è legato a pronunce ordinatorie, quindi ammette anche statuizioni immediatamente modificative della realtà giuridica.

La tesi non convince, né sotto il profilo del riconoscimento di una giurisdizione sostanzialmente di merito, né sotto quello dell'ammissibilità di poteri costitutivi.

Le valutazioni sulla opportunità di conservazione del contratto pur in presenza di un'aggiudicazione illegittima rientrano nella discrezionalità tecnica del giudice amministrativo, conformata dalla legge, che individua analiticamente i parametri che devono orientare la decisione, e che evocano, più che un giudizio di convenienza, in sostituzione dell'amministrazione, una valutazione obiettiva di efficienza economica, estranea a logiche socio-politiche, che il giudice prende in posizione di neutralità, e non di semplice imparzialità. D'altra parte, appare veramente azzardata un'interpretazione che contrasti tanto palesemente con l'opzione seguita dal legislatore ed espressamente suggerita dal parere del Consiglio di Stato, viepiù considerando che una giurisdizione di merito in materia è stata poi prevista, ma con esclusivo riguardo alle sanzioni sostitutive erogabili in caso di mancata declaratoria di inefficacia del contratto.

In ordine all'asserito riconoscimento di poteri costitutivi, come misure ricadenti nell'azione di adempimento, l'approccio di ermeneutica che lo sostiene è senz'altro fallace, ove si consideri che di tali poteri non c'è traccia⁷⁶, né nella disposizione in esame, né in quella sulle pronunce del giudice in sede di cognizione. Ciò che il giudice può fare, in sede di condanna, è nominare un commissario *ad acta* che provveda in caso di inadempimento all'ordine, ma non certo disporre l'aggiudicazione e il contratto, trattandosi di attività amministrativa ed a nulla rilevando che essa sia vincolata, essendo questo il presupposto del potere ordinatorio, non di un inesistente potere sostitutivo, che appartiene alla giurisdizione di merito, anche qualora abbia ad oggetto atti vincolati.

Inoltre, ammettere una pronuncia costitutiva nel caso non residuassero margini di discrezionalità nell'aggiudicazione, implicherebbe ammettere pronunce di condanna laddove questo presupposto non sussista, in violazione del combinato disposto degli artt. 34, comma 1, lett. c) e 31, comma 3, senza una deroga espressa al riguardo. Ciò che il giudice può fare, qualora risulti che la procedura di affidamento debba essere ripetuta, è adottare una statuizione di completamento dell'annullamento dell'aggiudicazione, che puntualizzi l'attività da porre in essere; ma non formulare un giudizio ipotetico sull'esito della procedura in assenza dell'illegittimità rilevata, se questo non costituisce meccanica applicazione dei parametri della selezione.

3.4.4 Class action

Della *class action* pubblica, introdotta con il d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, si è già trattato nella rassegna delle situazioni giuridiche soggettive⁷⁷, individuando la posizione azionata in un interesse diffuso di nuova generazione, la cui titolarità è nelle mani di individui appartenenti a classi

⁷⁶ Ammetterli sol perché non vi è prova che siano esclusi rappresenta un esempio scolastico di fallacia *ad ignorantiam*.

⁷⁷ Cap. I, sez. I, § 7.3.

omogenee di utenti e consumatori di servizi pubblici o funzioni amministrative, avente ad oggetto la corretta erogazione del servizio o il corretto svolgimento della funzione.

L'istituto è stato altresì delineato come punta avanzata della nuova concezione del buon andamento⁷⁸, sintetizzata nella formula della «amministrazione di risultato», come si evince dallo stesso nome di *“ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici”*.

Causa petendi è la violazione dei termini o l'omissione nell'emanazione di atti amministrativi generali, l'inosservanza degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero la violazione di standard qualitativi ed economici previsti per i concessionari di servizi e le pubbliche amministrazioni; *petitum* è la condanna del concessionario o dell'amministrazione a porre in essere l'attività volta a rimediare a dette violazioni.

L'inquadramento nell'azione di adempimento – sia pure *sui generis* rispetto al modello generale – è conseguenza diretta dell'atteggiarsi del rapporto giuridico oggetto del processo, poiché tanto l'obbligo di emanare nel termine di legge atti amministrativi generali, quanto quello di rispettare standard prefissati nell'erogazione dei servizi o nello svolgimento delle funzioni amministrative, sono considerati come veri e propri obblighi di prestazione, di fonte ed a contenuto pubblicistico, ma strutturati in termini civilistici, in quanto fondati non sulla legittimità dell'azione amministrativa, ma sulla garanzia della produzione di utilità materiali o giuridiche conformi a parametri di efficienza.

La struttura della cognizione processuale è plasticamente descritta dall'art. 4, comma 1 d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, secondo cui il giudice *“accoglie la domanda se accerta la violazione, l'omissione o l'inadempimento di cui all'articolo 1, comma 1, ordinando alla pubblica amministrazione o al concessionario di porvi rimedio entro un congruo termine, nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”*.

Il lessico normativo mostra chiaramente i segni dell'azione di accertamento e condanna, utilizzando il termine *“inadempimento”*, per definire l'ipotesi principale in cui può essere proposto il ricorso, ossia la violazione dei parametri di efficienza, e individuando la pronuncia di condanna come un ordine volto a *“porvi rimedio”*.

Tale formulazione è resa possibile dalla prospettiva in cui sono apprezzate le violazioni amministrative, che non è tanto nella difformità tra attività e norma giuridica, quanto tra attività e norma economica, più evidente nell'ipotesi in cui la regola sia posta da fonti non legislative (carte dei servizi o regolamenti delle *Authorities* e delle pubbliche amministrazioni adottati in conformità

⁷⁸ Cap. III, § 10.

alle disposizioni in materia di *performance* contenute nel d.lgs. n. 150 del 2009), ma rilevabile anche nell'ipotesi in cui siano violati i termini di legge per l'adozione di atti generali, poiché qui il comportamento omissivo viene in rilievo sotto il profilo dell'inefficienza che genera.

Va detto che, essendo l'azione preordinata a ripristinare il corretto funzionamento dell'erogazione dei servizi pubblici o dell'attività procedimentale, non è sufficiente la constatazione dell'inadempimento, occorrendo che esso riveli l'esistenza di un difetto organizzativo nel settore dove si è verificato. Tale requisito, benché non esplicitato, si ricava dal fatto che la lesione dell'interesse individuale deve essere riferibile all'intera classe, il che può concretamente darsi solo se la disfunzione manifestatasi non si esaurisca nel singolo caso, ma esprima un'inefficienza della macchina amministrativa, che si ripercuota su tutti i suoi destinatari. Inoltre, la normativa in più punti presuppone una carenza obiettiva dell'amministrazione, da eliminare onde evitare il reiterarsi dell'inadempimento.

Per le lesioni di portata esclusivamente individuale, l'interessato ha a disposizione l'azione di risarcimento del danno, che, in base all'art. 1, comma 6, non può essere esercitata con il ricorso per l'efficienza, e per cui valgono gli strumenti ordinari.

Legittimati ad agire, oltre ai singoli appartenenti alla classe⁷⁹, sono le associazioni o comitati di tutela degli interessi dei propri associati, appartenenti alla classe.

Legittimati passivi sono gli enti i cui organi sono competenti a esercitare le funzioni o a gestire i servizi cui sono riferite le violazioni e le omissioni. Il giudice, nella prima udienza, se ritiene che le violazioni o le omissioni sono ascrivibili ad enti ulteriori o diversi da quelli intimati, ordina l'integrazione del contraddittorio.

L'azione è filtrata da un tentativo di soluzione bonaria, avendo il ricorrente l'obbligo di notificare preventivamente una diffida all'amministrazione o al concessionario ad effettuare, entro il termine di novanta giorni, gli interventi utili alla soddisfazione degli interessati.

A seguito della diffida, l'organo di vertice dell'amministrazione o del concessionario deve assumere senza ritardo le iniziative ritenute opportune, individuare il settore in cui si è verificata la violazione, l'omissione o il mancato adempimento e curare che il dirigente competente provveda a rimuoverne le cause. L'amministrazione o il concessionario destinatari della diffida, se ritengono che la violazione, l'omissione o il mancato adempimento sono imputabili altresì ad altre amministrazioni o concessionari, invitano il privato a notificare la diffida anche a questi ultimi.

Il ricorso è proponibile se, decorso il termine dei novanta giorni, l'amministrazione o il concessionario non ha compiutamente provveduto ad eliminare la situazione denunciata. Il ricorso può essere proposto entro il termine perentorio di un anno dalla scadenza del termine.

⁷⁹ Proposto il ricorso, tutti coloro che si trovano nella medesima situazione giuridica del ricorrente possono intervenire nel termine di venti giorni liberi prima dell'udienza di discussione del ricorso

Il procedimento preventivo volto a correggere spontaneamente la disfunzione evidenzia il tipo di intervento da effettuare, definito dal legislatore alternativamente come «utile alla soddisfazione degli interessati», di «rimozione delle cause», di «eliminazione della situazione», evidenziando ora il profilo della *customer satisfaction*, tipica dell'amministrazione di risultato, ora quello della modificazione del difetto organizzativo, tipico dell'amministrazione azienda. In entrambi i casi, però, è chiaro che l'intervento opera sul processo che genera l'attività, ed è volto a riguadagnare l'ottimale efficienza allocativa dei fattori della produzione.

Non a caso è stabilito, sia dall'art. 1, comma 1-*bis* nella fase di accertamento dell'inadempimento, sia dall'art. 4, comma 1 nella fase di condanna, che il giudice tenga conto delle risorse strumentali, finanziarie, e umane concretamente a disposizione delle parti intime.

Ai sensi dell'art. 1, comma 7 “*Il ricorso è devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ...*”. Non è stata quindi formalmente attuato il criterio di delega che prevedeva una giurisdizione anche di merito.

In effetti, benché la cognizione del giudice sembri richiedere valutazioni di merito, sia nella fase di accertamento, che in quella di individuazione del contenuto dell'ordine, proprio l'evoluzione del principio del buon andamento e la giuridicizzazione delle regole tecnico-economiche sottese allo scrutinio sulle disfunzioni di apparato che incidono sull'erogazione di atti e servizi pubblici, rende possibile inquadrare la *class action* nella giurisdizione esclusiva, caratterizzata da profili tipici del giudizio di legittimità, ma, soprattutto, da un esame del rapporto giuridico sotteso alla pretesa del cittadino.

A conferma di ciò, vi è la previsione nell'art. 5, comma 1 dell'applicabilità dell'azione di ottemperanza. Ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. e) CPA, il giudice, già in sede di condanna, può dettare misure per l'attuazione della sentenza e nominare un commissario *ad acta*.

I precedenti giurisprudenziali in materia non solo molti, anche perché l'art. 7 gradua l'applicazione della normativa all'adozione di misure regolamentari in ragione della necessità di definire in via preventiva gli obblighi contenuti nelle carte di servizi e gli standard qualitativi ed economici di cui all'articolo 1, comma 1, e di valutare l'impatto finanziario e amministrativo degli stessi nei rispettivi settori.

Ciò ha fatto sì che le pronunce di maggior rilievo riguardassero l'ipotesi relativa alla mancata emanazione di atti amministrativi generali, su cui più volte si è pronunciato il TAR Lazio.

Nel primo caso, relativo a un ricorso proposto dal Codacons per la mancata adozione del piano generale per l'edilizia scolastica, il Tribunale, accertata la violazione dell'art. 3 del d.P.R. 81/09, ha ordinato al Ministero dell'istruzione, università e ricerca scientifica ed al Ministero dell'Economia e delle Finanze, l'emanazione, di concerto, del predetto piano generale, entro 120 giorni dalla

sentenza⁸⁰.

Nel secondo caso, relativo a un ricorso proposto dal Codacons per la mancata adozione delle linee d'azione per la prevenzione, il contrasto e il recupero di fenomeni di ludopatia conseguente a gioco compulsivo, il Tribunale, accertata la violazione dell'art. 1, comma 70, della legge 220/2010, ha ordinato al Ministero dell'Economia e delle Finanze, al Ministero della Salute e alla Conferenza – Unificata, per quanto di rispettiva competenza, di adottare, in concerto (ovvero d'intesa) tra loro, il decreto interdirigenziale contenente tali linee entro 60 giorni dalla sentenza⁸¹.

In un altro caso, invece, è stato dichiarato inammissibile, per indeterminatezza del *petitum*, il ricorso proposto per la condanna all'emanazione di una pluralità di atti generali, soggettivamente ed oggettivamente distinti, non puntualmente individuati e per i quali non sia indicata la fonte normativa dell'obbligo di provvedere⁸².

⁸⁰ TAR Lazio, n. 522 del 2011.

⁸¹ TAR Lazio, n. 7028 del 2012.

⁸² TAR Lazio, n. 7483 del 2012.

Nel ricorso Codacons lamentava la mancata adozione, in via principale dei provvedimenti di propria competenza da parte della Protezione civile ex l. n. 225 del 1992, e subordinatamente dagli altri enti intimati, di tutti quegli atti amministrativi di carattere generale ed obbligatori e non aventi carattere normativo, di cui alle disposizioni nella stessa diffida richiamate, idonei a rimuovere nonché per non aver predisposto gli interventi all'uopo necessari e/o comunque per non aver riportato in termini di normale tollerabilità l'emergenza legata al rischio idrogeologico nelle località di cui alla diffida, ivi compresi gli ordini di bonifica, lo stanziamento di fondi al fine di bonificare e/o l'impiego dei fondi già stanziati, e di ogni altro atto necessario.