

Corso ordinario on - line REFERENDARIO TAR VIII ed. 2020-21

Lezione AP-02

La disciplina delle azioni nel codice del processo amministrativo

Parte I

La tutela di annullamento e i suoi limiti alla luce dell'art. 21 *octies*, comma 2, legge n. 241/1990 e del codice del processo amministrativo

Sommario: 1. Evoluzione storica e ragioni della struttura impugnatoria del processo amministrativo 2. I dieci corollari processuali del sistema impugnatorio 3. Si apre una fase intermedia: le novità portate dal d.lgs. 80/98, da Cass. 500/99, dalla l. 205/2000, 15/2005, 80/2005 3.1. I principi di effettività della tutela giurisdizionale e di concentrazione delle tutele 4. I caratteri dell'azione di annullamento nel codice del processo amministrativo 4.1. Gli effetti *ex nunc* della pronuncia di annullamento 5. L'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241/1990 vince l'equazione tra riscontro del vizio di legittimità e sanzione dell'annullamento del provvedimento illegittimo 6. Le limitazioni introdotte dal legislatore alla tutela di annullamento in materia di contratti pubblici ai sensi degli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo 7. L'Adunanza Plenaria n. 4/2015 definisce i rapporti tra annullamento e risarcimento del danno 8. I dieci corollari processuali rovesciati del giudizio sul rapporto sistema impugnatorio.

1. Evoluzione storica e ragioni della struttura impugnatoria del processo amministrativo

Il bisogno di tutela dell'amministrato nei confronti della Pubblica Amministrazione non è stato sempre rappresentato dalla presenza di un principio immanente di effettività della tutela dell'amministrato. **La maggiore preoccupazione del legislatore postunitario**, lungi dall'essere quella di assicurare la tutela del cittadino nei confronti dell'autorità amministrativa, **era, infatti, quella di dettare le garanzie dell'amministrazione nei confronti del potere giudiziario.**

La scarsa considerazione che il nostro legislatore aveva degli interessi legittimi (meglio, gli interessi diversi dai diritti o, meglio ancora, ai sensi dell'art. 3 l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, *"gli affari non compresi nell'articolo precedente"*) è plasticamente rappresentata dalla celebre frase di Stanislao Mancini, pronunciata in occasione dei lavori parlamentari che hanno portato, nel 1865, all'approvazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo: *"sia pure che l'autorità amministrativa abbia fallito la sua missione, che non abbia provveduto con opportunità e saggezza, [...] sia pure che essa abbia, e forse anche senza motivi, rifiutato ad un cittadino una permissione, un vantaggio, un favore, che ogni ragione di prudenza e di buona economia consigliasse di accordargli [...] sia pure che questo cittadino è stato di conseguenza ferito, e forse anche gravemente, nei propri interessi: che perciò? [...] che cosa ha sofferto il cittadino in tutte le ipotesi testé discorse? Semplicemente una lesione degli interessi? Ebbene, che vi si rassegni"*. Si ponga mente al raggelante imperativo *"si rassegni"*.

La concezione autoritaria della Pubblica Amministrazione ha poi influito su tutta la legislazione successiva, e, persino dopo l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato nel 1889 e il riconoscimento della funzione giurisdizionale della stessa (avvenuto nel 1907), **l'interesse legittimo è stato considerato quale oggetto di tutela indiretta e occasionale da parte dell'ordinamento.** Tanto che all'indomani dell'istituzione della IV e V Sezione del Consiglio, una delle questioni di maggior rilievo, dibattute in dottrina, e affrontate dallo stesso Consiglio e dalla Suprema Corte era quella della natura giuridica oggettiva o soggettiva della giurisdizione esercitata dai giudici di Palazzo Spada.

Lo stesso Costituente, nello stabilire le garanzie giurisdizionali dei cittadini, ha mantenuto in vita il sistema dualistico di tutela nei confronti della Pubblica Amministrazione, confermando il carattere speciale del diritto amministrativo.

Non ci si può, dunque, meravigliare se la struttura del giudizio amministrativo sia stata concepita in chiave impugnatoria, in quanto essa rappresentava lo strumento migliore per il perseguimento dell'interesse pubblico, nel rispetto del principio della certezza dell'efficacia

degli atti della p.a.. Quest'ultima, infatti, per un lungo periodo della storia nazionale, specie nel periodo postunitario, si è manifestata nelle vesti dell'autorità deputata all'adozione di provvedimenti sacrificativi della sfera giuridica del privato in grado di provocarne l'estinzione delle posizioni giuridiche. Pertanto, tutela sufficiente veniva considerata quella idonea a provocare l'eliminazione dal mondo giuridico degli effetti degli atti amministrativi illegittimi, riservando all'amministrazione gli ulteriori provvedimenti che derivavano dalla compiuta caducazione. Sicché **la mera rimozione dell'atto amministrativo risultava sufficiente per reintegrare la sfera giuridica del ricorrente**. Spinte differenti si avvertono all'indomani dell'entrata in vigore della Carta costituzionale, con il mutare del modello di p.a. quale soggetto giuridico deputato anche ad ampliare la sfera giuridica del cittadino e con l'affermazione dello Stato pluriclasse. L'azione amministrativa volta a incrementare di utilità la sfera giuridica dei cittadini e, al contempo chiamata a comporre una pluralità di interessi sostanziali, non può più essere governata da uno strumento, come quello caducatorio, che nella sua dimensione più rigida è rivolto integralmente al passato. Ossia fonda sulla mera demolizione di un provvedimento amministrativo, senza fornire alla p.a. elementi utili per risolvere il conflitto di interessi, che è istituzionalmente chiamata a governare.

Il modello impugnatorio del processo era cristallizzato nell'art. 45 T.U. 26 giugno 1924, n. 1054 (sostanzialmente confermato dalla legge istitutiva dei TAR del 1971 all'art. 26) che stabiliva che il ricorso si proponeva avverso *"atti e provvedimenti"* e che, in caso di accoglimento del ricorso, il Consiglio di Stato *"annulla l'atto o il provvedimento, salvo gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa"*.

Il privato, dunque, nel sistema impugnatorio classico, non vedeva tutelata la sua posizione sostanziale, dovendo il giudice amministrativo accertare solo che non vi fosse stato un uso arbitrario del potere pubblico da parte dell'amministrazione, senza avere agio di soffermarsi sulla fondatezza delle richieste del ricorrente e, dunque, sulla spettanza del bene della vita.

In un sistema imperniato su di una rigida tipicità delle tecniche di tutela, l'unica azione concessa era quindi l'azione di annullamento del provvedimento in relazione ai vizi riscontrati in base a un controllo estrinseco che non consentiva, in omaggio al principio di separazione dei poteri, una sostituzione nella verifica della fondatezza della pretesa sostanziale.

La sentenza del giudice amministrativo non definiva quindi mai *au fond*, almeno per gli interessi pretensivi, la *res litigiosa*, assumendo le fattezze del noto apostrofo guicciardiano che separa due segmenti del fluire dell'azione amministrativa. Si può dire, un po' causticamente, che **la sentenza del G.A., nel limitarsi a verificare la presenza dei vizi denunciati in seno all'atto impugnato senza tralasciare la bontà sostanziale dell'aspirazione del privato, verificava se l'amministrazione avesse torto piuttosto che stabilire se il privato avesse ragione**.

In definitiva, il soddisfacimento dell'interesse era subordinato al riesercizio del potere amministrativo. Riesercizio che, ove affetto da profili di legittimità non toccati dal giudicato, innescava un successivo ricorso di cognizione in una spirale perversa destinata a non avere teoricamente mai fine. La scarsa effettività della tutela, insita nell'accumulo di vittorie di Pirro incapaci di appagare alcun bisogno sostanziale, era poi accentuata dal disconoscimento di una tutela risarcitoria dell'interesse legittimo.

Ciò nonostante, il processo amministrativo ha sempre posto attenzione alle possibilità che il giudizio possa soddisfare la pretesa sostanziale del privato, tanto da pretendere quale condizione dell'azione che l'interesse a ricorrere sia presente in capo al ricorrente sino al momento della decisione della causa, dimostrando in questo modo di avere piena consapevolezza che la *res controversa* sia tutt'altro che confinata in una dimensione formale. A ulteriore riprova di ciò si può rammentare il vincolo discendente per la p.a. soccombente dal cd. "effetto conformativo" della motivazione della sentenza.

2. I dieci corollari processuali del sistema impugnatorio

La struttura del giudizio impugnatorio sull'atto portava con sé dieci corollari relativi alla conformazione del processo amministrativo tradizionale:

- 1) non erano ammesse azioni di accertamento e di condanna**, postulanti una non consentita penetrazione del rapporto;
- 2) non era consentita all'amministrazione, in giudizio, un'integrazione postuma della motivazione del provvedimento impugnato** che sarebbe stata contraddittoria con l'identificazione dell'oggetto del giudizio nell'atto originario con la sua motivazione storica;

- 3)** anche **il giudizio cautelare**, secondo una logica di simmetria con la possibile decisione finale, aveva a oggetto la semplice legittimità del provvedimento e **si concretizzava nella mera sospensione** (anticipatoria dell'annullamento) del provvedimento, senza potere essere condita da misura atipiche o propulsive;
- 4)** un **processo** teso alla mera verifica della conformità dell'atto alla legge, alla luce delle risultanze procedurali si appalesava **meramente cartolare**, non abbisognando dell'acquisizione di fatti estranei a quelli risultanti *ex actis*: donde la limitazione dei mezzi di prova ammessi nel processo di legittimità (ai sensi dell'art. 44 del T.U. Cons. Stato n. 10544/1924) alla sola acquisizione di documenti e chiarimenti nonché alle verificazioni e la mancata previsione dei mezzi del processo civile (testimonianza e consulenza tecnica in particolare), invero necessari ai fini dell'acquisizione dei profili fattuali di un rapporto giuridico-economico;
- 5)** sempre sul versante istruttorio, l'aver il giudizio a oggetto un provvedimento reso sulla base di un'istruttoria procedimentale alla quale il privato era estraneo, limitava l'**onere probatorio** imposto al ricorrente alla **sola deduzione di un principio di prova** suscettibile di essere supplito dall'intervento giudiziario alla stregua di un metodo acquisitivo;
- 6)** si era sviluppata la discutibile **prassi dell'assorbimento dei motivi**, in base alla quale la valutazione della ricorrenza dei vizi formali, e in particolare di quello di incompetenza, conducendo al risultato dell'annullamento senza un'eccessiva incidenza verso il riesercizio del potere amministrativo, impediva la cognizione dei vizi più ficcanti sull'angolazione sostanziale del potere;
- 7)** il **riesercizio del potere successivo al giudicato di annullamento**, ove affetto da vizi diversi da quelli colti dalla sentenza, non contraddiceva un giudicato che per definizione non poteva dettare prescrizioni sul rapporto e innescava un nuovo giudizio di cognizione secondo uno schema seriale ipoteticamente infinito;
- 8)** invece, in caso di **provvedimento affetto da vizi sostanzialmente reiterativi di quelli colti dal primo Giudice** così come nell'ipotesi di inerzia dell'amministrazione nell'esercizio del potere, veniva in rilievo una violazione/elusione del giudicato suscettibile di essere stigmatizzata in un giudizio di ottemperanza;
- 9)** nel caso di cui al punto che precede il giudice dell'ottemperanza, in prima persona o per il tramite del commissario *ad acta* all'uopo designato, era chiamato a svolgere un'**attività non di mera esecuzione ma di cognizione** dovendo, in via sostitutiva rispetto a un'amministrazione silente o riottosa, indagare su quella fondatezza sostanziale della pretesa nel rapporto amministrativo della quale si era invece disinteressato un giudizio di cognizione concentrato sulla sola legittimità estrinseca dell'atto: l'ottemperanza non era, quindi, un rimedio meramente esecutivo ma anche schiettamente sostitutivo, persino ai fini della spendita di sacche di potere discrezionale;
- 10)** infine **anche nel giudizio sul silenzio-rifiuto**, finanche in caso di attività integralmente vincolata, **il Giudice non varcava la porta del rapporto sostanziale**, limitandosi a pronunciare una sentenza, un po' inquietante e dal sapore notarile, che annullava il silenzio sulla base del mero riscontro della violazione del termine, lasciando intatto il riesercizio, anzi il primo esercizio, del potere.

Insomma, questi dieci corollari ci consegnano un processo amministrativo abbastanza inutile ai fini del soddisfacimento degli interessi pretensivi. Si può dire che l'imperativo manciniano "*si rassegni*" non aveva perso completamente di attualità. Ben diverso è il discorso per gli interessi oppositivi, per i quali l'annullamento soddisfa in pieno l'esigenza di difesa, dall'aggressione amministrativa, di un bene preesistente nel bagaglio del privato. Sino al limite estremo di accordare un annullamento anche in presenza di un provvedimento amministrativo sostanzialmente corretto, e quindi immediatamente reiterabile dalla p.a. previa emenda del vizio formale inficiante. Ciò dimostra, da un lato, che il processo amministrativo è stato sagomato sulle fattezze degli interessi oppositivi ed è stato per molti decenni disattento alle diverse esigenze che connotano la tutela degli interessi pretensivi; interessi dei quali si è, solo col tempo, percepita la centralità e la specificità. Dall'altro, invece, che la relazione tra cittadino e amministrazione è stata costruita sui rigidi binari della legalità formale.

3. Si apre una fase intermedia: le novità portate dal d.lgs. 80/98, da Cass. 500/99, dalla l. 205/2000, 15/2005, 80/2005

Questa situazione per molti decenni è rimasta sostanzialmente immutata e il processo amministrativo ha conosciuto un lungo periodo di stasi, scosso episodicamente da alcuni interventi della Corte Costituzionale, che, specie in tema di giurisdizione esclusiva, hanno esteso i poteri istruttori e cautelari del g.a. per assicurare che la tutela dei diritti soggettivi assegnati alla giurisdizione del g.a. non andasse incontro ad inaccettabili *deficit* di tutela.

D'improvviso, però, il legislatore, sulla scorta degli *input* di derivazione comunitaria (si pensi all'art. 13, l. 142/1992 sul risarcimento del danno in materia di appalti pubblici) e dei cambiamenti sociali, è intervenuto con una pluralità di provvedimenti legislativi che hanno cambiato per sempre il volto del processo amministrativo. Prima di arrivare alla meta più recente, rappresentata dal codice del processo amministrativo, è necessario esaminare a volo d'uccello quel periodo intermedio che va dall'entrata in vigore del d.lgs. 80/98 alla l. 80/2005.

Il d.lgs. 80/98 assegna la giurisdizione esclusiva al g.a. in materia di servizi pubblici e urbanistica, a seguito della privatizzazione del pubblico impiego che impone il trasferimento del contenzioso in capo al g.o. e per la prima volta prevede la possibilità per il g.a. di risarcire il danno cagionato dalla p.a.. Questa previsione innesca un mutamento epocale grazie alla sensibilità della Suprema Corte che con la celebre sentenza 500/1999, fa cadere il muro dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo. Grazie alla l. 205/2000 il g.a. a seguito della modifica dell'art. 7, l. TAR si ritrova investito del potere di risarcire il danno da lesione di interesse legittimo, dovendosi confrontare con un decalogo, quello tracciato dalla Suprema Corte, che prevede che il giudice possa, nel risarcire gli interessi legittimi pretensivi, accertare la spettanza del bene della vita sotteso all'interesse legittimo sulla scorta della possibilità che in linea con l'*id quod plerumque accidit* la p.a. avrebbe dovuto adottare un provvedimento favorevole per il privato. Questa eventualità, che è stata in principio osteggiata dalla giurisprudenza del g.a., unitamente alla stessa possibilità di risarcire il danno ha comportato un brusco passaggio dall'idea che il giudizio dinanzi al g.a. sia volto all'aggressione dell'atto amministrativo all'idea che sia finalizzato a soddisfare la pretesa del privato, che può, ma non necessariamente deve, passare attraverso la demolizione dell'atto amministrativo (conclusione quest'ultima che ha trovato espresso riconoscimento nel superamento della cd. "pregiudiziale amministrativa"). Emblematica la riforma dell'istituto del ricorso per motivi aggiunti agganciato all'interesse dedotto in giudizio con la modifica dell'art. 21, l. TAR, come l'ampliamento dei poteri istruttori.

Questo *trend*, nonostante l'approccio timido della giurisprudenza amministrativa, (si ricordi l'Adunanza Plenaria n. 1/2002 in tema di azione avverso il silenzio della p.a.) è stato rinforzato dal legislatore del 2005. Si pensi all'introduzione dell'art. 21-*octies*, l. 241/90, che, pur limitando l'annullabilità degli atti amministrativi, nell'imporre al g.a. di verificare in presenza di attività vincolata se l'amministrazione ha sostanzialmente torto, non può non verificare anche se il privato ha ragione. O, ancora, alla sibillina previsione, prima dell'entrata in vigore del codice del processo, inserita nell'art. 2, l. 241/90, secondo la quale il g.a. può conoscere della fondatezza dell'istanza. Rispetto a queste ulteriori novità, la giurisprudenza del g.a. non ha sempre assunto un atteggiamento conservatore, tanto che si è registrata la presenza di un'avanguardia, che ha teorizzato la possibilità per il g.a. di conoscere della fondatezza della pretesa del privato in sede di azione contro il silenzio della p.a. anche in presenza di attività discrezionale e la presenza di un'azione atipica di accertamento a tutela della posizione di terzi controinteressati nel caso di denuncia di inizio attività.

3.1. I principi di effettività della tutela giurisdizionale e di concentrazione delle tutele

I radicali mutamenti legislativi descritti nel paragrafo precedente sono stati accolti con alcune fibrillazioni, che si sono scaricate sulla Consulta, chiamata a verificare la compatibilità costituzionale delle riforme. I numerosi interventi del Giudice delle Leggi contengono un *file rouge*, che esalta il carattere fondamentale che deve caratterizzare anche la giurisdizione amministrativa. Si tratta del rispetto del **principio di effettività della tutela giurisdizionale** (sull'estensione di detto principio v., da ultimo, **Cons. St., sez. V, 28 luglio 2014, n. 3986**). Infatti, a fronte della bocciatura da parte di **Corte Cost. 204/2004**, del criterio di individuazione delle materie assegnate al g.a. dal legislatore ordinario sulla scorta della mera presenza di un interesse pubblico o della circostanza che una delle parti fosse inquadrabile nella categoria della p.a., si registra il riconoscimento della piena equiparazione tra g.o. e g.a.

nella tutela piena delle posizioni giuridiche soggettive da parte di **Corte Cost. 191/2006**. Proprio in ragione di ciò si conferma la piena compatibilità costituzionale della previsione contenuta nell'allora vigente art. 7, l. TAR: *"Con la legge di riforma del processo amministrativo di cui alla l. n. 205 del 2000 (ed, in particolare, con l'art. 7 della predetta legge), il legislatore ha introdotto un sistema di tutele che riconosce al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica tutti i poteri idonei ad assicurare, in via esclusiva, piena tutela alle situazioni di interesse legittimo, ivi compreso il potere di risarcire, sia per equivalente che in forma specifica, il danno sofferto per l'illegittimo esercizio della funzione. Ai fini del riparto di giurisdizione, è pertanto irrilevante la circostanza che la pretesa risarcitoria abbia o meno natura intrinseca di diritto soggettivo"*. Fino a giungersi con **Corte Cost. 140/2007**, all'affermazione della legittima assegnazione alla giurisdizione esclusiva del g.a. di controversie aventi a oggetto diritti di rilevanza costituzionale intercettati dall'attività amministrativa.

Accanto a questo primo pilastro, che come vedremo, influenzerà non poco la costruzione del codice del processo amministrativo, ve ne è un secondo, che del primo è in qualche misura una gemmazione: **il principio di concentrazione delle tutele, al quale il codice dedica il comma 7 dell'art. 7**: *"Il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi"*. Anche in questo caso, l'intervento del Giudice delle Leggi appare decisivo grazie, infatti, a Corte Cost. 77/2007 che dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 30 l. 6 dicembre 1971 n. 1034, nella parte in cui non prevede che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta al giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione. Il Giudice delle Leggi evidenzia come il principio della incomunicabilità dei giudici appartenenti a ordini diversi, se comprensibile in altri momenti storici, è certamente incompatibile, oggi, con fondamentali valori costituzionali, non potendo la previsione di una pluralità di giudici risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione, della tutela giurisdizionale; evenienza, questa, che si verifica quando la disciplina dei rapporti tra diverse giurisdizioni, per di più innervantesi su un riparto di competenze complesso e articolato, è tale per cui l'erronea individuazione del giudice munito di giurisdizione, o l'errore del giudice in tema di giurisdizione, può risolversi in un pregiudizio irreparabile della possibilità stessa di un esame nel merito della domanda, con conseguente pregiudizio per il diritto alla tutela giurisdizionale e a una ragionevole durata del giudizio. Ecco dunque che la pluralità delle giurisdizioni deve piegarsi alla finalità ultima del processo ossia assicurare una tutela effettiva alla posizione giuridica dedotta e ciò sino a comportare per quanto possibile una concentrazione delle tutele proprio per evitare che il ricorrente debba rivolgersi a giudici diversi per soddisfare la propria pretesa. Emblematica sotto questo profilo la previsione introdotta dal d.lgs. 53/2010 e poi recepita nel codice del processo amministrativo della possibilità per il g.a. che annulla l'aggiudicazione di dichiarare l'inefficacia del contratto.

L'importanza del tema è tale da indurre il legislatore del 2010 a dedicarvi due distinte disposizioni del codice del processo. In particolare, **l'art. 1 del codice del processo amministrativo** dispone che: *"La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo"*, mentre **l'art. 2, comma 1**, prevede che: *"Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione"*. Le suddette previsioni non valgono tanto per il loro contenuto, giacché l'effettività della tutela giurisdizionale e giusto processo sono principi che in ragione delle prescrizioni costituzionali avrebbero comunque dovuto ispirare anche il processo amministrativo, quanto per la centralità delle stesse all'interno del processo amministrativo che il legislatore ordinario tiene a ribadire.

Così, il principio di effettività della tutela giurisdizionale viene agganciato, non a caso, ai principi della Costituzione e del diritto europeo. Si esalta in questo modo il principio di **effettività come standard europeo di tutela minimale**: la Corte di Giustizia, infatti, ha in numerose pronunce evidenziato l'impossibilità di sindacare le modalità di tutela giurisdizionale previste dalle singole discipline nazionali, purché non si presentino in modo tale da non rendere possibile la tutela delle posizioni giuridiche di derivazione comunitaria. In questo modo, però, la Corte ha delineato un sistema minimo di tutele che in alcuni casi si è rivelato ben più avanzato di quello previsto dal legislatore nazionale. Si pensi al riconoscimento della

responsabilità dello Stato legislatore per violazione del diritto comunitario con la celebre sentenza *Francovich* del 19 novembre 1991, C-6/90, C-9/90, che ha spalancato le porte al risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo, risultando del tutto neutra per il giudice comunitario la natura della posizione giuridica lesa. In altri casi, imponendo per settori specifici *standard* di tutela maggiori di quelli previsti dal legislatore nazionale (si pensi, ad esempio, alla tutela cautelare *ante causam* in materia di contratti pubblici: Corte giust., 29 aprile 2004, C-202/03) ha imposto indirettamente un'elevazione dei livelli di tutela per tutte le posizioni giuridiche soggettive, come dimostra la nuova disciplina della tutela cautelare introdotta dal codice del processo amministrativo.

Sotto un'altra accezione, il principio di effettività si impone alla stregua dell'**emersione di nuovi modelli processuali di controllo del potere amministrativo** per il soddisfacimento del bene della vita sotteso all'interesse legittimo. Di qui non solo un ampliamento delle azioni di cognizione non più limitate alla sola azione di annullamento, anche se come vedremo il legislatore delegato non ha sfruttato a pieno la generosa delega conferitagli, ma una maggiore duttilità delle azioni all'interno del processo. Ne costituiscono diretta dimostrazione la possibilità di agire per il risarcimento del danno nel corso del giudizio di ottemperanza; la possibilità di mantenere in piedi il processo avverso il silenzio nel caso sopravvenga il provvedimento della p.a. contestato attraverso lo strumento del ricorso per motivi aggiunti con mutamento del rito; la possibilità per il g.a. di disporre la conversione del rito da cautelare in merito nel caso di sentenza in forma semplificata.

4. I caratteri dell'azione di annullamento nel codice del processo amministrativo

Il modello impugnatorio del processo prima dell'entrata in vigore del codice, era cristallizzato nell'art. 45 T.U. 26 giugno 1924, n. 1054 (sostanzialmente confermato dagli artt. 2 e 26 della legge istitutiva dei TAR del 1971), ove si stabiliva che il ricorso si propone avverso "*atti e provvedimenti*" e che, in caso di accoglimento, a seguito del riscontro di uno dei tre vizi di legittimità (violazione di legge, eccesso di potere, incompetenza), il Giudice amministrativo "*annulla l'atto o il provvedimento, salvo gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa*". Il successivo art. 34, comma 1, lett. a), dispone, infatti, che il g.a.: "*In caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda: a) annulla in tutto o in parte il provvedimento impugnato*". Si statuisce così espressamente la possibilità che il g.a. possa disporre in omaggio a quanto richiesto anche l'annullamento parziale.

Le norme citate sono venute meno a seguito dell'entrata in vigore del codice, che, nel Capo II del Libro I, ha disciplinato le azioni di cognizione dedicando a quella di annullamento l'art. 29. Una prima notazione deve quindi riguardare il chiaro riconoscimento operato dal legislatore che non ritiene più l'azione di annullamento l'unico o il principale strumento a disposizione del titolare dell'interesse legittimo per adire il g.a..

La norma citata si limita ad attestare che: "*L'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni*". Si tratta di un'azione costitutiva che, se accolta, provoca la caducazione del provvedimento amministrativo. I provvedimenti amministrativi, infatti, sono soggetti alla c.d. **presunzione di legittimità**, di talché non è data al privato alcuna autotutela nei confronti degli atti dell'autorità amministrativa, potendo egli scegliere soltanto se impugnare gli stessi dinnanzi al G.A. nel **termine decadenziale di sessanta giorni (che è di trenta giorni per le controversie assoggettate alla procedura disciplinata dall'art. 120 o di tre giorni per le controversie elettorali di cui all'art. 129 c.p.a.)** ovvero se adire l'autorità amministrativa in sede di ricorso amministrativo. Ove non venga esperita nei termini l'azione di annullamento, il privato non potrà far valere l'illegittimità dell'atto per provocarne la caducazione. L'atto amministrativo, in tal caso, acquista infatti stabilità, e potrà essere rimosso solo dall'amministrazione in sede di autotutela. Però, e questo è un elemento di sicura discontinuità rispetto al passato, il g.a., secondo quanto stabilito dall'art. 34, comma 2, può valutare l'illegittimità dell'atto in sede di azione risarcitoria anche se non risulta azionata la richiesta di annullamento con il superamento della cd. pregiudiziale, ovvero, ai sensi dell'art. 34, comma 3, se pur richiesto l'annullamento sia venuto meno l'interesse del privato alla pronuncia caducatoria, ma permanga quello per la pronuncia risarcitoria.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 4 del 27 febbraio 2019, ha chiarito che il termine per impugnare il provvedimento amministrativo decorre dalla piena conoscenza dell'atto e dei suoi effetti lesivi e non assume alcun rilievo, al fine di differire il *dies*

a quo di decorrenza del termine decadenziale, l'erroneo convincimento soggettivo dell'infondatezza della propria pretesa. Deve, pertanto, escludersi, che il sopravvenuto annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo possa giovare ai cointeressati che non abbiano tempestivamente proposto il gravame e per i quali, pertanto, si è già verificata una situazione di inoppugnabilità, con conseguente "esaurimento" del relativo rapporto giuridico.

Tradizionalmente l'azione di annullamento veniva utilizzata per soddisfare gli interessi oppositivi, giacché attraverso questo strumento si ottiene la rimozione dell'atto lesivo, mentre solo valorizzando l'effetto conformativo della motivazione si procurava il soddisfacimento anche degli interessi pretensivi. La modifica portata dal **secondo correttivo** (d.lgs. 14 settembre 2012 n. 160) **al comma 1 lett. c) dell'art. 34 c.p.a.** supera ogni dubbio in merito alla presenza dell'azione di adempimento, la cui utilizzabilità in via interpretativa era già stata anticipata in modo autorevole dalla giurisprudenza del Consiglio come sostenuto da **Cons. St., Ad. Plen. nn. 3 e 15/2011.**

La *ratio* della previsione di detto termine decadenziale è da ravvisarsi nel principio della certezza del diritto: gli atti amministrativi, essendo preordinati alla tutela di interessi pubblici, devono acquisire stabilità in tempi brevi, perché non sarebbe ammissibile una situazione di incertezza costante rispetto all'efficacia e alla validità degli atti stessi. Inoltre, detta stabilità è conforme anche alle esigenze dei controinteressati che fanno affidamento sulla validità dell'atto che attribuisce loro un beneficio.

Detto principio è presente anche nel diritto comunitario, massimamente attento all'affidamento dei privati. **Il diritto dell'Unione europea, infatti, ammette che le azioni possano essere sottoposte a un termine decadenziale, purché questo non renda eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di azione da parte del privato** (sul tema cfr. Corte Giust., sez. III, 11 ottobre 2007). A tal fine, giova ricordare che il codice prevede l'istituto della rimessione in termini del privato per errore scusabile in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto (art. 37). Si può inoltre rilevare che anche l'ordinamento comunitario prevede un termine decadenziale: gli atti delle istituzioni comunitarie possono essere impugnati dinanzi alla Corte di Giustizia nel termine di due mesi. L'ultimo comma dell'art. 263 TFUE recita infatti: «*I ricorsi previsti dal presente articolo devono essere proposti nel termine di due mesi a decorrere, secondo i casi, dalla pubblicazione dell'atto, dalla sua notificazione al ricorrente ovvero, in mancanza, dal giorno in cui il ricorrente ne ha avuto conoscenza*».

L'irrinunciabilità del principio di certezza del diritto, *sub specie* di principio di affidamento, pone inoltre dei limiti finanche alla stessa autotutela amministrativa: l'art. 21-*nonies*, infatti, impone all'amministrazione, nel provvedere all'annullamento di ufficio, i limiti del *termine ragionevole*, dell'*interesse pubblico* e dell'*interesse dei destinatari e dei controinteressati*.

Quanto all'ambito di applicazione della disciplina in esame, **sono impugnabili tutti gli atti soggettivamente amministrativi**: possono, dunque, essere impugnati dinanzi al giudice amministrativo anche gli atti di natura regolamentare, costituenti, dunque, fonti del diritto, ove siano immediatamente lesivi di interessi legittimi. Si deve, però, rilevare che, sebbene l'impugnabilità immediata dei regolamenti sia ammessa, essa è di rara verifica, in quanto nella maggior parte dei casi essi contengono previsioni generali e astratte, e dunque l'effetto lesivo si realizza a valle, con l'atto attuativo del regolamento stesso.

Inoltre, il legislatore del codice, traendo le dovute conseguenze dall'elaborazione giurisprudenziale e legislativa, specie di derivazione comunitaria, ha previsto al comma 2 dell'art. 7 che: «*Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo*».

Non sono invece impugnabili gli atti politici (art. 7, comma 1, ultimo periodo), in quanto liberi nei fini e quindi non oggettivamente amministrativi (diversamente dagli atti di alta amministrazione). Ai fini della qualificazione di un atto come politico, è necessaria la compresenza di due requisiti: il primo a carattere soggettivo, consistente nel promanare l'atto da un organo di vertice della pubblica amministrazione, individuato fra quelli preposti all'indirizzo e alla direzione della cosa pubblica al massimo livello; il secondo a carattere oggettivo, consistente nell'essere l'atto concernente la costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione (**Cons. St., sez. IV, 08 luglio 2013 n. 3609**). Sul tema si rinvia a **Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9**, che traccia un chiaro distinguo tra atto politico e circolare

amministrativa, concludendo per la possibile impugnativa e caducazione delle seconde ma non dei primi.

Sono **legittimati all'impugnazione di atti e provvedimenti amministrativi** coloro che si affermano titolari di un interesse legittimo leso dal provvedimento amministrativo impugnato. Possono impugnare gli atti amministrativi anche gli enti esponenziali (purché in possesso delle caratteristiche prescritte) posti a tutela di interessi collettivi.

Condizione dell'azione è **l'interesse ad agire**. Detto interesse si sostanzia nella concretezza e attualità della lesione lamentata e nell'utilità derivante al ricorrente dall'ottenimento di una pronuncia favorevole nel giudizio che si vuole instaurare.

Per quanto attiene alla prima affermazione, occorre interrogarsi sul significato della concretezza e attualità della lesione. In una prima approssimazione, ciò significa che la lesione lamentata deve essere avvenuta per mezzo dell'atto impugnato. Non è infatti ammessa né l'impugnazione degli atti non immediatamente lesivi (in quanto la lesione si verifica in un secondo momento, con l'atto attuativo) né l'impugnazione di atti meramente esecutivi di provvedimenti precedenti (in quanto in tal caso la lesione si è già verificata con l'atto a monte). Al riguardo, peraltro si rinvia alla trattazione della materia di contratti pubblici, per verificare se la nozione di interesse a d agire abbia subito a seguito dell'introduzione del comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a. una modifica.

Per altro verso, il provvedimento impugnato deve essere un provvedimento efficace (altrimenti la lesione non sarebbe concreta): è pertanto esclusa, ad esempio, l'immediata impugnabilità di provvedimenti ancora soggetti a un controllo preventivo, nonché degli atti infraprocedimentali. Circostanza quest'ultima rafforzata dalla previsione contenuta nell'art. 34, comma 2, secondo il quale: "*In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*".

Per quanto attiene, invece, all'utilità ricavabile dalla decisione favorevole, si rileva che il vantaggio derivante dalla sentenza non dovrà necessariamente avere carattere patrimoniale, ben potendo, invece il ricorrente esibire un interesse meramente morale alla proposizione del ricorso, ovvero finalizzato ad una richiesta di tipo risarcitorio. In particolare, l'annullamento dell'atto in autotutela da parte della stessa amministrazione può non portare alla declaratoria di cessazione della materia del contendere per il venir meno dell'interesse a ricorrere, qualora l'annullamento d'ufficio sia fondato su meri vizi formali nel caso in cui l'esame integrale da parte del giudice dei motivi dedotti nel ricorso conserva utilità a fini conformativi onde indirizzare l'amministrazione nel futuro esercizio del potere, assicurando che questo avvenga in modo confacente agli interessi del ricorrente (sul tema cfr. **Tar Lombardia, Milano, sez. III, 30 gennaio 2012, n. 321**).

Giova sottolineare che l'atto annullabile, sebbene invalido, è comunque efficace. Per la presunzione di legittimità degli atti della Pubblica Amministrazione esso, infatti, continuerà a produrre i suoi effetti finché non interverrà la sentenza di annullamento, che ha efficacia costitutiva. Ciò significa che, anche nel corso del giudizio amministrativo di annullamento, il provvedimento conserverà la sua efficacia, salva la possibilità per il privato di chiederne la sospensiva in via cautelare.

L'efficacia *medio tempore* del provvedimento impugnato verrà, poi, definitivamente travolta dalla sentenza di annullamento, i cui effetti retroagiscono alla data di emanazione del provvedimento annullato, che verrà dunque considerato come mai esistito (efficacia *ex tunc*). Inoltre, la sentenza di annullamento nel caso in cui caduchi un atto avente efficacia *erga omnes* si estende a tutti i possibili destinatari, sebbene non siano stati parti del giudizio, perché gli effetti della sentenza si estendono al di là delle parti che sono intervenute nel singolo giudizio, dato che l'annullamento di un atto amministrativo a contenuto normativo ha efficacia *erga omnes* per la sua ontologica indivisibilità (cfr. **Cons. St., sez. IV, 18 novembre 2013, n. 5459**).

Il giudizio di annullamento si instaura mediante ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale contenente i motivi di illegittimità dell'atto. Detto ricorso, statuisce l'art. 41, deve essere notificato all'organo che ha emesso l'atto impugnato, nonché ad almeno uno dei controinteressati entro il termine di sessanta giorni (ove i controinteressati siano più di uno, il giudice ordinerà poi l'integrazione del contraddittorio). Il ricorso, con la prova delle avvenute notifiche e la copia del provvedimento impugnato, ove questo sia in possesso del ricorrente, deve poi essere depositato nella segreteria del TAR entro trenta giorni dall'ultima notifica (quindici per le controversie disciplinate dagli artt. 119, 120).

I controinteressati sono coloro che ricevono dal provvedimento amministrativo impugnato un vantaggio giuridicamente rilevante e che hanno interesse alla sua conservazione: essi hanno dunque un interesse contrario a quello del ricorrente. La *ratio* della necessità della notifica ai controinteressati è da rinvenirsi proprio in questo: essi in realtà verrebbero lesi da un'eventuale pronuncia di accoglimento, e quindi è necessario che siano in grado di contraddire nel corso del giudizio. Si può, dunque affermare che il processo amministrativo realizza un'ipotesi di litisconsorzio passivo necessario.

L'art. 41 del codice mantiene ferma una nozione di controinteressato in senso formale, stabilendo che il ricorso deve essere notificato "*ad almeno uno dei controinteressati che sia individuato nell'atto stesso*", mentre il testo dell'abrogato art. 21 l. TAR, faceva riferimento ai soggetti ai quali "*l'atto direttamente si riferisce*". Dottrina e giurisprudenza hanno però affiancato a detta definizione una nozione di controinteressato in senso sostanziale (che si apprezza meglio nella individuazione sempre da parte dell'art. 41 dei controinteressati all'azione di condanna, che individua i controinteressati come "*beneficiari dell'atto illegittimo*"), per la quale sono definibili controinteressati i soggetti che hanno un interesse giuridicamente qualificato alla conservazione dell'atto, anche se non menzionati nello stesso, e purché agevolmente individuabili. Ove questi non siano facilmente individuabili, essi potranno comunque intervenire ex art. 28 nel processo.

Tirando le fila di quanto fin qui detto, detta tecnica di tutela, nella prospettiva tradizionale appena tracciata, presenta due connotati essenziali propri del giudizio sull'atto, anzi del processo all'atto, che non si preoccupa dello scrutinio del rapporto: da un lato, il riscontro del vizio conduce all'annullamento senza che sia necessario verificarne l'incidenza concreta sul rapporto, ossia la sua influenza sulla bontà sostanziale della soluzione data; dall'altro, come si vedrà nel prossimo paragrafo, all'annullamento consegue il riesercizio del potere fatto salvo dalla sentenza di accoglimento.

4.1. Gli effetti *ex nunc* della pronuncia di annullamento

Una novità portata dal codice del processo e dalla mutata sensibilità rispetto al ruolo stesso del giudizio amministrativo è data dall'idea che l'atipicità delle azioni non debba essere declinata solo in astratto, ma anche in concreto. Pertanto, anche l'azione di annullamento, che ha caratterizzato il processo amministrativo, è stata progressivamente ripensata in termini di capacità in concreto della stessa di rispondere alla domanda proposta in giudizio. In questo senso deve leggersi anche la novità contenuta nell'art. 21-octies, l. 241/90, che limita l'automatismo tra illegittimità dell'atto e caducazione dello stesso, a riprova del fatto che oggetto del giudizio non è più l'atto, quanto il rapporto sottostante. Pertanto, l'annullamento non in grado di soddisfare il soddisfacimento del bene della vita oggetto del rapporto controverso, non viene più ritenuta una via praticabile. Cade anche quel dogma secondo il quale tutte le norme che regolano l'agire dell'amministrazione sono imperative, tanto che la loro violazione si traduce automaticamente nell'annullamento giurisdizione dell'atto. A riprova di questo mutato sentire, che non riguarda solo l'aspetto processuale vi è la novella portata dalla l. 124/2015 all'art. 21 nonies, l. 241/90, che impedisce anche all'amministrazione di annullare in autotutela l'atto che non possa considerarsi illegittimo ai sensi dell'art. 21-octies, l. 241/90.

Si è sempre ritenuto che uno dei caratteri fondamentali della sentenza di annullamento risiedesse nella eliminazione *ex tunc* degli effetti del provvedimento impugnato. Questa certezza è stata battuta in breccia dalla più recente giurisprudenza amministrativa (**Cons. St., sez. VI, 19 maggio 2011, n. 2755**, in Dispensa n. 4, **seguito da TAR Liguria, Genova, sez. II, 22 gennaio 2014, n. 102** e **Tar Lazio, Roma, sez. II-ter, 13 luglio 2012, n. 6418**), che, in omaggio al principio di effettività e strumentale della tutela giurisdizionale rispetto alla posizione sostanziale dedotta in giudizio, ha affermato la possibilità per il g.a. di disporre l'eliminazione del provvedimento amministrativo con efficacia *ex nunc*. La disamina attraverso la quale il Consiglio giunge a una simile affermazione parte dalla constatazione che la presunta efficacia *ex tunc* dell'annullamento fonda non su di una disciplina normativa, ma su una prassi giurisprudenziale, che **merita di essere rimeditata in tutti quei casi nei quali la caducazione ex tunc non soddisfa l'interesse del ricorrente** o rischia addirittura di comprometterlo. Argomenti a sostegno di questa conclusione vengono rinvenuti: **a)** nell'assenza di una previsione di segno contrario; **b)** nel riconoscimento di un analogo potere da parte dell'art. 21-nonies, l. 241/90, nel caso di autotutela della p.a.; **c)** nel principio di

effettività della tutela giurisdizionale che alla luce degli artt. 6 e 13 CEDU e art. 24, 111 e 113 Cost. assegna al giudizio la funzione primaria di attribuire alla parte vittoriosa l'utilità che le compete in base alla disciplina sostanziale; **d**) nel confronto con la disciplina comunitaria, che all'art. 264 TFUE, prevede che la Corte di Giustizia "*precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi*". Questa giurisprudenza è stata sottoposta a severa critica da parte della dottrina, che ha rammentato come la tutela di annullamento sia sottoposta a riserva di legge: l'art. 113, comma 2, Cost. statuisce che "*La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa*". L'obiezione può essere contrastata riflettendo sul fatto che la caducazione *ex tunc* non era prevista dal legislatore, ma nessuno ha mai dubitato che simili effetti potessero discendere dalla sentenza del g.a..

Un caso esemplare è quello trattato dalla sentenza del **TAR per il Piemonte, n. 960/2017**. Nella fattispecie il giudice sabauda ha ritenuto che qualora vengano in considerazione atti illegittimi nella sola misura in cui non indagano con maggior profondità la responsabilità ambientale della controinteressata, ed in relazione ai quali esiste indubbiamente un interesse pubblico a non disporre la caducazione degli effetti nei confronti della ricorrente, onde consentire il sollecito avvio della procedura di bonifica, possa trovare applicazione il ricordato precedente del Consiglio di Stato, precisamente nella misura in cui esso ammette che il giudice amministrativo possa anche escludere in toto l'annullamento dell'atto oggetto di sindacato nonostante la rilevata illegittimità di esso, impartendo tuttavia alla Amministrazione delle misure conformative.

5. L'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241/1990 vince l'equazione tra riscontro del vizio di legittimità e sanzione dell'annullamento del provvedimento illegittimo

Nella complessiva riforma della legge 241 del 1990, operata con la legge n. 15 del 2005, il legislatore ha dettato per la prima volta una disciplina generale della invalidità del provvedimento amministrativo. Gli stati invalidanti dell'atto vengono individuati nelle classiche categorie della **nullità e della annullabilità**, la prima regolata dall'**art. 21-septies** e la seconda dall'**art. 21-octies**.

Quest'ultima norma, in particolare, dopo aver riaffermato al primo comma che è annullabile il provvedimento amministrativo affetto dai tradizionali vizi di violazione di legge, eccesso di potere e incompetenza, introduce al secondo comma due incisive quanto innovative deroghe al principio.

Il citato art. 21-octies stabilisce infatti, al secondo comma, che "*non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-bis.*" (quest'ultimo periodo introdotto dall'art. 12, comma 1, lett. i), del d.l. 76/2020).

La norma riprende, in qualche misura, la disciplina tedesca contenuta nell'**art. 46 della legge tedesca sull'azione amministrativa (VwVfG)**: prima della riforma operata nel 1996, la norma stabiliva infatti che, a parte i casi in cui il provvedimento sia affetto da vizi sostanziali o formali tali da renderlo inidoneo allo scopo, è esclusa la sanzione dell'annullamento ogniqualvolta il provvedimento sia affetto da vizi derivanti da violazioni relative alla forma, al procedimento e alla competenza territoriale, nei casi in cui "*non sarebbe stato possibile adottare nessun'altra decisione*".

Nel 1996 il legislatore tedesco è intervenuto sulla norma ora citata, limitandone la portata applicativa, e in particolare precisando che l'annullabilità di un atto amministrativo adottato in violazione di disposizioni sul procedimento, sulla forma e sulla competenza territoriale è esclusa (solo) "*ove risulti in maniera palese che la violazione non abbia influito sul contenuto della decisione*".

La logica in cui si muove la norma è, in definitiva, quella di evitare che qualunque violazione di legge debba sempre tradursi nell'annullamento dell'atto impugnato, vincendo un'equazione più che secolare tra riscontro del vizio di legittimità dell'atto

e sanzione dell'annullamento.

Rinviandosi alla trattazione del tema dei vizi formali e procedurali sottratti alla sanzione dell'annullamento, è in questa sede necessario analizzare la portata della norma nel sistema delle tutele dell'interesse legittimo e sottoporre a indagine i suoi risvolti schiettamente processuali.

Ci si deve in primo luogo chiedere **se la restrizione dei casi di annullabilità dell'atto sancisca una riduzione delle garanzie e delle tutele suscettibile di censura sul versante comunitario o costituzionale.**

La risposta risulta a nostro avviso negativa.

Soppesando le garanzie ottenute con i rimedi negati, il privato non risulta essere stato defraudato di reali mezzi di tutela; pare anzi che lo spostamento del baricentro del giudizio sul rapporto, sancito dalla norma, faccia sì che la tutela dell'amministrato risulti addirittura migliorata nel duplice senso di evitare annullamenti inutili (ove l'atto annullato debba essere seguito da atti sicuramente identici emendati dai vizi formali e procedurali) e di affiancare all'annullamento utile l'accertamento della spettanza del bene della vita agognato.

Si è già rilevato in precedenza che la norma dice meno di quanto in realtà non voglia: invero bisogna rilevare che, non avendo il privato interesse all'annullamento del provvedimento ove la successiva azione amministrativa non possa accordargli il bene della vita al quale anela, l'atto amministrativo non potrà comunque essere annullato ove si dimostri che il contenuto del provvedimento, non avrebbe potuto che essere ugualmente negativo.

Si ritiene che il sindacato sulla spettanza del bene della vita, che dalla lettura della norma appare essere possibile solo in chiave negativa, non possa che essere ammesso, ovviamente nei limiti della domanda di parte, anche nel caso in cui la pretesa del privato sia palesemente fondata: non si ritiene infatti ammissibile, in un sistema improntato ad una tendenziale parità delle parti, perlomeno all'interno del processo, che i poteri del giudice possano variare *secundum eventum litis*, ed è dunque implicito corollario del potere di dare torto quello di dare ragione.

Si può quindi affermare che, **nel caso di vizi formali o procedurali, lo stesso oggetto del giudizio non è più l'atto impugnato, ma il rapporto sottostante:** ove il giudice riterrà che il contenuto non avrebbe potuto essere diverso, egli non annullerà il provvedimento (salva, come si vedrà nel prosieguo, la disputa dottrinale riguardo al tipo di pronuncia destinato a concludere il giudizio), ove invece riterrà che il provvedimento avrebbe dovuto (per via del suo carattere vincolato) avere un contenuto diverso e favorevole, dovrà emettere una pronuncia di annullamento con contenuto di accertamento del bene della vita.

Occorre precisare, però, che la motivazione del provvedimento amministrativo rappresenta il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo (art. 3 della L. n. 241 del 1990) e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell' art. 21-octies, comma 2, della L. n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai c.d. vizi non invalidanti, non potendo perciò il suo difetto o la sua inadeguatezza essere in alcun modo assimilati alla mera violazione di norme procedurali o ai vizi di forma (**Cons. St., Sez. V, 10 settembre 2018, n. 5291**).

La norma, in definitiva, sancisce la scissione tra le regole del comportamento e le regole dell'atto, tra illiceità e invalidità dello stesso. Questa scissione, oltre a essere conosciuta da altri ordinamenti ed essere aderente alla ricostruzione comunitaria delle c.d. forme formali, è anche in linea con i principi di diritto privato. Il codice civile, infatti, in ossequio al **principio di conservazione** degli atti, prevede numerose ipotesi in cui la violazione di norme comportamentali (quali ad esempio il principio della buona fede) non comporta l'annullabilità del contratto, ma dà la possibilità al danneggiato di ottenere una tutela risarcitoria (si pensi, ad esempio, al caso di dolo incidente, previsto dall'art. 1440 c.c.). Anche nel diritto amministrativo, con la norma in esame, si limita la sanzione dell'annullamento alle violazioni realmente incidenti sul contenuto della statuizione terminale; si lascia ferma per il resto l'illiceità comportamentale denunciata dal vizio formale o procedimentale, illiceità suscettibile di adeguata stigmatizzazione sul crinale risarcitorio.

6. Le limitazioni introdotte dal legislatore alla tutela di annullamento in materia di contratti pubblici ai sensi degli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo

Occorre sia pure rapidamente accennare ad alcuni interventi normativi che, introdotti in modo episodico nel panorama legislativo, richiamano un concetto di derivazione comunitaria circa le limitazioni che possono essere imposte alla tutela caducatoria, che viene sostituita dalla tutela risarcitoria. L'ambito di elezione di questi modelli di tutela è la materia dei contratti pubblici. La norma di riferimento a livello comunitario è rappresentata dall'art. 2-*quinquies*, par. 3, dir. 2007/66 secondo il quale: *"Gli Stati membri possono prevedere che l'organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà di non considerare un contratto privo di effetti, sebbene lo stesso sia stato aggiudicato illegittimamente per le ragioni di cui al paragrafo 1, se l'organo di ricorso, dopo aver esaminato tutti gli aspetti pertinenti, rileva che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale impone che gli effetti del contratto siano mantenuti. In tal caso gli Stati membri prevedono invece l'applicazione di sanzioni alternative a norma dell'articolo 2 sexies, paragrafo 2.*

Per quanto concerne la produzione di effetti del contratto, gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative soltanto se in circostanze eccezionali la privazione di effetti conduce a conseguenze sproporzionate. Tuttavia, gli interessi economici legati direttamente al contratto in questione non costituiscono esigenze imperative legate ad un interesse generale. Gli interessi economici legati direttamente al contratto comprendono, tra l'altro, i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto, i costi derivanti dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, i costi derivanti dal cambio dell'operatore economico che esegue il contratto e i costi degli obblighi di legge risultanti dalla privazione di effetti."

Si tratta di una disposizione che va valutata all'interno della disciplina complessiva, che valorizza comunque l'esigenza che al ricorrente sia data la possibilità di agire in sede giurisdizionale tempestivamente avverso gli atti della procedura di gara prima della conclusione del contratto. La cd. clausola di *stand still* disciplinata dall'art. 2-*bis*.

Inoltre, l'art. 2-*sexies*, par. 2, che disciplina le sanzioni alternative, esclude espressamente che il risarcimento del danno rappresenti in sé sanzione adeguata.

Appare evidente come il legislatore comunitario, che pure non limita l'annullabilità degli atti amministrativi, prevede la possibilità che in talune circostanze il legislatore degli stati membri determini in misura minore gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto che resta in vita.

L'art. 121 del codice del processo amministrativo riproduce la disciplina prima contenuta nell'art. 245-*bis* del codice dei contratti pubblici, introdotto dal d.lgs. 53/2010. Il legislatore rimette al g.a. la valutazione circa la declaratoria di inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione definitiva nel caso in cui sia mancata la pubblicazione del bando, la stazione appaltante abbia seguito una procedura negoziata o abbia disposto un affidamento in economia al di fuori delle ipotesi nelle quali è possibile, ovvero se non è stata rispettata la clausola di *stand still* per la stipulazione del contratto impedendo il previo ricorso all'autorità giudiziaria ovvero se non è stata rispettata la clausola di *stand still* per la stipulazione del contratto una volta che il ricorso giurisdizionale fosse già stato proposto. In queste ipotesi il g.a. può stabilire anche sulla scorta delle deduzioni delle parti e della gravità del comportamento della p.a. e della situazione di fatto se l'inefficacia del contratto opera *ex nunc* o *ex tunc*. Anche in presenza delle ipotesi descritte, però, il contratto resta efficace qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Il comma 2 dell'art. 121 precisa inoltre che: *"Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale. Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara. Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla*

dichiarazione di inefficacia". Anche al di fuori delle ipotesi sopra descritte l'art. 122 prevede che "il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta".

Ulteriore particolarità della disciplina introdotta attiene alla necessità o meno di chiedere l'inefficacia del contratto una volta che si sia avanzata domanda di annullamento dell'aggiudicazione. Sul punto si segnala la recente sentenza del Consiglio di Stato, n. 2445/2017, secondo la quale ai fini dell'applicazione dell'art. 122 cod. proc. amm., che consente al giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto di appalto, non occorre apposita domanda del ricorrente. L'art. 122 del c.p.a. infatti prevede la dichiarazione di inefficacia del contratto come conseguenza dell'esercizio di un potere officioso riconosciuto al giudice che pronuncia l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva; in questo caso, infatti, il giudice è chiamato anche a valutare, sulla base dei parametri specificati nella norma, se privare o meno di effetti il contratto stipulato. Soltanto ai fini dell'eventuale subentro nel rapporto, è richiesta una specifica domanda di parte, come si ricava, oltre che dall'articolo in parola, anche dal successivo articolo 124 cod. proc. amm.

Sulla questione della sorte del contratto di appalto stipulato dalla stazione appaltante nel caso di annullamento in giudizio dell'aggiudicazione, qualora il giudice dell'annullamento non abbia pronunciato sul punto, si registrano diversi orientamenti. Secondo un primo orientamento, il contratto d'appalto è automaticamente caducato in applicazione del c.d. effetto espansivo esterno della sentenza di cui all'art. 336, comma 2, Cod. proc. civ. (in tal senso Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2018, n. 4505).

Secondo altro orientamento, la parte che abbia ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione (ovvero degli atti della procedura di gara) dovrebbe poi proporre domanda al giudice ordinario per ottenere la declaratoria di sopravvenuta inefficacia del contratto (così Cons. Stato, sez. III, 27 dicembre 2017, n. 6115; V, 16 dicembre 2016, n. 5322).

Un terzo orientamento esclude che all'annullamento dell'aggiudicazione, in mancanza di espressa decisione del giudice, possa conseguire la caducazione automatica del contratto (così, sia pure in obiter Cons. Stato, sez. V, 29 ottobre 2018, n. 6131), che, dunque, rimarrebbe in vita, fatte salve le determinazioni assunte dall'amministrazione in conseguenza dell'annullamento degli atti di gara.

Da ultimo, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto possibile disporre la caducazione del contratto d'appalto, in sede di ottemperanza su ricorso proposto dalla parte vincitrice contenente domanda di subentro in ragione dell'inerzia tenuta dall'amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 gennaio 2015, n. 407; III, 19 dicembre 2011, n. 6638; Cons. giust. amm. Reg. Siciliana, sez. giuris. 25 febbraio 2013, n. 276).

7. L'Adunanza Plenaria n. 4/2015 definisce i rapporti tra annullamento e risarcimento del danno

La questione relativa al carattere officioso o meno dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto ai soli fini risarcitori, si inserisce nell'annoso dibattito relativo al potere del giudice di modulare gli effetti della sentenza.

In passato, infatti, era pacifica le tesi per cui, a fronte di una domanda di annullamento, il giudice era tenuto a dichiarare la caducazione del provvedimento con efficacia *ex tunc*, e il conseguente travolgimento di tutti gli effetti medio tempore prodotti dall'atto. Tale impostazione, data ormai per acquisita dalla giurisprudenza assolutamente pacifica e consolidata, è stata ribaltata da un'importantissima pronuncia del Consiglio di Stato (**sez. VI, 10 maggio 2011, n. 275516**), la quale, in applicazione dei principi di giustizia sostanziale di effettività e proporzionalità della tutela giudiziaria, di derivazione comunitaria, ha sfatato il dogma della necessaria retroattività dell'annullamento dell'atto illegittimo.

In particolare, il Consiglio di Stato, inaugurando un indirizzo poi seguito da molte decisioni successive, ha evidenziato che l'annullamento *ex tunc* del provvedimento impugnato rinviene le sue radici non già in una disposizione di legge, ma solo in una prassi, suscettibile di essere derogata tutte le volte in cui l'annullamento retroattivo dell'atto costituisce una misura

eccessiva – e pertanto non soddisfacente – delle istanze di tutela del ricorrente (o addirittura lesiva della sua sfera di interesse).

Questo indirizzo è stato recepito dal codice del processo amministrativo nella parte in cui prevede all'art. 34, comma 3, c.p.a., che se l'annullamento dell'atto impugnato non risulta più utile per la parte ricorrente, il giudice comunque accerta l'illegittimità dell'atto stesso se sussiste un interesse della parte medesima a fini risarcitori.

La delimitazione dell'ambito applicativo di tale principio ha però dato adito a soluzioni interpretative diverse e contrapposte, soprattutto con riferimento al problema relativo alla necessità o meno di una espressa istanza dell'interessato per l'applicazione della norma.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale di carattere restrittivo "l'art. 34, comma 3, c.p.a. deve applicarsi in via restrittiva e soltanto allorché la domanda risarcitoria sia stata proposta nello stesso giudizio (e ciò pare del tutto evidente), oppure quando la parte ricorrente dimostri che ha già incardinato un separato giudizio di risarcimento o che è in procinto di farlo". (**Cons. St., sez. V, 6 dicembre 2010, n. 8550**). Pertanto, nonostante il codice del processo amministrativo abbia ammesso la possibilità che l'illegittimità del provvedimento venga accertata solo a fini risarcitori, quando il ricorrente non ha più interesse all'annullamento del provvedimento impugnato, questo non significa che non sia richiesta apposita domanda di parte, pena la violazione del principio della domanda. (v. **Cons. St., Sez. V, 14 dicembre 2011 n. 6541**). Inoltre, valutando il sistema delle azioni nel loro complesso, si è sostenuto che mancherebbe la necessità di una pronuncia *ex officio* da parte del giudice, dal momento che l'introduzione dell'esperibilità dell'azione di risarcimento in via autonoma ex art 30 c.p.a., indipendentemente dall'azione di annullamento, consente alla parte la scelta dei mezzi di tutela che intende esperire. A quanto detto va aggiunto che questa soluzione sembra l'unica possibile alla luce di una lettura "salvifica" della norma di cui all'art. 34, comma 3 c.p.a. nella parte in cui specifica "...se sussiste l'interesse ai fini risarcitori", in relazione all'obbligo del giudice di dichiarare improcedibile il ricorso se sopravviene il difetto di interesse, ex art. 35, co. 1, lett. c), c.p.a., obbligo che non concerne solo il ricorso per annullamento, ma tutte le domande proponibili davanti al g.a.

Infine, sotto il profilo sistematico, il significato tale lettura della disposizione appare coerente con la lettera e il fondamento dell'art. 104 c.p.a. che, dopo aver ribadito il divieto di *nova* in appello nel processo amministrativo, introduce tre eccezioni, la prima delle quali incentrata proprio sull'art. 34, co. 3, c.p.a. (in questo senso **Cons. St., sez. V, 30 giugno 2011, n. 3913**).

Questo orientamento è stato tuttavia contestato da un'altra parte della giurisprudenza amministrativa la quale sostiene che l'art. 34, comma 3 c.p.a. non precisando nulla sul punto, esclude la necessità di una espressa domanda del ricorrente. Si è affermato, quindi, che "Tale articolo, infatti, introduce un principio di carattere generale volto da un lato a inibire l'annullamento di atti che abbiano ormai esaurito i loro effetti nel corso del giudizio e, dall'altro, a tutelare, in presenza dei necessari presupposti, l'interesse all'accertamento" (**Cons. St., sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817**). Questa tesi si fonda essenzialmente su un argomento: il *petitum* della domanda di annullamento contiene in sé, come presupposto necessario, l'accertamento della illegittimità del provvedimento impugnato. Se questo è vero allora non è richiesta l'apposita richiesta dell'interessato, in quanto implicitamente contenuto nella domanda di annullamento.

A questa ricostruzione ha aderito il Consiglio di Stato, in una recente pronuncia, nella quale ha affermato che "L'art. 34, comma 3 c.p.a., se inibisce l'annullamento di atti che abbiano ormai esaurito i loro effetti o siano stati già annullati nel giudizio, tutela - in presenza dei necessari presupposti - l'interesse all'accertamento dell'illegittimità: sicché se residua la pur sola possibilità di risarcimento per equivalente, il giudice investito dell'azione di annullamento, anche in assenza di una domanda risarcitoria (proponibile ex art. 30, comma 5, c.p.a. sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della sentenza), accerta a questi altri fini l'eventuale illegittimità degli atti impugnati. Manca ormai, invero l'interesse all'annullamento, ma persiste l'interesse all'accertamento ai fini del ristoro del danno patito: e non è dato sottrarre all'interessato la facoltà di domandare giustizia sub specie risarcitoria contro gli effetti ingiustamente dannosi di un atto che gli appare pur sempre, sul piano sostanziale, illegittimo" (**Cons. St., sez. VI, 18 luglio 2014, n. 3848**).

L'Adunanza plenaria con **sentenza 13 aprile 2015, n.4** nel dare risposta negativa al quesito postogli dalla Quinta Sezione con ordinanza 22 gennaio 2015 n. 284, ha affermato che il giudice può non già "modulare" la forma di tutela sostituendola a quella richiesta, ma, al massimo, determinare, in relazione ai motivi sollevati e riscontrati e all'interesse del ricorrente, la portata dell'annullamento, con formule ben note alla prassi giurisprudenziale, come l'annullamento parziale, *ex nunc* o *ex tunc*. Se poi la domanda di annullamento, con il suo effetto tipico di eliminazione dell'atto impugnato non dovesse soddisfare l'interesse del ricorrente e anzi dovesse lederlo, la pronuncia del giudice non potrebbe che essere di accertamento, in quanto giustificata dalla sopravvenuta carenza di interesse del ricorrente che aveva proposto domanda di annullamento. Quest'ultima situazione va tenuta nettamente distinta dalla circostanza nella quale sia il giudice d'ufficio a decidere quale **forma di tutela sia la più adatta per il ricorrente** sulla base di una valutazioni complessiva degli interessi in gioco (si pensi agli interessi dei controinteressati e all'interesse pubblico).

Tanto premesso, nella pronuncia in esame, il Collegio ha statuito che *"non è consentito al giudice, in presenza della acclarata, obiettiva esistenza dell'interesse all'annullamento richiesto, derogare, sulla base di invocate ragioni di opportunità, giustizia, equità, proporzionalità, al principio della domanda (si tratterebbe di una omessa pronuncia, di una violazione della domanda previsto dall'art. 99 c.p.c. e del principio della corrispondenza previsto dall'art. 112 c.p.c. tra chiesto e pronunciato secondo cui "il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa", applicabili ai sensi del rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a. anche al processo amministrativo) e trasformarne il petitum o la causa petendi, incorrendo altrimenti nel vizio di extrapetizione"*.

Alla luce di tali considerazioni, pertanto la sentenza conclude enunciando il seguente principio di diritto *"Sulla base del principio della domanda che regola il processo amministrativo, il giudice amministrativo, ritenuta la fondatezza del ricorso, non può ex officio limitarsi a condannare l'amministrazione al risarcimento dei danni conseguenti agli atti illegittimi impugnati anziché procedere al loro annullamento, che abbia formato oggetto della domanda dell'istante ed in ordine al quale persista il suo interesse, ancorché la pronuncia possa recare gravi pregiudizi ai controinteressati, anche per il lungo tempo trascorso dall'adozione degli atti, e ad essa debba seguire il mero rinnovo, in tutto o in parte, della procedura esperita"*.

Quanto detto è, tuttavia, valido nei limiti in cui si tratti di un processo di carattere soggettivo, quale di fatto è il processo amministrativo, in cui le parti sono poste in posizione di parità tra di loro e il cui giudizio verta sul rapporto sottostante.

Nel caso in cui, al contrario, si tratti di un **giudizio oggettivo** nel quale la legittimità in quanto tale assume un valore centrale, è ammessa la possibilità che la tutela richiesta dalla parte sia modulata in ragione di esigenze ulteriori ed esterne. Questa è la ragione per la quale la Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale della c.d. "Robin tax", **sent. 11 febbraio 2015, n. 10**, nel derogare alla generale efficacia retroattiva delle sentenze di annullamento, ha affermato che: *"l'impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connesse alla dichiarazione di illegittimità costituzionale determinerebbe, infatti, uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale"*. Nello stesso senso, **Corte costituzionale 23 luglio 2015 n. 178** secondo la quale va dichiarata l'illegittimità costituzionale sopravvenuta, a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione di tale sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica e nei termini indicati in motivazione, del regime di sospensione della contrattazione collettiva. Anche in questo caso la Corte costituzionale ha adottato un sistema di **modulazione degli effetti della sentenza** di annullamento, a geometrie variabili, al fine di perseguire un dichiarato obiettivo di contenimento della spesa pubblica. Dall'analisi coordinata di queste due importanti pronunce si evince il principio per cui nei giudizi di costituzionalità, quali giudizi di carattere oggettivo, ciò che primariamente deve essere preso in considerazione è l'interesse pubblico quale risultante di un serie di fattori ulteriori rispetto a quelli presi prima facie in considerazione. A contrario, quindi, nei processi di carattere soggettivo, come è ormai quello amministrativo, **ciò che rileva primariamente è l'interesse del ricorrente** che deve guidare il giudice nell'esercizio dei propri poteri vincolandolo, ove ne sussistano i presupposti, al tipo di tutela richiesta senza poterla negare invocando esigenze ultronee.

8. I dieci corollari processuali rovesciati del giudizio sul rapporto sistema impugnatorio

La struttura del giudizio impugnatorio sull'atto portava con sé i dieci corollari di cui si è prima detto, ancora validi per il sindacato sugli atti discrezionali. Sono chiari, a questo punto, i dieci corollari specularmente rovesciati di un giudizio sul rapporto relativo a interessi pretensivi incisi da un non corretto esercizio di un potere vincolato.

Detti corollari possono essere così tratteggiati:

- 1) **oltre all'azione di annullamento con effetti *ex tunc* o *ex nunc* della correlata pronuncia sono ora ammesse anche le azioni tipiche di risarcimento (art. 30 c.p.a.), di accertamento della nullità (art. 31 c.p.a.), di condanna in tema di silenzio (art. 31 c.p.a.), di adempimento (art. 34, comma 1, lett. c) e di accesso (art. 116 c.p.a.).** Dal quadro normativo prima tracciato si ricava, poi, l'ammissione di una più generale azione di condanna atipica all'adozione di atti vincolati: anche il processo amministrativo segue, al pari di quello civile, la logica dell'atipicità delle azioni in omaggio al principio costituzionale (arg. ex artt. 24, 103 Cost.) secondo cui le tutele processuali seguono le posizioni sostanziali a esse adattandosi piuttosto che subire queste ultime mutilazioni per le lacune di rito;
- 2) **è consentita, per gli atti vincolati, un'integrazione postuma della motivazione del provvedimento impugnato**, coerente con un giudizio avente a oggetto la fondatezza della predetta e non più la legittimità formale del provvedimento mal motivato;
- 3) **il giudizio cautelare**, tratteggiato negli artt. 55 e ss. del codice secondo una logica di simmetria con la possibile decisione finale, non si limita più alla mera sospensione del provvedimento, ma prevede che il g.a. possa adottare le misure più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso;
- 4) un giudizio non più teso alla mera verifica della conformità dell'atto alla legge ma all'analisi del rapporto sottostante, necessita dell'acquisizione piena dei fatti che connotano il rapporto. Donde la coerente **estensione al processo amministrativo di legittimità della consulenza tecnica e adesso anche della prova testimoniale ex art. 63 c.p.a.**;
- 5) sempre sul versante istruttorio, l'aver il giudizio a oggetto un rapporto impone a chi ricorre l'ossequio a **un rigoroso onere della prova, in omaggio al principio di vicinanza della prova**, ove i fatti relativi al rapporto siano conosciuti (solo, principalmente o anche) dal ricorrente (si pensi alla prova del danno subito per effetto di un provvedimento illegittimo);
- 6) va **superata la prassi dell'assorbimento dei vizi formali**, vigendo la regola, posta dall'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990, della preminenza di quelli sostanziali, in quanto più sintomaticamente rivelatori della spettanza dell'agognato bene della vita;
- 7) **il riesercizio del potere successivo al giudicato di accertamento della spettanza del bene è integralmente vincolato** in guisa da rendere sindacabili gli atti non soddisfattori, in quanto nulli, dal Giudice dell'ottemperanza ai sensi dell'art. 31, comma 4, c.p.a.;
- 8) **il riesercizio del potere è invece fatto salvo solo in caso di atti discrezionali** (art. 31, comma 3), e viene imposto dall'art. 34, comma 2, c.p.a. il divieto per il g.a. di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati;
- 9) **il giudizio di ottemperanza su atti vincolati recupera, quindi, una dimensione esecutiva** mentre l'aspetto sostanzialmente sostitutivo resta limitato ai casi di atti discrezionali;
- 10) infine **nel giudizio amministrativo in assenza di residua discrezionalità dell'amministrazione il Giudice varca la porta del rapporto sostanziale.**

PARTE II

La tutela di accertamento ed il codice del processo amministrativo

Sommario: 1. Le azioni dichiarative fanno breccia nel processo amministrativo; 1.1. L'azione atipica di accertamento prima del codice del processo amministrativo; 1.2. L'azione atipica di accertamento dopo il codice del processo amministrativo; 2. L'azione di nullità (art. 21-septies della legge n. 241/1990) ed i problemi di riparto di giurisdizione; 2.1. La natura giuridica dell'azione di nullità; 2.2. Il regime dell'azione di nullità: interesse ad agire, prescrizione, rilevazione d'ufficio e principio della domanda; 3. L'azione di accertamento in tema di accesso agli atti della p.a.; 4. L'azione in materia di silenzio-rifiuto: caratteri generali. Rinvio; 5. L'azione di accertamento dell'illegittimità dell'atto a soli fini risarcitori.

1. Le azioni dichiarative fanno breccia nel processo amministrativo

Già prima dell'entrata in vigore del codice il giudizio amministrativo aveva fatto conoscenza con le prime ignote tutele dichiarative. Pensiamo, in particolare, alle azioni dichiarative tipiche (l'azione di nullità ex art. 21-septies della legge 241 e l'azione dichiarativa in tema di silenzio-rifiuto ai sensi dell'art. 2 della legge n. 241 stessa) e atipiche (l'azione dichiarativa in merito alla spettanza del bene della vita in tema di interessi pretensivi). La prima è un'azione dichiarativa pura; nelle altre due l'accertamento è propedeutico a una misura di condanna che, nella logica dell'azione di esatto adempimento di stampo teutonico, impone alla p.a. un *facere* specifico concretizzantesi nell'adozione del provvedimento dovuto (sul punto cfr. il par. precedente).

Appare evidente che l'evoluzione della disciplina e prima ancora della cultura processuale, incline a ritenere che il giudizio amministrativo non dovesse necessariamente incentrarsi su di una verifica di legittimità, traeva spunto da quella giurisprudenza (Cons. St., sez. VI, 22 aprile 2004, n. 2367), che aveva iniziato a ripensare il processo amministrativo non come giudizio sull'atto, quanto giudizio sul rapporto tra p.a. e privato, rispetto al quale lo stesso atto amministrativo rappresenta soltanto un elemento tra i tanti oggetto di cognizione e accertamento da parte del g.a..

Il peso riconosciuto dallo stesso g.a. alla necessità di individuare un limite estremo oltre il quale la propria ampiezza cognitoria non conosceva ostacoli, al fine di non mortificare l'effettività della tutela accordata al ricorrente, pareva quindi progressivamente anticiparsi dalla fase dell'ottemperanza a quella della cognizione.

Prima dell'ingresso sulla scena processuale della disciplina del codice, dunque, la giurisdizione del g.a. assapora quattro distinte azioni di accertamento: 1) l'azione di accertamento atipica; 2) l'azione per la declaratoria della nullità dell'atto amministrativo; 3) l'azione avverso il silenzio della p.a.; 4) l'azione in tema di accesso agli atti amministrativi.

È bene precisare che **l'accertamento è attività sempre propedeutica all'adozione di pronunce giurisdizionali**, così, anche secondo il modello processuale tradizionale di tipo impugnatorio-caducatorio, il g.a. riteneva di poter accedere ad accertamenti incidentali all'adozione della invocata pronuncia di annullamento. Pertanto, l'azione avverso il silenzio della p.a. e l'azione in materia di accesso devono essere qualificate come azioni di condanna, in quanto il dispositivo della pronuncia si caratterizza per ordinare alla p.a. un *facere* attizio.

1.1. L'azione atipica di accertamento prima del codice del processo amministrativo

Già prima dell'entrata in vigore del codice si era registrato il superamento dell'originario principio di tipicità delle azioni amministrative, tanto da considerare la pronuncia costitutiva di annullamento come solo una delle possibili conclusioni del giudizio amministrativo.

Il giudice amministrativo, in omaggio al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, si è così venuto via via appropriandosi di strumenti di tutela ulteriori rispetto a quello di annullamento ed ha introdotto in via ordinaria l'azione di accertamento nel giudizio amministrativo nelle controversie nelle quali non viene in rilievo un atto amministrativo. Sotto

questo profilo, nella veste di *leading case* si presenta **Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717**. Il Consiglio parte dal presupposto che la d.i.a. non equivalga a un'ipotesi di silenzio assenso, ma al contrario sia un atto proveniente da un soggetto privato. In questa ricerca, il Consiglio, verificando gli strumenti processuali a disposizione del terzo controinteressato, ha operato alcune importanti precisazioni in tema di azione di accertamento nel processo amministrativo. Secondo una prima tesi, la tutela del terzo era affidata alla possibilità di far valere il silenzio inadempimento dell'amministrazione, affinché la stessa, rea di non aver attivato tempestivamente i propri poteri inibitori rispetto all'attività denunciata, utilizzasse il potere di autotutela. Una simile soluzione, però, comportava un grave *deficit* di tutela per il terzo, in quanto questi avrebbe dovuto presentare apposita istanza, senza dire che in costanza di un potere di autotutela di natura discrezionale, il giudizio dinanzi al g.a. non poteva che concludersi con la mera declaratoria dell'obbligo di provvedere da parte della p.a..

Il Consiglio invocava quindi il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, inidoneo a soffrire compromissioni a seconda dei moduli ai quali il legislatore sottopone l'attività privata a regime amministrativo, individuando nell'azione di accertamento il rimedio necessario. La posizione contraria all'ammissibilità dell'azione di accertamento nel processo amministrativo trovava origine nella considerazione che in presenza di un rapporto sostanziale sbilanciato a favore della p.a. titolare di un potere discrezionale, l'accertamento del rapporto giuridico da parte del g.a. si sarebbe risolto in una indebita sostituzione del g.a..

Ulteriori ostacoli erano individuati: *a)* nella negazione che l'interesse legittimo sia una posizione giuridica sostanziale avente la stessa dignità del diritto soggettivo; *b)* nella mancanza di un riconoscimento espresso dell'azione di accertamento da parte del legislatore, a differenza di quanto accade negli ordinamenti di altri Paesi che tale azione conoscono (par. 43 della *VwGO* tedesca); *c)* nella tradizionale configurazione del giudizio amministrativo come giudizio sull'atto; *d)* nella limitazione dei mezzi di prova utilizzabili dal giudice amministrativo.

Quanto al primo limite, la Sezione rilevava come fosse pacificamente accolta l'idea che l'interesse legittimo sia una posizione giuridica di tipo sostanziale azionata dinanzi ad una giurisdizione di diritto soggettivo; inoltre, se in passato l'interesse legittimo coincideva con situazioni sostanziali che non raggiungevano la soglia di tutela propria del diritto soggettivo, serve oggi anche a contrassegnare il nucleo di facoltà che, all'interno del diritto soggettivo, possono essere esercitate solo a seguito del positivo esercizio da parte della p.a. dal suo potere conformativo. In questi casi, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario sulla titolarità del diritto, quello amministrativo giudica dal suo contenuto, del suo grado di tutela, a seconda che venga o meno in conflitto con interessi di rilevanza pubblicistica (urbanistica, ambiente, paesaggio ecc.). Ciò in accordo con le indicazioni fornite da Corte Cost. 204/2004 in termini di piena parificazione tra diritti soggettivi e interessi legittimi quanto a possibilità di farli valere in giudizio, all'effettività della tutela e all'adeguatezza dei poteri del giudice.

Non risultava ostativo all'assunto patrocinato dalla Sezione nemmeno la considerazione del processo amministrativo come giudizio sull'atto, che non può più considerarsi attuale; né appariva decisivo l'ostacolo derivante dalla mancanza di una norma espressa che prevedesse l'azione di accertamento nel processo amministrativo. Si trattava, infatti, di una situazione analoga a quella che caratterizza il processo civile: il fondamento della tutela di accertamento risiede nella stessa nozione di giurisdizione e si accorda nel processo amministrativo con l'evoluzione dell'interesse legittimo da interesse meramente oppositivo ad interesse di tipo pretensivo.

Argomento a favore dell'ammissibilità dell'azione di accertamento nel processo amministrativo, inoltre, veniva individuato nella strumentalità del processo rispetto alla posizione sostanziale: né in senso contrario poteva opporsi il pericolo di una sostituzione del g.a. rispetto alla p.a., in quanto l'intervento del g.a. non avviene per eliminare una incertezza sulla posizione giuridica sostanziale, ma per eliminare una lesione già in atto, determinata dalla difformità tra lo stato di fatto e lo situazione di diritto, a causa della già intrapresa realizzazione di un intervento edilizio non consentito in base alle semplice d.i.a.. Veniva pertanto scongiurato il pericolo di una tutela preventiva dell'interesse legittimo del terzo che sarebbe in contrasto con il fatto che l'ordinamento ha attribuito all'Amministrazione la gestione di determinati rapporti, essendo al contrario in presenza di una tutela *a posteriori*, richiesta a seguito della asserita lesione dell'interesse legittimo del terzo controinteressato rispetto alla d.i.a..

Quanto infine alla decorrenza del termine per proporre l'azione di accertamento si riteneva

che dovesse applicarsi il termine decadenziale, poiché la posizione tutelata è di interesse legittimo e non di diritto soggettivo. Quest'ultima indicazione, peraltro, veniva ritenuta da autorevole dottrina (Montedoro) il vero punto dolente della ricostruzione proposta dal Consiglio di Stato: qualificandosi la d.i.a. come un atto privato appariva difficile immaginare che la previsione di un termine decadenziale potesse estendersi in via analogica alla disciplina dell'azione di accertamento. Mentre l'applicazione dell'ordinario termine decennale di prescrizione *"determinerebbe una situazione di sbilanciamento della tutela in favore questa volta degli interessi dei terzi che si riteneva potessero essere lesi dalla forma auto-amministrativa assunta dalla cura degli interessi"*.

1.2. L'azione atipica di accertamento dopo il codice del processo amministrativo

La possibilità di teorizzare la presenza di un'azione atipica di accertamento va nuovamente verificata alla luce del codice del processo amministrativo, che a fronte dell'ampia delega contenuta nell'art. 44, l. 69/2009, non riporta una disciplina dedicata all'azione in questione. Rispetto al panorama previgente l'unico argomento nuovo di segno contrario rispetto al riconoscere nel bagaglio di azioni del g.a. l'azione di accertamento è proprio nel mancato riconoscimento esplicito da parte del codice. Ma anche questa assenza non assume elemento decisivo nella discussione.

Innanzitutto va precisato che il quadro costituzionale di riferimento resta immutato. Pertanto, come fatto notare da attenta dottrina in passato (CLARICH), l'unica azione tipica resta quella di annullamento, giacché in omaggio all'art. 113, comma 3, Cost. è il legislatore ordinario a dover determinare quali organi giurisdizionali possono annullare gli atti della p.a., in quali casi e con che effetti, mentre il comma 1 della stessa disposizione afferma che contro gli atti della p.a. è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi. Ancora, l'art. 24, comma 1, Cost. sancisce che tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti soggettivi ed interessi legittimi; infine, l'art. 111, comma 1, Cost. dispone che: *"La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge"*. Il peso assunto da questi precetti nell'ambito del codice del processo amministrativo è stato ricordato nei paragrafi precedenti; inoltre, il richiamo esplicito negli artt. 1 e 2 del codice fa sì che i principi di effettività della tutela giurisdizionale e del giusto processo divengano parametri interpretativi forti nella ricostruzione degli istituti del codice.

Pertanto, tutti gli argomenti prima utilizzati dalla tesi favorevole a rinvenire anche nel processo amministrativo un'azione di accertamento restano validi, ma si devono confrontare con alcune novità recate dal codice.

La prima è data dall'assenza, all'interno del catalogo di pronunce adottabili dal g.a., contenuto nell'art. 34, di sentenze di accertamento. La seconda è rappresentata dal riconoscimento di un'azione di accertamento tipica da parte dell'art. 31 in caso di contestazione davanti al g.a. di atti nulli. Senza dire delle altre ipotesi nelle quali lo stesso codice prevede che il g.a. debba pronunciarsi con una decisione di accertamento. Ancora, oltre alle sentenze di rito con le quali si accerta l'assenza di interesse alla pronuncia di merito o a quelle di rigetto con le quali si accerta che il vizio formale non ridonda in una lesione sostanziale del ricorrente, va ricordata la sentenza con la quale si accerta l'illegittimità dell'atto a soli fini risarcitori, ex art. 34 comma 3, c.p.a.. Queste incongruenze non possono essere risolte semplicemente attraverso la negazione dell'esistenza dell'azione di accertamento atipica, ma devono essere lette in modo costituzionalmente orientato per il riconoscimento dell'esistenza della stessa. Sul punto cfr. **Cons. St., sez. V, 27 marzo 2013, n. 1799**: *"Nel codice del processo amministrativo l'azione di accertamento, che non è espressamente disciplinata, può scaturire da un'interpretazione sistematica delle norme dallo stesso dettate, che prevedono la definizione del giudizio con sentenza di merito puramente dichiarativa agli art. 31, comma 4 (sentenza dichiarativa della nullità), 34, comma 3 (sentenza dichiarativa dell'illegittimità quante volte sia venuto meno l'interesse all'annullamento e persista l'interesse al risarcimento), 34, comma 5 (sentenza di merito dichiarativa della cessazione della materia del contendere), 114, comma 4, lett. b) (sentenza dichiarativa della nullità degli atti adottati in violazione od elusione del giudicato), nonché dall'art. 34, comma 2 che, prevedendo che "in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati", non può che riferirsi all'azione di accertamento, per sua natura caratterizzata da*

tale rischio d'indebita ingerenza, visto che le altre azioni tipizzate dal codice sono per definizione dirette a contestare l'intervenuto esercizio (od omesso esercizio) del potere amministrativo".

Sul piano applicativo, deve quindi ritenersi senz'altro ammissibile l'azione in questione (cfr. **TAR Lazio, Sez. II quater, 30 agosto 2018, n. 9084**, in Dispensa), ove dalla stessa il ricorrente possa trarne una utilità concreta. Anche in tal caso, il giudice, nel decidere sulla domanda di accertamento, incontra, quale limite generale posto dall'art. 34, comma 2, il divieto di pronunciarsi su poteri della P.A. non ancora esercitati: di qui la piena ricorribilità alla tutela in esame solo in caso di attività amministrativa vincolata ovvero nel caso in cui l'Amministrazione abbia esaurito il proprio potere discrezionale. Quanto al regime della domanda, deve ritenersi che essa non soggiace ad alcun termine decadenziale: la proposizione della domanda di accertamento, in ogni caso, non può condurre al risultato concreto di consentire l'elusione del termine decadenziale di impugnazione.

In senso contrario, però, si registra **un recente orientamento del Consiglio di Stato (Cons. St., Sez. V, 16 gennaio 2013, n. 231)**. Secondo la suddetta pronuncia, la tutela di accertamento atipica non può dirsi esistente nel nostro ordinamento per l'assenza di vuoti di tutela da colmare con un simile rimedio giurisdizionale: il sistema processuale, infatti, sarebbe orientato verso una tutela sovrabbondante, rispetto alla quale non è necessario decampare attraverso strumenti connotati da maglie ancora più larghe, perché ispirati all'atipicità.

In ogni caso l'azione di accertamento non può essere utilizzata per eludere il termine decadenziale dell'azione di annullamento, non potendosi quest'ultima considerare fungibile rispetto alla prima e pertanto, qualora pertanto la lesione derivi da un provvedimento compressivo della sfera giuridica del cittadino, questi non può invocare oltre il termine decadenziale l'accertamento della latitudine del proprio interesse legittimo, per contrastare la pretesa iniziativa illegittima dell'amministrazione (cfr. TAR Friuli Venezia Giulia, 8 agosto 2016, n. 386, in Dispensa).

2. L'azione di nullità (art. 21-septies della legge n. 241/1990) ed i problemi di riparto di giurisdizione

Il legislatore della legge n. 15/2005, occupandosi per la prima volta della nullità del provvedimento amministrativo con una norma di portata generale, stabilisce all'art. 21-septies che *"è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge"*.

Rinviando per gli approfondimenti del regime sostanziale di tale nullità alla correlata trattazione, in questa sede si analizzeranno i problemi processuali innescati dalla previsione normativa di una patologia prima interessata dalla sola elaborazione pretoria e dottrinale all'indomani del codice del processo amministrativo.

Nella prima versione dello schema del codice, l'azione di nullità era stata correttamente ricondotta nell'ambito dell'azione di accertamento; il venir meno di quella norma ha indotto il legislatore a riunire all'interno dell'art. 31, l'azione di accertamento della nullità dell'atto amministrativo con l'azione avverso il silenzio, mettendo così insieme un'azione di accertamento e un'azione di condanna.

Per quanto concerne il riparto di giurisdizione, l'art. 133 comma 1, lett. a), n. 5, c.p.a. ribadisce la giurisdizione esclusiva del g.a. in precedenza introdotta dall'art. 21-septies, l. 241/90 per le controversie relative alla nullità per violazione o elusione del giudicato. Nelle altre ipotesi la soluzione in termini di riparto dipenderà dalla natura della posizione giuridica azionata: pertanto, in presenza di interessi legittimi pretensivi la nullità dell'atto amministrativo non contribuisce a radicare la giurisdizione del g.o. atteso che il privato (destinatario di un provvedimento di diniego nullo o controinteressato rispetto al provvedimento ampliativo reso a favore di un terzo) non vanta nei confronti dell'amministrazione una posizione giuridica di diritto soggettivo. La formulazione dell'art. 7, comma 4, del codice appare in questo senso pienamente compatibile con la soluzione in rassegna: nel definire l'ampiezza della giurisdizione generale di legittimità, infatti, la norma in questione fa riferimento alle controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni (atti o provvedimenti che ben possono essere nulli).

Viceversa, in presenza di interessi oppositivi, secondo la tesi maggioritaria, la giurisdizione si radica in capo al g.o., atteso che l'atto nullo non fa sorgere una relazione di interesse legittimo tra p.a. e privato, restando il cittadino titolare unicamente di una posizione di diritto oggettivo che può far validamente azionare anche nei confronti della p.a.. Una tesi più recente, al contrario, sottolinea come anche in quest'ipotesi la giurisdizione spetti al g.a. in considerazione del fatto che l'atto nullo è pur sempre espressione, benché gravemente viziata, del potere amministrativo.

2.1. La natura giuridica dell'azione di nullità

Il carattere rivoluzionario dell'introduzione nel giudizio amministrativo dell'azione di nullità ha fatto dubitare persino della sua reale natura giuridica, tanto che sul punto la prima giurisprudenza amministrativa (Tar Puglia, Bari, Sez. III, 26 ottobre 2005, n. 4581), sposava una tesi eclettica secondo la quale, posto che la giurisdizione amministrativa di legittimità non conosce l'azione dichiarativa salvo residuali ipotesi (segnatamente il giudizio sul silenzio e il giudizio sull'accesso), la nullità può essere oggetto di sindacato solo con una pronuncia di annullamento.

Secondo la tesi in questione: *"L'art. 26, comma 2 L. TAR costituisce specifica disposizione volta a regolare la natura delle sentenze di accoglimento del giudice amministrativo in sede di legittimità e, come tale, impedisce l'ingresso della pronuncia dichiarativa della nullità. Tuttavia, l'inammissibilità di formali statuizioni dichiarative della nullità di un atto amministrativo non impedisce che ad analogo risultato possa pervenirsi mercè la pronuncia di annullamento. Anzi, tale pronuncia appare del tutto coerente con la riscontrata esistenza di una giurisdizione di legittimità. Se il rapporto devoluto al giudice riflette lo schema logico fatto - norma - potere - effetto è del tutto naturale che la nullità trovi sfogo in una statuizione di annullamento, che accerti l'inesistenza giuridica del potere. Come osservato in dottrina le pronunce dei giudici, rese su atti invalidi, esercitano la loro concreta funzione di tutela solo nel momento in cui vengono rese. Non è neanche vero che, come dice Lucrezio, ex nihilo nihil fit in quanto l'atto nullo produce determinati effetti pratici (determina non effetti giuridici, ma fatti, che a loro volta determinano effetti giuridici, secondo la connessione fatto-effetto), costituenti meri fatti materiali, ma che a loro volta possono produrre effetti giuridici.*

Nel diritto amministrativo il connotato esteriore di autoritatività carica questa evidenza di significati più forti. Si è già ricordato che l'atto nullo può essere portato ad esecuzione o costituire il presupposto di atti successivi. La formula di annullamento, allora, ben si adatta all'esigenza che l'atto venga eliminato anche sul piano formale. D'altronde non si capisce perché l'annullamento dovrebbe essere ritenuto inappropriato al giudice e consono all'amministrazione che agisce in autotutela.

Ad ulteriore, sia pure empirico, conforto della soluzione ermeneutica raggiunta il Collegio rileva come il ricorrente nel qualificare il petitum dell'azione abbia esplicitamente utilizzato il nomen iuris di "annullamento", pur articolando una domanda di nullità."

La sentenza lasciava perplessi nella misura in cui, prigioniera del retaggio della tipicità delle azioni modellate dalla legge, invece che approdare allo sbocco dell'ammissione di tutele dichiarative coerenti con la patologia che affligge un atto impotente a produrre ogni sorta di effetto, fa indossare l'abito improprio della sentenza costitutiva di annullamento al corpo di un provvedimento originariamente inefficace.

Al citato orientamento se ne contrapponeva altro, maggiormente in linea con i principi processuali (**TAR Emilia Romagna, Parma, 12 gennaio 2006, n. 9**), secondo il quale *"l'art. 21 septies della L. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15, è unicamente finalizzato ad introdurre nell'ordinamento un'azione di accertamento quale ulteriore tutela del cittadino nei confronti di atti adottati dalla P.A. in violazione o in palese elusione di un giudicato formatosi tra le stesse parti, ma essa nulla dispone riguardo all'assetto delle competenze tra i vari giudici amministrativi (complesso TT.AA.RR. - Consiglio di Stato; Corte dei Conti; Commissioni Tributarie) per le controversie aventi ad oggetto l'esecuzione del giudicato nascente dalle decisioni dei medesimi."*

Si è poi osservato che l'azione dichiarativa della nullità non è un'azione di accertamento del

bene della vita in senso proprio: essa, infatti, è diretta ad accertare non già l'esistenza o meno del rapporto sostanziale, ma, al contrario, l'inefficacia del provvedimento amministrativo. Si tratta, quindi, di un'azione che dà vita a un giudizio, non sul rapporto, configurabile solo nel caso in cui l'atto richiesto sia integralmente vincolato in base alla regola sottesa all'art. 21-*octies*, comma 2, ed estensibile anche al caso del provvedimento nullo.

L'art. 31, comma 4, del codice risolve definitivamente la questione circa la natura giuridica dell'azione finalizzata alla declaratoria della nullità del provvedimento amministrativo, dal momento che utilizza la locuzione "la domanda di accertamento": in questo modo, chiarisce che la statuizione conseguente sarà di merito e non di rito e dovrà dare atto delle ragioni per le quali l'atto amministrativo è inficiato da nullità. Resta dubbio se in quest'ipotesi possa predicarsi che oggetto del giudizio sia l'atto nullo piuttosto che l'interesse legittimo azionato; del resto la presenza di un interesse giuridicamente rilevante deve ritenersi valga non solo quale condizione dell'azione, ma anche quale titolo legittimante per ottenere la declaratoria di nullità.

2.2. Il regime dell'azione di nullità: interesse ad agire, prescrizione, rilevazione d'ufficio e principio della domanda

Nell'assenza di uno statuto specifico della nullità in seno all'art. 21-*septies*, dottrina e giurisprudenza si erano rivolte alle norme del Codice Civile, rappresentando le stesse espressione di principi generali dell'ordinamento, e in quanto tali in grado di trovare ingresso nel processo amministrativo.

Né a tal fine soccorre l'art. 31, comma 4, c.p.a., il quale ha previsto una disciplina minimale dell'istituto, che, tuttavia, non copre l'intero arco di questioni affrontato dalla giurisprudenza e dalla dottrina all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 21-*septies*.

In primis, va affrontata **la questione dell'interesse ad agire** per la quale il codice del processo non offre utili indicazioni. Prima della novella del 2005 era opinione dominante nella giurisprudenza che, in caso di azione preordinata alla declaratoria di nullità, mancasse l'interesse ad agire in capo al privato: si sosteneva, infatti, che non sussistesse l'interesse a eliminare dall'ordinamento giuridico un provvedimento improduttivo di effetti. Detta concezione, però, finiva per confondere la fattispecie del provvedimento nullo con la differente fattispecie del provvedimento inesistente.

Ed invero, si può rilevare che **l'interesse ad agire sussiste: il provvedimento nullo, nonostante il suo deficit di imperatività, potrà infatti essere eseguito**; inoltre, venendo in rilievo un atto giuridicamente rilevante, possono essere emanati provvedimenti consequenziali all'atto stesso; ancora, il provvedimento stesso può ingenerare un affidamento nei terzi in ordine alla sua validità.

Si rileva, infine, che la stessa presenza di un provvedimento nullo genera nell'ordinamento giuridico una situazione di incertezza che il privato o altra amministrazione potrebbe avere interesse a rimuovere. Appare importante rammentare, infatti, che la nullità di un provvedimento amministrativo può essere rilevata solo attraverso la proposizione di relativa azione innanzi al Giudice, essendo precluso alla P.A. di accertarla *ex officio*, salvi i casi d'esercizio, ove nei ricorrano i presupposti, del potere di autotutela su atto proprio. Di conseguenza le PP.AA. non possono sottrarsi agli effetti dell'atto, ovvero agire come se l'atto non esistesse e/o fosse improduttivo di effetti, ritenendo ovvero opponendo la nullità dello stesso, ma, onde tutelare le proprie posizioni giuridiche, hanno il potere di agire in giudizio al fine di ottenerne la declaratoria di nullità. Ciò vale anche per la Pubblica Amministrazione, avverso provvedimenti emanati da altra autorità amministrativa ritenuti nulli, e avverso i quali la prima amministrazione non è titolare di potere di autotutela (in termini **TAR Campania, Napoli, sez. I, 08 marzo 2013, n. 1381. Contra, tuttavia, TAR Lazio, Latina, sez. I, 01 aprile 2014, n. 271**, secondo cui: "In presenza di un provvedimento di proroga di concessione edilizia adottato da un commissario ad acta in una situazione di manifesta carenza di attribuzione, con conseguente nullità *ex art. 21-septies*, l. 7 agosto 1990 n. 241, la p.a. che intenda provvedere alla legittima repressione delle opere abusive non è tenuta ad intervenire in autotutela sull'atto del commissario, da ritenersi assolutamente inidoneo alla produzione di effetti giuridici").

Altra cosa è poi quella di valutare l'interesse ad agire nel caso concreto. La domanda di

nullità, infatti, per i principi di diritto civile, può essere proposta da chiunque vi abbia interesse (art. 1421 c.c.). Questo implica che il legittimato deve poter ottenere un'utilità concreta dalla pronuncia di nullità (art. 99 c.p.c.): potranno dunque esperire l'azione di nullità il destinatario dell'atto e i (soli) soggetti terzi la cui sfera giuridica l'atto nullo è suscettibile di ledere.

Per gli stessi motivi che inducono ad affermare l'interesse ad agire, **dobbiamo ammettere la possibilità per il ricorrente di chiedere in giudizio la tutela cautelare nei confronti dell'atto nullo**. Anche per l'atto nullo, infatti, si pone il problema dell'efficacia *medio tempore*, potendo lo stesso essere portato a esecuzione e producendo effetti di fatto pur se non di diritto (e salva poi la responsabilità dell'amministrazione e del funzionario per l'avvenuta esecuzione dello stesso). Sul punto cfr. **Tar Lazio, 5 dicembre 2012, n. 4388**: *"In presenza di una sentenza che accerta l'obbligo del Presidente dimissionario di una regione di provvedere all'immediata indizione delle elezioni in modo da assicurarne lo svolgimento entro il più breve termine tecnicamente compatibile con gli adempimenti procedurali previsti dalla normativa vigente in materia di operazioni elettorali, ed a seguito di adozione di decreto in data che viola il dictum giurisdizionale, deve ritenersi, anche in sede cautelare monocratica, l'obbligo di assicurare lo svolgimento delle elezioni entro il più breve termine tecnicamente compatibile con gli adempimenti procedurali previsti dalla normativa vigente in materia di operazioni elettorali - sancito dalla sentenza della cui esecuzione si tratta - che di per sé costituisce una parziale reintegrazione in forma specifica dell'obbligo primario rimasto inevaso, essendo volto a limitare al minimo - per quanto possibile e tenuto conto del decorso del tempo - l'ulteriore pregiudizio per i valori di rilievo costituzionale che emergono nella vicenda. Di conseguenza, accertata la possibilità tecnica di convocare i comizi elettorali per i giorni 3 e 4 febbraio 2013, e quindi per una data più ravvicinata e come tale maggiormente idonea a dare esatta esecuzione alla sentenza, occorre quindi: rilevare la nullità/inefficacia del decreto di indizione delle elezioni regionali contestato in sede di giudizio di esecuzione nella parte in cui esso non individua la prima data utile sicuramente idonea ad assicurare lo svolgimento "entro il più breve termine tecnicamente compatibile con gli adempimenti procedurali previsti dalla normativa vigente in materia di operazioni elettorali", data che va invece individuata, alla stregua delle acquisizioni in atti e delle pregresse considerazioni, nei giorni 3 e 4 febbraio 2013; adottare un provvedimento che garantisca la rigorosa e tempestiva attuazione del dictum giurisdizionale; ordinare di conseguenza al Ministro dell'interno di procedere (direttamente o per il tramite di un funzionario all'uopo incaricato), in qualità di commissario ad acta, alla rinnovazione del decreto di indizione delle elezioni regionali per i giorni 3 e 4 febbraio 2013, entro il termine di 3 (tre) giorni dalla comunicazione o dalla notificazione del presente provvedimento giurisdizionale"*.

Altra importante questione, risolta, invece, dall'art. 31, attiene al **termine di decadenza**. Prima dell'entrata in vigore del codice si era affermato, da parte di una certa dottrina, rimasta isolata, che le nullità di atti in cui vengono in rilievo meri interessi legittimi pretensivi del destinatario non seguano la regola generale dell'imprescrittibilità, ma debbano essere azionate nel termine di decadenza di sessanta giorni.

Detta opinione veniva contrastata da altra tesi, evidenziando come l'atto nullo fosse improduttivo di effetti in senso stretto giuridici. Non si verificava, dunque, per l'atto nullo, il problema della stabilità dell'atto da preservare con la regola della decadenza; si poneva l'accento, inoltre, sulla circostanza che se anche alla nullità fosse stato applicato il termine decadenziale, le differenze tra nullità ed annullabilità si sarebbero assottigliate notevolmente fin quasi a scomparire. Infine, si poneva in luce come le norme sulla decadenza siano di carattere eccezionale quindi inestensibili in via analogica. La tesi migliore riteneva quindi che l'azione per far valere la nullità fosse imprescrittibile. In questo senso, **Cons. St., sez. V, 9 giugno 2008, n. 2872**, *"Sebbene l'art. 21-septies della legge n. 241/90, nel codificare la categoria concettuale del provvedimento amministrativo nullo e definendone i caratteri sostanziali, non abbia espressamente definito la disciplina dell'azione di nullità, ciò non impedisce di applicare, in via analogica, il nucleo essenziale delle norme contenute nel codice civile, ivi compresa la regola della imprescrittibilità."*

L'art. 31 del codice del processo, con una scelta che non appare tuttavia condivisibile, prevede un termine decadenziale di centoventi giorni per far valere in via d'azione la nullità dell'atto amministrativo. In questo modo lascia intendere che gli effetti dell'atto amministrativo nullo possono consolidarsi, ponendo in essere un'intima contraddizione tra il regime dell'annullabilità e quello della nullità, che pur nella specialità che connota la

disciplina amministrativistica appare poco comprensibile; inoltre, in modo altrettanto contraddittorio, prevede che al contrario in via di eccezione possa sempre essere opposta dalla parte resistente. Si prospetta, pertanto, un meccanismo nel quale il privato deve far valere la nullità entro centoventi giorni, mentre l'amministrazione può rilevare in sede di eccezione la nullità dell'atto senza incorrere in alcun limite temporale.

La nullità del provvedimento, secondo l'art. 31 c.p.a. (che a sua volta riprende la previsione dell'1421 c.c.), può essere rilevata d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado del giudizio (salvo che sia passata in giudicato la statuizione del giudice inferiore riguardo all'invalidità dell'atto). L'accertamento *ex officio* è però possibile solo ove questa emerga dagli atti di causa e non siano necessarie ulteriori indagini sul fatto. Ulteriore elemento individuato dalla giurisprudenza (**Cons. St., Sez. V, 6 novembre 2017, n. 5092**) è che la nullità non sia stata dedotta ed introdotta in giudizio dal ricorrente, poiché altrimenti si aggirerebbe il termine decadenziale.

In tema di nullità del contratto, la giurisprudenza civile tradizionale (*ex multis*, **Cass. Civ., sez. I, 27 aprile 2011, n. 9395; C. App. Bari, sez. I, 16 novembre 2009, n. 1117; Cass. Civ., sez. II, 03 dicembre 2008, n. 28734; contra, tuttavia, Cassazione civile sez. III 07 febbraio 2011 n. 2956; Cass. Civ., sez. III, 15 settembre 2008, n. 23674; Cass. Civ., sez. III, 22 marzo 2005, n. 6170**) reputava che, per via del principio della domanda di cui all'art. 112 c.p.c., la rilevazione di ufficio della nullità - volta a coadiuvare il convenuto che non abbia proposto l'eccezione e non l'attore che abbia dimenticato la domanda - non potesse accordare all'attore un'utilità superiore a quella richiesta. In questa prospettiva, si riteneva che la nullità potesse essere rilevata solo nel caso in cui si agisca per far valere diritti presupponenti la validità del contratto (ad es. per l'esecuzione) e non in caso di impugnazione del contratto stesso per altre invalidità o per vicende risolutorie. Questa impostazione è stata accolta anche dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha ritenuto che non sia possibile per il G.A. rilevare la nullità del provvedimento amministrativo tutte le volte in cui il privato (come in genere accade nell'ambito del processo amministrativo) agisca in giudizio per ottenere l'annullamento del provvedimento stesso. La rilevazione sarebbe invece possibile ove l'atto nullo sia a base della domanda attorea, come nel caso in cui si azioni la pretesa all'esecuzione dello stesso atto (che preveda erogazioni economiche) ovvero di impugnazione di un atto a valle per contrarietà ad un atto a monte nullo. Aderisce a questa impostazione **Cons. St., Sez. IV, 28 ottobre 2011, n. 5799**, secondo il quale: *"Il giudice amministrativo può di ufficio procedere a dichiarare la nullità di atti amministrativi, in un giudizio non instaurato ai sensi dell' art. 31, co. 4 C.P.A., solo se tale declaratoria risulta funzionale alla pronuncia sulla domanda introdotta in giudizio, sussistendo altrimenti la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato ex artt. 112 c.p.c. e 39 C.P.A."*

Si tratta, tuttavia, di un'impostazione destinata ad essere rimeditata alla luce dei nuovi arresti della giurisprudenza civile, che ha di fatto capovolto le conclusioni alle quali era giunta in precedenza: in ragione dei perduranti contrasti pretori sul punto, infatti, hanno preso posizione sul tema le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, affermando, con la pronuncia **Cass. civ., sez. un., 04 settembre 2012, n. 14828**, che *"Alla luce del ruolo che l'ordinamento affida alla nullità contrattuale, quale sanzione del disvalore dell'assetto negoziale e atteso che la risoluzione contrattuale è coerente solo con l'esistenza di un contratto valido, il giudice di merito, investito della domanda di risoluzione del contratto, ha il potere-dovere di rilevare dai fatti allegati e provati, o comunque emergenti "ex actis", una volta provocato il contraddittorio sulla questione, ogni forma di nullità del contratto stesso, purché non soggetta a regime speciale (escluse, quindi, le nullità di protezione, il cui rilievo è espressamente rimesso alla volontà della parte protetta); il giudice di merito, peraltro, accerta la nullità "incidenter tantum" senza effetto di giudicato, a meno che sia stata proposta la relativa domanda, anche a seguito di rimessione in termini, disponendo in ogni caso le pertinenti restituzioni, se richieste"*.

Da evidenziare, infine che secondo l'**Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 22/2020**, il provvedimento amministrativo adottato sulla scorta di un atto nullo, si pensi al provvedimento di esclusione da una procedura di gara adottato in forza di una clausola nulla del bando, è illegittimo e in quanto tale deve essere impugnato nell'ordinario termine decadenziale.

3. L'azione di accertamento in tema di accesso agli atti della p.a.

L'elencazione delle ipotesi di azioni di accertamento esperibili dinanzi al g.a. e tipizzate dal legislatore non può trascurare l'azione in tema di accesso agli atti della p.a.. Al riguardo, in questa sede è sufficiente ricordare che l'art. 133 comma 1 lett. a), n., 6 ha espressamente qualificato la giurisdizione del g.a. in tema di accesso come giurisdizione esclusiva. Va precisato che se si ricostruisce il diritto di accesso in termini di interesse legittimo non vi è dubbio che l'azione configurata dal legislatore si atteggerà in termini di azione di accertamento che investe il g.a. del compito di verificare la fondatezza della pretesa da parte del ricorrente con conseguente potere del g.a. di condannare la p.a. ad un *facere* specifico. Al contrario, se si ricostruisce il diritto di accesso, come pare preferibile, in termini di diritto soggettivo saremo di fronte a un'azione di accertamento espressione del principio di indifferenza dello statuto delle posizioni giuridiche in ragione dell'organo giurisdizionale deputato ad erogare la necessaria tutela giurisdizionale.

4. L'azione in materia di silenzio-rifiuto: caratteri generali. Rinvio

Gli artt. 31, commi 1-3 e 117, del codice contengono la disciplina dell'azione avverso il silenzio della p.a..

Un primo profilo riguarda **la natura giuridica dell'azione**. Nonostante sia stata accomunata con l'azione finalizzata ad accertare la nullità dell'atto amministrativo appare evidente che si sia in presenza di un'azione di condanna. Il g.a., infatti, in caso di accoglimento del ricorso può adottare una pronuncia con la quale ordina alla p.a. di provvedere, ovvero di adottare uno specifico provvedimento: si tratta, quindi, in entrambi i casi, di sentenze di condanna. La distanza rispetto all'azione di adempimento, di cui si è già detto, specie nel secondo caso appare di fatto annullarsi: infatti, proprio la circostanza che il g.a. possa in sede di azione avverso il silenzio della p.a. conoscere della fondatezza della pretesa del ricorrente in caso di assenza di residua discrezionalità in capo alla p.a., non spiega perché, analogamente, non possa comportarsi ove l'amministrazione abbia opposto al privato un diniego illegittimo.

Sul tema, merita menzione la recentissima decisione **Cons. St., sez. V, 28 aprile 2014. n. 2184**, che ha attribuito all'azione in questione doppia natura: *"L'azione giudiziaria, proposta ex art. 31 c.p.a. avverso il silenzio serbato dall'Amministrazione sull'istanza del privato, è concettualmente scindibile in due domande delle quali la prima, di natura dichiarativa, volta all'accertamento dell'obbligo, in capo all'Amministrazione destinataria dell'istanza presentata dal titolare dell'interesse pretensivo, di definire il procedimento nel termine prescritto dalla disciplina legislativa o regolamentare ai sensi dell'art. 2, l. 7 agosto 1990, n. 241; la seconda, inquadrabile nel novero delle azioni di condanna, diretta ad ottenere una sentenza che condanni l'Amministrazione inadempiente all'adozione di un provvedimento esplicito, previo accertamento della spettanza del bene della vita nei casi in cui venga in rilievo l'esplicazione di un potere discrezionale; le due domande, normalmente proposte nell'ambito di un giudizio unitario in seno al quale l'attività di accertamento è strumentale alla pronuncia di condanna ad un *facere* di stampo pubblicistico, rivelano la loro autonomia nell'ipotesi in cui la sentenza di condanna non risulti più ammissibile o utile ma residui, a fini risarcitori, l'interesse ad una declaratoria che stigmatizzi l'illegittima inerzia dell'Amministrazione"*.

Quanto alla **disciplina del termine** entro il quale il privato può reagire avverso il silenzio della p.a., il legislatore del codice prevede che l'azione debba essere fatta valere entro un anno dal formarsi del silenzio inadempimento che si origina con l'inutile decorso del termine per provvedere o negli altri casi previsti dalla legge (indicazione quest'ultima introdotta con il primo correttivo al c.p.a.). Lo spirare del termine per agire in giudizio non fa tuttavia venir meno la possibilità per il privato di riproporre analoga istanza di avvio del procedimento dinanzi alla p.a., sussistendone i presupposti.

In merito all'**ampiezza del sindacato del g.a.**, l'art. 31, comma 3, c.p.a. risolve ogni questione interpretativa, disponendo che la fondatezza dell'istanza potrà essere vagliata dal g.a. solo in presenza di attività già in astratto meramente vincolata o che lo sia divenuta in concreto per non residuare in capo alla p.a. ulteriori margini di esercizio della discrezionalità. Qualche dubbio permane circa il sindacato della discrezionalità tecnica, atteso che il comma 3 esclude che il g.a. possa vagliare il merito della richiesta del ricorrente quando siano necessari

adempimenti istruttori che debbono essere compiuti dalla p.a.. La norma, piuttosto sibillina, non chiarisce se il limite è imposto al g.a. in tutti i procedimenti che necessitano di essere comunque istruiti dalla p.a. ovvero nei casi in cui l'attività istruttoria in questione non sia stata in concreto svolta. La tesi preferibile è evidentemente quest'ultima: diversamente opinando, invero, la possibilità per il g.a. di condannare l'amministrazione ad adottare un provvedimento specifico riguarderebbe le sole ipotesi nelle quali già il privato con la sua istanza debba porre per legge a disposizione dell'amministrazione l'intero materiale istruttorio. Al contrario, la scelta di limitare la cognizione del g.a. quando in concreto non siano stati posti in essere adempimenti istruttori si coniuga con la natura accelerata del rito prescelto dal legislatore.

5. L'azione di accertamento dell'illegittimità dell'atto a soli fini risarcitori.

Ulteriore ipotesi di azione di accertamento tipica rientra quella disciplinata dall'art. 34, comma 3, c.p.a., attraverso il quale il legislatore ha inteso prevedere che, nel caso in cui l'azione di annullamento non sia più utile, ad esempio, perché il provvedimento impugnato ha esaurito i suoi effetti oppure ha ricevuto piena esecuzione, l'azione caducatoria possa sopravvivere quale azione di accertamento. La scelta poggia sul principio di economia dei mezzi processuali e diviene necessitata all'indomani dell'affermazione della tutela risarcitoria autonoma dinanzi al g.a. con superamento della cd. pregiudiziale di annullamento. In definitiva, si utilizza la fase cognitoria del giudizio non più utile per fini caducatori, quale momento di verifica della presenza dell'elemento oggettivo dell'illecito che in separata sede si contesterà a mezzo dell'azione risarcitoria con distinta iniziativa giurisdizionale.

Questa trasformazione della domanda non consegue però ex se alla mera verifica da parte del g.a. del venire meno dell'interesse alla pronuncia di annullamento da parte del ricorrente, ma necessita di un impulso processuale dello stesso, atteso che anche questa ipotesi non tradisce la natura tipicamente soggettiva della giurisdizione del g.a.

La pronuncia d'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza d'interesse deve essere emessa con criteri rigorosi e restrittivi, per evitare che la preclusione dell'esame del merito della controversia si trasformi in un'inammissibile elusione dell'obbligo del giudice di provvedere sulla domanda; in particolare, a prescindere dalle ipotesi di sopravvenienza costituite da modifiche normative o accadimenti di fatto, solo laddove vi sia stata l'adozione di nuovi provvedimenti non più utilmente impugnabili, il giudice può dichiarare la sopravvenuta carenza di interesse, essendo ormai definitiva l'inconfigurabilità di qualsiasi possibile utilità discendente dalla favorevole definizione nel merito della controversia.

Ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a., anche se l'annullamento dell'atto impugnato non risulta più utile per la parte ricorrente, il giudice è comunque tenuto a ritenere ammissibile la richiesta di accertamento dell'illegittimità del provvedimento; tuttavia, egli deve valutare la sussistenza dell'interesse ai fini risarcitori, in difetto del quale la declaratoria di illegittimità correrebbe il rischio di rimanere meramente astratta. Incombe sulla parte ricorrente l'onere di allegare compiutamente i presupposti per la successiva proposizione dell'azione risarcitoria (**Cons. St., Sez. IV, 18 agosto 2017, n. 4033**).