

## Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi

di *Roberto Caponigro*

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

Sommario: 1. La ricerca dell'effettività della tutela – 2. La disciplina delle azioni – 2.1 L'azione di annullamento – 2.2 Le azioni di condanna – 2.2.1 Condanna al rilascio di un provvedimento – 2.2.2 Condanna al risarcimento del danno da attività amministrativa illegittima – 2.2.3 Condanna al risarcimento del danno da mancato esercizio dell'attività amministrativa obbligatoria – 2.2.4 Condanna al risarcimento in forma specifica – 2.2.5 Condanna nel rito appalti – 2.3 Le azioni di accertamento – 2.3.1 Declaratoria dell'obbligo di provvedere – 2.3.2 Declaratoria di nullità – 2.3.3 Declaratoria di cessazione della materia del contendere – 2.3.4 Azione generale di accertamento - 3. Considerazione conclusiva.

### 1. La ricerca dell'effettività della tutela.

L'effettività della tutela giurisdizionale è definita come la capacità del processo di conseguire risultati nella sfera sostanziale, vale a dire di garantire la soddisfazione dell'interesse dedotto in giudizio dal ricorrente il cui ricorso, rivelandosi fondato, sia stato accolto.

Il problema dell'effettività della tutela nel processo amministrativo è stato sempre avvertito e, con la progressiva armonizzazione dei diritti nazionali nell'ambito dell'Unione Europea, è divenuto ancora più evidente al punto che, secondo una determinata linea di pensiero, una posizione di derivazione europea non potrebbe essere qualificata come interesse legittimo, atteso che da una simile qualificazione, non conosciuta dal diritto comunitario, deriverebbe una inaccettabile limitazione alla tutela giurisdizionale<sup>1[1]</sup>.

---

<sup>1[1]</sup> L'interesse legittimo per lungo tempo è stato considerato una posizione meramente processuale, in quanto legittimante alla proposizione del ricorso, oppure un interesse occasionalmente ed indirettamente protetto rispetto all'interesse pubblico perseguito in via primaria dal provvedimento o anche un interesse al mero ripristino della legalità; solo successivamente, ed in tempi tutto sommato recenti, si è acquisita la piena consapevolezza della sua sostanzialità e della necessità di

Il processo amministrativo, in particolare con l'emersione degli interessi legittimi pretensivi, infatti, ha denotato difficoltà ad assicurare una tutela esaustiva per il fatto di essere strutturato come processo su atti<sup>2[2]</sup>, mentre esso è il luogo di esercizio della giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali, sicché dovrebbe assumere rilievo proprio il rapporto sostanziale al quale le pretese ineriscono<sup>3[3]</sup>.

Di talché, il giudizio amministrativo dovrebbe essere orientato non tanto o, comunque, non solo a verificare se l'amministrazione abbia esercitato legittimamente il potere ad essa attribuito, quanto piuttosto ad accertare se la pretesa sostanziale dedotta in giudizio dal ricorrente sia fondata, vale a dire ad accertare la spettanza, certa o possibile, del bene della vita costituente il lato interno della posizione di interesse legittimo dedotta in giudizio dal ricorrente, e ad assicurare celermente, ove il ricorso sia fondato, la soddisfazione di tale pretesa<sup>4[4]</sup>.

Le difficoltà ad assicurare l'effettività della tutela, insomma, nascono essenzialmente dal fatto che la giurisdizione amministrativa di legittimità è stata storicamente strutturata come un giudizio incentrato sulla legittimità di un atto, rispetto al quale la pretesa sostanziale del privato si rivelava recessiva<sup>5[5]</sup>, per cui se la posizione lesa è di interesse legittimo oppositivo, in quanto aspira ad un *non facere*

---

una tutela piena, immediata e diretta e, quindi, più ampia ed efficace di quella garantita dalla sola azione di annullamento.

<sup>2[2]</sup> F. Caringella, La giurisprudenza amministrativa regala all'interesse legittimo l'atipicità della tutela, *Il Nuovo Diritto Amministrativo*, 2012, ha posto in rilievo come possa un po' causticamente dirsi che la sentenza del giudice amministrativo, nel limitarsi a verificare la presenza dei vizi denunciati in seno all'atto impugnato senza tralasciare la bontà sostanziale dell'aspirazione del privato, verificava se l'amministrazione avesse torto piuttosto che stabilire se il privato avesse ragione.

<sup>3[3]</sup> V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, pagg. 519 e ss.

<sup>4[4]</sup> L'interesse finale o diretto è volto al conseguimento immediato del bene della vita che costituisce il lato interno della posizione di interesse legittimo, mentre l'interesse strumentale è volto a conseguire una nuova *chance* per ottenere il bene della vita agognato.

<sup>5[5]</sup> Il rimedio offerto dal ricorso alla IV Sezione del Consiglio di Stato, istituita nel 1889, era all'epoca pacificamente inteso come finalizzato al controllo della legalità dell'atto amministrativo impugnato e non alla tutela diretta della posizione giuridica del ricorrente, con conseguente attribuzione di carattere oggettivo alla giurisdizione amministrativa; di qui le prime teorie sulla natura dell'interesse legittimo che, come detto, ne evidenziavano la sua protezione indiretta o la sua connotazione di mera legittimazione processuale.

dell'amministrazione, l'annullamento del provvedimento affittivo si presenta solitamente attributivo del bene della vita sperato in quanto la sentenza è autoesecutiva, mentre, se la posizione lesa è di interesse legittimo pretensivo, che aspira ad un *facere* dell'amministrazione, l'annullamento del provvedimento quasi mai si presenta autonomamente soddisfacente, essendo necessaria la riedizione del potere amministrativo, solo in esito al quale il bene della vita potrà essere attribuito.

La questione centrale, pertanto, è costituita dal rapporto tra l'interesse legittimo pretensivo e le azioni proponibili a sua tutela, attesa la constatata insufficienza della sola azione di annullamento a proteggere in modo esaustivo la posizione.

L'inefficacia del solo giudizio di impugnazione a conseguire risultati sempre apprezzabili nella sfera sostanziale del ricorrente può essere nitidamente colta, ad esempio, con riferimento alla previgente disciplina del giudizio in materia di appalti, per il quale è stato efficacemente sostenuto che, una volta stipulato ed eseguito il contratto, in assenza anche di un'azione di risarcimento, al privato non sarebbe rimasto che “mettere in cornice” la sentenza di annullamento quale soddisfazione di un interesse meramente morale<sup>6[6]</sup>.

La norma di cui all'art. 44 della legge delega n. 69/2009 per il riassetto della disciplina del processo amministrativo, non a caso, ha indicato tra i principi e i criteri direttivi di “assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela” e di disciplinare le azioni e le funzioni del giudice “prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa”.

L'art. 1 del codice stabilisce altresì, collocando l'effettività della tutela al primo posto tra i principi generali, che la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo<sup>7[7]</sup>.

---

<sup>6[6]</sup> G. Coraggio, Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2008.

<sup>7[7]</sup> La norma, quindi, richiama gli artt. 6 e 13 della CEDU nonché l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

La ricerca dell'effettività della tutela, peraltro, non postula soltanto l'ampliamento degli strumenti di tutela dell'interesse legittimo, ma anche la dequotazione dei vizi formali dell'atto e la corrispondente valorizzazione dei vizi sostanziali, le cui censure non dovrebbero essere mai assorbite, con conseguente accrescimento della portata conformativa delle sentenze di annullamento, anche quando siano dedotti in giudizio interessi legittimi pretensivi<sup>8[8]</sup>.

La disciplina delle azioni e delle pronunce giurisdizionali, in quanto determina l'effettivo grado di tutela predisposta dall'ordinamento alla posizione giuridica, può ritenersi il più significativo tra tutti i criteri di delega.

Di conseguenza, la codificazione ha avuto come scopo l'effettività e l'effettività è il principio che dovrebbe connotare il nuovo processo, atteso che il codice, completando un percorso che ha caratterizzato la legislazione e la giurisprudenza dell'ultimo decennio, ha inteso introdurre dinanzi al giudice amministrativo il principio della pluralità delle azioni e delle conseguenti pronunce al fine di garantire ogni più ampia possibilità di tutela per le posizioni giuridiche soggettive devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo<sup>9[9]</sup>.

L'ampiezza delle azioni a tutela delle posizioni di interesse legittimo è stata ridotta in misura significativa rispetto al testo elaborato dalla Commissione istituita presso il Consiglio di Stato per effetto del venire meno della disciplina delle azioni di adempimento e di accertamento, che ne avrebbero costituito innovazioni molto pregnanti, anche se, valorizzando le possibilità offerte dalle disposizioni codicistiche, ed ora attraverso la novella all'art. 34 introdotta dal d.lgs. n. 160 del 2012, tale riduzione potrebbe rivelarsi più formale che sostanziale.

---

<sup>8[8]</sup> V. Caianiello, op. cit., evidenzia che una visione sostanzialistica dell'oggetto del giudizio amministrativo consentirebbe di superare anche l'orientamento in base al quale, con inutile spreco di attività processuale, è possibile pervenire all'annullamento degli atti per meri vizi di forma o per difetto di motivazione, il che potrebbe invece evitarsi ove potesse accertarsi in giudizio che dai predetti vizi non sia derivata alcuna concreta lesione degli interessi del ricorrente.

<sup>9[9]</sup> La relazione introduttiva generale al codice precisa che l'effettività si traduce anche nella essenziale questione del rispetto della ragionevole durata del processo, atteso che il processo può essere ingiusto per il solo fatto che dura e lo è certamente quando dura troppo.

## 2. La disciplina delle azioni.

Nel diritto processuale, le azioni si distinguono in ragione della natura del provvedimento giurisdizionale cui l'azione tende e, di converso, il potere del giudice di adottare una determinata pronuncia sussiste in quanto ad esso sia correlata una corrispondente azione.

Nel codice del processo amministrativo è stata inserita una specifica disciplina delle azioni, pur non essendo questa presente nel codice di procedura civile, ed una disciplina delle pronunce giurisdizionali, fermo restando che, in ragione della strettissima connessione tra azione e relativa pronuncia, nella disciplina delle sentenze è possibile rinvenire, come si vedrà *infra*, anche regole inerenti alle azioni.

La disciplina delle azioni, nella codificazione, precede quella delle pronunce del giudice, per cui il processo amministrativo si sviluppa ora lungo un cammino che, prendendo l'avvio dalle posizioni giuridiche soggettive, passa per i relativi bisogni di tutela, le azioni ammissibili e le corrispondenti tipologie di sentenze.

Le azioni di cognizione sono previste dal capo II del titolo III del libro I (artt. 29 e ss.) e le norme, in coerenza con la tradizionale tripartizione, distinguono azioni di annullamento (costitutive), di accertamento (dichiarative) e di condanna, sia pure nell'ambito delle specificità dei giudizi amministrativi.

### 2.1 L'azione di annullamento.

L'azione di annullamento è l'archetipo delle azioni esperibili dinanzi al giudice amministrativo e, d'altra parte, la genesi della giurisdizione amministrativa affonda le proprie radici nell'esigenza di attribuire al giudice amministrativo la potestà di annullamento a fronte del solo potere di disapplicazione attribuito al giudice ordinario dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo<sup>10[10]</sup>.

---

<sup>10[10]</sup> La legge n. 5992 del 1989 istituì la IV Sezione del Consiglio di Stato attribuendole il potere di annullamento, su ricorso, degli atti viziati da incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge.

L'art. 29, primo articolo del capo del codice relativo alle azioni di cognizione, è così dedicato all'azione di annullamento e ciò costituisce un consistente indizio della sua permanente centralità nel sistema della giurisdizione generale di legittimità, centralità che, sia ontologicamente che in ragione della disciplina cui è stata assoggettata l'azione risarcitoria, non può ritenersi incisa neppure dalla introduzione della facoltà di esperire un'azione risarcitoria autonoma<sup>11[11]</sup>.

La tutela principale dell'interesse legittimo, in definitiva, continua ad essere incentrata sull'azione di annullamento, vale a dire sulla eliminazione dell'atto annullato in esito all'eventuale accoglimento del ricorso, pur nella consapevolezza che, se la stessa può rivelarsi esaustiva ove siano dedotti in giudizio interessi oppositivi, sovente non è parimenti soddisfacente ove siano dedotti interessi pretensivi.

Nel codice, la tutela di annullamento è resa più penetrante, nel caso di sentenze non autoesecutive e, quindi, di tutela di interessi legittimi pretensivi, in ragione dei poteri attribuiti al giudice nel pronunciare la sentenza di merito.

La norma relativa all'azione di annullamento si limita a ribadire che la stessa può essere proposta nel termine decadenziale di sessanta giorni per i tre vizi tipici di legittimità dell'atto, vale a dire per incompetenza e violazione di legge (possibili vizi del provvedimento amministrativo esercizio di potere vincolato o discrezionale) o eccesso di potere (vizio afferente alla sola attività amministrativa discrezionale).

Tuttavia, nell'ottica di perseguire una maggiore effettività della tutela con riferimento all'azione di annullamento, o, più propriamente, alle pronunce ad essa conseguenti, può comunque cogliersi una prima significativa novità apportata dal codice al regime previgente.

Infatti, mentre gli artt. 45 r.d. 1054/1924 e 26 l. 1034/1971 all'accoglimento del ricorso ed all'annullamento dell'atto facevano comunque seguire la salvezza degli

---

<sup>11[11]</sup> M. Clarich, Commento all'art. 29 del codice del processo amministrativo, Azione di annullamento, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2010, rileva che, nell'impostazione del codice, la preminenza dell'azione di annullamento non è scalfita, nell'operatività concreta, né dall'azione di nullità né dall'azione risarcitoria pura.

ulteriori provvedimenti dell’Autorità amministrativa, la nuova normativa non prevede più tale formula, ma, all’art. 34, co. 1, lett. e), stabilisce che, in caso di accoglimento del ricorso, il giudice, nei limiti della domanda, dispone le misure idonee ad assicurare l’attuazione del giudicato e delle pronunce sospese, compresa la nomina di un commissario *ad acta*, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l’ottemperanza.

In tal modo, mentre nel sistema precedente, all’effetto demolitorio del provvedimento annullato e ripristinatorio dello *status quo ante* si accompagnava il solo effetto conformativo, con cui il giudice, nella parte motiva della sentenza di accoglimento, impartisce, in ragione della natura vincolata o discrezionale dell’attività sottoposta al proprio scrutinio di legittimità e dell’eventuale accertamento della fondatezza della pretesa in caso di attività vincolata, prescrizioni più o meno stringenti all’Autorità amministrativa sulle modalità di riesercizio del potere, nel sistema disciplinato dal nuovo codice, il giudice, già in sede di cognizione, è dotato di poteri decisori più incisivi potendo disporre misure volte all’attuazione del giudicato, anche attraverso la nomina di un commissario *ad acta*, misure che prima erano riservate al giudice dell’ottemperanza<sup>12[12]</sup>.

Pertanto, la norma determina, in un’ottica di effettività e rapidità della tutela, un anticipo alla sede della cognizione di poteri prima attribuiti solo in sede di esecuzione e, quindi, nell’ampliare i poteri decisori del giudice, rende l’azione di annullamento più efficace ove il giudice decida di esercitare detti poteri.

Tale ampliamento di poteri, d’altra parte, si rivela coerente con l’esigenza che nel giudizio di cognizione siano esaminati tutti i profili del rapporto sostanziale, l’assenza del cui esame renderebbe evidentemente problematico per il giudice disporre misure idonee ad assicurare l’attuazione del giudicato.

---

<sup>12[12]</sup> L’esercizio di tale potere può rinvenirsi, ad esempio, in TAR Lazio, Roma, III *bis*, 17 luglio 2012, n. 6479.

Il giudizio di ottemperanza al giudicato è stato da sempre considerato come avente natura di giudizio necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione; quest'ultima componente sussiste in particolare quando concorre ad identificare la volontà concreta della legge o a formare la normativa del caso concreto, riempiendo gli spazi lasciati vuoti dal giudizio di cognizione circa l'assetto del rapporto.

La natura anche cognitoria del giudizio di ottemperanza, quindi, emerge, nell'ipotesi di attività amministrativa vincolata, quando la fondatezza della pretesa non sia stata accertata nel giudizio di cognizione e, in misura ancora più evidente, nell'attività amministrativa discrezionale quando l'attività che l'amministrazione avrebbe dovuto porre in essere in esecuzione della sentenza non sia stata del tutto conformata dalla sentenza da eseguire, residuando margini di discrezionalità da esercitare in sede di esecuzione.

Ne consegue, ad avviso di chi scrive, che la norma di cui all'art. 34, co. 1, lett. e), c.p.a. non va solo intesa nel senso di avere attratto in sede cognitoria taluni aspetti prima riservati al solo giudizio di esecuzione, ma va intesa soprattutto nel senso di riportare nel suo alveo naturale, vale a dire il giudizio di cognizione, l'esame di tutti i profili del rapporto sostanziale che, nel caso di attività amministrativa vincolata, si traducono nell'accertamento della fondatezza della pretesa.

Tale esigenza di completezza in sede cognitoria è stata spesso trascurata, con una "indebita" attribuzione al giudizio di esecuzione di un carattere cognitorio che, se ha ovviamente senso in attività discrezionale, esercitando il giudice dell'ottemperanza una giurisdizione di merito, ha molto meno senso in attività vincolata, in relazione alla quale il giudice di cognizione dovrebbe esaurire la valutazione dell'intero rapporto.

Ulteriore riflessione merita la considerazione che le nuove norme non fanno più riferimento, se il ricorso è accolto per motivi di incompetenza, alla rimessione dell'affare all'Autorità competente<sup>13[13]</sup>.

---

<sup>13[13]</sup> L'art. 26, co. 2, l. 1034/1971 disponeva che, se accoglie il ricorso per motivi di incompetenza, il tribunale amministrativo regionale rimette l'affare all'autorità competente; analogamente, l'art. 45



In proposito, sempre nell'ottica di assicurare maggiore effettività e rapidità di tutela, potrebbe ritenersi che la possibilità di disporre le misure idonee all'attuazione della sentenza possa riguardare anche il caso dell'atto annullato per incompetenza dell'organo emanante, similmente alle ipotesi di ricorso accolto per la riconosciuta fondatezza di vizi di eccesso di potere o violazione di legge, e ciò quantomeno nel caso di attività vincolata e priva di ogni spazio di discrezionalità.

Di conseguenza, nell'ottica sostanzialistica cui il codice è ispirato al fine di assicurare l'effettività della tutela, dovrebbe ritenersi che la fondatezza della censura di incompetenza non esima il giudice dall'esaminare le eventuali ulteriori censure dedotte, afferenti al contenuto dell'attività amministrativa posta in essere dall'organo o dall'Autorità incompetente, e, quindi, di conformare il successivo esercizio del potere da parte dell'organo o dell'Autorità competente.

Tale orientamento può dirsi ormai adottato dalla prevalente giurisprudenza che – anziché far seguire all'accoglimento della censura di incompetenza l'assorbimento degli altri motivi di ricorso e la rimessione dell'affare all'autorità competente, onde non precostituire un vincolo anomalo sui futuri provvedimenti dell'autorità medesima – tende ad affermare che, come detto, la nuova disciplina non riproduce più la regola di cui all'art. 2, co. 2, l. n. 1034 del 1971 e che, invece, ai sensi dell'art. 34, co. 1, lett. e), del codice, se il giudice ritiene fondati uno o più motivi di ricorso, non deve limitarsi ad annullare l'atto impugnato, ma può contestualmente indicare all'amministrazione le conseguenze che derivano dal giudicato<sup>14[14]</sup>.

---

T.U. 1054/1924 stabiliva che il Consiglio di Stato, se accoglie il ricorso per motivi di incompetenza, annulla l'atto e rimette l'affare all'autorità competente.

<sup>14[14]</sup> In tal senso, tra le altre, TAR Liguria, II, 27 aprile 2012, n. 609; TAR Toscana, II, 5 ottobre 2011, n. 1443. *Contra*: TAR Calabria, Catanzaro, I, 5 marzo 2011, n. 302; TAR Lombardia, Milano, IV, 10 dicembre 2010, n. 7498, che, con riferimento peraltro ad una giurisprudenza formatasi prima dell'entrata in vigore del codice, ha ribadito che l'accoglimento della censura di incompetenza determina l'annullamento dell'atto impugnato, con assorbimento degli altri motivi di ricorso, il cui esame sarebbe precluso al giudice al fine di non precostituire un vincolo anomalo sui futuri provvedimenti della Autorità competente.

Di contro - considerato l'art. 34, co. 2, secondo cui "in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati" e tenuto conto che la relazione introduttiva generale al codice indica come tale esclusione sia finalizzata ad evitare domande dirette ad orientare l'azione amministrativa *pro futuro*, con palese violazione del principio della divisione dei poteri – potrebbe ipotizzarsi che, nel caso di vizio di incompetenza, non essendo stato il potere amministrativo esercitato dall'Autorità o dall'organo che *ex lege* avrebbe dovuto esercitarlo, si rientri nella preclusione di cui al richiamato art. 34, co. 2, con conseguente impossibilità di interferire sul successivo esercizio del potere.

Tuttavia, la giurisprudenza maggiormente attenta al dato sostanziale, in precedenza citata, ha avuto modo di chiarire, condivisibilmente ad avviso di chi scrive, che l'art. 34, co. 2, c.p.a. ha un diverso parametro applicativo, atteso che nell'atto viziato da incompetenza il sindacato del giudice è svolto su un potere che è già stato esercitato, sia pure illegittimamente, e non su un potere ancora da esercitare.

In altri termini, potrebbe essere considerata "futura" solo l'azione amministrativa che, al momento della proposizione della domanda, non sia ancora giunta a conclusione del suo fisiologico *iter* procedimentale e non anche quella "rinnovatoria" successiva alla pronuncia giurisdizionale, altrimenti non troverebbe spiegazione l'ampia possibilità accordata al giudice amministrativo di incidere sul successivo svolgimento dell'attività amministrativa nell'ambito dell'azione sul silenzio o con la determinazione delle modalità attuative del giudicato<sup>15[15]</sup>.

---

<sup>15[15]</sup> Cfr. T.A.R. Lombardia Milano, III, 13 maggio 2011, n. 1233, con commento, dal titolo "L'accoglimento del vizio di incompetenza non esclude l'analisi degli altri motivi", di M. Clarich in Osservatorio LUISS – Guida al diritto, maggio 2011; il T.A.R. Lombardia, nel caso di specie, in applicazione della norma di cui all'art. 34, co. 1, lett. e), c.p.a., ha inteso prescindere dalla censura del vizio di incompetenza, pur valutata positivamente in sede cautelare, perché l'atto impugnato mancava in ogni caso di uno dei presupposti di legge e dunque doveva essere annullato per ragioni sostanziali molto più utili per il ricorrente, atteso che, se l'atto fosse stato annullato per il vizio di incompetenza, l'organo competente per territorio avrebbe ben potuto emanare un nuovo atto dal medesimo contenuto.

In coerenza con tale itinerario argomentativo, inoltre, potrebbe ritenersi che la fondatezza del solo vizio di incompetenza possa essere insufficiente a determinare l'accoglimento del ricorso e l'annullamento dell'atto, ove emerga dal complessivo esame del rapporto controverso, nel caso di attività vincolata, che l'amministrazione o l'organo competente, nel riesercizio del potere, non potrebbero che emettere un provvedimento con lo stesso contenuto del provvedimento viziato da incompetenza.

D'altra parte già a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 21 *octies* l. 241/1990, aggiunto dall'art. 14 l. 15/2005, parte della giurisprudenza aveva ritenuto che il provvedimento viziato da incompetenza non fosse invalidante qualora, per la natura vincolata dell'atto, fosse palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato<sup>16[16]</sup>.

Sul punto, la giurisprudenza si presenta oscillante anche dopo l'entrata in vigore del codice, atteso che, a fronte di pronunce che, includendo le norme sulla competenza tra le disposizioni sul procedimento, ritengono che tale vizio non possa essere invalidante e comportare l'annullamento dell'atto impugnato, ove sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso<sup>17[17]</sup>, altro orientamento ritiene che, se è accertata l'incompetenza dell'organo adottante, il provvedimento deve essere necessariamente annullato<sup>18[18]</sup>.

Le innovazioni codicistiche in definitiva rafforzano l'argomentazione, già sostenuta dalla più avvertita dottrina, secondo cui la sentenza di accoglimento di un'azione impugnatoria reca in sé un valore di accertamento costitutivo in quanto, oltre all'annullamento dell'atto impugnato - ed in questo si coglie il suo profilo costitutivo, di modifica della preesistente situazione giuridica - produce anche effetti preclusivi e conformativi, nel senso che l'amministrazione non può riprodurre il provvedimento con gli stessi vizi e deve tenere conto nel riesercizio del potere delle prescrizioni contenute nella sentenza, tanto che l'atto ripetitivo di quello annullato o adottato in contrasto con le

---

<sup>16[16]</sup> Cfr. Cons. St., VI, 6 novembre 2006, n. 6521; T.A.R. Lazio, Latina, 17 gennaio 2007, n. 39.

<sup>17[17]</sup> Cfr. TAR Toscana, III, 30 gennaio 2012, n. 197.

<sup>18[18]</sup> Cfr. TAR Milano, Lombardia, IV, 6 aprile 2012, n. 1035.

prescrizioni conformative della sentenza conterrebbe un vizio ulteriore, vale a dire quello di violazione del giudicato<sup>19[19]</sup>; non a caso, l'ordinamento, a seguito delle recenti modifiche apportate alla legge sul procedimento amministrativo, ritiene nullo l'atto adottato in violazione o elusione del giudicato<sup>20[20]</sup>.

La novella di cui all'art. 34, co. 1, lett. e), nel consentire al giudice di ampliare il contenuto della sentenza al punto da ricomprendervi le misure idonee all'attuazione del giudicato, in definitiva, ha reso ancora più palese che anche l'azione di annullamento nella sostanza mira non solo all'eliminazione dell'atto dal mondo giuridico ma anche e soprattutto all'accertamento della correttezza sostanziale del rapporto tra ricorrente, amministrazione resistente ed eventuali controinteressati<sup>21[21]</sup>.

Sempre nell'ottica evolutiva del processo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto, giova altresì richiamare un recente orientamento della giurisprudenza amministrativa che, facendo leva sui principi ricavabili dal codice del processo e sui canoni di derivazione europea, ha evidenziato come la regola della portata retroattiva della sentenza di annullamento sia passibile di deroga ogniqualvolta la sua applicazione possa risultare incongrua e manifestamente ingiusta, vale a dire in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, per cui il giudice amministrativo, così come può pronunciare una sentenza di annullamento con efficacia *ex tunc*, può sancire la limitazione parziale della retroattività degli effetti della sentenza demolitiva, disporre la decorrenza *ex nunc* o anche adottare una pronuncia di accertamento dell'illegittimità a fini meramente conformativi<sup>22[22]</sup>.

---

<sup>19[19]</sup> Per V. Caianiello, op. cit. pag. 523, una sentenza costitutiva, quale certamente è quella di annullamento di un atto illegittimo, deve contenere in sé, quale indefettibile presupposto, l'accertamento della volontà della legge relativamente al caso concreto.

<sup>20[20]</sup> La qualificazione in termini di nullità dell'atto amministrativo adottato in violazione o elusione del giudicato è prevista dall'art. 21 *septies* l. 241/1990, aggiunto dall'art. 14 l. 15/2005.

<sup>21[21]</sup> M. Clarich, op. cit., invece, ritiene che il codice non abbia superato l'impostazione tradizionale del processo amministrativo come processo sull'atto anziché sul rapporto, in cui l'impugnazione dell'atto costituisce l'occasione per accertare nella sua interezza il modo di essere del rapporto.

<sup>22[22]</sup> Cfr. Cons. St., V, 26 gennaio 2012, n. 340; Cons. St., VI, 10 maggio 2011, n. 2755; TAR Abruzzo, Sezione staccata di Pescara, 13 dicembre 2011, n. 700.

L'annullamento con efficacia *ex tunc* del provvedimento impugnato, infatti, rinviene le sue radici non già in una disposizione di legge, ma in una prassi, suscettibile di essere derogata tutte le volte in cui l'annullamento retroattivo dell'atto costituisce una misura eccessiva delle istanze di tutela del ricorrente o addirittura lesiva della sua sfera di interesse<sup>23[23]</sup>.

D'altra parte, anche la giurisprudenza comunitaria ha da tempo affermato che il principio dell'efficacia *ex tunc* dell'annullamento, seppure costituente la regola, non ha portata assoluta e che la Corte può dichiarare che l'annullamento di un atto, sia esso parziale o totale, abbia effetto *ex nunc* o che, addirittura, l'atto medesimo conservi i propri effetti sino a che l'istituzione comunitaria modifichi o sostituisca l'atto impugnato<sup>24[24]</sup>.

La giurisprudenza, da ultimo, ha utilizzato la citata teoria del c.d. annullamento a geometrie variabili in una controversia in materia di appalti per risolvere la annosa questione dell'ordine di priorità logica nell'esame delle censure dedotte in via principale ed in sede incidentale<sup>25[25]</sup>.

---

<sup>23[23]</sup> Nella sentenza che per prima ha elaborato tale tesi, vale a dire Cons. St., VI, 10 maggio 2011, n. 2755, è specificato che l'annullamento con efficacia *ex tunc*, o anche *ex nunc*, del piano faunistico approvato dalla Regione Puglia in ragione della mancata attivazione della valutazione ambientale strategica, con il conseguente travolgimento di tutte le prescrizioni del piano, sarebbe in contrasto con la pretesa azionata con il ricorso, per cui, accogliendo il ricorso per l'assenza dell'attivazione del procedimento sulla valutazione ambientale strategica, ha mantenuto fermi gli effetti della delibera impugnata ed ha dichiarato il dovere della Regione di procedere alla rinnovata emanazione, con effetti *ex nunc*, del piano faunistico venatorio regionale. Peraltro, ad avviso di chi scrive, lo stesso risultato sarebbe stato raggiunto, attraverso la portata conformativa della sentenza, precisando che, come già chiaramente indicato nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 22 dicembre 1982, n. 19, la sentenza di annullamento opera sempre nei limiti dell'interesse del ricorrente e, quindi, in rapporto alla dedotta lesione dell'interesse vantato.

<sup>24[24]</sup> Tale giurisprudenza trova ormai un fondamento testuale nell'art. 264 (ex art. 231) del Trattato di Lisbona sul funzionamento dell'Unione Europea, secondo cui, ove lo reputi necessario, la Corte di Giustizia può precisare "gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi".

<sup>25[25]</sup> TAR Lazio, Roma, II *ter*, 13 luglio 2012, n. 6418 la quale – nel ritenere che il giudice amministrativo, nel determinare gli effetti delle proprie statuizioni, deve ispirarsi al criterio per cui esse devono produrre conseguenze coerenti con il sistema e cioè armoniche con i principi generali dell'ordinamento e, soprattutto, con quello di effettività della tutela – ha accolto il ricorso incidentale "escludente" proposto dall'aggiudicataria annullando, con efficacia *ex nunc*, l'azione amministrativa nella parte in cui non ha escluso dalla gara il concorrente ricorrente principale e, di conseguenza, ha dichiarato inammissibile il ricorso principale con riferimento alle sole censure alle quali era sotteso l'interesse finale alla immediata aggiudicazione della gara, considerando, invece,

In particolare, in ragione della piena simmetria delle posizioni dei concorrenti ricorrenti, entrambi proponenti ricorsi “paralizzanti”, ha ritenuto incongrua e manifestamente ingiusta la portata retroattiva dell’annullamento degli atti di gara nella parte in cui la stazione appaltante non ha escluso il ricorrente principale, annullamento che consegue all’accoglimento del ricorso incidentale, potendo rivelarsi più rispettoso del principio di effettività della tutela disporre detto annullamento con efficacia *ex nunc*.

La posizione del ricorrente principale, seguendo tale traiettoria argomentativa - se diverrebbe indifferenziata, essendo stata accertata l’illegittimità della sua ammissione, con riferimento allo svolgimento della gara da cui realizzare l’interesse finale all’aggiudicazione - rimarrebbe certamente differenziata e qualificata con riferimento alla fase precedente per ottenere una nuova *chance* di aggiudicazione, con conseguente impossibilità - permanendo entrambe le condizioni soggettive dell’azione, vale a dire la legittimazione ad agire e l’interesse strumentale, questa volta legittimo, alla rinnovazione della gara – di dichiarare, a seguito dell’accoglimento del ricorso incidentale, l’inammissibilità *in parte qua* del ricorso principale, il quale, invece, dovrebbe essere esaminato nel merito con riferimento alle censure con cui è stata contestata l’ammissione alla gara dell’aggiudicatario ricorrente incidentale ed alle censure cui è comunque sotteso l’interesse strumentale perché idonee a determinare, se fondate, il travolgimento dell’intera procedura concorsuale<sup>26[26]</sup>.

## 2.2 Le azioni di condanna.

### 2.2.1 Condanna al rilascio di un provvedimento.

---

lo stesso ammissibile con riferimento alle censure alle quali era sotteso l’interesse strumentale alla rinnovazione della gara, per cui, in ragione della fondatezza anche del ricorso principale *in parte qua*, ha annullato l’intera gara con l’obbligo di rinnovazione della stessa da parte della stazione appaltante e conseguente soddisfazione dell’interesse strumentale ad ottenere una nuova *chance* di aggiudicazione da parte di entrambe le imprese.

<sup>26[26]</sup> Sulla tematica dell’interesse strumentale, sia consentito il rinvio a R. Caponigro, “L’interesse strumentale legittimo nelle gare d’appalto”, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2012 ed in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2012.

L'azione di annullamento, argomentando *ex art.* 30, co. 1, del codice, può essere accompagnata da un'azione di condanna.

Se non costituisce una novità, essendo anzi divenuta quasi una espressione di stile, il fatto che, nell'impugnare l'atto chiedendo il suo annullamento, il ricorrente proponga un'azione di condanna al risarcimento del danno derivante da lesione dell'interesse legittimo, è senz'altro espressione dell'articolazione di nuove forme di tutela della posizione giuridica soggettiva dedotta nel giudizio amministrativo di legittimità, la previsione, contenuta nell'art. 34, co. 1, lett. c), secondo cui, in caso di accoglimento del ricorso, il giudice, nei limiti della domanda, può adottare "misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio".

Il d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160, c.d. secondo correttivo al codice, ha aggiunto al termine della stessa lett. c), il seguente periodo: "L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'art. 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio".

Il testo originario del codice, nella disciplina delle azioni di condanna, non recava alcuna indicazione in ordine a quali potessero essere le "misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio", per cui, atteso che il potere del giudice sussiste in quanto ad esso sia correlata un'azione corrispondente, la domanda giudiziale tesa ad ottenere l'esercizio dei poteri *de quibus* era stata qualificata come esercizio di un'azione di condanna atipica o innominata, finalizzata ad ottenere una pronuncia che obblighi l'amministrazione ad un *facere* specifico e, in quanto tale, l'azione sembrava presentare punti di contatto con l'azione di adempimento, prevista nella bozza di codice e successivamente espunta<sup>27[27]</sup>, con cui il ricorrente avrebbe potuto

---

<sup>27[27]</sup> Il testo del codice elaborato dalla Commissione istituita presso il Consiglio di Stato aveva disciplinato l'azione di adempimento stabilendo che "il ricorrente può chiedere la condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento richiesto o denegato" e prevedendo che l'azione potesse essere "proposta contestualmente a quella di annullamento o avverso il silenzio entro i termini previsti per tali azioni".

spingersi fino a chiedere la condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento richiesto o denegato<sup>28[28]</sup>.

Infatti, se è vero che nel codice non era più presente la specifica azione di adempimento, è altrettanto vero che per attribuire un significato compiuto alla indicata previsione legislativa occorreva ritenere che il giudice avesse la facoltà di adottare qualunque misura effettivamente in grado di soddisfare l'interesse sostanziale dedotto in giudizio dal ricorrente vittorioso, ivi compresa, se riconosciuta la fondatezza della pretesa, la condanna alla emanazione di un provvedimento richiesto o denegato<sup>29[29]</sup>.

In altri termini, l'ampia formula utilizzata dal legislatore nonché il contesto sistematico in cui essa è inserita, volto, si ribadisce ancora una volta, a garantire quanto più possibile l'effettività della tutela giudiziaria, avrebbe dovuto consentire al giudice di disporre, su domanda di parte costituente oggetto di un'azione di condanna proposta contestualmente all'azione di annullamento, ogni misura idonea a garantire il concreto soddisfacimento della posizione giuridica e, quindi, anche tale da accertare la correttezza sostanziale della disciplina del rapporto, definendo il contenuto del provvedimento che l'amministrazione è tenuta ad emanare<sup>30[30]</sup>.

---

<sup>28[28]</sup> M. A. Sandulli, Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice, Foro Amministrativo T.A.R., 5/2010, indica la presenza di un'azione di condanna anche generica, evidenziando che in essa trova spazio l'azione di adempimento.

<sup>29[29]</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, I, 19 gennaio 2011, n. 472 che, a fronte di un'azione di accertamento del diritto del ricorrente ad ottenere una determinata utilità sostanziale, ha, ai sensi dell'art. 32, co. 2, d.lgs. 104/2010, qualificato la richiesta e convertito l'azione in domanda di condanna atipica ex art. 34, co. 1, lett. c), d.lgs. 104/2010 e, in accoglimento della domanda, trattandosi di attività amministrativa vincolata, ha condannato l'Autorità amministrativa ad adottare il provvedimento richiesto, satisfattivo della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio.

<sup>30[30]</sup> Nello stesso senso, si sono espressi alcuni tra i primi commentatori del codice, tra cui, oltre a M. A. Sandulli, citata nella nota n. 27, M. Clarich, op. cit., il quale evidenzia che la disposizione sembra far rientrare dalla finestra l'azione di adempimento appena uscita dalla porta, R. Gisondi, La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo, in [www.giustizia-amministrativa](http://www.giustizia-amministrativa), 2010, secondo cui non sembrano sussistere ostacoli di ordine letterale o sistematico per escludere che l'azione di condanna "atipica" possa consentire al ricorrente di ottenere la stessa pronuncia che avrebbe potuto ottenere con l'azione di adempimento, mentre R. Chieppa, Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2010, precisa che le potenzialità della nuova azione di condanna "atipica" sono ancora tutte da esplorare.



Nella stessa direzione, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 23 marzo 2011, n. 3, aveva rilevato che il legislatore, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto.

Tale possibilità è stata desunta dal combinato disposto dell'art. 30, co. 1, del codice, che fa riferimento all'azione di condanna senza una tipizzazione dei relativi contenuti, e dell'art. 34, co. 1, lett. c), ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio.

La successiva sentenza dell'Adunanza Plenaria 29 luglio 2011, n. 15, ha ribadito che il codice, portando a compimento un lungo e costante processo evolutivo e dando attuazione armonica ai principi costituzionali e comunitari in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, oltre che ai criteri di delega fissati dall'art. 44 della l. n. 69 del 2009, ha ampliato le tecniche di tutela dell'interesse legittimo mediante l'introduzione del principio della pluralità delle azioni.

In proposito, ha fatto presente che il d.lgs. n. 104 del 2010, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa o tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto, specificando che, in coerenza con il criterio di delega, ha superato la tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo 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<sup>31[31]</sup>.

---

<sup>31[31]</sup> L'Adunanza Plenaria n. 15 del 2011, peraltro, ha concluso che il terzo controinteressato all'attività edilizia avviata a seguito della presentazione di una dia o di una scia è legittimato all'esercizio, a completamento ed integrazione dell'azione di annullamento del silenzio significativo negativo, dell'azione di condanna pubblicistica (cd. azione di adempimento) tesa ad ottenere una pronuncia che imponga all'amministrazione l'adozione del negato provvedimento inibitorio ove

Di qui, la trasformazione del giudizio amministrativo, ove non si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione, da giudizio amministrativo sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata.

L'esperibilità di un'azione di esatto adempimento è stata ritenuta possibile, sulla base di un articolato sviluppo argomentativo, anche dalla sentenza del TAR Lombardia, Milano, III, 8 giugno 2011, n. 1428<sup>32[32]</sup>.

Tale sentenza ha in primo luogo evidenziato come l'opinione tradizionale escludesse di poter riconnettere alla sentenza amministrativa l'effetto di imporre una disciplina del rapporto tra amministrazione e cittadino "sostitutiva" della disciplina dettata dall'atto annullato, atteso che, anche quando si condivideva la natura sostanziale dell'interesse portato dal cittadino istante, si reputava che il giudice conoscesse del rapporto tra amministrazione e cittadino solo attraverso lo "schermo" del problema di validità dell'atto amministrativo.

Il primo passo nel progressivo affrancamento dell'ordinamento processuale amministrativo, sostiene il TAR meneghino, stante l'insufficienza di una tutela soltanto caducatoria degli emergenti interessi pretensivi, è stato quello di superare i "limiti" dell'annullamento postulando, accanto all'effetto demolitorio della sentenza, anche quello conformativo e ripristinatorio. Il giudice, si è affermato, quando accerta

---

non vi siano spazi per la regolarizzazione della denuncia ai sensi dell'art. 19, co. 3, l. n. 241 del 1990. Diversamente, l'art. 19, co. 6 *ter*, l. n. 241 del 1990, aggiunto dall'art. 6, co. 1, lett. c), d.l. n. 138 del 2011, come modificato dalla legge di conversione n. 148 del 2011 ha previsto che la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, co. 1, 2 e 3, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

<sup>32[32]</sup> Nel caso di specie, con un'opzione interpretativa, ad avviso di chi scrive, non del tutto condivisibile, è stata ritenuta vincolata un'attività in origine a carattere discrezionale a seguito di due annullamenti sulla medesima istanza pretensiva. Ad analoga opzione interpretativa, è pervenuta anche TAR Lombardia, Milano, III, 10 aprile 2012, n. 1045.

l'invalidità dell'atto e le ragioni che la provocano, stabilisce qual è il corretto modo di esercizio del potere e fissa la regola alla quale l'amministrazione si deve attenere nella sua attività futura. Quanto più la sentenza è in grado di "convertire" l'insieme delle circostanze relative all'esercizio concreto di un dato potere in un vincolo per l'Autorità, tanto più l'azione amministrativa successiva alla sentenza rappresenta non la manifestazione di un potere "proprio" quanto la sua mera esecuzione<sup>33[33]</sup>.

La sentenza del TAR Lombardia - nel rendere merito al codice del processo amministrativo di avere abbandonato definitivamente ogni residuo della concezione oggettiva del giudizio amministrativo di annullamento come strumento di controllo dell'azione amministrativa, e di aver consolidato lo spostamento dell'oggetto del giudizio amministrativo dall'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, al rapporto regolato dal medesimo, al fine di scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata, sempre che non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione - ha condivisibilmente posto in luce che la nuova "visione" del processo sta, soprattutto, nell'aver radicato tra le attribuzioni del giudice della cognizione il potere, una volta spendibile solo nella successiva sede dell'ottemperanza, di disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, ivi compresa la

---

<sup>33[33]</sup> La sentenza in discorso ha specificato però che, anche quando il contenuto ordinatorio della sentenza di accoglimento, di per sé variabile in relazione al tipo di vizio riscontrato ed al tratto di potere dedotto in giudizio, consentiva una ampia definizione della fattispecie sostanziale (giungendo, talvolta, finanche a prefigurarne l'assetto finale), esso mai poteva tradursi in un espresso dispositivo di condanna, e ciò pur ammettendosi l'insorgere di un obbligo pubblicistico in capo all'amministrazione di ripristinare lo *status quo ante* e di conformarsi alle regole di azione statuite. La "regola implicita, elastica, incompleta" della pronuncia sarebbe potuta divenire titolo esecutivo (ovvero, statuizione concreta dei tempi e modi per adempiere all'obbligo) soltanto "progressivamente" nella successiva sede del giudizio di ottemperanza. Invero, ha proseguito il TAR Lombardia, erano ragioni di equilibrio istituzionale (sintetizzate nella formula di permanente salvezza del potere amministrativo), e non certo di carattere teorico o tecnico giuridico, ad imporre che, non in prima, ma soltanto in seconda battuta, si potesse ottenere tutela specifica dell'interesse pretensivo e, tuttavia, era di comune esperienza quanto l'applicazione di tale regola portasse con sé il grave inconveniente di dilatare sensibilmente i tempi di definizione giudiziale della vicenda.

nomina di un commissario *ad acta* (art. 34 comma 1 lettera e), per cui la previsione consente di esplicitare “a priori”, ovvero nel dispositivo della sentenza, gli effetti conformativi e ripristinatori da cui discende la regola del rapporto, e non più “a posteriori”, in sede di sindacato sulla condotta tenuta dall’amministrazione dopo la sentenza di annullamento.

Ne consegue la possibilità di concentrare in un solo episodio giurisdizionale tutta quella attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza, fermo restando che all’accoglimento del ricorso può seguire la fissazione della regola del caso concreto solo in presenza di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità<sup>34[34]</sup>.

In conclusione, la pronuncia in discorso è giunta anch’essa a postulare, sulla base dell’art. 34, co. 1, lett. c), il possibile esperimento dell’azione di adempimento, sottolineando che l’adozione della condanna implica la definizione dell’intero rapporto sostanziale, per cui il giudice, soltanto quando si tratti di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di discrezionalità, potrà spingersi alla verifica dell’esistenza in concreto dei presupposti e requisiti vincolati in presenza dei quali il ricorrente può ottenere il provvedimento richiesto.

Né sembra poter operare nella fattispecie la preclusione, di cui all’art. 34, co. 2, concernente i poteri amministrativi non ancora esercitati, la quale, in quanto finalizzata ad evitare domande dirette ad orientare l’azione amministrativa *pro futuro*, è da ritenere

---

<sup>34[34]</sup> L’allargamento degli strumenti di tutela posti a disposizione del giudice amministrativo, del resto, oltre a confermare il rango paritario riconosciuto più volte dalla Consulta all’interesse legittimo, è coerente con la “preferenza” ordinamentale per la tutela specifica fin quando è possibile. La giurisdizione amministrativa era intrinsecamente contrassegnata dalla capacità di rimuovere alla radice la lesione dell’interesse oppositivo, attraverso la demolizione dell’atto lesivo; la stessa, anche negli sviluppi successivi, ha cercato di perpetuare tale sua vocazione (ad apprestare rimedi effettivi) con la teorica dell’effetto conformativo. Tutt’oggi, il principio di preferenza si manifesta nella “pregiudizialità sostanziale” dell’annullamento rispetto alla quantificazione del danno risarcibile (art. 30, III comma, c.p.a.); nell’orientamento giurisprudenziale che assegna priorità al segmento esecutivo conformativo rispetto al risarcimento di utilità minori (come la *chance*); nell’art. 124 c.p.a. che introduce una gerarchia tra rimedi nel senso che il risarcimento può essere dovuto solo se non è dichiarata l’inefficacia e disposto il subentro.

relativa alle sole ipotesi in cui l'amministrazione non abbia ancora provveduto e sia ancora in corso il termine per provvedere.

D'altra parte, la stessa sentenza della Quarta Sezione del Consiglio di Stato 27 giugno 2011, n. 3858, nel riformare *in parte qua* la sentenza della Prima Sezione del Tar Lazio 19 gennaio 2011, n. 472, che, come in precedenza indicato, aveva condannato l'amministrazione, nel caso di specie il Consiglio Superiore della Magistratura, all'adozione del provvedimento di trasferimento denegato, ha sottolineato che il trasferimento controverso si configura comunque come atto dovuto, naturalmente discendente dalla caducazione *ope iudicis* degli atti impugnati.

In particolare, ha fatto presente che nessuna discrezionalità residua alle amministrazioni soccombenti e che, nella fattispecie, il trasferimento del magistrato risulta del tutto ineludibile nella necessaria esecuzione della statuizione di annullamento emessa dal giudice amministrativo nell'esercizio della propria giurisdizione, il che esclude qualsivoglia sostituzione del giudice amministrativo alla discrezionalità dell'amministrazione procedente e non determina alcuna violazione del fondamentale principio costituzionale di separazione dei poteri<sup>35[35]</sup>.

Insomma, se, da un lato, il giudice di secondo grado ha annullato la sentenza nella parte in cui il giudice di primo grado ha condannato l'amministrazione ad emettere il provvedimento denegato, dall'altro, ha chiaramente affermato che la portata conformativa del giudicato è tale che, nell'esecuzione della sentenza, l'autorità amministrativa deve necessariamente adottare l'atto.

Pertanto, l'effettività della tutela, vale a dire il conseguimento della piena soddisfazione dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio, è in ogni caso conseguibile, attraverso la pronuncia della condanna dell'amministrazione all'adozione dell'atto o, in

---

<sup>35[35]</sup> Il Consiglio di Stato, nell'occasione, ha precisato che, se i provvedimenti adottati dal Consiglio Superiore della Magistratura non si sottraggono, in linea di principio, al sindacato del giudice amministrativo quanto meno sotto il profilo dei presupposti e congruità della motivazione, nonché dell'accertamento del nesso logico di consequenzialità tra presupposti e conclusioni, non si vede la ragione per cui dalle eventuali statuizioni di annullamento di tali provvedimenti non possa conseguire l'obbligo di conformazione dell'organo di autogoverno della magistratura ordinaria al *dictum* del giudice.

alternativa, attraverso l'efficacia conformativa della pronuncia di annullamento, sicché, il rimedio della condanna all'adempimento potrebbe ritenersi addirittura superfluo in considerazione della pienezza della tutela contenuta nell'apparato motivazionale della sentenza di annullamento e, quindi, nella stringente portata conformativa della stessa, la cui corretta esecuzione comporta la necessaria adozione del provvedimento illegittimamente negato.

Tuttavia, se la tutela finale risulta identica - vale a dire se la portata conformativa della sentenza di annullamento è tale che il nuovo esercizio del potere, trattandosi di attività vincolata ed essendo stata accertata la fondatezza della pretesa sostanziale, deve necessariamente tradursi nell'adozione dell'atto illegittimamente negato - non è logico comprendere perché non sia possibile concentrare la stessa nell'ambito del solo giudizio di cognizione, ed emanare una conseguente condanna all'adempimento dell'amministrazione di un *facere* specifico, con i relativi risparmi, temporali ed economici<sup>36[36]</sup>, atteso che lo stesso art. 34, co. 1, lett. e), del c.p.a. prevede la possibilità per il giudice di disporre, nei limiti della domanda, le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario *ad acta*.

In altri termini, se il giudice ai sensi dell'art. 34, co. 1, lett. e), del c.p.a. ha il potere di disporre le misure idonee all'attuazione del giudicato in sede di cognizione, non è plausibile che non possa condannare l'amministrazione all'adozione del provvedimento denegato dove questo risulti l'unico modo di eseguire il giudicato in senso pienamente soddisfacente per la posizione sostanziale dedotta in giudizio dal ricorrente.

Occorre invero rimarcare una differenza essenziale, in assenza della quale il disposto di cui alla lett. c) dell'art. 34 sarebbe sostanzialmente assorbito da quello di cui alla lett. e), e cioè che se fosse proposta la sola azione di annullamento sarebbe possibile disporre già in sede di cognizione le misure attuative del giudicato e, quindi, prevedere

---

<sup>36[36]</sup> Un risparmio finanziario potrebbe derivare alla stessa amministrazione che, con il passare del tempo, potrebbe essere costretta a risarcire per equivalente patrimoniale gli effetti lesivi del provvedimento *medio tempore* prodotti in modo irreversibile.

l'adozione dell'atto satisfattivo dell'interesse pretensivo, soltanto se la fondatezza della pretesa sostanziale dovesse discendere dall'esame dei motivi di impugnativa proposti, che delimitano l'oggetto del giudizio.

Viceversa, se l'azione di annullamento è esperibile, ai sensi dell'art. 29, per i tipici vizi di legittimità, vale a dire incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere, l'azione di condanna all'emanazione del provvedimento - che postula l'annullamento dell'atto di diniego, in assenza del quale, ovviamente, nessuna misura potrebbe essere adottata continuando l'assetto di interessi ad essere regolato dalla volontà dell'amministrazione che si è tradotta nel provvedimento - consente di andare oltre i vizi dell'atto dedotti nel ricorso, che nel previgente sistema circoscrivevano la cognizione del giudice adito, ampliando notevolmente l'oggetto del giudizio a completamento, o ulteriore progressione, di quell'*iter* evolutivo il quale, nel prendere atto che con l'adozione del provvedimento l'amministrazione detta la regola del caso concreto, ha indotto a spostare l'attenzione dall'atto ed i suoi vizi di legittimità alla correttezza sostanziale della disciplina del rapporto<sup>37[37]</sup>.

Peraltro, considerato che l'attività amministrativa discrezionale, comportando un'attività di selezione, valutazione e comparazione di interessi pubblici e privati non può essere svolta dal giudice se non nei limitati ed eccezionali casi di giurisdizione con cognizione estesa al merito, la nuova disciplina, che consente al giudice amministrativo di esercitare nuovi e più ampi poteri decisorii, può trovare spazio, come detto, solo quando la lesione alla posizione giuridica sia stata inferta dall'attività amministrativa vincolata.

---

<sup>37[37]</sup> R. Gisondi, op. cit., sottolinea che, contemplando il codice l'azione di condanna "atipica", nulla si oppone a che l'oggetto del giudizio di annullamento possa essere integrato, sottoponendo all'esame del giudice anche quei tratti vincolati dell'azione amministrativa che, siccome non presi in considerazione dalla motivazione o dagli atti preparatori che hanno preceduto l'atto impugnato, non potevano essere dedotti come motivi di impugnativa; l'Autore, condivisibilmente, soggiunge che tale impostazione consente anche di colmare una lacuna del processo amministrativo di legittimità, atteso che, fino all'entrata in vigore del codice, la pronuncia del giudice in ordine alla spettanza di un determinato provvedimento era consentita solo in sede di giudizio sul silenzio, ma non nel caso di impugnazione di un atto di diniego.

In tal caso, secondo la descritta opzione esegetica, l'iniziale disciplina codicistica già avrebbe consentito al giudice amministrativo, ove l'azione di annullamento fosse stata accompagnata da un'azione di condanna "atipica", non solo di sindacare la legittimità dell'atto pervenendo all'eventuale annullamento per la fondatezza di uno dei tre vizi di legittimità, ma anche di estendere la propria valutazione al di fuori dei vizi dedotti onde accertare la fondatezza della pretesa e disporre misure concernenti il contenuto del provvedimento da emanare nel riesercizio dell'attività amministrativa ad idonea ed effettiva tutela dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio.

Del resto, il giudizio sul silenzio, vale a dire sul comportamento inerte dell'amministrazione a seguito di un'istanza pretensiva del privato, già nel previgente sistema prevedeva la possibilità di conoscere della fondatezza della pretesa, per cui la nuova norma colma un'asimmetria, posto che analoga possibilità non era riconosciuta nel caso in cui l'amministrazione avesse provveduto, ed un vuoto di tutela presente nell'ordinamento, nel caso di esercizio di attività amministrativa vincolata, atteso che prima era assicurata una tutela più intensa al ricorrente, non solo per la rapidità del rito, ma anche per la maggiore estensione della cognizione del giudice, in caso di mancato esercizio del potere.

Il codice, invece, consente una cognizione più ampia, estesa ai profili dell'esercizio del potere che, non avendo costituito oggetto del provvedimento, non hanno potuto essere censurati specificamente nel ricorso, anche nell'ipotesi in cui l'amministrazione non sia rimasta inerte ma abbia comunque emesso un provvedimento<sup>38[38]</sup>.

In definitiva, l'introduzione nel sistema di un'azione di condanna "atipica" sarebbe stata desumibile dal fatto che l'art. 34, co. 1, lett. c), in caso di accoglimento del ricorso, rende possibile, nei limiti della domanda, adottare misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e sembra sostanziarsi nella facoltà del giudice di

---

<sup>38[38]</sup> Si pensi al caso di un provvedimento completamente privo di motivazione ed evidentemente viziato per tale aspetto; la proposizione dell'azione di condanna "atipica" consentirebbe al giudice di andare oltre la semplice verifica di fondatezza del vizio di difetto di motivazione per accertare, al di là del vizio dedotto, se sussistono o meno i presupposti per l'adozione dell'atto vincolato ampliativo della sfera giuridica dell'istante.



conoscere della fondatezza della pretesa, al di là dei vizi di legittimità prospettati con l'azione di annullamento e sempreché la stessa sia stata accolta, e di adottare qualunque misura, anche inerente al contenuto dell'atto che l'amministrazione dovrà emanare nell'esecuzione della sentenza, ove il provvedimento impugnato costituisca espressione di potestà amministrativa vincolata, atteso che, non potendo il giudice nella giurisdizione generale di legittimità sostituirsi all'amministrazione, non può compiere direttamente la ponderazione degli interessi pubblici e privati che costituisce l'essenza della discrezionalità amministrativa.

Il d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160, secondo correttivo al codice, come già evidenziato, ha previsto che all'art. 34, co. 1, lett. c), dopo le parole: "del codice civile" sono aggiunte le seguenti: "L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio".

In tal modo, l'azione di adempimento (*rectius*: di condanna al rilascio del provvedimento) può ritenersi anche testualmente introdotta nell'ordinamento sopendo le, invero scarse, incertezze precedenti<sup>39[39]</sup>.

La circostanza che la condanna al rilascio del provvedimento sia contenuta in una disposizione dedicata alle sentenze di merito e disciplinante i poteri del giudice, mentre nello schema elaborato dalla Commissione era espressamente indicata quale azione di

---

<sup>39[39]</sup> Nell'ordinamento processuale tedesco, l'azione di adempimento è disciplinata ai paragrafi 42 e 43 della legge del 1960 tra le azioni ammissibili innanzi al giudice amministrativo, accanto all'azione di annullamento e all'azione di accertamento; essa consente al giudice di condannare l'amministrazione all'emanazione di un atto amministrativo sia nel caso di rifiuto espresso, sia in caso di silenzio, sempre che il ricorrente vantì una pretesa giuridicamente qualificata al provvedimento. Ove l'azione di adempimento risulti fondata, se il giudice considera la questione "matura per la decisione", può dichiarare l'obbligo dell'amministrazione di porre in essere l'attività richiesta, altrimenti si limita a dichiarare l'obbligo dell'amministrazione di provvedere nei confronti dell'attore, attenendosi al principio giuridico enunciato dal giudice, senza dunque predeterminare in tutto e per tutto il contenuto del provvedimento. In proposito, M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2005; D. Vaiano, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo: prime incertezze giurisprudenziali*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012.

adempimento e contenuta nel capo delle azioni, non sembra assumere concreto rilievo in quanto, come in precedenza evidenziato, la strettissima connessione tra azione e relativa pronuncia giurisdizionale determina che nella disciplina delle pronunce possono rinvenirsi anche regole di disciplina delle azioni.

La *ratio* della novella introdotta può ritenersi duplice e risiede, da un lato, nell'esigenza di positivizzare l'azione di adempimento già ampiamente teorizzata dalla dottrina ed applicata dalla giurisprudenza, dall'altro, nella preoccupazione di stabilire i limiti all'esperibilità della stessa, limiti individuati attraverso il richiamo all'art. 31, co. 3, del codice, secondo cui 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.

La preclusione a pronunciare sulla fondatezza della pretesa quando si tratti di attività discrezionale deve ritenersi riferita non solo all'ipotesi in cui l'amministrazione eserciti la discrezionalità amministrativa ma anche al caso in cui eserciti la discrezionalità tecnica, sempreché non si verta nel c.d. accertamento tecnico che, avendo carattere oggettivo, può essere concettualmente incluso nello svolgimento dell'attività vincolata<sup>40[40]</sup>.

Peraltro, occorre evidenziare che, se il limite dell'attività vincolata è nelle cose, non potendo, come più volte affermato, il giudice sostituirsi all'amministrazione nello svolgimento di attività amministrativa discrezionale, e se pure è comprensibile il riferimento all'assenza di ulteriori margini di esercizio della discrezionalità, ipotesi che contraddistingue il riesercizio del potere amministrativo discrezionale a seguito di un annullamento giurisdizionale che abbia conformato strettamente l'azione amministrativa

---

<sup>40[40]</sup> La discrezionalità tecnica si caratterizza per l'applicazione di regole proprie di scienze non esatte, con un margine di opinabilità più o meno elevato, e si distingue sia dall'accertamento tecnico, in cui vi è l'applicazione di scienze esatte al fine di ottenere un risultato certo, sia dalla discrezionalità amministrativa vera e propria, in cui l'amministrazione persegue il fine pubblico alle sue cure affidato dalla norma attributiva del potere attraverso un'attività di selezione, acquisizione, comparazione e valutazione degli interessi pubblici e privati coinvolti dalla sua azione.

rendendola sostanzialmente vincolata, genera perplessità il richiamo all'ipotesi di adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

Tale limite, infatti, se appare coerente con il giudizio sul silenzio in ragione della celerità del rito, non sembra giustificabile con riferimento al caso in cui l'azione di condanna al rilascio del provvedimento si accompagna all'azione di annullamento, che è naturalmente sottoposta al rito ordinario.

In tale fattispecie, infatti, l'amministrazione ha già esercitato il proprio potere e non si riesce a percepire quale sia la ragione per la quale il giudice non possa, in ossequio ai principi di effettività e celerità della tutela, disporre in sede processuale l'adempimento istruttorio a carico dell'amministrazione al fine di giungere, a cognizione piena, a decidere sulla fondatezza o meno della pretesa sostanziale.

La questione, invero, rimanda ad un'altra problematica di carattere più generale, vale a dire all'esigenza di una tempestiva e completa acquisizione al processo dei fatti di causa.

Infatti, la rapidità del giudizio è di per sé un valore ed un processo lento può ritenersi ontologicamente ingiusto, sicché occorrerebbe che all'udienza pubblica fissata per la delibazione del merito della controversia i fatti di causa siano già stati integralmente acquisiti al fascicolo e ciò dovrebbe essere possibile utilizzando le disposizioni in materia di istruzione probatoria previste dal codice e già in precedenza dalla l. n. 205 del 2000.

La novella introdotta dal d.lgs. n. 160 del 2012 prevede che l'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto sia esercitata contestualmente all'azione di annullamento o avverso il silenzio, sicché non sembra che la stessa sia proponibile contestualmente all'azione di nullità.

La scelta legislativa può ritenersi coerente con il disposto di cui all'art. 21 *septies* l. n. 241 del 1990, secondo cui è nullo 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 e negli altri casi espressamente previsti dalla legge.

La nullità degli atti adottati in violazione o elusione del giudicato, infatti, è dichiarata dal giudice dell'ottemperanza ai sensi dell'art. 114, co. 4, c.p.a. il quale esercita giurisdizione estesa al merito, mentre se il provvedimento manca degli elementi essenziali o è viziato da difetto assoluto di attribuzione è ben difficile che possa essere accertata la fondatezza della pretesa sostanziale dedotta in giudizio.

La previsione normativa relativa alla "contestualità" dell'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto rispetto all'azione di annullamento o avverso il silenzio pone un delicato problema esegetico in quanto potrebbero prospettarsi tre differenti ipotesi.

In particolare, potrebbe ritenersi che l'azione debba essere contenuta nello stesso atto che fisicamente contiene anche l'azione di annullamento o avverso il silenzio, ovvero che possa essere contenuta anche in un atto fisicamente diverso ma debba essere proposta comunque entro il termine perentorio di decadenza previsto per l'azione alla quale si accompagna, ovvero ancora che possa essere proposta, eventualmente con motivi aggiunti, nell'ambito del giudizio pendente per l'annullamento o per il silenzio.

La soluzione più appagante, ad avviso di chi scrive, è quest'ultima in quanto, sebbene l'avverbio contestualmente sembrerebbe *prima facie* riferibile ad una proposizione delle azioni congiunta e temporalmente coincidente, non vi è dubbio che la richiesta di condanna al rilascio del provvedimento è accessoria all'azione cui si aggiunge e consente di pervenire al risultato, utile per tutti gli interessi in gioco, di una più sollecita definizione della disciplina del rapporto sostanziale, per cui parrebbe un vuoto formalismo dichiarare irricevibile la domanda di condanna al rilascio del provvedimento perché non proposta unitamente alla domanda cui accede, mentre sarebbe molto più rispettoso della visione sostanzialistica cui la codificazione è ispirata consentire la proposizione della stessa anche in corso di causa attraverso lo strumento dei motivi aggiunti.

D'altra parte, la citata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 3 del 2011, già prima della novella, aveva evidenziato che la domanda di condanna può essere proposta solo

contestualmente ad altra azione, in modo da dar luogo ad un *simultaneus processus* che obbedisce ai principi di concentrazione processuale ed economica dei mezzi giuridici.

Inoltre, giova richiamare l'attenzione sul fatto che la norma prevista nello schema di codice, poi espunta in sede di approvazione del testo, prevedeva anch'essa che l'azione potesse essere proposta contestualmente a quella di annullamento o avverso il silenzio, ma aggiungeva "entro i termini previsti per tali azioni", previsione che, invece, non è contenuta nella novella introdotta dal secondo correttivo.

Tale considerazione potrebbe indurre a ritenere che l'originario intento fosse quello di escludere la necessaria presenza delle due azioni in un unico atto, ferma restando la necessaria proposizione della domanda di adempimento nei termini decadenziali previsti per l'azione "madre", per cui, venuto meno il rimando ai termini previsti per l'azione di annullamento o avverso il silenzio, appare plausibile ritenere che, in base alla nuova formulazione del testo, sia sufficiente la presentazione della domanda nel corso del giudizio.

La *ratio* della contestualità, in definitiva, dovrebbe essere ravvisata nell'esigenza di concentrare nello stesso processo di annullamento o avverso il silenzio anche la domanda di condanna, essendo di conseguenza indifferente che questa sia proposta con lo stesso atto o successivamente attraverso motivi aggiunti.

Va da sé, infine, che, se la previsione di un termine di decadenza per l'esercizio dell'azione di annullamento o avverso il silenzio, ha la sua fonte nell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici in cui sono coinvolti interessi pubblici, la stessa esigenza non può rinvenirsi per la domanda di condanna al rilascio di un provvedimento che, avendo il suo presupposto nell'annullamento dell'atto adottato in esito all'istanza pretensiva, è viceversa funzionale proprio alla celere definizione della disciplina del rapporto giuridico.

Un altro problema esegetico derivante dalla novella concerne il rito cui deve essere soggetto il giudizio avverso il silenzio ove ad esso si accompagni la domanda di condanna al rilascio del provvedimento.

La questione, ad avviso di chi scrive, costituisce un falso problema e sottende una previsione tutto sommato pleonastica del legislatore del 2012.

Il rito sul silenzio, infatti, già prevede all'art. 117, co. 2, c.p.a. che se il ricorso, in tutto o in parte, è accolto, il giudice ordina all'amministrazione di provvedere in un termine non superiore, di norma, a trenta giorni.

Nel collegare tale previsione a quella di cui all'art. 31, co. 3, del codice, che stabilisce i casi in cui il giudice del silenzio può conoscere della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, emerge con evidenza che, se il giudice accerta detta fondatezza, dovrà ordinare all'amministrazione di provvedere in un determinato modo, vale a dire adottando il provvedimento richiesto, e non genericamente di provvedere, sicché la previsione del d.lgs. n. 160 del 2002, laddove si riferisce anche all'azione avverso il silenzio, appare di dubbia utilità.

Il rito, di conseguenza, dovrebbe essere quello della camera di consiglio anche se fosse contestualmente proposta l'accessoria e ridondante domanda di condanna al rilascio del provvedimento richiesto, fermo restando che, a stretto rigore, il rito semplificato del silenzio sembrerebbe avere una sua ragion d'essere solo in caso di azione funzionale alla mera declaratoria dell'obbligo di provvedere e non anche ove sia chiesta, sussistendone i presupposti, l'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale<sup>41[41]</sup>.

### 2.2.3 Condanna al risarcimento del danno da attività amministrativa illegittima.

Tra le azioni di condanna "tipiche" di cui all'art. 30 del codice, assume un rilievo pregnante quella di risarcimento dei danni da lesione dell'interesse legittimo.

---

<sup>41[41]</sup> Con la generalizzata previsione del rito accelerato, infatti, si perviene alla non comprensibile conclusione che, quando l'attività amministrativa è vincolata, e, quindi, quando l'accertamento giudiziale della pretesa è possibile, la soddisfazione di un identico interesse sostanziale dedotto in giudizio, in caso di fondatezza della pretesa, si otterrebbe in tempi molto più rapidi a seguito dell'inerzia dell'amministrazione che a seguito dell'adozione di un provvedimento negativo espresso.

La risarcibilità dei danni derivanti da lesione di un interesse legittimo, vale a dire la configurabilità della responsabilità civile, ai sensi dell'art. 2043 c.c., della pubblica amministrazione per i danni derivanti ai destinatari dall'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa, per lungo tempo esclusa, soprattutto con riferimento agli interessi legittimi pretensivi, era stata già riconosciuta, ben prima dell'emanazione del codice, sia in via giurisprudenziale sia in via legislativa<sup>42[42]</sup>.

Soprattutto in tema di appalti pubblici, sotto l'impulso del diritto comunitario, l'esigenza di prevedere una tutela risarcitoria è stata nel corso degli anni fortemente avvertita, atteso che, una volta stipulato ed eseguito il contratto, in assenza di un'azione di risarcimento, il ricorrente non potrebbe conseguire una effettiva soddisfazione dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio<sup>43[43]</sup>.

La celebre sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 500/1999, che può considerarsi la capostipite di tutta la giurisprudenza successiva, ha in particolare evidenziato che, ai fini della responsabilità aquiliana, non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione all'ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente

---

<sup>42[42]</sup> L'art. 35 del d.lgs. 80/1998, come sostituito dall'art. 7 della l. 205/2000, nel prevedere la possibilità del risarcimento danni nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non operava alcuna distinzione tra le posizioni di diritto soggettivo e quelle di interesse legittimo, inducendo a ritenere non esclusa la possibile risarcibilità quando il danno derivi da lesione di interesse legittimo, ma soprattutto l'art. 7, co. 3, della l. 1034/1971, come sostituito dall'art. 35, co. 4, del d.lgs. 80/98 nel testo introdotto dall'art. 7 l. 205/2000, devolveva alla cognizione dei Tribunali Amministrativi tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno anche in giurisdizione generale di legittimità postulando, evidentemente, la sussistenza di un problema risarcitorio in caso di lesione di interessi legittimi.

<sup>43[43]</sup> L'art. 13 l. 142/1992 (legge comunitaria per il 1991), abrogato dall'art. 35 d.lgs. 80/1998, aveva già previsto come i soggetti che avessero subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture o delle relative norme interne di recepimento potessero chiedere all'amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno; il secondo comma dello stesso articolo, peraltro, dettando una disciplina che ora potremmo definire di carattere "storico", affermava la giurisdizione ordinaria sulla domanda risarcitoria nonché la pregiudiziale amministrativa, stabilendo come la domanda di risarcimento fosse proponibile dinanzi al giudice ordinario da chi avesse ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo con sentenza del giudice amministrativo.

rilevante, per cui, essendo previsto il risarcimento solo qualora il danno sia ingiusto e cioè prodotto *non iure*, la lesione dell'interesse legittimo costituisce condizione necessaria ma non sufficiente per accedere alla tutela risarcitoria *ex art. 2043 c.c.* in quanto occorre altresì che risulti lesa, per effetto dell'attività illegittima e colpevole<sup>44[44]</sup> dell'amministrazione pubblica, l'interesse al bene della vita al quale, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, l'interesse legittimo effettivamente si collega.

Nondimeno, erano sorti vibranti contrasti tra la giurisdizione ordinaria, che la negava<sup>45[45]</sup>, e la giurisdizione amministrativa, che prevalentemente la affermava<sup>46[46]</sup>, sulla questione della c.d. pregiudiziale amministrativa, vale a dire sulla necessità di impugnare e di ottenere l'annullamento dell'atto amministrativo prima di poter conseguire il risarcimento del danno derivante da lesione dell'interesse legittimo prodotta dallo stesso atto e, quindi, sulla proponibilità o meno dell'azione risarcitoria in via autonoma e cioè in alternativa e non in aggiunta all'azione di annullamento.

La nuova disciplina, nel tentativo di ricercare una soluzione a tali contrasti, ha previsto l'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto all'azione di annullamento, superando il principio della pregiudiziale, ma prevedendo alcuni accorgimenti.

---

<sup>44[44]</sup> La Corte di Giustizia CE, Sez. III, con sentenza 30 settembre 2010 (C-314/09), ha invece evidenziato che il rimedio risarcitorio può costituire un'alternativa compatibile con il principio di effettività soltanto a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice. A livello comunitario, pertanto, è stato escluso che in materia di appalti l'elemento psicologico rappresenti un elemento costitutivo dell'illecito civile fonte di responsabilità dell'amministrazione.

<sup>45[45]</sup> In particolare, la Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, con ordinanze n. 13569 e n. 13660 del 13 giugno 2006, si era espressa a favore dell'autonomia delle due azioni, evidenziando che una declaratoria di inammissibilità della domanda risarcitoria motivata solo in ragione della omessa previa impugnazione del provvedimento fonte del danno, concretizza diniego di giurisdizione sindacabile dalla stessa Corte di Cassazione ai sensi degli artt. 360, co. 1, e 362 c.p.c.

<sup>46[46]</sup> L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con decisione 22 ottobre 2007, n. 12, ha confermato il principio della pregiudizialità dell'azione di annullamento rispetto alla domanda di risarcitoria, già formulato con la decisione della stessa Adunanza Plenaria n. 4 del 2003. Sulle posizioni assunte dalla giurisprudenza amministrativa in proposito, peraltro, sia consentito il rinvio a R. Caponigro, *La pregiudiziale amministrativa tra l'essenza dell'interesse legittimo e l'esigenza di tempestività del giudizio*, Giurisdizione amministrativa, 2007.



In particolare, l'esperibilità autonoma dell'azione risarcitoria è stata controbilanciata sia dalla previsione di un termine decadenziale breve - di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto dannoso si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo - sia dalla previsione, anch'essa contenuta nell'art. 30, co. 3, del codice secondo cui il giudice "esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti".

Il termine decadenziale di centoventi giorni, come detto, decorre dal giorno in cui il fatto dannoso si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo, sicché la sua decorrenza non coincide sempre con il *dies a quo* del termine di decadenza di sessanta giorni per la proposizione dell'azione di annullamento (o con il termine di centoventi giorni per la proposizione del ricorso straordinario al Capo dello Stato), fissato nel giorno di piena conoscenza, effettiva o legale, dell'atto impugnato.

In altri termini, mentre per la decorrenza del termine per la proposizione dell'azione impugnatoria si ritiene sufficiente la piena conoscenza della lesività del provvedimento, ai fini della decorrenza del termine per l'esperimento dell'azione risarcitoria autonoma sembra necessaria la compiuta percezione, da valutarsi sulla base del parametro della buona fede e dell'ordinaria diligenza, delle conseguenze dannose provocate dall'atto illegittimo, evento dannoso che non sempre coincide con l'emanazione dell'atto.

Ne consegue che, se è vero che per la proposizione dell'azione risarcitoria autonoma è previsto un termine decadenziale breve, è altrettanto vero che in molti casi, forse la maggior parte, il relativo *dies a quo* non sarà coincidente con la decorrenza del termine per la proposizione dell'azione di annullamento, ma sarà ad esso successivo.

L'individuazione del momento della decorrenza del termine per proporre l'azione autonoma di risarcimento del danno, quindi, impone al giudice, al fine di verificare la

tempestività dell'azione, una specifica valutazione, atteso che il *dies a quo* può variare caso per caso.

Un'ipotesi in cui l'evento dannoso può ritenersi temporalmente coincidente con l'emanazione dell'atto è individuabile nel decreto di esproprio, atteso che, con la privazione del diritto di proprietà sul bene, l'interessato perde immediatamente la possibilità di godere dello stesso o di lucrare un prezzo per la sua eventuale vendita o locazione; in tal caso è plausibile ritenere che il *dies a quo* per proporre l'azione risarcitoria debba coincidere con quello di proposizione dell'azione di annullamento, vale a dire che è individuabile nell'avvenuta conoscenza del provvedimento lesivo.

Diversamente, ad esempio, l'esclusione dalle prove concorsuali del candidato che ha presentato domanda inizierà a produrre effetti dannosi sul piano patrimoniale solo dal momento in cui i vincitori del concorso saranno stati assunti ed avranno preso servizio, per cui, in ragione del disposto normativo, collocandosi la conseguenza dannosa in un momento non coincidente ma successivo all'adozione del provvedimento, è plausibile ritenere che la decorrenza del termine per la proposizione dell'azione risarcitoria autonoma sia successiva, anche ampiamente, alla conoscenza del provvedimento e, quindi, al termine a decorrere dal quale l'interessato avrebbe potuto esperire l'azione di annullamento.

Non minori difficoltà esegetiche sono poste dalla previsione contenuta nell'ultimo periodo del terzo comma dell'art. 30.

Tale norma, che consente la limitazione o l'esclusione del risarcimento attraverso un meccanismo sostanzialmente ispirato all'art. 1227 c.c.<sup>47[47]</sup> - secondo cui, da un lato, se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivati,

---

<sup>47[47]</sup> G. Ferrari, Il nuovo codice del processo amministrativo, guida all'art. 30, Roma, 2010, ritiene evidente il richiamo implicito all'art. 1227 c.c., poi riproposto, questa volta *clare verbi*, nell'art. 124 relativo alla tutela in forma specifica e per equivalente in materia di appalti, che, al secondo comma, prevede come in sede di liquidazione del risarcimento del danno il giudice valuti, ai sensi dell'art. 1227 c.c., la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto.

dall'altro, il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza – potrebbe indurre a ritenere che sia stata introdotta una sorta di “pregiudizialità mascherata”<sup>48[48]</sup>.

Pur non ritenendo condivisibile tale prospettazione, in considerazione del fatto che l'azione risarcitoria, sebbene svincolata dall'azione di annullamento, è nel nuovo ordinamento certamente ammissibile e deve essere valutata nel merito tenendo conto ai fini della decisione sull'*an* e sul *quantum* del risarcimento sia della diligenza sia della buona fede di tutte le parti, non vi è dubbio che, ove la giurisprudenza dovesse orientarsi nel senso di escludere il risarcimento nell'ipotesi in cui il ricorrente avrebbe potuto evitare il danno proponendo una tempestiva azione impugnatoria, vale a dire ove il giudice amministrativo dovesse ritenere che la tempestiva proposizione dell'azione di annullamento dell'atto rientri nell'ordinaria diligenza del soggetto inciso da un provvedimento amministrativo produttivo di danno, l'esito del ricorso avente ad oggetto l'azione risarcitoria autonoma non potrebbe, almeno quando sia certo che l'annullamento dell'atto avrebbe potuto evitare la produzione del danno, che essere di reiezione, con un risultato sostanzialmente analogo alla declaratoria di inammissibilità cui nel previgente ordinamento la domanda sarebbe andata incontro seguendo la teoria della c.d. pregiudiziale amministrativa<sup>49[49]</sup>.

In tal caso, insomma, la modifica normativa si ridurrebbe ad una mera trasposizione della c.d. pregiudiziale dal piano processuale al piano sostanziale.

---

<sup>48[48]</sup> R. Chieppa, op. cit., evidenzia che alcuni degli argomenti critici mossi per affermare che si tratterebbe di una “pregiudizialità mascherata” tendono in realtà a sostenere la tesi dell'assoluta indifferenza dell'azione di risarcimento rispetto all'azione di annullamento, tesi che, però, non è stata mai proposta né dalla Cassazione né in sede di lavori per la predisposizione del codice e che è del tutto minoritaria anche con riferimento agli altri ordinamenti europei.

<sup>49[49]</sup> Cons. St., VI, 31 marzo 2011, n. 1983, fa presente che la previa impugnazione giudiziale dell'atto è richiesta dai canoni generali di correttezza e buona fede oggettiva; peraltro, la sentenza specifica che la pretermissione della domanda di annullamento non costituisce sempre e comunque una violazione del canone di ordinaria diligenza ex art. 1227, co. 2, c.c., potendo impedire o limitare il sorgere del diritto al risarcimento se, in concreto, emerge che: la mancata azione giudiziale è caratterizzata da colpevolezza; fra la pretermissione e l'insorgenza del danno sussiste un nesso di consequenzialità diretta, nel senso che il secondo non si sarebbe verificato se l'interessato avesse debitamente svolto l'azione di annullamento.

Né una significativa novità è costituita dalla previsione contenuta nell'art. 34, co. 3, del codice, in relazione alla quale, 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 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<sup>50[50]</sup>.

Nel testo elaborato dalla Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato era stabilito che, nel determinare il risarcimento, il giudice “può escludere i danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esercizio dei mezzi di tutela o l'invito all'autotutela”, mentre nell'art. 30, co. 3, d.lgs. 104/2010 è stato espunto il riferimento all'invito all'autotutela ed è stato fatto esclusivo riferimento all'esperimento dei mezzi di tutela previsti.

La formula utilizzata dal legislatore, evidentemente, lascia ampi margini di discrezionalità all'interprete che, come rilevato, ove dovesse ritenere che l'omessa tempestiva impugnazione dell'atto concreti *sic et simpliciter* una carenza di diligenza tale da escludere il risarcimento del danno perché a seguito della tempestiva proposizione dell'azione di annullamento le conseguenze dannose prodotte dal provvedimento sarebbero state evitate, o quantomeno sarebbero potute essere evitate, renderebbe l'azione risarcitoria autonoma un “guscio vuoto” perché, in assenza

---

<sup>50[50]</sup> Cfr. Cons. St., VI, 14 marzo 2005, n. 1547; T.A.R. Lazio, Roma, I, 19 novembre 2007, n. 11330.

dell'azione di annullamento avverso il provvedimento lesivo, non potrebbe mai essere accolta.

In altri termini, ove dovesse prevalere il descritto orientamento, la pregiudizialità amministrativa, formalmente esclusa dal testo di legge che ha espressamente previsto l'azione autonoma di risarcimento del danno, sarebbe sostanzialmente affermata in via giurisprudenziale, sebbene sul piano sostanziale anziché su quello processuale, e l'azione risarcitoria potrebbe condurre ad un risultato proficuo solo in caso di preventivo o contestuale vittorioso esperimento dell'azione di annullamento<sup>51[51]</sup>.

Orbene, che la locuzione “anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti” sia evocativa della facoltà di impugnazione in sede giurisdizionale del provvedimento lesivo causativo del danno non sussiste dubbio.

L'onere di esperire mezzi di tutela diversi dall'azione risarcitoria per non aggravare il danno, tuttavia, non rientra nella logica dell'art. 1227 c.c., vale a dire che, nella prospettiva civilistica, l'azione giudiziaria del danneggiato volta ad evitare che il danno sorga o si incrementi non è esigibile nell'ambito di un comportamento normalmente diligente, trattandosi di attività per definizione complessa ed aleatoria.

Ciò induce a riflettere sulla circostanza che, se pure è evidente il riferimento della norma del codice del processo amministrativo all'art. 1227 c.c., il rapporto tra le due forme di tutela, quella annullatoria e quella risarcitoria, è tendenzialmente estraneo all'ambito di applicazione della norma civilistica e risente della persistente concezione pubblicistica della responsabilità dell'amministrazione nell'esercizio della funzione pubblica ed attinente all'essenza stessa della posizione giuridica tutelata e cioè del fatto che, a fronte dell'agire autoritativo e provvedimentale dell'amministrazione pubblica, il

---

<sup>51[51]</sup> Cfr. Cons. St., IV, 26 marzo 2012, n. 1750, secondo cui la regola della non risarcibilità dei danni evitabili con l'impugnazione del provvedimento e con la diligente utilizzazione degli altri strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, oggi sancita dall'art. 30, co. 3, c.p.a., deve ritenersi ricognitiva di principi già evincibili alla stregua di un'interpretazione evolutiva dell'art. 1227, co. 2, c.c., sicché l'omessa attivazione degli strumenti di tutela costituisce elemento valutabile, nell'ambito dei canoni di buona fede e solidarietà, ai fini dell'esclusione o della limitazione del danno evitabile con l'ordinaria diligenza, non più come preclusione di rito, ma come fatto da considerare in sede di merito.

modo naturale di protezione dell'interesse legittimo è costituito dall'annullamento dell'atto<sup>52[52]</sup>.

L'introduzione dell'autonomia dell'azione risarcitoria, sia pure nella logica pubblicistica della responsabilità dell'amministrazione per l'illegittimo esercizio della sua funzione, impone pertanto all'interprete di ricercare chiavi esegetiche più complesse ed innovative.

In particolare, una volta che il legislatore delegato abbia inteso escludere la pregiudizialità, appare molto arduo ipotizzare che il giudice possa automaticamente respingere la domanda di risarcimento solo perché il ricorrente non ha proposto l'azione impugnatoria in esito alla quale, con l'eliminazione *ex tunc* dell'atto, il danno sarebbe potuto essere evitato, mentre appare logico ritenere che, come d'altronde espressamente indicato dalla norma, debba valutare il complessivo comportamento successivo all'adozione del provvedimento lesivo dell'interesse legittimo e produttivo del danno, comportamento che deve essere costantemente ispirato ai tradizionali canoni di diligenza e buona fede, non solo del soggetto la cui sfera è stata incisa dal provvedimento ma anche dell'amministrazione agente.

La richiamata sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 23 marzo 2011, n. 3, ha evidenziato, sulla base di un sostanzioso percorso argomentativo, che al tradizionale indirizzo che esclude, per definizione, la sindacabilità delle condotte processuali ai sensi dell'art. 1227, co. 2, c.c. occorre preferire un più duttile indirizzo interpretativo che, in coerenza con le clausole generali in materia di correttezza, buona fede e solidarietà di cui la norma è espressione, consenta la valutazione della condotta complessiva, anche processuale, del creditore<sup>53[53]</sup>.

---

<sup>52[52]</sup> R. Gisondi, op. cit., il quale, nell'evidenziare che l'art. 1227 c.c., in armonia con i principi solidaristici a cui è ispirata l'intera disciplina delle obbligazioni del codice civile, impone al danneggiato di attivarsi per non aggravare la posizione del debitore compiendo quegli atti che, senza un particolare sforzo economico, possono ridurre o contenere il danno, specifica che non rientra però tra i doveri del danneggiato quello di agire giudizialmente contro il debitore per ridurre un danno che potrebbe essere evitato attraverso lo spontaneo adempimento dell'obbligazione.

<sup>53[53]</sup> In particolare, il divieto di condotte contrarie a buona fede avrebbe un ancoraggio costituzionale nell'art. 2 Cost., costituirebbe canone di valutazione anche delle condotte processuali

Con riguardo alle specificità del caso concreto, ha così rappresentato che la mancata proposizione del ricorso per l'annullamento dell'atto va apprezzata nel quadro di una valutazione più ampia – oggi recepita dagli artt. 30 e 124 c.p.a., oltre che dall'art. 243 *bis* del codice dei contratti pubblici – del comportamento complessivo della parte, sicché dovrà essere ponderata la concorrente rilevanza eziologica spiegata dal mancato utilizzo di rimedi e condotte che, non implicando costi ed oneri, sono a maggior ragione esigibili, come l'attivazione del rimedio dei ricorsi amministrativi e la proposizione di tempestive istanze volte a sollecitare la rimozione o la modificazione in autotutela del provvedimento illegittimo.

In sostanza, sebbene il riferimento all'autotutela sia stato espunto dal testo del codice, nell'ipotesi in cui, pendente ancora il termine per l'esercizio dell'azione di risarcimento dei danni, il soggetto leso faccia presente puntualmente all'amministrazione le ragioni dell'illegittimità dell'atto e le conseguenze dannose prodotte dallo stesso nella sua sfera patrimoniale e personale e l'amministrazione non provveda all'annullamento d'ufficio, ove in sede di azione risarcitoria il provvedimento sia incidentalmente riconosciuto illegittimo per le ragioni già esposte dal ricorrente all'amministrazione in sede stragiudiziale, non è plausibile ritenere che il comportamento del privato sia stato connotato da negligenza.

Sulla stessa traiettoria argomentativa, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha ritenuto non esigibile, affinché il comportamento del creditore sia ritenuto conforme all'ordinaria diligenza, il necessario esperimento da parte sua degli ordinari rimedi giurisdizionali di impugnazione, ma ha ritenuto sufficiente che l'amministrazione sia stata messa in condizione, tramite un apposito "avviso di danno" consistente nell'invito all'autotutela, di ritornare sul proprio atto, assolvendo, in un regime di risarcibilità della

---

ed opererebbe anche nella fase patologica del rapporto obbligatorio; l'obbligo di cooperazione di cui all'art. 1227, co. 2, ha fondamento proprio nel canone di buona fede *ex* art. 1175 c.c., per cui, nel principio costituzionale di solidarietà, occorrerebbe concludere che anche le scelte processuali di tipo omissivo possono in astratto costituire comportamenti apprezzabili ai fini della esclusione o della mitigazione del danno laddove si appuri, alla stregua di un giudizio di causalità ipotetica, che le condotte attive trascurate non avrebbero implicato un sacrificio significativo ed avrebbero verosimilmente inciso, in senso preclusivo o limitativo, sul perimetro del danno.

lesione dell'interesse legittimo, l'obbligo (o, meglio, l'onere) di annullamento d'ufficio dell'atto illegittimo *ex art. 21 nonies* l. n. 241 del 1990, al fine di evitare di incorrere nella condanna al risarcimento del danno anche per le spese ulteriori sostenute dal privato<sup>54[54]</sup>.

Pertanto, sembra ragionevole ritenere, in quanto più coerente con la complessiva struttura del processo come delineato dal codice, che gli “strumenti di tutela previsti” debbano essere considerati in modo estensivo, al fine di comprendere non solo quelli giudiziali ma anche ulteriori strumenti, quali quelli volti a sollecitare i poteri di autotutela, come le eventuali informative preventive trasmesse all'amministrazione dall'interessato che ritenga di essere stato leso nella sua posizione di interesse legittimo.

D'altra parte, l'art. 243 *bis* d.lgs. 163/2006, aggiunto dall'art. 6, co. 1, d.lgs. 53/2010, di recepimento della c.d. direttiva ricorsi, in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, prevede espressamente, nella materia *de qua*, che i soggetti i quali intendono proporre un ricorso giurisdizionale informano le stazioni appaltanti della presunta violazione e della intenzione di proporre il ricorso e che l'omissione della comunicazione, unitamente all'inerzia della stazione appaltante, costituiscono comportamenti valutabili ai sensi dell'art. 1227 c.c., imponendo un onere di collaborazione tra le parti che, *mutatis mutandis*, potrebbe ispirare la valutazione sulla diligenza e buona fede delle stesse anche nelle controversie risarcitorie attinenti alle altre materie<sup>55[55]</sup>.

---

<sup>54[54]</sup> Cfr. Cons. St., V, 29 novembre 2011, n. 6296 secondo cui non è esigibile il necessario esperimento degli ordinari rimedi giurisdizionali di impugnazione atteso che ciò sarebbe contrario alla *ratio* della norma di cui all'art. 30, che ha escluso la necessità di previa impugnazione dell'atto ai fini dell'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale, nonché alla lettera del terzo comma, che chiaramente si riferisce a “strumenti di tutela”, non già di “tutela giurisdizionale” e comunque non li considera ineluttabili.

<sup>55[55]</sup> R. De Nictolis, Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2010, fa presente che l'informativa preventiva ha una chiara finalità deflattiva, in quanto l'amministrazione, resa edotta di possibili o probabili vizi dei propri atti, può emendarli così evitando un contenzioso giudiziario, ed ha altri effetti indiretti, atteso che una tempestiva conoscenza di un'imminente impugnativa consente alla stazione appaltante anche di predisporre tempestivamente le proprie difese e di compiere valutazioni di opportunità in ordine ad un differimento della stipulazione del contratto e, più in generale, in ordine ad una sospensione del procedimento in corso.



In definitiva, appare plausibile che il giudice amministrativo, nel caso di azione risarcitoria autonoma, ove abbia riscontrato un danno ingiusto in quanto lesivo di un interesse al bene della vita realmente spettante, determini l'*an* ed il *quantum* del risarcimento valutando la complessiva condotta di ciascuna delle parti, sulla base dei principi della buona fede e dell'ordinaria diligenza, e, in particolare, se, anche a prescindere dalla proposizione dell'azione di annullamento, l'interessato abbia fatto presente i profili di illegittimità dell'atto in tempo utile ad evitare le sue conseguenze dannose e se l'amministrazione abbia tenuto o meno un comportamento inerte a fronte di tale informativa.

Ove l'azione di annullamento sia stata proposta, la domanda risarcitoria, ai sensi dell'art. 30, co. 5, può essere formulata in corso di giudizio o, comunque, non oltre centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza.

Il TAR Sicilia, Palermo, con ordinanza 7 settembre 2011, n. 1628, ha sollevato, in relazione al termine previsto, la questione di legittimità costituzionale di tale norma per violazione degli artt. 3, 24, 103 e 113 Cost.

Ha sostenuto, tra l'altro, che – se il bilanciamento fra il diritto degli interessati a sollecitare un sindacato giurisdizionale dell'atto e l'interesse a definire sollecitamente la relativa vicenda in modo da non esporre ad un arco eccessivamente lungo la sorte della fonte di un rapporto giuridico rilevante per una collettività di soggetti consente di individuare nella previsione di un termine di impugnazione a pena di decadenza, purché il relativo termine sia ragionevole e non renda eccessivamente difficile l'esercizio del diritto, il soddisfacente punto di equilibrio del sistema – l'azione risarcitoria, già sul piano strutturale si pone al di fuori di questa problematica, atteso che l'esposizione del debitore, pubblico o privato, alla domanda di risarcimento non incide minimamente sulla dinamica dei rapporti giuridici di cui lo stesso soggetto è titolare, né sulla certezza delle

situazioni e posizioni giuridiche correlate, rilevando solo sul piano della reintegrazione patrimoniale dello spostamento di ricchezza conseguente all'illecito<sup>56[56]</sup>.

I giudici siciliani hanno anche conclusivamente evidenziato che se l'attribuzione alla giurisdizione amministrativa della cognizione sull'azione risarcitoria, coerente alla pienezza della tutela in termini ragionevoli, comporta come contropartita l'introduzione di un regime che, derogando al diritto comune, comprime significativamente le condizioni per l'accesso al rimedio, risulta contraddetta la finalità stessa della previsione dello strumento risarcitorio accanto a quello caducatorio nel sistema di tutela dell'interesse legittimo; in altri termini, sarebbe contraddetta l'esigenza di pienezza ed effettività della tutela.

L'azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione, ai sensi dell'art. 112, co. 3, come modificato dal primo correttivo, vale a dire dal d.lgs. n. 195 del 2011, può essere proposta nel processo di ottemperanza.

L'intervento del legislatore del 2011, eliminando la possibilità, prevista dal precedente quarto comma dell'art. 112 ora soppresso<sup>57[57]</sup>, di presentare l'azione risarcitoria ordinaria in ottemperanza, ha introdotto una distinzione in base al contenuto dell'azione stessa, cui si ricollega una differente disciplina.

L'azione di risarcimento ordinaria, vale a dire l'azione tendente ad ottenere il risarcimento per equivalente patrimoniale dei danni direttamente prodotti dall'azione

---

<sup>56[56]</sup> L'ordinanza è dell'avviso che, se la discrezionalità legislativa avesse inteso porre un limite temporale all'esercizio dell'azione risarcitoria compatibile con la natura del rimedio, avrebbe potuto ragionevolmente farlo attraverso l'individuazione di un congruo termine prescrizione; secondo gli insegnamenti della dottrina civilistica, mentre la prescrizione è in qualche modo legata all'inerzia del titolare del diritto, la decadenza esprimerebbe "un'esigenza di certezza del diritto così categorica da essere tutelata indipendentemente dalla possibilità di agire del soggetto interessato", ma, in materia di risarcimento del danno, una esigenza di certezza che implichi una compressione assai significativa del diritto del danneggiato di azionare i relativi rimedi non sembra affatto sussistere, tanto più nell'ipotesi di azione risarcitoria non autonoma, ma conseguente alla proposizione dell'azione di annullamento del provvedimento lesivo.

<sup>57[57]</sup> L'art. 112, co. 4, c.p.a. prevedeva la possibilità di proporre nel giudizio di ottemperanza la connessa domanda risarcitoria di cui all'art. 30, co. 5, nel termine ivi stabilito, con la precisazione che, in tal caso, il giudizio di ottemperanza si sarebbe svolto nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario.

amministrativa illegittima, deve necessariamente essere proposta in sede di cognizione al fine di rispettare il doppio grado di giudizio, mentre l'azione risarcitoria connessa "all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione" può essere proposta in sede di ottemperanza e, quindi, nel relativo termine prescrizione ed in un unico grado, in deroga al principio di cui all'art. 125 Cost.

2.2.3 Condanna al risarcimento del danno da mancato esercizio dell'attività amministrativa obbligatoria.

L'art. 2 *bis* l. 241/1990, aggiunto dall'art. 7 l. 69/2009, obbliga le pubbliche amministrazioni al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, introducendo il c.d. danno da ritardo.

Nel disciplinare le azioni di condanna, il codice, all'art. 30, co. 2, prevede analogamente che possa essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante non solo dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa, ma anche dal mancato esercizio di quella obbligatoria.

Una corrente di pensiero individua il c.d. danno da ritardo in ogni pregiudizio che deriva dal ritardato esercizio della funzione pubblica, vale a dire nel pregiudizio ricollegabile all'interesse materiale al bene della vita ed in quello concernente il mero rispetto del termine di conclusione del procedimento.

Un'altra tesi, invece, limita l'area del danno risarcibile alla sola ipotesi in cui sia concretamente dimostrata la spettanza del bene della vita, senza possibilità di ristoro per la sola violazione del *dies ad quem* previsto per la conclusione del procedimento avviato dall'istanza pretensiva del cittadino.

Un'ulteriore distinzione deve essere compiuta tra l'ipotesi di adozione del provvedimento richiesto, favorevole all'interessato ma emesso oltre la scadenza del

termine procedimentale, e la completa inerzia dell'amministrazione, vale a dire la mancata adozione di qualsivoglia provvedimento.

La questione più problematica, quindi, concerne la risarcibilità *ex se* dell'interesse del privato al rispetto della tempistica procedimentale, vale a dire se la risarcibilità possa prescindere dalla spettanza del bene della vita costituente il lato interno della posizione di interesse legittimo, ovvero se sia necessario dimostrare l'effettiva lesione al conseguimento o al conseguimento tempestivo di tale utilità.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con decisione 15 settembre 2005, n. 7, aveva a suo tempo escluso la risarcibilità del danno correlato alla mera violazione dei termini in quanto il sistema di tutela degli interessi pretensivi – nelle ipotesi in cui si fa affidamento sulle statuizioni del giudice per la loro realizzazione – consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse pretensivo, incapace di trovare realizzazione con l'atto, in congiunzione con l'interesse pubblico, assuma a suo oggetto la tutela di interessi sostanziali e, perciò, la mancata emanazione o il ritardo nella emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato (susceptibile di appagare un "bene della vita").

L'inerzia amministrativa, quindi, per essere fonte di responsabilità risarcitoria, richiede non solo il preventivo accertamento in sede giurisdizionale della sua illegittimità, ma, ancor più, il concreto esercizio della funzione amministrativa in senso favorevole all'interessato, ovvero il suo esercizio virtuale, in sede di giudizio prognostico da parte del giudice investito della richiesta risarcitoria<sup>58[58]</sup>.

La positivizzazione dell'istituto della responsabilità per c.d. danno da ritardo, come detto, è avvenuta in un primo tempo attraverso l'introduzione dell'art. 2 *bis* l. n. 241 del 1990, aggiunto dall'art. 7 della l. n. 69 del 2009.

---

<sup>58[58]</sup> In tal senso, *ex multis*: Cons. St., V, n. 1162 del 2009; Cons. St., IV, n. 6242 del 2008, secondo cui il danno risarcibile è individuabile nel ritardo al conseguimento del bene della vita.

In tal modo, il legislatore ha previsto un nuovo strumento di tutela dell'interesse legittimo pretensivo contro l'inerzia della pubblica amministrazione, strumento che trova la sua collocazione nell'ambito del rito ordinario, affiancandosi in posizione autonoma a quello rappresentato dal rito speciale in camera di consiglio contro il silenzio rifiuto.

La stessa previsione normativa dell'obbligo del risarcimento del danno ingiusto cagionato dall'amministrazione in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento è ora contenuta nell'art. 30, co. 4, c.p.a.

L'espresso riferimento al "danno ingiusto" - contenuta nel secondo comma dell'art. 30, secondo cui può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal "mancato esercizio di quella obbligatoria" - sebbene ancora oggi sia ipotizzata la risarcibilità del danno da mero ritardo, induce a ritenere che per poter riconoscere la tutela risarcitoria anche in tali fattispecie non possa prescindere dalla spettanza del bene della vita, atteso che è soltanto la lesione del bene della vita che qualifica in termini di ingiustizia il danno derivante tanto dal provvedimento illegittimo e colpevole dell'amministrazione quanto dalla sua inerzia e lo rende risarcibile<sup>59[59]</sup>.

Il giudice, pertanto, ad avviso di chi scrive, non può accogliere l'istanza risarcitoria a prescindere dalla formulazione di un giudizio sulla spettanza dell'utilità finale, ma il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo pretensivo è anche in tal caso subordinato, pur in presenza di tutti i requisiti dell'illecito (condotta, elemento psicologico, nesso di causalità, evento dannoso), alla dimostrazione, secondo un giudizio

---

<sup>59[59]</sup> N. Durante, I rimedi contro l'inerzia dell'amministrazione: istruzioni per l'uso, con un occhio alla giurisprudenza e l'altro al codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2010, pone l'accento sul fatto che l'ingiustizia del danno, quale presupposto della condanna al risarcimento, è richiesta dall'art. 30, co. 2, del codice, sia per l'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa, sia per il ritardato o mancato esercizio della stessa, per cui, essendo indiscusso che il danno da uso illegittimo del potere presuppone sempre la titolarità dell'interesse sostanziale in capo all'istante, non si vede perché, quando nello stesso contesto l'aggettivo "ingiusto" è utilizzato per il danno da mancato uso del potere, questo debba assumere un'accezione diversa e più favorevole.

prognostico, che l'aspirazione al provvedimento era destinata, certamente o probabilmente, ad un esito favorevole<sup>60[60]</sup>.

La dimostrazione dell'ingiustizia del danno, ove l'amministrazione abbia rilasciato in ritardo il provvedimento richiesto, è invece desumibile proprio dal fatto che la stessa amministrazione ha ritenuto spettante il bene della vita.

Peraltro, ove sia provata la effettiva sussistenza di un danno patrimoniale derivante dal mero ritardo nell'azione amministrativa, il tempo potrebbe assurgere esso stesso a bene della vita, con conseguente risarcibilità dei danni relativi<sup>61[61]</sup>.

In relazione al profilo dell'esatta individuazione del bene della vita nel c.d. danno da ritardo, il Consiglio di Stato ha ancora più recentemente osservato che il provvedimento, come atto di regolazione di un assetto di interessi giuridicamente rilevante, è un bene della vita in sé, al cui conseguimento è orientata tutta la disciplina normativa in tema di azione amministrativa, e tale rimane anche quando contenga statuizioni non valutabili in senso patrimoniale<sup>62[62]</sup>.

Nondimeno, ha evidenziato che, trattandosi di considerare un fatto, ossia la ritardata o omessa adozione di un provvedimento, alla luce della sua effettiva spettanza, la successiva emissione dell'atto opera come una conferma *ex post* della correttezza della pretesa della parte privata e quindi della sostanziale lesività dell'azione amministrativa.

---

<sup>60[60]</sup> D'altra parte, la giurisprudenza, già nel previgente regime, aveva chiaramente evidenziato come il solo ritardo nell'emanazione di un atto fosse elemento sufficiente per configurare un danno ingiusto, con conseguente obbligo di risarcimento, nel caso però di procedimento lesivo di un interesse pretensivo dell'amministrato, ove tale procedimento cioè sia da concludere con un provvedimento favorevole per il destinatario (cfr. Cons. St., IV, 23 marzo 2010, n. 1699).

<sup>61[61]</sup> R. Chieppa, Il danno da ritardo (o da inosservanza dei termini di conclusione del procedimento), articolo tratto da R. Chieppa – R. Giovagnoli, Manuale di diritto amministrativo, Milano, 2011, fa presente che, pur lasciando la norma aperta la questione sui presupposti per accedere alla tutela risarcitoria in caso di danni da ritardo, sembra potersi ricavare un *favor* del legislatore per una risarcibilità anche del danno da mero ritardo, ove provato, non collegato alla ritardata attribuzione di un bene della vita e richiama Cons. St., V, 28 febbraio 2011, n. 1271, secondo cui il tempo è un bene della vita per il cittadino ed il ritardo nella conclusione del procedimento è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica.

<sup>62[62]</sup> Cfr. Cons. St., IV, 27 gennaio 2012, n. 428.

D'altra parte, la stessa giurisprudenza civile ha fatto presente, in un caso di persistente inerzia dell'ente territoriale alla ripianificazione di un terreno interessato da un vincolo espropriativo scaduto, che il proprietario ha diritto al risarcimento del danno per la lesione del bene della vita identificabile non già nello *jus aedificandi*, ma nell'interesse alla certezza in ordine alla possibilità di una adeguata e razionale utilizzazione della proprietà<sup>63[63]</sup>.

L'azione risarcitoria del c.d. danno da ritardo è proponibile, ai sensi dell'art. 30, co. 4, del codice nel termine di centoventi giorni decorrente dal momento in cui l'inadempimento è cessato o, comunque, al compimento di un anno dalla scadenza del termine per provvedere.

La norma codicistica, quindi, ha recepito l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, secondo cui il ritardo dell'amministrazione nel provvedere sull'istanza del privato si configura come un illecito permanente che termina al momento dell'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento avviato ad istanza di parte, con la conseguenza che il termine di prescrizione (nel codice qualificato come termine di decadenza) comincia a decorrere solo dal momento di cessazione dell'illecito<sup>64[64]</sup>.

Tuttavia, avendo altresì stabilito che il *dies a quo* per l'esercizio dell'azione inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere, la norma, a meno di non volerne sottolineare la contraddittorietà e la incompatibilità con la previsione immediatamente precedente, postula che il decorso del detto termine annuale comporti l'estinzione dell'obbligo di provvedere e faccia venire meno l'illecito omissivo.

In definitiva, il ritardo dell'amministrazione è configurato dal codice come un illecito permanente il quale, però, può durare al massimo un anno, decorso il quale l'obbligo e, conseguentemente, l'illecito si estinguono.

---

<sup>63[63]</sup> Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 6 maggio 2009, n. 10362.

<sup>64[64]</sup> Cfr. Cons. St., V, 30 settembre 2009, n. 5899.

#### 2.2.4 Condanna al risarcimento in forma specifica.

Un'ulteriore ipotesi di azione di condanna è prevista dall'ultimo periodo dell'art. 30, co. 2, del codice, in ragione del quale, sussistendo i presupposti di cui all'art. 2058 c.c., può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica.

Tale forma di tutela è del tutto distinta da quella desumibile dall'art. 34, co. 1, lett. c), volta ad ottenere le misure idonee a tutelare l'interesse sostanziale dedotto in giudizio e la condanna al rilascio del provvedimento richiesto, di cui si è detto in precedenza, sebbene entrambe siano finalizzate ad ottenere un *facere* dell'amministrazione di carattere non proprio patrimoniale, ma prevalentemente provvedimentoale (per le misure soddisfattive) o materiale (per il risarcimento in forma specifica).

La domanda di risarcimento in forma specifica, a fronte della quale il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente se la forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore, è proponibile nello stesso termine decadenziale dell'azione di condanna al risarcimento del danno patrimoniale, a condizione che, trattandosi di un'attività materiale, sia in tutto o in parte possibile.

Essa tende ad eliminare il nocumento già prodotto attraverso l'imposizione all'amministrazione, che con il proprio provvedimento illegittimo ha causato il danno ingiusto, dell'obbligo di compiere un'attività materiale opposta a quella compiuta in esecuzione del provvedimento e tale da ripristinare, non solo sotto il profilo giuridico ma anche sotto quello fattuale, lo *status quo ante*.

Un'ipotesi paradigmatica di risarcimento in forma specifica può essere individuata nella condanna alla ricostruzione dello stesso immobile demolito in esecuzione di un'ordinanza illegittima.

Di conseguenza, è possibile ritenere che la tutela degli interessi legittimi possa avvenire principalmente in tre distinte forme, e precisamente:

- attraverso la tutela del bene della vita in forma specifica - che attiene sia agli interessi pretensivi, nel qual caso è necessario un riesercizio del potere amministrativo, sia agli interessi oppositivi, nel qual caso non è solitamente necessario alcun riesercizio del



potere trattandosi di sentenze autoesecutive - che segue o può seguire, in tutto o in parte, all'accoglimento dell'azione di annullamento e, per gli interessi pretensivi, all'esecuzione della relativa sentenza;

- attraverso la tutela del bene della vita per equivalente patrimoniale - che attiene sia interessi pretensivi sia a quelli oppositivi - che segue all'accoglimento dell'azione di risarcimento dei danni;
- attraverso il risarcimento (*rectius*: la reintegrazione) del bene della vita in forma specifica - che attiene ai soli interessi oppositivi e postula che la sentenza non sia autoesecutiva - che segue all'accoglimento dell'azione *ex art. 2058 c.c.*

Tale ultima ipotesi, quindi, riguarda esclusivamente la tutela degli interessi legittimi oppositivi e può configurarsi quando l'atto è stato eseguito ed abbia prodotto degli effetti materiali, atteso che, se l'atto non è stato eseguito, la tutela dell'interesse oppositivo è in sé poiché la sentenza di annullamento è autoesecutiva e non richiede ulteriore attività amministrativa.

In conclusione, in ragione delle norme di cui all'art. 30 sulle azioni di condanna ed all'art. 34 sulle sentenze di merito, è stata introdotta nel sistema un'azione di condanna al rilascio del provvedimento, proponibile solo congiuntamente all'azione di annullamento o all'azione avverso il silenzio in quanto non prevista dall'art. 30<sup>65[65]</sup>, ed una serie di azioni di condanna – vale a dire l'azione di condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria, l'azione di condanna al risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi e l'azione di condanna al risarcimento del danno in forma specifica *ex art. 2058 c.c.* - proponibili sia congiuntamente ad altra azione sia in via autonoma nei termini di legge.

### 2.2.5 Condanna nel rito appalti.

---

<sup>65[65]</sup> Il primo comma dell'art. 30, infatti, consente la proponibilità dell'azione risarcitoria autonoma solo nei casi di giurisdizione esclusiva ed in quelli previsti dallo stesso art. 30.

Una disciplina particolare, in tema di condanna ad un *facere* dell'amministrazione, può rinvenirsi in materia di contratti pubblici, atteso che, *ex art.* 124 del codice, l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli artt. 121, co. 1, e 122, laddove, se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto, dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato<sup>66[66]</sup>.

Ne consegue che, mentre nel previgente sistema l'aggiudicazione dell'appalto (o il subentro nello stesso) in favore del ricorrente vittorioso che avesse dimostrato in giudizio di avere titolo al bene della vita poteva ritenersi un portato dell'efficacia conformativa della sentenza e, quindi, sarebbe rientrata nell'ipotesi che prima si è qualificata di tutela del bene della vita in forma specifica, nel sistema codicistico occorre ritenere che l'aggiudicazione o il subentro possa conseguire solo ad una specifica domanda dell'interessato, da qualificare pertanto come azione di condanna, da proporre congiuntamente alla domanda di annullamento, tanto che l'art. 124, co. 2, conformemente a quanto indicato nell'ultima parte dell'art. 30, co. 3, del codice, stabilisce come la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di conseguire l'aggiudicazione ed il contratto o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, debba essere valutata dal giudice ai sensi dell'art. 1227 c.c., recante la disciplina del fatto colposo del creditore<sup>67[67]</sup>.

### 2.3 Le azioni di accertamento.

---

<sup>66[66]</sup> I primi commentatori del decreto di recepimento della direttiva ricorsi e del codice, tra cui R. De Nictolis, *op. cit.*, ed R. Politi, *Il contenzioso in materia di appalti: dal recepimento della direttiva ricorsi al codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2010, hanno rilevato che la domanda risarcitoria postula comunque l'iniziativa di parte, sebbene nella formulazione attuale del testo sia assente la locuzione "su domanda".

<sup>67[67]</sup> Secondo R. Politi, *op. cit.*, il richiamo all'art. 1227 c.c., e con esso al concorso colposo del creditore nel processo causativo dell'evento del quale venga lamentata la valenza pregiudizievole, è senz'altro opportuno, anche se la disposizione di carattere generale, contenuta nell'art. 30 del codice di rito, sebbene non recante omogeneo rinvio, è palesemente suscettibile di condurre ad analoghe conclusioni.

Le azioni di accertamento tipiche, una volta espunto dal testo del decreto legislativo la norma generale prevista nello schema predisposto dalla Commissione - secondo cui chi vi ha interesse, a condizione che non possa far valere i propri diritti o interessi mediante l'azione di annullamento o di adempimento, può chiedere l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle consequenziali pronunce dichiarative – sono disciplinate dall'art. 31 del codice e si sostanziano nell'azione finalizzata ad accertare l'obbligo dell'amministrazione di provvedere e nell'azione di nullità.

### 2.3.1 Declaratoria dell'obbligo di provvedere.

L'azione avverso il silenzio, esperibile solo a tutela di posizioni di interesse legittimo, implicanti, quindi, l'esercizio in via autoritativa di una potestà pubblica, e non se l'inerzia è serbata a fronte di un'istanza avanzata per il riconoscimento di un diritto soggettivo<sup>68[68]</sup>, può essere proposta, allo stesso modo dell'azione di condanna al risarcimento del danno da ritardo, fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento<sup>69[69]</sup>.

L'espresso riferimento all'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere rende chiaro che il ricorso avverso il silenzio è finalizzato in primo luogo alla declaratoria dell'obbligo.

La natura dell'azione, invero, è mista in quanto se, da un lato, tale declaratoria configura all'evidenza un'azione di accertamento, dall'altro, occorre anche considerare

---

<sup>68[68]</sup> *Ex multis*: Cons. St., VI, 7 gennaio 2008, n. 33; T.A.R. Lazio, Roma, III *quater*, 1° dicembre 2008, n. 12254.

<sup>69[69]</sup> F. Taormina, Brevi note sul silenzio della pubblica amministrazione, in [www.giustizia-amministrativa](http://www.giustizia-amministrativa), 2012, del tutto condivisibilmente rileva che il ricorso avverso il silenzio della pubblica amministrazione è inammissibile quando il privato domanda la tutela di un diritto soggettivo per la elementare constatazione che, laddove la posizione attiva abbia consistenza di diritto soggettivo (e sebbene sia stata devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), il rimedio del silenzio risulta inutile, il che avviene nel caso in cui il *petitum* ha per oggetto l'accertamento del diritto al riconoscimento di spettanze economiche, la cui tutela giurisdizionale si esplica in sede esclusiva attraverso una pronuncia di accertamento.

che l'art. 34, co. 1, lett. b), indica che, in caso di accoglimento del ricorso e nei limiti della domanda, il giudice ordina all'amministrazione, rimasta inerte, di provvedere entro un certo termine, per cui, sotto tale profilo, ha natura anche di azione di condanna ad un *facere*<sup>70[70]</sup>.

Nella vigenza dell'art. 2, co. 5, l. 241/1990, come modificato dalla l. 15/2005 e sostituito dall'art. 3, co. 6 *bis*, d.l. 35/2005 – il quale aveva tra l'altro previsto il potere del giudice amministrativo di conoscere della fondatezza della pretesa – la giurisprudenza aveva avuto modo di affermare che la fondatezza della pretesa poteva essere valutata soltanto nei casi di attività amministrativa interamente vincolata quando la spettanza o meno del bene della vita fosse *ictu oculi* rilevabile.

In altri termini, tale delibazione era stata ritenuta possibile nei casi di fattispecie riguardanti un'attività strettamente vincolata non richiedente particolari adempimenti istruttori<sup>71[71]</sup>.

La possibilità di esaminare la fondatezza nel caso di attività discrezionale, infatti, è evidentemente esclusa dal divieto per il giudice, in sede di cognizione, di sostituirsi all'amministrazione nella gestione ossia nell'apprezzamento dell'interesse pubblico attraverso valutazioni di convenienza o opportunità della scelta e deve essere parimenti esclusa nel caso in cui, sebbene si versi in attività amministrativa vincolata, la spettanza del bene della vita non sia immediatamente percepibile a causa della delicatezza degli interessi in gioco e, quindi, della complessità esegetica della normativa di riferimento, atteso che la *ratio* del rito camerale ed acceleratorio del giudizio sul silenzio postula la rapida soluzione della controversia, mentre non è compatibile con la definizione di questioni di maggiore complessità<sup>72[72]</sup>.

In sostanza, ove il giudice potesse spingere la propria cognizione sulla fondatezza della pretesa, vale a dire sulla spettanza del bene della vita richiesto, all'attività

---

<sup>70[70]</sup> Par tale ragione, come indicato nel paragrafo 2.2.1, la possibilità di proporre l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto contestualmente all'azione avverso il silenzio appare pleonastica.

<sup>71[71]</sup> *Ex multis*: T.A.R. Lazio, Roma, III *ter*, 18 maggio 2010, n. 11828.

<sup>72[72]</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, I, 3 aprile 2006, n. 2293.

amministrativa discrezionale, si verserebbe in un'ipotesi di giurisdizione di merito che, però, non è come tale contemplata dal legislatore ed è quindi preclusa, con la paradossale possibilità per il ricorrente di conseguire un'utilità senz'altro maggiore di quella conseguibile con l'azione impugnatoria nel caso in cui l'amministrazione, anziché rimanere inerte, abbia esercitato la propria potestà provvedimentale.

Nel solco di tale orientamento giurisprudenziale, la norma codicistica ha espressamente sancito che il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratti di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

E' pur vero che l'art. 31, co. 3, del codice aggiunge ai risultati cui la giurisprudenza era giunta in via pretoria l'ipotesi che "non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità", ma la formula appare ridondante in quanto, se non sussistono margini per l'esercizio dell'attività amministrativa discrezionale, come nel caso in cui il potere pubblico è esercitato a seguito di una pronuncia giurisdizionale che ha completamente conformato l'azione amministrativa, vuol dire che l'*agere* amministrativo si presenta al giudice adito con il ricorso avverso il silenzio come un'attività totalmente vincolata.

### 2.3.2 Declaratoria di nullità.

L'altra azione di accertamento, disciplinata dall'art. 31, co. 4, del codice, è volta alla dichiarazione delle nullità previste dalla legge - ad eccezione degli atti adottati in violazione o elusione del giudicato, che sono dichiarati nulli in sede di giudizio di ottemperanza - ed è proponibile entro il termine di decadenza di centottanta giorni, mentre può essere sempre opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice.

La previsione di un termine di decadenza per la sola parte che avrebbe interesse a proporre l'azione, termine non previsto nello schema di codice elaborato dalla

Commissione, suscita alcune perplessità, atteso in particolare che, mentre il termine di decadenza è stato fissato per la parte che ha interesse a contestare l'atto, non è stato fissato per l'amministrazione resistente, la quale potrebbe sempre invocare la nullità di un atto favorevole ad un privato, sicché le parti non sembrano poste esattamente sullo stesso piano<sup>73[73]</sup>.

### 2.3.3 Declaratoria di cessazione della materia del contendere.

Una diversa pronuncia dichiarativa, sia pure connessa ad un'azione di annullamento, può desumersi dall'art. 34, co. 5, del codice, che include tra le sentenze di merito la dichiarazione di cessata materia del contendere, la quale deve essere pronunciata qualora nel corso del giudizio la pretesa del ricorrente risulti pienamente soddisfatta.

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 soddisfattivi per il ricorrente in relazione alla pretesa sostanziale sottesa alla domanda di annullamento<sup>74[74]</sup>.

La sentenza in tal caso, nell'accertare che il provvedimento impugnato, originariamente lesivo, è stato rimosso o è inefficace, è idonea a fare stato tra le parti non solo con riferimento all'improcedibilità del ricorso, altrimenti sarebbe una mera pronuncia di rito, ma anche, e perciò è qualificata come sentenza di merito, riguardo alla

---

<sup>73[73]</sup> R. Chieppa, Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2010, cit., evidenzia che il sistema non è chiaro e non sembra essere simmetrico in quanto l'atto nullo è inefficace di diritto, mentre nella previsione codicistica, da un lato, decorsi centottanta giorni, l'invalidità non può essere fatta valere da chi ha interesse a contestare l'atto, dall'altro, se la stessa nullità è invocata dall'amministrazione per sottrarsi all'applicazione di un atto nullo favorevole ad un privato, non vi è alcun termine di decadenza per far valere il vizio.

<sup>74[74]</sup> V. Caianiello, op. cit. pagg. 499 e ss., evidenzia lucidamente la possibile rilevanza extraprocessuale di effetti prodotti da pronunzie formalmente processuali, tra cui, prima dell'innovazione codicistica, era da includere la pronuncia di cessazione della materia del contendere.

causa di tale improcedibilità, vale a dire alla sopravvenuta rimozione o inefficacia dell'atto, ormai non più lesivo in quanto non può essere portato ad esecuzione dall'amministrazione né idoneo ad essere posto a base di successivi provvedimenti o comportamenti della stessa; analogamente, ove sia stato dedotto un interesse pretensivo, l'accertamento idoneo a fare stato tra le parti è compiuto con riferimento all'adozione del provvedimento attributivo del bene della vita richiesto.

Ne consegue che, per l'efficacia preclusiva propria di ogni accertamento, il giudicato di cessazione della materia del contendere, in caso di interesse oppositivo, potrebbe essere sempre opposto all'amministrazione che, dopo la pronuncia giurisdizionale, intendesse comunque portare ad esecuzione il provvedimento ritenuto inefficace o rimosso ovvero porre lo stesso quale presupposto di un ulteriore esercizio del potere, così come, nell'ipotesi di interesse pretensivo, potrebbe essere sempre invocato, anche con la proposizione del giudizio di ottemperanza, qualora l'amministrazione non intendesse portare ad esecuzione il provvedimento ampliativo adottato.

Per altro verso, la peculiarità della dichiarazione di cessata materia del contendere, in quanto espressamente inclusa tra le sentenze di merito, è 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.

#### 2.3.4 L'azione generale di accertamento.

L'azione generale di accertamento non ha ricevuto una espressa disciplina nel codice sebbene fosse stata prevista nello schema predisposto dalla Commissione la relativa norma.

La positivizzazione dell'azione di accertamento della posizione di interesse legittimo, finalizzata nello schema del codice a risolvere incertezze relative all'esercizio di pubblici poteri con l'individuazione della regola concretamente posta dal

provvedimento amministrativo, avrebbe fornito una compiuta risposta all'esigenza del cittadino di avere certezza del perimetro di efficacia del provvedimento.

Con la proposizione dell'azione meramente dichiarativa, infatti, la parte tende esclusivamente a procurarsi la certezza giuridica di fronte ad uno stato di incertezza che gli è pregiudizievole, per cui il relativo bisogno di tutela giurisdizionale è soddisfatto dalla immutabilità dell'accertamento contenuto nella sentenza, in modo che l'interesse legittimo del ricorrente trovi una compiuta tutela nella mera affermazione della sussistenza della pretesa fatta valere<sup>75[75]</sup>.

La dottrina più attenta, peraltro, ha da tempo posto in evidenza che talvolta, anche in presenza di un processo che nasce da un'azione di annullamento, si manifesta l'esigenza di pronunce con valore dichiarativo.

Tali sono, ad esempio, le ipotesi in cui l'impugnativa di un atto si conclude con una sentenza di inammissibilità per l'assenza di ogni effetto lesivo attuale derivante al ricorrente dall'atto impugnato; in tal caso la sentenza, sia pure in astratto sfavorevole per il ricorrente, è in concreto per lo stesso soddisfattiva.

La possibilità di proporre un'azione di accertamento e di ottenere una pronuncia dichiarativa, idonea a passare in giudicato, potrebbe in queste situazioni garantire al ricorrente, titolare di un interesse legittimo oppositivo, la preclusione per l'amministrazione di dare esecuzione al provvedimento nei suoi confronti, effetto sostanziale che, con riferimento al caso in cui in corso di giudizio il provvedimento sia rimosso, si è ora raggiunto con l'inclusione della sentenza di cessata materia del contendere tra le sentenze di merito, idonee a fare stato tra le parti.

E' stato posto in rilievo che, con riferimento alla tutela di accertamento, il testo codicistico non ha fatto quel "salto in avanti" che pure avrebbe trovato giustificazione

---

<sup>75[75]</sup> Cfr. TAR Lombardia, Milano, IV, 4 settembre 2012, n. 2220, secondo cui deve distinguersi tra l'accertamento compiuto dal giudice a fronte dell'esperimento di azioni costitutive o di condanna, ciò che rappresenta il momento cognitivo della sussistenza dei presupposti per l'emissione della sentenza, e le azioni di mero accertamento, volte cioè ad eliminare uno stato di incertezza, che di per sé è idoneo a garantire la soddisfazione della situazione giuridica dedotta in giudizio, a prescindere da qualsiasi ulteriore statuizione.



nella lettura e nella ratio dell'art. 44 l. n. 69 del 2009 chiaramente orientate ad assicurare – anche e, forse, soprattutto, mediante la disciplina delle pronunce dichiarative – l'effettività della tutela; insomma, come annotato da autorevole dottrina, il testo del codice non ha effettuato il “cambio di paradigma” descritto da Garcia de Enterría<sup>76[76]</sup>.

Peraltro, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la richiamata sentenza 29 luglio 2011, n. 15, ha rimarcato che la mancata previsione, nel testo finale del codice, di una norma esplicita sull'azione generale di accertamento, non è sintomatica della volontà legislativa di sancire una preclusione di dubbia costituzionalità, ma è spiegabile, anche alla luce degli elementi ricavabili dai lavori preparatori, con la considerazione che le azioni tipizzate, idonee a conseguire statuizioni dichiarative, di condanna e costitutive, consentono di norma una tutela idonea ed adeguata che non ha bisogno di pronunce meramente dichiarative, in cui la funzione di accertamento non si presenta strumentale all'adozione di altra pronuncia di cognizione, ma si presenta, per così dire, allo stato puro, vale a dire senza sovrapposizione di altre funzioni.

Ne consegue, ha sostenuto il massimo consesso della giustizia amministrativa, che, ove le azioni tipizzate non soddisfino in modo efficiente il bisogno di tutela, l'azione di accertamento atipica, se sorretta da un interesse ad agire concreto ed attuale *ex art. 100 c.p.c.*, risulta praticabile in forza delle coordinate costituzionali e comunitarie richiamate dallo stesso art. 1 del codice, oltre che dai criteri di delega di cui all'art. 44 l. n. 69 del 2009<sup>77[77]</sup>.

---

<sup>76[76]</sup> M. Calveri, La tutela di accertamento dell'interesse legittimo e il codice del processo amministrativo: occasione mancata?, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2012, che richiama F.G. Scoca, intervento presso il Consiglio di Stato del 19 maggio 2010, il quale fa evidentemente riferimento ad un noto libro del grande giurista spagnolo “Le trasformazioni della giustizia amministrativa. Un cambio di paradigma?”, Milano, 2007.

<sup>77[77]</sup> L'Adunanza Plenaria n. 15 del 2011 ha ritenuto che l'azione di accertamento sia implicitamente ammessa dall'art. 34, co. 2, c.pa., secondo cui “in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”, considerato che detta disposizione intende evitare, in omaggio al principio di separazione dei poteri, che il giudice si sostituisca all'amministrazione esercitando una cognizione diretta dei rapporti amministrativi non ancora sottoposti al vaglio della stessa, per cui non può che operare per l'azione di accertamento, per sua natura caratterizzata da tale rischio di indebita ingerenza, visto che le altre azioni tipizzate dal codice sono per definizione dirette a contestare l'intervenuto esercizio od omesso esercizio del potere.

La dottrina ha avuto modo di sostenere sul punto che, a seguito della penetrazione dei cogenti precetti costituzionali e CEDU, la parola tipicità è scomparsa dal vocabolario del processo amministrativo, in quanto incompatibile con la parola effettività<sup>78[78]</sup>.

La matrice sostanziale dell'interesse legittimo, in definitiva, ne evidenzia la preesistenza logica ed ontologica rispetto alle relative tecniche di tutela e l'estensione nei suoi riguardi del principio di naturale atipicità del diritto di azione, espressione della fisiologica strumentalità del processo alla tutela delle posizioni soggettive in esso dedotte, vale a dire del carattere strumentale del processo rispetto al diritto sostanziale.

La tesi favorevole all'introduzione nel nostro sistema di un'azione di accertamento quando questa si rivela maggiormente confacente alla lesione lamentata è stata seguita anche di recente dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza 31 gennaio 2012, n. 472.

Sulla base di tale traiettoria argomentativa, è possibile condividere che il sistema processuale amministrativo è ormai aperto all'esperimento di azioni di mero accertamento, tese ad ottenere pronunce dichiarative in ordine a situazioni di fatto e di diritto, ammissibili quando ricorra una *res dubia* e sussista l'interesse alla sua chiarificazione<sup>79[79]</sup>.

La scelta codicistica di non tipizzare l'azione generale di accertamento, in conclusione, pone davanti ad un bivio, e cioè se ritenere che l'esclusione della stessa e delle relative tipologie di pronunce giurisdizionali determini l'inammissibilità di un'azione autonoma accertativa volta alla tutela di una posizione di interesse legittimo,

---

<sup>78[78]</sup> F. Caringella, op. cit., sostiene che non si può accedere ad una visione tutta processualistica dell'interesse legittimo, secondo cui la tipicità delle azioni proponibili e delle sentenze conseguentemente pronunciabili finisce per frustrare i bisogni di tutela non efficacemente placabili con dette azioni e, quindi, per incidere negativamente, dimidiandola, sulla struttura della posizione soggettiva, laddove, a fronte di un interesse legittimo che vede al centro della sua architettura il bene della vita o, meglio, l'interesse materiale ad un bene della vita, devono essere esperibili tutte le azioni che siano necessarie per tutelare in concreto l'interesse sostanziale.

<sup>79[79]</sup> La tesi è esposta anch'essa in F. Caringella, op. cit., il quale cita, come esempi, l'azione di accertamento dell'avvenuta formazione del silenzio-assenso ove vi sia una contestazione sul punto da parte della pubblica amministrazione o di terzi, ovvero, sempre in caso di dubbio legato all'altrui condotta, l'azione di accertamento in merito all'edificabilità di un suolo a causa della non piena utilizzazione della volumetria assentibile.

con conseguente impossibilità della relativa pronuncia dichiarativa, ovvero se ritenere la stessa, come sembra più ragionevole in omaggio al principio di effettività della tutela, comunque ammissibile nelle ipotesi in cui la posizione sostanziale di interesse legittimo non potrebbe essere pienamente soddisfatta con una diversa azione.

D'altra parte, occorre considerare che il potere di accertamento del giudice è connaturato al concetto stesso di giurisdizione, tanto che nel processo civile, così come nel processo amministrativo quando, nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva, sia dedotta in giudizio una posizione di diritto soggettivo, la relativa azione è pacificamente ammessa.

### 3. Considerazione conclusiva.

La giustizia amministrativa, negli oltre centoventi anni trascorsi dalla istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, ha attraversato molte e variegate stagioni.

Il giudice amministrativo è chiamato oggi ad una notevole attività esegetica per l'applicazione delle norme codicistiche, nella consapevolezza di poter e dover rendere un migliore servizio giustizia nei rapporti tra cittadini e pubblici poteri<sup>80[80]</sup>.

Hermann Hesse, celebrato in questi giorni per il novantesimo anniversario della pubblicazione di "Siddharta", nella sua opera "Le stagioni della vita" narra la storia del divenire uomo attraverso i tortuosi sentieri dell'esistenza, descrivendo un essere costantemente in transito attraverso gli spazi e il tempo.

La codificazione ha raccolto l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale di oltre un secolo e muove verso l'effettività della tutela, aprendo così una nuova stagione: ora sta a noi operatori del diritto cercare di renderla migliore delle altre.

---

<sup>80[80]</sup> P. de Lise, Verso il codice del processo amministrativo, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2010, secondo cui la peculiarità del testo è che esso mostra la propensione a costituire una raccolta normativa che funga non tanto da "punto di arrivo", ma da "punto di partenza" per la giurisprudenza successiva, nel senso che sono state messe a frutto le conquiste giurisprudenziali, codificandole in un testo che, da un lato, valga a risolvere problemi che vanno al di là di quanto sia consentito agli interventi giurisprudenziali, dall'altro, fornisca una base solida, ma al contempo flessibile e aperta, per ulteriori conquiste della giurisprudenza.

*Roberto Caponigro*  
Consigliere TAR Lazio

---