

La tutela di accertamento dell'interesse legittimo e il codice del processo amministrativo: occasione mancata?

<http://www.giustizia-amministrativa.it/>

Sommario: 1.- Il giudizio di accertamento del rapporto come giudizio diretto a favorire la piena tutela degli interessi legittimi; 2.- L'art. 44 della l. 18 giugno 2009, n. 69, contenente "delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo". Lo schema del codice del processo amministrativo formulato dalla speciale Commissione insediata presso il Consiglio di Stato e "l'anonimo sforbiciatore ministeriale" che ne ha mutilato il testo. 3.- L'azione di accertamento prefigurata nella "bozza" del codice. 4.- Opinioni favorevoli e contrarie alla soluzione adottata dal codice del processo amministrativo. 5.- L'azione di accertamento nelle concrete ipotesi configurate dal codice del processo amministrativo. 5.a.- L'azione avverso il silenzio (art. 31, commi 1, 2 e 3). 5.b.- L'azione di nullità del provvedimento amministrativo (art. 31, comma 4). 5.c.- L'azione volta all'accertamento della illegittimità di un provvedimento amministrativo ai soli fini risarcitori (art. 34, comma 3). 5.d.- La sentenza di cessazione della materia del contendere (art. 34, comma 5). 5.e.- L'azione proposta nel giudizio di ottemperanza volta alla declaratoria della nullità degli atti emessi in violazione o elusione del giudicato ovvero alla declaratoria di inefficacia degli atti emessi in violazione o elusione di sentenze non passate in giudicate (art. 114, comma 4, lett. b.- e c.-). 6.- L'elaborazione giurisprudenziale intervenuta nel primo biennio di applicazione del codice. 7.-Considerazioni conclusive.

1. Il giudizio di accertamento del rapporto come giudizio diretto a favorire la piena tutela degli interessi legittimi.

E' risalente in dottrina l'affermazione che la possibilità di dotare la sentenza amministrativa di un *effetto di accertamento*^{i[1]} permetterebbe al privato di conseguire una tutela giurisdizionale più ampia e più efficace rispetto ai comportamenti dell'amministrazione.

L'accertamento è stato infatti indicato come "*uno dei migliori rimedi alla crisi del processo*" amministrativo^{ii[2]} di legittimità; ciò a causa dei limitati poteri cognitori e decisorii attribuiti al giudice in quel processo che, essendo di tipo esclusivamente impugnatorio, ha come punto di riferimento l'atto amministrativo, e non consente al sindacato giurisdizionale di spingersi ad accertare il rapporto tra la pubblica amministrazione e l'amministrato.

L'inadeguatezza di una siffatta tutela ha spinto ad affermare che il modello processuale di annullamento non garantisce appieno l'effettività della tutela degli interessi legittimi, che trova fondamento nell'art. 24 della Costituzione; il quale, nel sancire la piena tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, postula che anche per le situazioni soggettive da ultimo menzionate l'ordinamento garantisca una tutela integrale, anche attraverso, o forse soprattutto, l'accertamento delle connesse posizioni sostanziali.

Tale finalità sarebbe assicurata configurando appunto nel processo amministrativo di legittimità un'azione e un giudizio diretti all'accertamento del rapporto amministrativo.

Tra gli studiosi del processo amministrativo che hanno propugnato la tutela di accertamento nei riguardi degli interessi legittimi, come soluzione processuale per superare i limiti della tutela offerta dal giudizio amministrativo di legittimità, va ascritto a Guido Greco^{iii[3]} il merito di aver elaborato il giudizio di “*accertamento autonomo del rapporto amministrativo*”^{iv[4]}.

La peculiarità di tale giudizio consisterebbe nel fatto che esso, a differenza del giudizio amministrativo di legittimità diretto all’annullamento dell’atto amministrativo lesivo, tende ad accertare – a prescindere dall’impugnazione dell’atto - la fondatezza o meno della pretesa sostanziale azionata dal ricorrente, e a definire in via esaustiva il rapporto tra questi e l’amministrazione, sulla base della disciplina normativa applicabile a detto rapporto^{v[5]}.

2.- La delega al Governo per il riassetto del processo amministrativo (art. 44 della legge n 69/2009). La disciplina dell’azione di accertamento prefigurata dalla speciale Commissione insediata presso il Consiglio di Stato e “l’anonimo sforbiciatore ministeriale”^{vi[6]} che ne ha mutilato il testo.

La prospettiva dell’introduzione del codice del processo amministrativo, poi approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, avrebbe potuto costituire una formidabile occasione per recepire le sollecitazioni dottrinali volte a sostanziare il processo amministrativo di un’organica tutela di accertamento anche nei riguardi degli interessi legittimi. Tanto anche alla luce della vicenda legislativa che, dopo la travagliata gestazione della materia *de qua*, ha portato alla disciplina codicistica delle azioni di cognizione (artt. 29- 32), tra le quali non figura però, come si vedrà, l’azione di accertamento.

L’art. 44, comma 1, della l. 18 giugno 2009, n. 69 (“Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile”) delegava infatti il Governo ad adottare “uno o più decreti legislativi *per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele*”.

Il medesimo art. 44 individuava, al secondo comma, i principi e i criteri direttivi cui avrebbero dovuto attenersi i decreti legislativi di cui al comma 1, richiamando quelli di cui all’art. 20, comma 3, della legge n. 59/1997, in quanto applicabili^{vii[7]}, nonché, tra gli altri, quelli intesi “*a disciplinare le azioni e le funzioni del giudice*” (lett. b), “*prevedendo*” quanto alle azioni “*le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa*” (n. 4).

La speciale Commissione insediata presso il Consiglio di Stato^{viii[8]}, nel predisporre l’articolato normativo (*recte*: codice del processo amministrativo) aveva previsto al

Capo II (Azioni) del Titolo III (*Azioni e domande*) del Libro I (*Disposizioni Generali*) del codice la “*azione di accertamento*” (art. 36, divenuto poi in una successiva stesura art. 38), del seguente testuale tenore:

“1. *Chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'esistenza o della inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle consequenziali pronunce dichiarative.*

2. *Può altresì essere chiesto l'accertamento della nullità di un provvedimento amministrativo.*

3. *Ad eccezione dell'azione di nullità, l'accertamento non può comunque essere chiesto, salvo quanto disposto dall'articolo 41, comma 4, quando il ricorrente può o avrebbe potuto far valere i propri diritti o interessi mediante l'azione di annullamento o di adempimento; l'accertamento non può altresì essere chiesto con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”.*

L'azione di accertamento così delineata non figurava più nell'ordito normativo del testo del decreto delegato, dal quale risultava espunta unitamente alla prevista azione di accertamento; tanto in ragione della seguente giustificazione, come contenuta nella “*Relazione al codice del processo amministrativo*” (pag. 22): “*Il Governo ha ritenuto ... di non esercitare, allo stato, in parte qua tale facoltà concessa dalla delega, ritenendo adeguata e completa la tutela apprestata dalle azioni già previste nel Capo II*”.

In proposito, non può non osservarsi che la delega contenuta nell'art. 44 della legge n. 69/2009, stante il suo chiaro tenore letterale, non era nel senso di affidare al legislatore delegato^{ix[9]} una *facoltà* bensì un vincolo puntuale, avendogli demandato di prevedere, nell'ambito della disciplina delle azioni, anche “*le pronunce dichiarative*”, in adesione del resto alla *ratio* della delega intesa a realizzare la tutela piena delle situazioni giuridiche soggettive sottoposte alla cognizione del giudice amministrativo^{x[10]}.

La circostanza che il codice del processo amministrativo non abbia contenuto la disciplina delle pronunce dichiarative non è stata considerata sintomo di elusione della delega^{xi[11]}.

Si sono però levati non pochi rilievi critici, alcuni molto aspri^{xii[12]}, che hanno fatto perfino dubitare dell'utilità di metter mano alla redazione di un siffatto codice. Significative in proposito le affermazioni di Fabio Merusi sullo scostamento tra il progetto e il risultato del codice, così sarcasticamente sintetizzato: “*... quella che doveva essere la prima riforma istituzionale dell'attuale governo - l'emanazione di un codice del processo amministrativo i cui principi innovativi erano stati tracciati da una legge delega elaborata dalla stessa Presidenza del Consiglio - si è trasformata, cammin facendo, in un atto di retroguardia*”^{xiii[13]}.

In relazione poi alla giustificazione addotta per la rielaborazione del testo liquidato dalla Commissione speciale, specificamente enunciata nella necessità di non introdurre istituti che “*potessero essere suscettibili di determinare incremento di oneri per la finanza pubblica*”^{xiv[14]}, giustamente si è osservato^{xv[15]}, proprio in ordine all'espunta codificazione dell'azione di accertamento, come la previsione di

quest'ultima non era comunque suscettibile, anche solo indirettamente, di comportare nuove spese.

Una più convinta accentuazione critica proviene poi da chi^{xvi[16]}, procedendo dal dato che la previsione esplicita delle forme di tutela esperibili nei confronti della pubblica amministrazione “*esprime uno dei progressi centrali della storia della giustizia amministrativa dell'Europa continentale*”, come ad esempio nel codice del processo amministrativo tedesco, ritiene che aver delineato un panorama completo delle forme di tutela nella bozza, ed averle poi ridimensionate nel testo definitivo, sia espressivo della volontà “*di frapporre un qualche ostacolo a questi progressi*”.

Segnatamente per l'azione di mero accertamento, che è comparsa nella prima bozza “*e poi se n'è andata come una meteora, colpita a morte dalle stilette o sforbiciate dei gabinetti attraversati dalla bozza*”^{xvii[17]}.

3.- L'azione di accertamento prefigurata nella “bozza” del codice.

Come anticipato, il legislatore delegato era stato espressamente investito del compito di delineare la sistematica delle azioni, “*prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa*”, da armonizzare con l'esigenza di “*assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo*” (art. 44, comma 2, lett. a) e b) della legge delega n. 69/2009).

Si è anche riferito come l'ampiezza della delega sul tema della disciplina della tipologia delle azioni aveva consentito alla Commissione insediata presso il Consiglio di Stato di dare corpo a un testo che, prendendo atto dell'ormai riconosciuta natura di posizione giuridica sostanziale dell'interesse legittimo e del principio costituzionale di effettività della tutela, contemplava la presenza, accanto alle tradizionali azioni (*in primis*, quella di annullamento), dell'azione di accertamento e di adempimento^{xviii[18]}.

L'azione di accertamento, in particolare, significativamente prevista nella sistematica del codice all'art. 38 come la prima delle azioni disciplinate, era stata configurata nel modo sopra riferito^{xix[19]}.

La parte più significativa e innovativa dell'articolo era certamente da rinvenirsi nella disposizione contenuta al primo comma, con la previsione di un'azione di accertamento, mirata ad accertare l'esistenza o l'inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle consequenziali pronunce dichiarative.

Con la conseguenza, stante l'ampia previsione della norma, che l'azione dichiarativa non era più da intendersi limitata, come già pacificamente acquisito, alla sola tutela delle posizioni di diritto soggettivo, ma includeva anche le posizioni di interesse legittimo.

Per la prima volta, quindi, una norma attribuiva al giudice amministrativo il potere di chiarire, anche in tema di giurisdizione di legittimità, la portata della regola concretamente posta dal provvedimento amministrativo dopo l'esercizio del potere pubblico, consentendogli di giudicare del rapporto, e non più del solo atto, e quindi di statuire sulla spettanza della pretesa sostanziale fatta valere dal privato nel giudizio.

Certo, con la norma come delineata nel riferito art. 38, non veniva generalizzata l'azione accertamento, stante il significativo temperamento contenuto nel terzo comma dell'articolo stesso^{xx[20]}, inteso ad escludere la proponibilità dell'azione di accertamento, ove il ricorrente avesse potuto tutelarsi mediante l'azione di annullamento (o di adempimento)^{xxi[21]}, così ribadendosi il primato dell'azione di annullamento e di un processo amministrativo di matrice e a vocazione fondamentalmente cassatoria.

Non può però negarsi che la previsione dell'azione di accertamento, sia pure nei termini attenuati dell'ora riferita disciplina^{xxii[22]} (tanto da potersi ritenere che nell'intenzione dei compilatori del codice l'azione di accertamento era stata concepita in via residuale), avrebbe costituito una novità assoluta, e non solo nell'ambito del processo amministrativo, ma del complessivo panorama processuale in ragione del fatto che la medesima azione non risulta disciplinata nel codice di procedura civile.

4.- Opinioni favorevoli e contrarie alla soluzione adottata dal codice del processo amministrativo.

Si è fatto cenno delle reazioni critiche, talvolta anche aspre, che hanno accompagnato l'espunzione dal testo definitivo del codice dell'azione di accertamento, dovendosi comunque puntualizzare che la mancata previsione, nell'ambito delle "azioni di cognizione", di detta azione non legittima la conclusione che le azioni di accertamento non siano ammesse dal codice^{xxiii[23]}.

Come si vedrà nel paragrafo successivo, il codice conosce (è il caso di dire "riconosce"^{xxiv[24]}) singole e tipiche azioni di accertamento già presenti nel sistema del diritto processuale amministrativo.

Il problema è quello di stabilire se l'eliminazione dell'azione di accertamento, come concepita nella bozza nella quale era possibile comunque prefigurare un carattere di atipicità in relazione alla previsione contenuta nel primo comma dell'art. 38, legittimi l'interprete ad ammettere l'esistenza di un'azione generale di accertamento oltre le fattispecie specificatamente disciplinate.

In proposito, è possibile registrare significative aperture, non dubitandosi che, pur nel silenzio del codice, l'azione di accertamento sia esperibile anche per gli interessi legittimi; condivisibilmente osservandosi - con richiamo ai caratteri di generalità e pienezza alla tutela e parità delle situazioni soggettive, ribaditi dalla Corte costituzionale con la richiamata sentenza n. 204/2004 - che sarebbe privo di giustificazione ritenere che l'accertamento dell'interesse legittimo abbisogni di un'esplicita previsione normativa, mentre l'accertamento del diritto soggettivo potrebbe prescindere^{xxv[25]}.

Ad uguale conclusione perviene chi, procedendo dal dato che, al pari del processo civile, il processo amministrativo non conosce un'azione di accertamento tipica, esclude che ciò possa impedire "*di attivare la tutela di accertamento anche al di fuori e oltre i casi espressamente previsti dal Codice*"^{xxvi[26]}. Tanto nella considerazione che un siffatto limite non solo non è posto dal codice, ma, ove esistente,

contrasterebbe con il principio di effettività della tutela radicato nel nostro ordinamento costituzionale e ribadito nella stessa legge delega con il principio di cui all'art 44, comma secondo, lett. b) n. 4, che ha impegnato il legislatore delegato a prevedere anche pronunce dichiarative, idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa; diversamente, versandosi in presenza *“di violazione ... dei principi e criteri di delega, oltre che di principi generali di rilevanza costituzionale”*^{xxvii[27]}.

Altro versante dottrinario, prendendo atto dell'espunzione dell'azione di accertamento, ritiene la circostanza priva di significativi effetti sostanziali nella considerazione che *“la giurisprudenza ne ha riconosciuto la praticabilità”*^{xxviii[28]}. Si afferma, in proposito, richiamando la creatività pretoria del giudice amministrativo che *“basta camuffarla [l'azione di accertamento] da azione di annullamento e si ottiene lo stesso risultato; sempre che i giudici, come è più che probabile, continuino nello stesso indirizzo anche dopo l'emanazione di un eventuale codice ridotto a testo “striminzito”*^{xxix[29]}.

Adesiva a tale punto di vista è la posizione di chi ritiene^{xxx[30]} che la scomparsa dell'azione di mero accertamento dal testo definitivo del codice non involga conseguenze “drammatiche” dal punto di vista pratico, perché detta azione, già affermata in giurisprudenza (Cons. St., Sez. IV, 9 febbraio 2009, n. 717), dovrebbe continuare a sopravvivere nel processo amministrativo, *“se il principio di pienezza e di effettività della tutela enunciato dall'art. 1 del codice non verrà inteso come un flatus vocis”*.

Richiamando l'opera della giurisprudenza, proprio con riferimento all'elaborazione giurisprudenziale della Sesta Sezione del Consiglio di Stato con l'ormai storica sentenza n. 717/2009 affermativa dell'ammissibilità di un'azione di accertamento autonomo intesa a dichiarare l'insussistenza dei presupposti per lo svolgimento dell'attività dichiarativa^{xxxi[31]}, si confida sul fatto che la giurisprudenza, affrancandosi da quella che Franco Ledda definiva *“l'ipoteca degli schemi”*, possa *“riconoscere l'ammissibilità di azioni di mero accertamento anche al di fuori dei casi di giurisdizione esclusiva, semplicemente valorizzando l'art. 113 della Costituzione, ossia considerando che il riferimento, ivi contenuto, agli «atti della pubblica amministrazione» deve oggi ritenersi comprensivo - com'è pacifico - di tutte le manifestazioni, anche non provvedimentali, dei pubblici poteri”*^{xxxii[32]}.

A fronte dell'esposta posizione critica della dottrina, mai però concludente nel senso che l'accantonamento da parte del codice dell'azione di accertamento costituisca sintomo di riduzione di tutela effettiva, diversamente ritenendosi, *“con un po' di gusto del paradosso”*^{xxxiii[33]}, che la mancata tipizzazione delle azioni di accertamento (e di adempimento) sarebbe espressiva dell'affermazione del principio di anticipata delle azioni nel processo amministrativo, ivi inclusa quella di accertamento^{xxxiv[34]}, sta la tesi di chi^{xxxv[35]} oppone la non divisibilità di tali critiche per ragioni anche di ordine pragmatico riguardanti la funzionalità del processo amministrativo.

La tesi si sostiene infatti sulle seguenti argomentazioni: che sarebbe stata profondamente negativa per il buon andamento dell'azione amministrativa, e per la buona gestione dei processi, una regola che avesse consentito di accertare nel

processo la fondatezza di una pretesa; che i giudici amministrativi, il cui numero è estremamente esiguo, “*non possono essere impropriamente investiti di una funzione tipica delle migliaia di pubbliche amministrazioni, cioè quella di definire i procedimenti ad istanza di parte*” ; che già nell’attuale quadro normativo vi sono difficoltà per rispettare il principio della durata ragionevole del processo; sicché - si pone l’interrogativo^{xxxvi[36]} - a quali insormontabili problemi si andrebbe incontro se ogni mancata definizione di un procedimento amministrativo comportasse la definizione diretta in sede processuale?

Uno sviluppo argomentativo non dissimile è possibile rinvenire nelle posizioni che avevano accolto con disfavore l’ipotesi progettuale dell’introduzione in via generale dell’azione di accertamento nel processo amministrativo, domandandosi se tale introduzione “*non finisca per creare più problemi di quanti non ne risolva*”^{xxxvii[37]}.

Le riportate considerazioni, anche per la fonte qualificata della loro provenienza, sono abbastanza significative; esse svelano le ragioni per cui si è ritenuto di sopprimere l’azione di accertamento, e danno corpo e fisionomia “all’anonimo sforbiciatore”^{xxxviii[38]} che si è risolto ad espungerla dal quadro delle azioni di cognizioni.

Nel contesto di povertà di risorse e di mezzi che contraddistinguono, e da sempre, l’apparato giudiziario amministrativo^{xxxix[39]}, è la considerazione delle difficoltà di funzionamento del processo amministrativo che sconsigliano di aprirlo alle potenzialità di cui esso è strutturalmente capace; considerazione tanto preminente da mettere in ombra l’obiettivo della delega che, imponendo di dar mano ad una organica disciplina delle azioni nel processo amministrativo, era orientato a “*innovare profondamente la forma di tutela nei confronti del potere pubblico*”^{xl[40]}.

Ciò pone l’interrogativo se sia conforme a razionalità giuridica porre mano ad un’opera di codificazione, che al di là dell’intento pur necessariamente consolidativo^{xli[41]}, in ragione dell’esigenza di unificare in un corpo normativo la disciplina di un processo che è la risultante di centoventi anni di stratificazione normativa e di elaborazione giurisprudenziale a carattere spiccatamente pretorio^{xlii[42]}, venga meno all’obiettivo per il quale era stato innovativamente pensato; quello peraltro solennemente proclamato nel suo articolo introduttivo dell’effettività della tutela che, per essere tale, deve essere piena “*secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*”.

5.- L’azione di accertamento nelle concrete ipotesi configurate dal codice del processo amministrativo.

Il codice del processo amministrativo disciplina singole azioni di accertamento, cui conseguono in via speculare sentenze dichiarative o di accertamento.

Vi è peraltro un’ipotesi - la pronuncia di dichiarazione di cessazione della materia del contendere dal contenuto sostanzialmente definitorio del rapporto - che presenta carattere di novità sotto il profilo dell’inquadramento sistematico, perché da sentenza

di rito, quale da sempre conosciuta, è stata annoverata dal codice tra le sentenze di merito (comma 5 dell'art. 34).

Le azioni di accertamento presenti nel codice sono quelle disciplinate:

- a - all'art. 31, comma 1, 2 e 3, in materia di silenzio;
- b - all'art. 31, comma 4, in materia di nullità;
- c - all'art. 34, comma 3, in materia di pronuncia di illegittimità di un provvedimento ai soli fini risarcitori;
- d - all'art. 34, comma 5, in materia di cessazione della materia del contendere;
- e - 114, comma 4, in materia di violazione o elusione del giudicato^{xliii[43]}.

Delle riferite fattispecie si tratteggeranno i profili salienti della regolamentazione codicistica - della quale sarà premessa la testuale disciplina - riguardati con esclusivo riferimento allo scopo del presente lavoro, e cioè alla tutela di accertamento.

5.a.- L'azione avverso il silenzio (art. 31, commi 1, 2 e 3).

1. Decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo, 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. E' 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”.

Deve rilevarsi, come è stato osservato dai più attenti commentatori del codice^{xliv[44]}, che quest'ultimo non si è limitato a riprodurre la disciplina esistente in materia, già contenuta nell'art. 2, comma 8 della legge n. 241 del 1990, ma ne ha rielaborato il contenuto tenendo conto dell'orientamento giurisprudenziale e degli apporti ricostruttivi della dottrina nel frattempo intervenuti^{xlv[45]}.

E' degna di notazione la circostanza che il codice, superando la preesistente frammentazione normativa della disciplina processuale del silenzio, ha sostituito il precitato comma 8 dell'art. 2 della legge n. 241, stabilendo, all'art. 3, comma 2, della lett. a), dell'allegato 4 del d.lgs. n. 104 del 2010 che “*La tutela in materia di silenzio dell'amministrazione è disciplinata dal codice del processo amministrativo*”.

Prescindendo dagli aspetti rituali^{xlvi[46]} del silenzio che trovano puntuale disciplina nell'art. 117 del codice, occorre soffermarsi, in coerenza con l'oggetto della presente riflessione, sul terzo comma dell'art. 31 che individua il potere del giudice di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio.

Si è già riferito come, ancor prima dell'introduzione nell'ordinamento processuale del rito speciale del “*ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione*”, ad opera dell'art. 2 della l. 20 luglio 2000, n. 205 che ha inserito l'art. 21-bis della l. 6

dicembre 1971, n. 1034, l'elaborazione giurisprudenziale ha variamente inteso il potere del giudice di fronte all'inerzia dell'amministrazione nell'emanazione del provvedimento cui la medesima è obbligata in presenza dell'istanza del privato. Secondo una posizione interpretativa, infatti, il giudice, accertando l'inerzia dell'amministrazione, deve limitarsi a imporre l'obbligo di provvedere; per altro approdo esegetico invece il giudice deve spingersi a saggiare la fondatezza della domanda^{xlvi[47]}.

Si è anche rammentato che il contrasto interpretativo è stato risolto dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 1 del 9 gennaio 2002 di sostanziale adesione alla prima delle riferite interpretazioni, e quindi cioè nel senso che la pronuncia del giudice deve arrestarsi a dichiarare l'obbligo di provvedere senza indicarne il contenuto.

La decisione dell'Adunanza, segnando un arretramento nella tutela del privato avverso il comportamento silenzioso dell'amministrazione, ha suscitato convinte critiche della dottrina^{xlvi[48]}, registrando però una pressoché corale adesione nella successiva elaborazione giurisprudenziale^{xlvi[49]}.

Il successivo intervento del legislatore, con il già ricordato art. 3, comma 6-*bis*, della legge n. 80 del 2005, che aveva sostituito l'art. 2 della legge n. 241 del 1990, ha invece optato per l'interpretazione più evolutiva sancendo la possibilità per il giudice amministrativo di “*conoscere della fondatezza dell'istanza*”.

In ordine alla prevista possibilità cognitiva, la giurisprudenza ha chiarito che essa riguarda le sole ipotesi in cui l'obbligo della p.a. di concludere il provvedimento concerne attività vincolate, e cioè attività che non implicano lo svolgimento di attività discrezionali^{li[50]}; non è mancata peraltro, rispetto a tali attività, qualche apertura giurisprudenziale^{li[51]} in favore della possibilità di estendere l'accertamento giudiziale anche alle attività discrezionali, dovendosi segnalare come qualche isolata pronuncia^{lii[52]} si è spinta fino ad attribuire in materia al giudice del silenzio i poteri cognitivi propri della giurisdizione di merito^{liii[53]}.

Indubbiamente, è nel solco di tale interpretazione evolutiva che si iscrive la disciplina apprestata dal codice.

Apparentemente essa non sembra introdurre modifiche rispetto alla disciplina introdotta con la ricordata novella dell'art. 3, comma 6-*bis*, della legge n. 80/2005.

Un più attento esame della norma codicistica fa però emergere una significativa novità nella parte in cui l'esame giudiziale viene riferito alla “*pretesa*” e non più alla “*istanza*” avanzata dal privato.

Non si tratta di semplice varianza nominalistica, ma di una scelta consapevole del legislatore delegato cui si collegano precisi effetti sostanziali.

Intanto, con l'impiego del termine “*pretesa*” in luogo di quello di “*istanza*”, il codice ha inteso stabilire che l'accertamento giudiziale deve poter avvenire “*anche se il silenzio si sia formato in un procedimento a iniziativa d'ufficio*”^{liv[54]}.

Il riferimento alla “*pretesa*” è poi significativamente espressiva della centralità assegnata alla posizione soggettiva fatta valere dal privato in quanto la valutazione del giudice in ordine alle attività da svolgersi dall'amministrazione inerte è correlata alla consistenza della “*pretesa*”, la quale, riconducendosi ai principi propri delle

condizioni generali dell'azione processuale amministrativa, deve essere qualificata e differenziata al fine di ottenere dalla p.a. l'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento^{lv[55]}.

La scelta lessicale è però espressiva di un significato ancora più pregnante. Evidenzia come il codice abbia fatto una precisa scelta di campo, in ordine al tipo di tutela apprestata, attribuendo al privato una tipica azione di accertamento autonomo che prescinde appunto dall'impugnativa di un provvedimento amministrativo ed è mirata a far dichiarare al giudice che il bene della vita, sotteso alla pretesa rivendicata nel giudizio, spetta al privato che ha avviato l'iniziativa giurisdizionale.

Va ammesso, quanto alla qualificazione dell'azione avverso il silenzio, che essa viene variamente configurata come azione di adempimento^{lvi[56]} ovvero come azione composita di accertamento e di condanna^{lvii[57]}.

Riteniamo però che tali ipotesi ricostruttive muovano dalla valorizzazione di aspetti ulteriori ma non centrali contenuti nella norma dell'art. 31 e pongano in ombra il tratto innovativo che caratterizza l'azione sul silenzio, e cioè quello che vale a qualificarla come azione di accertamento autonomo dell'interesse legittimo.

Infatti l'utilizzazione da parte del legislatore delegato, al secondo comma dell'art. 31 del termine "*inadempimento*", per stabilire i tempi di proposizione dell'azione contro il silenzio, non sembra argomento decisivo ed assorbente per concludere che il legislatore abbia inteso affrancare la tutela nei riguardi del silenzio dai canoni propri dell'azione di mero accertamento per ipotizzarla come azione di adempimento^{lviii[58]}.

Del pari, non sembra concludente l'opinione che qualifica l'azione in questione come azione composita (di accertamento e di condanna a provvedere, ovvero azione di accertamento e di condanna ad emanare il provvedimento richiesto), perché il nucleo centrale dell'azione consiste nel far accertare al giudice l'obbligo dell'amministrazione inerte di provvedere, mentre l'ordine giudiziale all'amministrazione di provvedere (art. 117, comma 2, c.p.a.) è effetto processuale coerente e conseguente all'accertamento giudiziale.

Ove però, secondo un'ipotesi ricostruttiva attenta a cogliere la valenza della norma processuale che abilita il privato a esercitare la tutela di accertamento in assenza dell'esistenza di un provvedimento amministrativo, e quindi si muova dalla considerazione dell'oggetto della domanda proposta e dalla peculiare modalità di introduzione del giudizio, non sembra possa dubitarsi del fatto che, nell'art. 31^{lix[59]}, il codice abbia ormai positivizzato l'azione di accertamento autonomo.

Alcune notazioni vanno fatte in ordine alla possibilità per il giudice di conoscere della fondatezza della pretesa.

Il codice pone dei limiti ben precisi, e cioè che il potere cognitorio del giudice è esercitabile solo in presenza 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*".

Rispetto alla formula precedentemente impiegata dalla legge n. 80/2005, che riconosceva al giudice il potere di conoscere nel giudizio sul silenzio della p.a. "*la fondatezza dell'istanza*", il codice usa una formula più articolata intesa a perimetrare

più puntualmente il potere giudiziale per riaffermare come esso non possa sostituirsi all'esercizio del potere discrezionale riservato all'amministrazione.

Si è correttamente puntualizzato^{lx[60]} che il legislatore, impiegando l'ampia espressione "discrezionalità", abbia inteso fare riferimento anche alla c.d. "discrezionalità tecnica"^{lxi[61]} nel senso che anche rispetto a quest'ultima opera il limite del sindacato giurisdizionale; limite però non rinvenibile in presenza di meri "accertamenti tecnici", i quali, avendo contenuto vincolato ben possono essere direttamente conosciuti dal giudice che gode in proposito di un sindacato pieno^{lxii[62]}.

5.b.- L'azione di nullità del provvedimento amministrativo (art. 31, comma 4).

“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.”

Una prima notazione va fatta per il collocamento sistematico dell'azione di nullità nell'art. 31 del codice che accomuna la "azione avverso il silenzio" e la "declaratoria di nullità".

Nel testo liquidato dalla Commissione speciale, l'azione di nullità figurava nell'art. 38 relativo alla "azione di accertamento" che prevedeva al primo comma la possibilità di "chiedere l'accertamento dell'esistenza o della inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle consequenziali pronunce dichiarative", e al secondo comma la possibilità di chiedere "l'accertamento della nullità di un provvedimento amministrativo".

Una volta espunta dal codice l'azione di accertamento, l'azione di nullità è stata inserita nell'art. 31 che disciplina anche l'azione avverso il silenzio.

La circostanza che le due azioni siano state ricomprese nella medesima norma codicistica trova naturale spiegazione nell'appartenenza delle due azioni al *genus* delle azioni di accertamento, resa evidente dalla qualificazione lessicale contenuta nelle norme di riferimento, e smentisce le perplessità manifestate in ordine alla collocazione sistematica dell'azione di nullità nell'articolo dedicato all'azione avverso il silenzio^{lxiii[63]}.

Una seconda notazione riguarda la natura dell'azione di nullità.

L'azione va configurata quale azione di accertamento autonomo, condivisibilmente affermandosi^{lxiv[64]} che con l'azione di nullità ha trovato finalmente ingresso nel processo amministrativo l'azione di accertamento autonomo a tutela dell'interesse legittimo; qualificazione quest'ultima che, come si è visto, non ha registrato concordia nei commentatori del codice a proposito dell'azione avverso il silenzio.

Che si tratti di un'azione di accertamento autonomo è dimostrato dal fatto che, anche in tal caso, il ricorrente agisce in giudizio non per impugnare un

provvedimento amministrativo e chiederne l'annullamento, secondo il modulo processuale tipico del giudizio cassatorio^{lxv[65]}, ma per chiedere al giudice di dichiarare che un determinato provvedimento è affetto da nullità ed è quindi improduttivo di effetti giuridici.

Poiché la norma riferisce la declaratoria di nullità a quelle “previste dalla legge”^{lxvi[66]}, per individuare le ipotesi di nullità che possono essere fatte valere con l'azione occorre fare riferimento all'art. 21–*septies* della legge n. 241 del 1990 che disciplina appunto la nullità del provvedimento amministrativo, e che qualifica tale “il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge”.

5.c.- L'azione volta all'accertamento della illegittimità di un provvedimento amministrativo ai soli fini risarcitori (art. 34, comma 3).

“Quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori.”

La norma disciplina la situazione di chi, presentato un ricorso per l'annullamento di un provvedimento amministrativo, non ha più interesse a coltivare il giudizio impugnatorio, non conseguendo alcuna utilità concreta dall'annullamento dell'atto, mantenendo comunque l'interesse ai fini risarcitori^{lxvii[67]}.

In tal caso, in ragione dell'inutilità di procedere all'annullamento dell'atto lesivo, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto e si pronuncia in ordine alla sussistenza di profili risarcitori.

E' evidente la *ratio* della norma: la possibilità di procedere all'accertamento dell'illegittimità del provvedimento, nel contesto di un unico giudizio avviato da un'azione impugnatoria non più sorretta dal correlativo interesse, è coerente con il principio generale affermato dal codice del processo amministrativo al suo art. 1, e cioè con l'effettività della tutela, intesa anche nel senso di evitare, per quanto possibile, frazionamenti nella definizione giudiziale delle domande proposte dal ricorrente.

E' stato correttamente affermato^{lxviii[68]} che con la previsione codicistica si è consentito che un'azione di annullamento venga in sostanza convertita in un'azione di accertamento dell'illegittimità dell'atto, da far valere ai fini risarcitori nel medesimo giudizio, osservandosi come in passato, per situazioni analoghe, il giudice amministrativo ha più volte dichiarato improcedibile il ricorso per l'annullamento costringendo così il privato a riavviare una controversia risarcitoria^{lxix[69]}.

6.d.- La sentenza di cessazione della materia del contendere (art. 34, comma 5).

“Qualora nel corso del giudizio la pretesa del ricorrente risulti pienamente soddisfatta, il giudice dichiara cessata la materia del contendere.”

L'ultimo comma dell'art. 34 del codice, dedicato alle *“Sentenze di merito”*, include fra queste la pronuncia di cessazione della materia del contendere, ipotesi che si verifica allorché l'amministrazione, in pendenza del giudizio, annulli o riformi in maniera soddisfacente per il ricorrente il provvedimento amministrativo impugnato.

La disposizione codicistica riproduce, in buona sostanza, la norma contenuta al comma sette dell'art. 23 della legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali (l. 6 dicembre 1971, n. 1034), la quale così recitava: *“Se entro il termine per la fissazione dell'udienza l'amministrazione annulla o riforma l'atto impugnato in modo conforme alla istanza del ricorrente, il tribunale amministrativo regionale dà atto della cessata materia del contendere e provvede sulle spese.”*

Rispetto all'originaria previsione, la norma del codice si differenzia^{lxx[70]} per l'impiego di una locuzione più chiara e sintetica rispetto alla formula lessicale adoperata dalla norma previgente, correlandosi infatti la cessata materia del contendere al pieno soddisfacimento della pretesa azionata con il ricorso in luogo dell'iniziativa dell'amministrazione che modifichi l'atto impugnato in modo conforme all'istanza del ricorrente.

Vi è però una differenza molto significativa introdotta dal codice con la norma all'esame, e cioè che la pronuncia di cessazione della materia del contendere viene iscritta tra le sentenze di merito, così mutandone la vecchia configurazione di sentenza di rito, avente rilievo e valenza meramente processuale.

La circostanza ha un importante effetto sostanziale, perché, come puntualizzato anche nella relazione al codice, la pronuncia *“contiene un accertamento di merito in ordine all'avvenuta soddisfazione della pretesa azionata e, per questo differisce dalle sentenze di rito indicate nell'art. 46 (recte 35)”*^{lxxi[71]}.

Dall'attribuito carattere di accertamento di merito della pronuncia consegue che essa, a differenza delle pronunce di rito che incidono sui presupposti processuali o sulle condizioni del ricorso, impedendo che quest'ultimo attinga alla decisione sulla sussistenza o meno della pretesa azionata dall'interessato, interviene sul rapporto amministrativo controverso e sulla pretesa sostanziale vantata dal ricorrente.

La pronuncia sta a significare che l'atto lesivo, ormai rimosso dall'amministrazione, non può più essere preso in positiva considerazione da quest'ultima, ove, dedotto un interesse oppositivo, si intenda portare l'atto ad esecuzione o assumerlo a base di provvedimenti o comportamenti ulteriori; ove per altro verso sia stato dedotto un interesse pretensivo, il provvedimento lesivo rimosso non è più idoneo a contrastare l'attribuzione del bene della vita richiesto con l'impugnativa giurisdizionale^{lxxii[72]}, il quale rimane ormai accertato in capo al ricorrente.

5.e.- L'azione proposta nel giudizio di ottemperanza volta alla declaratoria della nullità degli atti emessi in violazione o elusione del giudicato ovvero alla

declaratoria di inefficacia degli atti emessi in violazione o elusione di sentenze non passate in giudicate (art. 114, comma 4, lett. b.- e c.-).

“Il giudice, in caso di accoglimento del ricorso [proposto nel giudizio di ottemperanza]:

b) dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato;

c) nel caso di ottemperanza di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti, determina le modalità esecutive, considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione e provvede di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano”.

Le ipotesi previste alle lettere b) e c) dell’art. 114 del codice individuano due ulteriori ipotesi di azioni di accertamento esperibili nel giudizio di ottemperanza disponendo che, in caso di accoglimento del relativo ricorso, il giudice, il quale decide con sentenza in forma semplificata:

- dichiara nulli gli eventuali atti adottati in violazione o elusione del giudicato;

- considera inefficaci gli atti emessi in violazione delle sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti^{lxxiii[73]}.

Al di là dell’evidente distinzione operata dal codice circa le diverse statuizioni adottabili dal giudice dell’ottemperanza in ordine agli atti violativi o elusivi del giudicato e delle sentenze non ancora definitive, rispettivamente individuate nella nullità e nell’inefficacia, non è dubitabile che nelle due fattispecie si versi in ipotesi di statuizioni giudiziali aventi natura di mero accertamento, valendo in proposito le stesse considerazioni già svolte nel par. 4.b.- con riferimento all’azione di nullità ex art. 31, comma 4, del codice^{lxxiv[74]}.

Si è riferito in quella sede che l’azione di nullità può esperirsi sia nei riguardi di interessi legittimi che di diritti soggettivi, soggiungendosi che l’azione di nullità va posta in stretta correlazione con l’art. 21-*septies* della legge n. 241 del 1990, posto che tale norma, al comma 1, individua le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo, e, al comma 2, attribuisce alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo le violazioni e le elusioni del giudicato.

Va rammentato che tale ultima disposizione, è stata abrogata dall’allegato 4 del codice e quindi trasfusa nell’art. 133 del medesimo che ricomprende nelle “*Materie di giurisdizione esclusiva*”, la “*nullità del provvedimento amministrativo adottato in violazione o elusione del giudicato*” (comma 1, lett. a, n. 5, cit. articolo).

Dalla considerazione che il citato art. 133 devolve alla giurisdizione esclusiva le controversie in materia di nullità del provvedimento per violazione o elusione del giudicato, si è desunto che abbia consistenza di diritto soggettivo, e non di interesse legittimo, la situazione soggettiva incisa da un atto provvedimento affetto dalla sanzione di nullità^{lxxv[75]}.

Una tale generalizzazione non sembra però avere fondamento.

Può infatti osservarsi, sotto un primo e decisivo profilo, che se gli atti posti in essere in violazione o elusione del giudicato, incidendo sulla posizione soggettiva di chi è risultato definitivamente vittorioso nel giudizio, ledono il diritto soggettivo ad

ottenere dall'amministrazione soccombente l'obbligo di conformarsi al giudicato^{lxxvi[76]}, uguale conseguenza non è predicabile per le ipotesi di nullità rinvenibili al di fuori delle particolari fattispecie qui esaminate.

Non è poi, sotto altro verso, sostenibile che ogni ipotesi ricadente nell'ambito della giurisdizione esclusiva coinvolga posizioni soggettive riconducibili solo a diritti soggettivi, poiché, come è noto, essa coinvolge anche posizioni di interesse legittimo; consegue quindi che anche nell'ambito della giurisdizione esclusiva prevista dall'art. 21-*septies* della legge n. 241 del 1990 sulle controversie di atti nulli sono variamente rinvenibili sia interessi legittimi che diritti soggettivi, e la relativa cognizione del giudice va determinata sulla base del consueto criterio basato sulla consistenza della posizione soggettiva azionata dal soggetto che se ne ritiene leso^{lxxvii[77]}.

6.- L'elaborazione giurisprudenziale intervenuta nel primo biennio di applicazione del codice.

Anche con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo si riaffermano principi giurisprudenziali ben noti, ribadendosi che le azioni di accertamento – in tema di inquadramento di un pubblico dipendente in una qualifica superiore - sono proponibili in sede di giurisdizione esclusiva solo quando viene fatta valere una posizione di diritto soggettivo^{lxxviii[78]}.

Si afferma altresì che il codice del processo amministrativo consente di esperire le azioni di mero accertamento solo nei giudizi aventi ad oggetto il silenzio rifiuto^{lxxix[79]}, e che la previsione di un'azione generale di accertamento, con la sostituzione del giudice alla p.a., confligge in modo irrimediabile con le limitate previsioni di giurisdizione di merito previste dal codice medesimo; in particolare con quanto dispone l'art. 7, comma 6, che autorizza il giudice amministrativo a sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio della giurisdizione di merito solo nelle controversie indicate dalla legge e dall'art. 134 del codice^{lxxx[80]}.

Un'elaborazione più organica sul tema è offerta dalle due fondamentali adunanze plenarie del Consiglio di Stato, la n. 3 del 23 marzo 2011, n. 3 e la n. 15 del 29 luglio successivo^{lxxxi[81]}.

Con la prima delle due decisioni si afferma, con argomentazione che sarà più ampiamente ripresa nella decisione successiva, che il codice, in coerenza con il criterio di delega fissato dall'art. 44, lettera b), n. 4, della legge n. 69, *“ha superato la tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo la delega al solo modello impugnatorio, ammettendo l'esperibilità di azioni tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa”*. Con la conseguente trasformazione del giudizio amministrativo, ferma la non sostituibilità da parte del giudice in attività discrezionali riservate alla p.a., da giudizio amministrativo sull'atto a giudizio sul rapporto, mirato ad accertare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata con il ricorso.

Con l'adunanza plenaria n. 15/2011, l'autorevole consesso si pone il problema dell'ammissibilità, nel quadro processuale tracciato dal codice, di un'azione atipica di accertamento, e della compatibilità di detta azione con il limite fissato dal comma 2 dell'art. 34 del codice in ordine al divieto di adozione di pronunce con riguardo a poteri non ancora esercitati.

La questione di fondo viene risolta affermativamente richiamandosi l'elaborazione giurisprudenziale anteriore all'entrata in vigore del codice (in particolare, la ben nota decisione n. 717/2009 della VI Sezione) che non ha ritenuto rilevante l'assenza di un previsione legislativa affermativa dell'esperibilità dell'azione *de qua* ove questa risulti l'unica idonea a garantire la protezione dell'interesse legittimo.

Si afferma poi che l'enunciata mancata previsione dell'azione generale di accertamento non preclude la praticabilità della relativa tutela, ammessa dai principali ordinamenti europei, avente peraltro fondamento in norme immediatamente precettive della Costituzione dirette a garantire la piena e completa protezione dell'interesse legittimo (artt. 24, 103 e 113).

Si soggiunge, sempre in ordine all'assenza nel testo del codice di una norma esplicita sull'azione generale di accertamento, che la mancata previsione "*non è sintomatica della volontà legislativa di sancire un preclusione di dubbia costituzionalità ... e che ove dette azioni tipizzate (dal codice) non soddisfino in modo efficiente il bisogno di tutela, l'azione di accertamento atipica ... 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*".

Indubbiamente, le decisioni delle due adunanze plenarie sono significative, e, per certi versi, non privi di carica innovativa^{lxxxii[82]} allorché ammettono la presenza nell'ordinamento di un'azione atipica di accertamento nella condivisibile esigenza costituzionale di garantire la piena protezione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale correlata a un bene della vita.

Non convince però l'affermazione giustificatoria della mancata previsione di un disciplina generale dell'azione di accertamento, sia pure nei limiti angusti previsti dalla bozza del codice, atteso – come sopra riferito al par. 2 - che la delega contenuta nell'art. 44 della legge n. 69/2009, stante il suo chiaro tenore letterale, non era nel senso di affidare al legislatore delegato una *facoltà* bensì il vincolo puntuale di prevedere, nell'ambito della disciplina delle azioni, anche "*le pronunce dichiarative*", e tanto in adesione alla *ratio* della delega intesa a realizzare la piena tutela delle situazioni giuridiche soggettive sottoposte alla cognizione del giudice amministrativo.

D'altra parte, non si vede perché, in adempimento della delega, nel Capo dedicato alle "azioni di cognizione", il codice disciplini in linea generale le azioni di annullamento (art. 29) e di condanna (art. 30) e non abbia ritenuto di contemplare l'azione di accertamento, così come peraltro previsto dalla relativa bozza.

Non può escludersi che su tale omissione abbia pesato una certa ritrosia a introdurre, sia pure in termini minimali, l'azione di accertamento, fortemente avversata per i motivi di cui si è detto a proposito delle opinioni contrarie all'ingresso nell'ordinamento processuale amministrativo dell'azione di mero accertamento.

7.- *Considerazioni conclusive.*

Come si è anticipato, la Commissione incaricata di redigere il codice del processo amministrativo aveva previsto la possibilità di chiedere al giudice amministrativo *“l’accertamento dell’esistenza o dell’inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l’adozione delle conseguenti pronunce dichiarative”* (art. 38 della stesura finale dell’articolato), escludendo l’esperibilità dell’azione quando il ricorrente *“avrebbe potuto far valere i propri diritti o interessi mediante l’azione di annullamento o di adempimento”* e *“con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”* (cit. art. 38, comma 3).

La formulazione della norma codicistica era avvenuta in adempimento dei principi e criteri direttivi contenuti nella legge delega che imponeva di disciplinare la tipologia dei provvedimenti del giudice *“prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa”* (art. 44, comma 2, lett. b), nn. 4 e 5 della legge n. 69/2009).

Il codice approvato con il d.lgs. n. 104/2010 non reca alcuna disciplina in via generale delle azioni e delle pronunce dichiarative, a differenza delle azioni di annullamento e di condanna, limitandosi a prevedere alcune azioni di accertamento; è possibile, in un’ottica sostanzialistica, che la disciplina di singole fattispecie in cui è (sarebbe) rinvenibile l’esercizio di un’azione di accertamento abbia fatto in genere concludere, con poche eccezioni^{lxxxiii[83]}, per l’assenza di elusione da parte del legislatore delegato del vincolo posto dal delegante.

Qui preme però fare alcune considerazioni.

Proprio nella particolare materia della tutela di accertamento, il testo codicistico non ha fatto quel *“salto in avanti”*^{lxxxiv[84]} che pure avrebbe trovato giustificazione nella lettura e nella *ratio* dell’art. 44 chiaramente orientate ad assicurare - anche, e forse soprattutto, mediante la disciplina delle pronunce dichiarative - l’effettività della tutela per la parte vittoriosa.

Insomma, come annotato da autorevole dottrina, il testo del codice non ha effettuato quel *“cambio di paradigma”* descritto da Eduardo Garcia de Enterría^{lxxxv[85]}, apparendo piuttosto come *“uno strumento legislativo che non detta tanto un programma per il futuro, bensì prevalentemente, un riassunto per il passato”*^{lxxxvi[86]}.

Ciò non si concilia con l’idea di codice, che è un atto normativo proiettato verso il futuro e che tende *“a realizzare un assetto normativo essenzialmente nuovo, sebbene memore della linea che viene dal passato”*^{lxxxvii[87]}, mentre il codice del processo amministrativo, accentuando il profilo consolidativo pur immanente in ogni opera di sistemazione codicistica, appare come una sintesi *“delle precedenti puntate legislative e giurisprudenziali”*^{lxxxviii[88]}. In ciò forse scontando, da un lato, il limite lessicale desumibile dal primo comma dell’art. 44 della legge n. 69/2009 che delega al Governo *“il riassetto”* del processo amministrativo; dall’altro, la contraddizione rinvenibile tra primo e secondo comma di detto art. 44 che prevedono rispettivamente l’adeguamento *“delle norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e*

delle giurisdizioni superiori” e appunto la previsione delle “*pronunce dichiarative ... idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa*”^{lxxxix[89]}.

Ma tant’è, e sembrerebbe ozioso insistere oltre sull’occasione mancata dai redattori del codice.

Bisognerà allora, senza attendere improbabili interventi del legislatore sulla tutela di accertamento^{xc[90]}, che pure sarebbero auspicabili anche per scongiurare possibili rilievi di non conformità del codice alla legge delega, confidare in un’elaborazione giurisprudenziale attenta alla tutela delle pretese azionate nel processo amministrativo sulla base della valorizzazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione^{xcii[91]}, la quale permetta di riconoscere l’ammissibilità di azioni di mero accertamento anche al di fuori delle ipotesi specificatamente disciplinate dal codice, che sono state partitamente esaminate.

In proposito va rammentato che, proprio con riferimento al quadro costituzionale (in particolare all’art. 24 Cost. cui è stato riconosciuto “*un ruolo decisivo*”), la storica sentenza n. 717/2009 della Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha aperto una breccia, in ciò trovando adesione nelle adunanze plenarie del Consiglio di Stato nn. 3 e 15 del 2011, riconoscendo l’ammissibilità, anche nel processo amministrativo, di un’azione atipica di mero accertamento come strumento di tutela di tutte quelle situazioni caratterizzate, come in quel giudizio, dall’assenza di un atto impugnabile.

Del resto, è lo stesso art. 1 del codice, che nel proclamare l’effettività^{xciii[92]} e la pienezza di tutela nel processo amministrativo, afferma che questa è perseguita “*secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*”, sicché è dalla più ampia valorizzazione del principio di effettività che potrebbe predicarsi e affermarsi il riconoscimento di un’azione di accertamento atipica nella giurisdizione amministrativa.

Dare più spazio all’azione di accertamento, e riconoscerne la praticabilità, equivale ad assicurare una più completa tutela giurisdizionale nei confronti del comportamento amministrativo lesivo delle ragioni del cittadino, il quale, in presenza di rapporti controversi dove si fronteggiano potere amministrativo e interesse pretensivo, si rivolge al giudice perché venga definito l’assetto di quel rapporto e sia data una risposta sulla spettanza o meno della pretesa da lui rivendicata.

Non si ignora che nei riguardi della tutela di accertamento vi sia un diffuso atteggiamento di cautela, se non proprio un pregiudizio culturale^{xciiii[93]} legato al modello impugnatorio del processo amministrativo, che il giudice, nel riconoscere la pretesa del cittadino, possa sostituirsi all’amministrazione, così violando la riserva costituzionale che demanda ad essa soltanto l’adozione dell’attività amministrativa.

Come è stato sul punto osservato non è certamente in questione il fatto che al giudice, all’infuori della giurisdizione di merito, sia impedito di emettere un provvedimento in sostituzione dell’amministrazione^{xcv[94]}, ma non si ravvisano motivi ostativi a che egli, nel procedere a valutazioni anche molto complesse che hanno esitato un provvedimento illegittimo o erroneo, possa rettificare le scelte operate dall’amministrazione, procedendo a definire compiutamente l’assetto del rapporto controverso; trattandosi, in un tal caso, “*non di sostituzione, ma di applicazione della legge, attività indiscussamente attribuita ai giudici*”^{xcvi[95]}.

Altro atteggiamento di cautela è desumibile nell'atteggiamento pressoché corale – che ha trovato conferma in sede di disciplina dell'azione sul silenzio che ammette l'intervento del giudice nel pronunciare sulla fondatezza della pretesa solo in presenza di attività vincolata dell'amministrazione - secondo cui il giudice non può interferire sulle scelte discrezionali di quest'ultima orientandone la direzione.

In proposito potrebbe osservarsi, senza poter indugiare su una delle tematiche più complesse e delicate costituita dalla discrezionalità nell'esercizio del potere, che quest'ultimo, risultando vincolato ai fini del perseguimento dell'interesse pubblico (c.d. funzionalizzazione del potere amministrativo), non può dispiegarsi liberamente; che esso implica sì una scelta sull'*an, quid e quomodo* dell'agire, ma pur sempre nella considerazione degli interessi secondari coinvolti dal suo esercizio e nell'osservanza del criterio della ragionevolezza.

Orbene, ricorrono delle situazioni in cui il potere di scelta della p.a. risulta confinato in poche e ben determinati esiti provvedimenti, c.d. attività amministrative a bassa discrezionalità^{xcvi[96]} rispetto alle quali non potrebbe escludersi che il giudice amministrativo possa valutare, sempre sul piano della legittimità, la coerenza di tali scelte e quindi l'accertamento della fondatezza o meno della pretesa azionata dal privato.

Tanto del resto in linea con il riconoscimento di una “primazia di un diritto giurisprudenziale”^{xcvii[97]}, che si sforza di dare risposte concrete ad una domanda di giustizia avendo come obiettivo la necessità che siano assicurate effettività e pienezza di protezione a tutte le posizioni soggettive^{xcviii[98]}; tendenza peraltro che ha trovato una forte conferma nell'attribuzione al giudice amministrativo, anche per via di effetti indotti dalla disciplina comunitaria, del potere di dichiarare in tutto o in parte l'inefficacia dei contratti nelle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, attraverso una valutazione di merito^{xcix[99]} degli interessi economici da salvaguardare, in conformità con la pretesa della parte ricorrente (artt. 121 e 122 c.p.a.).

Certo, la previsione dell'azione di accertamento nel codice, sia pure nei limiti previsti dalla bozza liquidata dalla Commissione, avrebbe facilitato l'opera del giudice nel suo compito di apprestare una tutela più completa, introducendo “*una salutare contaminazione dello schema tradizionale del giudice di legittimità con elementi tipici del giudizio di spettanza*”^{c[100]}.

E avrebbe certamente contribuito finalmente a dissacrare l'annotazione di Nigro^{ci[101]}, sull'irresponsabile inerzia del legislatore nel non aver dedicato una sola norma alla disciplina del processo di accertamento, processo da lui ritenuto di rilevante importanza nell'economia della giustizia amministrativa.

^{i[1]} S. Murgia, *Crisi del processo amministrativo e azione di accertamento*, in *Dir. proc. amm.* 2/1996, 244.

^{ii[2]} S. Murgia, *op. cit.*, 244.

iii^[3] G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, cit; dello stesso A. : *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.* 3/1992, 481; *Argomenti di diritto amministrativo*, cap. XII *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, 275.

iv^[4] Che egli così sintetizza (*Argomenti di diritto amministrativo* cit., 232): un giudizio che, “*abbandonando definitivamente gli schemi concettuali tipici del giudizio di annullamento, sia diretto tout court a fornire l'adattamento puntuale dell'astratta disciplina normativa al rapporto concreto; sia diretto, dunque, al di là dell'annullamento dell'atto, ad accertare la fondatezza della pretesa di diritto sostanziale del ricorrente e il correlativo contenuto dell'obbligo di provvedere, salvi i margini della discrezionalità e delle valutazioni tecniche riservate*”

v^[5] La circostanza che il processo amministrativo nasca e si configuri come giudizio cassatorio, avente ad oggetto la caducazione dell'atto, unitamente alle originarie e prevalenti teorizzazioni sulla natura dell'interesse legittimo come figura processuale (proiezione processuale dell'interesse di chi promuove l'azione giurisdizionale), vale a spiegare come, all'infuori dell'ambito della giurisdizione esclusiva, il tema dell'esistenza, sia pure in chiave problematica, di azioni e di sentenze di accertamento nel processo amministrativo abbia suscitato scarsa considerazione nella dottrina amministrativistica. L'accertamento nel processo amministrativo è stato del resto sempre inteso come momento immanente della funzione giurisdizionale, come risultato cioè dell'applicazione della norma al fatto dedotto nel giudizio. Significativa in tal senso è la posizione di De Valles (*La validità degli atti amministrativi*, Padova, 1916, 412): “*il contenuto della decisione giurisdizionale amministrativa è sempre, anzitutto, un accertamento sulla questione giuridica dedotta nel giudizio*”; lo stesso Cammeo (*Corso di diritto amministrativo*, Napoli 1960, 737, ristampa), sia pure con spunti argomentativi che preludono a una visione nuova e attuale del tema dell'accertamento nel processo amministrativo, impiega il termine accertamento nella generale accezione processualistica, laddove afferma che “*il ricorso contenzioso, come l'azione giudiziaria, è fondamentalmente dichiarativo: cioè ha lo scopo di accertare e reintegrare il diritto o interesse legittimo o interesse semplice anteriore alla domanda*”. Quando poi si passa dal piano delle affermazioni generalizzanti, al piano più specificamente interessante il processo amministrativo di legittimità e il contenuto proprio delle decisioni del giudice, si assiste a posizioni perentorie, come quella dell'Allorio (*L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, 113), dal quale si ritiene che l'accertamento è effetto estraneo al giudizio di impugnazione; conclusione coerentemente svolta da chi sostiene che l'interesse legittimo non può essere oggetto di accertamento giudiziale, “*essendo solo i diritti soggettivi inquadrabili nel prisma*” di detto accertamento. Tale punto di vista troverà poi convinta adesione in Capaccioli (*Per l'effettività della giustizia amministrativa* (saggio sul giudicato amministrativo), in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1977, I, 3), secondo cui le sentenze del giudice di annullamento non possono mai produrre effetti di accertamento; fino all'affermazione che “*non serve (ed è errato) qualificare il processo amministrativo come processo di accertamento*”. Il rapporto sostanziale amministrazione-amministrato giammai potrebbe costituire oggetto di accertamento giudiziale, essendo tale rapporto nell'esclusiva disponibilità dell'amministrazione. Trattasi di conclusioni sicuramente acquisite, ribadite e tenute ferme dalla dottrina, almeno fino agli inizi degli anni sessanta del secolo scorso, e comunque perduranti nel tempo. In proposito è espressiva di quale considerazione godesse la possibilità di attribuire cittadinanza alle sentenze dichiarative del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione di legittimità, la seguente affermazione di Guicciardi (*Sentenze dichiarative del giudice amministrativo?*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1951, III, n. 351: “*Ma chi affermasse che il giudice amministrativo può trovarsi ad emanare sentenze dichiarative anche quando, in sede non esclusiva, decide il ricorso nel merito senza respingerlo, non sentirebbe certo prorompere attorno a sé manifestazioni di consenso*”.

Nella concezione del Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 35 e segg, rimane ferma la distinzione tra i due tipi di giudizio, di giurisdizione di legittimità e di giurisdizione esclusiva, ribadendosi la posizione tradizionale che il contenuto di accertamento è proprio di quest'ultimo giudizio, ed è estraneo al giudizio di legittimità, dove campeggia la caducazione dell'atto.

A detta di Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 284, l'area del processo di accertamento non coincide con l'area della giurisdizione esclusiva, “*perché vi sono processi di accertamento, al di fuori della giurisdizione esclusiva*”, quali per esempio *l'ipotesi del silenzio-inadempimento*, e perché non tutta la giurisdizione esclusiva è giurisdizione di accertamento. Ciò nondimeno, egli soggiunge, il problema delle azioni di accertamento si pone con esclusivo rilievo alla giurisdizione esclusiva, “*e l'interesse teorico di*

questa giurisdizione sta proprio nel fatto che essa si esercita, caratteristicamente, attraverso il giudizio di accertamento”, annotandosi che il fenomeno dello “accertamento in genere” nel processo amministrativo, non è da considerarsi come qualcosa di spurio da riassorbire nello schema tipico del processo amministrativo ordinario. Esso va invece considerato nella giusta luce di “un insieme di rapporti e di controversie in cui l’incontro e lo scontro tra il potere amministrativo e la situazione del privato avvengono in guise più complicate ed elastiche di quelle in cui esse si presentano nel collegamento tipico potere-interesse legittimo, costringendo quindi il giudice ad adeguare le forme del processo di impugnazione a tali guise, ma nello stesso tempo mettendo in crisi, attraverso l’affacciarsi di questi modi diversi di esercizio del potere e la soddisfazione dell’esigenza di sottoporli a sindacato, l’intera struttura del processo di impugnazione”.

Secondo Abbamonte, *Sentenza di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. I, Milano, 1988, l’accertamento si pone come effetto ulteriore della sentenza che dispone l’annullamento del provvedimento illegittimo, mentre Stella Richter, *Per l’introduzione dell’azione di mero accertamento nel giudizio amministrativo*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. I, Milano, 1988, auspica l’esperibilità dell’azione di mero accertamento prima dell’emanazione del provvedimento finale. Per Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1988, 423, l’accertamento è momento propedeutico di qualsiasi sentenza, e quindi anche di quella di tipo costitutivo, evidenziandosi la natura dichiarativa della fondatezza della pretesa della sentenza che attua la tutela degli interessi pretensivi.

^{vi[6]} L’espressione, quanto mai efficace, che rende il senso della “bruta” operazione che ha consegnato “un codice mutilato”, è di F. Merusi, *In viaggio con Laband ...*, in *Giustizia Amministrativa, Rivista di diritto pubblico*, 2010, 4.

^{vii[7]} Tali criteri disciplinano, come è noto, il più generale fenomeno del riassetto normativo e della codificazione per settori.

^{viii[8]} In ordine all’iter di formazione del decreto delegato, poi esitato con il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (“Attuazione dell’articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo”) la legge delega ha autorizzato il Governo a demandare “la stesura dell’articolato normativo” (tale è la locuzione usata dal quarto comma del citato art. 44) al Consiglio di Stato e ha attribuito a tal fine al Presidente dell’Istituto il potere di costituire, allo scopo, un’apposita Commissione speciale a composizione mista, che è stata all’uopo costituita con la presenza di consiglieri di Stato, magistrati di Tar, magistrati della Cassazione, un rappresentante dell’Avvocatura dello Stato ed esponenti del mondo accademico e forense. La Commissione di studio ha completato i propri lavori in data 8 febbraio 2010. In ordine alla natura dell’articolato normativo e alle questioni problematiche, riguardate anche storicamente, della codificazione del processo amministrativo, cfr. E. Follieri, *La natura giuridica dell’articolato provvisorio denominato codice del processo amministrativo*, in *Giustizia Amministrativa, Rivista di diritto pubblico*, 2010, 4.

^{ix[9]} E’ significativo riportare come si esprimeva in proposito la “Relazione introduttiva generale” allo schema di codice (pag. 20): “In ossequio al preciso ed innovativo disposto della legge delega è stata redatta una snella ma compiuta disciplina, che ricalca la tipologia delle azioni esperibili nel processo civile, con le peculiarità necessarie a mantenere intatta la specificità del processo amministrativo”.

^{x[10]} Si è ritenuto, Sara Spuntarelli, *Osservazioni sulla coerenza della “bozza” di codice del processo amministrativo con i principi e criteri direttivi contenuti nella disposizione di delega*, in *Giustizia Amministrativa, Rivista di diritto pubblico*, 2010, 5, che la “bozza” di codice, che pure prevedeva l’azione di accertamento nei termini sopra riportati, attuasse in maniera attenuata, o addirittura non attuasse (con conseguente ricaduta sul piano della legittimità costituzionale del testo legislativo delegato), il principale obiettivo della delega, e cioè il raggiungimento dell’effettività della tutela, con riferimento al rapporto di “parificazione” tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione civile.

^{xi[11]} Nell’intervento di G. Coraggio, al convegno svoltosi presso il Consiglio di Stato il 19 maggio 2010 sul tema “Il processo amministrativo (ieri – oggi – domani)”, riportato da M. Nunziata, *Resoconto del convegno*, in *Giustizia Amministrativa, Rivista di diritto pubblico*, 2010, nel premettersi che dopo il passaggio governativo sono state eliminate le azioni di accertamento e di adempimento, e che “si tratta di modifiche sicuramente incisive, anche se forse la cancellazione è stata più che altro formale”, l’A. ritiene di confortare questa sua affermazione con la considerazione che “nell’attuale testo, sono rimaste le azioni di

nullità e contro il silenzio”, domandandosi: “Ci sono altri casi, se non marginali di azioni di accertamento diverse da queste?”

In proposito si osserva che tali considerazioni hanno senso nell’ottica di un codice di tipo consolidativo, che, almeno per quanto riguarda la disciplina delle azioni, non era nelle intenzioni del legislatore delegante. Avendo infatti la delega sottolineato che la disciplina delle azioni, comprese quelle dichiarative, deve tendere, “a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa, si imponeva al legislatore delegato di apprestare una diversa e più innovativa disciplina delle pronunce dichiarative individuando in quali casi il giudice, decidendo del rapporto giuridico contestato in ordine all’esercizio del potere della p.a., potesse pronunciarsi sulla spettanza o meno della pretesa azionata dal privato.

In proposito, degne di condivisione sono le argomentazioni di F. G. Scoca, formulate nello stesso convegno a confutazione delle considerazioni del pres. Coraggio. Dopo aver premesso che “il codice rappresenta una grande opportunità per la riorganizzazione del processo amministrativo, ma che il giudizio sullo schema, dopo l’intervento dello sforbiciatore ministeriale, non può che essere negativo”, l’A. conclude nel senso che, alla luce dei criteri direttivi contenuti nella delega, “lo schema licenziato dal Consiglio dei Ministri non risponde alla legge delega, in quanto disciplina un processo che, pur se riorganizzato, presenta gli stessi caratteri essenziali di quello attuale”.

^{xiii}[12] Rilievi desumibili già dal titolo che figura in due articoli, brevi quanto caustici, formulati a caldo all’indomani delle “amputazioni” al progetto licenziato dalla speciale Commissione mista di magistrati, avvocati e docenti : A. Tassone Romano, *Così non serve a niente*, in *Giustizia Amministrativa, Rivista di diritto pubblico*, 2010, 4; N. Saitta, *Il codice che poteva essere ...*, in *Giustizia Amministrativa, Rivista di diritto pubblico*, 2010, 4, il quale così annota: “Le azioni ammissibili contro la pubblica amministrazione, da sei, si sono ridotte a tre: via accertamento, via adempimento, via esecuzione!” P. de Lise, *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali, Profili generali*, in 56° *Convegno di studi amministrativi di Varenna 23-25 settembre 2010*, ritiene “ingeneroso e infondato l’atteggiamento di chi, deluso dal modo in cui è progredito l’iter del provvedimento legislativo, ha sostenuto che così come oggi si presenta il Codice non serve a nulla”. Tale è anche la tesi di R. Chieppa, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell’effettività della tutela*, in *Sito della Giustizia Amministrativa 2010*, il quale, pur ammettendo che “l’occasione per costruire un modello di processo amministrativo all’avanguardia in Europa era unica e probabilmente l’occasione è stata persa” oppone come ciò non significhi che “senza alcune norme il codice non serva a nulla”.

^{xiii}[13] F. Merusi, *In viaggio con Laband ...*, in *Giustizia Amministrativa, Rivista di diritto pubblico*, 2010, 4, il quale soggiunge: “Un anonimo sforbiciatore, che ha affermato di agire in nome del Ministro del Tesoro per contenere un possibile aumento della spesa pubblica, ha surrettiziamente mutilato il testo predisposto da una apposita commissione costituita in esecuzione della legge delega presso il Consiglio di Stato e ci ha aggiunto qualcosa di suo per trasformare, quel che doveva essere un processo paritario, in una sorta di giustizia domestica preunitaria. Insomma in qualcosa di più arretrato rispetto al discorso di inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato scritto da Silvio Spaventa verso la fine dell’Ottocento”.

^{xiv}[14] Comunicato n. 89 del 16 aprile 2010 del Consiglio dei Ministri, riportato in R. Chieppa, *Il codice del processo amministrativo, Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo*, Milano, 2010.

^{xv}[15] R. Chieppa, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell’effettività della tutela*, sito della *Giustizia amministrativa, Studi e contributi*, 2010, 4, il quale afferma, a sostegno della non plausibilità dell’adotta motivazione di evitare gli oneri finanziari, che l’azione di accertamento “può già essere esercitata sulla base della giurisprudenza del Consiglio di Stato e la sua codificazione avrebbe evitato il rischio di interpretazioni giurisprudenziali dirette ad ampliare eccessivamente il suo ambito di applicazione”; che “a tal fine operavano i limiti dell’inammissibilità dell’azione in relazione a poteri non esercitati o al fine di aggirare il mancato esercizio dell’azione di annullamento nei termini di decadenza”; che “l’azione di accertamento consente a volte di chiarire situazioni controverse (ad esempio, l’essersi formato o meno il silenzio assenso), evitando che l’incertezza possa poi ricadere sulla stessa p.a. ed esporla a pretese risarcitorie maggiori”.

^{xvi}[16] R. Caponi, *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*, in *Il Foro Italiano*, 2010, 10, 271.

^{xvii}[17] R. Caponi, op. cit., 271.

^{xviii}[18] F. Pignatiello, *Le azioni di cognizione*, in *Il Nuovo processo amministrativo*, 2010 Milano, 35.

^{xix}[19] La disciplina dell'azione di accertamento conosce varie stesure intermedie. In alcune riflessioni sul tema è indicata la prima stesura, ricompresa sotto l'art. 36; nel presente lavoro, è preso a punto di riferimento la stesura finale liquidata dalla Commissione contenuta nell'art.38.

Nella prima stesura, la "azione di accertamento" era stata prevista nel modo che segue:

"Il ricorrente può chiedere l'accertamento della nullità del provvedimento o dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle consequenziali pronunce dichiarative.

Qualora l'accertamento riguarda posizioni di diritto soggettivo la domanda è proposta nel termine di prescrizione.

Ad eccezione dell'azione di nullità, l'accertamento non può essere chiesto quando il ricorrente può o avrebbe potuto far valere i propri diritti o interessi mediante l'azione di annullamento o di adempimento; l'accertamento non può altresì essere chiesto con riferimento a poteri amministrativi non esercitati".

Se si raffrontano i due testi non si ravvisano difformità sostanziali di un qualche rilievo. L'unica differenza sta nel riferimento, al comma secondo dell'originaria previsione, della azioni di accertamento dei diritti soggettivi, proponibili nell'ordinario termine prescrizione.

L'espunzione dell'azione di accertamento dalla disciplina codicistica ha fatto venire meno anche la previsione dell'azione di accertamento dei diritti soggettivi; dal che però non possono trarsi conseguenze significative sulla configurabilità nel processo amministrativo di dette azioni, del resto sempre ammesse nell'ambito della giurisdizione esclusiva. Sul punto cfr. R. Caponigro, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in sito della *Giustizia amministrativa*, 2010, 56.

^{xx}[20] E' stato osservato, cfr. intervento D. de Pretis in *Seminario su "Il Riassetto della disciplina del processo amministrativo"*, svoltosi all'Università di Bologna il 18 gennaio 2010, che la norma parla dell'accertamento di un rapporto giuridico contestato, ma non sembra facile individuare l'ambito di applicazione della relativa azione, tenuto conto del fatto che essa da un lato non può essere proposta se si poteva proporre azione di annullamento o di adempimento, e dall'altro che l'accertamento richiesto non può riferirsi a poteri amministrativi non ancora esercitati. Combinando queste limitazioni con i limiti propri della giurisdizione amministrativa non sembra che residuino molti spazi per la proposizione di azioni di accertamento che abbiano ad oggetto rapporti giuridici controversi.

^{xxi}[21] Nella relazione introduttiva al codice l'esclusione della possibilità di esercitare l'azione di accertamento in presenza dell'esperibilità dell'azione di annullamento veniva spiegata con l'esigenza di non "eludere il termine di decadenza previsto per l'azione di annullamento", norma simile all'art. 43, comma 2, del *Verwaltungsgerichtsordnung* nel sistema tedesco.

La legge sul processo amministrativo tedesco del 1960 prevede con carattere di generalità l'azione di accertamento (*Feststellungsklage*), utilizzabile per accertare la presenza di un rapporto giuridico, ovvero la sua inesistenza, o anche la nullità di un atto amministrativo (art. 43 VwGO). Condizione necessaria per la proponibilità dell'azione è la presenza di un interesse legittimo del ricorrente all'immediato accertamento (cfr. L. Tarantino, *L'azione di condanna nel processo amministrativo*, Milano, 2003, 35 e 36). Mettendo a raffronto lo schema dell'art. 38 del progetto del codice e l'art. 43 del VWGO può osservarsi come la previsione contenuta nel processo tedesco sull'azione di accertamento fosse stata presa a modello dalla norma del codice amministrativo.

^{xxii}[22] L'ultima proposizione normativa del terzo comma del precitato art. 38 ("l'accertamento non può altresì essere chiesto con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati") era mirata ad escludere l'ammissibilità dell'azione di mero accertamento in via preventiva; e cioè che la nuova azione potesse "riguardare poteri amministrativi ancora non esercitati e ciò al fine di evitare domande dirette ad orientare l'azione amministrativa pro futuro, con palese violazione del principio della divisione dei poteri" (in tal senso la relazione introduttiva al codice, pag. 21). E' degno di notazione che la disposizione normativa, che nel testo licenziato dalla Commissione insediata presso il Consiglio di Stato era riferita alla sola azione di accertamento, è stata recuperata dal codice, all'art. 34 comma 2, con riferimento ad ogni pronuncia di merito del giudice, ribadendosi l'impossibilità che questi possa, in via generale, "conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento di cui all'articolo 39".

^{xxiii}[23] S. Raimondi, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunce*, in *Giustizia amministrativa, Rivista di diritto pubblico*, 2010, 12. Osserva sul punto R. Chieppa, op. cit., 8, che "la codificazioni delle

azioni è comunque avvenuta e, nonostante l'eliminazione delle azioni di accertamento e di adempimento nel Codice sono rimasti i germi per garantire l'esercizio di un pluralità di azioni".

xxiv^[24] A parere di G. Pellegrino, *Il codice al passaggio decisivo. Tra grande occasione e strani paradossi*, in *Sito della Giustizia Amministrativa*, 2010, l'azione di accertamento era già praticata dalla giurisprudenza "anche oltre i termini con cui in commissione era stata strutturata".

xxv^[25] F. Patroni Griffi, *L'azione di accertamento, Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, in *Sito della Giustizia Amministrativa*, 2010.

xxvi^[26] L. Torchia, op. cit, 4.

xxvii^[27] L. Torchia, op. cit. , 4.

xxviii^[28] F. Merusi, *In viaggio con Laband ...*, op. cit., 2.

xxix^[29] F. Merusi, *In viaggio con Laband ...*, op. cit., 2. L'A., nel premettere che "l'azione di accertamento in pratica è ormai accettata da quasi tutti i Tar della Penisola nel senso che, mascherato dietro un'azione di annullamento, molto spesso si ottiene l'accertamento di determinati rapporti fra cittadino e la P.A." soggiunge che, venuta meno con il codice l'azione di accertamento, "bisognerà ancora una volta fingere di chiedere l'annullamento di un provvedimento mentre in realtà si chiede di accertare un dato rapporto giuridico": cfr. intervento di F. Merusi, nel seminario "La sistematica delle azioni nel nuovo processo amministrativo", svoltosi presso l'Università Bocconi di Milano 16 maggio 2010, in *Giustizia Amministrativa, Rivista di diritto pubblico*, 2010, 6.

F. Luciani, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni dell'interesse legittimo: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Diritto processuale amministrativo n. 2/2012*, 51, pone in rilievo "la capacità del giudice amministrativo di provvedere alla tutela dell'interesse sostanziale attraverso l'impiego di rimedi atipici, seppur compatibili con l'ordinamento".

xxx^[30] R. Caponi, op. cit. 271.

xxxi^[31] Indirizzo interpretativo confermato dalla stessa Sezione del Consiglio di Stato con la sent. 15 aprile 2010, n. 2139, in *Foro Amministrativo C.d. S.*, 2010, 4.

xxxii^[32] F. Saitta, "Dell'azione di mero accertamento che ci sarebbe potuta essere ... e che si auspica ci sarà comunque a prescindere dalla scelta dei codificatori", in seminario "La sistematica delle azioni nel nuovo processo amministrativo" cit, 8.

xxxiii^[33] L. Torchia, op. cit, 6.

xxxiv^[34] L. Torchia, op. cit., 6.

xxxv^[35] L. Maruotti, *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela*, intervento svolto in occasione del Convegno tenutosi a Lecce il 12 novembre 2010 su "Il codice del processo amministrativo".

xxxvi^[36] E' sempre L. Maruotti che si domanda "Può il giudice amministrativo decidere se è fondata una domanda di permesso di costruire? E poi, sarebbe compatibile con la tenuta del sistema la conseguente decisione delle questioni tramite un consulente?"

xxxvii^[37] R. Greco, *Le ragioni di un codice amministrativo*, in *Sito della Giustizia Amministrativa*, 2010, 2, 7.

xxxviii^[38] Parla di "sforbiciatore che non può più dirsi anonimo", F. Saitta, "Dell'azione di mero accertamento che ci sarebbe potuta essere ... e che si auspica ci sarà comunque a prescindere dalla scelta dei codificatori"; seminario "La sistematica delle azioni nel nuovo processo amministrativo", tenutosi presso l'Università Bocconi di Milano il 6 maggio 2010, in *Giustizia Amministrativa, Rivista di diritto pubblico*, 2010, 8, 7.

xxxix^[39] Significative sono in proposito le considerazioni formulate da A. Travi, *Il codice del processo amministrativo: Presentazione*, in *Il Foro Italiano*, 2010, 9, V, 205, in ordine alla crisi di funzionalità di detto processo. Scrive l'A.: "Oggi non vi è certezza che chi presenti un ricorso al giudice amministrativo possa vederlo deciso". Riferendo dati forniti dal Consiglio di presidenza della Giustizia Amministrativa – organo di autogoverno dei giudici amministrativi – si evince, raffrontando il numero dei ricorsi presentati e il numero delle sentenze decise per l'anno 2009, rispettivamente 55.019 e 43.605, come "la giurisdizione

amministrativa nel suo complesso, con le sue attuali risorse, non può far fronte non solo all'arretrato, ma neppure ai ricorsi nuovi." E soggiunge: "Il recupero di "una funzionalità" della giurisdizione amministrativa richiederebbe un intervento mirato sulle risorse a disposizione del processo amministrativo; nel caso del codice, un intervento del genere è stato precluso però fin dall'origine, per il divieto imposto dalla legge di delega di introdurre nuove spese (cfr. art. 44, 5° comma, l. 69/09)".

^{xli[40]} A. Pajno, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2010, 1, 120.

^{xlii[41]} L'aspetto consolidativo è posto in luce da R. Caponi, op. cit., il quale si osserva che "in molti punti, la riforma appare come "un riassunto delle precedenti puntate" legislative e giurisprudenziali: una consolidazione in senso tecnico, più che un codice".

^{xliii[42]} E. Follieri, *La natura giuridica dell'articolato provvisorio denominato codice del processo amministrativo*, in *Giustizia Amministrativa, Rivista di diritto pubblico*, 2010, 4, 6.

^{xliiii[43]} Tra le azioni di accertamento vengono ricomprese anche quelle contenute negli "artt. 121 e 122 in materia di inefficacia del contratto"; in tal senso F. Patroni Griffi, op. cit., 2.

Gli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo, che riproducono rispettivamente gli artt. 245-bis e 245-ter del codice dei contratti pubblici, affidano al giudice che ha annullato il provvedimento di aggiudicazione definitiva il potere di definire, in sede di giurisdizione esclusiva (art. 133, comma 1, lett. e, del codice), la sorte del contratto già stipulato dalla stazione appaltante e dall'aggiudicatario. Risolvendo i contrasti interpretativi sorti in dottrina e in giurisprudenza sugli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione in ordine al contratto già stipulato, variamente qualificato come annullabile, nullo, caducato in via automatica o inefficace, il codice inclina per tale ultima opzione interpretativa, stabilendo che sia il giudice a dichiarare l'inefficacia del contratto (in via obbligatoria nei casi previsti dalle lett. a.- e b.- del primo comma dell'art. 121; in via di libera valutazione nei casi previsti dall'art.122). Tanto premesso, l'individuazione di azioni di accertamento nelle ipotesi disciplinate dagli artt. 121 e 122 del codice muove probabilmente dalle locuzioni ivi figuranti "il giudice dichiara l'inefficacia del contratto" (art. 121) "il giudice ... stabilisce se dichiarare inefficace il contratto", ma, come è stato correttamente annotato (R. Garofoli – G. Ferrari, *Codice del processo amministrativo* Roma, 2010, 1710) la pronuncia giudiziale d'inefficacia ha "valore costitutivo, perché è ad essa che si deve l'eliminazione dal mondo giuridico degli effetti già prodotti dal contratto che, altrimenti, continua a vivere di vita propria".

^{xliv[44]} R. Garofoli – G. Ferrari, *Codice del processo amministrativo* Roma, 2010; F. Caringella - M. Protto, *Codice del nuovo processo amministrativo*, 2010; R. Chieppa, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010; E. Picozza, *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2010. Si vedano anche A. Liberati, *Il nuovo diritto processuale amministrativo, commento sistematico al nuovo codice del processo amministrativo*, Padova, 2010 e A. F. Tartaglia - L. Tramontano, *Codice del processo amministrativo spiegato con esempi pratici, dottrina giurisprudenze appendice normativa*, Piacenza, 2010.

^{xlv[45]} R. Garofoli – G. Ferrari, *Codice cit.*, 520.

^{xlvi[46]} Tali aspetti possono fondamentalmente riassumersi in questi: il ricorso è proposto senza previa diffida; è deciso in forma semplificata; si conclude, in caso di accoglimento, con l'ordine all'amministrazione di "provvedere entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni".

^{xlvii[47]} Cannada Bartoli, *Ricorso avverso il silenzio-rifiuto e mutamento della domanda*, in *Foro Amministrativo*, 1993,310, così riassumeva il problema dell'intensità del sindacato del giudice amministrativo nel giudizio contro il silenzio-rifiuto della p.a.: "il quesito è se il giudice amministrativo debba decidere i ricorsi avverso il silenzio-rifiuto soltanto controllando il calendario per dichiarare che, scaduti i termini, bisognava e bisognerà provvedere oppure si debba valutare, nei limiti consentiti, la fondatezza della domanda".

Il contrasto interpretativo è percepibile nelle decisioni che si riportano: per Cons. Stato, IV Sez., 25 marzo 1996 n. 390, in *Il Consiglio di Stato* 1996, I, 403, "non è consentito al giudice, in sede di giudizio relativo ad impugnazione di silenzio rifiuto, compiere un accertamento sulla fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente e indicare all'amministrazione il provvedimento da adottare, vertendo il giudizio in questione sull'accertamento della sussistenza o meno dell'obbligo dell'Amministrazione di provvedere";

diversamente, per Cons. Stato, V Sez., 7 maggio 1994 n. 418, in *Cons. Stato* 1994, I, 750, "il giudizio di illegittimità del silenzio rifiuto presuppone la fondatezza della pretesa avanzata".

^{xlvi}[48] Cfr. L. Tarantino, *L'epilogo del silenzio. O sancta simplicitas*, di commento dell'Ad. plen. n.1/2002, in *Urbanistica e appalti*, 2002, 4, 420 e segg.; R. Giovagnoli, *L'oggetto del sindacato giurisdizionale nel ricorso contro il silenzio-rifiuto della p.a.*, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 10, 1123 e segg. di commento sostanzialmente critico nei riguardi di Tar Lazio, sez. II, 23 marzo 2001, n. 2372, che configurava, sì, il giudizio sul silenzio come azione di mero accertamento, implicante però il solo obbligo di provvedere, senza poter esaminare nel merito l'istanza sulla quale l'amministrazione non si era pronunciata.

^{xliv}[49] In senso adesivo: Cons. St., sez. V, 23 marzo 2004, n. 1553, in *Il Consiglio di Stato*, 2004, I, 1553; Cons. St., sez. IV, 4 febbraio 2003, n. 540, in *Il Consiglio di Stato*, 2003, I, 234; Cons. St., sez. IV, 11 giugno 2002, I, 1299, in *Il Consiglio di Stato*, 2004, I, 1553; *contra*: Cons. St., pareri sez. speciale, 22 aprile 2002, n. 502, in *Il Consiglio di Stato*, 2002, I, 2065.

^{li}[50] Tar Lazio, sez. I-ter, 12 maggio 2010, n. 10900; cons. St., sez. VI, 26 novembre 2009, n. 6260.

^{lii}[51] Cons. St., sez. VI, 14 marzo 2006, n. 1322.

^{lii}[52] C.G.A. 10 maggio 2007, n. 364, che trova un antecedente dello stesso segno in C.G.A. 4 novembre 2005, n. 726.

^{liii}[53] Correttamente si pone in rilievo l'inammissibilità di tale impostazione giurisprudenziale nella considerazione che la giurisdizione di merito, costituendo un *numerus clausus*, richiede un'espressa previsione legislativa: F. Caringella M. Protto, in *Codice cit.*, 383; R. Garofoli – G. Ferrari, *Codice cit.* 526.

^{liiv}[54] A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 223. Da parte di un autore (C.E. Gallo, *Il Codice del processo amministrativo: una prima lettura*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 9, 1018) si afferma che la norma codicistica *de qua* sarebbe in sostanza la traduzione in italiano dell'azione di adempimento prevista nell'ordinamento tedesco.

^{liv}[55] R. Garofoli – G. Ferrari, *Codice cit.* 521.

^{livi}[56] R. Garofoli – G. Ferrari, *Codice cit.* 523.

^{liivii}[57] F. Caringella M. Protto, in *Codice cit.*, 384.

^{liiii}[58] A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa, op. cit.*, 223.

^{lix}[59] Qualifica di accertamento l'azione proponibile ex art. 31 del codice, Tar Lazio, 4 novembre 2010, n. 33190.

^{lx}[60] F. Caringella – M. Protto, *Codice cit.*, 384.

^{lxi}[61] In ordine alla c.d. "discrezionalità tecnica", che ricorre quando l'amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica alla quale una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta, è degna di notazione la sentenza della sesta sezione del Consiglio di Stato n. 601 del 9 aprile 1999 (est. Baccharini), in *Il Consiglio di Stato*, 1999, I, 584, con la quale si è affermato che "Il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici dell'Amministrazione può svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'Autorità amministrativa, bensì in base alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo".

^{lxii}[62] Sul sindacato dal giudice amministrativo in ordine alla discrezionalità tecnica e agli accertamenti tecnici, cfr. da ultimo Tar Calabria, Catanzaro, II, 9 agosto 2010, n. 2234, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 11, 1349 e segg. con commento di L. Masi.

^{lxiii}[63] F. Caringella – M. Protto, *Codice cit.*, 385, dove si rileva che, "per quanto sforzi si possano fare", non esistono profili di collegamento tali da giustificare l'inserimento dell'azione di nullità nella norma dedicata all'azione avverso il silenzio.

^{lxiv}[64] R. Garofoli – G. Ferrari, *Codice cit.*, 528, secondo cui "la norma sembra porre la parola fine a decenni di dispute in ordine all'ammissibilità nel processo amministrativo dell'azione di accertamento autonomo a

tutela dell'interesse legittimo”, da tempo riconosciuta dalla dottrina, specie dal Greco, argomentando fondamentalmente dall'art. 24 della Costituzione.

^{lxv[65]} E' quanto invece ritenuto da Tar Puglia, Bari, sez. II, 23 ottobre 2005, n. 4581, con evidente “*forzatura interpretativa*”, secondo la pertinente annotazione di R. Garofoli – G. Ferrari, *Codice cit.*, 529. Afferma infatti il Tar pugliese che l'art. 26, comma 2, della legge n. 1034/1971, “*impedisca l'ingresso della pronuncia dichiarativa della nullità*” e che “*l'inammissibilità di formali statuizioni dichiarative della nullità di un atto amministrativo non impedisce che ad analogo risultato possa pervenirsi mercé la pronuncia di annullamento*”. La decisione è leggibile anche in D. Sorace A. Orsi Battaglini A. Corpaci W. Gasparri, *Giustizia Amministrativa, Materiali, Caratteri della Tutela di accertamento*, Padova, 209, 245.

^{lxvi[66]} Donde l'inammissibilità delle c.d. “*nullità virtuali*”, le quali, differenziandosi dalle nullità testuali espresse, risultano implicitamente dalla natura imperativa della norma violata. La giurisprudenza amministrativa ha chiarito, proprio argomentando dal fatto che le nullità di provvedimenti amministrativi sono testualmente previste dall'art. 21-*septies* della legge n. 241/1990, che le cause di nullità debbono intendersi a numero chiuso (Cons. St., sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498, *id.*, sez. V, 26 novembre 2008, n. 5845 *id.*, sez. VI, 13 giugno 2007, n. 3173) e che le ipotesi astrattamente riconducibili alla nullità c. d. virtuale vanno ricondotte al vizio di violazione di legge. Non è dubitabile, tenendo conto delle ipotesi prevista dal citato art. 21-*septies*, che l'azione ex art. 31, comma 4, possa riguardare interessi legittimi ed esperirsi nell'ambito della giurisdizione di legittimità. Infatti, se si esclude l'ipotesi della nullità per violazione o elusione del giudicato, oggetto di giurisdizione esclusiva (prevista dall'art. 133, comma 1, lett. a n. 5, a seguito dell'abrogazione del comma 2 dell'art. 21-*septies* disposta dal n. 14 del comma 1 dell'art. 4 dell'allegato 4 al d.lgs. n. 104/2010), e la nullità per difetto assoluto di attribuzione, tradizionalmente attribuita alla cognizione del giudice ordinario, le rimanenti ipotesi di nullità – fondamentalmente quelle concernenti la mancanza di elementi essenziali – possono attenersi anche agli interessi legittimi e non solo ai diritti soggettivi. Sembrerebbe, nel silenzio della norma, che un'analoga possibilità non venga offerta al soggetto controinteressato, ma ciò potrebbe generare problemi di conformità della norma con i principi costituzionali contenuti negli artt. 24, 11 e 113 Costituzione. Appare quindi ragionevole la posizione di chi propende per un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma per consentire anche al terzo di eccepire la nullità.

^{lxvii[67]} In via esemplificatoria si fa “*il caso della graduatoria di concorso a suo tempo impugnata da chi, pendente il processo, ha perso interesse all'assunzione per avere, ad esempio, vinto altro e più prestigioso concorso, ma ha invece conservato l'interesse ad avere risarciti i danni frattanto patiti per effetto della mancata assunzione*”: F. Caringella – M. Protto, *Codice cit.*, 404.

^{lxviii[68]} R. Chieppa, *Codice cit.*, 260.

^{lxix[69]} Osserva in proposito R. Caponigro, op. cit., che “*la giurisprudenza sia del Consiglio di Stato sia dei Tribunali Amministrativi Regionali, infatti, anche nel precedente regime, nel caso in cui, in materia di appalti, all'annullamento dell'aggiudicazione non sarebbe potuto seguire per un fatto oggettivo un ulteriore atto di aggiudicazione in favore dell'impresa ricorrente, ha ritenuto possibile, e non incompatibile con la teoria della c.d. pregiudiziale, la dichiarazione di improcedibilità della domanda di annullamento e la valutazione nel merito, con conseguente accertamento incidenter tantum dell'illegittimità o meno dell'atto, della domanda volta a conseguire la condanna al risarcimento del danno (cfr. Cons. St., VI, 14 marzo 2005, n. 1547; T.A.R. Lazio, Roma, Prima, 19 novembre 2007, n. 11330)*”.

^{lxx[70]} Ulteriore distinzione si rinviene nel fatto che l'art. 34, comma 5, non contiene alcun riferimento alle spese di lite, che sarebbe però apparso pleonastico per il fatto che l'art. 88, comma 2, lett. e), prevede, in ordine al “*contenuto della sentenza*”, che con essa si pronunci sulle spese. Sul tema delle spese sarebbe stata forse opportuna una scelta di campo del codice in direzione del relativo addossamento all'amministrazione, che con il suo comportamento ha costretto il ricorrente ad avviare un giudizio la cui causa estintiva è comunque ad essa riferibile. Sul tema, cfr. N. Saitta, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, Milano, 2003, 74.

^{lxxi[71]} Osserva R. Caponigro, op. cit., 52, che “*la collocazione della dichiarazione di cessata materia del contendere nell'ambito delle sentenze di merito e non di rito assume un pregnante rilievo sintomatico nell'ottica di un giudizio sostanzialistico ed orientato al rapporto e dà atto del fatto che la sentenza ha valore di accertamento ed effetti soddisfatti per il ricorrente in relazione alla pretesa sostanziale sottesa alla*

domanda di annullamento". Egli sottolinea la peculiarità della fattispecie codicistica costituita dal fatto "*che una pronuncia di accertamento, idonea a fare stato tra le parti, è correlata non già ad un'azione di accertamento, ma ad un'azione di annullamento*".

^{lxxii[72]} E' sempre R. Caponigro, op. cit., 53 a rilevare come, nell'ipotesi di interesse pretensivo, il ricorrente potrebbe far valere l'inefficacia del provvedimento rimosso dall'amministrazione, anche con la proposizione del giudizio di ottemperanza, ove l'amministrazione non intendesse portare ad esecuzione il provvedimento ampliativo adottato.

^{lxxiii[73]} Si è domandato quali siano gli "*ulteriori provvedimenti*", rispetto ai quali il giudice dispone l'inefficacia degli atti violativi o elusivi. Escluso che la norma possa riferirsi alle ordinanze non eseguite o violate, considerato che la stessa norma, al quinto comma dispone che "*se è chiesta l'esecuzione di un'ordinanza il giudice provvede con ordinanza*" mentre nel caso all'esame il riferimento è alle sentenze, sembra di dover ritenere che tale categoria provvedimento debba riferirsi a "*provvedimenti che possono essere portati ad esecuzione attraverso il giudizio di ottemperanza sui quali non si sia formato il giudicato, come sentenze parziali o interlocutorie o lodi non appellati o non sospesi*", R. Garofoli - G. Ferrari, *Codice cit.*, 1565.

^{lxxiv[74]} Va opportunamente puntualizzato che l'introduzione del termine di 180 giorni per proporre la domanda volta all'accertamento delle nullità previste dall'art. 31, comma 4, del codice non si applica alle nullità della violazione o elusione del giudicato, che soggiacciono al generale termine dell'*actio iudicati* stabilito in dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza (art. 114, comma 1, codice). Del resto, l'ultimo inciso dell'art. 31, comma 4, recita: "*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*".

^{lxxv[75]} E. Picozza, *Codice cit.*, 214.

^{lxxvi[76]} S. Giacchetti, *Un abito nuovo per il giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm.*, I, 1979, 2619

^{lxxvii[77]} Proprio in materia di giurisdizione esclusiva di atti nulli, cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. III, 19 novembre 2008, n. 5456, in *Foro amm.* TAR 2008, 11 2981.

^{lxxviii[78]} Cfr. *ex multis* Tar Lazio, Roma, I, 4 aprile 2012, n. 3122, in *Foro amm.* 2012, 04.

^{lxxix[79]} Tar Puglia, Bari, II, 1 marzo 2012, 460, in *Foro amm.* TAR 2012, 3, 943.

^{lxxx[80]} Tar Sicilia, Palermo, I, 14 marzo 2012, 1.419,86 in *Foro amm.* TAR 2012, 3 990.

^{lxxxi[81]} Rispettivamente in *Foro amm.* CdS 2011, 7-8, 2309. L'adunanza plenaria n. 15/2009, occupandosi della segnalazione certificata di inizio di attività (Scia) afferma che, fino a quando non sia scaduto il termine per l'esercizio del potere interdittivo dell'amministrazione, il controinteressato possa chiedere l'accertamento dell'inesistenza dei presupposti legali dell'iniziativa oggetto di segnalazione. Da segnalare che con l'art. 6, comma 1, lett. C) del d.l. n. 138 del 2001, conv. n. l. n. 148 del 2001, il legislatore è intervenuto in senso contrario all'orientamento statuito dall'adunanza plenaria mettendolo in discussione, anche in relazione ai mezzi di tutela esperibili in materia dai controinteressati. La circostanza non vale però a sminuire l'importanza "di questa apertura del giudice amministrativo a favore della rinvenibilità nel Codice del principio di atipicità delle azioni", F. Luciani op. cit., 521.

^{lxxxii[82]} Deve in proposito segnalarsi la sentenza del Tar Puglia, Bari, II, 17 dicembre 2010, n. 424, in *Foro amm.* TAR 2010, 12, 4010.che presenta spunti argomentativi per certi versi anticipatori delle adunanze plenarie nn. 3 e 11 del 2011, e dove si conclude che, interpretando il sistema del codice del processo amministrativo "*in un'ottica costituzionalmente orientata in linea con il combinato disposto di cui agli artt. 3 e 24 cost., si deve ritenere ammissibile l'azione generale di accertamento a tutela degli interessi legittimi nel nuovo processo amministrativo*".

^{lxxxiii[83]} S. Spuntarelli, op. cit., 5. Sostanzialmente F.G. Scoca, Intervento svolto presso il Consiglio di Stato il 19 maggio 2010, sul tema "*Il processo amministrativo (ieri-oggi-domani)*", resoconto a cura di M. Nunziata, in *Giustizia Amministrativa*, 2010, 5, 3, il quale afferma: "*... se si tengono presenti i criteri direttivi del secondo comma, lo schema licenziato dal Consiglio dei Ministri non risponde alla legge delega*". Lo stesso A., *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo cit.*, ritorna sul tema affermando che il Governo ha obliterato le innovazioni che la Commissione aveva introdotto nell'intento di dare piena attuazione al criterio, fissato nella legge di delega, secondo il quale il processo amministrativo avrebbe dovuto "*soddisfare la pretesa della parte ricorrente*"; *criterio che si ispira al principio costituzionale della tutela piena nei*

confronti dell'Amministrazione (art. 113, co. 2, Cost.). Il Governo si è invece preoccupato "di tutt'altre esigenze: in primo luogo, del profilo dei costi; in secondo luogo, della conservazione del modello tradizionale del processo; in terzo luogo, dell'irrigidimento della disciplina".

^{lxxxiv}[84] Così F.G. Scoca, cit. intervento presso il Consiglio di Stato del 19 maggio 2010, 4.

^{lxxxv}[85] F.G. Scoca, cit. intervento presso il Consiglio di Stato del 19 maggio 2010, 4, che fa evidentemente riferimento ad un noto libro del grande giurista spagnolo " *Le trasformazioni della giustizia amministrativa. Un cambio di paradigma?*", Milano, 2007.

^{lxxxvi}[86] R. Caponi op. cit., 269.

^{lxxxviii}[87] R. Caponi op. cit., 269

^{lxxxviii}[88] R. Caponi op. cit., 269

^{lxxxix}[89] F.G. Scoca, cit. intervento presso il Consiglio di Stato del 19 maggio 2010, 4.

^{xc}[90] E' l'opinione di F. Saitta, op, cit. 9. Va rammentato che, ai sensi dell'art. 44, della legge n. 69/2009, è previsto che " *Entro due anni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di cui al comma 1, possono ad essi essere apportate le correzioni e integrazioni che l'applicazione pratica renda necessarie od opportune, con lo stesso procedimento e in base ai medesimi principi e criteri direttivi previsti per l'emanazione degli originari decreti*". In proposito sono intervenute prima le disposizioni integrative e correttive al codice introdotte dal d.lgs n. 58 del 31 marzo 2011 e dal d.lgs. n. 195 del 15 settembre 2011, e da ultimo quelle introdotte dal d.lgs. n. 160 del 14 dicembre 2012; è superfluo annotare che le integrazioni non hanno per nulla interessato la disciplina delle azioni di cognizione.

^{xc}[91] Cfr. sul punto G. Greco, *Argomenti* cit, 326, dove si sostiene che la più ampia applicazione dell'azione (ricorso) di accertamento autonomo del rapporto potrebbe radicarsi nell'art. 24 della Costituzione, che, nel porre al centro della garanzia costituzionale la posizione giuridica sostanziale dei cittadini, si presenta con una portata precettiva alquanto diversa — e sotto certi profili più ampia — di quella contenuta nell'art. 113 della Costituzione stessa, che si limita a garantire la tutela giurisdizionale cassatoria avverso qualunque tipo di atto amministrativo.

In proposito, Luca R. Perfetti, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, cit., 307, ritiene di dover " *consentire con quelle opinioni che fanno dell'art.24 Cost. la fonte espressa della tutela di accertamento (in ipotesi, autonomo)*". Sul punto l'A. soggiunge " *se questo è vero, non si faticherà ad intendere come la pronuncia dichiarativa assolve ad un ruolo centrale nella "tutela dei propri diritti ed interessi legittimi", essendo forma essenziale e primaria di tutela proprio l'accertamento giudiziale della loro consistenza, allo scopo (tipico) di rimuovere l'incertezza obiettiva che eventualmente li riguarda ("diritti ed interessi legittimi") e costituire un titolo in grado di ottenere l'efficacia (tipica) del giudicato*".

^{xcii}[92] R. Caponi, op, cit., 270, giustamente sottolinea come il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale rappresenta la massima espressione della strumentalità nei confronti del diritto sostanziale e che quest'ultimo detta la conformazione delle forme di tutela e delle azioni esperibili. In assonanza a quanto precede, un chiaro autore, quale G. Abbamonte, Intervento svolto presso il Consiglio di Stato il 19 maggio 2010, sul tema " *Il processo amministrativo (ieri-oggi-domani)*", resoconto a cura di M. Nunziata, in *Giustizia Amministrativa*, 2010, 5, 4, osserva che " *la questione della tutela non è soltanto processuale, ma inscindibilmente anche sostanziale*" e che la " *difficoltà di redigere un codice processuale di diritto amministrativo sorge anche dal fatto che in quest'ambito, diversamente dal civile e dal penale, manca un codice di diritto sostanziale cui fare continuo riferimento*".

^{xciii}[93] Del resto, G. Greco, uno dei maggiori studiosi del giudizio di accertamento, e propugnatore della necessità di un giudizio di accertamento autonomo del rapporto, nella conferenza tenuta il 3 marzo 1992 presso la Società degli Avvocati amministrati intitolava il suo lavoro " *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudizio amministrativo*" (la versione rielaborata si trova pubblicata in *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 1992, 3, 483 e segg.. L'A. chiarisce di non riferirsi certamente alla pigrizia degli organi giurisdizionali ma alla *forma mentis* del giudice amministrativo, al suo scrupolo di operare in sostituzione dell'amministrazione senza avere il quadro completo della situazione. Anche R. Caponi, op. cit., 269, insiste sulla preminenza del " *fattore culturale*" dei soggetti che " *incidono sulla gestione del servizio giustizia*", rispetto ai concomitanti valori del " *fattore legislativo*" e del " *fattore delle*

risorse”, per far funzionare bene il codice del processo amministrativo, evidenziandone la sussistenza del presupposto individuato “nella centralità del Consiglio di Stato e, in particolare, dell’adunanza plenaria come guida della giurisprudenza amministrativa”. Sull’atteggiamento mentale del giudice amministrativo, non eliminabile “se non con una radicale rivolta culturale”, cfr. Ivone Cacciavillani, *Il diritto morente*, Cedam, 2004, 32. Con attenzione al tema dell’azione di accertamento, riferita alla nota vicenda dell’impugnazione della d.i.a., F. Saitta, op. cit. 8, si duole di dover constatare come “l’effettività della tutela, ergo in definitiva l’applicazione di precetti costituzionali (artt. 24, 111 e 113) che dovrebbe essere assicurata dal legislatore, rimane affidata alla sensibilità del singolo collegio giudicante”.

^{xciv[94]} Cfr. N. Paolantonio, *La “specialità” del giudice amministrativo (in margine ad uno scritto di Pietro Quinto)?*, in *Giustizia Amministrativa, Rivista di diritto pubblico*, 2010,2, che sul punto richiama l’insegnamento di Ledda: “non si consenta mai la sostituzione del giudice all’amministrazione, non per insulse questioni di separazione dei poteri, ma perché della funzione amministrativa, che spesso si vorrebbe rieditare nelle aule di Giustizia, il giudice non è né può essere responsabile.”

^{xcv[95]} F.G. Scoca, cit. intervento presso il Consiglio di Stato del 19 maggio 2010, 4.

^{xcvi[96]} La locuzione si rinviene in Cons. St., sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 578, in *Foro amm. CDS*, 2005, 2378.

^{xcvii[97]} Cfr. in proposito L. Torchia, op. cit.

^{xcviii[98]} L. Torchia, op. cit., 9-10.

^{xcix[99]} Cfr. in proposito Tar Lazio, sez. III-bis, 16 giugno 2010, n. 18131 in *Giustizia amministrativa, Rivista di diritto pubblico*, 2010, 6.

^{c[100]} F. Saitta, op. cit. 9.

^{ci[101]} M. Nigro, op. cit., 284. La notazione critica di Nigro è allo stesso tempo attuale e profetica perché il legislatore non è stato mai in grado di esitare una riforma, anche parziale, del processo amministrativo che disciplinasse l’azione di accertamento.

Ciò trova conferma nei vari tentativi, rimasti tali, diretti a formulare una qualche disciplina in tema di tutela di accertamento.

Un primo tentativo vi era stato con il disegno di legge delega n. 788 nel testo approvato alla Camera dei Deputati nella seduta del 12 ottobre 1989, il cui testo è riportato in *Diritto processuale amministrativo*, 1989, 4, 736 e segg.; l’art. 1, comma 3, lett. e, indicava tra i principi e i criteri direttivi, di “disciplinare autonomamente il processo di accertamento”, prescrivendo: “1) che la declaratoria relativa sia idonea a soddisfare l’interesse fatto valere dal ricorrente; 2) che la pronuncia del giudice contenga, ove occorra, l’affermazione degli obblighi della pubblica amministrazione”; la lett. n. del medesimo comma prevedeva anche di “disciplinare organicamente il sistema delle pronunce sul ricorso in relazione al loro contenuto, rispettivamente di accertamento, costitutivo e di condanna”. Sottolinea B. Tonoletti, *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi casi concreti*, in *Dir. Proc. Amm.* 3/2002, 30, che, se esitata, la proposta di legge avrebbe consentito “l’introduzione nel processo amministrativo di legittimità un’azione di mero accertamento in senso proprio”.

Un secondo tentativo è rinvenibile nella c.d. bozza Frattini, predisposta nel 2001 dall’allora Ministro della Funzione Pubblica, sullo schema di disegno di legge recante, tra l’altro, “Norme per l’emanazione del codice del processo amministrativo”. L’art. 2 del disegno di legge delegava il Governo all’emanazione di un testo unico, che avrebbe assunto la denominazione di “Codice del processo amministrativo”, con l’osservanza dei principi direttivi indicati alla lett. c) del comma 5: “riordino della disciplina concernente i poteri di cognizione e di decisione del giudice, con specifico riguardo alle azioni di accertamento e di condanna, proposte per la tutela di diritti soggettivi e interessi legittimi, anche mediante la definizione dell’ambito del potere di disapplicazione delle norme regolamentari”.

Il terzo tentativo si rinviene infine, come ampiamente riferito nel presente lavoro, nella bozza del codice del processo amministrativo, poi approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, con l’art. 36 che prevedeva l’ “azione di accertamento” intesa “ad accertare l’esistenza o l’inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l’adozione delle consequenziali pronunce dichiarative” (così la “relazione introduttiva generale” alla bozza di detto codice). L’azione, come noto, non era stata limitata alla tutela delle sole posizioni di diritto soggettivo, ma estesa anche alla tutela dell’interesse legittimo.

Massimo Calveri
Presidente di Sezione del Tar di Catanzaro