

L'azione di mero accertamento nel processo amministrativo. Tra lacune legislative e istanze di tutela.

di

Chiara Feliziani

I. Prolegomeni

Nonostante gli auspici di parte della dottrina¹ e nonostante taluni recenti approdi della giurisprudenza², il Codice del processo amministrativo³ non contempla la previsione di un'azione dichiarativa o di mero accertamento recante carattere generale⁴.

¹ Sul punto appare imprescindibile innanzitutto il richiamo a **P. Stella Richter**, *Per l'introduzione dell'azione di mero accertamento nel giudizio amministrativo*, in Scritti in onore di M. S. Giannini, vol. III, Giuffrè, Milano, 1988. Inoltre, e ancora prima, riflessioni in ordine all'ammissibilità dell'azione di accertamento nel processo amministrativo si rinvengono anche in **M. Nigro**, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici sottordinati*, Jovene, Napoli, 1969; **Id.**, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1979; **A. Piras**, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1962.

² Il riferimento è, *in primis*, a Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009 n. 717, per un commento alla quale si rinvia a **E. Scotti**, *Denuncia di inizio attività e processo amministrativo: verso nuovi modelli di tutela?*, in Foro amm. CdS, n. 2/2009; nonché a **S. Valaguzza**, *La DIA, l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come strumento di tutela del terzo*, in Dir. proc. amm., n. 4/2009. Inoltre, da ultimo, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 29 luglio 2011 n. 15, in riferimento alla quale cfr. innanzitutto **E. Follieri**, *Creatività giurisprudenziale e finzione. La tutela del terzo nel processo amministrativo nell'ipotesi di attività liberalizzate*, in Giur. ita., n. 2/2012; ed inoltre: **E. Boscolo**, *La dialettica tra la Plenaria e il legislatore sulla natura liberalizzante della DIA e sullo schema di tutela del terzo: principi destinati ad una vita effimera*, in Giur. ita., n. 4/2012; **E. Giardino**, *La Dia (e la Scia) all'esame dell'Adunanza plenaria*, in Giorn. dir. amm., n. 2/2012; **W. Giulietti – N. Longobardi**, *SCIA: un ventaglio di azioni si apre a tutelare il terzo. Osservazioni alla sentenza n. 15 del 2011 dell'Adunanza Plenaria*, in www.giustamm.it; **M. A. Sandulli**, *Brevi considerazioni a prima lettura della Adunanza Plenaria n. 15 del 2011*, in www.giustamm.it.

³ Il Codice del processo amministrativo è contenuto nell'All. 1 al d. lgs. 2 luglio 2010 n. 104, rubricato "Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009 n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo", ed entrato in vigore il 16 settembre 2010. Tale decreto è stato adottato dal Governo sulla base di una delega contenuta nell'art. 44, comma primo, della Legge 18 giugno 2009 n. 69, dove si legge testualmente: "il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele". Dal 2010 ad oggi, inoltre, detto Codice è stato interessato da due correttivi operati rispettivamente con il d. lgs. 15 novembre 2011 n. 195 e con il d. lgs. 14 settembre 2012 n. 160 (sul punto cfr. **F. Merusi**, *A volte ritornano ... il correttivo del correttivo del codice del processo amministrativo*, in www.giustamm.it; **M. A. Sandulli**, *Il codice del processo amministrativo nel secondo correttivo: quali novità?*, in www.federalismi.it; **Id.**, *Il processo davanti al giudice amministrativo nelle novità legislative della fine del 2011*, in www.federalismi.it).

In dottrina, per un commento generale al Codice cfr., tra gli altri, **R. Caranta** (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Zanichelli, Bologna, 2010; **E. Picozza** (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2010.

Al riguardo, il presente scritto, lungi dal voler risultare provocatorio, argomentando intorno ad una scelta legislativa apparentemente univoca⁵, si propone l'obiettivo di formulare alcune brevi considerazioni in ordine a questioni sulle quali autorevole dottrina⁶ si è già soffermata. Infatti, anche alla luce di alcuni recenti arresti giurisprudenziali⁷, appare d'uopo segnalare per lo meno le conseguenze che tale opzione legislativa reca seco e provare a ragionare sull'opportunità di immaginare per il novello Codice un cambiamento radicale, quale sarebbe l'introduzione in via generale di un'azione dichiarativa.

II. La costante dialettica tra diritto amministrativo e diritto civile

Entrando in *medias res*, preme innanzitutto formulare una notazione metodologica, osservando come non di rado il diritto amministrativo abbia attinto dal diritto civile al fine di dare forma, e

⁴ In proposito, scriveva **G. Chiovenda**, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in Riv. dir. proc. civ., n. 1/1933: "le sentenze puramente dichiarative sono quelle che si limitano a dichiarare l'esistenza o la non esistenza d'un diritto. (...) si chiama propriamente azione e sentenza meramente dichiarativa quella figura generale d'azione e di sentenza con cui l'attore che la propone o la invoca tende esclusivamente a procurarsi la certezza giuridica di fronte a uno stato di incertezza che gli è pregiudizievole, all'uopo chiedendo che si dichiari esistente un suo diritto o inesistente il diritto altrui, indipendentemente dalla effettiva realizzazione, dalla condanna, dalla esecuzione forzata". *Ex multis*, cfr. **A. Falzea**, (voce) *Accertamento* (teoria generale), in Enc. dir., 1958; **L. Lanfranchi**, *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, Giuffrè, Milano, 1969; **L. Montesano**, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Utet, 1985; **G. Pavanini**, (voce) *Accertamento giudiziale*, in Noviss. Dig. It., Torino, 1957; **E. Ricci**, (voce) *Accertamento giudiziale*, in Dig. Disc. priv. (sez. civ.), I, Torino, 1987.

⁵ L'azione in questione, infatti, prevista in una prima bozza del codice, è stata espunta nella versione finale dello stesso adottato con il d. lgs. 2 luglio 2010 n. 104. Inoltre, in occasione della recente elaborazione di un correttivo al Codice non si è ritenuto di dover intervenire sul punto. Detto correttivo è contenuto nel d. lgs. 15 novembre 2011 n. 195, entrato in vigore l'8 dicembre 2011 e rubricato "Disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104, recante codice del processo amministrativo a norma dell'art. 44, comma 4, della legge 18 giugno 2009 n. 69" (per un commento allo stesso cfr. **M. A. Sandulli**, *Il processo davanti al giudice amministrativo nelle novità legislative della fine del 2011*, in www.federalismi.it; **F. G. Scoca**, *Il primo correttivo al Codice del processo amministrativo*, in Corr. giur., n. 3/2012). L'art. 44, comma quarto, della legge di delega, infatti, prevedeva che "entro due anni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di cui al comma 1, possono ad essi essere apportate le correzioni e integrazioni che l'applicazione pratica renda necessarie od opportune, con lo stesso procedimento e in base ai medesimi principi e criteri direttivi previsti per l'emanazione degli originari decreti".

⁶ Sul punto si rinvia, senza pretesa di esaustività, a **F. Merusi**, *Relazione* tenuta in occasione del Seminario "La sistematica delle azioni nel nuovo processo amministrativo" tenutosi presso l'Università Bocconi di Milano il 6 maggio 2010, in www.giustamm.it; **A. Travi**, *Lezioni di giustizia amministrativa*, IX ed., Giappichelli, Torino, 2010; **Id.**, *Considerazioni sul Codice del processo amministrativo*, in Dir. pubbl., n. 3/2010. Nonché, prima ancora, cfr. **E. Casetta**, *Osservazioni sulla ammissibilità di decisioni di mero accertamento da parte del giudice amministrativo*, in Rass. dir. pubbl., 1952, 155; **G. Greco**, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1980; **M. Nigro**, *Giustizia amministrativa*, cit.; **A. Piras**, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit.; **P. Stella Richter**, *Per l'introduzione dell'azione di mero accertamento nel giudizio amministrativo*, cit..

⁷ Da ultimo la già citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 15 del 2011, cfr. nota n. 2, *retro*.

talvolta anche sostanza, ad istituti di nuovo conio⁸. Il che, per vero, sembra accadere sempre più di frequente da quando la scienza amministrativa mostra una rinnovata attenzione nei confronti del principio di effettività della tutela⁹.

La validità di tale osservazione sembra corroborata dalla disciplina delle azioni in seno al processo amministrativo¹⁰. E' noto, infatti, che il diritto processuale civile configura un processo di

⁸ Al riguardo sia sufficiente richiamare quanto avvenuto con riferimento all'istituto della responsabilità della pubblica amministrazione nonché con riferimento alla nullità del provvedimento amministrativo.

In proposito, per ciò che concerne il primo profilo, come osservato da **E. Scotti**, *Appunti per una responsabilità della pubblica amministrazione tra realtà e uguaglianza*, in *Dir. amm.*, n. 3/2009, "la responsabilità della p.a. è restata, pur senza una norma scritta, fuori dal diritto amministrativo, sottoposta al giudice amministrativo e alle comuni regole civilistiche". *Ex multis*, sul punto si rinvia, senza pretesa di esaustività, a: **P. Chirulli**, *Il giudice amministrativo alla prova delle riforme: l'azione risarcitoria autonoma e la difficile costruzione di una responsabilità civile "di diritto pubblico" in una prospettiva di diritto comparato*, in *Scritti in onore di Vincenzo Atripaldi*, Jovene, Napoli, 2010; **Id.**, *Risarcimento del bando di gara illegittimo e modelli di responsabilità*, in *Riv. giur. ed.*, n. 4/2005; **F. Elefante**, *La responsabilità dell'amministrazione da attività provvedimentoale*, Cedam, Padova, 2002; **G. D. Falcon**, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2009; **M. Nigro**, *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1996; **G. M. Racca**, *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione e la sua natura giuridica*, in *AA. VV.*, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003.

Quanto, invece, al secondo dei citati profili cfr., *ad ex.*, **P. Chirulli**, *Azione di nullità e riparto di giurisdizione*, in www.giustamm.it; **M. D'Orsogna**, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *V. Cerulli Irelli* (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Jovene, Napoli, 2006; **Id.**, *Il problema della nullità nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004; **V. Zeno Zencovich**, *Osservazioni sulla "nullità" del provvedimento amministrativo e sulla sua autonomia teorica e normativa dalla "nullità" civilistica*, in www.giustamm.it.

⁹ Non a caso **G. Romeo**, *Figure di verità della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2010 parla del principio di effettività come di un "paradigma" della giustizia amministrativa.

Ex multis, in dottrina, cfr. **P. Piovani**, (voce) *Effettività* (principio di), in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965; **Id.**, *Il significato del principio di effettività*, Giuffrè, Milano, 1952; nonché più di recente cfr., tra gli altri, **R. Caponigro**, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativo.it; **R. Chieppa**, *Il Codice del processo amministrativo alla ricerca della effettività della tutela*, in *Il Codice del processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2010; **M. Renna**, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civiltà"*, in *G. della Cananea – M. Dugato* (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006; **G. Romeo**, *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in *Dir. proc. amm.*, n. 372004; **L. Torchia**, *I principi*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11/2010.

In giurisprudenza, da ultimo, cfr. *Cons. Stato*, sez. VI, 10 maggio 2011 n. 2755, per un commento alla quale cfr. **E. Follieri**, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, n. 2/2012; **A. Travi**, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, in *Urb. e app.*, n. 8/2011; nonché, da ultimo, sia consentito rinviare a **C. Feliziani**, *Oltre le Colonne d'Ercole. Può il giudice amministrativo non annullare un provvedimento illegittimo?*, in *Foro amm. CdS*, n. 2/2012.

¹⁰ Da ultimo, infatti, come osservato da **A. Travi**, *Osservazioni generali sullo schema di decreto legislativo con un "codice" del processo amministrativo*, in www.giustamm.it, "nel testo approvato dal Governo rimane fermo il richiamo generale al codice del processo civile (...)". Al riguardo, inoltre, cfr. **G. Costantino**, *Note a prima lettura sul codice del processo amministrativo. Appio Claudio e l'apprendista stregone*, in *Foro it.*, 2010, V, 238, il quale scrive: "l'art. 44 L. 18 giugno 2009 n. 69 ha attribuito al legislatore il compito di coordinare le nuove disposizioni con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali. In attuazione di questo criterio direttivo, oltre al rinvio generale, esterno, al codice di procedura civile [art. 39 c.p.a.], in più punti sono state richiamate specifiche disposizioni processuali ovvero ne è stato riprodotto il testo". Tuttavia – ammonisce l'A. – il codice di procedura civile "non è un corpus unitario", pertanto "il travaso di questa complessa disciplina in un diverso contesto presupponeva piena consapevolezza delle tensioni sottese ai testi richiamati o riprodotti (...)". Allo stato, comunque, "le regole ed i principi

cognizione ed uno di esecuzione e che, nell'ambito del primo, operano azioni costitutive, di condanna e dichiarative (o di mero accertamento)¹¹. Così come è altresì noto che, almeno agli albori della giustizia amministrativa, "l'azione (...), priva di una sua autonoma teorizzazione, veniva (...) modellata su quella del giudizio civile"¹². Ciò ha comportato che "la disciplina del processo amministrativo [sia stata] incentrata storicamente su un'azione costitutiva"¹³, volta ad ottenere l'annullamento da parte del giudice amministrativo dei provvedimenti illegittimi.

del processo civile (...) costituiscono la base del processo amministrativo". Del pari, cfr. anche **R. Caponi**, *La riforma del processo amministrativo: appunti per una riflessione*, in Foro it., 2010, V, 268, secondo cui "il diritto amministrativo ha completato la costruzione della propria autonomia disciplinare successivamente al diritto processuale civile, all'ombra di quest'ultimo". Ad oggi, inoltre, - prosegue l'A. - "dal punto di vista dello studioso del diritto civile, significato centrale dovrebbe assumere il rinvio esterno contenuto nell'art. 39, (...) norma in perfetta per la previsione, frutto di un evidente *lapsus calami*, che le disposizioni del codice di procedura civile espressione di principi generali dovrebbero applicarsi anche se incompatibili. Qualche perplessità terminologica desta anche l'impiego dell'espressione principi generali. Non esiste in realtà un processo in sé, (...) non ha molto senso l'elaborazione dei principi generali del processo a prescindere dal loro impiego in un processo di un determinato tipo (...)".

¹¹ Si tratta di una distinzione la cui paternità è attribuita a **G. Chiovenda**, *L'azione nel sistema dei diritti*, 1903; **Id.**, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1960; e che ritroviamo, ad esempio, in **F. Carnelutti**, *Sistema del diritto processuale*, I, 1936; **Id.**, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946; **E. T. Liebman**, *L'azione nella teoria del processo civile*, in Riv. it. dir. proc. civ., 1950, nonché, più di recente, in **C. Mandrioli**, *Diritto processuale civile*, ult. ed., Giappichelli, Torino, 2010; **N. Picardi**, *Manuale del processo civile*, Giuffrè, Milano, 2010; **A. Proto Pisani**, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 2010.

¹² Così in **A. Romano – R. Villata** (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 2009, dove si legge che "la fisionomia del giudizio amministrativo, quindi, per lungo tempo s'è elaborata sulla centralità dell'atto amministrativo e del sindacato sui suoi vizi, senza che venisse elaborata una propria teoria dell'azione giurisdizionale e perpetuandosi l'utilizzazione di categorie dogmatiche della scienza processualciviltistica". In senso analogo cfr., **M. Nigro**, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, cit.; **Id.**, *Giustizia amministrativa*, cit.; **A. Travi**, *Lezioni*, cit., nonché da ultimo cfr. **S. Raimondi**, *Le azioni e le domande proponibili e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo*, in Dir. proc. amm. n. 3/2011, il quale osserva: "nella normazione precedente all'entrata in vigore del codice non figura alcuna disposizione sulle azioni ammissibili davanti al giudice amministrativo. Si deve ad un contributo della dottrina [M. Nigro, *Il giudizio*, cit.] la individuazione delle azioni nel giudizio amministrativo".

¹³ In questo senso **A. Travi**, *Lezioni*, cit.. Sul punto, è possibile ricordare che a partire dalla Legge Crispi del 1889 (L. 31 marzo 1889 n. 5992), istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato, il sistema di giustizia amministrativa si è sviluppato attorno all'azione di annullamento. In tale occasione, infatti, superando in parte lo scarto di tutele previsto dagli artt. 2 e 3 della Legge abolitrice del contenzioso amministrativo (All. E L. 20 marzo 1865 n. 2248) rispettivamente per i diritti soggettivi e gli interessi legittimi (*rectius*, "affari non compresi"), si è giunti ad ammettere la tutela giurisdizionale anche nei confronti di questi ultimi, deferendo la relativa competenza al giudice amministrativo e dotando lo stesso del potere di annullare i provvedimenti illegittimi. Successivamente, dunque, in forza dell'art. 26 del TU Consiglio di Stato, dinanzi alla IV sezione potevano essere proposti "ricorsi per incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge, contro atti o provvedimenti di un'autorità amministrativa". Da ciò si desume come *ab origine* la tutela prevista ad appannaggio delle posizioni giuridiche di interesse legittimo sia stata concepita in termini esclusivamente successivi, ossia al fine di produrre una reazione avverso un provvedimento già produttivo di effetti, di cui si lamenta l'illegittimità e rispetto al quale si chiede al G.A. l'eliminazione dal mondo giuridico. Per l'effetto, "la decisione della quale l'intero giudizio amministrativo è plasmato è senz'altro quella [costitutiva] di annullamento del provvedimento amministrativo, che si sostanzia in un accertamento costitutivo" (**A. Romano – R. Villata** (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit.).

Per una ricostruzione delle origini della giustizia amministrativa cfr. **E. Cannada Bartoli**, *La tutela giurisdizionale del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1964; **A. Romano**, *I caratteri originari della*

Negli anni, tuttavia, il processo amministrativo, così come originariamente concepito, si è rivelato “inadeguato ad una completa e soddisfacente tutela delle situazioni soggettive (...) di interesse legittimo”¹⁴. Conseguentemente, grazie soprattutto all’opera “creatrice” della giurisprudenza, l’azione costitutiva ha smesso di essere la sola esperibile nel giudizio amministrativo, avendo fatto la propria comparsa altri tipi di azioni, *in primis* quella di condanna¹⁵, in ossequio all’esigenza di

giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione, in Atti del Convegno celebrativo “Cento anni di giurisdizione amministrativa”, Napoli, 1986; **Id.**, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Giuffrè, Milano, 1975.

Per un’analisi dei caratteri tipici dell’azione di annullamento si rinvia, senza pretesa di esaustività, a **F. Benvenuti**, (voce) *Giustizia amministrativa*, in Enc. dir., Milano, 1970; **F. Cammeo**, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910, **G. Codacci Pisanelli**, *L’annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939; **A. Piras**, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit..

Per un esame dell’art. 29 c.p.a., norma che attualmente disciplina l’azione di annullamento dei provvedimenti amministrativi, cfr. **R. Caranta** (a cura di), *Il nuovo processo*, cit.; **M. Clarich**, *Azione di annullamento*, in www.giustizia-amministrativa.it; **S. Foà**, *L’azione di annullamento nel codice del processo amministrativo*, in www.giustamm.it; **E. Follieri**, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in www.giustamm.it; **E. Picozza** (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, cit.; **F. G. Scoca**, *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2011; **A. Travi**, *Lezioni*, cit..

¹⁴ In questi termini, **P. Stella Richter**, *Per l’introduzione*, cit., il quale prosegue affermando: “ne è risultato – tra l’altro – sostanzialmente scoperto, perché privo di uno specifico mezzo di tutela, il vasto fronte delle aspettative di provvedimenti favorevoli ai soggetti amministrati, in cui il problema non è tanto quello di reprimere una distorta applicazione della legge, quanto piuttosto di costringere l’amministrazione ad una effettiva e tempestiva attuazione di quanto dalla legge previsto, con integrale realizzazione del principio di eguaglianza”.
Ex multis, si rinvia a **Id.**, *L’aspettativa di provvedimento*, in Riv. trim. dir. pubbl, n. 3/1981; **D. Vaiano**, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002.

¹⁵ Al riguardo non si può prescindere dal fare menzione della nota sentenza C. Cass., S.U., 23 luglio 1999 n. 500 e del dibattito che, a seguire, ha occupato dottrina e giurisprudenza al fine di delineare il *proprium* di un’azione di condanna in seno al processo amministrativo, i cui esiti si può dire siano in larga parte confluiti nell’art. 30 C.P.A..

In proposito, per un commento alla sentenza citata si rinvia a: **E. Cannada Bartoli**, *Relazione al Convegno su La tutela delle situazioni soggettive alla luce della recente sentenza della Cassazione SS. UU. n. 500 del 1999*, in Riv. giur. quad. pubbl. serv., n. 1/2000; **F. Fracchia**, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all’affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, in Foro it., 1999, I, 2487; **A. Romano**, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in Foro it., 1999, I, 2487; **P. Stella Richter**, *Prime riflessioni sulla sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Cassazione relativa alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi*, in Giust. Civ., n. 10/1999.

Più in generale, in ordine alla risarcibilità degli interessi legittimi cfr. **A. Romano**, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi, se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in Dir. amm., n. 1/1998; nonché **F. Fracchia**, *Risarcimento del danno da c.d. lesione di interessi legittimi: deve riguardare i soli interessi a risultato garantito?*, in Foro it., 2000, III, 479; **P. Stella Richter**, *I poteri del giudice amministrativo nella determinazione del danno da lesione di interesse legittimo*, in Giust. Civ. n. 9/2003; **A. Travi**, *La giurisprudenza della Cassazione sul risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi dopo la sentenza delle sezioni unite 22 luglio 1999 n. 500*, in Foro it., 2004, I, 794. Inoltre, con particolare riguardo al tema degli interessi legittimi pretensivi cfr. **F. de Leonardis**, *Sui presupposti del risarcimento del danno per lesione di interesse pretensivo*, in Giorn. dir. amm., n. 2/2009; **D. Vaiano**, *Quando arrivò non piacque: il danno da “lesione di interessi pretensivi” e la rete di contenimento giurisprudenziale*, in Dir. amm., n. 2/2004, **Id.**, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, cit..

Quanto alla *vexata quaestio* della pregiudiziale amministrativa, si rinvia innanzitutto ad **A. Romano**, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1958; **A. Travi**, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in Dir. amm., n. 1/2001; **R. Villata**, *Pregiudizialità amministrativa nell’azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, in Dir. proc. amm., n. 2/2007; **Id.**, *Due anni dopo*, in Dir. proc. amm., n. 2/2003; nonché, più di recente, cfr. **P. Chirulli**, (voce) *Pregiudizialità amministrativa*, in Dig. disc. pubbl., Utet, 2010; **R. Garofoli**, *La*

garantire piena tutela alle posizioni giuridiche soggettive incise dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa¹⁶.

III. *Quid novi* in tema di azioni nel processo amministrativo?

Ed era proprio la volontà di disegnare un processo amministrativo in grado di garantire l'effettività della tutela che sembrava affiorare tra le righe della L. 18 giugno 2009 n. 69 con cui il Parlamento delegava il Governo a provvedere al "riassetto della disciplina amministrativa"¹⁷. In particolare, all'art. 44, comma secondo, lett. b) n. 4 con un'espressione che evoca la sistematica delle azioni invalsa nel processo civile di cognizione, al legislatore delegato veniva chiesto di prevedere "pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa"¹⁸.

*pregiudizialità: per un superamento "regolato", in www.giustizia-amministrativa.it; G. Greco, Che fine ha fatto la pregiudiziale amministrativa?, in www.giustamm.it. Infine, per un commento all'odierno art. 30 C.P.A. cfr. R. Caranta (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, cit.; Id., *La tutela risarcitoria*, in www.giustamm.it; M. Clarich, *Le azioni*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11/2010; E. Picozza (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, cit..*

¹⁶ Al riguardo, è d'obbligo il riferimento innanzitutto a Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 2004, per un commento alla quale si rinvia a V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2004; F. Fracchia, *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione "esclusiva" alla giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Foro it.*, I, 2594; F. Satta, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Foro amm. CdS*, n. 7-8/2004; A. Travi, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, in *Foro it.*, I, 2594; R. Villata, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte Costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2004. Inoltre, cfr. Corte costituzionale 11 maggio 2006 n. 191, con riferimento alla quale cfr. N. Bassi, *La Consulta interpreta autenticamente sé stessa. Ma non tutti i problemi sono risolti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1095; A. Di Maio, *Atti e comportamenti nella tutela risarcitoria contro la P.A.*, in *Corr. giur.*, 2006, 922; G. Greco, *Metamorfosi e declino della giurisdizione esclusiva: dalla tutela dei diritti per materia quella per connessione?*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 884.

¹⁷ La Legge 18 giugno 2009 n. 69 è rubricata "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile".

¹⁸ Il comma secondo dell'art. 44 l. n. 69/2009 recita: "I decreti legislativi di cui al comma 1, oltre che ai principi e criteri direttivi di cui all'articolo 20, comma 3, della legge 15 marzo 1997 n. 59, in quanto applicabili, si attengono ai seguenti criteri direttivi: (...) b) disciplinare le azioni e le funzioni del giudice: (...) 4) prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa". Per un parallelo con il diritto processuale civile cfr. G. Chiovenda, (voce) *Azione*, cit., il quale osservava come "poiché il diritto tende per sua natura alla realizzazione e la sua importanza pratica consiste nel possibile assoggettamento delle volontà renitenti, spesso si intende con azione lo stesso diritto, considerato prevalentemente dal lato della possibile reazione contro un'eventuale violazione o della possibile attuazione contro l'inadempimento". Inoltre, cfr. C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, cit., secondo cui "se l'azione è diritto alla tutela giurisdizionale, è chiaro che

Al riguardo, nonostante un primo progetto attuasse in pieno tale aspetto della legge delega¹⁹, nel testo definitivo del Codice del processo amministrativo non compare la disciplina di un'azione dichiarativa concepita in termini generali²⁰, poiché il Governo ha creduto opportuno “non esercitare

esisteranno tanti tipi di azione quanti sono i tipi di attività di tutela giurisdizionale; ciascuno di questi tipi di azione, infatti, introdurrà un particolare tipo di processo, nel quale si svolge quella data attività”.

¹⁹ Il progetto di Codice del processo amministrativo licenziato l'8 febbraio 2010 dalla Commissione istituita presso il Consiglio di Stato dedicava un articolo *ad hoc* all'azione di accertamento.

Si trattava dell'art. 36, a mente del quale: “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. Può altresì essere chiesto l'accertamento della nullità di un provvedimento amministrativo. Ad eccezione dell'azione di nullità, l'accertamento non può comunque essere chiesto, salvo quanto disposto dall'articolo 39, comma 4, quando il ricorrente può o avrebbe potuto far valere i propri diritti o interessi mediante l'azione di annullamento o di adempimento; l'accertamento non può altresì essere chiesto con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”.

A commento di detta disposizione, nella Relazione generale di accompagnamento era possibile leggere: “E' stata generalizzata l'azione di accertamento, che mira a risolvere situazioni di incertezza relative all'esercizio di poteri pubblici, ad accertare l'esistenza o l'inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle consequenziali pronunce dichiarative. L'azione non è stata limitata alla sola tutela delle posizioni di diritto soggettivo e la sua estensione alle posizioni di interesse legittimo, finalizzata anche a chiarire la portata della regola concretamente posta dal provvedimento amministrativo dopo l'esercizio del potere pubblico, ha chiesto alcuni accorgimenti, già sperimentati e codificati da altri ordinamenti. In particolare, è stato escluso che per le posizioni di interesse legittimo l'azione di accertamento possa essere esercitata in modo da eludere il termine di decadenza previsto per l'azione di annullamento (norma simile all'art. 43, comma 2, del *Verwaltungsgerichtsordnung* nel sistema tedesco). E' stato poi escluso che la nuova azione possa riguardare poteri amministrativi ancora non esercitati e ciò al fine di evitare domande dirette ad orientare l'azione amministrativa pro futuro, con palese violazione del principio di divisione dei poteri. Nella disposizione sull'azione di accertamento è anche esplicitato che può essere chiesto l'accertamento della nullità di un provvedimento amministrativo. Con riferimento sia alla generale azione di accertamento che a quella di nullità non sono stati indicati i termini per il relativo esercizio, considerata la diversità delle fattispecie riferibili alla tipologia di azioni in esame”.

²⁰ Né tale azione è stata introdotta in occasione dei due correttivi (cfr. nota n. 3, *retro*). Eppure, la funzione di detta azione viene ampiamente valorizzata da **G. Chiovenda**, (voce) *Azione di mero accertamento*, in Nuovo Dig. It., II, Torino, 1937, dove si legge: “l'attore che chiede una sentenza di accertamento (...) chiede al processo la certezza giuridica e non altro. Ma l'accertamento della volontà concreta della legge è per se stesso un bene, poiché dalla certezza derivano immediatamente dei vantaggi. Se si afferma l'esistenza di una volontà di legge che ci garantisca un bene, alla utilità garantita dalla legge si aggiunge la sicurezza della sua aspettazione, e la possibilità di disporre nel commercio giuridico: si ha qui un accertamento positivo. Se si nega l'esistenza di una volontà di legge che garantisca ad altri un bene rispetto a noi, si procaccia con ciò stesso a noi un bene, il quale consiste nella certezza di non essere noi soggetti alla pretesa o al potere dell'avversario (...): si ha qui un accertamento negativo.” Ma quel ciò più conta è il fatto che “questa produzione della certezza giuridica come fine a se stessa è da un lato la funzione più autonoma del processo, perché procaccia un bene non altrimenti conseguibile; dall'altro è veramente la funzione più elevata del processo. Esso ci si presenta qui non come un organismo di coazione, ma nell'aspetto più perfezionato e più raffinato di puro strumenti di integrazione e specializzazione della volontà, che è espressa nella legge solo in forma generale e astratta; di facilitazione della vita sociale mediante l'eliminazione dei dubbi che intralciano il normale svolgimento dei rapporti giuridici. Assicurare alle relazioni degli uomini la certezza, prevenire gli atti illegittimi anziché colpirli col peso di gravi responsabilità, ecco un compito ben degno del processo di un popolo civile”.

Ex multis, cfr., innanzitutto, **F. Carnelutti**, *Teoria generale*, cit.e **L. Lanfranchi**, *Contributo*, cit.. Nonché, **R. Caponi**, In tema di accertamento sulla norma astratta, sui diritti futuri e sui rapporti di durata, in Riv. dir. proc., 1991; **R. Merlin**, *Mero accertamento di una questione preliminare?*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1950; **B. Sassani**, *L'azione di accertamento del datore di lavoro dissenziente nel procedimento di avviamento obbligatorio*, in Riv. dir. proc., 1980.

in parte *qua* tale facoltà concessa dalla delega, ritenendo adeguata e completa la tutela apprestata dalle azioni già previste dal Capo II”²¹.

Allo stato, dunque, residua solamente un’ipotesi peculiare di azione dichiarativa riferita all’accertamento della nullità di atti o provvedimenti amministrativi²²; mentre, per il resto nulla è cambiato rispetto al passato²³. Ciò fa sì che “la disciplina delle azioni posta dal Codice si [colloch] sul crinale tra il vecchio modello di processo, ancorato agli schemi tradizionali del giudizio impugnatorio (...), e un nuovo modello aperto a una gamma più ampia di azioni”²⁴.

²¹ Così si legge nella Relazione di accompagnamento al Codice del processo amministrativo, consultabile su www.giustamm.it. In dottrina cfr. **M. Clarich**, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e aperture a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it; **A. Pajno**, *Il codice del processo amministrativo tra “cambio di paradigma” e paura della tutela*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9 /2010; **A. Travi**, *Osservazioni generali*, *cit.*.

²² La norma di riferimento è l’art. 31, comma quarto, c.p.a., dove si legge: “la domanda volta all’accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell’atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d’ufficio dal giudice. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle nullità di cui all’art. 114, comma 4, lett. b), per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV”.

La stessa, peraltro, in un certo senso ha rappresentato una scelta per così dire obbligata dopo l’introduzione nel 2005 nel corpo della L. n. 241/1990 dell’art. 21 *septies*. In tale occasione, infatti, il legislatore ha dato ufficialmente ingresso nel diritto amministrativo all’istituto della nullità, facendo così sorgere problemi di natura processuale. Si veda, ad esempio, TAR Puglia, Bari, sez. III, 26 ottobre 2005 n. 4581, dove i giudici si mostrano incerti nell’identificare la disciplina processuale applicabile all’azione di nullità. “Mentre quest’ultima, infatti, è, ontologicamente, dichiarativa, il processo amministrativo è costruito sul modello impugnatorio, teso alla demolizione dell’atto gravato e alla sua rimozione mediante una pronuncia di tipo costitutivo. Pertanto, essendosi verificato, a seguito dell’introduzione dell’art. 21 *septies*, uno strappo tra diritto sostanziale e processuale, in assenza di opportune indicazioni, spetta all’interprete mettere mani al rammendo”.

In termini analoghi in dottrina cfr. **P. Chirulli**, *Azione di nullità e riparto di giurisdizione*, *cit.*, secondo cui “l’inserimento di una norma dedicata alla nullità del provvedimento amministrativo nel capo IV bis della L. n. 241/1990 non poteva non generare complessi problemi applicativi, perché (...) il legislatore ha introdotto una norma di diritto sostanziale senza preoccuparsi delle sue conseguenze processuali”. *Ex multis*, cfr. **V. Cerulli Irelli**, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2006; **M. D’Orsogna**, *La nullità del provvedimento amministrativo*, *cit.*; **G. Montedoro**, *L’azione di nullità del provvedimento amministrativo*, in F. Caringella e R. Garofoli (a cura di), *Trattato di giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2006; **B. Sassani**, *Riflessioni sull’azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2011.

²³ Come ricorda **A. Travi**, *Lezioni*, *cit.*, tradizionalmente di azione dichiarativa “nel processo amministrativo si parla propriamente con riguardo a vertenze per diritti soggettivi nelle materie di giurisdizione esclusiva. Invece, (...) un’azione di mero accertamento a tutela di interessi legittimi è esclusa nei casi in cui sia possibile l’impugnazione di un provvedimento”. Infatti, come evidenziato da **E. Follieri**, *Relazione*, tenuta al seminario svoltosi presso l’Università degli Studi di Padova il 26 marzo 2010, “poiché l’interesse legittimo è una situazione giuridica soggettiva che si relaziona con l’esercizio del potere, si è soliti ritenere che la mera affermazione della sua esistenza non sia idonea a soddisfare l’interesse al bene della vita cui il cittadino aspira, essendo a tal fine necessario eliminare *ex tunc* gli effetti dell’azione amministrativa ovvero far sì che la P.A. ponga in essere un comportamento attivo soddisfacente”. *Ex multis*, cfr. **F. Saitta**, *Dell’azione di mero accertamento che ci sarebbe potuta essere... e che si auspica ci sarà comunque, a prescindere dalla scelta dei codificatori*, in www.giustamm.it.

In giurisprudenza, si vedano *ad ex*. Cons. Stato, sez. IV, 9 settembre 2009 n. 5404; Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2008 n. 1610; Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2006 n. 1440.

IV. La mancata previsione di un'azione generale di mero accertamento

La realtà, dunque, è che, nonostante secondo molti²⁵ risultino anacronistiche le obiezioni²⁶ un tempo addotte per escludere la praticabilità dell'azione dichiarativa nel processo amministrativo, a tutt'oggi la stessa non trova spazio nel Codice, neppure a seguito dei due correttivi.

Al riguardo, si rammenta come, a detta dei più²⁷, *de jure condito* la mancata previsione di un'azione siffatta, se non lascia immaginare un "cambio di paradigma"²⁸ nel sistema di giustizia amministrativa, non sarà neppure tale da stravolgere gli equilibri sinora raggiunti dalla giurisprudenza. Ciò per una pluralità di ragioni.

²⁴ Così **M. Clarich**, *Le azioni*, cit.. In definitiva, volendo tracciare un "bilancio" dell'attuale assetto delle forme di tutela proposto dal legislatore sembra potersi affermare che "il codice non delinea modelli nuovi di processo amministrativo, ma non ha neppure accolto alcune delle proposte di modifica più importanti che erano state fatte in un primo tempo nel testo elaborato dal consiglio di stato e che la stessa legge di delega aveva contemplato sulla linea di trasformazioni in corso in molti paesi dell'Europa continentale. (...) [Ciò in quanto] lo sforzo innovativo si arresta (...) quando rischierebbero di essere intaccati gli equilibri tradizionali per il giudice amministrativo" (**A. Travi**, *Il codice*, cit.). Al riguardo, pertanto, sembra essere ancora valida l'osservazione compiuta da Mario Nigro alcuni anni fa, secondo cui le trasformazioni in corso nell'ambito del diritto amministrativo e, in particolare, per ciò che concerne il sistema di giustizia amministrativa, mettono in luce "gravi e spesso insolubili tensioni fra la rigidità dello schema e gli spunti di innovazione" (**M. Nigro**, *Giustizia amministrativa*, cit.). Ciò in quanto la vicenda dell'azione di mero accertamento, come sin qui descritta, sembra deporre nel senso che "il giudizio amministrativo è sorto come processo di impugnazione dell'atto amministrativo e tale rimane, nel senso che può essere instaurato solamente dopo che l'amministrazione abbia provveduto con un suo atto unilaterale a disciplinare il rapporto e deve necessariamente indirizzarsi in via immediata alla rimozione di tale atto, senza la quale – attesa la imperatività dei provvedimenti amministrativi e la mancanza di poteri disapplicativi del giudice – nessuna forma di tutela è concretamente realizzabile" (**P. Stella Richter**, *Per l'introduzione*, cit.).

²⁵ In particolare cfr. **P. Stella Richter**, *Per l'introduzione*, cit.; **A. Travi**, *Lezioni*, cit..

²⁶ "Storicamente", come ricorda **G. Greco**, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, cit., tra le principali obiezioni addotte da dottrina al fine di confutare l'esperibilità di un'azione di accertamento autonomo nel processo amministrativo si annovera innanzitutto quella fondata "sulla natura dell'interesse legittimo". Inoltre, da un esame della giurisprudenza emerge che argomento decisivo è rappresentato dal principio della c.d. riserva di amministrazione, per cui introdurre l'azione di accertamento al cospetto di un'attività discrezionale "equivarrebbe a sostenere che il giudice amministrativo si sostituisce all'amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri" (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2009 n. 1391).

Ex multis, cfr. **G. Abbamonte**, *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in Scritti in onore di Giannini, Giuffrè, Milano, 1988, I, 1; **G. Greco**, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in Dir. proc. amm., n. 2/1992.

²⁷ In questo senso **F. Merusi**, *In viaggio con Laband*, in Giorn. dir. amm., n. 6/2010; **Id.**, *Relazione*, cit.; **A. Pajno**, *Il codice*, cit.; **F. Saitta**, *Dell'azione di mero accertamento*, cit.; nonché, da ultimo, **S. Raimondi**, *Le azioni*, cit., il quale scrive: "sarebbe errato ritenere che le azioni contemplate nello schema della commissione, ma non introdotte nel codice non sono ammesse".

²⁸ L'espressione è presa in prestito da **E. García de Enterría**, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2010.

In primo luogo, si osserva già da tempo che “l’ accertare è il *prius* logico ed insopprimibile di qualsiasi esplicazione della funzione giurisdizionale”²⁹. Non a caso, dunque, si ritiene che nella decisione di annullamento il momento dell’ accertamento del rapporto abbia un ruolo preponderante³⁰, tanto che secondo parte della dottrina sovente “per il tramite dell’ annullamento (...) si domanda che il rapporto controverso venga conosciuto e per esso sia stabilita la regola cui le parti potranno e dovranno attenersi”³¹. Si è soliti parlare al riguardo di effetto conformativo³² della

²⁹ Così **P. Stella Richter**, *Per l’ introduzione, cit.*. Non a caso, dunque, l’ A. scrive: “(...) anche il giudice amministrativo, per pronunciarsi sul ricorso, compie necessariamente un accertamento, relativo alla legittimità o meno del modo di esercizio del potere amministrativo, ed eventualmente – seppur congiuntamente – un secondo accertamento, relativo al modo in cui il potere avrebbe dovuto essere esercitato. Tale secondo accertamento, o meglio tale ulteriore profilo dell’ accertamento che si realizza nell’ ipotesi di accoglimento del ricorso, non solo non può ritenersi assorbito dalla pronuncia di annullamento, ma costituisce anzi il momento attraverso il quale si esercita la disciplina giudiziaria della successiva azione amministrativa”. Più di recente, inoltre, cfr. **E. Giardino**, *La Dia (e la Scia), cit.*, dove si legge: “proprio tale azione [di accertamento è] consustanziale alla nozione stessa di giurisdizione, quale *ius dicere*, così da ritenere che non v’ è giurisdizione se non v’ è in capo all’ organo decidente il potere di accertare il corretto ordine giuridico di un dato rapporto” .

³⁰ Secondo quanto osservato da **A. Romano – R. Villata** (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa, cit.*, infatti, “la decisione della quale l’ intero giudizio amministrativo è plasmato è senz’ altro quella di annullamento del provvedimento amministrativo, che si sostanzia in un accertamento costitutivo”.

Del pari, per **A. Travi**, *Lezioni, cit.*, non può “mettersi seriamente in dubbio che nella decisione di annullamento il momento dell’ accertamento” costituisca aspetto centrale. Non a caso, infatti, “il nucleo della sentenza di annullamento è stato identificato a lungo con l’ accertamento della illegittimità del provvedimento impugnato, in relazione a determinati vizi enunciati nel ricorso”. Di conseguenza - si afferma - detta sentenza reca “un elemento significativo di accertamento, che inerisce alla sussistenza di un certo vizio di legittimità di un provvedimento”, tale per cui il disposto annullamento altro non è se non “un momento logicamente conseguente all’ accertamento del vizio e della illegittimità dell’ atto”. Inoltre, l’ A. precisa come più di recente questa ricostruzione sia stata in parte superata da quella che, pur continuando a considerare come centrale il momento dell’ accertamento, “si concentra in modo particolare sulla situazione giuridica tutelata nel processo amministrativo”. Secondo tale ultima prospettiva, dunque, “l’ accertamento del giudice (...) inerisce innanzitutto a una relazione giuridica e a una posizione soggettiva: l’ interesse legittimo (...) [che] identifica l’ oggetto principale del giudizio e quindi della sentenza”. In conclusione – afferma l’ A. – “queste considerazioni aiutano a capire come il dibattito sulla sentenza di annullamento nel processo amministrativo e, quindi, sul giudicato amministrativo abbia coinvolto in profondità da un lato i grandi principi del processo amministrativo, dall’ altro l’ esigenza di definire e di valorizzare i profili dell’ accertamento”.

Ex multis, in proposito si vedano anche le riflessioni di **F. Benvenuti**, (voce) *Giustizia amministrativa, cit.*; **G. Greco**, *L’ accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1980; **A. Police**, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Cedam, Padova, 2000.

³¹ **A. Romano – R. Villata**, *Commentario, cit.*, il quale a sua volta richiama **A. Piras**, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo, cit.*.

³² Come scrive **P. Stella Richter**, *Per l’ introduzione, cit.*, si tratta dell’ effetto che “discende non tanto dall’ accertamento che il potere amministrativo è stato male esercitato, ma dall’ accertamento necessariamente presupposto del modo come esso potere doveva essere esercitato, perché è soltanto questo che consente di far derivare dall’ annullamento tutte le conseguenze di cui è suscettibile con riferimento alla successiva azione dell’ amministrazione”. Infatti, - afferma **A. Travi**, *Lezioni, cit.*, - “l’ accertamento contenuto nella sentenza non può essere disatteso dall’ Amministrazione (...) nella fase successiva di riesercizio del potere”, perché detto accertamento si sostanzia “nell’ affermazione di una regola” cui la P.A. deve conformare il proprio *agere* al fine di non minare “la stabilità del risultato raggiunto dal ricorrente con la sentenza stessa”. D’ altra parte, come osservava **M. Nigro**, *Giustizia amministrativa, cit.* “il processo amministrativo si trova inevitabilmente ad essere inserito nel flusso dell’ attività amministrativa, a porsi come un momento intermedio fra l’ esercizio passato e l’ esercizio futuro della potestà”.

sentenza (che accoglie l'istanza) di annullamento (di un provvedimento amministrativo), il quale si affianca a quelli di tipo eliminatorio e ripristinatorio³³.

Inoltre, nonostante per molto tempo sia apparso indubitabile che le pronunce del giudice amministrativo non potessero contenere *principaliter* un accertamento³⁴, per garantire l'effettività della tutela è stata sempre più di frequente valorizzata proprio la poc'anzi citata componente conformativa della sentenza di annullamento³⁵. Così, nell'intento di apprestare idonea tutela

In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 1979 n. 205; Tar Campania, Salerno, sez. II, 11 febbraio 2004 n. 108.

³³ Come ricorda **A. Travi**, *Lezioni, cit.*, la necessità di “salvaguardare il contenuto di accertamento della sentenza” di annullamento ha fatto sì che dottrina e giurisprudenza si impegnassero nella enucleazione di effetti ulteriori rispetto a quello tipico eliminatorio. In particolare, accanto a tale ultimo effetto, c.d. reale, consistente “nella eliminazione, dal mondo del diritto, del provvedimento amministrativo annullato” (**A. M. Sandulli**, *Il giudizio innanzi al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Jovene, Napoli, 1963) sono stati individuati gli effetti obbligatori di tipo ripristinatorio e conformativo (cfr. **M. Nigro**, (voce) *Processo amministrativo*, in Enc. giur., XXIV, Roma, 1991).

Rinviando alla nota n. 31 *retro* per ciò che concerne quest'ultima categoria di effetti, con riguardo all'effetto ripristinatorio va detto che esso è stato descritto come la “instaurazione *ex tunc* di una situazione giuridica tale, quale sarebbe esistita se l'atto annullato non fosse mai stato posto in essere” (**A. M. Sandulli**, *Il giudizio, cit.*). In altri termini, esso comporta “l'adeguamento dello stato di fatto e di diritto, esistente al momento della pronuncia giurisdizionale e venuto in vita sulla base dell'atto impugnato, alla situazione giuridica prodotta dalla pronuncia stessa” (**M. Nigro**, *Giustizia amministrativa, cit.*).

Ex multis, in dottrina cfr. **A. Romano – R. Villata** (a cura di), *Commentario, cit.*; nonché, ancora prima, **M. S. Giannini**, *Sulla ripristinazione conseguente all'annullamento di un atto estintivo del rapporto di pubblico impiego*, in Foro it., 1942, III, 145.

In giurisprudenza cfr., *ad ex.*, Cons. Stato, V, 26 novembre 1976 n. 1341; Cons. Stato, VI, 29 gennaio 1982 n. 41; Cons. Stato, V, 3 novembre 1998 n. 736.

³⁴ Come anticipato (cfr. nota n. 23, *retro*), infatti, nell'ambito della giustizia amministrativa dottrina e giurisprudenza hanno a lungo ritenuto che il giudice non potesse, in via principale, assumere decisioni di accertamento in un contesto diverso da quello della giurisdizione esclusiva. E anzi anche in tale ambito si è ritenuto che una sentenza del tipo di quella in esame fosse ammissibile solo a fronte di diritti soggettivi e non anche di interessi legittimi. Di fondo, come sottolineano **A. Romano – R. Villata** (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa, cit.*, “risulta chiaramente la preoccupazione del giudice amministrativo di non essere portato a pronunzie che possano risultare sostitutive di atti della pubblica amministrazione”.

Sul punto cfr. *amplius* **V. Caianiello**, *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in Id., *Problemi dell'amministrazione e della giurisdizione*, Cedam, Padova, 1986; **E. Capaccioli**, *Per la effettività della giustizia amministrativa*, in Id., *Diritto e eprocesso. Scritti vari di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1978; **V. Domenichelli**, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*; **G. Greco**, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in Dir. proc. amm., n. 3/1992; **M. Nigro**, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in Riv. dir. proc., 1978, 249; **B. Tonoletti**, *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, in Dir. proc. amm., n. 3/2002; nonché da ultimo **R. Villata**, *Spigolature “stravaganti” sul nuovo codice del processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., n. 2/2011, il quale scrive: “l'azione di accertamento dell'interesse legittimo per la quale continuo a ritenere non vi sia spazio è appunto quella che ha ad oggetto in sé tale situazione soggettiva [di interesse legittimo] indipendentemente dalla verifica della lesione della stessa ad opera del provvedimento (o dell'inerzia *contra ius*) dell'Amministrazione, preordinata al ristoro del danno subito. E' il carattere inattivo (che non significa affatto non favorevole, ma che il suo soddisfacimento dipende dal comportamento di un soggetto terzo, secondo l'insegnamento di Giuseppe Guarino) e relazionale con il potere della p.a. che esclude l'utilità di un'azione di mero accertamento dell'interesse legittimo di per sé solo considerato”.

³⁵ Sul punto **P. Stella Richter**, *Per l'introduzione, cit.*, il quale osserva che “lo sforzo interpretativo compiuto per valorizzare al massimo, ai fini della effettività della tutela, il momento dell'accertamento necessariamente insito in ogni

processuale all'interesse legittimo, la giurisprudenza si è adoperata per colmare il descritto vuoto legislativo, ammettendo che, in taluni casi, sotto le mentite spoglie dell'impugnazione di un provvedimento amministrativo potesse celarsi un'azione dichiarativa³⁶.

In particolare, detta *fictio iuris* è stata utilizzata al fine di consentire al terzo, la cui sfera giuridica risulti lesa da una d.i.a. (oggi s.c.i.a.)³⁷ illegittima, di esperire dinanzi al giudice amministrativo

pronuncia giurisdizionale e quindi anche del giudice amministrativo ha condotto a due risultati ultimi: a) per un verso ha contribuito a mettere in luce la circostanza (...) che il processo amministrativo ha, almeno nel presente momento storico, natura certamente composita, derivata da uno schema legislativo originario di impugnativa del singolo atto dell'amministrazione e dalla successiva alterazione dei suoi tratti caratteristici (...); b) per altro verso poi ha mostrato (...) la necessità di spostare lo sguardo sulla vicenda di natura sostanziale, cioè sulla situazione giuridica soggettiva a tutela e servizio della quale il processo amministrativo esiste" (in senso analogo, **Id.**, *L'aspettativa di provvedimento, cit.*; nonché **M. Nigro**, *Giustizia amministrativa, cit.*).

E d'altra parte, a sostegno di quanto affermato, basti ricordare che "la riflessione sugli effetti della sentenza di annullamento si concentra particolarmente sugli effetti conformativi, perché essi determinano la stabilità o meno del risultato raggiunto dal ricorrente con la sentenza stessa", atteso che è nella componente di accertamento della sentenza che si rinviene la regola che "vincola la P.A. nella fase successiva di riesercizio del potere" (**A. Travi**, *Lezioni, cit.*).

³⁶ Come si cercherà di chiarire meglio nel proseguo della trattazione, in taluni casi, quale ad esempio quello di una DIA illegittima "in dottrina, sono stati costruiti percorsi che consentissero al terzo di munirsi di un atto impugnabile (secondo la tesi del silenzio assenso) o di contestare il silenzio inadempimento. Più precisamente, mantenendo ferma la qualificazione della DIA come atto privato, per ammettere la tutela processuale del terzo, in una prima fase si è ipotizzato che questi potesse inoltrare una diffida all'Amministrazione per attivare l'esercizio di poteri inibitori (evitando il consolidarsi di una DIA basata su presupposti errati)". Detto in altri termini, "per garantire il soggetto leso, dottrina e giurisprudenza, partendo dalla natura sostanziale della DIA, hanno costruito un sistema di tutela processuale piuttosto artificioso, composto da tre passaggi obbligati: 1) diffida all'Amministrazione; 2) eventuale formazione del silenzio inadempimento; 3) impugnazione del silenzio inadempimento. Artificiosità non molto diversa da quella di chi fa riferimento all'utilizzo del silenzio assenso per equiparare agli effetti di un provvedimento amministrativo implicito gli effetti della DIA, giungendo così a consentire l'impugnazione della DIA stessa nella sua veste di atto amministrativo tacito" (cfr. **S. Valaguzza**, *La DIA, l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento, cit.*).

³⁷ L'istituto della dichiarazione di inizio attività (d.i.a.) è stato introdotto nell'ordinamento italiano, in via generale, dall'art. 19 della L. n. 241 del 1990 e, con riferimento alla materia edilizia, dagli artt. 22 e 23 del D.P.R. n. 380 del 2001. Lo stesso, tuttavia, è stato più volte oggetto di interventi legislativi, tra cui da ultimo con il d. lex 31 maggio 2010 n. 78 (conv. L. 30 luglio 2010 n. 122) che ne ha mutato il nome in segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.) e, poi con l'art. 6, comma primo, d. lex 13 agosto 2011 (conv. L. n. 148/2011).

Tra gli aspetti da sempre più dibattuti, quello della natura giuridica di detto istituto nonché quello delle modalità di tutela dei c.d. terzi. A tale ultimo proposito, peraltro, in dottrina è stato osservato come "all'incertezza, la giurisprudenza sembra talora rispondere con il superamento di ogni concettualizzazione e con lo sforzo di offrire una tutela effettiva, al di là da questioni nominalistiche", giungendo così ad affermare "il potere del giudice amministrativo di ammettere e trattare una domanda tesa a provocare l'accertamento autonomo della sussistenza, in capo al privato-dichiarante, delle condizioni legittimanti lo svolgimento dell'attività" (**E. Scotti**, *Denuncia di inizio attività e processo amministrativo: verso nuovi modelli di tutela?*, in Foro amm. CdS n. 2/2009).

Per un inquadramento generale dell'istituto, anche alla luce degli ultimi interventi legislativi, cfr., tra gli altri, **G. Bottino**, *Introduzione alla "Segnalazione certificata di inizio attività"*, in Foro amm. TAR, n. 3/2011; **V. Cerulli Irelli**, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011; **B. G. Mattarella**, *La Scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in Giorn. dir. amm., n. 12/2010; **G. F. Nicodemo**, *La Scia prende il posto della Dia?*, in Gior. dir. amm., n. 5/2011; **M. A. Sandulli** (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2010; **Id.**, *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione "a rischio"*, in Riv. giur. ed., n. 6/2010.

Per un'analisi degli aspetti problematici legati all'istituto in commento cfr., innanzitutto, **A. Romano**, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della L. n. 241/1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, in Dir. amm., n. 3/2006; **Id.**, *Aspetti problematici del regime di talune attività private previsto dall'art. 19 della legge n. 241/1990*, in Atti parlamentari X legislatura, Doc. XXVII, 423; **A. Travi**, *Dichiarazione di inizio attività (diritto amministrativo)*, in Enc. dir., Annali, 2008; **Id.**, *La d.i.a. e la tutela del terzo: fra pronunce del g.a. e riforme legislative del 2005*, in Urb. e app.,

un'azione di accertamento autonomo affinché sia accertata l'inesistenza dei presupposti richiesti dalla legge per l'esercizio dell'attività dichiarata³⁸. In questo caso, infatti, così come nell'ipotesi di silenzio-assenso³⁹, la materia del contendere si identifica nel riscontro della "reale sussistenza-

n. 10/2005; **Id.**, *Ancora sulla denuncia di inizio attività e la tutela dei terzi*, in Urb. e app. n. 4/2003; **Id.**, *Semplificazione e tutela del cittadino*, in Riv. giur. urb., n.1/1998. Ma anche: **G. Falcon**, *La regolazione delle attività private e l'art. 19 della legge n. 241 del 1990*, in Dir. pubbl, n. 2/1997; **E. Giardino**, *La natura giuridica della DIA e la tutela del terzo*, in Giorn. dir. amm., n. 12/2010; **W. Giulietti**, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Giappichelli, Torino, 2008; **G. Greco**, *La Scia e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza Plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in Dir. proc. amm., n. 1/2011 .

³⁸ Imprescindibile, al riguardo, il richiamo a Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009 n. 717, per un commento alla quale si rinvia innanzitutto a **E. Scotti**, *Denuncia di inizio attività e processo amministrativo*, cit.. In particolare, l'A. osserva che "quanto alla tutela del terzo, la sez. VI compie un importante passo avanti: essa afferma, innovativamente rispetto alla precedente giurisprudenza, la necessità di superare il tradizionale impianto impugnatorio del giudizio amministrativo, incapace di offrire al terzo una tutela effettiva, avviando un percorso di ricerca di strumenti nuovi, compatibili con la natura privata della d.i.a.. Lo strumento proposto è costituito dall'azione di accertamento autonomo (...)". In questo modo – prosegue l'A. – "il Consiglio di Stato coglie le indicazioni di quella parte della dottrina che già da tempo aveva denunciato l'incongruenza del riferimento al tradizionale giudizio impugnatorio versato sul provvedimento amministrativo, in tutte le ipotesi in cui la legittimazione del privato non derivi più dal provvedimento ma si riconduca ad una causa diversa, e cioè direttamente alla legge (come accade sia nell'ipotesi di d.i.a. (...), sia nelle ipotesi di silenzio-assenso (...)).

Ex multis, cfr. anche **S. Valaguzza**, *La DIA, l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento*, cit., la quale scrive: "l'aspetto più innovativo della sentenza in commento (...) è (...) quello di aver ammesso l'azione di accertamento autonomo nel processo amministrativo a tutela di interessi legittimi pretensivi". Infatti, ammessa tale possibilità, "il percorso ricostruttivo sostanziale e processuale della DIA si mantiene pienamente fedele alla *ratio* che ha portato all'introduzione dell'istituto, che consiste nella liberalizzazione dell'attività".

In giurisprudenza, si collocano nello stesso filone anche Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2010 n. 2139; TAR Trentino Alto Adige, Trento, sez. I, 17 dicembre 2009 n. 310.

³⁹ L'istituto del silenzio-assenso, ossia quella forma di silenzio della P.A. c.d. significativa cui la legge riconduce il valore di assenso, appunto, è disciplinato a norma dell'art. 20 della L. n. 241/1990. Come ricorda parte della dottrina (**V. Cerulli Irelli**, *Lineamenti*, cit.), "il silenzio acquista qui, contenuto decisorio, che viene identificato nel contenuto dell'istanza quale determinato dallo stesso interessato. (...) In termini dogmatici [esso] si configura come fatto e non come atto; fatto nel quale il procedimento trova una definizione legale (...)". Inoltre, se "in principio, dovrebbe essere usato come strumento inteso a semplificare la fase decisoria del procedimento, soltanto nei casi di poteri non discrezionali o a bassissimo contenuto discrezionale", nei fatti "vale per tutti i procedimenti ad iniziativa di parte ad eccezione delle ipotesi direttamente individuate dalla legge che coinvolgono gli interessi di maggior peso per la vita associata (ambiente, pubblica sicurezza, salute, ecc.)".

Attesa la sua "vocazione" a costituire strumento di semplificazione amministrativa, il silenzio-assenso viene sovente accostato alla d.i.a. con la quale condivide, peraltro, anche alcuni problemi applicativi tra cui, per quanto qui rileva, "quello relativo alla tutela del terzo nei confronti delle conseguenze favorevoli per il beneficiario, dell'inerzia dell'amministrazione (...)" (**A. Romano**, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della L. n. 241/1990*, cit.). Tanto nel caso del silenzio assenso quanto in quello della d.i.a., dunque, dottrina e giurisprudenza hanno avvertito "un certo disagio per i limiti della tutela offerta dal giudizio impugnatorio e dal giudicato di semplice annullamento (...) poiché il provvedimento nella realtà non c'è così come non vi è neppure il procedimento amministrativo: ed è questa mancanza che conduce il giudice amministrativo (...) verso soluzioni che, in termini di effettività, finiscono per valorizzare i suoi diretti poteri di accertamento della legalità delle attività private" (**E. Scotti**, *Denuncia di inizio attività e processo amministrativo*, cit.).

Ex multis, sul tema, cfr. **L. Ferrara**, *DIA (e silenzio-assenso) tra autoamministrazione e semplificazione*, in Dir. amm., n. 3/2006; **L. Gianì**, *Silenzio assenso*, in AA. VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Giappichelli, Torino, 2005; **F. G. Scoca – M. D'orsogna**, *Silenzio, calmori di novità*, in Dir. proc. amm., n. 3/1995; **A. Travi**, *Silenzio-assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi contro interessati*, in Dir. proc. amm., n. 1/2004; **Id.**, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.p.r. 16 aprile 1992 n. 300*, in Foro amm., 1993, II, 601; **G. Vesperini**, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, in Giorn. dir. amm., n. 1/2007.

insussistenza, in concreto, di quegli elementi oggettivi e di quei requisiti soggettivi che il legislatore ha preso a presupposto per la produzione degli effetti”⁴⁰.

Siffatta ricostruzione, salutata con favore da parte della dottrina, ha sì consentito di superare le strettoie del dato normativo, sopperendo alla “incongruenza del riferimento al tradizionale giudizio impugnatorio”⁴¹, ma non può dirsi abbia risolto il problema alla radice⁴².

Per tale ragione, la previsione contenuta nella legge di delega ha lasciato sperare in un intervento legislativo in grado di fornire “i mezzi di reazione adeguati alle molteplici e differenziate forme in cui il potere amministrativo opera nella società moderna”⁴³, compresa quindi un’azione dichiarativa avente carattere generale. Ma tant’è così non è stato⁴⁴.

⁴⁰ In questi termini **A. Romano**, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della L. n. 241/1990*, cit..
Ex multis, cfr. **S. Valaguzza**, *La DIA, l’inversione della natura degli interessi legittimi e l’azione di accertamento*, cit., la quale “al fine di chiarire quando il terzo possa avere un interesse a ricorrere contestando la dichiarazione di inizio attività” compie delle esemplificazioni. “a) Nei rapporti di vicinato. L’attività privata esercitata in base alla DIA può incidere sulle modalità di godimento del diritto di proprietà di altri soggetti. Si pensi al caso di una DIA presentata per l’apposizione di una tettoia su un immobile del denunciante che verrebbe a ridurre lo spazio lasciato al passaggio del vicino per accedere alla sua proprietà o a diminuire la luminosità dei locali appartenenti al terzo. (...) b) Nei rapporti commerciali. L’oggetto della dichiarazione può consistere nell’esercizio di una determinata attività commerciale. In tali casi, è possibile che un terzo, esercente nello stesso settore, abbia interesse a contestare la DIA in quanto, per esempio, una nuova attività comporterebbe una diminuzione della clientela degli altri operatori (...)”.

⁴¹ Così **E. Scotti**, *Denuncia di inizio attività*, cit..

⁴² Con riferimento alla d.i.a, infatti, non mancano pronunce, ancorché isolate, in cui tale istituto viene qualificato come titolo abilitativo implicito, impugnabile mediante l’azione di annullamento cfr. Cons. Stato, sez. IV, 7 aprile 2010 n. 1972.

⁴³ In questi termini **M. Nigro**, *Trasformazioni dell’amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in Riv. trim. dir. proc. civ., n. 1/1980; ma considerazioni del tutto simili si rinvengono anche in **P. Stella Richter**, *Per l’introduzione*, cit., il quale auspicando ad un intervento legislativo ad hoc osserva che “in occasione di una riforma del processo amministrativo è (...) impensabile che si rinunci a percorrere vie affatto nuove”.

⁴⁴ Sul punto cfr. **A. Travi**, *Lezioni*, cit., il quale a proposito della mancata previsione nel c.p.a. di un’azione dichiarativa generale osserva: “il codice non ha preso in considerazione la tutela del cittadino in relazione ad una dichiarazione di inizio attività e si tratta probabilmente di una delle sue lacune più gravi”. *Ex multis*, cfr. **R. Caponi**, *La riforma del processo amministrativo*, cit., il quale osserva come, dal punto di vista delle forme di tutela, “la riforma del processo amministrativo lascia un poco a desiderare. Se la previsione esplicita delle forme di tutela esperibili nei confronti della pubblica amministrazione esprime uno dei progressi centrali della storia della giustizia amministrativa nell’Europa continentale, aver inserito un panorama completo delle forme di tutela nella bozza, ed averle poi ridimensionate nel testo definitivo, emette il segnale contrario: che si voglia antistoricamente frapporre un qualche ostacolo a questi progressi”.

V. Quale spazio per l'azione di mero accertamento nel processo amministrativo? L'Adunanza Plenaria n. 15 del 2011

Ciò non di meno - come anticipato - l'eliminazione dall'articolato definitivo del Codice di un'azione che consenta di chiedere al giudice amministrativo "l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico contestato (con l'adozione delle consequenziali pronunce dichiarative)"⁴⁵, secondo molti non dovrebbe segnare un'inversione di marcia in quel cammino verso una tutela piena ed effettiva che trova nella nota pronuncia della Corte Costituzionale n. 204 del 2004⁴⁶ una delle sue pietre miliari. Non solo perché la legge delega invitava *expressis verbis* il legislatore a tener conto degli "orientamenti espressi dalla giurisprudenza [del Giudice delle Leggi] e delle giurisdizioni superiori"⁴⁷, ma anche perché il rispetto dell'art. 24 Cost., cui l'art. 1 c.p.a. sembra inequivocabilmente rinviare⁴⁸, implica che il giudice amministrativo sia munito di adeguati poteri al fine di assicurare una tutela effettiva alle posizioni giuridiche soggettive devolute alla sua giurisdizione⁴⁹. Di conseguenza, si ritiene in dottrina che "un'interpretazione sistematica delle nuove disposizioni in tema di azioni, conforme a Costituzione, dovrebbe evitare, per quanto possibile, interpretazioni restrittive"⁵⁰.

⁴⁵ Così letteralmente l'art. 38, primo comma, del primo progetto di Codice del processo amministrativo.

⁴⁶ Il riferimento è alla già citata sentenza C. Cost. 6 luglio 2004 n. 204, per un commento alla quale si rinvia a **R. Villata**, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte Costituzionale*, cit. e alle altre opere menzionate alla nota n. 16, retro.

⁴⁷ Cfr. art. 44, comma primo, L. 69/2009, cit..

⁴⁸ Ai sensi dell'art. 1 del c.p.a. si legge, infatti, che "la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della costituzione e del diritto europeo". Sul punto cfr. **R. Caponigro**, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; **R. Chieppa**, *Il Codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in *Il Codice del processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2010; **L. Torchia**, *I principi*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11/2010.

⁴⁹ Con precipuo riferimento all'eliminazione dall'articolato del Codice della previsione di un'azione dichiarativa avente carattere generale, **R. Caponi**, *La riforma del processo amministrativo*, cit., scrive: "nulla di drammatico dal punto di vista pratico. L'azione di mero accertamento, già affermata in giurisprudenza, continuerà a sopravvivere, potendo ragionevolmente essere ricostruita dalle pieghe dell'ordito normativo. Del resto, lo stesso codice di procedura civile italiano non contiene una norma generale sull'ammissibilità dell'azione di mero accertamento, ma nessuno la mette in dubbio ormai. Dovrebbe accadere così anche nel processo amministrativo, se il principio di pienezza e di effettività della tutela enunciato dall'art. 1 del codice non verrà inteso come *flatus vocis*".

Non a caso, dunque, recentemente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁵¹, chiamata a pronunciarsi in ordine alla natura giuridica⁵² della D.I.A. e alle tecniche di tutela sperimentabili dal terzo leso dallo svolgimento dell'attività denunciata, ha sostenuto che "ove [quest'ultimo] subisca una lesione in un arco di tempo anteriore al decorso del termine perentorio fissato dalla legge per l'esercizio dei poteri inibitori, non essendosi ancora perfezionato il provvedimento amministrativo tacito e non venendo in rilievo un silenzio-rifiuto, l'unica azione esperibile è l'azione di accertamento tesa ad ottenere una pronuncia che verifichi l'insussistenza dei presupposti di legge

⁵⁰ In questo senso, **M. Clarich**, *Le azioni*, cit.. Ex. multis cfr. nonché **R. Chieppa**, *Il Codice del processo amministrativo*, cit. secondo cui: "l'azione di accertamento consente a volte di chiarire situazioni controverse (ad esempio, l'essersi formato o meno il silenzio assenso), evitando che l'incertezza possa poi ricadere sulla stessa P.A. ed esporla a pretese risarcitorie maggiori. (...) La realtà è che l'azione di accertamento (...) costituisce uno degli strumenti di tutela anche degli interessi legittimi e, come affermato dal Consiglio di Stato, sarebbe una tutela non effettiva quella che, sulla base di una aprioristica e indimostrata negazione dell'azione di accertamento, costringesse il cittadino a utilizzare strumenti di tutela più complessi e lunghi rispetto all'esercizio dell'azione di accertamento. Ciò significa che l'azione di accertamento resta ammissibile a tutela di ogni situazione giuridica anche nel processo amministrativo e che la sua mancata codificazione costituisca soltanto una occasione persa per una compiuta e coerente disciplina delle azioni, ma non priva il cittadino di uno strumento che la giurisprudenza gli aveva già messo a disposizione".

⁵¹ Il riferimento è alla già citata sentenza Cons. Stato, Ad. Plen., 29 luglio 2011 n. 15, per un commento alla quale cfr. **E. Boscolo**, *La dialettica tra la Plenaria e il legislatore*, cit.; **E. Follieri**, *Creatività giurisprudenziale e finzione*, cit.; **E. Giardino**, *La Dia (e la Scia)*, cit.; **W. Giulietti – N. Longobardi**, *SCIA: un ventaglio di azioni si apre a tutelare il terzo*, cit.; **M. A. Sandulli**, *Brevi considerazioni a prima lettura*, cit..

Per ciò che concerne la vicenda all'origine della controversia, è possibile ricordare che nel caso di specie una società, proprietaria di due immobili affacciati sui lati opposti di una certa via nel Comune di Venezia, nel 2003 otteneva un permesso di costruire funzionale alla ristrutturazione e al risanamento conservativo di entrambi gli edifici. Ciò non di meno, la galleria ed un porticato erano gravati da una servitù di passaggio pubblico pedonale ed, inoltre, detto porticato per metà era di proprietà di un altro soggetto privato. Di conseguenza, quando nel 2007 la società ha prodotto una D.I.A. in variante dell'originario permesso di costruire, dichiarando di voler effettuare lavori edilizi volti anche a rendere carrabile la propria metà di porticato e a realizzare un marciapiede, il privato ha impugnato detta D.I.A. affermando che, in tal modo, si sarebbe prodotto un aggravio della servitù di passaggio sul suolo di sua proprietà. Il giudice di prime cure, in accoglimento del ricorso presentato dal privato, ha annullato la D.I.A. e la società, risultata soccombente, ha impugnato la pronuncia di primo grado lamentando che a) la denuncia di inizio attività non costituisce atto amministrativo impugnabile, trattandosi di attività del privato e non assumendo essa valore provvedimentoale; b) la sentenza sarebbe errata anche nel punto in cui ha individuato, a fondamento dell'illegittimità della denuncia di inizio attività, una mera violazione di tipo civilistico, attinente ai rapporti privatistici fra le parti. Tale doglianza avrebbe potuto proporsi soltanto dinanzi al giudice ordinario alla cui cognizione spettano le controversie circa l'esistenza di diritti di uso pubblico su strade private.

⁵² Sul punto il supremo consesso ha preso le mosse da una ricostruzione delle varie soluzioni prospettate negli anni da dottrina e giurisprudenza. In particolare, viene fatta menzione di quell'approccio ermeneutico secondo cui "la d.i.a. non è uno strumento di liberalizzazione (...) ma rappresenta un modulo di semplificazione procedimentale che consente al privato di conseguire, per effetto di un'informativa equiparabile ad una domanda, un titolo abilitativo costituito da un'autorizzazione implicita di natura provvedi mentale che si perfeziona a seguito dell'infruttuoso decorso del termine previsto dalla legge per l'adozione del provvedimento di divieto". In altri termini, si tratterebbe di "una fattispecie a formazione progressiva che (...) culmina in un atto tacito di assenso, soggettivamente e oggettivamente amministrativo". Conseguentemente, secondo tale filone di pensiero, "i terzi lesi dal silenzio serbato dall'amministrazione a fronte della presentazione della d.i.a. sono legittimati a reagire con le forme e nei tempi del ricorso ordinario di annullamento del provvedimento amministrativo" (cfr. par. 5.1).

Il collegio, tuttavia, ha mostrato di dissentire da tale assunto e ha concluso nel senso che la d.i.a. "costituisce un atto privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge" (cfr. par. 6).

per l'esercizio dell'attività oggetto della denuncia, con i conseguenti effetti conformativi in ordine ai provvedimenti spettanti all'autorità amministrativa"⁵³.

Tanto i giudici di Palazzo Spada hanno sostenuto sulla base dell'assunto secondo cui a ciò non ostano né la mancata previsione nel Codice del processo amministrativo di un'azione dichiarativa concepita in termini generali, né il divieto di sindacato giurisdizionale su poteri non ancora esercitati. In particolare, quanto al primo aspetto, il Collegio ha osservato che, al fine di approntare idonea tutela alle posizioni giuridiche di interesse legittimo e in ossequio al principio di effettività, "la mancata previsione, nel testo finale del codice del processo, dell'azione generale di accertamento non [preclude] la praticabilità di una tecnica di tutela, ammessa nei principali ordinamenti europei, (...), ove necessaria al fine di colmare esigenze di tutela non suscettibili di essere soddisfatte in modo adeguato dalle azioni tipizzate (...)"⁵⁴. Anzi, - prosegue il supremo consesso - "ove dette azioni tipizzate non soddisfino in modo efficiente il bisogno di tutela, l'azione

⁵³ Così si legge al p. 6.5 della sentenza citata.

Per completezza, si segnala tuttavia che la soluzione prospettata nel luglio del 2011 dall'Adunanza Plenaria con la sentenza ivi citata sembra essere stata sconfessata dal legislatore a distanza di poche settimane. Quest'ultimo, infatti, con l'art. 6, comma primo, del d. l. 13 agosto 2011 n. 138 (conv. in L. n. 148/2011), ha stabilito al comma 6 *ter* dell'art. 19 della L. n. 241/1990 che "la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esercitare esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del d. lgs. 2 luglio 2010 n. 104". In proposito cfr. **V. Parisio**, *Direttiva "Bolkestein", silenzio-assenso, DIA, "liberalizzazioni temperate", dopo la sentenza del Consiglio di Stato, A. P. 29 luglio 2011 n. 15*, in Foro amm. TAR n. 9/2011, secondo cui "Le ragioni di questo brusco cambio di rotta non appaiono evidenti, la sentenza dell'A.P., nonostante alcune soluzioni un poco ardite sotto il profilo sistematico, ma in ogni caso volte a garantire la massima tutela del terzo contro interessato, aveva costituito un punto fermo per la individuazione delle soluzioni processuali più idonee". Del pari, cfr. **E. Giardino**, *La DIA (e la SCIA)*, *cit.*, il quale osserva che "con il citato c. 6 *ter*, il legislatore si discosta dall'esito interpretativo formulato dalla Plenaria (...). Invero, (...), la previsione potrebbe inaugurare una nuova stagione di diatribe interpretative sul fronte, quindi, non già della natura giuridica dei predetti istituti quanto della tutela del terzo leso dall'attività. Infatti la norma, nell'esigere che l'interessato possa sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, solo in caso di inerzia, possa esperire esclusivamente l'azione avverso il silenzio di cui all'art. 31 cc. 1, 2 e 3 c.p.a., affievolisce il portato della tutela processuale".

⁵⁴ Così si legge al p. 6.5.1 della sentenza citata, dove il supremo consesso, dopo aver richiamato i recenti esiti cui è pervenuta la propria giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011 n. 3, per un commento alla quale, tra gli altri, cfr. **F. Cortese**, *L'Adunanza plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, in Giorn. dir. amm., n. 9/2011 e, in senso decisamente critico, **G. Romeo**, *La retorica nella giurisprudenza, ovvero l'arte di argomentare bene, senza convincere*, in Dir. amm., n. 3/2011), prosegue affermando che "anche per gli interessi legittimi, infatti, come pacificamente ritenuto nel processo civile per i diritti soggettivi, la garanzia costituzionale impone di riconoscere l'esperibilità delle 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". Ciò anche in ragione del fatto che - prosegue il collegio - "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".

di accertamento atipica (...) risulta praticabile in forza delle coordinate costituzionali e comunitarie richiamate dallo stesso art. 1 del codice oltre che dai criteri di delega di cui all'art. 44 della L. n. 69/2009"⁵⁵. Quanto, invece, al limite evincibile dal disposto dell'art. 34, comma secondo, c.p.a.⁵⁶, il Consiglio di Stato, dopo aver ricondotto lo spirare del termine di conclusione del procedimento nella nozione di condizione dell'azione, ha ritenuto che "l'assenza del definitivo esercizio [da parte della P.A.] di un potere [inibitorio] ancora *in fieri*, afferendo ad una condizione richiesta ai fini della definizione del giudizio, non preclude l'esperimento dell'azione giudiziaria"⁵⁷ di mero accertamento, bensì solo l'adozione di una sentenza di merito. Conseguentemente - secondo il collegio - una volta maturato detto termine, in virtù del principio di economia processuale, "l'azione di accertamento (...) si converte automaticamente in domanda di impugnazione del provvedimento sopravvenuto", poiché a quel punto il ricorso iniziale concerne, "sul piano del *petitum* sostanziale e della *causa petendi*, la decisione della pubblica amministrazione di non adottare il provvedimento inibitorio"⁵⁸.

In definitiva, nel caso *de quo* è "la questione dell'accesso alla giustizia amministrativa da parte del terzo (che subisca una lesione in un arco di tempo anteriore al decorso del termine perentorio fissato dalla legge per l'esercizio [da parte della P.A.] del potere"⁵⁹ inibitorio) che ha consentito al supremo consesso di esprimersi in ordine all'ammissibilità dell'azione di accertamento nel giudizio amministrativo. Al riguardo, facendo leva sul "valore pregnante dei principi di effettività e pienezza

⁵⁵ Così, ancora, al p. 6.5.1 della sentenza citata, dove non a caso il Consiglio di Stato, dopo aver definito "immediatamente precettive" le norme contenute negli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione, prosegue affermando che "la mancata previsione, nel testo finale del codice, di una norma esplicita sull'azione generale di accertamento, non è sintomatica della volontà legislativa di sancire una preclusione di dubbia costituzionalità, ma è spiegabile (...) con la considerazione che le azioni tipizzate (...) 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 (...)".

⁵⁶ L'art. 34 c.p.a. è rubricato "sentenze di merito" e al secondo comma recita: "in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati (...)".

⁵⁷ Così si legge al p. 6.5.2 della sentenza citata.

⁵⁸ Così si legge al p. 6.5.3 della sentenza citata.

⁵⁹ In questi termini **W. Giulietti – N. Longobardi**, *SCIA: un ventaglio di azioni si apre a tutelare il terzo*, cit..

della tutela giurisdizionale”⁶⁰, il Consiglio di Stato “ha [quindi] ritenuto ammissibile in via interpretativa l’esperibilità [di detta azione] tutte le volte in cui risulti essere l’unica idonea a garantire una protezione adeguata ed immediata dell’interesse legittimo, ancorché [la stessa non sia] espressamente prevista nel testo finale del codice”⁶¹.

VI. (segue) Considerazioni ulteriori

Posto, dunque, che la giurisprudenza anche dopo l’entrata in vigore del Codice del processo amministrativo non ha smesso di riconoscere l’utilità (e, quindi, la praticabilità) dell’azione di accertamento al fine di tutelare la posizione giuridica soggettiva del terzo leso da una D.I.A. (o S.C.I.A.) illegittima⁶², preme ora ampliare l’angolo di visuale al fine di indagare altre fattispecie concrete e provare a formulare ulteriori considerazioni in ordine all’opportunità di un’azione siffatta nell’ambito del processo amministrativo.

Al riguardo, occorre innanzitutto evidenziare come da tempo sia persa chiara l’inidoneità del mero giudizio di annullamento ad offrire adeguata tutela agli interessi legittimi c.d. pretensivi⁶³. Esigenze di giustizia sostanziale, infatti, già in passato hanno indotto parte della dottrina a spingere nel senso

⁶⁰ Così **M. A. Sandulli**, *Brevi considerazioni a prima lettura dell’Adunanza Plenaria n. 15 del 2011*, cit..

⁶¹ In questi termini **W. Giulietti** – **N. Longobardi**, *SCIA: un ventaglio di azioni si apre a tutelare il terzo*, cit..

⁶² Al riguardo si rinvia al paragrafo che precede e alla bibliografia ivi segnalata. Nonché, più in generale, cfr. quanto preconizzato da **R. Caponi**, *La riforma del processo amministrativo*, cit., secondo cui “lo studioso del processo è tuttora molto affezionato all’azione di mero accertamento: in fondo è una delle pietre angolari su cui si è costruita l’autonomia disciplinare della materia. (...) [pertanto] l’azione di mero accertamento, già affermatasi in giurisprudenza, continuerà a sopravvivere, potendo agevolmente essere ricostruita dalle pieghe dell’ordito normativo”; e da **L. Torchia**, *Le nuove pronunce*, cit., secondo cui è possibile ritrovare “nel Codice i principali tipi di sentenze già previsti nella legislazione precedente, come interpretata dalla giurisprudenza, inquadrabili quindi, sul piano generale, nella classica tripartizione in pronunce dichiarative, costitutive e di condanna. (...) La resezione dell’azione e della pronuncia di accertamento dal Codice non comporta affatto che il privato non possa chiedere, e il giudice non possa dichiarare l’accertamento (...). Si può dunque affermare che il processo amministrativo non conosce un’azione di accertamento tipica – come accade, del resto, nel processo civile – senza che ciò impedisca di attivare la tutela di accertamento anche al di fuori e oltre i casi espressamente previsti dal Codice”.

⁶³ *Inter alia*, cfr. **F. de Leonardis**, *Sui presupposti del risarcimento del danno*, cit.; **D. Vaiano**, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, cit.; **B. Tonoletti**, *Mero accertamento e processo amministrativo*, cit..

del riconoscimento di un'azione volta all'accertamento "della pretesa sostanziale del cittadino, accanto ed indipendentemente dal ricorso e dal giudizio di annullamento degli atti"⁶⁴.

Volendo esemplificare, si pensi al caso in cui un privato si veda illegittimamente opporre un diniego. In tale ipotesi, di norma l'istante è costretto ad impugnare il provvedimento negativo e, qualora veda accolto il proprio ricorso, ad attendere l'adozione di un nuovo provvedimento da parte della P.A., il quale tuttavia ben potrebbe risolversi in un ennesimo illegittimo diniego (e, dunque, indurre *oborto collo* il privato ad esperire un nuovo ricorso).

Posto di fronte ad una fattispecie di questo tipo, recentemente il TAR Lombardia⁶⁵ ha creduto opportuno tutelare la posizione giuridica del ricorrente mediante un'azione di esatto adempimento (in realtà al tempo non prevista dal codice del processo amministrativo⁶⁶) ricostruita attraverso un articolato *escamotage* che fa leva sulla "inversione dell'ordine di lettura e di interpretazione fra l'art. 34 e l'art. 30 del codice"⁶⁷.

⁶⁴ Al riguardo cfr. innanzitutto **P. Stella Richter**, *Per l'introduzione, cit.*; nonché **G. Greco**, *Per un giudizio di accertamento*, il quale ricorda come parte della dottrina abbia cercato di percorrere "strade ricostruttive diverse, per riconoscere la sussistenza di un giudizio amministrativo che sia finalmente in grado di dirimere una volta per tutte il conflitto sostanziale tra Amministrazione e cittadino richiedente un provvedimento amministrativo: un giudizio cioè che, al di là dello schermo dell'atto amministrativo (di diniego) impugnato, consenta di determinare se sia fondata o meno la pretesa sostanziale del richiedente (e, cioè, se l'atto richiesto debba o meno essere emesso, alla stregua della disciplina normativa da applicare al caso concreto). Per giungere a tale risultato è apparso chiaro che occorre muoversi al di fuori del modulo cassatorio: un giudizio di annullamento (...) difficilmente consente di fornire in positivo l'assetto definitivo del rapporto controverso".

⁶⁵ Il riferimento è a TAR Lombardia, Milano, sez. III, 8 giugno 2011 n. 1428, per un commento alla quale cfr. **L. Torchia**, *Condanna ed adempimento nel processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11/2011; ma un ampio riferimento alla stessa è contenuto anche in **F. Merusi**, *Creatività giurisprudenziale e finzione, cit.*.

⁶⁶ Nelle more, tuttavia, è intervenuto il d. lgs. 14 settembre 2012 n. 160, secondo correttivo al Codice del processo amministrativo, il quale ha introdotto "in modo esplicito l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto (art. 34, comma 1, lett. c), già pacificamente ammessa dalla giurisprudenza, ridefinendo i limiti entro i quali essa può essere proposta, ovvero *contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio e nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3*" (**M. A. Sandulli**, *Il codice del processo amministrativo nel secondo correttivo, cit.*).

⁶⁷ Così **L. Torchia**, *Condanna ed adempimento, cit.*; ma cfr. anche **F. Merusi**, *Creatività giurisprudenziale e finzione, cit.*, il quale scrive: "per l'azione di adempimento (...) è stato abbastanza facile per un TAR, il TAR Lombardia, dimostrarne l'ammissibilità (...). E' bastato ragionare alla rovescia, partendo dalla descrizione che il codice fa delle sentenze per poi risalire all'ammissibilità della domanda, cioè della tipologia dell'azione". Alla luce del disposto dell'art. 34 lett. c) e d), infatti, "se ne è dedotto che è risultato irrilevante cancellare la previsione di una tipica azione di adempimento, poiché la possibilità di ordinare alla pubblica amministrazione un *facere* è ricompresa nei poteri del giudice al momento della sentenza".

Viene da chiedersi tuttavia se, in un caso come quello *de quo*, la previsione espressa di un'azione generale di accertamento non sarebbe stata utile al fine di tutelare meglio e, soprattutto, prima la posizione giuridica del privato, tanto da far persino svanire l'esigenza di rinvenire tra le pieghe del codice un'azione, quella di esatto adempimento, che in realtà non esiste? Se è vero, infatti, che l'inversione concettuale operata nella sentenza citata apre la via ad “una nuova direzione di indagine e di esercizio dei poteri del giudice, centrata sulla satisfattività come specifica e rilevante dimensione dell'effettività della tutela”⁶⁸, ecco che il momento dell'accertamento appare essere assolutamente dirimente. Ciò in quanto, affinché la misura disposta dal giudice possa attagliarsi perfettamente alla fattispecie concreta, quest'ultima deve essere conosciuta dallo stesso nella sua specificità o, meglio, devono essere accertate la meritevolezza e la fondatezza della pretesa dedotta in giudizio. Ecco, allora, che - nell'esempio in questione - se, a fronte del primo diniego illegittimo, il privato avesse avuto la possibilità di chiedere al giudice l'accertamento dell'esistenza dei requisiti oggettivi e soggettivi posti dalla legge a presupposto del provvedimento richiesto, ciò sarebbe bastato ad acclarare la spettanza di detto provvedimento e, per l'effetto, ad arginare (probabilmente) il rischio di un nuovo diniego recante “modifiche meramente cosmetiche”⁶⁹ rispetto al primo. In altre parole, ai fini dell'effettività della tutela di una situazione giuridica come quella *de qua*, un conto è dire che un diniego è illegittimo (ad esempio) per insufficiente motivazione ed un conto è dire che, a fronte dell'accertata esistenza dei presupposti fissati dal legislatore, la P.A. avrebbe dovuto adottare il provvedimento richiesto dall'istante. Solo nel secondo caso, infatti, il giudice finisce “per stabilire la regola cui le parti potranno e dovranno attenersi”⁷⁰.

D'altra parte, in termini più generali, si osserva come la linea di pensiero tesa ad auspicare l'introduzione di un'azione generale di accertamento in seno al processo amministrativo, nonostante

⁶⁸ Così **L. Torchia**, *Condanna e adempimento*, cit., dove si legge ancora: “[poiché] il criterio fondamentale al quale la scelta del giudice deve ispirarsi è quello dell'idoneità della misura a fronte della pretesa ritenuta fondata”.

⁶⁹ In questi termini **L. Torchia**, *Condanna e adempimento*, cit..

⁷⁰ **A. Romano – R. Villata**, *Commentario*, cit..

le resistenze del legislatore⁷¹, si sia da ultimo affermata - ancorché un po' a fatica - anche in giurisprudenza. Più precisamente, mentre quest'ultima "da tempo ha ammesso un'azione dichiarativa, del tutto analoga a quella esistente nel processo civile, a tutela dei diritti soggettivi nelle materie di giurisdizione esclusiva", la stessa si è a lungo mostrata "restia a emettere sentenze di mero accertamento a tutela di interessi legittimi"⁷². La ragione di simili resistenze, secondo i più, riposerebbe nell' "ordine concettuale tipico del Giudice amministrativo"⁷³, posto che in passato la giurisprudenza era solita affermare che - diversamente dai diritti soggettivi - le situazioni giuridiche di interesse legittimo non potessero essere oggetto di un accertamento giudiziale in virtù del carattere tipico delle azioni esperibili nel processo amministrativo⁷⁴.

Oggi, tuttavia, "si è creato (...) uno spazio per le azioni di accertamento anche nella giurisprudenza di legittimità"⁷⁵, pertanto restare ancorati a questa idea rischia di rivelarsi anacronistico, almeno per due ordini di motivi. Innanzitutto perché un simile ragionamento sembra presupporre che diritti soggettivi e interessi legittimi indichino posizioni giuridiche soggettive di

⁷¹ Oltre al "taglio" dell'azione di mero accertamento dal Codice del processo amministrativo nel 2010, la "storia" del diritto amministrativo narra di altri vani tentativi di positivizzare un'azione siffatta. In proposito cfr. **P. Stella Richter**, *Per l'introduzione*, cit.; **B. Tonoletti**, *Mero accertamento*, cit..

⁷² Così **M. Ramajoli**, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in R. Caranta (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Zanichelli, Bologna, 2010; ma anche **B. Tonoletti**, *Mero accertamento e processo amministrativo*, cit.. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, IV, 8 giugno 2009 n. 3514; Cons. Stato, V, 20 marzo 2006 n. 1440; Cons. Stato, VI, 21 novembre 2002 n. 6409.

⁷³ Così **G. Greco**, *Per un giudizio di accertamento*, cit. *Ex multis*, cfr. **A. Travi**, *Il codice del processo amministrativo. Presentazione*, cit., il quale vede il novello Codice eccessivamente ancorato al passato poiché "lo sforzo innovativo si arresta (...) quando richiederebbero di essere intaccati gli equilibri tradizionali per il giudice amministrativo".

⁷⁴ Cfr., *inter alia*, Cons. Stato, VI, 15 maggio 1984 n. 261; Cons. Stato, V, 11 ottobre 1999 n. 1343. In dottrina, conforme a questa linea di pensiero cfr. **E. Casetta**, *Osservazioni sull'ammissibilità di decisioni di mero accertamento da parte del giudice amministrativo*, in *Rass. dir. pubb.*, 1952, 146; **Garbagnati**, *La giurisdizione amministrativa. Concetto ed oggetto*, Giuffrè, Milano, 1950. Diversamente le prime (timide) aperture della giurisprudenza si ebbero con **E. Guicciardi**, *Sentenze dichiarative del giudice amministrativo?*, in *Giur. it.*, 1951, III, 121 e, soprattutto, con **A. Piras**, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1962, il quale - come osservato dalla dottrina più recente (**B. Tonoletti**, *Mero accertamento e processo amministrativo*, cit.) - "ha fissato una premessa essenziale per il successivo sviluppo della riflessione in argomento sottolineando come le norme che fissano i presupposti di fatto del provvedimento non siano dettate nell'esclusiva considerazione dell'interesse pubblico, ma costituiscano anche una diretta garanzia sostanziale degli interessi privati coinvolti nell'azione amministrativa e, su questa base, individuando nella sentenza del giudice amministrativo un contenuto di accertamento della pretesa sostanziale del ricorrente".

⁷⁵ In tal senso **E. Follieri**, *Statica del processo. La tipologia delle azioni proponibili*, in F. G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit..

rango differente. Più precisamente, sembra riecheggiare la concezione, oramai unanimemente ripudiata tanto in dottrina quanto in giurisprudenza⁷⁶, secondo cui gli interessi legittimi recherebbero un *quid minus* rispetto ai diritti soggettivi e, come tali, avrebbero bisogno o meriterebbero un minor (*rectius* differente) grado di tutela.

In secondo luogo, negare la praticabilità di un'azione generale di accertamento in ragione della tipicità delle azioni nel processo amministrativo o, meglio, della centralità dell'azione di annullamento, è un argomento che mostra di non tenere il passo con i tempi attuali. Come evidenziato dalla dottrina, infatti, “il giudizio amministrativo attraversa una fase di frammentazione, caratterizzata da un ulteriore indebolimento della centralità dell'impugnazione dell'atto amministrativo e dal rafforzamento di fattori eccentrici rispetto alle modalità classiche del sindacato sull'esercizio del potere amministrativo. Prospettare un modello prioritario appare illusorio, anche se il codice è permeato ancora dalla cultura dell'impugnazione di atti (...)”⁷⁷.

Ciò risulterebbe comprovato dalla circostanza per cui, allo stato attuale, il criterio determinante nell'individuazione delle forme di tutela appare essere sempre più spesso quello dell'idoneità e, soprattutto, dell'effettività; mentre il dettato autenticamente normativo mostra sovente di avere un'incidenza recessiva (nella determinazione della regola di diritto da applicare al caso di specie)⁷⁸. Ad eccezione, tuttavia, di quello di rango costituzionale che la giurisprudenza con sempre maggior frequenza sembra utilizzare per legittimare le proprie statuizioni. Non a caso, infatti, anche nella sopra richiamata Adunanza Plenaria n. 15 del 2011 l'opportunità di tutelare la posizione giuridica del terzo attraverso un'azione dichiarativa viene ricondotta al valore precettivo degli artt. 24, 103 e

⁷⁶ *Inter alia*, cfr. C. Cass., S. U., 22 luglio 1999 n. 500; C. Cost. 6 luglio 2004 n. 204 e C. Cost. 31 maggio 2006 n. 191.

⁷⁷ In questi termini **A. Travi**, *Presentazione*, *cit.*. Più in generale molti, in dottrina, ritengono che il sistema di giustizia amministrativa si stia avvicinando irreversibilmente all'idea della atipicità delle forme di tutela. In questo senso cfr. **M. Clarich**, *Le azioni*, *cit.*; **L. Torchia**, *Le nuove pronunce*, *cit.*.

⁷⁸ Al riguardo, cfr. **G. Costantino**, *Note a prima lettura*, *cit.*, il quale scrive: “appare ragionevole ritenere che la concreta operatività del processo amministrativo resti affidata alla fantasia degli interpreti, piuttosto che al senso fatto proprio dalle parole contenute nelle singole disposizioni: la meritoria opera di cristallizzazione della giurisprudenza [operata dal legislatore nel contesto del Codice del processo amministrativo] appare destinata a restituire comunque a questa l'ultima parola sull'effettivo funzionamento della giustizia amministrativa”.

113 Cost., che impongono “la tutela dell’interesse legittimo alla stregua del diritto soggettivo, e perciò anche con sentenze di mero accertamento”⁷⁹.

VII. Rilievi conclusivi

In definitiva, stante la mancata previsione di un’azione dichiarativa avente carattere generale, la chiave di volta riposerebbe nuovamente nell’interpretazione⁸⁰. Secondo i più, infatti, una lettura sistematica delle norme del Codice del processo amministrativo e della Carta costituzionale sarebbe sufficiente a rincuorare l’interprete del fatto che “la soppressione [dell’azione] di accertamento (...) risulta priva di conseguenze irreparabili”⁸¹ ai fini dell’effettività della tutela delle posizioni giuridiche soggettive portate al vaglio del giudice amministrativo.

Allo stato tale soluzione appare certamente la sola praticabile a meno di non voler dare la stura ad un arretramento della soglia di tutela offerta al cittadino. Così impongono non solo i sopra richiamati articoli 24, 103 e 113 Cost., ma soprattutto l’art. 111, primo comma, Cost. che, come modificato nel 1999, sancisce il principio del giusto processo, affermando che “la giurisdizione [*tout court* intesa e, dunque, anche quella amministrativa] si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”.

⁷⁹ Così **F. Merusi**, *Creatività giurisprudenziale e finzione*, cit..

⁸⁰ Come osserva **G. Costantino**, *Note a prima lettura*, cit., “appare ragionevole ritenere che la concreta operatività del processo amministrativo resti affidata alla fantasia degli interpreti, piuttosto che al senso fatto proprio dalle parole contenute nelle singole disposizioni”. Pertanto – prosegue l’A.- “la meritoria opera di cristallizzazione della giurisprudenza appare destinata a restituire comunque a questa l’ultima parola sull’effettivo funzionamento della giustizia amministrativa”. In senso analogo cfr. **A. Travi**, *Presentazione*, cit., dove si legge: “ (...) il codice in realtà sembra confidare su una risposta principalmente organizzatoria, rappresentata dalla centralità del Consiglio di Stato e, in particolare, dell’Adunanza plenaria, come organo direttivo e formatore della giurisprudenza amministrativa (cfr. art. 99)”.

⁸¹ Così **P. L. Portaluri**, *Le “macchine pigre” ed un codice ben temperato*, in www.giustizia-amministrativa.it. In senso analogo cfr. **R. Chiappa**, *Il Codice del processo amministrativo*, cit.; **E. Follieri**, *Statica del processo. La tipologia delle azioni proponibili*, cit.; **S. Raimondi**, *Le azioni*, cit.; nonché **M. Clarich**, *Le azioni*, cit., il quale nel rispondere all’interrogativo circa il “se la codificazione limiti oramai il ruolo creativo del giudice amministrativo”, risponde osservando che “il *nomen* Codice non deve essere sopravvalutato, perché la scelta operata è stata quella di confezionare un articolato *leggero*. Anzi, il rinvio esterno alle disposizioni del codice di procedura civile (...) apre uno spazio ampio di adattamento al giudice amministrativo chiamato a operare questo tipo di valutazione”.

A ben vedere, infatti, detto principio, richiamato peraltro dallo stesso art. 2 c.p.a., e' quello che più di ogni altro "impone di tutelare la legittima pretesa del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, se del caso, anche attraverso una sentenza di accertamento"⁸². Innanzitutto perché esso deve essere letto ed applicato alla luce degli indirizzi forniti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, posto che la modifica costituzionale intervenuta nel 1999 ha avuto di mira (anche) un ideale avvicinamento dell'Italia al "modello di processo giusto ed equo (...) disegnato dagli artt. 6 e 13"⁸³ CEDU. Ed in secondo luogo perché, stando ai lavori preparatori al Codice del processo amministrativo, il richiamo al principio del giusto processo è stato inserito nell'art. 2 c.p.a. "dopo i tagli governativi, per ricordare che tali riduzioni non potevano comunque influire sulla realizzazione del giusto processo amministrativo, così come precettivamente imposto dalla Costituzione all'art. 111"⁸⁴.

La medesima soluzione interpretativa, inoltre, risulta corroborata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che – come poc'anzi ricordato - sempre più di frequente mostra di accordare valore dirimente al principio di effettività al fine di risolvere anche problematiche diverse da quella in argomento. Recentemente, ad esempio, trovandosi a pronunciare l'annullamento di un provvedimento (nella specie un piano faunistico) il supremo consesso ha escluso la decorrenza tanto *ex tunc* quanto *ex nunc* degli effetti demolitori della sentenza, affermando di contro come la stessa dovesse esplicitare solo effetti conformativi⁸⁵. Ciò essenzialmente perché – si legge nel *decisum* – "quando la sua applicazione risulterebbe incongrua e manifestamente ingiusta, ovvero in contrasto

⁸² Così letteralmente **F. Merusi**, *Creatività giurisprudenziale e finzione*, cit.; inoltre spunti in tal senso si rinvencono anche in **E. Follieri**, *Statica del processo. La tipologia delle azioni proponibili*, cit..

⁸³ Sul punto cfr. **F. G. Scoca**, *Caratteri generali del processo amministrativo. I principi del giusto processo*, in Id. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit.; nonché *amplius* **R. Bin** – **G. Pitruzzella**, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, ult. ed..

⁸⁴ In questo senso **F. Merusi**, *Creatività giurisprudenziale e finzione*, cit..

⁸⁵ Il riferimento è alla già citata sentenza Cons. Stato, VI, 10 maggio 2011 n. 2755 (cfr. nota n. 9, *retro*), inoltre in senso analogo cfr. Cons. Stato, VI, 9 marzo 2011 n. 1488.

col principio di effettività della tutela giurisdizionale, ad avviso del Collegio, la regola dell'annullamento con effetti *ex tunc* dell'atto impugnato (...) deve trovare una deroga”⁸⁶.

In altri termini, sia la dottrina che la giurisprudenza mostrano di aver recepito i moniti provenienti dall'Europa circa la necessità di apprestare, nei singoli ordinamenti, sistemi di giustizia che assicurino la piena tutela delle posizioni giuridiche soggettive fatte valere dagli istanti⁸⁷. Tuttavia, a sommo avviso di chi scrive, la realizzazione di un simile obiettivo passa per l'uso efficiente degli istituti esistenti e, ove necessario, per l'implementazione dello strumentario giuridico. Non anche per la costante devoluzione all'interprete del compito di forzare “le possibilità potenziali della legislazione”⁸⁸ per trovare una soluzione che si attagli al caso concreto, giacché simile approccio reca con sé il rischio di incrinare altri principi cardine dell'ordinamento giuridico, *in primis* quello di legalità⁸⁹.

Di qui, in conclusione: perché non ragionare ancora in ordine alla possibilità di positivizzare i più recenti approdi giurisprudenziali in una norma *ad hoc* che espressamente consenta al cittadino di chiedere al giudice amministrativo l'accertamento della “reale sussistenza – insussistenza”⁹⁰ di determinati fatti? Sarebbe un omaggio al vecchio adagio per cui *in claris non fit interpretatio*.

⁸⁶ Così si legge al p. 15.2 della sentenza citata.

⁸⁷ In argomento si rinvia, innanzitutto, a **M. P. Chiti**, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2011. Inoltre, senza pretesa di esaustività, cfr. **R. Caranta**, (voce) *Tutela giurisdizionale (italiana sotto l'influenza comunitaria)*, in m. P. Chiti – G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007; **V. Cerulli Irelli**, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in Riv. it. dir. pubbl.; **E. Follieri**, *Statica del processo. La tipologia delle azioni proponibili*, cit.; **M. A. Sandulli**, *Diritto europeo e processo amministrativo*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., n. 1/2008; nonché ancora prima cfr. **R. Caranta**, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, ESI, Napoli, 1992.

⁸⁸ Così **P. Stella Richter**, *Per l'introduzione*, op. cit.; nonché più di recente **A. Travi**, *Considerazioni*, cit., il quale osserva che “il diritto processuale esige regole chiare e predeterminate, anche quando sia “amministrativo”; un “giusto” processo tendenzialmente non dovrebbe ammettere mai norme incerte, o addirittura cangianti nel corso del suo svolgimento.

⁸⁹ Sul punto cfr. *amplius* **A. Romano**, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in Dir. amm., n. 1/1999; ma anche **F. Merusi**, *Sentieri interrotti della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2007.

⁹⁰ Così **A. Romano**, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della L. n. 241/1990*, cit.. *Ex multis* cfr. **P. Stella Richter**, *Per l'introduzione*, cit., il quale scrive: “introducendo l'azione di mero accertamento non si chiede al giudice amministrativo di fare qualcosa di completamente diverso da quel ch'egli ha sempre fatto e quotidianamente continua a fare, ma ci si

limita a rompere l'ormai non più ammissibile condizionamento derivante dalla costruzione del giudizio di legittimità come giudizio di sola impugnazione dell'atto di cui si assume la legittimità. (...) L'introduzione di un'azione o di un processo di accertamento rappresenta quindi l'occasione non già per fare del giudice amministrativo qualcosa di diverso da quel che già oggi non faccia, sebbene per farglielo fare in modo pieno, senza condizionamenti ormai non più accettabili, adeguato alle esigenze di giustizia cui la giurisdizione è chiamata a dare concreta ed efficace risposta".