

TAR Lombardia – Milano, 24 ottobre 2013, n. 2367 — Pres. Mariuzzo — Est. Simeoli — Radio Italia S.p.A. (avv. Amiconi, Corbò) c. Comune di Milano (avv. Surano, Ammendola, Pezzullo) e altri.

Codice del processo amministrativo - Azioni di cognizione - Azione di annullamento.

Ai fini della conversione dell'azione di annullamento in mero accertamento, occorre che vi sia una esplicita istanza di parte: l'art. 34, comma 3, c. proc. amm., va infatti interpretato nel senso che occorre una espressa "manifestazione" di interesse del ricorrente a fini risarcitori (e non l'oggettivo riscontro di esso da parte del giudice).

FATTO e DIRITTO. — 1. I. La società Radio Italia S.p.A., con ricorso depositato il 4 novembre 2003, aveva impugnato il provvedimento (meglio specificato in epigrafe) del 25.7.03, con il quale il Comune di Milano le aveva intimato l'immediata sospensione dell'attività dell'impianto operante dal sito grattacielo Breda (su frequenza 98.400 MHz), nonché l'atto del 14.1.02 dell'A.R.P.A., recante il parere tecnico negativo ex art. 7 della L.r. n. 11/2001, relativo allo stesso impianto radiofonico di Radio Italia Solo Musica Italiana, chiedendone l'annullamento, previa sospensiva. Nel dettaglio, l'istante aveva lamentato la violazione ed errata applicazione della L.r n. 11/01 e dell'art. 2, comma 1, della L. 66/01, oltre che l'eccesso di potere derivante da grave inadempimento, e sotto altro profilo, per interferenza indebita.

I.1. Si erano costituiti in giudizio il Comune di Milano, il Ministero delle Comunicazioni e, quale interveniente *ad opponendum*, la società Monte Stella s.r.l., tutti chiedendo tutti il rigetto del ricorso.

I.2. Chiamato a decidere l'istanza cautelare, in data 20.11.03, il Tribunale, *"ritenuta, almeno da una prima delibazione del gravame, l'infondatezza del medesimo, in considerazione del superamento dei limiti di legge concernenti le emissioni elettromagnetiche da parte dell'impianto in questione"*, aveva respinto la domanda di sospensione.

I.3. Con decreto n. 1993/12, il Tribunale ha dichiarato la perenzione del ricorso. Sennonché, Radio Italia, in data 8.10.12, ha notificato alle parti la dichiarazione ai sensi del secondo comma dell'art. 1, Titolo I, All. 3 del d.lgs. 104/10, dichiarando di avere ancora interesse alla trattazione della causa. Con decreto decisorio n. 3610/12, il decreto di perenzione è stato, quindi, revocato.

I.4. La causa è stata discussa in pubblica udienza alla data del 24 aprile 2013 e, poi, decisa con sentenza definitiva all'esito della successiva camera di consiglio del 26 giugno 2013. Di seguito le motivazioni rese nella forma redazionale semplificata di cui all'art. 74 c.p.a.

II. Il ricorso è divenuto improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

II.1. Come è noto, il ricorso va dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse quando il processo non possa per qualsiasi motivo produrre un risultato utile per il ricorrente. Tale situazione, in particolare, si verifica per effetto del mutamento della situazione di fatto e di diritto dedotta in sede di ricorso, rendendo priva di qualsiasi residua utilità giuridica, ancorché meramente strumentale o morale, una pronuncia del giudice adito sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio. L'istituto è una manifestazione del principio di unilateralità che regge il processo amministrativo posto a tutela delle posizioni soggettive appartenenti a chi ha introdotto il giudizio, rispetto

alle quali gli interessi della parte resistente assumono rilevanza solo in funzione di contrasto della pretesa azionata. Ne consegue che, venuto meno l'interesse del ricorrente alla pronuncia di merito, il giudizio non può proseguire nel solo interesse della parte resistente alla decisione di rigetto. L'istituto processuale in questione, di notoria derivazione pretoria, è ora espressamente previsto nell'art. 35 c.p.a.

II.2. Nella specie, il provvedimento impugnato era stato emesso a seguito della comunicazione del parere negativo del 14.1.2002 espresso dall'ARPA, ai sensi dell'art. 7 della L.r. 11/2001, sull'istanza di Radio Italia solo Musica Italiana di autorizzazione all'attività relativa all'impianto radiofonico operante dal grattacielo "Breda"; ciò in ragione del superamento del livello di 6 V/m fissato dal D.M. 381/98 e poi dal DPCM 8.7.2003. Il Comune resistente, a questo punto, aveva emanato, in data 25.07.2003, l'impugnato provvedimento di sospensione.

II.3. Sennonché, ben dopo la proposizione del ricorso, il sito del grattacielo Breda è stato bonificato. La stessa società ricorrente dà atto della proficua collaborazione, instauratasi tra i competenti enti e le imprese coinvolte, volta al risanamento del sito, ove è tuttora ubicato e in esercizio l'impianto radiodiffusivo di Radio Italia sulla frequenza 98.400 MHz. In particolare, si deduce che la società S.I.T. Società Impianti televisivi s.p.a., all'epoca proprietaria della postazione in questione, ha realizzato una completa bonifica del sito, sia dal punto di vista ambientale che estetico, onde consentire il pacifico e indisturbato mantenimento delle risorse radioelettriche ivi allocate. All'uopo, la S.I.T., in data 3.9.03, depositava presso il Comune di Milano la denuncia di inizio attività per la ristrutturazione di infrastrutture al servizio dell'impianto di tele-radio-comunicazioni esistente, con sostituzione dei supporti di antenna *"obsoleti e ammalorati ... al fine di creare supporti di antenna tali da consentire una riduzione dei livelli di campo elettromagnetico"*. Il Comune di Milano, con nota del 24.2.04, a seguito dell'incontro tenutosi il 20.1.04 con i gestori coinvolti, invitava questi ultimi a promuovere un accordo globale, in funzione della realizzazione tecnica di un piano di risanamento conforme alle normative vigenti in materia di tutela dall'inquinamento elettromagnetico. L'ARPA Lombardia, con nota del 24.2.05, in relazione al piano di bonifica presentato da S.I.T. in data 23 giugno 2004 e integrato in data 10 febbraio 2005, comprendente, tra le altre emittenti, anche "Radio Italia (98.4 MHz)", esprimeva, per quanto di competenza, il proprio parere favorevole. Tra il mese di dicembre 2005 e gennaio 2006, i lavori di risanamento sono giunti a termine. Successivamente al risanamento, osserva ancora il ricorrente, non è stato più rilevato dai competenti organi alcun superamento degli obiettivi di qualità e, pertanto, la problematica legata all'inquinamento elettromagnetico deve considerarsi definitivamente risolta.

II.4. Tanto premesso, non è condivisibile l'opinione della ricorrente secondo cui, non essendo seguito alcun provvedimento di revoca dell'avviso di sospensione impugnato, quest'ultimo rimarrebbe sprovvisto di qualsiasi presupposto e fondamento e, in quanto tale, dovrebbe senz'altro essere annullato. Difatti, il realizzato piano di risanamento costituisce una circostanza sopravvenuta che, di per sé, non può ridondare retrospettivamente nella illegittimità (sopravvenuta) del provvedimento impugnato, in quanto esso non cancella il dato (per così dire) storico per cui sul sito, oggetto di verifiche da parte dei competenti organi all'epoca dei fatti, erano stati riscontrati campi elettromagnetici non conformi agli obiettivi di qualità di cui alla vigente disciplina di settore. Semmai, la sopravvenienza in discorso potrebbe radicare (ove mai vi fosse una disputa in tale senso con l'amministrazione comunale) l'eventuale pretesa a che si

adottino tutti gli atti conseguenti al fatto che l'impianto risulta oramai inserito in un contesto radioelettrico riconosciuto (dall'A.R.P.A. e dalla stessa Amministrazione comunale) come non inquinante.

II.5. In definitiva, il mutato contesto di esposizione inquinante dell'impianto per cui è causa ha fatto venir meno ogni interesse alla decisione. Al Tribunale non resta che prendere atto delle vicende sopravvenute rispetto alla proposizione del ricorso e, di conseguenza, dichiarare l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, atteso che l'eventuale accoglimento del ricorso non potrebbe garantire alcuna concreta ulteriore utilità alla società ricorrente.

III. Dichiarata l'improcedibilità della domanda originaria, non sussistono, dopo attenta riflessione del Collegio, i presupposti per proseguire il giudizio ai soli fini dell'accertamento autonomo della asserita illegittimità dell'atto. Sono necessari i seguenti chiarimenti.

III.1. L'art. 34, comma 3, c.p.a. dispone che, qualora 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". Espressamente, dunque, il codice di rito contempla la possibilità di una azione di mero accertamento, con tale espressione intendendosi le ipotesi in cui l'accertamento, anziché limitarsi a momento logico propedeutico al giudizio sulle altre azioni di cognizione (di condanna e costitutiva), esaurisce in sé lo scopo del processo. Con la particolarità che qui l'incisione della situazione giuridica sostanziale non consiste nella condizione di incertezza, obiettiva e pregiudizievole, originata dalla contestazione di controparte, che si intende con l'azione di mero accertamento eliminare. L'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.), piuttosto, è integrato dalla necessità di economizzare un giudizio già instauratosi (ma destinato a concludersi in rito, per via di sopravvenienze), deragliandone il percorso in funzione dell'accertamento di una parte (quella riferita alla illegittimità dell'atto) dei fatti costitutivi necessari ai fini dell'accoglimento della (eventuale) azione risarcitoria (in sostanza, dall'annullamento dell'atto si passa ad una sentenza generica su di una frazione dell'*an* della pretesa risarcitoria).

III.2. Ciò premesso, la norma ha suscitato i seguenti interrogativi: se si tratta di un potere ufficioso del giudice che non abbisogna di alcuna iniziativa di parte, potendo l'interesse risarcitorio essere desunto finanche in via presuntiva; se, per contro, occorra una espressa domanda di parte per proseguire il giudizio; se occorra, ai medesimi fini, anche la contestuale proposizione di una domanda risarcitoria. In disparte quest'ultima opzione, pure proposta in giurisprudenza, ma che non può essere sin da subito condivisa semplicemente perché (con tutta evidenza) renderebbe la disposizione in commento priva di autonoma portata precettiva, l'alternativa sopra esposta richiede una attenta riflessione.

III.3. In prima battuta, deve precisarsi che l'ipotesi prefigurata dall'art. 34, comma 3, non concreta una mera riqualificazione della domanda originaria. In quest'ultimo caso, infatti, il giudice è chiamato soltanto ad una operazione di interpretazione giuridica della domanda originaria, alla stregua del contenuto effettivo della pretesa. Limitandosi il giudice a farsi mentore della volontà soggettiva dell'istante, l'allineamento delle formule utilizzate al contenuto sostanziale della domanda, non si pone in conflitto con il principio di disponibilità della tutela giurisdizionale. Non a caso, del tutto coerentemente, l'art. 32, comma 2, c.p.a. (secondo cui il giudice qualifica l'azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali), lo configura come potere prettamente ufficioso.

III.4. Il passaggio dall'azione di annullamento a quella di mero accertamento, per contro, determina una modificazione (non degli effetti processuali della domanda originaria, bensì) degli effetti sostanziali scaturenti dal giudicato. Se, tuttavia, non può parlarsi di domanda implicita (ovvero contenuta in quella di annullamento), neppure siamo in presenza di una "mutatio libelli". Per tale via, infatti, non viene introdotta una pretesa obiettivamente diversa da quella originaria; il mero accertamento dei vizi, in luogo dell'annullamento, non introduce né un "petitum" diverso e più ampio, né una "causa petendi" fondata su fatti costitutivi differenti. Piuttosto (stando alle classificazioni tradizionali), deve parlarsi di mera "emendatio", la quale non pone al giudice un nuovo tema d'indagine e neppure sposta i termini della controversia, ma si concreta esclusivamente nella variazione in senso riduttivo del petitum originario, al fine di renderlo adeguato alle sopraggiunte necessità di soddisfacimento del bisogno di tutela: in definitiva, modificandosi l'utilità perseguita (l'oggetto mediato trascorre dalla tutela specifica a quella per equivalente) in relazione alla originaria richiesta di provvedimento giurisdizionale (oggetto immediato), quest'ultimo viene soltanto variato nella sua estensione.

III.5. Tale fenomeno di specificazione della domanda sembra, dunque, più prossimo alla seconda parte dell'art. 32, comma 2 (alla cui stregua: "Sussistendone i presupposti il giudice può sempre disporre la conversione delle azioni"). Tale disposizione (ove, non se ne circoscrive il significato a mero risultato della operazione di qualificazione, risolvendosi, dunque, anche la conversione in un portato della qualificazione della domanda), a differenza della prima parte dello stesso comma, richiede la verifica della sussistenza dei relativi presupposti. Orbene, scontata la necessità che ricorrano i presupposti di esistenza e perseguibilità del giudizio fino alla decisione di merito, ritiene il Collegio che, tra i presupposti della conversione dell'azione di annullamento in mero accertamento, occorra una esplicita istanza di parte. Si vuole, in altre parole, interpretare l'art. 34, comma 3, nel senso che occorra una espressa "manifestazione" di interesse del ricorrente a fini risarcitori (e non l'oggettivo riscontro di esso da parte del giudice). Ciò per i seguenti motivi.

III.6. In primo luogo, tale espressa manifestazione di interesse rientra tra i presupposti della tutela giurisdizionale contenziosa di mero accertamento: difatti, considerato che il processo non può essere utilizzato in vista della mera previsione di possibili effetti pregiudizievoli per la parte, occorre che la parte prospetti l'esigenza concreta di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile.

Inoltre, per quanto la domanda originaria risulti mutata soltanto in senso riduttivo, occorre sottolineare che, tra la dichiarazione di improcedibilità ed il mero accertamento della fondatezza dei vizi, non vi è alcuna continenza effettuale, ben potendo la parte preferire (ai fini, ad esempio, delle spese processuali) la chiusura in rito del giudizio ad una pronuncia che (se negativa) potrebbe rivelarsi per la parte in vario modo controproducente.

Avuto riguardo, poi, alla esigenza di economia dei giudizi, contraddice frontalmente il principio di ragionevole durata che il giudice, in mancanza (non della dimostrazione, ma quantomeno) della seria prospettazione di un danno, sia sempre e comunque obbligato a procedere in via di extrapetizione, rischiando di portare a compimento un giudizio non sorretto da alcuna sostanziale "pretesa".

La conversione ufficiosa si pone, poi, in spregio al principio della domanda (di cui all'art. 112 c.p.c., operante nel processo amministrativo in forza dell'art. 39 c.p.c.), a sua volta correlato ai canoni di imparzialità e terzietà del giudice; ciò tenuto peraltro

conto che, nel processo civile, la precisazione della domanda richiede l'indefettibile iniziativa di parte (cfr. art. 183, c.p.c.).

La manifestazione espressa di interesse alla prosecuzione del giudizio (la quale, è utile precisare, salvo il caso in cui sia formulata nel ricorso introduttivo in via subordinata, non abbisogna di atto notificato, considerato che trattasi di mera precisazione della domanda originaria), invero, consente anche il rispetto del contraddittorio (formatosi sulla sola domanda originaria).

III.7. Da ultimo, non è utile rimarcare che, a risultati sostanzialmente non diversi, si giungerebbe, pure considerando la conversione in discorso quale espressione del potere ufficioso del giudice; ciò qualora (come sarebbe doveroso) si osservassero le formalità di cui all'art. 73, comma 3, c.p.a. (in ragione del quale, il giudice deve indicare la questione in udienza, dandone atto a verbale). In quella sede, infatti, il giudice dovrebbe comunque sollecitare una manifestazione di interesse della parte che, ove mancante, precluderebbe comunque al giudice di procedere all'accertamento autonomo.

IV. Residua la questione delle spese di lite, per le quali sussistono giusti motivi d'integrale compensazione, attese le ragioni di sopravvenuto risanamento che hanno determinato la chiusura in rito del giudizio.

P.Q.M. Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (sez. I), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse. Le spese di lite sono integralmente compensate tra le parti.

Declaratoria di illegittimità del provvedimento ai fini risarcitori: potere del giudice o onere della parte?

Abstract. Il TAR per la Lombardia prende posizione sul dibattito in ordine agli esatti presupposti applicativi della disposizione di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a., avente ad oggetto la pronuncia dichiarativa della illegittimità del provvedimento nell'ipotesi nella quale al ricorrente non risulti più utile la sentenza di annullamento. L'articolata argomentazione fatta propria dalla sentenza in commento offre lo spunto per verificare se, davvero, la fattispecie sia qualificabile in termini di azione di mero accertamento e per vagliare, di conseguenza, se sia realmente necessaria al fine della relativa operatività la manifestazione di un ulteriore interesse da parte del ricorrente, diverso da quello che sorregge la richiesta di caducazione del provvedimento.

SOMMARIO: 1. Il caso di specie. — 2. Tutela di mero accertamento e processo amministrativo. — 3. Mero accertamento, accertamento e accertamento del rapporto. — 4. La declaratoria di illegittimità del provvedimento nella giurisprudenza anteriore e successiva all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo — 5. Il percorso argomentativo fatto proprio dalla pronuncia commentata: riflessioni critiche. — 6. Conclusioni.

1. Il caso trattato dalla pronuncia può così riassumersi. La ricorrente, emittente radiofonica, lamentava l'illegittimità del provvedimento con il quale il Comune di Milano le aveva ordinato l'immediata sospensione dell'attività a seguito di parere tecnico negativo reso dall'A.R.P.A. in ordine al superamento dei limiti di legge concernenti le emissioni elettromagnetiche da parte del proprio impianto. Respinta

l'istanza cautelare, il Tribunale dichiarava la perenzione del ricorso, ma il decreto veniva revocato a seguito della persistenza di interesse alla decisione dell'impugnativa manifestata da parte della ricorrente. La causa perveniva dunque in decisione, ma, lungi dall'essere decisa nel merito, veniva definita con una sentenza di rito dichiarativa della sopravvenuta carenza di interesse. Ed invero, ad opinare del collegio, la sopravvenienza rappresentata dalla radicale trasformazione dei luoghi conseguente all'opera di completa bonifica e di risanamento del sito ove insisteva l'impianto radiofonico, con correlato ripristino degli standard elettromagnetici normativamente previsti, aveva fatto venire meno ogni interesse – anche solo morale o meramente strumentale – alla decisione del gravame, non potendo l'eventuale accoglimento di quest'ultimo determinare alcuna concreta utilità per la parte istante. Veniva a questo punto in luce la questione della possibile prosecuzione del giudizio finalizzata all'adozione di una pronuncia di accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato, prodromica alla proposizione di una futura domanda di condanna risarcitoria. Questione risolta in senso negativo dal Tribunale meneghino, attesa la ravvisata impossibilità di procedere *ex officio* all'emissione di una sentenza meramente dichiarativa dei vizi del provvedimento gravato.

2. Quella dell'ammissibilità della tutela di mero accertamento nel processo amministrativo (1) costituisce una delle più dibattute tematiche che hanno impegnato la giurisprudenza e la dottrina lungo l'arco degli ultimi sessant'anni.

La sua stessa configurabilità finanche nei confini della giurisdizione esclusiva è stata a lungo relegata entro ambiti angusti. Ed invero, per lungo tempo, la giurisprudenza amministrativa, ancorché si versasse in controversie sopra diritti soggettivi, ha negato di poter somministrare una tutela di tipo puramente dichiarativo. Infatti, anche in tali casi, il processo amministrativo rimaneva rivolto a provocare, attraverso l'annullamento dell'atto negativo, espresso o tacito, o mediante la dichiarazione del diritto soggettivo del ricorrente, l'emanazione di un atto amministrativo, positivo, speciale e concreto a vantaggio dell'istante (2). *A fortiori*, tale

(1) La letteratura è assai vasta in proposito. Senza alcuna pretesa di esaustività possono citarsi i seguenti contributi: E. GUICCIARDI, *Sentenze dichiarative del giudice amministrativo?*, in *Giur. it.*, 1951, III, 121; E. CASETTA, *Osservazioni sull'ammissibilità di decisioni di mero accertamento da parte del giudice amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1952, I, 146; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 1-117; V. CAIANIELLO, *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Foro amm.*, 1980, 851; G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980; B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983, 93 ss.; G. ABBAMONTE, *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio di legittimità e di ottemperanza*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, 1988, 853; P. STELLA RICHTER, *Per l'introduzione dell'azione di mero accertamento nel giudizio amministrativo*, *ibid.*, III, 853; E. FERRARI, *Decisione giurisdizionale amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, 1989, 533; V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e pienezza di giurisdizione*, in questa *Rivista*, 1989, 636; G. GRECO, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, *ibid.*, 1992, 481; B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989; S. MURGIA, *Crisi del processo amministrativo e azione di accertamento*, in questa *Rivista*, 1996, 244; B. TONOLETTI, *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, *ibid.*, 2002, 593; L. R. PERFETTI, *art. 26 l. TAR (commento)*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa* (a cura di A. Romano-R. Villata), Padova, 2009, 875 ss.

(2) Cfr. Cons. St., Ad Plen., 26 ottobre 1953, n. 17, in *Cons. St.*, 1953, I, 865; *Id.*, sez. V, 14 febbraio 1964, n. 203, in *Giust. civ.*, 1964, II, 81. Come è stato significativamente osservato (B.

logica veniva estesa al problema del mero accertamento nella giurisdizione di legittimità (3).

Siffatta impostazione è stata successivamente scardinata, con riferimento alla giurisdizione esclusiva, attraverso l'accettazione del principio secondo cui i diritti soggettivi la cui cognizione è devoluta al giudice amministrativo devono godere della stessa tutela loro accordata davanti al giudice ordinario (4).

Per vero, l'azione di mero accertamento, sebbene avesse trovato generale cittadinanza entro l'alveo della giurisdizione esclusiva con riferimento ai diritti soggettivi, rimaneva, nei fatti, confinata pressoché unicamente alle controversie in materia di pubblico impiego, nonché a quelle inerenti alla formazione del silenzio assenso, specialmente in materia di concessione edilizia (5).

Mentre il legislatore avvertiva la necessità dell'emanazione di una riforma organica che introducesse, tra l'altro, una generale azione di accertamento nel processo

TONOLETTI, cit., 607), l'azione di accertamento non era ritenuta esperibile perché il processo amministrativo era considerato come strumento di controllo a posteriori dell'azione amministrativa. Il ricorrente poteva agire non già per ottenere direttamente il bene della vita, bensì per ottenere dall'amministrazione l'emanazione dell'atto che glielo attribuisse: di tal che l'azione di mero accertamento era impraticabile perché avrebbe assicurato quel risultato diretto che invece poteva essere realizzato solo indirettamente, attraverso l'azione contro il silenzio rifiuto dell'amministrazione, la quale, coerentemente, era limitata all'accertamento dell'illegittimità dell'omissione, con esclusione di qualsivoglia possibilità per il giudice di sostituirsi all'amministrazione nella determinazione del contenuto dell'atto (*Id.*, Ad. Plen., 3 maggio 1960, n. 8, in *Giur. it.*, 1960, III, 257, con nota di E. GUICCIARDI). La dottrina, peraltro, mostrava già delle concrete aperture verso il principio di atipicità delle azioni nel giudizio amministrativo (M. S. GIANNINI-A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 229 ss.; F. G. SCOCA, *Sulle implicazioni di carattere sostanziale dell'interesse legittimo*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, cit., III, 669 ss.), che avrebbero portato in seguito a teorizzare che l'interesse legittimo potesse essere oggetto di azione di mero accertamento anche in assenza di una espressa previsione normativa (G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, cit.).

(3) Cfr. TAR Piemonte, 30 novembre 1977, n. 554, in *Trib. amm. reg.*, 1978, I, 109.

(4) Cons. St., Ad. Plen., 26 ottobre 1979, n. 25, in *Riv. amm.*, 1979, 881. Il Consiglio di Stato (*Id.*, sez. VI, 15 maggio 1984, n. 261, in *Giur. it.*, 1985, III, 1, 102) ha poi espressamente affermato l'ammissibilità dell'azione di mero accertamento per la tutela di diritti soggettivi in giurisdizione esclusiva negli stessi limiti in cui essa è ammessa nel giudizio civile e, dunque, tanto che si tratti di diritti patrimoniali quanto non patrimoniali (cfr. *inter multis* Cons. St., sez. V, 12 marzo 1992, n. 203, in *Riv. amm.*, 1992, 565).

(5) Con soluzioni non sempre univoche e che anzi dimostravano, *in subiecta materia*, una perdurante refrattarietà da parte del giudice amministrativo all'ammissione dell'azione di mero accertamento a tutela di diritti soggettivi in presenza di atti autoritativi della pubblica amministrazione. Ad esempio, il Consiglio di Stato, trovandosi a giudicare su di un caso in cui l'amministrazione si era espressa negativamente sull'istanza di concessione edilizia successivamente allo spirare del termine per la formazione del silenzio-assenso, con determinazione non tempestivamente impugnata dall'interessato, ha smentito la ricostruzione operata dal giudice di primo grado, secondo il quale l'azione poteva qualificarsi come di mero accertamento rispetto all'intervenuta consolidazione dello *ius aedificandi*, invocando l'argomento processuale del divieto per il giudice amministrativo di disapplicare atti autoritativi dell'amministrazione (Cons. St., sez. V, 23 dicembre 1986, n. 584, in *Riv. giur. edil.*, 1987, I, 241). Analoga impostazione è stata accolta nel caso di azione di accertamento rivolta alla formazione del silenzio-assenso in assenza di atti contestativi da parte dell'amministrazione (*Id.*, 15 gennaio 1990, n. 23, in *Riv. giur. urb.*, 1990, 225, con nota di A. TRAVI). Anche le azioni dei terzi avverso l'intervenuta formazione del silenzio-assenso venivano collocate in una logica impugnatoria (*Id.*, 4 maggio 1992, n. 374, in *Riv. giur. edil.*, 1992, I, 632).

amministrativo (6), il Consiglio di Stato continuava a negarne l'ammissibilità, pur in giurisdizione esclusiva, a fronte di posizioni vantate dal ricorrente che assumessero la consistenza di interesse legittimo e non già di diritto soggettivo (7).

Peraltro, la giurisprudenza aveva già mostrato significative aperture in ordine alla praticabilità di un'azione di accertamento (8) con riferimento all'ambito del silenzio-inadempimento ed alla connessa tematica dell'estensione della cognizione alla fondatezza dell'istanza (9). Al di là di tale contesto, tuttavia, permaneva un atteggiamento di ritrosia (10), nonostante parte della dottrina avesse ravvisato in alcuni

(6) Ci si riferisce al disegno di legge delega n. 778 approvato dalla Camera dei Deputati il 12 ottobre del 1989, che prevedeva, tra l'altro, di "disciplinare autonomamente il processo di accertamento", ciò che avrebbe consentito l'introduzione nel processo amministrativo di legittimità di un'azione di mero accertamento in senso proprio (cfr. A. TRAVI-C. MARZUOLI, *La riforma della giustizia amministrativa*, in *Foro it.*, 1990, V, 279 ss.).

(7) V. Cons. St., sez. V, 15 giugno 1998, n. 834, in *Giur. it.*, 1998, 2412; *Id.*, 6 ottobre 1999, n. 1343, in *Cons. St.*, 1999, I, 1603.

(8) Si preferisce adoperare l'espressione "accertamento" in luogo della locuzione "mero accertamento" o "accertamento autonomo", giacché non vi è uniformità di vedute in dottrina circa la reale natura dell'azione avverso il silenzio e della correlata pronuncia. Mentre taluni autori tendono infatti variamente a qualificarla come azione di adempimento (v. M. OCCHIENA-F. FRACCHIA, *Art. 31* (commento), in *Codice del processo amministrativo*, a cura di R. Garofoli-G. Ferrari, Roma, 2010, 523) o mista di accertamento e condanna (V. LOPILATO, *Art. 31* (commento), in *Codice del nuovo processo amministrativo*, a cura di F. Caringella-M. Protto, Roma, 2010, 384), altri la configurano in termini di mero accertamento (cfr. peraltro, a tale ultimo riguardo, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 217, il quale rileva come, attualmente, il giudizio sul silenzio non si risolva più in un'azione di mero accertamento, dal momento che il giudice, in caso di accoglimento della domanda, ordina all'amministrazione di provvedere, in via generica, ovvero, laddove normativamente ammesso, specifica). Rinviano al paragrafo seguente per un maggior approfondimento della tematica ci si accontenta per il momento di riferirsi all'ipotesi del silenzio inadempimento come genericamente espressiva di un processo "di accertamento" (cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 282).

(9) Come noto, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, superando il tradizionale orientamento negativo, ha ammesso la possibilità per il giudice amministrativo di andare oltre il semplice accertamento dell'inadempimento dell'amministrazione all'obbligo di provvedere (cioè dell'illegittimità del silenzio-rifiuto), pronunciandosi anche sulla fondatezza dell'istanza presentata dal ricorrente, sebbene nei limiti degli atti vincolati (Cons. St., Ad. Plen., 10 marzo 1978, n. 10, in *Foro amm.*, 1979, I, 2357). A seguito dell'introduzione dell'art. 21-bis, l. 6 dicembre 1971, n. 1034, ad opera dell'art. 2, l. 21 luglio 2000, n. 205, l'Adunanza Plenaria è tornata sui propri passi, affermando che l'ambito di cognizione del giudice è necessariamente limitato all'accertamento dell'illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione (*Id.*, 9 gennaio 2002, n. 1, in questa *Rivista*, 2002, 932, con nota di F. GIGLIONI; in *Foro amm. - C.d.S.*, 2002, 46, con nota di F. SATTA; in *Foro it.*, 2002, III, 227, con nota di A. TRAVI). Sennonché, tale arresto è stato superato dalla novella all'art. 2, l. 7 agosto 1990, n. 241 apportata dall'art. 3, comma 6-bis, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, alla tenore del quale "il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza". Proposizione alla quale è stato attribuito vario significato, soprattutto in riferimento all'ampiezza ed agli eventuali limiti di siffatto potere di scrutinio. Argomenti sui quali non conviene in questa sede indugiare troppo, atteso che il codice del processo amministrativo, all'art. 31, comma 3, parrebbe aver fornito una risposta definitiva a tali interrogativi nel senso di ammettere il pronunciamento giudiziale sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio unicamente nel caso di attività vincolata oppure quando risulta "che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere eseguiti dall'amministrazione".

(10) Cfr. ad esempio TAR Puglia-Bari sez. III, 26 ottobre 2005, n. 4581, in *Foro amm. - TAR*, 2005, 10, 3280, che, ricordato come la giurisdizione di legittimità non conosca, salva l'ipotesi del giudizio sul silenzio e di quello in materia di accesso, l'azione di accertamento, smentisce la ricostruzione dottrinale secondo la quale non vi sarebbero più ostacoli all'esperibilità di azioni dichiarative nel giudizio

interventi legislativi dei segnali a sostegno dell'impostazione secondo la quale nel processo amministrativo sarebbe stata esperibile in via generale un'azione di mero accertamento (11).

Sennonché, di lì a non molto, il Consiglio di Stato, prendendo posizione sull'annoso tema della tutela del terzo in ordine alla cosiddetta DIA (oggi SCIA) (12), ha ammesso l'azione di accertamento autonomo nel processo amministrativo a tutela di interessi legittimi pretensivi (13). I tempi sembravano dunque maturi per una positivizzazione in via generale della tutela meramente dichiarativa. Ma il codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, ha sostanzialmente deluso le attese, essendo stata espunta dalla versione finale del decreto delegato la previsione relativa all'azione di accertamento, invece presente nell'articolato redatto dalla speciale Commissione insediata presso il Consiglio di Stato (14).

Peraltro, la giurisprudenza, posteriormente all'entrata in vigore del codice ha a più riprese adombrato l'immanenza all'attuale sistema di tutela giurisdizionale amministrativa di una generale azionabilità della tutela di mero accertamento. Dapprima, consacrando il principio della pluralità delle azioni esperibili a tutela

amministrativo, viepiù alla luce della trasformazione *in itinere* da processo sull'atto a processo sul rapporto, giungendo a ritenere impedito l'ingresso nel giudizio amministrativo della pronuncia dichiarativa della nullità nei casi previsti dall'art. 21-septies, l. 7 agosto 1990, n. 241.

(11) Ci si riferisce in particolare all'introduzione in via generale da parte della l. 21 luglio 2000, n. 205 dell'azione di risarcimento del danno per violazione di interessi legittimi anche in forma specifica. Ciò è stato ritenuto talora sintomatico della possibilità di estendere la sentenza dichiarativa al di là delle questioni risarcitorie, sì da ammetterne l'esperibilità *“anche per risolvere lo stato di incertezza obiettiva circa la consistenza di un diritto, di una pretesa, di uno stato, di un rapporto giuridico, ecc., prima ancora del verificarsi di una lesione, senza possibilità di distinguere fra situazioni di diritti e di interessi. Premessa per la risarcibilità di questi ultimi, è sempre infatti il previo accertamento dell'illegittimità dell'azione amministrativa, che ridonda a contenuto autonomo in relazione a domande diverse dalla richiesta di risarcimento”* (G. DE GIORGI CEZZI, *Processo amministrativo e giurisdizione esclusiva: profili di un diritto in trasformazione*, in questa Rivista, 2000, 696).

(12) Tema sul quale non troppo tempo prima attenta dottrina aveva preso posizione rivendicando la necessità di un'azione di accertamento ad esito conformativo a tutela dei terzi (cfr. W. GIULIETTI, *Attività di diritto privato e potere amministrativo*, Torino, 2008, 239).

(13) Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, in questa Rivista, 2009, 1245, con nota di S. VALAGUZZA; in *Foro amm. - C.d.S.*, 2009, 478, con nota di E. SCOTTI e 1566, con nota di A. LUPO; in *Urb. e app.*, 2009, 572, con nota di A. FORMICA.

(14) L'art. 44 della legge di delegazione (l. 18 giugno 2009, n. 69) aveva infatti autorizzato il governo a demandare la predisposizione dell'articolato normativo al Consiglio di Stato, attribuendo al relativo Presidente il potere di istituire un'apposita Commissione speciale. Ebbene, l'art. 36 (poi divenuto 38) dell'articolato da essa redatto (sul punto cfr. E. FOLLIERI, *La natura giuridica dell'articolato provvisorio denominato codice del processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 2) prevedeva al comma 1 che *“chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle consequenziali pronunce dichiarative”*. L'azione così delineata tuttavia non compariva più nella stesura definitiva del testo legislativo. Per le critiche a siffatta *“mutilazione”* cfr. R. GISONDI, *Alcune riflessioni sulla permanenza di un'azione di adempimento nell'ultima bozza del nuovo codice amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2010, 2-3; F. MERUSI, *In viaggio con Laband ...*, *ibid.*, 4; ID., *Relazione tenuta al Seminario “La sistematica delle azioni nel nuovo processo amministrativo”*, *ibid.*, 2; N. SAITTA, *Il codice che poteva essere ...*, *ibid.*, 4; F. G. SCOCA, *Relazione al Convegno “Il processo amministrativo (ieri-oggi-domani)” tenuto presso il Consiglio di Stato il 19 maggio 2010*, *ibid.*, 3-4; S. SPUNTARELLI, *Osservazioni sulla coerenza della “bozza” di codice del processo amministrativo con i principi e criteri direttivi contenuti nella disposizione di delega*, *ibid.*, 5; A. ROMANO TASSONE, *Così non serve a niente*, *ivi*; R. CAPONI, *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*, in *Foro it.*, 2010, 10, 271.

dell'interesse legittimo (15); in seguito, attraverso un più approfondito sviluppo del concetto, riconoscendo *apertis verbis* l'ammissibilità di un'azione di accertamento atipica tutte le volte in cui le azioni tipizzate non soddisfino in modo efficiente il bisogno di tutela (16). Notevoli ampliamenti di veduta che sembrerebbero in parte confermare gli auspici espressi dalla dottrina all'indomani del varo del codice (17).

3. Brevemente tracciata, in prospettiva diacronica, la parabola dell'azione di accertamento nel processo amministrativo, pare ora ineludibile esaminarne più a fondo la natura e i caratteri: una tale analisi pare invero improcrastinabile nell'addentrarsi al commento della sentenza annotata, dacché la stessa qualifica espressamente quella sottesa alla pronuncia di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a. come un'azione di mero accertamento.

(15) Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2011, 826; in *Corr. giur.*, 2011, 979, con nota di F. G. SCOCA; in *Guida al Diritto*, 2011, 64, con nota di G. PALLIGGIANO. Nella citata pronuncia si legge, in particolare, che *“il riconoscimento dell'autonomia, in punto di rito, della tutela risarcitoria si inserisce – in attuazione dei principi costituzionali e comunitari in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale richiamati dall'art. 1 del codice oltre che dei criteri di delega fissati dall'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69 – in un ordito normativo che, portando a compimento un lungo e costante processo evolutivo tracciato dal legislatore e dalla giurisprudenza, amplia le tecniche di tutela dell'interesse legittimo mediante l'introduzione del principio della pluralità delle azioni”*.

(16) Cons. St., Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2011, 7-8, 2309. E segnatamente, *“si deve, infatti, ritenere che, nell'ambito di un quadro normativo sensibile all'esigenza costituzionale di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, la mancata previsione, nel testo finale del codice del processo, dell'azione generale di accertamento non precluda la praticabilità di una tecnica di tutela, ammessa dai principali ordinamenti europei, che, ove necessaria al fine di colmare esigenze di tutela non suscettibili di essere soddisfatte in modo adeguato dalle azioni tipizzate, ha un fondamento nelle norme immediatamente precettive dettate dalla Carta fondamentale al fine di garantire la piena e completa protezione dell'interesse legittimo (artt. 24, 103 e 113). Anche per gli interessi legittimi, infatti, come pacificamente ritenuto nel processo civile per i diritti soggettivi, la garanzia costituzionale impone di riconoscere l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo, con particolare riguardo a tutti i casi in cui, mancando il provvedimento da impugnare, una simile azione risulti indispensabile per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente. A tale risultato non può del resto opporsi il principio di tipicità delle azioni, in quanto corollario indefettibile dell'effettività della tutela è proprio il principio della atipicità delle forme di tutela. In questo quadro la mancata previsione, nel testo finale del codice, di una norma esplicita sull'azione generale di accertamento, non è sintomatica della volontà legislativa di sancire una preclusione di dubbia costituzionalità, ma è spiegabile, anche alla luce degli elementi ricavabili dai lavori preparatori, con la considerazione che le azioni tipizzate, idonee a conseguire statuizioni dichiarative, di condanna e costitutive, consentono di norma una tutela idonea ed adeguata che non ha bisogno di pronunce meramente dichiarative in cui la funzione di accertamento non si appalesa strumentale all'adozione di altra pronuncia di cognizione ma si presenta, per così dire, allo stato puro, ossia senza sovrapposizione di altre funzioni. Ne deriva, di contro, che, ove dette azioni tipizzate non soddisfino in modo efficiente il bisogno di tutela, l'azione di accertamento atipica, ove sorretta da un interesse ad agire concreto ed attuale ex art. 100 c.p.c., risulta praticabile in forza delle coordinate costituzionali e comunitarie richiamate dallo stesso art 1 del codice oltre che dai criteri di delega di cui all'art. 44 della legge n. 69/2009”*.

(17) Tra gli altri, S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunce*, in www.giustamm.it, 2010, 12; R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in www.giustizia-amministrativa.it; G. PELLEGRINO, *Il codice al passaggio decisivo. Tra grande occasione e strani paradossi*, ivi; L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo (Relazione al 56° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 23-25 settembre 2010)*, ivi.

Come noto, l'azione generale di mero accertamento non è prevista nemmeno a tutela dei diritti soggettivi. Tuttavia, la giurisprudenza e la dottrina civilistiche la ammettono (18) sulla base dell'interesse ad agire (19) determinato dalla contestazione o

(18) Più precisamente, *“il bisogno di tutela giurisdizionale è soddisfatto [...] dalla sola immutabilità dell'accertamento contenuto nella sentenza”*, essendo l'azione atipica di mero accertamento preordinata alla rimozione dello stato di incertezza determinata *“dalla contestazione (esplicita o implicita) di un diritto dell'attore o (il che è in gran parte lo stesso) dall'affermazione di un diritto nei confronti dell'attore”*, di tal che *“questi senza l'accertamento giudiziale dell'esistenza del suo diritto o dell'inesistenza del diritto altrui non potrebbe eliminare quel danno consistente negli effetti pregiudizievoli della contestazione o affermazione del convenuto”* (A. PROTO PISANI, *La tutela di mero accertamento*, in ID., *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 73 ss.). L'introduzione dell'azione generale di mero accertamento nel processo civile – diretta ad eliminare una incertezza giuridica obiettiva, indipendentemente dalla rappresentazione che ne abbia l'attore, e tale da mostrarsi controversa secondo un giudizio di normalità – è il frutto della concezione del processo come mezzo autonomo per conseguire beni della vita, ascrivibile a G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti* (1903), ora in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993, 3 ss. (cfr. anche L. LANFRANCHI, *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, Milano, 1969). Tale ricostruzione è stata tuttavia successivamente criticata nell'intento di circoscrivere l'ammissibilità dell'azione di mero accertamento entro limiti più ristretti. Da un lato, parte della dottrina tende infatti a ritenere che l'azione di mero accertamento, in forza dei principi di economia dei giudizi e di effettività della tutela, dovrebbe essere esclusa ogni qual volta l'attore sia già in grado di ottenere, attraverso i rimedi ordinamentali, forme di tutela maggiormente incisive (A. PROTO PISANI, cit., 84). Difficile non scorgere in questa tesi delle analogie con la logica sottesa all'espunzione dal testo definitivo del c.p.a. dell'azione generale di mero accertamento: *“il Governo ha ritenuto [...] di non esercitare, allo stato, in parte qua tale facoltà concessa dalla delega, ritenendo adeguata e completa la tutela apprestata dalle azioni già previste nel Capo II [...]”* (Relazione al codice del processo amministrativo, 22, in www.giustizia-amministrativa.it). La posizione è stata tuttavia criticata, in particolare da E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 2012, 172, il quale ha posto in risalto l'assenza di una norma che costringa l'attore a chiedere la tutela giuridica nella forma più completa consentita dalla situazione di fatto. Dall'altro lato, taluni autori ritengono che l'azione debba pur sempre essere correlata ad un diritto preesistente al processo e che quindi l'azione di mero accertamento non possa perseguire altro se non la certezza giuridica, dovendosi invece dimostrare caso per caso che quell'accertamento *“è il mezzo per necessario per ottenere un bene della vita che sia materia del diritto soggettivo e che gli strumenti sostanziali non abbiano fornito o mantenuto”* (L. MONTESANO, voce *“Accertamento giudiziale”*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988, 2 ss.). Tale argomentazione pare riecheggiare l'adagio giurisprudenziale alla cui stregua l'azione di mero accertamento deve avere ad oggetto un diritto già sorto e che possa in astratto competere all'attore, sempre che sussista un pregiudizio concreto ed attuale, e non meramente potenziale, che non possa essere eliminato senza una pronuncia giudiziale (Cass. civ., Ss.UU., 15 gennaio 1996, n. 264, in *Giust. civ.*, 1996, I, 2324).

(19) Tale interesse per giurisprudenza piuttosto pacifica è da ravvisarsi nella ricorrenza di una pregiudizievole situazione di incertezza relativa a diritti o rapporti giuridici, non eliminabile senza l'intervento del giudice (cfr. tra le ultime, Cass. civ., sez. lav., 19 marzo 2013, n. 6779, in *Dir. & Giust.*, 2013, 20 marzo). In altri termini, l'interesse ad agire in mero accertamento presuppone uno stato di dubbio oggettivo, cioè dipendente da un fatto esteriore o da un atto e non già da considerazioni meramente soggettive, sull'esistenza di un rapporto giuridico tale da arrecare all'interessato, ove non si proceda all'accertamento giudiziale sulla concreta volontà della legge, un pregiudizio (*inter multis*, Cass. Civ., sez. lav., 8 marzo 1999, n. 1981, in *Giust. civ. mass.*, 1999, 521). Con la precisazione per la quale deve escludersi l'interesse ad agire in mero accertamento ove il giudizio sia rivolto alla soluzione di una questione di diritto controversa in vista di situazioni future ed ipotetiche, traducendosi altrimenti la domanda di tutela in una mera richiesta di una consulenza sul principio di diritto. Più problematica la posizione della dottrina. Partendo dall'assunto chiovendiano secondo il quale condizione *“necessaria (e sufficiente) dell'azione da parte di chi ha un diritto da far valere è l'interesse”* (G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 1960, Napoli, 190; v. anche A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1958, 154) vi è chi, osservato come la legge stabilisca come requisito dell'azione la sola

dal vanto del diritto altrui, ovvero da apparenza giuridica (20). Secondo la processualciviltistica, dunque, oggetto dell'accertamento autonomo è unicamente la situazione giuridica soggettiva – ivi compreso lo *status* (21) – nonché la realtà giuridica a fronte di una situazione di apparenza giuridica.

L'ordinamento giuridico dunque offre i rimedi per eliminare tale situazione di incertezza, ancor prima che essa dia eventualmente luogo ad una violazione, ossia offre lo strumento per sostituire l'incertezza obiettiva con la certezza obiettiva (22).

Tali coordinate di base valgono anche per il processo amministrativo, laddove ovviamente si ammetta che l'azione di mero accertamento vi trovi cittadinanza (23). Se

esistenza dell'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.), ha dedotto che, anche indipendentemente da una espressa disposizione di legge, si possa proporre in via generale un'azione di mero accertamento tutte le volte che l'attore possa dimostrarvi di avere interesse (E. T. LIEBMAN, cit., 171). All'opposto si colloca chi, pur ammettendo l'azione dichiarativa in via generale, ha negato che la stessa possa sorgere dalla disposizione di cui all'art. 100 c.p.c., considerando il concetto di interesse ad agire inutile per la comprensione dei rapporti tra diritto sostanziale e processo, dal momento che “*la valutazione della presenza di un interesse [...] è stata già fatta, dal legislatore, nel momento in cui egli ha predisposto ciascuna forma di protezione giuridica*” (E. ALLORIO, *Bisogno di tutela giuridica?*, in *Jus*, 1954, 547 ss., successivamente in *Id.*, *Problemi di diritto. L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale ed altri studi*, I, Milano, 1957, 227 ss.), o ancora che altro è l'interesse ad agire e altro gli elementi costitutivi della fattispecie che connotano il diritto ad agire in sede di accertamento (G. GARBAGNATI, *Azione e interesse*, in *Jus*, 1955, 316 ss.). Problema particolare ha infine riguardato l'ammissibilità di azioni di accertamento preventivo, cioè in funzione anticipatoria rispetto ad una tutela di condanna o costitutiva per la quale non sia ancora attuale l'interesse ad agire: mentre taluni autori assumono a tal proposito una posizione marcatamente negativa (L. MONTESANO, cit.), altri, pur aderendo alla necessità di contenere l'utilizzo di tale forma di accertamento, sottolineano come non si possa escludere in astratto un bisogno di tutela attuale in azioni apparentemente preventive, che però in realtà possono trovare concreta giustificazione in “*un dubbio che inibisce, o comunque ostacola comportamenti che la parte ritiene dipendano da un diritto maturato o da un obbligo altrui o, ancora, dall'inesistenza di un obbligo proprio*” (B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, cit., 101 ss.). Sul tema cfr. anche S. SATTA, *A proposito dell'accertamento preventivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1396 ss.

(20) Circa l'esperibilità dell'azione di mero accertamento a fronte di *apparentia iuris* cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2012, II, 225. L'A. fa in particolare riferimento all'azione in tema di nullità nonché di simulazione del contratto: in entrambe queste ipotesi non occorre una incertezza fondata su di un vanto o su di una contestazione, non potendosi tuttavia negare l'interesse ad agire in mero accertamento a fronte dell'apparenza giuridica sorta dal contratto.

(21) V. in particolare il contributo di R. LOMBARDI, *Azione di mero accertamento dello status di invalido e azione di condanna alle prestazioni pecuniarie: interesse ad agire e legittimazione passiva*, in *Giust. civ.*, 2001, 9, 2191 ss., a commento di Cass. civ., Ss.UU., 12 luglio 2000, n. 483, in *Giust. civ. mass.*, 2000, 1447.

(22) C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2013, I, 11. Si può portare quale esempio di scuola quello del soggetto che pur senza ledere l'altrui diritto di proprietà lo contesta, vantandosi di esserne titolare, o quello del soggetto che, prima della scadenza del termine di adempimento, neghi di essere debitore. Quali concrete applicazioni giurisprudenziali può invece citarsi il caso dell'accertamento promosso dal lavoratore in ordine alla sussistenza di una giusta causa di licenziamento del lavoratore (Cass. civ., sez. lav., 26 maggio 1993, n. 5889, in *Foro it.*, 1994, I, 507), o il caso dell'accertamento promosso dal lavoratore del proprio diritto alla tutela assicurativa contro le malattie professionali (*Id.*, sez. lav., 14 maggio 1983, n. 3338, *ibid.*, 1983, I, 3039).

(23) Cfr. Cons. St., Sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002, in *Foro it.* 2013, 2, III, 70, che ricollega esplicitamente la legittimazione all'azione di mero accertamento all'operatività della clausola di rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a. all'art. 100 c.p.c.; TAR Lombardia-Milano, sez. I, 15 ottobre 2013, n. 2307, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si dà espressamente atto che “*poiché il processo non può essere utilizzato in vista della mera previsione di possibili effetti futuri pregiudizievoli per la parte, occorre che la parte prospetti l'esigenza di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile e non conseguibile*

ciò è esatto, si può innanzitutto distinguere la tutela di mero accertamento dal contenuto di accertamento di una sentenza costitutiva o di condanna. E invero, il contenuto della decisione giurisdizionale amministrativa è sempre, anzitutto, un accertamento della questione giuridica dedotta nel giudizio (24). In altri termini, l'accertamento è il momento caratteristico e fondamentale della stessa funzione giurisdizionale (25): è il risultato dell'applicazione della norma al fatto e quindi dell'enunciazione della regola nel caso concreto. Dunque, anche la sentenza del giudice amministrativo ha un contenuto di accertamento, e ciò innanzitutto e primariamente proprio perché si è innanzi al dispiegarsi di un potere giurisdizionale (26). In definitiva, l'accertamento mero è altro rispetto all'accertamento prodromico ad una sentenza costitutiva o di condanna precisamente per questo: perché anziché essere inteso soltanto come momento

senza l'intervento del giudice, Occorre, dunque, che l'incisione della situazione giuridica sostanziale abbia determinato una incertezza, obiettiva e pregiudizievole, che l'azione di mero accertamento intende eliminare. Nella specie, l'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.) è integrato dalla necessità di eliminare lo stato di incertezza ingenerato dalla esplicita contestazione di controparte"; TAR Puglia-Bari, sez. III, 14 gennaio 2013, n. 48, *ivi*, che si rifà *de plano* agli approdi interpretativi della giurisprudenza di legittimità in tema di interesse all'azione di mero accertamento.

(24) A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Padova, 1916, 412. V. anche F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova 1960 (rist.), 673: "la funzione giurisdizionale consiste sempre in un accertamento". Difficile non riscontrare qui un'assonanza con la tesi che vede la funzione giurisdizionale innanzitutto come determinazione della volontà della legge nel caso concreto (G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., 911) o come attuazione dell'ordinamento nel caso concreto (E. ALLORIO, *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 46 ss.; S. SATTA, voce "Giurisdizione (nozioni generali)", in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 218).

(25) Tanto che in ogni caso esso riveste il ruolo di comun denominatore di tutti i diversi tipi di sentenza, quale "necessaria premessa per qualsiasi ulteriore provvedimento" (E. T. LIEBMAN, cit., 170). Cfr. anche E. F. RICCI, voce "Accertamento giudiziale", in *Dig. civ.*, I, Torino, 1987, 16 ss.

(26) Cfr. E. FERRARI, cit., 538, M. NIGRO, cit., 301, nonché C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005; v. anche A. M. SANDULLI, *Il giudizio innanzi al Consiglio di Stato ed ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 52, che ricostruiva, almeno a quell'epoca, l'oggetto del processo di impugnazione come accertamento della legittimità dell'atto amministrativo, e A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, 225 ss., che individuava nella sentenza del giudice amministrativo un contenuto di accertamento della pretesa sostanziale del ricorrente. Peraltro, parte della dottrina aveva già da tempo individuato il contenuto di accertamento della sentenza di annullamento in funzione dell'effetto ripristinatorio e soprattutto conformativo, non mancando, in taluni casi, di sostenere che pure la sentenza che rigetta un ricorso perché infondato contenga, nei confronti delle parti, l'accertamento dell'insussistenza del vizio lamentato e della lesione prospettata all'interesse legittimo del ricorrente (cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 307). In senso contrario merita segnalare principalmente l'opinione di E. CAPACCIOLI, *Per la effettività della giustizia amministrativa*, in *Imp. amb. pub. amm.*, 1977, 50 e successivamente in *Il processo amministrativo. Scritti in onore di G. Miele*, Milano, 1979, 203 (per una rilettura del pensiero dell'A., cfr. M. CLARICH, *La giustizia amministrativa nell'opera di Enzo Capaccioli: un tentativo di ricostruzione sistematica*, in questa *Rivista*, 1987, 469), secondo cui le sentenze del giudice amministrativo non possono mai produrre effetti di accertamento. Significativo peraltro è notare come una tale impostazione abbia portato a revocare in dubbio lo stesso carattere giurisdizionale del processo amministrativo. Cfr. anche S. MURGIA, cit., 276 ss. secondo il quale il concetto di accertamento tipico della giurisdizione civile avrebbe un significato non allargabile al giudizio amministrativo: esso esprimerebbe una "composizione definitiva, completa del problema di regolazione giuridica sfociato nella lite", mentre la giurisdizione amministrativa, a cagione dei margini rimessi all'apprezzamento discrezionale della pubblica amministrazione sarebbe invece "destinata a non realizzare immancabilmente e compiutamente l'ordinamento nel caso concreto, ma a inserirsi spesso in un processo di definizione della regola che oltrepassa il momento del giudizio".

logico propedeutico al giudizio sulle altre azioni di cognizione, esaurisce in sé lo scopo del processo (27). Ma se così è, l'accertamento mero si differenzia pure dall'accertamento del rapporto sostanziale intercorrente tra l'amministrazione e il titolare dell'interesse legittimo (28). Invero, il dibattito dottrinale intorno all'ammissibilità dell'azione di accertamento autonomo nel processo amministrativo sembra essersi molto concentrato intorno alla prospettiva dell'accertamento del rapporto generato dall'esercizio di interessi legittimi pretensivi, e, quindi, primariamente, sul tema del silenzio dell'amministrazione e della *Feststellungsklage* (29). Ebbene, proprio analizzando il tema dell'azione sul silenzio pare possibile cogliere concretamente la diversità tra il giudizio non impugnatorio su interessi pretensivi e l'azione di mero accertamento. Se la sentenza sul silenzio fosse di semplice accertamento, il suo effetto sarebbe quello di acclarare con autorità di cosa giudicata l'inadempimento dell'amministrazione, non potendo più esso presentarsi dubbio. Questo, tuttavia, non è con tutta evidenza il risultato cui anela il ricorrente; anzi se questo fosse l'unico effetto della sentenza vi sarebbe motivo di dubitare della stessa sussistenza di un reale interesse a ricorrere. Il ricorrente, in verità, promuove il giudizio avverso il silenzio proprio perché aspira ad ottenere una sentenza con cui il giudice imponga all'amministrazione un obbligo: se non di provvedere in un senso a sé favorevole, quantomeno di provvedere (30). Considerazioni che, a parere di chi scrive, sono a buon diritto

(27) Premesso dunque che “il risultato del giudizio amministrativo è un accertamento proprio perché tale giudice applica la norma al fatto ed enuncia la regola di diritto nel concreto”, “gli ulteriori effetti della decisione giurisdizionale amministrativa [...] possono racchiudersi nell’eliminazione di ogni giuridica possibilità di revocare in dubbio quanto acclarato dal giudice oppure possono estendersi alla creazione di un titolo esecutivo, quando la legge prevede il potere di condanna, o di una situazione giuridica, in forza del potere di annullare” (E. FERRARI, cit., 548).

(28) Si noti peraltro come uno degli argomenti più consistenti invocati a riprova del fatto che la sentenza del giudice amministrativo è dotata di un contenuto di accertamento è stato proprio il passaggio dal giudizio sull’atto a quello sul rapporto: se l’interesse legittimo viene riguardato “come interesse avente un oggetto concreto, collegato immediatamente e strumentalmente con un bene della vita, diventa quanto meno naturale che la sua tutela processuale attenga alla valutazione, attraverso l’accertamento del fatto e del diritto, dell’assetto di interessi nel quale l’interesse legittimo si iscrive” (F. G. SCOCA, *Sulle implicazioni del carattere sostanziale dell’interesse legittimo*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, cit., III, 669 ss.). Sulla differenza tra il giudizio sul rapporto come oggetto del giudizio amministrativo e l’azione atipica di accertamento cfr., tra gli altri, S. VALAGUZZA, cit., 1294.

(29) In altri termini, l’azione dichiarativa è stata osservata più che nella tradizionale accezione propria della scienza processualciviltistica, in quella di accertamento del rapporto corrente tra l’amministrazione e il privato, laddove la prima restasse inerte e il secondo fosse portatore di un interesse legittimo pretensivo (L. R. PERFETTI, cit., 879; in tema di azione sul silenzio v. poi in particolare L. BERTONAZZI, *Il giudizio sul silenzio*, in *Il codice del processo amministrativo*, a cura di B. Sassani-R. Villata, Torino, 2012, 905 ss.). Sulla *Feststellungsklage* come azione utilizzabile nell’ordinamento tedesco per accertare la sussistenza o l’inesistenza di un rapporto giuridico ovvero anche la nullità di un atto amministrativo, cfr. L. TARANTINO, *L’azione di condanna nel processo amministrativo*, Milano, 2004, 35-36.

(30) Non interessa prendere quindi posizione sul dibattito inerente alla natura della sentenza resa sul silenzio: ordinatoria, piuttosto che di accertamento e condanna, oppure di esatto adempimento. Ciò che importa è aver dimostrato come in ogni caso essa contenga un *quid pluris* rispetto alla mera constatazione dell’inerzia dell’amministrazione. Sul punto, v. le acute riflessioni di E. FERRARI, cit., 543 ss. L’A. dimostra che la reale ragione per cui il Consiglio di Stato (Cons. St., Ad. Plen., 26 ottobre 1953, n. 17, cit., ritenuta – fondatamente o a torto – la sentenza capostipite dell’orientamento volto a escludere l’esperibilità dell’azione di mero accertamento, anche in giurisdizione esclusiva) aveva dichiarato inammissibile la domanda con cui i ricorrenti chiedevano al giudice di dichiarare la loro qualità di

estendibili anche all'ipotesi in cui il ricorrente, titolare di un interesse pretensivo inattuato a fronte del diniego opposto dall'amministrazione, agisca in sede giurisdizionale per ottenere un pronunciamento con cui il giudice imponga alla stessa l'adozione dell'atto richiesto (31).

Se quanto detto è vero, sarà allora necessario rinvenire altrove l'elemento realmente caratterizzante l'azione di mero accertamento concernente interessi legittimi. Ebbene, tale elemento può essere rintracciato nel fatto che l'azione di accertamento *“appare diretta a consentire ai privati di agire in giudizio per la declaratoria della sussistenza e consistenza dei propri interessi legittimi in via preventiva e, cioè a dire, prima che sia possibile farlo per il tramite dell'impugnazione del provvedimento che abbia loro cagionato concreta lesione”* (32). L'azione di accertamento in materia di interessi legittimi, in altre parole, dovrebbe avere ad oggetto elettivo *“l'accertamento di situazioni giuridiche determinate da provvedimenti amministrativi o da fatti equipollenti”*, allorché sussista *“una ragionevole incertezza su situazioni giuridicamente definite, in assenza di provvedimenti lesivi dell'Amministrazione”* (33). Ecco il motivo

dipendenti di un ente pubblico era proprio che l'azione non era rivolta a promuovere ciò che i ricorsi in ipotesi di silenzio intendono ottenere: lo svolgimento dell'attività amministrativa, l'emanazione di un atto amministrativo. Con il che emerge la netta contrapposizione tra azione dichiarativa da una parte e ricorso avverso il silenzio dall'altra, sì da far concludere che *“l'azione di accertamento cui la giurisprudenza nega ingresso nel processo amministrativo non è la stessa di cui è parola in relazione al silenzio della pubblica amministrazione”*. Cfr. anche E. FOLLIERI, *La tipologia di azioni proponibili*, in *Giustizia amministrativa* (a cura di F. G. Scoca), Torino, 2013, 197 ss.

(31) Azione già riscontrabile *in nuce* nella previsione di cui all'art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a., a mente della quale il giudice, in caso di accoglimento dell'impugnativa, *“condanna [...] all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio”* (tra le quali sarebbero potute rientrare pronunce che condannano direttamente l'amministrazione ad emanare un certo provvedimento, richiesto o denegato, cfr. A. TRAVI, *Osservazioni generali sullo schema di decreto legislativo con un “codice” del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2010, 5; R. GISONDI, *Alcune riflessioni sulla permanenza di un'azione di adempimento nell'ultima bozza del nuovo codice amministrativo*, cit.). In seguito specificamente introdotta sempre all'art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a. dall'art. 1, lett. e), d.lgs. 14 settembre 2012 n. 160 (cosiddetto secondo correttivo al c.p.a.): *“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”*. La tematica era già affrontata da E. FERRARI, cit., 546 ss., in sede di analisi della *Verpflichtungsklage* dell'ordinamento tedesco, ossia l'azione con cui si chiede al giudice amministrativo non già l'annullamento dell'atto, bensì la condanna dell'amministrazione all'adozione del provvedimento rifiutato allorché la questione non presenti margini di discrezionalità. Ebbene l'A., del tutto coerentemente alla posizione assunta con riguardo alla pronuncia sul silenzio, afferma a chiara voce come non si tratti di un'azione dichiarativa o di mero accertamento. Tratto tipico della stessa non è infatti il puro accertamento della spettanza del bene della vita (ciò che peraltro costituisce un antecedente logico ineliminabile della pronuncia, nella ridetta ottica dell'applicazione della norma al fatto), bensì il contenuto di condanna (che fonda in capo all'amministrazione l'obbligo di adottare quel dato provvedimento, passibile di esecuzione coattiva).

(32) Cons. St., Ad. Gen., 8 febbraio 1990, n. 16, in *Foro amm.*, 1990, 270 ss. Trattasi del parere reso sul già citato disegno di legge delega approvato dalla Camera dei Deputati il 12 ottobre 1989.

(33) A. TRAVI-C. MARZUOLI, cit., 298. Non stupisce quindi come, a fronte del penetrante temperamento contenuto nel comma 3 dell'art. 38 dell'articolato redatto dalla surriferita Commissione speciale in sede di predisposizione del testo del c.p.a., si sia addirittura dubitato che la norma introduttiva della generale azione di accertamento anche in giurisdizione di legittimità potesse essere dotata di una qualche reale effettività. Cfr. in particolare D. DE PRETIS, *Atti del seminario di studio su il riassetto della disciplina del processo amministrativo del 18 gennaio 2010*, in *www.spisa.unibo.it*. L'A. nota in particolare che *“la norma parla espressamente dell'accertamento di un rapporto giuridico contestato, ma*

per cui, come già ricordato, l'azione di mero accertamento non è stata tradizionalmente considerata esperibile nel processo amministrativo: precisamente perché il processo amministrativo è storicamente considerato come strumento di controllo a posteriori (cioè a potere già dispiegatosi) dell'azione amministrativa (34).

Una volta impostati in questo modo i termini del problema, non si può convenire con la tesi secondo la quale, *de jure condito*, può rinvenirsi nel codice del processo amministrativo un certo numero di azioni di mero accertamento (35). Già si è detto che

non sembra facile individuare l'ambito di applicazione della relativa azione, tenuto conto del fatto che essa da un lato non può essere proposta se si poteva proporre azione di annullamento o di adempimento, e dall'altro che l'accertamento richiesto non può riferirsi a poteri amministrativi non ancora esercitati. Combinando queste limitazioni con i limiti propri della giurisdizione amministrativa non sembra che residuino molti spazi per la proposizione di azioni di accertamento che abbiano ad oggetto rapporti giuridici controversi".

(34) Cfr. nota (2). Ulteriore riprova dell'assunto è costituita dal fatto che quando la giurisprudenza ha ammesso l'"autentica" azione di mero accertamento si è dovuta confrontare con il problema del divieto di pronunciarsi con riferimento a poteri non ancora esercitati, attualmente positivizzato nella disposizione di cui all'art. 34, comma 2, c.p.a., Si è così rilevato che *"detta disposizione non può che operare per l'azione di accertamento, per sua natura caratterizzata da tale rischio di indebita ingerenza, visto che le altre azioni tipizzate dal codice sono per definizione dirette a contestare l'intervenuto esercizio (od omesso esercizio) del potere amministrativo"* (Cons. St., Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15, cit.). V. anche G. GRECO, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, cit., 481, che osserva come *"il ruolo del giudice amministrativo, almeno in Italia, è quello del giudice del potere esercitato e non del potere da esercitare. Del rescindente più che del rescissorio"*. È stato anche osservato (B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, 292 ss.) che l'azione di accertamento autonomo potrebbe concepirsi con riferimento agli effetti giuridici prodotti da un atto applicativo di una compiuta disciplina sostanziale. Tali effetti, invero, sono il risultato della mera affermazione contenuta nell'atto amministrativo che la fattispecie concreta corrisponde alla fattispecie astratta, senza che l'amministrazione possa approfondire un apprezzamento autonomo rispetto alla disciplina contenuta nella disposizione applicata. Sicché essi potrebbero *"essere messi in discussione facendo valere direttamente la loro difformità rispetto alla norma giuridica, senza la mediazione di censure rivolte all'atto, cioè al modo in cui l'amministrazione ha operato l'accertamento. Se non vi fosse la norma processuale che impone di annullare l'atto per rimuoverne gli effetti, sarebbe dunque possibile contestarli giuridicamente anche senza richiedere al giudice una pronuncia di annullamento dell'atto, poiché in questo caso vi sarebbe una norma da far valere al di fuori dell'atto"*. Peraltro, in tali ipotesi, la stessa inoppugnabilità del provvedimento opera in modo singolare: *"per le funzioni di accertamento ciò che diviene indiscutibile è soltanto l'accertamento della preesistente disciplina giuridica del rapporto. Ne discende che, con riguardo all'accertamento amministrativo, la regola della stabilità dei rapporti assume una particolare intensità e non stupisce che il bisogno di tutela anche oltre il termine di decadenza sia stato e continui ancora ad essere costantemente riproposto nonostante l'irremovibile orientamento negativo del giudice amministrativo"*.

(35) Tra gli altri, v. M. CALVERI, *La tutela di accertamento dell'interesse legittimo e il codice del processo amministrativo: occasione mancata?*, in www.giustizia-amministrativa.it; F. PATRONI GRIFFI, *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, ivi. La giurisprudenza amministrativa talvolta è parsa piuttosto prudente sul punto, limitandosi ad affermare che il codice del processo amministrativo prevede pronunce di merito puramente dichiarative (Cons. St., Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15, cit.) Le sentenze dichiarative contemplate dal codice sono quelle di cui all'art. 35, con le quali il giudice dichiara l'irricevibilità, l'inammissibilità, l'improcedibilità del ricorso, ovvero l'estinzione del giudizio per mancata prosecuzione o riassunzione, per perenzione e rinuncia, ovvero ancora la cessazione della materia del contendere (statuizione ora espressamente inclusa dall'art. 34, comma 5 tra quelle di merito). Dichiarative sono anche le sentenze di merito che rigettano il ricorso e, per taluno, anche le sentenze, apparentemente costitutive, che annullano atti negativi dell'amministrazione, in quanto in esse predominerebbe non tanto l'annullamento dell'atto negativo che ha negato la modificazione richiesta, quanto piuttosto l'accertamento della illegittimità della mancata modificazione

quella avverso il silenzio di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 e quella cosiddetta di adempimento introdotta all'art. 34, comma 1, lett. c), ultimo capoverso, c.p.a., non sono azioni di mero accertamento. Ma altrettanto può opinarsi con riferimento all'azione di nullità. È pur vero infatti che essa mira a far accertare la nullità di un atto che, in quanto appunto nullo, dovrebbe essere improduttivo di effetti *ab origine*; è altrettanto vero, però, che la scelta codicistica di sottoporre l'azione ad un termine decadenziale è indicativa del fatto che l'atto, se non tempestivamente impugnato, è idoneo a veder consolidati gli effetti di cui è capace divenendo inoppugnabile (36). Si è pertanto in presenza di un atto che, pur gravemente inficiato e profondamente difforme dal paradigma legale, è stato adottato, dando così luogo ad una fattispecie pur sempre riconducibile all'avvenuto esercizio di potere amministrativo (37). Alla luce di tali considerazioni, non parrebbe fuori luogo accostare l'azione in tema di nullità e la relativa pronuncia al modello costitutivo piuttosto che a quello tecnicamente dichiarativo (38). Ed in realtà, dal punto di vista concreto, il privato, nella normalità dei

(cfr. in proposito M. RAMAJOLI, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di R. Caranta, Bologna, 2011, 607). A tale novero parrebbe doversi aggiungere anche la declaratoria di nullità del ricorso nei casi contemplati dall'art. 44, comma 1, lett. a) e b), c.p.a. Talaltra, ha invece espressamente affermato che il codice avrebbe tipizzato azioni di mero accertamento (*Id.*, sez. V, 16 gennaio 2013, n. 231, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2013, 1, 187).

(36) Cfr. F. LUCIANI, *Inefficacia e rilevanza giuridica dell'atto amministrativo nullo. Considerazioni sull'azione di nullità davanti al giudice amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2007, 8; S. DE FELICE, *Della nullità del provvedimento amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; in ambito civilistico, v. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 378, il quale osserva che per il periodo anteriore alla pronuncia giudiziale, tanto il negozio nullo quanto quello che si definisce annullabile produrranno tutti gli effetti di cui sono capaci. Si deve peraltro precisare che a mente dell'art. 31, comma 4, c.p.a., la nullità può essere sempre opposta dalla parte resistente e rilevata d'ufficio dal giudice. Come è stato evidenziato, peraltro, il rilievo ufficioso della nullità non potrebbe operare, oltre che nel caso di giudizio di nullità tardivamente instaurato (R. GAROFOLI-G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2013, 1164), anche nell'ipotesi in cui siano contestati atti o comportamenti posti in essere sulla base di un atto nullo: il giudice non potrebbe invero nel giudizio di annullamento di atti esecutivi rispetto ad un provvedimento nullo rilevare di ufficio in favore del ricorrente la nullità dell'atto presupposto, pena rimessione in termini rispetto all'azione di nullità (G. VELTRI, *Le azioni di accertamento, adempimento, nullità ed annullamento nel codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; di opinione contraria, E. FOLLIERI, *L'azione di nullità dell'atto amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2012, 4). In senso contrario parrebbe invece opinare Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, in *www.giustizia-amministrativa.it*: il Supremo Consesso ha infatti affermato, con riferimento alla nullità testuale di cui all'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, che la clausola espulsiva inserita nella legge di gara in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, la quale è dunque colpita dalla sanzione della nullità, è priva di efficacia, con il corollario della sua diretta disapplicabilità da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice.

(37) V. P. CHIRULLI, *Azione di nullità e riparto di giurisdizione*, in *www.giustamm.it*, 2007, 1, che, tuttavia, esclude che costituisca esercizio di potere quello manifestato con l'atto nullo per difetto assoluto di attribuzione. Peraltro, in tale ultimo caso, si verserebbe anche al di fuori dei confini della giurisdizione amministrativa (cfr. da ultimo TAR Abruzzo-Pescara, sez. I, 9 ottobre 2013, n. 473, in *Foro amm. - TAR*, 2013, 10, 3121).

(38) Autorevole dottrina civilistica ritiene per l'appunto che l'azione di nullità in generale avrebbe valore costitutivo. V. in particolare A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 665-666: "l'azione di nullità – se considerata alla luce della disciplina del diritto vigente – non può pertanto essere considerata un'azione di mero accertamento [...], sembra sistematicamente più corretto inquadrarla nell'ambito delle azioni costitutive"; cfr. poi I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, Milano, 1998, 245 ss. Ma anche studiosi del diritto amministrativo sono di questo avviso. In particolare, F. LUCIANI, cit., 3, alla luce della produttività *medio tempore* di effetti da

casi, agisce in giudizio al fine di ottenere la declaratoria di nullità di un provvedimento non già per eliminare ogni dubbio in ordine alla produzione di effetti del medesimo, bensì per porsi al riparo dai possibili effetti dell'atto che è pur sempre esistente e che ben potrebbe, ancorché radicalmente viziato, essere altresì portato ad esecuzione dall'amministrazione a mente dell'art. 21-*quater*, l. 7 agosto 1990, n. 241. Si comprende perciò come non a torto, riprendendo concetti noti all'ambito civilistico (39), si sia parlato rispetto all'azione di nullità nel processo amministrativo come di una sorta di “*super-annullabilità dagli incerti contorni*” (40). Siffatte considerazioni sembrano

parte dell'atto nullo come di quello annullabile, conclude osservando che “*riesce davvero poco agevole distinguere tra pronunce giurisdizionali di tipo dichiarativo o costitutivo*”. V. anche A. MARRA, *Accertamento del rapporto controverso e termine di decadenza (con uno sguardo all'azione di nullità nel nuovo codice del processo amministrativo)*, in questa *Rivista*, 2011, 4, 1432; ID., *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012, 29. Di più: l'azione di nullità avrebbe natura costitutiva poiché volta a “*rimuovere l'energia giuridica che l'atto nullo è comunque in grado di sviluppare*” (F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, Torino, 2010, 183). Per una più approfondita disamina di tali tesi e per una sua parziale smentita v. A. CARBONE, *Nullità e azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 2009, 3, 818 ss.; ID., *Pluralità delle azioni e tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo*, in questa *Rivista*, 2013, 3, 905-906. Per una presa di posizione, più o meno marcata, nel senso della natura di mero accertamento dell'azione di nullità v. invece, tra gli altri, D. PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Milano, 2007, 194; M. RAMAJOLI, *Legittimazione ad agire e rilevanza d'ufficio della nullità*, in questa *Rivista*, 2007, 4, 999 ss.; E. PICOZZA, *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2010, 60; M. OCCHIENA, Art. 31 (commento), in *Codice del processo amministrativo*, a cura di R. Garofoli-G. Ferrari, Roma, 2012, 594 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 208. Sia consentito rilevare comunque, in chiusura, come alla qualificazione dell'azione di nullità nel processo amministrativo come di mero accertamento sembrerebbe ostare, quantomeno su di un piano formale, il fatto che per consolidati principi civilistici l'azione di mero accertamento è imprescrittibile (tra le diverse cfr. Cass. civ., sez. lav., 17 maggio 2006, n. 11536, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 5). Del resto, non si è mancato di rilevare in proposito come “*la previsione di un termine di decadenza per proporre l'azione di nullità suscita perplessità e assottiglia sempre più la distanza che dovrebbe separare il regime processuale del provvedimento nullo da quello del provvedimento annullabile*” (M. RAMAJOLI, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, cit., 610).

(39) In particolare, l'azione di nullità delle delibere assembleari delle società di capitali è ritenuta da parte della dottrina di carattere costitutivo (G. CONTE, *Osservazioni sul nuovo regime di disciplina delle invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Contr. e Impr.*, 2003, 655), osservandosi che più di nullità sarebbe corretto parlare di annullabilità forte, intesa come forma di invalidità della stessa natura dell'annullabilità. Infatti, il regime attuale prevede che la delibera nulla (salvo che la nullità derivi dalla modificazione dell'oggetto sociale attraverso la previsione di attività illecite o impossibili, nel quale caso a mente dell'art. 2379, comma 1, ultimo periodo, cod. civ., l'azione è proponibile senza limiti di tempo) può essere impugnata entro un termine di tre anni, mentre ancora più stringente è la disciplina prevista dall'art. 2379-*ter* per le deliberazioni di aumento del capitale sociale che, se nulle, vanno impugnate entro centottanta giorni, ovvero, in caso di mancata convocazione dell'assemblea, entro novanta giorni dall'approvazione del bilancio dell'esercizio nel corso del quale la delibera è stata anche parzialmente eseguita. Dubbioso sul punto appare C. CONSOLO, *Intervento*, in *Processo civile e società commerciali – Atti del XX Convegno nazionale dell'Associazione degli studiosi del processo civile*, Milano, 1995, 227 ss.

(40) Così R. CHIEPPA, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. Sandulli, Milano, 2011, 947-948, il quale soggiunge che il termine di decadenza di centottanta giorni assomiglia più al termine di decadenza per l'azione di annullamento che non ai tre anni per l'impugnazione della delibera assembleare nulla. C'è anche chi a parlato a riguardo di “*annullabilità rafforzata*” (B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in questa *Rivista*, 2011, 1, 275). V. poi in giurisprudenza C.G.A.R.S., 27 luglio 2012, n. 721, in *Dir. & Giust.*, 2012, 10 settembre. Si segnala infine TAR Sicilia-Catania, sez. I, 2 dicembre 2011, n. 2883, in www.giustizia-amministrativa.it,

destinate a valere anche per le nullità derivanti da violazione o elusione del giudicato, le quali, non applicandosi la disciplina di cui all'art. 31, comma 4, c.p.a., rimangono soggette a rilevazione nel termine prescrizione ordinario previsto per l'*actio iudicati* (41). Né parrebbe potersi discorrere di mero accertamento con riguardo alla pronuncia di cessazione della materia del contendere, di cui all'art. 34, comma 5, c.p.a. (42) o a quella con cui il giudice amministrativo dichiara l'inefficacia del contratto d'appalto nei casi di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a. (43). Infine, per quanto più da vicino concerne la sentenza annotata, non corrisponde ad un'azione di mero accertamento la fattispecie disciplinata all'art. 34, comma 3, c.p.a., in materia di pronuncia di illegittimità di un provvedimento ai soli fini risarcitori. Senza voler qui anticipare considerazioni che si avrà modo di sviluppare nel prosieguo, basti notare che tale tipo di pronuncia consegue ad un'azione di annullamento, azione che, per definizione, postula l'avvenuto esercizio di potere amministrativo compendiato nell'emanazione di un atto, efficace ed esecutivo, lesivo per il privato.

4. La giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di cimentarsi sul tema della ammissibilità di una pronuncia dichiarativa dell'illegittimità quando è venuto meno nelle more del giudizio l'interesse all'annullamento del provvedimento impugnato (44) sin da prima che il codice del processo introducesse una disposizione *ad hoc* (45).

che, nel giudicare su di un provvedimento nullo per mancanza di sottoscrizione, ha annullato lo stesso, non limitandosi dunque ad un accertamento dichiarativo della nullità dell'atto, bensì adottando un dispositivo di natura costitutiva idoneo a rimuovere eventuali le modificazioni già intervenute nell'assetto di interessi tra le parti.

(41) Deve peraltro notarsi a tal proposito come la declaratoria delle nullità derivanti da violazione o elusione del giudicato non si fondi nemmeno su di un'azione autonoma, inserendosi di converso in un'azione – quella di ottemperanza – che, in disparte il dibattito sulla sua reale natura (non totalmente risolto anche successivamente a Cons. St., Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2, in *Foro amm.* - C.d.S. 2013, 1, 68), rimane sostanzialmente finalizzata a conseguire l'attuazione del *dictum* giudiziale (art. 112, comma 2, c.p.a.). Se così è non può stupire che la giurisprudenza abbia ritenuto, a fronte della sopravvenuta carenza di interesse al ricorso per ottemperanza, di non poter esaminare la domanda volta comunque alla declaratoria della nullità degli atti adottati in pretesa violazione o elusione del giudicato (in vista di un interesse anche solo morale, piuttosto che collegato ad una futura azione risarcitoria o a una statuizione di condanna alle spese di giudizio), dichiarando il ricorso *tout-court* improcedibile (TAR Lazio-Roma, sez. II, 18 febbraio 2013, n. 1755, in www.giustizia-amministrativa.it).

(42) Basti considerare il fatto che la pronuncia in questione, con cui il giudice, “qualora nel corso del giudizio la pretesa del ricorrente risulti pienamente soddisfatta, [...] dichiara cessata la materia del contendere” non identifica un autonomo tipo di azione, ma, al contrario, abbraccia tutte le azioni ammesse nel processo amministrativo, potendo conseguire ad un'azione di annullamento, di condanna, avverso il silenzio e anche di ottemperanza (G. CORSO, *Art. 31* (commento), in *Il processo amministrativo*, a cura di A. Quaranta-V. Lopilato, Milano, 2011, 343).

(43) Come è stato correttamente rilevato, la pronuncia giudiziale d'inefficacia ha “valore costitutivo, perché è ad essa che si deve l'eliminazione dal mondo giuridico degli effetti già prodotti dal contratto che, altrimenti, continua a vivere di vita propria” (GE. FERRARI, *Art. 121* (commento), in *Codice del processo amministrativo*, a cura di R. Garofoli-G. Ferrari, Roma, 2012, 1884).

(44) L'ipotesi è ovviamente più ampia rispetto a quella della piena soddisfazione della pretesa del ricorrente nel corso del giudizio, cui accede la pronuncia di cessata materia del contendere. Così, l'interesse all'annullamento potrà venir meno a causa della sostituzione del provvedimento impugnato con altro provvedimento (ad esempio, impugnato l'ordine di demolizione di un manufatto edilizio, il ricorrente ottiene nelle more del processo una concessione in sanatoria) o in caso di sua rimozione o cessazione degli effetti (ad esempio, quando l'atto impugnato venga revocato, l'effetto *ex nunc* della revoca non elidendo le conseguenze sfavorevoli prodottesi nell'arco di tempo che separa l'adozione

E invero, la soluzione tradizionale che basava la declaratoria del sopravvenuto difetto di interesse al ricorso sul mero riconoscimento del venir meno del requisito dell'attualità dell'interesse a ricorrere (46), declinato quale effettiva utilità (47) che il ricorrente avrebbe potuto ritrarre dall'annullamento dell'atto impugnato, è entrata nel tempo in profonda crisi. E ciò soprattutto a seguito dell'emersione della tematica della

dell'atto dal suo ritiro), o ancora nel caso classico di radicale mutamento della situazione di fatto (tra cui l'irreversibile trasformazione dello stato dei luoghi) e di diritto (sopravvenienza di una nuova sistemazione giuridica dell'assetto di interessi regolato dall'atto che ne determini il radicale superamento) dedotta in sede di ricorso (ad esempio, nelle more del giudizio il ricorrente che aveva impugnato la propria esclusione dalla prova orale di un concorso pubblico si colloca utilmente in graduatoria nel successivo concorso; oppure il ricorrente, magistrato aspirante ad un incarico apicale, raggiunge nel corso del giudizio promosso avverso la nomina di un collega l'età di collocamento a riposo che non gli consentirebbe, in caso di vittoria, di ricoprire il posto cui aspirava). È stato opportunamente rilevato che il venire meno dell'utilità della pronuncia di annullamento può ancora verificarsi qualora nelle more del giudizio il privato perda interesse ad ottenere un provvedimento favorevole, ad esempio perché il costo dell'immobilizzazione delle risorse necessarie ad intraprendere una determinata attività economica impedita dal provvedimento impugnato divenga insostenibile (R. GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it). Si tenga presente, a tal riguardo, che l'art. 84, comma 4, c.p.a. stabilisce che "[...] il giudice può desumere dall'intervento di fatti o atti univoci dopo la proposizione del ricorso ed altresì dal comportamento delle parti argomenti di prova della sopravvenuta carenza d'interesse alla decisione della causa".

(45) Trattasi appunto dell'art. 34, comma 3, c.p.a., espressamente richiamato, in tema di controversie su infrastrutture strategiche, dall'art. 125, comma 3, c.p.a.

(46) Sull'interesse a ricorrere nel processo amministrativo si possono citare P. DEL PRETE, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1951, 38 ss.; G. LA TORRE, *L'interesse a ricorrere nella giustizia amministrativa*, in *Amm. it.*, 1974, 1518 ss.; R. VILLATA, voce "Interesse ad agire (diritto processuale amministrativo)", in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, vol. XVII; G. ROMEO, *Interesse legittimo e interesse a ricorrere: una distinzione inutile*, in questa *Rivista*, 1989, 400 ss.; R. FERRARA, voce "Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)", in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1993, vol. VIII, 468; V. SPAMPINATO, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2003; L. R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004. Il tema ha d'altronde lungamente impegnato anche i Maestri della procedura civile. Pare il caso di segnalare, quantomeno, la teorizzazione chiovendiana in ordine alla nozione dell'interesse legittimo quale potere del privato, leso da un atto amministrativo illegittimo, di provocarne l'annullamento da parte del giudice amministrativo (v. in proposito N. DI MODUGNO, *Le «Lezioni di diritto amministrativo» di Giuseppe Chiovenda e l'interesse legittimo come pura azione*, in questa *Rivista*, 1991, 658 ss.); merita ricordare anche l'opinione di A. ATTARDI, voce "Interesse ad agire", in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1962, VIII, 841, che ricostruiva in termini di differenziazione il rapporto tra interesse legittimo e interesse al ricorso; sembra opportuno evidenziare, infine, la tesi di E. ALLORIO, particolarmente in *Diritto processuale tributario*, Torino, 1969, V, 108, che discerneva tra interesse legittimo e diritto potestativo all'annullamento dell'atto impugnato.

(47) Che secondo la visione tradizionale potrebbe essere anche meramente morale (U. FRAGOLA, *In tema di interesse morale a ricorrere*, in *Foro amm.*, 1936, 1, 61; in giurisprudenza, cfr. ad esempio Cons. St., sez. V, 13 aprile 2012, n. 2116, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2012, 4, 941; *Id.*, 2 febbraio 2012, n. 538, *ibid.*, 2012, 2, 336) o strumentale (quest'ultimo soggetto peraltro a ripensamento nella giurisprudenza in tema di interesse alla rinnovazione della gara d'appalto successiva a Cons. St., Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2011, 4, 1132 e in *Foro it.* 2011, 6, III, 306; cfr. *Id.*, sez. III, 1° agosto 2013, n. 4039, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2013, 7-8, 1924; *Id.*, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1772, *ibid.*, 3, 734; per un esame critico dell'oggettivizzazione del processo amministrativo che deriverebbe da talune interpretazioni dell'interesse strumentale a ricorrere, v. R. LOMBARDI, *Interesse ad agire e giustiziabilità delle pretese del privato: una lettura oggettivistica del processo amministrativo*, in *Foro amm. - TAR*, 2004, 2181).

risarcibilità dell'interesse legittimo e del progressivo superamento della cosiddetta pregiudiziale amministrativa (48).

In una prima occasione, il Consiglio di Stato si è trovato a giudicare su di un caso in cui l'impresa seconda classificata in una procedura d'appalto impugnava l'aggiudicazione deducendo la sussistenza di un collegamento sostanziale tra una mandante del raggruppamento temporaneo d'impresa aggiudicatario e una mandante di altro raggruppamento partecipante alla procedura. Il giudice di appello, pur giudicando fondata la doglianza, ha dovuto prendere atto che era intervenuta una circostanza di per sé idonea a determinare una sopravvenuta carenza di interesse all'annullamento del provvedimento impugnato: in corso di causa, infatti, due mandanti dell'A.T.I. appellante si erano sciolte da ogni impegno con la mandataria, di tal che, in ragione del divieto di modificazione soggettiva del raggruppamento offerente nel corso del procedimento, l'appellante stessa non avrebbe comunque potuto conseguire la richiesta aggiudicazione. Nondimeno, lungi dall'arrestarsi ad una pronuncia di mero rito, il collegio, in ragione della ritenuta devoluzione al giudice amministrativo dell'accertamento dei presupposti per il risarcimento del danno, quando il ricorrente non possa ottenere una effettiva soddisfazione con la sentenza di annullamento, ha concluso il giudizio con una pronuncia di condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno ingiusto da essa cagionato (49). La pronuncia non è rimasta isolata: in altri consimili casi, infatti, il giudice amministrativo ha opinato nel senso che una domanda risarcitoria proposta in sede giurisdizionale per lesione di interessi legittimi fosse ammissibile anche in caso di declaratoria di improcedibilità riferita alla domanda di annullamento dell'atto cui dovrebbe ricondursi la dedotta lesione (50).

(48) Alla luce della pregiudiziale, infatti, si affermava che il giudice amministrativo, pur in presenza di sopravvenienze tali da far venire meno l'interesse all'azione di annullamento, avesse comunque il potere-dovere di pronunciare sulla domanda caducatoria in relazione all'interesse risarcitorio. Nel senso che *“qualora egli voglia pronunciarsi sul risarcimento del danno da attività illegittima della P.A., non possa prescindere dal previo accertamento dell'illegittimità dell'atto amministrativo nel contesto dell'unico strumento di cui disponga: la cognizione diretta prevista dal processo di annullamento”* (Cons. St., sez. VI, 21 giugno 2006, n. 3717, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2006, 1896). In sostanza, si riteneva che l'interesse a proseguire nell'azione intrapresa, a fronte della ricorrenza delle classiche ipotesi che determinano in generale l'improcedibilità dell'impugnativa per sopravvenuto difetto di interesse, non veniva meno, in quanto la risarcibilità dell'interesse legittimo del ricorrente rendeva rilevante la decisione circa la legittimità o meno del gravato provvedimento, che, quindi, in caso di accoglimento del ricorso, veniva nondimeno annullato (v. TAR Lazio-Roma, sez. III, 16 dicembre 1999, n. 3925, in *Foro amm.*, 2000, 2355). Trattasi di impostazione per vero non del tutto abbandonata anche sotto il vigore del c.p.a. (cfr. Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2011, n. 2914, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2011, 5, 1616).

(49) Cons. St., sez. VI, 14 marzo 2005, n. 1047, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2005, 1574, con nota di A. ROMEO. Secondo la citata decisione, in particolare, *“nella specie, malgrado la tempestiva e fondata impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, la società appellante – per le circostanze sopravvenute alla proposizione del ricorso originario e ad essa non riferibili – non può conseguire alcuna utilità dall'accoglimento della domanda di annullamento”*, cosicché *“poiché all'annullamento dell'aggiudicazione non potrebbe seguire un ulteriore atto di aggiudicazione in favore dell'appellante, alla statuizione di improcedibilità della domanda di annullamento segue quella di accoglimento della domanda volta al risarcimento del danno”*. In termini analoghi v. anche TAR Campania-Napoli, sez. I, 30 marzo 2005, n. 2774, in www.giustizia-amministrativa.it e giurisprudenza ivi citata.

(50) Cons. St., sez. IV, 21 aprile 2009, n. 2435, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2009, 4, 960 e, ancor prima, *Id.*, sez. VI, 18 marzo 2008, n. 1137, *ibid.*, 2008, 3, 855 e in *Guida al diritto*, 2008, 20, 76, con nota di O. FORLENZA, recante l'affermazione per cui quando viene meno l'interesse attuale all'annullamento, per intervenuti atti successivi – ed in specie per effetto della caducazione del provvedimento disposta

Se tali decisioni, pur innovative, di fatto non abbandonavano del tutto la teoria della pregiudiziale amministrativa, dal momento che, in sostanza, nei casi esaminati era stato comunque incardinato un *simultaneus processus* avente ad oggetto l'impugnazione tempestiva dell'atto lesivo in uno con la richiesta di condanna al risarcimento del danno, di ancora maggiore interesse è altra successiva pronuncia del Consiglio di Stato (51), nella quale, per la prima volta, si afferma la possibilità per il giudice amministrativo di dichiarare l'illegittimità dell'atto impugnato ai fini di una futura azione risarcitoria esperibile dall'interessato (52). La fattispecie aveva ad oggetto l'impugnazione degli atti progettuali inerenti alla costruzione di una arteria viaria per assenza di una preventiva procedura di valutazione dell'impatto ambientale dell'intervento. Il collegio, superata la statuizione di inammissibilità dell'impugnativa pronunciata dal giudice di prime cure, ha accolto il ricorso. Tuttavia, l'avanzato e non più reversibile stato di esecuzione dell'opera è stato ritenuto ostativo, anche alla luce della *regula iuris* di cui agli artt. 2058 e 2933 cod. civ., all'adozione di una pronuncia di annullamento con effetti demolitori e ripristinatori (53): *“la sezione deve allora pervenire ad un accertamento dell'illegittimità, senza esito di annullamento e nei riguardi del solo appellante, ai fini della tutela risarcitoria invocabile con riguardo agli eventuali danni patiti per effetto dell'esecuzione dei provvedimenti di che trattasi”*.

Come noto, il codice del processo amministrativo ha notevolmente innovato in ordine alla tematica dei rapporti tra azione di annullamento e azione risarcitoria (54). Nella nuova logica, che demanda *“alla libera scelta del destinatario dell'azione amministrativa se considerarla illegittima o dannosa, o in entrambi i modi, proponendo le azioni più idonee allo scopo”* (55) e che consacra la reciproca autonomia tra azione di annullamento e azione risarcitoria, superando l'ancillarità di quest'ultima rispetto al paradigma caducatorio (56), appare piuttosto naturale l'inserimento di una previsione

dall'amministrazione in via di autotutela, con efficacia sia *ex nunc*, che *ex tunc* – può comunque ravvisarsi un interesse residuale a ricorrere, a fini risarcitori, per gli effetti negativi già prodotti dal provvedimento originario.

(51) Cons. St., sez. V, 16 giugno 2009, n. 3849, in *Foro amm.* - C.d.S., 2009, 1495 e in *Urb. e app.*, 2010, 89, con nota di E. BOSCOLO.

(52) Soluzione nient'affatto scontata, se è vero che altre pronunce, pur orientate ad ammettere l'autonoma proposizione dell'azione di condanna, avevano concluso in senso esattamente opposto, cioè arrestandosi, *in limine*, alla declaratoria di improcedibilità del ricorso. V. in particolare Cons. St., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2822, in *Foro amm.* - C.d.S., 2007, 6, 1824, con nota di P. G. N. LOTTI: *“l'eccezione di improcedibilità sollevata dall'AUSL appellata non può, dunque, efficacemente essere contrastata con la prospettazione dell'interesse di parte appellante ad eventualmente proporre domanda risarcitoria, atteso che l'astratta proponibilità della stessa, come detto, non risulta condizionata al previo annullamento dell'atto amministrativo impugnato”*.

(53) Ad onor del vero, la soluzione adottata non pare del tutto coerente con l'assunto giurisprudenziale secondo il quale l'obbligo ripristinatorio quale effetto dell'annullamento non soggiace ai limiti dell'eccessiva onerosità ex art. 2058 cod. civ. (v. ad esempio Cons. St., sez. VI, 22 settembre 2008, n. 4563, in *Foro amm.* - C.d.S., 2008, 9, 2489).

(54) Senza alcun intento di completezza, v. R. GISONDI, *Art. 30* (commento), in *Codice del nuovo processo amministrativo*, a cura di F. Caringella-M. Protto, Roma, 2012, 370 ss.; S. FANTINI, *Art. 30* (commento), in *Codice del processo amministrativo*, 2012, cit., 566 ss.; R. CHIEPPA, *Art. 30* (commento), in *Il processo amministrativo*, cit., 274 ss.; I. PAGANI, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, a cura di F. Caringella-S. Mazzamuto, G. Morbidelli, Roma, 2012, 876 ss.

(55) G. P. CIRILLO, *Il risarcimento del danno e l'incidenza della mancata proposizione dell'azione di annullamento nella sua valutazione*, in *Giurisdiz. amm.*, 2011, IV, 181.

(56) V. Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit.

quale è quella di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a. Essa, nel regolare l'ipotesi per la quale, in caso di inutilità dell'annullamento dell'atto (57), il giudizio possa comunque concludersi con una pronuncia dichiarativa dell'illegittimità utile ai fini risarcitori (58), presuppone naturalmente che un successivo giudizio risarcitorio possa essere effettivamente esperito, rinsaldandosi dunque con la disposizione recata dall'art. 30, comma 5, c.p.a., a mente della quale "nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza" (59).

Peraltro, la giurisprudenza, dopo l'entrata in vigore del c.p.a., si è divisa in ordine all'interpretazione del citato art. 34, comma 3, emergendone un panorama piuttosto variegato (60).

Scendendo nel dettaglio, per un primo più rigoroso orientamento sarebbe addirittura necessario, al fine dell'applicazione della norma, che il ricorrente abbia già proposto o proponga contestualmente all'azione di annullamento specifica domanda di risarcimento del danno (61).

(57) Osserva però A. CARBONE, *Pluralità delle azioni e tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo*, cit., 914, che, ancorché la norma faccia riferimento soltanto ad un giudizio di annullamento, non dovrebbe ravvisarsi alcun ostacolo a che la stessa possa essere estesa in via analogica anche all'ipotesi di ricorso avverso il silenzio, ovvero a quella per cui sia stata esperita insieme all'azione di annullamento anche quella di condanna all'adozione dell'atto richiesto e negato: "*anche in queste fattispecie, infatti, l'interesse ad ottenere il provvedimento potrebbe venir meno nelle more del giudizio e tuttavia la relativa illegittimità compiuta dalla P.A. (mancata emanazione dell'atto che invece doveva ritenersi dovuto) rilevare ai fini risarcitori*". Tale tesi ha recentemente ricevuto anche l'avallo della giurisprudenza (cfr. Cons. St., sez. V, 28 aprile 2014, n. 2184, in www.giustizia-amministrativa.it).

(58) Norma applicabile anche in appello, in deroga al generale divieto di *nova* nel secondo grado di giudizio, giusta l'espressa riserva contenuta dall'art. 104, comma 1, c.p.a.: "nel giudizio di appello non possono essere proposte nuove domande, fermo quanto previsto dall'articolo 34, comma 3 [...]".

(59) Il Giudice delle Leggi (Corte cost., 12 dicembre 2012, n. 280, in *Giur. cost.*, 2012, 6, 4466, con nota di F. G. SCOCA), ha dichiarato inammissibile per difetto di rilevanza la questione di legittimità costituzionale sollevata riguardo alla norma in esame da TAR Sicilia-Palermo, sez. I, 7 settembre 2011, ord. n. 1628, in *Foro amm. - TAR*, 2011, 9, 2879.

(60) La dottrina sul punto, invece, appare piuttosto scarna. Tra i pochi che hanno preso posizione sull'esegesi giurisprudenziale della norma merita segnalare G. CORSO, *Art. 34* (commento), in *Il processo amministrativo*, cit., 341, il quale ritiene che, nel caso in cui ci si riservi di instaurare un separato giudizio per la richiesta di condanna al risarcimento del danno, il ricorrente dovrebbe segnalare, ai fini dell'applicazione dell'art. 34, comma 3, c.p.a., il proprio perdurante interesse ai fini risarcitori.

(61) La tesi dell'applicabilità dell'art. 34, comma 3, solo allorquando la domanda risarcitoria sia stata proposta nello stesso giudizio di annullamento, oppure quando la parte ricorrente dimostri che ha già incardinato un separato giudizio di risarcimento o che è in procinto di farlo è sostenuta da una parte dei giudici di primo grado e, recentissimamente, anche da Cons. St., sez. V, 13 gennaio 2014, n. 70, in www.giustizia-amministrativa.it. In particolare, TAR Lombardia-Brescia, sez. I, 11 gennaio 2012, n. 5, *ivi* ha ritenuto che "*neppure può ritenersi sufficiente a mantenere l'interesse alla decisione la dichiarazione fatta dal legale dei ricorrenti alla pubblica udienza di intendere proporre nei confronti dell'Amministrazione comunale domanda di risarcimento dei danni. Al riguardo va richiamato l'indirizzo della Sezione in tema di permanenza dell'interesse alla decisione del ricorso (cfr. le sentenze 24.2.2011 n. 330, 3.3.2011 n. 373 e 11.3.2011 n. 417), con cui si è affermato che – in assenza di una espressa richiesta di risarcimento del danno da parte della ricorrente – non v'è impedimento alla dichiarazione di improcedibilità del ricorso impugnatorio*", salvo poi rilevare con una certa contraddittorietà che la specifica domanda attraverso la quale l'interesse risarcitorio può concretizzarsi "*è proponibile entro il termine di cui all'art. 30, c. 5 del c.p.a.*" V. anche TAR Lazio-Roma, sez. III, 23 aprile 2014, n. 4419, in www.giustizia-amministrativa.it; *Id.*, 28 marzo 2014, n. 3464, *ivi*; TAR Toscana, sez. III, 1° luglio 2013,

Per un secondo indirizzo – che si potrebbe definire mediano e nel quale va ricompresa anche la sentenza annotata – pur non essendo necessaria una formale istanza risarcitoria sarebbe richiesto al ricorrente, al fine di evitare la conclusione in rito del giudizio non più sorretto dal necessario interesse caducatorio, lo svolgimento di una qualche attività. Tale attività, peraltro, viene diversamente configurata. Alcune pronunce si concentrano primariamente sulla necessità di una specifica domanda di accertamento dell'illegittimità dell'atto (62). Altre si attestano piuttosto sul crinale della manifestazione dell'interesse ai fini risarcitori, postulando in capo all'istante un onere, invero di diversa intensità (63).

n. 1019, *Foro amm.* - TAR, 2013, 7-8, 2281 e giurisprudenza *ivi* richiamata; TAR Sicilia-Catania, sez. III, 18 marzo 2013, n. 802, *ibid.*, 2013, 3, 1043; *Id.*, sez. II, 22 novembre 2012, n. 2646, *ibid.*, 2012, 11, 3698; *Id.*, sez. III, 7 novembre 2012, n. 2532, *ivi*, 3695; TAR Campania-Salerno, sez. I, 9 maggio 2012, n. 850, *ibid.*, 2012, 5, 1724; TAR Puglia-Bari, sez. I, 21 febbraio 2012, n. 369, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Lombardia-Milano, sez. IV, 5 ottobre 2011, n. 2352, in *Foro amm.* - TAR., 2011, 10, 3056.

Tale stringente posizione non parrebbe tuttavia meritare credito. Infatti, come ben chiarito da Cons. St., sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2916, in *Foro amm.* - C.d.S., 2012, 5, 1173 e in *Urb. e app.*, 2012, 10, 1040, con nota di A. DAPAS e L. VIOLA, una tale ermeneusi si tradurrebbe in una interpretazione palesemente *contra legem* della norma avuto riguardo all'inequivoco tenore letterale dell'art. 30, comma 5, c.p.a. ed alla positivizzazione stessa del principio di autonomia dell'azione risarcitoria di cui all'art. 30 c.p.a., che una siffatta lettura sconfesserebbe apertamente. Con la precisazione che non costituisce valida obiezione quella per cui l'azione risarcitoria potrebbe non essere poi effettivamente incardinata: ciò è del tutto irrilevante, dacché la pronuncia dichiarativa dell'illegittimità è resa *inter partes* al solo eventuale fine risarcitorio, senza che l'amministrazione sia vincolata ad alcun effetto conformativo e senza che il privato possa in qualche modo giovare della statuizione al fine di ottenere la materiale caducazione degli atti impugnati o di quelli conseguenti.

(62) V. la piuttosto articolata Cons. St., sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6539, in *Foro amm.* - C.d.S., 2011, 12, 3701, che conclude nel senso che “la mancanza di una richiesta della parte interessata all'accertamento dell'illegittimità del provvedimento impugnato, esime il collegio dal provvedere”. Cfr. anche *Id.*, 23 aprile 2014, n. 2063, in www.giustizia-amministrativa.it; *Id.*, 16 aprile 2014, n. 1932, *ivi*, nonché *Id.*, sez. IV, 28 dicembre 2012, n. 6703, in *Foro amm.* - C.d.S., 2012, 12, 3237, che peraltro si è spinta oltre, ritenendo “ragionevole ritenere che, proprio a evitare un possibile inutile esercizio della funzione giurisdizionale, il ricorrente abbia almeno l'onere di allegare compiutamente i presupposti per la successiva proposizione dell'azione risarcitoria, a partire ovviamente dal danno sofferto”. Per la giurisprudenza di primo grado, v. TAR Lombardia-Milano, sez. I, 24 ottobre 2013, n. 2371, in *Foro amm.* - TAR, 2013, 10, 2972: “condizione imprescindibile per rendere operativa la norma in argomento è, tuttavia, che emerga la reale e inequivoca intenzione del ricorrente di ottenere una pronuncia di accertamento della sola illegittimità del provvedimento, anche se non tradotta in formule sacramentali” e *Id.*, sez. III, 14 luglio 2011, n. 1887, *ibid.*, 2011, 7-8, 2228, particolarmente interessante perché, pur ritenendo necessaria la formulazione in corso di giudizio di una domanda di accertamento della illegittimità del provvedimento, precisa che “l'interesse a proporla [...] sussiste per il solo fatto che sia possibile in un successivo momento esperire l'azione risarcitoria”.

(63) E infatti, talune sentenze affermano che “gravi sul soggetto istante quanto meno un onere di allegazione di elementi concreti i quali depongano nel senso dell'effettiva sussistenza di un interesse ai fini risarcitori. È evidente che non sarà necessaria in siffatte ipotesi la prova piena del fatto illecito generatore di danno; ma neppure può ammettersi (in base a una sorta di «errore pendolare») che la mera e indimostrata allegazione di un generico interesse ai fini risarcitori possa rappresentare un vero e proprio passepartout attraverso il quale scardinare (rectius: aggirare) il dato oggettivo costituito dall'insussistenza di un interesse all'ulteriore coltivazione del ricorso e attraverso cui far surrettiziamente rientrare nel giudizio un interesse all'impugnativa di cui si sia in concreto accertata l'insussistenza” (Cons. St., sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4388, *ibid.*, 2011, 7-8, 2531; ma, analogamente, TAR Sicilia-Catania, sez. III, 17 aprile 2014, n. 1186, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Campania-Napoli, sez. VI, 20 marzo 2014, n. 1646, *ivi*; TAR Lombardia-Milano, sez. II, 4 giugno 2013,

Per una terza corrente giurisprudenziale, infine, non sarebbe richiesto né che il ricorrente domandi espressamente al giudice di emettere la pronuncia dichiarativa in argomento, né che manifesti esplicitamente il perdurante interesse ai fini risarcitori. In un caso (64), la ricorrente, classificatasi sesta nella graduatoria di una procedura d'appalto, aveva impugnato gli atti concorsuali in ragione dell'esclusivo interesse strumentale ad ottenere la riedizione della gara. Tuttavia, a seguito dell'aggiudicazione e della stipula del contratto, non era stata richiesta alcuna declaratoria di inefficacia del contratto e, tanto meno, il subentro nell'esecuzione della commessa, che comunque non sarebbe stato possibile. Peraltro, l'interesse pubblico volgeva decisamente nella direzione del mantenimento del contratto, atteso lo stato di avanzata esecuzione del medesimo. Ebbene, rilevato come l'annullamento degli atti impugnati non avrebbe recato alcuna utilità alla ricorrente, il collegio ha dichiarato l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, ritenendo, da un lato, che l'applicazione dell'art. 34, comma 3, non richiedesse alcuna specifica istanza dell'interessato (65); dall'altro, che nemmeno fosse imprescindibile una manifestazione di interesse ai fini risarcitori, essendo un tale interesse direttamente desumibile dal tipo di controversia e dagli atti di causa (66). In un altro caso (67), la ricorrente aveva impugnato un diniego di piano di lottizzazione; vistasi rigettare il ricorso di primo grado proponeva appello, ma nelle more di questo interveniva una nuova strutturazione urbanistica maggiormente restrittiva: tale sopravvenienza era ostativa alla persistenza di un interesse all'annullamento dell'atto. Il collegio, in una fattispecie nella quale ad onor del vero l'appellante aveva comunque manifestato la sussistenza di interesse alla decisione del gravame alla luce dell'art. 34, comma 3, ha affermato in termini generali, da una parte, che il giudice ben può di

n. 1443, in *Foro amm. - TAR*, 2013, 6, 1830 e TAR Campania-Napoli, sez. III, 14 maggio 2013, n. 2501, *ibid.*, 2013, 5, 1678, che non ha ritenuto bastevole “una semplice istanza puramente assertiva del permanere dell'interesse”).

Altre decisioni ritengono invece sufficiente la mera deduzione di un interesse risarcitorio (Cons. St., sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6229, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Lazio-Roma, sez. III, 7 maggio 2013, n. 4481, in *Foro amm. - TAR*, 2013, 5, 1582, che, dopo aver affermato drasticamente come “il giudice amministrativo sia tenuto ad accertare l'illegittimità dell'atto impugnato solo nel caso in cui la domanda risarcitoria sia stata proposta nel corso di un giudizio instaurato con un'azione di annullamento”, ha ammesso più cautamente che la permanenza dell'interesse alla decisione della causa sotto il profilo risarcitorio potrebbe anche essere evidenziata al collegio in sede di discussione della causa; TAR Lombardia-Milano, sez. IV, 16 luglio 2013, n. 1862, *ibid.*, 2013, 7-8, 2214).

(64) Cons. St., sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817, in *Dir. & Giust.*, 2011, 21 giugno e in *Urb. e app.*, 2011, 11, 1347, con nota di R. PROIETTI.

(65) In tal senso avrebbe militato: da un lato, l'argomento testuale identificato nel fatto che la disposizione, in presenza dei presupposti da essa determinati, adopera una formula vincolante (“il giudice accerta l'illegittimità dell'atto”); dall'altro, l'annotazione per la quale l'accertamento dell'illegittimità dell'atto è contenuto nel *petitum* di annullamento come un presupposto necessario (“siccome il più contiene il meno, il giudice limita la sua pronuncia ad un contenuto di accertamento in seguito ad una valutazione dell'interesse a ricorrere, quindi da compiere di ufficio: in quanto manca l'interesse all'annullamento ma sussiste l'interesse ai fini risarcitori”).

(66) Nella specie il collegio ha ritenuto di tutta evidenza la sussistenza oggettiva di “uno specifico interesse che, in ipotesi, ben potrebbe essere coltivato a fini risarcitori, in relazione ad eventuali spese di partecipazione alla gara e all'eventuale perdita di chances che l'impresa possa allegare”.

(67) Cons. St., sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2916, cit., che, tra l'altro, ribadisce che la norma di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a., in quanto di natura eminentemente processuale, risulta immediatamente applicabile, potendo estendersi anche ai procedimenti giudiziali proposti prima della sua entrata in vigore, alla stregua del principio *tempus regit actum*.

ufficio limitare la pronuncia ad un contenuto di accertamento dell'illegittimità (68); dall'altra, che lo stesso giudice, pure ufficiosamente, deve verificare la sussistenza di un interesse ai fini risarcitori, anche in mancanza di una apposita segnalazione del ricorrente (69). A queste sentenze pare potersi accostare una terza pronuncia del Consiglio di Stato (70). La fattispecie aveva ad oggetto l'impugnazione di una variante al piano regolatore generale: a fronte di sopravvenienze inerenti alla sistemazione urbanistica del territorio, il ricorso era stato giudicato improcedibile dal giudice di primo grado. Il giudice di appello, tuttavia, ha sovvertito tale esito ritenendo di dover dichiarare l'illegittimità dell'atto impugnato (71).

5. Come detto, la sentenza annotata si colloca nel filone intermedio. Essa, infatti, da un lato esclude che sia necessaria ai fini dell'emissione della pronuncia dichiarativa dell'illegittimità del provvedimento la contestuale proposizione della domanda risarcitoria; dall'altro però ritiene indispensabile una espressa manifestazione di interesse del ricorrente in relazione alla prosecuzione del giudizio a fini risarcitori. Interessante è a questo punto ripercorrere l'*iter* argomentativo sulla cui scorta il collegio giunge ad una siffatta conclusione (72). Punto di partenza è, come già anticipato, che

(68) Invero, l'art. 34, comma 3, introdurrebbe, *"in presenza dei presupposti ivi previsti, una conversione dell'azione di annullamento in azione di accertamento, in quanto l'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato è contenuto del petitum di annullamento come antecedente necessario"*. Con la precisazione che nel rendere la statuizione dichiarativa dell'illegittimità il giudice *"non si esprime sul fumus boni iuris della susseguente azione risarcitoria, ma afferma la sussistenza in via meramente astratta dei presupposti per la proposizione dell'azione stessa, lasciando – ferma ovviamente restando l'affermazione dell'illegittimità degli atti impugnati – ogni ulteriore valutazione in concreto al giudice competente [...]"*.

(69) Nella specie, tale interesse è stato ritenuto sussistente in relazione alle emergenze istruttorie, dal momento che la parte aveva allegato che l'assetto urbanistico sopravvenuto avrebbe consentito uno sfruttamento edilizio meno proficuo di quello contemplato nel piano di lottizzazione a suo tempo proposto.

(70) Trattasi di Cons. St., sez. IV, 7 luglio 2011, n. 4064, in *Guida al diritto*, 2011, 9, 66. V. poi anche Cons. St., sez. V, 30 aprile 2014, n. 2252, in *www.giustizia-amministrativa.it* e, per la giurisprudenza di prime cure, TAR Puglia-Bari, sez. II, 12 ottobre 2011, n. 1511, in *Foro amm. - TAR*, 2011, 10, 3236: in presenza di una causa di improcedibilità del ricorso per annullamento, il giudice di primo grado ha affermato, in assenza di qualsivoglia domanda o manifestazione d'interesse di parte che *"peraltro, non potendosi escludere l'interesse del ricorrente ad esercitare una azione risarcitoria in separato giudizio, il Collegio è tenuto, ai sensi dell'art. 34 comma 3 c.p.a., ad esaminare il merito del ricorso ai fini della mera declaratoria di illegittimità dell'atto"*.

(71) Il collegio, nell'emettere la pronuncia dichiarativa, ha invero convenuto *"con quanto argomentato da parte appellante in ordine all'interesse per la proposizione della domanda risarcitoria autonoma"*. Tuttavia, nell'esaminare la portata dell'art. 34, comma, 3, c.p.a., non parrebbe aver riconosciuto l'imprescindibilità, ai fini della pronuncia dichiarativa dell'illegittimità, di una espressa domanda di parte, limitandosi ad osservare che tale norma, ritenuta di carattere ricognitivo di principi già immanenti al sistema di tutela giurisdizionale amministrativa, *"in presenza dell'interesse risarcitorio in capo alla parte ricorrente, consente al giudice di accertare l'illegittimità dell'atto anche se «non risulta più utile» l'annullamento del provvedimento impugnato"* (non a caso è richiamato espressamente il precedente di cui alla citata sentenza n. 2817/2011). Anche la sussistenza dell'interesse risarcitorio, per vero, sembra essere stata ricavata autonomamente del giudice e precisamente desunta nella sussistenza di vari dinieghi opposti al rilascio della concessione edilizia, motivati sulla base dell'incompatibilità della destinazione dell'area impressa dalla variante poi rivelatasi illegittimamente adottata.

(72) La motivazione della sentenza annotata in ordine ai presupposti di applicabilità dell'art. 34, comma 3, c.p.a., è stata poi pedissequamente ripresa da TAR Campania-Napoli, sez. I, 13 dicembre 2013, n. 5744, in *www.giustizia-amministrativa.it*; *Id.*, n. 5741, *ivi*; *Id.*, 4 dicembre 2013, n. 5494, in *Foro amm.*

l'art. 34, comma 3 concretizzerebbe un'ipotesi di azione di mero accertamento. Con la peculiarità che qui l'incisione della situazione giuridica sostanziale che la tutela meramente dichiarativa intende eliminare non consiste in una situazione di obiettiva incertezza originata dalla contestazione avversaria: l'interesse ad agire sarebbe invece rinvenibile nell'esigenza di economizzare un giudizio già avviato, e che dovrebbe concludersi in rito, deviandone il percorso in funzione dell'accertamento di una parte (illegittimità dell'atto) dei fatti costitutivi dell'eventuale domanda risarcitoria (*"in sostanza, dall'annullamento dell'atto si passa ad una sentenza generica su di una frazione dell'anziché della pretesa risarcitoria"*). Più nel dettaglio, la fattispecie contemplata dall'art. 34, comma 3, non identificerebbe una mera riqualificazione della domanda originaria (potere prettamente ufficioso), dal momento che il passaggio dall'azione di annullamento a quella di mero accertamento determinerebbe pur sempre una modificazione degli effetti sostanziali scaturenti dal giudicato. Non potrebbe a tal riguardo parlarsi di domanda implicita, ma neppure di vera e propria *mutatio libelli*: infatti, il mero accertamento dei vizi dell'atto in luogo della relativa caducazione concretizzerebbe, a parità di *causa petendi*, una modificazione in senso riduttivo del *petitum* immediato (dichiaratoria di illegittimità anziché annullamento), sullo sfondo della variazione del *petitum* mediato spinta dalla necessità di renderlo consona all'effettivo bisogno di tutela (*"l'oggetto mediato trascorre dalla tutela specifica a quella per equivalente"*). Si sarebbe dunque innanzi ad una semplice *emendatio libelli* che, quale fenomeno di specificazione della domanda originaria, sarebbe suscumbibile sotto il disposto dell'art. 32, comma 2, ultimo periodo, c.p.a., a mente del quale "sussistendone i presupposti il giudice può sempre disporre la conversione delle azioni". Ebbene, tra i presupposti della conversione dell'azione di annullamento in mero accertamento vi sarebbe anche quello dell'esplicita istanza di parte, identificata, per l'appunto, nella espressa manifestazione del ricorrente della sussistenza dell'interesse ai fini risarcitori. Tale soluzione sarebbe coerente col fatto che, nella tutela contenziosa di mero accertamento, il processo non può comunque essere considerato come strumento utilizzabile in vista della mera previsione di possibili effetti pregiudizievoli per la parte, dovendo al contrario questa ultima prospettare *"l'esigenza concreta di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile"*. Tanto più che tra la chiusura in rito del giudizio con sentenza dichiarativa dell'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse e il mero accertamento della fondatezza dei vizi non vi sarebbe alcuna continenza effettuale, potendo anzi la parte preferire che il giudizio si chiuda in *limine litis*, per esempio per evitare un regime più gravoso in ordine alle spese di causa. Ancora, la soluzione opposta – cioè quella del potere-dovere ufficioso del giudice di procedere, anche in assenza della prospettazione di un danno, all'esame della fondatezza dei vizi dedotti – contrasterebbe col principio di ragionevole durata del processo e si porrebbe in spregio al principio della domanda (*rectius*: corrispondenza tra chiesto e pronunciato). Al contrario, la manifestazione espressa di interesse alla prosecuzione del giudizio – che comunque non abbisogna di atto notificato, in quanto integrante una mera precisazione della domanda originaria – consentirebbe pure di salvaguardare le esigenze del contraddittorio. Del resto, anche se si volesse opinare nel senso che la conversione della domanda fosse un potere ufficioso del giudice, il risultato non cambierebbe, dacché, a mente dell'art. 73, comma 3, c.p.a., questi dovrebbe

- TAR, 2013, 12, 3782. Da ultimo, di tenore identico è anche TAR Lombardia-Milano, sez. I, 6 marzo 2014, n. 606, in www.giustizia-amministrativa.it.

comunque previamente sottoporre la questione alle parti e, per tale via, il ricorrente dovrebbe comunque manifestare il proprio interesse ai fini risarcitori.

Si tratta, come visto, di una ricostruzione argomentativa piuttosto articolata e complessa, che, tuttavia, parrebbe poggiare su di un equivoco di fondo.

E invero, come già si è avuto modo di rilevare, tra le pieghe della fattispecie regolata dall'art. 34, comma 3, c.p.a. non si cela affatto un'azione di mero accertamento (73). Il ricorrente ha incardinato un'azione demolitoria avverso un provvedimento lesivo del proprio interesse legittimo, la quale, tuttavia, non è più sorretta al momento della decisione – per vari motivi – dalla condizione dell'azione identificata nell'interesse al ricorso. In tale evenienza, la disposizione in argomento, recependo un principio come visto già precedentemente affermato a livello pretorio, impone al giudice di dichiarare l'improcedibilità dell'impugnativa solo allorché venga a mancare, oltre all'interesse all'annullamento, anche l'interesse ai fini risarcitori. Come si vede, non si pone quindi propriamente né una questione di conversione dell'azione (74), né un problema di riqualificazione della domanda originaria (75). Per espressa *voluntas legis*,

(73) Rileva esattamente A. CARBONE, *Pluralità delle azioni e tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo*, cit., 913, che trattasi di ipotesi di sentenza dichiarativa non correlata ad una corrispondente azione della medesima natura. Ed invero, anche la pronuncia in commento è costretta ad ammettere che nella specie non ricorre l'interesse tipico che sorregge l'azione di mero accertamento, cioè quello di eliminare ogni dubbio in relazione ad un'obiettivo incertezza su di una situazione giuridica o rapporto. E non avrebbe potuto dire altrimenti, posto che, nell'ipotesi in esame, non vi è alcuna incertezza: il potere amministrativo è già stato esercitato, ed è stato esercitato attraverso l'emissione di un atto ritenuto lesivo della sfera giuridica dell'interessato, che perciò l'ha impugnato chiedendone l'annullamento.

(74) Che era e rimane di annullamento. In effetti, come ben si vede anche dalla relativa collocazione codicistica (Titolo IV del Libro I, rubricato "pronunce giurisdizionali"), la disposizione di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a. è rivolta al giudice e non alla parte. Peraltro, pare interessante notare come a differenza dell'art. 34, comma 1, l'art. 34, comma 3, non contenga alcun riferimento alla domanda e ai suoi limiti, ciò significando che, ferma la domanda di annullamento originaria, il giudice ben può, attraverso una valutazione tutta incentrata sull'interesse, pervenire ad una pronuncia formalmente non conforme al *petitum*, ma caratterizzata rispetto ad esso da un rapporto di continenza (semplice declaratoria di illegittimità in luogo dell'annullamento). Ed invero ciò che non diviene improcedibile a fronte della permanenza di un interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'atto da far valere ai fini risarcitori è proprio quella stessa azione di annullamento proposta dal soggetto leso (Cons. St, sez. V, 31 marzo 2011, n. 1969, in *Foro amm.- C.d.S.*, 2011, 3, 929). D'altro canto si deve notare che l'art. 30, comma 5, c.p.a. fa riferimento alla sola azione di annullamento: di conseguenza, non si può sostenere, se non a costo di ritenere paradossalmente non esperibile l'azione risarcitoria "successiva" proprio nell'ipotesi regolata dall'art. 34, comma 3, c.p.a., che quella che presiede alla pronuncia dichiarativa dell'illegittimità dell'atto sia (o si sia trasformata *in itinere* in) un'azione di mero accertamento.

(75) Nel caso dell'art. 34, comma 3, infatti, il giudice è vincolato da una puntuale norma di legge (se l'annullamento non è più utile e sussiste l'interesse ai fini risarcitori, il giudice deve accertare l'illegittimità del provvedimento), mentre la riqualificazione propriamente detta postula un'interpretazione libera e discrezionale del giudicante sulla domanda proposta (che trova fondamento innanzitutto nel principio *iura novit curia*), tesa all'individuazione del contenuto sostanziale della stessa come ricavabile, ad esempio, dalle argomentazioni (in fatto e in diritto) contenute nell'atto introduttivo o negli atti defensionali successivi, dai mezzi istruttori offerti, dalle precisazioni compiute nel corso del giudizio. Cfr. L. P. COMOGGIO, voce "Allegazione", in *Dig. civ.*, 1987, Torino, I, 277 ss. Peraltro, se proprio si volesse insistere sul tema del procedimento intellettuale di riqualificazione della domanda originaria si dovrebbe riconoscere che l'ipotesi all'esame rispetterebbe le condizioni al ricorrere delle quali il giudice può conoscere di una domanda implicita – cioè di domanda non espressamente proposta, ma in un certo senso contenuta nella o, quantomeno, presupposta dalle domande proposte – senza violare il principio di cui all'art. 112 c.p.c. E infatti, alla stregua di una consolidata giurisprudenza, sono da

invece, verrà attribuita efficacia di giudicato a quel momento di accertamento – inteso come applicazione della regola al fatto (76) – che è indefettibile *prius* logico della pronuncia giurisdizionale costitutiva, ma che rimane normalmente ad uno stato inespresso a livello di dispositivo. In altri termini, il giudice anziché dar luogo alla ordinaria sequenza accertamento dell’illegittimità dell’atto-annullamento si arresterà al primo passaggio, e tanto sulla scorta di una valutazione attinente all’interesse all’azione (77).

Il tema d’indagine pare quindi doversi spostare decisamente su quest’ultimo aspetto: quello dell’interesse. Nessun dubbio che la valutazione dell’insussistenza di un interesse attuale e concreto all’annullamento del provvedimento rientri, al di là delle sollecitazioni ad opera delle parti, nel campo dei poteri ufficiosi del giudice (78). La vera domanda sembra dunque essere se anche la valutazione in ordine alla presenza di un interesse ai fini risarcitori, che consenta l’adozione della pronuncia dichiarativa dell’illegittimità del provvedimento, spetti autonomamente al giudice o se invece incomba sulla parte una espressa allegazione o deduzione sul punto.

Deve prima di tutto sgombrarsi il campo da un possibile equivoco. Se la *ratio* della disposizione è quella di consentire la proposizione di un’azione risarcitoria “pura”, l’interesse di cui essa discorre non può essere l’interesse ad agire in via risarcitoria. Fermo restando il fatto che, per la teoria maggiormente accreditata, nell’azione di condanna l’interesse ad agire è irrilevante (79), ogni eventuale rilievo circa la sussistenza di un siffatto interesse dovrà dunque essere rinviato, unitamente all’esame degli ulteriori fatti costitutivi del diritto di credito di cui il privato assume la titolarità

reputarsi implicitamente contenute in quelle proposte le domande caratterizzate dalla medesima *causa petendi*, ma con un *petitum* inferiore e che, in ogni caso, non allarghino l’ambito soggettivo della controversia e che non riguardino una situazione giuridica soggettiva incompatibile con altra già dedotta in causa (v. Cass. civ., sez. III, 30 aprile 2005, n. 9021, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 4; *Id.*, sez. II, 2 marzo 1998, n. 2262, *ibid.*, 1998, 477; *Id.*, sez. I, 13 dicembre 1996, n. 11157, *ibid.*, 1996, 1739). Parametri che sarebbero rispettati nella fattispecie in argomento, nella quale, come correttamente evidenziato anche dalla sentenza annotata, non si introduce un *petitum* diverso e più ampio, né una *causa petendi* fondata su fatti costitutivi differenti ed in cui, comunque, la domanda espressa presuppone quella inespressa.

(76) Cioè della norma del caso singolo, ovvero di quella che la giurisprudenza, rifacendosi a noti concetti espressi in dottrina (E. ALLORIO, *Problemi di diritto. L’ordinamento giuridico nel prisma dell’accertamento giudiziale ed altri studi*, cit., 53 ss.; A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1997, IV, 434) ha chiamato la “*affermazione della regola di diritto nel caso concreto*” (Cons. St., sez. IV, 5 giugno 1995, n. 413, in *Foro amm - C.d.S.*, 1195, 1198).

(77) Sotto tale profilo non si può che condividere quanto affermato da Cons. St., sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817, cit.: “*siccome il più contiene il meno, il giudice limita la sua pronuncia ad un contenuto di accertamento in seguito ad una valutazione dell’interesse a ricorrere [...]*”.

(78) A mente dell’art. 35, comma 1, lett. d), c.p.a., infatti, “il giudice dichiara, anche d’ufficio, il ricorso: [...] improcedibile quando nel corso del giudizio sopravviene il difetto di interesse delle parti alla decisione [...] ovvero sopravvengono altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito”. E invero, la rilevazione della insussistenza delle condizioni dell’azione è compito prettamente ufficioso (cfr. ad esempio Cons. St., sez. VI, 24 aprile 2009, n. 2555, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2009, 4, 1073).

(79) “*Nell’azione di condanna si può e si deve dire che, sorto il diritto di credito, l’interesse ad agire è in re ipsa, o, il che è lo stesso, che non esiste nel processo di condanna il problema di ricercare l’esistenza di un interesse ad agire come problema autonomo rispetto a quello dell’esistenza del credito*”. (A NASI, voce “Interesse ad agire”, in *Enc. Dir.*, Milano, 1972, XXII, 41); cfr. anche L. P. COMOGLIO-C. FERRI-M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna 1998, 246; G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, 2002, 187; F. TOMMASEO, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 2002, I, 170 ss.

(80), al momento della (eventuale) proposizione dell'azione risarcitoria e nel relativo giudizio. La locuzione "se sussiste l'interesse ai fini risarcitori" pare dunque doversi intendere nel seguente senso: "se sussiste l'interesse alla (*rectius*: l'utilità della) declaratoria di illegittimità dell'atto in funzione di una futura domanda risarcitoria".

Fatta tale doverosa precisazione, è possibile finalmente rispondere al quesito: coerentemente con i principi immanenti in materia di verifica delle condizioni dell'azione, anche il vaglio del perdurante interesse alla decisione di merito dichiarativa dell'illegittimità del provvedimento spetterà innanzitutto al giudice (81). Per consolidata giurisprudenza, la declaratoria dell'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse postula l'accertamento da parte del giudice dell'inutilità della sentenza (82), all'esito di una rigorosa indagine che porti al sicuro convincimento che la modificazione della situazione di fatto e di diritto intervenuta in corso di causa impedisce di riconoscere in capo al ricorrente alcun interesse alla decisione (83). Orbene, non si vede perché tali coordinate non debbano valere anche con riferimento all'*utilitas* consistente nella declaratoria di illegittimità del provvedimento quale esito del giudizio alternativo alla pronuncia di mero rito. In altri termini, se è vero che anteriormente all'introduzione del codice del processo amministrativo il giudice poteva pronunciare la sentenza di rito solo quando potesse dirsi certo che la sentenza di merito non potesse arrecare alcun vantaggio al ricorrente (84), è altrettanto vero che, alla luce dell'art. 34, comma 3, c.p.a., il giudice potrà oggi esimersi dal sentenziare nel merito (non già annullando,

(80) Si esclude infatti che il giudice che si trovi a pronunciare la sentenza dichiarativa dell'illegittimità del provvedimento emetta una sentenza di condanna generica (cioè limitata all'*an debeat*). Al contrario, la funzione della declaratoria di illegittimità è solo quella di preconstituire nel futuro eventuale giudizio risarcitorio il giudicato sulla sussistenza dell'elemento oggettivo dell'illecito o, il che è sostanzialmente lo stesso, che la sentenza dichiarativa in questione involge una frazione di *an* della pretesa risarcitoria, impregiudicata ogni statuizione sugli ulteriori elementi costitutivi dell'illecito (V. Cons. St., sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2916, cit.).

(81). E infatti il giudice può rilevare ufficiosamente non solo, in negativo, l'insussistenza di un interesse attuale alla decisione, bensì anche, in positivo, il perdurante interesse alla definizione del giudizio (cfr., in parte motiva, Cons. St., sez. VI, 26 ottobre 2012, n. 5477, in *www.giustizia-amministrativa.it*; *Id.*, sez. V, 2 settembre 2005, n. 4467, *ivi*). Diversamente opinando si imporrebbe peraltro al ricorrente un onere eccessivo (e forse anche ingiusto): quello di accorgersi sempre e comunque (anche in assenza di qualsivoglia deduzione avversaria sul punto), o di ammettere (quand'anche fosse convinto dell'esatto contrario), che la propria impugnativa, tesa all'annullamento dell'atto, è carente di interesse attuale, sì da manifestare al giudice un perdurante interesse ai fini risarcitori evitando così la chiusura del giudizio con pronuncia di mero rito.

(82) V., *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5296, in *Ragiusan*, 2002, 219, 138.

(83) Tra le tante, Cons. St., sez. IV, 1 agosto 2001, n. 4206, in *Foro amm.*, 2001, 1945.

(84) Già anteriormente al codice la giurisprudenza precisava non di rado come lo scrutinio giudiziale in ordine alla persistenza dell'interesse alla decisione andasse condotto considerando anche le possibili ulteriori iniziative, specificamente quelle di natura risarcitoria, attivate o attivabili dal ricorrente per soddisfare la pretesa vantata. Cfr. Cons. St., sez. IV, 19 febbraio 2008, n. 532, in: *Foro amm. - C.d.S.*, 2008, 2, I, 413: "è sufficiente, al riguardo, ricordare che l'originaria ricorrente potrebbe richiedere, con separato e successivo ricorso, il risarcimento dei danni (per equivalente) patiti per effetto della sua illegittima esclusione dalla gara in questione (che non può ritenersi impedito dall'avvenuta assegnazione ad altra impresa del servizio), per escludere che la stessa abbia perso interesse alla decisione del ricorso e per affermare, al contrario, che dal suo accoglimento essa possa ricavare una significativa utilità (da identificarsi nell'accertamento di uno dei presupposti dell'illecito in relazione al quale può essere dalla stessa formulata una pretesa risarcitoria)". Cfr. ancora *Id.*, sez. V, 28 maggio 2004, n. 3456, *ibid.*, 2004, 1433; *Id.*, 6 febbraio 2003, n. 632, *ibid.*, 2003, 575; TAR Lombardia-Milano, sez. III, 19 novembre 2008, n. 5445, in *Foro amm. - TAR*, 2008, 11, 2977.

bensì dichiarando la illegittimità del provvedimento) solo allorché ravvisi con (relativa) sicurezza che la declaratoria di illegittimità sarebbe *inutiliter data* (85).

Acquisito il dato per cui, al di là delle non indispensabili sollecitazioni di parte, il giudice possa e debba ufficiosamente interrogarsi sull'interesse alla pronuncia dichiarativa dell'illegittimità del provvedimento, il tema di analisi deve spostarsi sul *quomodo* di una tale indagine. E invero, qualora questa ultima venisse condotta in via meramente astratta, dovrebbe concludersi nel senso che tale interesse sia sempre, per definizione sussistente (86), attesa la possibilità di esperire successivamente alla pronuncia sull'azione di annullamento l'azione risarcitoria (art. 30, comma 5, c.p.a.). Anche al fine di non rendere vacua di significato la formula "se sussiste l'interesse ai fini risarcitori" adottata dall'art. 34, comma 3, pare invece potersi affermare che l'apprezzamento giudiziale vada condotto in concreto. Ciò tuttavia senza trasmodare in un inammissibile esame diretto del merito della causa nelle forme di un giudizio prognostico sull'accogliibilità della domanda risarcitoria (una sorta di *fumus* di danno ingiusto), la decisione di proporre la quale è peraltro, in quel momento, ancora nella piena disponibilità della parte. Si intende dunque dire che il giudice più che valutare "in positivo" la sussistenza di un interesse, oggettivo (*ictu oculi*) o variamente emergente dalle risultanze istruttorie, a proporre una successiva azione risarcitoria, dovrebbe verificare "in negativo" che non sussistano, al di là della non decisiva assenza di prospettazioni ad opera del ricorrente, effettive ragioni ostative alla pronuncia dichiarativa a cagione dell'impraticabilità della via risarcitoria postuma. In ciò, il giudice, anche a mente dell'art. 84, comma 4, c.p.a., dovrà dare rilevanza all'intervento di fatti univoci (87), ma potrà anche trarre argomenti di prova dalla condotta della parte.

(85) Si applicherà anche in tal caso il disposto di cui all'art. 276, comma 2, c.p.c. ("il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa"), richiamato dall'art. 76, comma 4, c.p.a., nel senso che il collegio, a fronte della ravvisata inutilità della sentenza di annullamento, dovrà porsi, anche di ufficio, la questione del perdurante interesse alla decisione dichiarativa dell'illegittimità del provvedimento impugnato per poi procedere, una volta sciolto il dubbio in senso affermativo, a decidere il merito della controversia.

(86) Dovendosi allora senz'altro convenire con quella giurisprudenza secondo la quale l'interesse ai fini risarcitori di cui discorre l'art. 34, comma 3, c.p.a. "*sussiste per il solo fatto che sia possibile in un successivo momento esperire l'azione risarcitoria*", ossia è *in re ipsa* (V. TAR Lombardia-Milano, sez. III, 14 luglio 2011, n. 1887, cit.).

(87) In tale ottica, ci si è spinti, ad esempio, ad attribuire rilevanza alla prescrizione del credito risarcitorio. Nel senso che, una volta venuto meno l'interesse all'annullamento del provvedimento impugnato, rimarrà preclusa anche la possibilità di pronunciare la sentenza dichiarativa dell'illegittimità dello stesso, dato che, alla luce della prescrizione del credito risarcitorio, non permane un interesse residuo alla medesima. In tale caso, si è ritenuto che la regola della non rilevabilità di ufficio della prescrizione non opposta rimanga irrilevante, in quanto nell'ipotesi di specie la prescrizione non assumerebbe una valenza ai fini della decisione di merito sulla domanda risarcitoria, ma rilevarebbe solo ai fini della valutazione della permanenza dell'interesse ad agire, ossia di una condizione dell'azione, la cui verifica deve essere fatta di ufficio dal giudice, trattandosi di delibare in ordine alla procedibilità della domanda e, quindi, di risolvere una questione di rito e non di merito (v. Cons. St., sez. IV, 30 novembre 2010, n. 8350, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2010, 11, 2344, e giurisprudenza *ivi* richiamata). In sostanza, il giudice ha ritenuto di poter rilevare di ufficio la prescrizione del credito ai soli fini della permanenza di un interesse che consenta l'adozione di una pronuncia meramente dichiarativa dell'illegittimità dell'atto impugnato, ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a., perché si tratterebbe di un apprezzamento attinente alla persistenza di interesse al ricorso: una volta accertata la maturazione del termine prescrizioneale sarebbe consequenziale escludere la sussistenza dei presupposti processuali per l'adozione di una sentenza di accertamento dell'illegittimità dell'atto, perché l'accoglimento, limitatamente a tali fini, del ricorso, non

Si pensi, in particolare, ad un comportamento acquiescente del ricorrente (88) o comunque incompatibile rispetto all'ottenimento di una sentenza dichiarativa dell'illegittimità del provvedimento gravato da utilizzarsi ai fini risarcitori (89).

Può passarsi ora all'esame degli argomenti spesi dalla sentenza annotata a sostegno della tesi della imprescindibile necessità di una espressa manifestazione di interesse della parte al fine di accedere alla pronuncia dichiarativa dell'illegittimità del provvedimento.

Ad avviso del Tribunale lombardo, in primo luogo, tale espressa manifestazione di interesse sarebbe richiesta quale presupposto della tutela giurisdizionale contenziosa di mero accertamento, occorrendo che la parte prospetti l'esigenza concreta di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile. Sennonché, alla stregua di quanto dinanzi chiarito, non si versa nella specie in un'ipotesi di azione di mero accertamento (90), bensì si ha una pronuncia dichiarativa che consegue ad un'azione costitutiva ed è prodromica ad una eventuale azione di condanna, secondo il percorso sotteso al reticolo di norme di cui agli artt. 34, comma 3 e 30, comma 5, c.p.a. Il risultato utile che il ricorrente si prefigge di conseguire nell'attuale panorama legislativo proponendo un'azione di annullamento resta dunque, in prima battuta, quello "in forma specifica" consistente nella caducazione dell'atto lesivo, ma può diventare, in seconda battuta, cioè a fronte del sopravvento di circostanze obiettive che privino di pregnanza tale primario scopo, quello di ottenere un ristoro monetario per l'ingiusta compromissione arrecata al bene della vita (91). E ciò non esige alcuna precisazione o riprova dal punto di vista

potrebbe comunque recare alcun vantaggio al ricorrente. La tesi ha suscitato critiche (v. in particolare C. RUSSO-F. FORNATARO, *Le azioni nel codice del processo*, Milano, 2013, 68): essa tuttavia sembrerebbe corretta, a patto che la verifica in ordine alla maturazione della prescrizione avvenga in via incidentale, cioè impregiudicata ogni diversa statuizione sul punto da parte del giudice che abbia eventualmente ad essere investito della domanda risarcitoria autonoma.

(88) Così, a fronte dell'inutilità della sentenza di annullamento dinanzi all'integrale esecuzione dell'appalto, è stato escluso di doversi emettere la pronuncia dichiarativa in quanto nelle more era intervenuta anche una rinuncia alla domanda risarcitoria, implicante abdicazione volontaria alla tutela per equivalente (Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2011, n. 203, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2011, 1, 165). Si consideri, più in generale, l'ipotesi in cui il ricorrente abbia già irretrattabilmente rinunciato ad un giudizio risarcitorio parallelamente avviato o abbia nelle more del giudizio concluso una transazione con l'amministrazione, contemplante l'irrevocabile rinuncia alla coltivazione di qualsivoglia azione risarcitoria.

(89) Opererà a tal riguardo il divieto di abuso del diritto (avente come noto anche una dimensione processuale, cfr. Cons. St., sez. VI, 8 febbraio 2013, n. 703, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2013, 2, 507) e il principio del *nemo venire contra factum proprium*. Così, ben potrà la produzione *ex latere* attoreo della sopravvenuta istanza di condono edilizio (che di per sé significa ammettere la contestata abusività dell'opera per cui è causa) escludere la sussistenza di un interesse all'accertamento della legittimità dell'atto impugnato ad eventuali fini risarcitori (TAR Campania-Napoli, sez. VI, 25 ottobre 2010, n. 21368, in *Foro amm. - TAR*, 2010, 10, 3305). Ancora, la persistenza di un interesse a far dichiarare l'illegittimità ad eventuali fini risarcitori del comportamento dell'amministrazione, che solo tardivamente ha provveduto, potrà essere esclusa a fronte della conclusione del procuratore attoreo che abbia aderito alla richiesta avversaria di ottenere una pronuncia che prenda atto dell'avvenuta soddisfazione della pretesa del ricorrente, senza insistere sulla domanda di accollo alla controparte delle spese processuali (*Id.*, n. 21371, *ivi*).

(90) A fronte della quale potrebbe effettivamente esigersi dal ricorrente la specifica dimostrazione, ai sensi dell'art. 100 c.p.c., dell'effetto utile ritraibile da una tale forma di tutela atipica.

(91) Pare potersi richiamare, al riguardo, la logica secondo la quale, nel momento in cui quella risarcitoria è stata riconosciuta come modalità di tutela parallela dell'interesse legittimo, "*il mero interesse al risarcimento è perfettamente in grado di sostenere un'azione di impugnazione, poiché se è*

dell'apprezzabilità giuridica: l'ordinamento, nel predisporre gli strumenti per rendere operativa tale "intercomunicazione" delle tutele (da demolitoria e risarcitoria), dimostra di aver già espresso, una volta per tutte, quel giudizio di meritevolezza che non può pertanto fondatamente imporsi al singolo di ulteriormente comprovare.

In secondo luogo, si rileva che, nonostante in seno alla fattispecie di cui all'art. 34, comma 3, la domanda risulti mutuata solo in senso riduttivo, non vi è alcuna omogeneità di effetti tra la sentenza di rito e quella dichiarativa della illegittimità del provvedimento: la parte potrebbe allora preferire, per considerazioni circa il più favorevole regime delle spese di lite, la prima alla seconda. Nemmeno tale argomento pare risolutivo. Infatti, fermo restando che ovviamente la parte potrà essa stessa segnalare l'integrale carenza di interesse all'azione (finanche rinunciando al ricorso) o aderire all'eccezione proposta dalle controparti, giova evidenziare come, anche in caso di declaratoria di improcedibilità dell'impugnativa, il ricorrente non possa dirsi al riparo da una statuizione sfavorevole in ordine alle spese, alla luce del cosiddetto criterio della "soccombenza virtuale" (92).

In terzo luogo, la tesi seconda la quale il giudice, anche nella mancanza di una seria prospettazione di un danno dovrebbe essere sempre obbligato a procedere in via di extrapetizione (93), contrasterebbe con il principio di ragionevole durata del processo e, in particolare, con l'esigenza di economia dei giudizi, che di esso è corollario. Sennonché, il principio della ragionevole durata non parrebbe oltremodo sacrificato dal fatto che il giudice, all'udienza comunque fissata per la decisione (e dunque senza dilatazione dei confini temporali del giudizio), anziché arrestarsi in *limine litis*, si spinga ad accertare il *quid pluris* consistente nella fondatezza dei motivi dedotti in ricorso (94). E comunque, siffatto principio non potrebbe certo essere automaticamente anteposto ai canoni di pienezza ed effettività della tutela, pure di derivazione costituzionale ed europea. Inoltre, per quanto più specificamente attiene alla questione dell'economia dei giudizi, sia consentito rilevare come la profusione di risorse connaturata

vero che la tutela dell'interesse legittimo opera, di regola, con l'attribuzione del bene della vita in sede di esecuzione in forma specifica, è anche vero che il risarcimento per equivalente costituisce una forma di ristoro sussidiario che scatta proprio nel caso di impossibilità di realizzazione della prima forma di tutela" (TAR Campania-Napoli, sez. I, 30 marzo 2005, n. 2774, in *Foro amm. - TAR*, 2005, 3, 793). Ci si potrebbe dunque spingere a dire che l'interesse che muove il ricorrente allorché si risolve ad adire il giudice amministrativo avverso un atto lesivo assume nell'attuale processo amministrativo una configurazione a "geometria variabile", che lo rende idoneo a trascorrere, senza perciò mutare natura, da una tutela in forma specifica (*id est*: annullamento dell'atto), ad una tutela per equivalente, atteso il rapporto di fungibilità intercorrente tra i due rimedi, peraltro espressamente riconosciuto da Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 49, in *Giust. civ.*, 2012, 11-12, I, 2519.

(92) Cfr. da ultimo TAR Lombardia-Brescia, sez. I, 7 febbraio 2014, n. 136, in www.giustizia-amministrativa.it: il ricorrente, alla stregua del menzionato criterio e pur a fronte di una statuizione di improcedibilità del ricorso, è stato condannato alle spese di lite in considerazione del fatto che comunque il ricorso si sarebbe dovuto respingere.

(93) Così peraltro non è, visto che non può esserci alcuna ultrapetizione in una pronuncia che si esaurisca nell'accertamento, cioè in un procedimento intellettuale di applicazione della regola al fatto che, in quanto ineliminabile momento prodromico ad una pronuncia costitutiva, rimane un *minus* rispetto all'originaria richiesta di annullamento (o, per dirla con le parole della sentenza in commento, concreta una "variazione in senso riduttivo del petitum originario").

(94) Anzi, si è messo in luce, all'opposto, come la disposizione di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a. tenda proprio nel senso "di una riduzione dei rischi derivanti dalla probabile lunga durata del processo" (M. RAMAJOLI, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, cit., 595).

all'accertamento della illegittimità del provvedimento (95) ben può essere bilanciata dal risparmio di energie derivante dal fatto che, nel contesto della successiva azione risarcitoria, il giudice, a fronte di una statuizione che abbia acclarato la sussistenza dell'elemento oggettivo dell'illecito, sarà esentato da ogni indagine sul punto. Mentre, all'opposto, laddove si opini nel senso che, in mancanza di una espressa richiesta di parte, il giudice dovrà esimersi dallo scrutinare nel merito il ricorso, nulla assicura che detta attività non debba essere comunque in altra sede incidentalmente espletata, non essendo naturalmente precluso alla parte, pur in presenza di una sentenza che definisca in rito la domanda di annullamento del provvedimento, proporre domanda risarcitoria nel termine di cui all'art. 30, comma 5, c.p.a. Senza contare che esigenze di contenimento dell'attività giurisdizionale parrebbero suggerire piuttosto di evitare che, per effetto della mancata pronuncia dichiarativa dell'illegittimità dell'atto ai fini risarcitori, proliferino i giudizi di appello volti semplicemente a contestare – a torto o ragione – tale omissione.

Da ultimo, in ordine agli argomenti inerenti, da un lato, alla presunta impossibilità alla luce del principio della domanda della conversione ufficiosa dell'azione (che comunque, laddove in ipotesi ammessa, richiederebbe l'indicazione della questione alle parti ex art. 73, comma 3, c.p.a.) e, dall'altro, alla ventilata vulnerazione del contraddittorio derivante dal fatto che lo stesso si sarebbe formato solo sulla domanda originaria, pare sufficiente ribadire che, nella specie, non si assiste ad alcuna conversione dell'azione, né il giudice pronuncia su di una domanda ulteriore o diversa da quella introduttiva, sulla quale le parti hanno già potuto prendere posizione in corso di giudizio.

6. Concludendo, l'art. 34, comma 3, c.p.a. pare espressione di una tendenza ad individuare il ricorso giurisdizionale amministrativo non più solo, come nell'ottica tradizionale, quale strumento per la cura di un interesse a conservare una situazione di vantaggio contro un provvedimento che ne realizzi una compromissione, bensì anche come mezzo per ottenerne una nuova (96). E invero, una volta accolto il principio della pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale (art. 1 c.p.a.) ed acquisito che la possibilità stessa di pronunciare condanne al risarcimento del danno da parte del giudice amministrativo sostanzia una forma necessaria affinché la tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione sia veramente effettiva (97), appare chiaro che l'accertamento della volontà della legge quale componente

(95) Fermo restando che ovviamente potrà darsi che il giudice, pur ritenendo di dover esaminare il merito del ricorso, ritenga lo stesso manifestamente infondato.

(96) E invero, la declaratoria di legittimità dell'atto, a fronte di una situazione di improcedibilità dell'azione volta alla caducazione dello stesso, pare volta, nell'ottica dello spostamento del giudizio dall'atto al rapporto, a non vanificare, pur nell'acclarata inidoneità della sentenza costitutiva ad incidere in maniera rilevante sull'assetto degli interessi sottesi all'azione o comunque nell'impossibilità di fruire degli effetti della pronuncia di annullamento, l'aspirazione al bene della vita in contestazione, agevolando il conseguimento di una tutela pur nella forma indiretta rappresentata dal risarcimento del danno per equivalente. Affinché ciò sia possibile, l'atto viene preso in considerazione, volendo riportare le parole di un Maestro, *“da altre norme che prescindono dal suo essere realtà avente un autore (realtà voluta) e la assumono solo in quanto realtà avverata, ossia in quanto avente una storicità individua: essa è così qualificata non più come atto ma come fatto, ai fini della produzione di effetti giuridici che interessano non l'autore dell'atto ma l'ordinamento”* (M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 89).

(97) V. in particolare Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191, in *Giust. civ.*, 2006, 6, I, 1107.

immancabile della sentenza non si può esaurire nell'annullamento dell'atto (98). In sostanza, se lo scopo della tutela giurisdizionale è sempre quello di avere una giustizia effettiva, allora *“il fine ultimo del nuovo processo amministrativo è l'accertamento dell'utilità a cui si ha diritto: una utilità che non è deducibile a priori, in maniera compiuta, dalle norme esistenti, ma che viene determinata nel processo stesso in tutta la sua interezza”* (99). E dunque, in una prospettiva nella quale la tutela dell'interesse sostanziale del cittadino passa necessariamente attraverso la verifica del rispetto dei limiti imposti al potere dell'amministrazione, la stessa carenza successiva di interesse all'azione di annullamento ben può non comportare *sic et simpliciter* la definizione della lite in rito.

In tal modo non si passa, peraltro, da un'azione impugnatoria ad un'azione di mero accertamento, ma, cosa – come si spera di aver almeno in parte dimostrato – ben diversa, si attribuisce autonoma rilevanza al momento dell'accertamento, che è e rimane presupposto immancabile della sentenza costitutiva. Se ciò è corretto, si comprende come la soluzione proposta – poggiante, diversamente dalla sentenza annotata, sulla rivendicazione del potere-dovere del giudice di valutare ufficiosamente la sussistenza di un interesse residuo necessario e sufficiente alla pronuncia dichiarativa – non contrasti con il principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, né introduca un profilo di oggettivizzazione della tutela giurisdizionale amministrativa distonico rispetto alla visione del processo amministrativo come processo di parti.

Un ultimo ostacolo parrebbe residuare alla piena operatività della disposizione di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a. Come già detto (100), la consolidata giurisprudenza amministrativa ritiene che l'interesse ad agire indispensabile a sorreggere la domanda e quindi anche ad escludere l'improcedibilità sopravvenuta del ricorso, possa essere connotato dal carattere meramente morale. Di tal che, potrebbe porsi la questione della compatibilità tra tale principio giurisprudenziale e la concreta applicazione dell'art. 34, comma 3, c.p.a. (101). Se infatti è sufficiente un semplice interesse di carattere morale a far concludere per la persistenza dell'interesse all'annullamento del provvedimento impugnato, la disposizione in parola potrebbe essere svuotata di effettività, dal momento che – per definizione – sussisterebbe sempre un'utilità (quella appunto morale) ritraibile dalla caducazione dell'atto. In realtà, pare possibile ridimensionare in larga parte il problema: infatti, la giurisprudenza amministrativa più recente tende, piuttosto pacificamente, ad affermare la sussistenza di un interesse morale al ricorso solo nelle limitate ipotesi nelle quali il provvedimento impugnato incida in via

(98) Come si è osservato, infatti, *“il contenuto di accertamento della sentenza si determina in relazione all'esigenza di tutela prospettata con l'azione, non in base a quanto appare sufficiente per giustificare l'annullamento del provvedimento”*: il bisogno di tutela *“può richiedere che il giudice determini con la decisione [...] alcuni elementi della fattispecie [...] alla cui realizzazione si connette la soddisfazione dell'interesse protetto del ricorrente”* (M. S. GIANNINI-A. PIRAS, cit., 257).

(99) G. ROMEO, *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in questa Rivista, 2004, 682.

(100) V. nota (46).

(101) Questione specificamente affrontata da A. DAPAS-L. VIOLA, cit., 1048 ss., i quali peraltro concludono auspicando il superamento dell'orientamento tralatizio che continua ad attribuire rilevanza alla soddisfazione morale del ricorrente ottenibile attraverso l'annullamento dell'atto: tanto a fronte di ben più incisivi strumenti quali il risarcimento del danno non patrimoniale e la pubblicità della sentenza nell'ottica del contributo alla riparazione del danno (art. 90 c.p.a.).

immediata e diretta sulla sfera morale del soggetto, contenendo valutazioni e giudizi su sue qualità soggettive e capacità o incidendo altrimenti sul suo prestigio (102).

Non sembrerebbero quindi ravvisarsi soverchi impedimenti a che la previsione dell'art. 34, comma 3, c.p.a. possa iscriversi tra le norme cadine del nuovo processo amministrativo, non fosse altro per la capacità di imporre una rinnovata declinazione dell'interesse a ricorrere, maggiormente in linea con la tutela effettiva degli interessi legittimi di cui è portatore il cittadino.

(102) Cfr. tra le tante Cons. St., sez. IV, 22 giugno 2000, n. 3529, in *Foro amm.*, 2000, 2141. Da ultimo, v. TAR Lombardia-Milano, sez. II, 22 gennaio 2014, n. 214, in www.giustizia-amministrativa.it.