

Architettura e tutela dell'interesse legittimo dopo il codice del processo amministrativo: verso il futuro! ^{1[1]}

di

Francesco Caringella

Consigliere di Stato

pubblicato sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it/> il 17 ottobre 2011

1. Introduzione 2. Le cinque certezze che il codice ci regala. 3 L'atipicità del novero e del contenuto delle azioni esperibili e delle decisioni pronunciabili. 3.1. L'azione di annullamento si emancipa dal dogma della retroattività e dal principio dell'automatismo 3.1.1. L'annullamento non è più una conseguenza indefettibile dell'accertamento del vizio di legittimità. 3.2. L'azione di condanna pubblicistica. 4. L'accertamento irrompe a Palazzo Spada. 5. L'interesse legittimo è vivo più che mai 6. Un tuffo dove l'acqua è più blu.

1. Introduzione

Devo esprimere l'emozione e la felicità che provo nel partecipare alla presentazione, in questa Sala di Pompeo che per me tanto ha rappresentato, del bel commentario al codice del processo curato dal Presidente Alfonso Quaranta e dal collega e compagno di tante battaglie Vincenzo Lopilato.

L'emozione deriva dal trovarmi di fronte tutti i Presidenti che hanno segnato le tappe salienti della mia vita lavorativa a Palazzo Spada. Ho il privilegio di parlare di fronte al mio Maestro Alberto de Roberto, il Presidente Mario Egidio Schinaia con il quale ho condiviso indimenticabili udienze ed eroiche camere di consiglio, il Presidente Paolo Salvatore, che tanto mi ha insegnato sul piano umano oltre che giuridico e l'attuale Presidente Pasquale de Lise, capace sempre di creare quella magia inafferrabile che si chiama rapporto umano.

E' un po' come rivivere, in un istante, un film durato quattordici anni, simboleggiato dai personaggi che ne hanno scandito le tappe salienti dall'esordio di fine 1997 ad oggi.

Devo anche ricordare che proprio tra queste mura, in un fresco giorno della profumata primavera romana di dieci anni fa, l'Adunanza Generale battezzò l'articolato di quello che sarebbe diventato il testo unico per le espropriazioni per pubblica utilità.

Anche in quel caso, come per il codice del processo amministrativo di cui oggi stiamo parlando, un'imponente opera di codificazione affidata ad una commissione mista insediata presso il Consiglio di Stato. Anche in quel caso un imponente lavoro di semplificazione e di modernizzazione che mandò in soffitta leggi plurisecolari, regalando alla materia ablatoria il bene incommensurabile dell'organicità e dell'attualità. Anche in quel caso la Commissione, di cui avevo l'onore di fare parte, licenziò il testo con grande rapidità ed efficienza.

Questo fu possibile grazie all'operato del Presidente della Commissione, il Presidente Alfonso Quaranta, di cui ebbi modo di conoscere ed apprezzare quella che mi piace definire la sua dolce fermezza. Coadiuvato da quell'uomo indimenticabile che era il Presidente Raffele Iannotta. Alfonso Quaranta guidò, infatti il drappello eterogeneo di soldati ai suoi ordini con piglio che definirei gentile ma asburgico, dolce ma teutonico, solidale ma inflessibile.

Anche con riguardo a quel testo unico si posero le domande che oggi ci poniamo per il nostro codice del processo. Ci si chiese se fosse stata operazione troppo timida o, al contrario troppo ardimentosa; e, soprattutto, se il testo unico di cui al d.P.R. n. 327/2001 si sarebbe rilevato uno

^{1[1]} Relazione tenuta al convegno sul codice del processo amministrativo tenutosi a Palazzo Spada il 12 ottobre 2011 in occasione della presentazione del volume curato da A. QUARANTA e V. LOPILATO, *Il processo amministrativo*, Milano, 2011

strumento capace davvero di semplificare l'azione amministrativa e di accrescere a tutela dei soggetti toccati dall'esercizio del potere.

A distanza di oltre dieci anni il bilancio di quel lavoro è lusinghiero alla luce dei fatti che lo hanno consacrato quale guida operativa capace di dare in modo efficace risposta ai quesiti quotidiani che affannano operatori e cittadini.

Nel trasferire queste domande per il codice del processo mi sembra giusto mettere la lente di ingrandimento sul cuore del sistema processuale, e quindi sull'anima del codice che oggi lo lumeggia e lo regola, ossia la mappa delle tecniche di tutela dell'interesse legittimo.

2 . Le cinque certezze che il codice ci regala.

Il bisogno di tutela dell'amministrato nei confronti della Pubblica Amministrazione non è sempre stato un principio immanente nel nostro ordinamento. La maggiore preoccupazione del Legislatore post-unitario, lungi dall'essere quella di assicurare la tutela del cittadino nei confronti dell'autorità amministrativa, era, infatti, quella di dettare le "guarentigie 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 ed il riconoscimento della funzione giurisdizionale della stessa (avvenuto nel 1907) e fino a giorni relativamente vicini, l'interesse legittimo è stato considerato quale posizione meramente processuale o quale oggetto di tutela solo indiretta ed occasionale da parte dell'ordinamento.

Non ci si può, dunque, meravigliare se la struttura del giudizio amministrativo sia stata concepita, anche dalla legge n. 1034/1971, in chiave impugnatoria e rigorosamente tipica. Nell'alveo di sistema imperniato su di una rigida tipicità delle tecniche di tutela, l'unica azione concessa era quindi quella tesa all'annullamento del provvedimento in relazione ai vizi riscontrati in base ad 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 *au fond*, almeno per gli interessi pretensivi, la *res litigiosa*, assumendo le fattezze del noto apostrofo *guicciardiano*, per nulla rosa, 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 traguardare la bontà sostanziale dell'aspirazione del privato, *verificava se l'amministrazione avesse torto piuttosto che stabilire se il privato avesse ragione*.

Acqua è passata sotto i ponti: le parole di una bella canzone di Fiorella Mannoia (*Come si cambia per non morire*) hanno indotto il legislatore e la giurisprudenza a riflettere se il Giudice amministrativo possa sopravvivere erogando una tutela così formale, incidentale ed asfittica.

Importanti risposte sono venute dal codice del processo, la cui architettura va letta in combinazione, a monte; con il dettato della legge delega (in particolare l'apertura suggellata dall'art. 44., comma 2, lett. b, n. 4, della legge n. 69/2009 a tutele anche dichiarative e di condanna, oltre che

costitutive, volte a soddisfare la pretesa sostanziale della parte vittoriosa; e, a valle, con la giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e dei Giudici territoriali che hanno dato linfa operativa alle novità positive.

Ebbene, il codice, così arricchito, ci regala cinque certezze dalle quali non mi sembra si possa recedere:

1) è definitivamente assodato che l'interesse legittimo è una posizione sostanziale direttamente tutelata dall'ordinamento giuridico;

2) è definitivamente assodato che il bene della vita, meglio l'interesse materiale al bene della vita, ha una rilevanza centrale nella struttura di questa posizione soggettiva;

3) è definitivamente assodato che la protezione dell'interesse legittimo si emancipa dal monopolio della tutela impugnatoria tesa alla decapitazione retroattiva dell'atto aggredito per conquistare le tutele dichiarativa e di condanna;

4) è definitivamente assodato che il giudizio amministrativo non è più solo un *processo sull'atto*, se non un *processo all'atto*, ossia un giudizio sull'atto teso a verificarne la rispondenza estrinseca al paradigma normativo, con salvezza del riesercizio del *public power* ma, ove non vi osti il residuo di sacche di discrezionalità amministrativa o tecnica, assurge a giudizio sul rapporto, teso a scrutinare la relazione regolata dall'atto e, quindi, a valutare la fondatezza della pretesa sostanziale onde regolare *au fond* la *res litigiosa*;

5) è definitivamente assodato che la tutela innanzi al giudice amministrativo conosce anche le azioni atipiche, ove necessarie per conferire idonea e piena protezione alla situazione soggettiva (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 15/2001 sull'azione atipica di accertamento).

Fin qui le certezze inossidabili.

Da queste traiamo alimento per porci, senza pretesa di esaustività ed a volo d'uccello, alcune domande ed a offrire alcune suggestioni sulla mappa delle tutele volte a nutrire questa posizione straordinariamente antica ma eccezionalmente moderna che è l'interesse legittimo.

3 L'atipicità del novero e del contenuto delle azioni esperibili e delle decisioni pronunciabili.

La prima versione del codice del processo amministrativo, approvato dal Consiglio di Stato l'8 febbraio 2010, aveva provveduto ad implementare lo spettro delle azioni esperibili innanzi al giudice amministrativo, recependo in pieno il modello della pluralità delle azioni ed assicurando così anche all'interesse legittimo il bene incommensurabile della pienezza della tutela. E tanto in piena coerenza con l'auspicio formulato dal legislatore delegante, il quale aveva espressamente inteso positivizzare *“le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa”* (art. 44, co. 2, n. 4, della L. 69/09).

In particolare, il disegno di legge prevedeva, accanto alla “classica” azione di annullamento anche quelle di risarcimento, anche in forma specifica, di nullità (a corredo di quanto già previsto dall'art. 21-*septies* L. 241/1990), di accertamento-condanna in tema di silenzio (già parzialmente prevista dall'art. 2 L. 241/1990), di accertamento mero, di condanna, di esatto adempimento, ed esecutive. In molti casi, peraltro, il progetto di codice si limitava a regolare e razionalizzare le conclusioni già rassegnate dalla giurisprudenza in ordine alla possibilità di esperire davanti al G.A. azioni non esplicitamente previste dalla legge.

In sede di emanazione definitiva del codice, tuttavia, le norme relative alle azioni in discorso sono state espunte dal testo normativo, il quale, quindi, *de iure condito*, si limita a disciplinare espressamente le azioni di annullamento (art. 29), risarcitorie e di condanna (art. 30) ed avverso il silenzio amministrativo nonché in materia di nullità (art. 31).

Nonostante i silenzi del codice l'esperibilità delle azioni non più riproposte in modo esplicito dalla legge delega non può essere revocata in dubbio.

Si può dire che, a seguito della penetrazione dei cogenti precetti costituzionali comunitari e Cedu, dal vocabolario del processo amministrativo è scomparsa la parola tipicità, incompatibile

con la parola “effettività”.

Non si può infatti accedere ad una visione tutta processualistica dell’interesse legittimo secondo cui la tipicità delle azioni proponibili e delle sentenze conseguentemente pronunciabili finisce per frustrare i bisogni di tutela non efficacemente placabili con dette azioni e, quindi, per incidere negativamente, dimidiandola, sulla struttura della posizione soggettiva.

Al contrario, l’adesione ad una nozione sostanziale dell’interesse legittimo precede e condiziona l’enucleazione dei bisogni di tutela passibili di soddisfacimento e, quindi, il novero nonché il contenuto delle azioni proponibili e delle sentenze adottabili. Ne deriva che, a fronte di un interesse legittimo che vede al centro della sua architettura il bene della vita, o meglio l’interesse materiale ad un bene della vita, devono essere esperibili tutte le azioni che siano necessarie per tutelare in concreto l’interesse sostanziale. Ciò in coerenza con il precetto di cui all’art. 44, comma 2, lett. b, n. 4, della legge delega, che prevede l’emanazione di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa sostanziale.

Ne deriva, da un lato, che sono proponibili tutte le azioni atipiche che siano necessarie per soddisfare esigenze di protezione che le tutele regolate non sono in grado di soddisfare in modo adeguato (si pensi all’azione di accertamento atipica reputata ammissibile dalla decisione n. 15/2011 del Consiglio di Stato); dall’altro, che anche le azioni tipiche presentano un profilo di atipicità in quanto il legislatore, nel prevedere un’azione, non può predeterminare in astratto il contenuto delle domande proponibili a tutela di una determinata posizione, contenuto ricavabile solo in ragione della specificità della lesione che viene in rilievo nel caso concreto e del bisogno di tutela che deve essere correlativamente appagato.

Il principio di atipicità non concerne quindi solo il novero delle azioni proponibili, con conseguente superamento del dogma del *numerus clausus*, ma anche e forse soprattutto il contenuto concreto delle azioni tipizzate in modo astratto, e quindi necessariamente incompleto, dal legislatore.

Così l’azione di condanna si ammanta di profili atipici, potendosi tradurre, a fronte di poteri vincolati, anche nella richiesta dell’adozione di un *facere* pubblicistico ossia di un provvedimento soddisfattorio dell’interesse pretensivo.

Alla stessa stregua anche l’azione di annullamento può tradursi in una sentenza a contenuto non più tipizzato, ossia nella sola eliminazione *ex tunc* dell’atto, essendo possibile che in concreto il giudice reputi idonea a soddisfare la pretesa sostanziale un annullamento *ex nunc* o solo parzialmente retroattivo o, infine, un accertamento dell’illegittimità a fini meramente conformativi e senza esiti demolitori

3.1. L’azione di annullamento si emancipa dal dogma della retroattività e dal principio dell’automatismo.

Uno dei caratteri peculiari dell’annullamento per illegittimità del provvedimento amministrativo risiede nella caducazione del provvedimento con efficacia *ex tunc*, ed 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 revocata in dubbio dalla recentissima pronuncia del Consiglio di Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, 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 ha evidenziato che l’annullamento *ex tunc* del provvedimento impugnato rinviene le sue radici non già in una disposizione di legge, ma in una prassi, suscettibile di essere derogata tutte le volte in cui l’annullamento retroattivo dell’atto costituisce una misura eccessiva -e pertanto non soddisfattoria- delle istanze di tutela del ricorrente (o addirittura lesiva della sua sfera di interesse).

E' quanto accade nelle ipotesi in cui il ricorrente impugna l'atto al fine di giovare dell'effetto conformativo del giudicato *pro futuro*, ove si lamenti l'insufficienza di determinate misure adottate con il provvedimento.

Nella specie, una associazione ambientalista aveva impugnato un piano faunistico venatorio, il quale avrebbe dovuto contenere determinate prescrizioni ed essere soggetto a specifici incombenti procedurali.

Orbene il Consiglio osserva che, dinnanzi a fattispecie di tal fatta, *"non è utilizzabile la regola secondo cui "l'accoglimento della azione di annullamento comporta l'annullamento con effetti ex tunc del provvedimento risultato illegittimo, con salvezza degli ulteriori provvedimenti della autorità amministrativa, che può anche retroattivamente disporre con un atto avente effetti "ora per allora" [...]."*

Quando la sua applicazione risulterebbe incongrua e manifestamente ingiusta, ovvero in contrasto col principio di effettività della tutela giurisdizionale, ad avviso del Collegio la regola dell'annullamento con effetti ex tunc dell'atto impugnato a seconda delle circostanze deve trovare una deroga, o con la limitazione parziale della retroattività degli effetti (Sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488), o con la loro decorrenza ex nunc ovvero escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi".

Il Consiglio di Stato, inoltre, osserva che la legislazione ordinaria non preclude al giudice amministrativo l'esercizio del potere di determinare gli effetti delle proprie sentenze di accoglimento. Anzi, un implicito riconoscimento alla possibilità di caducare gli atti amministrativi solo per l'avvenire è rinvenibile nell'art. 21-*nonies* L. 241/1990, il quale, nel richiamare il legittimo affidamento del destinatario del provvedimento quale limite al suo annullamento d'ufficio, consente di lasciare intatti gli effetti già prodotti da un provvedimento illegittimo.

Pertanto, *"il giudice amministrativo, nel determinare gli effetti delle proprie statuizioni, deve ispirarsi al criterio per cui esse, anche le più innovative, devono produrre conseguenze coerenti con il sistema (e cioè armoniche con i principi generali dell'ordinamento, e in particolare con quello di effettività della tutela) e congruenti (in quanto basate sui medesimi principi generali, da cui possa desumersi in via interpretativa la regola iuris in concreto enunciata)".*

Tali conclusioni sono indotte anche dall'applicazione dei principi nazionali, comunitari e CEDU sulla effettività della tutela giurisdizionale.

"Quanto al principio di effettività della tutela giurisdizionale, desumibile dagli articoli 6 e 13 della CEDU, dagli artt. 24, 111 e 113 della Costituzione e dal codice del processo amministrativo, si deve ritenere che la funzione primaria ed essenziale del giudizio è quella di attribuire alla parte che risulti vittoriosa l'utilità che le compete in base all'ordinamento sostanziale", con la conseguenza che "il giudice può emettere le statuizioni che risultino in concreto soddisfattive dell'interesse fatto valere e deve interpretare coerentemente ogni disposizione processuale".

Anche la giurisprudenza comunitaria, peraltro, ha da tempo affermato che il principio dell'efficacia *ex tunc* dell'annullamento, seppur costituente la regola, non ha portata assoluta e che la Corte può dichiarare che l'annullamento di un atto (sia esso parziale o totale) abbia effetto *ex nunc* o che, addirittura, l'atto medesimo conservi i propri effetti sino a che l'istituzione comunitaria modifichi o sostituisca l'atto impugnato.

La giurisprudenza comunitaria ha da tempo affermato che il principio dell'efficacia *ex tunc* dell'annullamento, seppur costituente la regola, non ha portata assoluta e che la Corte può dichiarare che l'annullamento di un atto (sia esso parziale o totale) abbia effetto *ex nunc* o che, addirittura, l'atto medesimo conservi i propri effetti sino a che l'istituzione comunitaria modifichi o sostituisca l'atto impugnato (Corte di Giustizia, 5 giugno 1973, Commissione c. Consiglio, in C-81/72; Corte di Giustizia, 25 febbraio 1999, Parlamento c. Consiglio, in C-164/97 e 165/97).

Tale potere valutativo prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona era previsto espressamente nel caso di riscontrata invalidità di un regolamento comunitario (v. l'art. 231 del Trattato istitutivo della Comunità Europea), ma era esercitabile - ad avviso della Corte - anche nei casi di impugnazione delle decisioni (Corte di Giustizia, 12 maggio 1998, Regno Unito c. Commissione, in C-106/96), delle direttive e di ogni altro atto generale (Corte di Giustizia, 7 luglio 1992, Parlamento c. Consiglio, in C-295/90; 5 luglio 1995, Parlamento c. Consiglio, in C-21-94).

La Corte di Giustizia è dunque titolare anche del potere di statuire la perduranza, in tutto o in parte, degli effetti dell'atto risultato illegittimo, per un periodo di tempo che può tenere conto non solo del principio di certezza del diritto e della posizione di chi ha vittoriosamente agito in giudizio, ma anche di ogni altra circostanza da considerare rilevante (Corte di Giustizia, 10 gennaio 2006, in C-178/03; 3 settembre 2008, in C-402/05 e 415/05; 22 dicembre 2008, in C-333/07).

Tale giurisprudenza, come sopra segnalato, ha ormai trovato un fondamento testuale nel secondo comma dell'art. 264 (ex 231) del Trattato di Lisbona sul funzionamento della Unione Europea, che non contiene più il riferimento delimitativo alla categoria dei regolamenti ("Se il ricorso è fondato, la Corte di giustizia dell'Unione europea dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato. Tuttavia la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi").

In applicazione del sopra richiamati principi consegue pertanto che *"anche il giudice amministrativo nazionale possa differire gli effetti di annullamento degli atti impugnati, risultati illegittimi, ovvero non disporli affatto, statuendo solo gli effetti conformativi, volti a far sostituire il provvedimento risultato illegittimo"*

Il Consiglio conclude affermando che *"ove il Collegio annullasse ex tunc ovvero anche ex nunc il piano"* in ragione della mancata attivazione di determinati incombenti procedurali, *"sarebbero travolte tutte le prescrizioni del piano, e ciò sia in contrasto con la pretesa azionata col ricorso di primo grado, sia con la gravissima e paradossale conseguenza di privare il territorio pugliese di qualsiasi regolamentazione e di tutte le prescrizioni di tutela sostanziali contenute nel piano già approvato (retrospettivamente o a decorrere dalla pubblicazione della presente sentenza, nei casi rispettivamente di annullamento ex tunc o ex nunc). In altri termini, l'annullamento ex tunc e anche quello ex nunc degli atti impugnati risulterebbero in palese contrasto sia con l'interesse posto a base dell'impugnazione, sia con le esigenze di tutela prese in considerazione dalla normativa di settore, e si ritorcerebbe a carico degli interessi pubblici di cui è portatrice ex lege l'associazione appellante".*

Questa sentenza è stata sottoposta a critica da severa dottrina (TRAVI) la quale, per un verso, ha

censurato il sapore pretorio dell'operazione ermeneutica, che si porrebbe in contrasto con la tipicità del contenuto dell'azione e della sentenza di annullamento oltre che con la riserva di legge prevista dall'art. 113, comma 3, Cost, che attribuisce solo alla legge il compito di stabilire gli effetti dell'annullamento dell'atto, con conseguente impossibilità che il giudice deroghi in via interpretativa alla regola dell'efficacia retroattiva della pronuncia costitutiva; per altro verso, ha sottolineato che il principio della domanda osta ad una decisione che, a fronte di una domanda tesa alla demolizione retroattiva dell'atto, il giudice si limiti all'accertamento non demolitorio o alla caducazione non retroattiva del provvedimento impugnato.

Le critiche non persuadono.

Alla prima obiezione si deve replicare che nessuna legge, sostanziale o processuale, sancisce la regola della retroattività degli effetti della pronuncia di annullamento, con la conseguenza che, in coerenza con la generale atipicità delle azioni e delle pronunce, non può che spettare al giudice il compito di distillare gli effetti della propria decisione in guisa da offrire la tutela migliore all'interesse del ricorrente, tale essendo quella necessaria e sufficiente a soddisfare in modo pieno l'interesse azionato, senza frustare in modo inutile l'interesse pubblico e la sfera giuridica dei controinteressati.

In ordine alla seconda censura si deve rimarcare che la domanda di annullamento contiene sempre, e per definizione, come il più reca il meno, il *quid minus* della domanda di mero accertamento dell'illegittimità con effetti non retroattivi o non eliminatori. E' quindi coerente con il principio della domanda di cui all'art. 112 del codice di rito civile una decisione che effettui questo accertamento adottando una misura che eviti di concedere un *quid plus* rispetto a quanto sia necessario per gratificare in modo pieno il bisogno di tutela. E tanto in omaggio alla regola processualistica secondo cui non l'interesse a ricorrere, ex art. 100 c.p.c., è una condizione dell'azione, che, come tale, non solo la condiziona sul piano dell'*an* ma la limita sul versante della portata delle pronunce conseguibili.

3.1.1. L'annullamento non è più una conseguenza indefettibile dell'accertamento del vizio di legittimità

Va, poi, osservato che, introducendo una novità epocale, l'art. 34, comma 3, del codice del processo ha escluso l'emanazione di una pronuncia di annullamento quante volte l'eliminazione dell'atto non risulti più utile ai fini del conseguimento del bene della vita da parte del ricorrente.

In tali ipotesi (si pensi all'aggiudicazione di una gara già seguita dall'integrale esecuzione del contratto o ad un provvedimento illegittimo di esproprio che abbia irreversibilmente prodotto i suoi effetti con la trasformazione dell'area consequenziale alla realizzazione di un'opera pubblica) il giudice amministrativo si limiterà ad una pronuncia di accertamento dell'illegittimità al solo fine di consentire, eventualmente con un separato giudizio, il ristoro del danno patito. La norma ci ricorda, una volta di più, che un atto non è illegittimo perché è annullabile ma è annullabile in quanto illegittimo.

Si supera così, di slancio, dando seguito agli spunti di novità sottesi all'art. 21-octies, comma 2, L. 241/1990, l'idea disperatamente antica dell'esclusività e dell'indefettibilità della sanzione dell'annullamento come conseguenza del riscontro di una situazione di illegittimità, e si dà la stura ad un sistema duttile in seno al quale una pronuncia di mero accertamento può aprire direttamente la strada ad una tutela risarcitoria senza passare per un'inutile ed inesequibile pronuncia demolitoria.

In definitiva, in coerenza con i cromosomi di un giudizio spostato sul rapporto, si ripudia la tesi secondo cui l'annullamento è la conseguenza ineluttabile del riscontro di un vizio di legittimità, dovendosi invece valutare se detta misura costituisca effettivamente utile e necessaria. Di qui il duplice corollario teso ad evitare l'annullamento se il vizio (formale o procedimentale) non abbia influito sul contenuto dispositivo dell'atto (art. 21 *octies*, comma 2, del legge n. 241/1990) o, più in generale se l'eliminazione dell'atto non sia idonea a produrre alcuna utilità concerta per il ricorrente (art. 34, comma 2, del codice del processo)

A questo punto l'indagine si sposta sulla ampiezza del sindacato giudiziale in merito alla sopravvenuta inutilità della caducazione dell'atto: sul punto, infatti, il codice non chiarisce se essa possa essere rilevata d'ufficio dal giudice o se invece debba soggiacere ad un preciso ed ineliminabile onere di allegazione delle parti. In particolare, ci si chiede se, a fronte di una domanda di annullamento il ricorrente debba proporre una specifica istanza, provando l'esistenza di un'utilità alla caducazione del provvedimento impugnato, o, al contrario, l'inutilità dell'annullamento dell'atto illegittimo possa essere rilevata d'ufficio dal giudice per rigettare la domanda.

Orbene, sul punto, la giurisprudenza più recente (Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817) ha ritenuto che la domanda di annullamento del provvedimento, secondo il principio per cui "il più contiene il meno", comprende un' implicita istanza di accertamento dell'utilità al ricorso, sicché il giudice può limitare la sua pronuncia ad un contenuto di accertamento anche sulla scorta di un giudizio ufficioso sul permanere dell'interesse, senza bisogno di una puntuale domanda o di una specifica prova sul punto. Secondo altra tesi (CORSO), il ricorrente ha invece l'onere di allegare la sussistenza di un'utilità, e quindi di un interesse al mero accertamento a fini risarcitori. In assenza di tale allegazione il ricorso sarà dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse ex art 35, comma 1. lett. c, del codice del processo.

3.2. L'azione di condanna pubblicistica.

L'atipicità contenutistica ha sedotto anche l'azione di condanna di cui all'art. 30 del codice del processo.

Decisiva appare al riguardo la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.3/2011, che ha definitivamente sancito la generale esperibilità dell'azione di condanna strumento di tutela attivabile dal ricorrente innanzi al G.A. al fine di ottenere il riconoscimento del bene della vita ingiustamente negatogli.

Ad avviso del Consiglio l'ammissibilità, in via generale, di un'azione di condanna pubblicistica (c.d. azione di esatto adempimento) tesa ad una pronuncia che, per le attività vincolate, costringa la P.A. ad adottare il provvedimento soddisfacente, è ricavabile dall'applicazione dei principi costituzionali e comunitari in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, dall'interpretazione della portata espansiva delle specifiche ipotesi previste dall'art. 31 comma 3 del codice, in materia di silenzio, dall'art. 124 in materia di contratti pubblici, oltre che dall'art. 4 del decreto legislativo n. 198/2009 in materia di azione collettiva di classe (§ parte I cap. 1, par. 7.2.2. ss.), e, soprattutto, dalla dizione ampia dell'art. 30, comma 1 del codice, che non tipizza i contenuti delle pronunce di condanna, e, soprattutto, non limita dette pronunce ai soli casi privatistici del risarcimento del danno e della lesione di diritti soggettivi nelle materie di giurisdizione esclusiva.

Soprattutto, la portata generale del principio sotteso a tali norme è desumibile dal disposto dell'art. 34 del codice del processo che, nello stabilire il contenuto in via generale delle pronunce adottabili dal G.A., fa riferimento, al comma 1 lett. c), alle misure idonee a soddisfare la situazione giuridica dedotta in giudizio. Detto riferimento contenutisticamente atipico va riempito con la considerazione che con riferimento agli interessi pretensivi la sentenza di condanna all'adozione del provvedimento negato è l'unica idonea a soddisfare effettivamente e sostanzialmente la situazione soggettiva.

Va soggiunto che detta azione di esatto adempimento conosce due limiti pregnanti : a) il limite sostanziale rappresentato dalla non utile esperibilità di detto rimedio ove residuino sacche di discrezionalità amministrativa o tecnica o siano necessarie attività istruttorie riservate alla p.a. (vedi l'art. 31, comma 3, in tema di rito del silenzio, che esprime un principio generale estensibile anche al caso di diniego esplicito); b) un limite processuale dato dalla necessità che detta azione di condanna, non esperibile in via autonoma, si accompagni ad altra azione di cui rappresenti il completamento nell'ambito dello stesso processo.

Quanto a detto ultimo limite va rammentato che l'art. 30, comma 1 stabilisce che, salvi i casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (segnatamente, con riferimento alle azioni di

condanna a tutela di diritti soggettivi) ed i casi di cui al medesimo articolo (relativi proprio alle domande di risarcimento del danno ingiusto di cui ai successivi commi 2 e seguenti), la domanda di condanna può essere proposta solo contestualmente ad altra azione in guisa da dar luogo ad un *simultaneus processus* che obbedisce ai principi di concentrazione processuale ed economia dei mezzi giuridici. Ne deriva che la domanda tesa ad una pronuncia che imponga l'adozione del provvedimento satisfattorio non è ammissibile se non accompagnata dalla rituale e contestuale proposizione della domanda di annullamento del provvedimento negativo (o del rimedio avverso il l'atto nullo ex art. 31, comma 4).

In definitiva, onde evitare l'elusione del termine decadenziale che permea il rimedio costitutivo, la legge impone che il soggetto che abbia subito un provvedimento illegittimo di diniego impugni tempestivamente detto diniego per essere legittimato a proporre, nello stesso processo, la domanda di condanna all'adozione dell'atto satisfattorio. La necessaria connessione della domanda di condanna pubblicistica a quella principale di annullamento (o di nullità) spiega perchè detta azione di condanna non conosca un suo termine decadenziale, visto che mutua il termine che governa la domanda principale rispetto alla quale si pone in chiave complementare ed integrativa.

4. L'accertamento irrompe a Palazzo Spada.

Sulla scorta delle osservazioni fin qui svolte è evidente come, ad oggi, non possa essere revocata in dubbio neanche l'ammissibilità dell'azione di accertamento atipico, la quale si iscrive a pieno titolo nel novero degli strumenti processuali azionabili dal ricorrente nel processo amministrativo.

A detto approdo è giunta la decisione n. 15/2011 dell'Adunanza Plenaria.

Secondo il Consiglio di Stato, l'assenza di una previsione legislativa espressa non osti all'esperibilità di un'azione di tal genere quante volte, detta tecnica di tutela sia l'unica idonea a garantire una protezione adeguata ed immediata dell'interesse legittimo.

Sviluppando il discorso già avviato dall'Adunanza Plenaria con la richiamata decisione n. 3/2011, si deve, infatti, ritenere che, nell'ambito di un quadro normativo sensibile all'esigenza costituzionale di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, la mancata previsione, nel testo finale del codice del processo, dell'azione generale di accertamento non precluda la praticabilità di una tecnica di tutela, ammessa dai principali ordinamenti europei, che, ove necessaria al fine di colmare esigenze di tutela non suscettibili di essere soddisfatte in modo adeguato dalle azioni tipizzate, ha un fondamento nelle norme immediatamente precettive dettate dalla Carta fondamentale al fine di garantire la piena e completa protezione dell'interesse legittimo (artt. 24, 103 e 113).

Anche per gli interessi legittimi, infatti, come pacificamente ritenuto nel processo civile per i diritti soggettivi, la garanzia costituzionale impone di riconoscere l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo, con particolare riguardo a tutti i casi in cui, mancando il provvedimento da impugnare, una simile azione risulti indispensabile per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente.

A tale risultato non può del resto opporsi il principio di tipicità delle azioni, in quanto corollario indefettibile dell'effettività della tutela è proprio il principio della atipicità delle forme di tutela.

In questo quadro la mancata previsione, nel testo finale del codice, di una norma esplicita sull'azione generale di accertamento, non è sintomatica della volontà legislativa di sancire una preclusione di dubbia costituzionalità, ma è spiegabile, anche alla luce degli elementi ricavabili dai lavori preparatori, con la considerazione che le azioni tipizzate, idonee a conseguire statuizioni dichiarative, di condanna e costitutive, consentono di norma una tutela idonea ed adeguata che non ha bisogno di pronunce meramente dichiarative in cui la funzione di accertamento non si appalesa strumentale all'adozione di altra pronuncia di cognizione ma si presenta, per così dire, allo stato puro, ossia senza sovrapposizione di altre funzioni. Ne deriva, di contro, che, ove dette azioni

tipizzate non soddisfino in modo efficiente il bisogno di tutela, l'azione di accertamento atipica, ove sorretta da un interesse ad agire concreto ed attuale ex art. 100 c.p.c., risulta praticabile in forza delle coordinate costituzionali e comunitarie richiamate dallo stesso art 1 del codice oltre che dai criteri di delega di cui all'art. 44 della legge n. 69/2009.

La soluzione è suffragata anche da un'interpretazione sistematica delle norme dettate dal codice del processo amministrativo che, pur difettando di una disposizione generale sull'azione di mero accertamento, prevedono la definizione del giudizio con sentenza di merito puramente dichiarativa agli artt. 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).

Soprattutto, l'azione di accertamento è implicitamente ammessa dall'art. 34, comma 2, del codice del processo amministrativo, secondo cui "in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati". Detta disposizione, che riproduce l'identica formulazione contenuta nella soppressa norma del testo approvato dalla Commissione del Consiglio di Stato, dedicata all'azione generale di accertamento, vuole evitare, in omaggio al principio di separazione dei poteri, che il giudice si sostituisca alla pubblica amministrazione esercitando una cognizione diretta di rapporti amministrativi non ancora sottoposti al vaglio della stessa. Detta disposizione non può che operare per l'azione di accertamento, per sua natura caratterizzata da tale rischio di indebita ingerenza, visto che le altre azioni tipizzate dal codice sono per definizione dirette a contestare l'intervenuto esercizio (od omesso esercizio) del potere amministrativo.

Si deve allora opinare nel senso che il sistema processuale amministrativo sia ormai aperto:

a) all'esperimento di azioni di mero accertamento, tese alla dichiarazione giudiziaria in ordine a situazioni di fatto e di diritto, ammissibili quando ricorra una *res dubia* e sussista l'interesse alla sua chiarificazione (si pensi ad un'azione di accertamento dell'avvenuta formazione del silenzio-assenso ove vi sia una contestazione sul punto da parte della P.A. o di terzi ovvero, sempre in caso di dubbio legato all'altrui condotta, all'azione di accertamento in merito all'edificabilità di un suolo a causa della non piena utilizzazione della volumetria assentibile);

b) all'esperimento di azioni di condanna al conseguimento del bene della vita la cui spettanza sia stata previamente accertata (si pensi all'azione di condanna all'adozione del provvedimento vincolato spettante in base alla legge o ad un autovincolo).

5. L'interesse legittimo è vivo più che mai

Da quanto fin qui detto si ricava che l'interesse legittimo si giova ormai delle stesse tutele da sempre godute dal diritto soggettivo.

La piena omologazione delle tecniche di tutela delle due posizioni, peraltro, non implica l'illanguidimento dell'autonomia strutturale dell'interesse legittimo e, in definitiva, la trasformazione dello stesso in diritto soggettivo.

La tesi che predica tale metamorfosi, alludendo spesso alla categoria tedesca dei diritti pubblici soggettivi, confonde, infatti, i due piani, profondamente distinti, della misura della tutela e dell'essenza o, se si vuole, della struttura della posizione soggettiva. Si tratta di un errore di impostazione. Un interesse legittimo pienamente tutelato non diventa, sol per questo, un diritto soggettivo. La conformazione di una posizione soggettiva è, infatti, un *prius*, logico prima ancora che giuridico, rispetto all'intensità della protezione accordata dall'ordinamento e non può ricavare da quest'ultima la propria identità.

Si deve convenire allora con quella dottrina (SCOCA) la quale ha osservato che la dilatazione della tutela accordata all'interesse legittimo lascia intatta l'"essenza della posizione", che continua ad essere una posizione dialettica che dialoga con il potere precettivo, ad esercizio unilaterale, della

pubblica amministrazione. Detto in altre parole, il soddisfacimento dell'interesse al conseguimento (o alla protezione) del bene della vita non è accordato in via immediata dall'ordinamento giuridico, essendo all'uopo necessaria l'intermediazione dell'attività amministrativa all'uopo deputata.

Ne deriva che l'interesse legittimo, pur se tutelato in modo pieno, resta un interesse legittimo, ossia una posizione che dialoga con l'esplicazione del pubblico potere.

A conferma di tali considerazioni si pone, a livello positivo dall'art. 34, co. 2, cod. proc. amm., il quale prevede, quale limite generale alla tutela giurisdizionale degli interessi legittimi, che il giudice non possa pronunciarsi su poteri non ancora esercitati. Il potere amministrativo, dunque, resta il *proprium* dell'interesse legittimo, che continua a dialogare con il *puissance publique*, e la cui tutela deve necessariamente transitare attraverso il suo esercizio. Il giudice amministrativo, alla stregua dell'art. 103 Cost. e prima ancora del principio illuministico della separazione dei poteri, non è una pubblica amministrazione deputata all'esercizio del potere ma un organo volto a verificare la correttezza dell'esercizio del potere stesso: ne deriva che il sindacato giurisdizionale non potrà mai essere volto all'attribuzione immediata del bene della vita, mediante l'inammissibile esercizio diretto e sostitutivo del potere amministrativo ma riguarderà sempre l'esercizio del potere pubblicistico, sia pure con un'intensità che, in caso di potere vincolato, si può tradurre nel riconoscimento della spettanza del bene della vita ingiustamente negato dall'amministrazione.

6. Un tuffo dove l'acqua è sempre più blu

Nel corso di un bel convegno leccese celebratosi durante la gestazione del codice, in una splendida mattinata dell'ottobre salentino, ci interrogammo, preoccupati e trepidanti, sul futuro dell'interesse legittimo: il varo del codice del processo ne avrebbe suonato la campana a morto o sarebbe stato l'inizio di un viaggio nel futuro non meno eccitate del glorioso passato.

Ad un anno e passa dall'entrata in vigore del decreto legislativo n. 104/2010, si può azzardare una risposta.

L'interesse legittimo, da oltre un secolo allattato dalle cure materne di dottrina e giurisprudenza, è oggi forte e robusto grazie al ventaglio delle tutele di cui il codice lo ha munito.

Non credo allora di essere un inguaribile ottimista se pronostico, per l'interesse legittimo e per il giudice costituzionalmente deputato alla sua protezione, una vita lunga e prospera.

Davvero non credo di essere un inguaribile ottimista se pronostico per l'interesse legittimo quel tuffo di una nota canzone degli anni sessanta: *un tuffo dove l'acqua è sempre più blu*; un tuffo, destinato a durare almeno altri centottanta anni quanti sono gli anni di vita del Consiglio di Stato.
