



***“TIPOLOGIE DI AZIONI E
PROVVEDIMENTI
GIURISDIZIONALI”***

AVV. ANNA CAPALDO

AVV. CARMEN CONCILIO

Indice

1	INTRODUZIONE -----	3
2	DAL GIUDIZIO SULL'ATTO AL GIUDIZIO SUL RAPPORTO -----	5
3	L'AZIONE DI ANNULLAMENTO -----	7
4	L'AZIONE RISARCITORIA NEL C.P.A. -----	9
5	L'AZIONE ATIPICA DI ADEMPIMENTO E L'AZIONE DI CONDANNA -----	15
6	L'AZIONE DI ACCERTAMENTO AI SENSI DELL'ART. 34 C.P.A. -----	17
6.1.	SEGUE: IL SILENZIO INADEMPIMENTO DELLA P.A.-----	18
6.2.	SEGUE: L'ACCESSO AGLI ATTI AMMINISTRATIVI-----	20
6.3.	L'AZIONE DI NULLITÀ NEL C.P.A.-----	21
7	CENNI CONCLUSIVI SULLE AZIONI -----	26
8	I PROVVEDIMENTI GIURISDIZIONALI -----	27
	BIBLIOGRAFIA -----	31

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

1 Introduzione

Con l'entrata in vigore del Codice del Processo Amministrativo, approvato con d.lgs. 2.7.2010, n. 104 ed entrato in vigore il 16.9.2010 (di seguito denominato "c.p.a."), è stato realizzato l'auspicato passaggio da un processo amministrativo di tipo meramente impugnatorio ad un giudizio con finalità giurisdizionali di più ampio respiro, che attualmente può concludersi con una pronuncia demolitoria dell'atto impugnato, ma anche con una sentenza di natura dichiarativa, costitutiva o di condanna. Già autorevole dottrina ha affermato che, con l'entrata in vigore del Codice, nelle sedi deputate alla tutela degli interessi legittimi si è assistito alla graduale trasformazione del giudizio sull'atto in giudizio sul rapporto, conseguenza dell'emersione di una nuova idea di interesse legittimo. Ed invero, non si può esaminare la problematica delle azioni e delle tecniche di tutela offerte al cittadino dal nuovo c.p.a., senza cogliere il rinnovamento voluto dal legislatore rispetto alla tradizionale concezione dell'interesse legittimo, oggi non più interesse formale alla legittimità del provvedimento della P.A., ma pretesa sostanziale affinché una determinata utilità non venga negata o sottratta al cittadino, se non nel rispetto della legge e dei principi ordinamentali. La pretesa di quanti vogliono ricorrere al G.A. è, dunque, collegata all'esigenza di soddisfare un interesse sostanziale al bene della vita violato o compresso dall'azione amministrativa, per certi versi sempre più vicino al diritto soggettivo. È chiaro che, sulla base di tali premesse, la tradizionale azione di annullamento dell'atto sia entrata in crisi rivelando il suo deficit strumentale, non essendo essa più in grado di garantire da sola la soddisfazione della pretesa sostanziale del ricorrente. Occorre, quindi, ricostruire brevemente l'iter normativo che ha condotto il legislatore verso i suddetti approdi.

Fino a poco prima dei recenti interventi riformatori, la legge attribuiva all'interesse legittimo la sola tutela di annullamento meramente demolitoria del provvedimento amministrativo oggetto di impugnazione, spesso non soddisfattiva della pretesa del privato ricorrente subordinata al riesercizio del potere da parte della P.A. competente, ai sensi dell'art. 26 legge n. 1034/1971. La forma di tutela offerta era espressione di un retaggio giuridico ancorato allo schema della legge n. 1054/1924 e sostanzialmente confermato dalla legge istitutiva dei T.A.R., in cui il modello processuale si

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

presentava di tipo meramente impugnatorio, volto, cioè, esclusivamente all'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo ed alla contestuale rimozione dei suoi effetti dal mondo giuridico. Era invece preclusa al G.A. la possibilità di procedere, preventivamente o contestualmente all'esame del ricorso, all'accertamento del rapporto sotteso all'atto impugnato ovvero di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa, essendo a lui consentita la sola verifica del corretto esercizio del potere da parte della P.A., nel rispetto delle sfere di competenza di ciascuno. In particolare, la ratio era quella di preservare il potere discrezionale dell'amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni, a fronte di una cognizione meramente "superficiale" da parte del G.A. Nondimeno, le prime aperture verso un cambio di prospettiva in tal senso, avutosi definitivamente con l'entrata in vigore del c.p.a, si sono registrate già a partire dalla storica sentenza della Corte di Cassazione n. 500/1999 con la quale finalmente si è ammessa la risarcibilità dell'interesse legittimo ; sulla scia della nuova visione giurisprudenziale, la legge di riforma n. 205/2000, modificando l'art. 7 della legge T.A.R., per la prima volta ha investito formalmente il G.A. del potere di risarcire il danno prodotto a seguito di lesione dell'interesse legittimo pretensivo, onde ripristinare la situazione sostanziale lesa dal cattivo uso del potere pubblico. Il lungo iter di rinnovazione del processo amministrativo è continuato, poi, con la legge n. 15/2005 e con l'introduzione dell'art. 21-octies alla legge 241/1990 che al secondo comma ammette un sindacato giurisdizionale sulla correttezza effettiva dell'agere pubblico. Anche con la legge n. 80/2005, che riscrive l'art. 2 della legge 241/90, si riformula in una nuova ottica il rito del silenzio-inadempimento che sottintende un'azione di accertamento dell'inerzia della P.A.

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

2 Dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto

L'approdo alle nuove tutele che avrebbero preso forma nel codice si ha definitivamente con l'art. 44 comma 2 della legge n. 69/2009 che stabilisce la previsione di un processo amministrativo che possa concludersi con pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare sostanzialmente la parte ricorrente vittoriosa. Le nuove prospettive di tutela dell'interesse legittimo vengono, altresì, compulsate dalla sempre maggiore sensibilità giuridica rispetto all'applicazione delle garanzie costituzionali racchiuse in primis nell'art. 24 Cost. che assicura la tutela giudiziale tanto ai diritti soggettivi quanto agli interessi legittimi e nei principi generali, quali il principio di effettività della tutela ed il principio di concentrazione delle tutele.

Invero, già a far data dalla sentenza Corte Cost. 191/2006, si è registrata l'equiparazione sostanziale tra G.O. e G.A. nella tutela piena ed effettiva delle posizioni giuridiche soggettive, allorché, ai sensi dell'art. 7 legge T.A.R., il legislatore ha introdotto un sistema di tutela con la quale si riconoscono al G.A. tutti i poteri atti a garantire la piena ed effettiva soddisfazione delle situazioni di interesse legittimo, compreso il potere di risarcire sia per equivalente che in forma specifica il danno patito dal cittadino per l'illegittimo esercizio della funzione pubblica, a nulla rilevando che la pretesa risarcitoria abbia natura di diritto soggettivo. Con tale pronuncia la Consulta sancisce formalmente il principio di effettività della tutela, cui si affianca l'ulteriore principio della concentrazione delle tutele, espressione dell'idea di un processo amministrativo dalla struttura snella e dai tempi concisi, in cui tutte le forme di garanzia dell'interesse legittimo siano racchiuse in un unico contenitore processuale. Il principio in parola, non a caso, apre il codice del processo amministrativo: l'art. 1 del d.lgs. 104/2010 sancisce che la giurisdizione amministrativa assicura la tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo, mentre l'art. 2 prevede che il processo amministrativo attui i principi della parità della parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'art. 111, comma 1, Cost.

Orbene, alla luce di quanto fin qui affermato, è più chiara la ratio dell'intervento riformatore concretamente attuato nel c.p.a., in linea con i principi contenuti nella legge n. 69/09 e in relazione alle nuove esigenze di tutela della posizione sostanziale sottesa al rapporto giuridico. Ecco perché, oltre all'azione di annullamento che continua a ricoprire un ruolo centrale nel vigente sistema processuale amministrativo, ora sono, altresì, ammesse:

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

L'azione tipica di risarcimento danni ai sensi dell'art. 30 c.p.a.;

l'azione di accertamento della nullità ex art. 31 c.p.a.;

l'azione in materia di silenzio ex artt. 31 e 117 c.p.a.;

l'azione di adempimento ex art. 34 comma 1 lett. c) c.p.a.;

l'azione di accesso agli atti amministrativi ai sensi dell'art. 116 c.p.a.

Dall'interpretazione di tali nuove norme si colgono, chiaramente, elementi a favore di un più generale principio di atipicità in materia di azioni poiché, invero, al di là delle ipotesi codificate dal legislatore, emerge dal quadro giurisprudenziale e dottrinale ut supra delineato, la convinzione che il giudice amministrativo sia dotato tutti i poteri necessari a garantire il bisogno di tutela della situazione giuridica fatta valere in giudizio. Sul punto si sono più volte espressi i giudici di Palazzo Spada: fondamentale è l'Adunanza Plenaria n. 3 del 2011 che ricostruisce il lungo iter normativo e giurisprudenziale culminato con l'ampliamento delle tecniche di tutela dell'interesse legittimo e sancisce ufficialmente l'introduzione del principio della pluralità delle azioni nel sistema processuale amministrativo. Secondo il Consiglio di Stato si assiste ad una dilatazione delle tecniche di protezione così che viene ad essere confermata e potenziata la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo, nonché la centralità che il bene della vita assume nella struttura di detta situazione soggettiva. La pronuncia, oltre ad elencare le nuove tipologie di azioni consentite dal c.p.a., prende posizione sull'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto all'annullamento dell'atto dal quale discende il pregiudizio per il ricorrente ed ammette l'esperibilità dell'azione di condanna della P.A. all'adozione dell'atto amministrativo richiesto anche in presenza di un provvedimento di rigetto espresso e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa, ai sensi del combinato disposto tra l'art. 30, comma 1, e l'art. 34, comma 1, lett. c) c.p.a. Si giunge così alla "trasformazione del giudizio amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata".

3 L'azione di annullamento

L'azione di annullamento resta pressoché inalterata nella sistematica del nuovo Codice del processo amministrativo e mantiene il suo ruolo primario anche nel nuovo quadro delle azioni. Si può, infatti, affermare che sicuramente l'azione di annullamento sia, ancora oggi, la “regina delle azioni” del processo amministrativo, anche se l'annullamento non è più l'unico rimedio a disposizione del titolare dell'interesse legittimo per adire il G.A.

L'art. 29 c.p.a stabilisce che l'azione è esperibile nelle ipotesi tradizionali di violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere, recependo quanto già previsto dall'art. 21-octies, comma 2, legge 241/90; essa prevede un termine decadenziale di sessanta giorni per impugnare l'atto viziato e, dunque, per sottoporre al giudice amministrativo la legittimità di un provvedimento (art. 34, comma 2). Si tratta di un'azione costitutiva che se accolta provoca la caducazione del provvedimento amministrativo, purchè venga rispettato il termine decadenziale suddetto. Ove non venga esperita nei termini l'azione di annullamento, il privato non potrà far valere la illegittimità dell'atto e lo stesso acquisterà stabilità e potrà essere rimosso solo dall'amministrazione in sede di autotutela.

Sono impugnabili tutti gli atti soggettivamente amministrativi, ovvero che promanano da una pubblica amministrazione o da soggetti ad essa equiparati che siano tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo. Possono essere impugnati anche i regolamenti quando questi siano lesivi di interessi legittimi dei privati. Al contrario, non sono assolutamente impugnabili gli atti politici, in quanto liberi nei fini e quindi non oggettivamente amministrativi, perché provenienti dalle alte sfere della pubblica amministrazione, riguardanti il funzionamento e la organizzazione dei pubblici poteri e non idonei a ledere interessi di privati.

Sono legittimati all'impugnazione degli atti e dei provvedimenti amministrativi coloro che si affermano titolari di un interesse leso dal provvedimento amministrativo impugnato, ovvero i privati nonché gli enti esponenziali posti a tutela di interessi collettivi. Condizione dell'azione è che i ricorrenti abbiano interesse ad agire rappresentato dalla concretezza della lesione lamentata, derivante direttamente dagli effetti dell'atto che si va ad impugnare, e dalla utilità cui aspira il privato e che con il processo impugnatorio egli mira ad ottenere.

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

L'azione si propone mediante ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale territorialmente competente secondo le indicazioni contenute nel c.p.a. Il ricorso deve essere notificato all'amministrazione resistente e ad almeno uno dei controinteressati a norma dell'art. 41 del codice.

I controinteressati sono coloro che hanno interesse contrario a quello del ricorrente perché ricevono dal provvedimento amministrativo impugnato un vantaggio giuridicamente rilevante e che hanno interesse alla conservazione dell'atto. La notifica del ricorso nei confronti dei controinteressati è fondamentale per garantire agli stessi di difendere la loro posizione di vantaggio e per la corretta instaurazione del contraddittorio processuale.

L'esperimento dell'azione di annullamento dà vita ad un processo amministrativo che si conclude con una sentenza di annullamento ovvero con una pronuncia dall'efficacia demolitoria, ripristinatoria e conformativa il che significa che: l'atto impugnato viene annullato con la eliminazione ex tunc dei suoi effetti (effetto demolitorio); il privato ricorrente viene reintegrato nella sua situazione giuridica lesa poiché sorge in capo alla P.A. l'obbligo di ripristinare lo status quo ante (effetto ripristinatorio); alla P.A. è fatto divieto di emanare un provvedimento di contenuto analogo a quello annullato, dovendo essa conformarsi alla pronuncia del G.A. per non incorrere nel vizio di violazione o elusione del giudicato (effetto conformativo).

La suddetta azione, così come modificata alla luce delle coordinate del nuovo codice, rappresenta, dunque, il rimedio più efficace concesso all'interessato (il privato ricorrente) per elidere l'efficacia di un provvedimento emanato dalla P.A. che sia idoneo a produrre in via unilaterale effetti costitutivi, modificativi o estintivi nella sfera giuridica del destinatario. Essa continua ad essere utilizzata per soddisfare interessi legittimi di carattere oppositivo (eliminazione degli effetti dell'atto illegittimo dal mondo giuridico) ma anche pretensivo, grazie alla nuova efficacia conformativa della pronuncia giurisdizionale di annullamento.

4 L'azione risarcitoria nel c.p.a.

L'azione risarcitoria davanti al giudice amministrativo è oggi disciplinata dagli artt. 7 e 30 del c.p.a. In particolare, l'art. 7, nel disciplinare la giurisdizione amministrativa, devolve alla giurisdizione di legittimità le controversie risarcitorie per lesione di interessi legittimi ; nelle materie di giurisdizione esclusiva si prevede, inoltre, che il giudice amministrativo conosca, pure a fini risarcitori, delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi.

L'azione risarcitoria è dunque vista, anche alla luce del principio di concentrazione delle forme di tutela enunciato dall'art. 7, comma 7, c.p.a. e analogamente a quanto affermato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 , come ulteriore forma di tutela degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi devoluti alla cognizione del giudice amministrativo.

Ciò è ribadito dall'art. 30, comma 2, c.p.a. che dispone che “Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica”. Inoltre, l'art. 30, comma 6, afferma espressamente che “Di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo”.

L'art. 30, comma 3, sancisce definitivamente l'autonomia dell'azione di risarcimento del danno derivante da illegittimo esercizio del potere amministrativo rispetto alla previa impugnazione dell'atto, superando in tal modo l'annosa questione della pregiudizialità amministrativa .

Più precisamente, la questione della cd. pregiudizialità amministrativa, ossia della necessità o meno, ai fini dell'ammissibilità dell'azione per il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo, della previa impugnazione dell'atto lesivo, ha per molti anni travagliato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, dando luogo a contrasti anche aspri fra la Corte di Cassazione che, fin dalla storica «apertura» del 1999 alla risarcibilità degli interessi legittimi, ha sempre escluso tale necessità, e il Consiglio di Stato che, al contrario, ha più volte riaffermato il principio della pregiudizialità.

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

In particolare, la tesi della pregiudiziale amministrativa di rito, ossia la necessità di coltivare il giudizio d'annullamento al fine di poter accedere alla tutela risarcitoria, era stata sostenuta dal Consiglio di Stato .

La Corte di Cassazione aveva, invece, sempre sostenuto, cassando per violazione di norme attinenti la giurisdizione le decisioni difformi del Consiglio di Stato, la tesi dell'autonomia del giudizio risarcitorio rispetto a quello annullatorio, negando ingresso alla pregiudiziale processuale. In sostanza, nel negare la tutela risarcitoria autonoma, ad avviso della Suprema Corte , il giudice amministrativo rifiuta di erogare la tutela giurisdizionale che gli compete .

Il problema della “pregiudiziale di rito” è stato, come già anticipato, risolto dal c.p.a. il cui art. 30 espressamente ammette la proponibilità dell'azione di risarcimento “anche in via autonoma”.

Sulla scorta della citata disposizione di cui all'art. 30 c.p.a., già nei primi mesi del 2011, è andato consolidandosi l'orientamento giurisprudenziale il quale prende atto dell'ormai intervenuto superamento della cd. pregiudizialità amministrativa, avendo il legislatore accolto l'avviso della Corte di Cassazione circa la proponibilità dell'azione di risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo anche in via autonoma: pertanto, detta azione non può essere dichiarata inammissibile per il solo fatto che il proponente non abbia, in ipotesi, proceduto a impugnare tempestivamente il provvedimento amministrativo produttivo dell'affermato pregiudizio .

Tuttavia, parallelamente al generale riconoscimento dell'autonomia processuale dell'azione risarcitoria, in giurisprudenza è più volte affiorata la tendenza a seguire l'indirizzo, espresso dal Consiglio di Stato fin dal 2009, secondo cui l'azione di risarcimento esercitata in difetto dell'impugnazione del provvedimento lesivo è ammissibile ma infondata nel merito, in quanto detta omessa impugnazione impedisce che il danno lamentato possa essere qualificato “ingiusto”, di modo che è insussistente uno degli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano . Tale conclusione sembrava incoraggiata dal disposto del secondo periodo del comma 3 dell'art. 30 c.p.a., secondo cui: “...Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti”. Ebbene, tale previsione, echeggiando l'art. 1227, comma 2, c.c. , appariva intesa proprio a “sanzionare” l'inerzia di chi avrebbe potuto impedire il prodursi o il perpetuarsi del danno con una tempestiva impugnazione dell'atto lesivo, e tuttavia non lo aveva fatto. In dottrina, però, non è mancato chi ha criticato questo orientamento, intravedendo in esso una surrettizia

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

riproposizione della pregiudizialità, oltre tutto in contrasto con il consolidato indirizzo della Cassazione secondo cui l'omesso esercizio di iniziative giudiziali non può mai costituire condotta rilevante al fine di escludere la risarcibilità del danno ai sensi dell'art. 1227 c.c.

Sul tema è successivamente intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza 23 marzo 2011, n. 3.

Con tale pronuncia, l'Adunanza Plenaria afferma che il codice consacra, in termini netti, la reciproca autonomia processuale tra la tutela caducatoria e quella risarcitoria, con l'affrancazione del modello risarcitorio dalla logica della necessaria "ancillarità" e "sussidiarietà" rispetto all'azione di annullamento dell'atto lesivo. Inoltre, il Supremo Collegio ritiene che tale principio di autonomia si inserisce nella più generale configurazione del processo amministrativo come giudizio sul rapporto, e non più semplicemente sull'atto impugnato, ossia come giudizio finalizzato a realizzare una tutela effettiva dell'interesse sostanziale azionato dal privato, e non soltanto a verificare la legittimità del provvedimento sulla scorta dei vizi contestati.

Ciò premesso, si è però osservato che il codice ha mostrato di apprezzare, sul piano sostanziale, la rilevanza dell'omessa impugnazione come fatto valutabile al fine di escludere la risarcibilità dei danni che, secondo un giudizio causale di tipo ipotetico, sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di tempestiva reazione processuale nei confronti del provvedimento potenzialmente dannoso.

Invero, la pronuncia della Plenaria accoglie e perfeziona la già diffusa giurisprudenza secondo cui, analizzando il rapporto tra annullamento e risarcimento sul piano sostanziale e non sul piano processuale, l'azione risarcitoria da lesione di interesse legittimo non preceduta dalla tempestiva impugnazione del provvedimento lesivo non è inammissibile, ma può essere infondata quando l'omissione ha un'incidenza causale sulla produzione del danno, che avrebbe potuto altrimenti essere evitato.

La novità della presente sentenza consiste nello spostare l'accento dell'indagine dal terreno dell'ingiustizia del danno a quello del rapporto causale tra rimedio impugnatorio e azione risarcitoria. La pronuncia appare di notevole rilievo in quanto afferma chiaramente che la regola della non risarcibilità dei danni evitabili con l'impugnazione del provvedimento e con la diligente utilizzazione degli altri strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, oggi sancita dall'art. 30, comma 3, c.p.a., deve ritenersi ricognitiva di principi già evincibili alla stregua di un'interpretazione

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

evolutiva del comma 2 dell'articolo 1227 c.c., secondo cui non sono risarcibili i danni evitabili con un comportamento diligente del danneggiato.

Il profilo maggiormente problematico appare dunque, in pratica, quello di individuare il livello di diligenza che può esigersi dal soggetto che intenda avanzare domanda di risarcimento del danno nei confronti dell'amministrazione; ci si chiede, in sostanza, se, per conseguire il risarcimento del danno, sia pur sempre necessario attivare il giudizio d'annullamento per non veder frustrata la propria pretesa nel merito. In tale guisa è evidente che sarebbe svuotata di qualsivoglia significato l'innovazione apportata dal codice del processo amministrativo.

Orbene, secondo la Plenaria, il mancato utilizzo del rimedio caducatorio costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile, alla stregua del canone di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. e del principio di solidarietà ex art. 2 Cost., ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno evitabile con l'ordinaria diligenza non più come preclusione di rito ma come fatto da considerare in sede di merito ai fini del giudizio sulla sussistenza e consistenza del pregiudizio risarcibile.

Dunque, il danneggiato è tenuto a cooperare diligentemente per evitare l'aggravarsi del danno, ma non fino al punto da mettere a rischio i propri interessi personali e patrimoniali, potendo da lui pretendersi unicamente un facere che non si concreti in attività straordinarie o eccessivamente gravose, che non potrebbero essere ragionevolmente pretese dal danneggiato .

Peraltro, l'ipotetica incidenza causale sul danno risarcibile non è propria soltanto della mancata impugnazione del provvedimento dannoso, ma riguarda anche il mancato ricorso ad altri rimedi potenzialmente idonei ad evitare il danno, quali l'attivazione del rimedio dei ricorsi amministrativi e l'assunzione di atti di iniziativa finalizzati a sollecitare l'autotutela amministrativa.

In ogni caso, l'Adunanza Plenaria, sotto il profilo probatorio, ritiene che, alla luce del principio cd. dispositivo con metodo acquisitivo che governa il processo amministrativo, il giudice amministrativo ben può valutare, senza necessità di eccezione di parte ed acquisendo anche d'ufficio gli elementi di prova all'uopo necessari (tra cui il mezzo di prova delle presunzioni di cui agli artt. 2727 e ss. c.c.), se il presumibile esito del ricorso di annullamento e dell'utilizzazione degli altri strumenti di tutela avrebbe, secondo un giudizio di causalità ipotetica basato su una logica probabilistica che apprezzi il comportamento globale del ricorrente, evitato in tutto o in parte il danno. Invero, la mancata impugnazione di un provvedimento amministrativo può essere ritenuta

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

un comportamento contrario a buona fede nell'ipotesi in cui il giudice amministrativo appuri che una tempestiva reazione avrebbe evitato o mitigato il danno.

Quindi, concludendo, dagli artt. 30 e ss. c.p.a. emerge che il legislatore delegato non ha condiviso né la tesi della pregiudizialità amministrativa, né quella della totale autonomia dei due rimedi, impugnatorio e risarcitorio, optando viceversa per una soluzione intermedia, ossia quella dell'autonomia "temperata" dell'azione risarcitoria, che valuta l'omessa tempestiva proposizione del ricorso per l'annullamento del provvedimento lesivo non come fatto preclusivo dell'istanza risarcitoria, ma solo come condotta che, nell'ambito di una valutazione complessiva del comportamento delle parti in causa, può autorizzare il giudice ad escludere il risarcimento, o a ridurre l'importo, ove accerti che la tempestiva proposizione del ricorso per l'annullamento dell'atto lesivo avrebbe evitato o limitato i danni da quest'ultimo derivanti .

Da quanto detto, appare evidente che l'art. 30 c.p.a. pone una disciplina che solo in apparenza apre la strada all'azione risarcitoria pura, che in realtà è fortemente disincentivata, sia a causa del termine breve per la sua proposizione (120 giorni), sia per l'esclusione del danno risarcibile nel caso in cui il ricorrente abbia omesso di proporre l'azione di annullamento .

In realtà, la previsione del termine di decadenza per l'esercizio dell'azione risarcitoria risponde alle esigenze di certezza e stabilità dei rapporti giuridici – che erano, poi, alla base delle preoccupazioni che hanno indotto per lungo tempo la giurisprudenza amministrativa a sostenere il principio della pregiudizialità – e decorre dalla data in cui il fatto si è verificato, ovvero della conoscenza del provvedimento se il danno è derivato da esso. Tuttavia, non manca chi reputa tale previsione di dubbia costituzionalità, ritenendo che il diritto al risarcimento del danno può essere sottoposto soltanto a termini di prescrizione, e mai di decadenza .

Quanto alla quantificazione del danno, come già detto, l'art. 30, comma 3, c.p.a. considera il mancato esperimento dei mezzi di tutela, cioè, in pratica, la mancata proposizione dell'azione di annullamento, come una delle ipotesi nelle quali può trovare applicazione l'art. 1227, comma 2, c.c. che esclude la risarcibilità del danno che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza. Infatti, si è rilevato che la proposizione dell'azione di annullamento è di regola non solo lo strumento più idoneo a realizzare la tutela immediata dell'interesse leso, ma rimedio anche meno oneroso della proposizione della domanda risarcitoria, rispetto alla quale anzi è soggetta a minori oneri di allegazione e prova, dovendo dimostrarsi soltanto l'illegittimità del provvedimento impugnato e non anche il complesso degli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano ex art. 2043

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

c.c.; di modo che l'omissione dell'azione di annullamento, laddove avrebbe plausibilmente evitato in tutto o in parte il danno, integra violazione dell'obbligo di cooperazione, impedendo il risarcimento del danno evitabile.

Ebbene, poiché è difficile immaginare situazioni nelle quali il ricorrente non sia in grado di proporre l'azione di annullamento, anche in considerazione della circostanza che il termine decadenziale decorre dalla conoscenza effettiva del provvedimento e della sua lesività, la pregiudizialità amministrativa, superata nella forma, riemerge surrettiziamente nella sostanza .

5 L'azione atipica di adempimento e l'azione di condanna

Nel solco tracciato dal principio di atipicità delle azioni esperibili nel processo amministrativo (cfr. par. 2 supra) rientra a pieno titolo l'azione di adempimento, la quale si materializza nel nuovo impianto processuale delineato dal codice nelle multiforme vesti che può assumere l'azione di condanna. La dottrina dominante ritiene, infatti, che pur non essendo stata direttamente prevista dal c.p.a. un'azione così denominata, essa possa essere ricompresa tra le forme di tutela strumentali all'azione di condanna, come delineata dal suddetto art. 30 c.p.a., rubricato proprio azione di condanna. Quest'ultima è stata disciplinata per la prima volta dal legislatore della riforma come azione dalla portata generale che consente al G.A. di condannare l'amministrazione all'"adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio" (Art. 34, comma 1, lett. c) c.p.a.) per fare in modo che trovi attuazione pratica il fondamentale principio di effettività della tutela e consentire al ricorrente di ottenere, già in sede cognitoria, il soddisfacimento del bene della vita preteso. Ad una più attenta lettura della norma in commento si può notare che il primo comma, a differenza dei commi successivi dedicati alle azioni di condanna di tipo risarcitorio (danno ingiusto, danno da ritardo o per lesione di interessi legittimi tout court), lasci aperta la porta di ingresso per una condanna della P.A. all'adempimento di un obbligo di fare, quale l'adozione del provvedimento richiesto dal ricorrente. Seppure non in maniera formale, quindi, l'azione atipica di adempimento è sopravvissuta nel sistema del nuovo codice e, secondo la dottrina dominante, una conferma alla tesi della sua ammissibilità si rinviene in tema di appalti, ovvero in materia di giurisdizione esclusiva del G.A., laddove venga a quest'ultimo riconosciuta la possibilità di aggiudicare l'appalto all'aspirante concorrente in gara illegittimamente pretermesso. La proponibilità di un'azione di condanna avente ad oggetto il rilascio di un provvedimento illegittimamente denegato non è tuttavia incondizionata: il codice, infatti, pone dei limiti all'azione di adempimento che hanno come scopo quello di salvaguardare l'autonomia dell'azione amministrativa. Innanzitutto, bisogna tener presente l'ambito di giurisdizione del G.A. che l'art. 7 c.p.a. circoscrive al rispetto dell'esercizio della funzione amministrativa riservato all'amministrazione. Come già affermato dal Consiglio di Stato nella citata Plenaria n. 3/2011, affinché il G.A. possa condannare l'amministrazione all'emanazione del denegato provvedimento non devono residuare in capo alla stessa margini di discrezionalità pura o tecnica. Un altro limite è

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

rappresentato dal divieto di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati, come si legge nell'art. 34 comma 2 c.p.a. che impone al G.A. un divieto di portata generale necessario, ancora una volta, a preservare l'autonomia tra i poteri dello Stato . In realtà il divieto in parola sembra imbrigliare il potere del giudice soprattutto in relazione alla possibilità di accertare autonomamente la fondatezza della pretesa a fronte di un'ipotesi di inerzia della P.A., laddove non siano stati esercitati i poteri amministrativi.

6 L'azione di accertamento ai sensi dell'art. 34 c.p.a.

Ciò posto in ordine all'azione atipica di adempimento, occorre sviscerare un'altra interessante questione relativa proprio al potere del giudice di accertare la situazione giuridica fatta valere in giudizio. Anche l'azione di accertamento, che era stata inserita nella bozza del codice e poi espunta dalla stesura definitiva dello stesso, permane, implicitamente, tra le maglie dell'impianto codicistico non più con una portata generale, ma in relazione a due ipotesi specifiche quali la nullità dell'atto impugnato e l'inerzia dell'amministrazione, ovvero i casi di silenzio inadempimento, laddove l'accertamento del rapporto giuridico sotteso alla richiesta di tutela giuridica si conclude con una sentenza di tipo dichiarativo. Quanto alla natura giuridica dell'azione in commento, si è ritenuto che essa non sia diretta ad accertare il bene della vita in senso proprio, nè l'esistenza o meno del rapporto sostanziale dedotto in giudizio quanto, piuttosto, l'inefficacia del provvedimento amministrativo impugnato e sia, pertanto, finalizzata all'ottenimento della declaratoria della nullità dell'atto impugnato. Ciò è confermato anche dall'art. 31, comma 4, che chiarisce che la statuizione del giudice sarà di merito e non di rito e dovrà acclarare le ragioni della nullità dell'atto .

L'azione atipica di accertamento emerge soprattutto dallo studio di casi che principalmente hanno ad oggetto le problematiche connesse alla d.i.a e alla s.c.i.a., in merito alla dibattuta questione relativa alla possibilità del controinteressato di accertare l'inerzia dell'amministrazione a fronte del procedimento di inizio attività . Sul tema si è espressa l'Adunanza Plenaria n. 15/2011 che abilita l'azione di accertamento a strumento di difesa esperibile dal terzo per verificare l'insussistenza di presupposti della denuncia, oggi segnalazione certificata.

L'azione di accertamento atipica risulta praticabile in forza della coordinate costituzionali (artt. 24, 103 e 113 Cost.) e comunitarie, richiamate dallo stesso art. 1 c.p.a., oltre che dai criteri di cui alla legge delega 69/09. Si osserva, inoltre, che nel c.p.a. l'azione di accertamento, pur non espressamente disciplinata, può scaturire da un'interpretazione sistematica delle norme dallo stesso dettate, che prevedono diverse ipotesi di sentenza dichiarativa (art. 31 comma 4; art. 34, comma 3 e comma 5; art. 114, comma 4, lett. b) a ben vedere tutte dirette a contestare l'intervenuto esercizio o omesso esercizio del potere amministrativo. Ne consegue che l'art. 34, comma 2, prevedendo che il giudice non può pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati, non può

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

che riferirsi all'azione di accertamento atipica, per sua natura caratterizzata da tale rischio di indebita ingerenza, a differenza delle altre azioni dichiarative, come detto dirette a contestare l'intervenuto esercizio o l'omesso esercizio del potere amministrativo. Più di recente il Consiglio di Stato, affrontando nuovamente la questione, ha precisato che nell'ambito di un quadro normativo sensibile all'esigenza di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione correlata ad un bene della vita, la mancata previsione nel testo finale del c.p.a. dell'azione generale di accertamento non preclude la praticabilità di una tecnica di tutela che rinviene il suo fondamento nelle norme immediatamente precettive dettate dalla Carta fondamentale al fine di garantire la piena e completa tutela giurisdizionale. Anche per gli interessi legittimi, infatti, come già per i diritti soggettivi nel processo civile, la garanzia costituzionale impone di riconoscere l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo con particolare riguardo a tutti i casi in cui risulti indispensabile per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente .

In conclusione, sulla scorta di quanto sostenuto da autorevole dottrina, si può affermare che l'azione atipica di accertamento, pur non essendo espressamente prevista e disciplinata dal c.p.a., sia implicitamente presente nei poteri cognitori del G.A., essendo logico che l'accertamento costituisce il *proprium* di ogni giurisdizione, inevitabilmente collegata anche alla più tradizionale azione di annullamento dell'atto, in assenza del quale non troverebbero una giustificazione gli effetti ripristinatori e confermativi della pronuncia .

6.1. Segue: il silenzio inadempimento della P.A.

Alla luce delle più recenti pronunce giurisprudenziali, di azione di accertamento si può parlare anche in sede di silenzio inadempimento ovvero nei casi in cui il GA sia chiamato ad accertare il comportamento inerte dell'amministrazione, la quale omette di esercitare il suo potere a fronte di un'istanza del cittadino che resta così disattesa. L'azione avverso il silenzio trova collocazione nello stesso art. 31, rubricato proprio "Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità"; tuttavia, la dottrina più in voga ritiene che, nonostante la sua collocazione codicistica che la accomuna alla suddetta azione di accertamento della nullità, essa abbia natura di azione di condanna perché il G.A. 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 . Più precisamente, il silenzio inadempimento (detto anche silenzio-rifiuto) costituisce un inadempimento

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

dell'amministrazione all'obbligo di provvedere nei termini stabiliti dall'art. 2 legge n. 241/1990. Dunque, in tal caso, il privato si trova di fronte ad un'inerzia della P.A., non avendo ottenuto dalla stessa né un provvedimento espresso né un provvedimento tacito. Ne deriva l'impossibilità per il privato di ottenere una vera e propria tutela di annullamento, dovendo lo stesso ricorrere al G.A. per l'accertamento della violazione dell'obbligo di provvedere da parte della P.A. e la conseguente condanna della stessa a provvedere. Sotto il profilo processuale, oggi il rito sul silenzio è disciplinato dall'art. 117 c.p.a., in combinato disposto con quanto stabilito dall'art. 31. Orbene, decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere.

L'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione. Dunque, il c.p.a. in relazione al silenzio ammette sempre che il giudice possa accertare la fondatezza dell'istanza quando si tratta di attività vincolata, escludendo, invece, che questi possa sostituirsi alla P.A. quando residuino margini di discrezionalità. Probabilmente è corretto ritenere che la disposizione di cui al comma 2 dell'art. 34 succitato individui un presupposto processuale rappresentato proprio dall'esercizio di una pubblica funzione, perchè altrimenti sarebbe precluso l'esercizio di qualsiasi forma di azione giurisdizionale. Relativamente alla procedura per l'esperimento dell'azione in tema di silenzio inadempimento della P.A., l'art. 117 c.p.a. stabilisce che il ricorso avverso il silenzio è proposto, anche senza previa diffida, con atto notificato all'amministrazione e ad almeno un controinteressato nel termine di cui all'articolo 31, comma 2, ovvero fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. Il ricorso è deciso con sentenza in forma semplificata e in caso di totale o parziale accoglimento il giudice ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni. Il giudice nomina, ove occorra, un commissario ad acta con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata.

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

6.2. Segue: l'accesso agli atti amministrativi

Ad una più attenta analisi operata dalla dottrina, si ritiene che anche in materia di accesso agli atti sia possibile rinvenire la traccia indiziaria di un'azione atipica di accertamento e/o di adempimento, sulla scorta di un principio di atipicità ormai assorbito dal legislatore e tradotto nel c.p.a. Se, infatti, si ricostruisce il diritto di accesso in termini di interesse legittimo è naturale che al G.A. si prospetti un doppio compito, ovvero l'accertamento della fondatezza della pretesa da parte del ricorrente e il conseguente potere di condanna rivolto alla P.A. rimasta inerte, oggetto della tutela sostanziale alla quale è finalizzata la cd. actio ad esibendum. Si può dire, dunque, che la stessa situazione giuridica suddetta possa dare adito tanto ad un'azione di adempimento quanto di accertamento, fermo restando che quest'ultima è sottintesa in qualsiasi azione, essendo l'accertamento sempre implicito nei poteri di qualsivoglia organo giudicante.

Il diritto di accesso ai documenti amministrativi è il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi (art. 22, comma 1, lett. a) legge 241/1990). Tale diritto costituisce un principio generale dell'ordinamento giuridico e si colloca in un sistema ispirato al contemperamento delle esigenze di efficienza e celerità dell'azione amministrativa con i principi di partecipazione e di concreta conoscibilità della funzione pubblica da parte dei cittadini, basato sul riconoscimento del principio di pubblicità dei documenti amministrativi. Ai fini dell'esercizio del diritto di accesso, deve esistere un interesse giuridicamente rilevante del richiedente – interesse diretto, concreto ed attuale – ed un rapporto di strumentalità tra tale interesse e la documentazione di cui si chiede l'accesso. A seguito della novella della L. 241/1990 operata dalla L. 15/2005, il diritto di accesso assurge a principio generale dell'attività della pubblica amministrazione al fine di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza e di favorire la partecipazione. La richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata. Essa deve essere rivolta all'amministrazione che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente. Decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta. Avverso il diniego di accesso vi sono due forme di tutela: 1) una all'interno dell'amministrazione, per cui se il diniego proviene da un'amministrazione locale o regionale ci si può rivolgere al difensore civico di quella amministrazione oppure alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi se il diniego proviene da un'amministrazione nazionale (art. 25, comma 4, L. 241/1990; 2) ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale. Ebbene, la seconda forma di tutela è quella da preferire sia perché

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

quello relativo al ricorso avverso il diniego d'accesso è l'unico caso per la giustizia amministrativa italiana in cui l'interessato può difendersi da sé, senza bisogno di un legale, sia perché è stata prevista una procedura molto rapida dinanzi al giudice amministrativo. Invero, dal punto di vista processuale, l'art. 116 c.p.a. stabilisce che contro le determinazioni e contro il silenzio sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi è possibile proporre ricorso entro trenta giorni dalla conoscenza della determinazione impugnata o dalla formazione del silenzio, mediante notificazione dello stesso all'amministrazione e ad almeno un controinteressato. Invece, in pendenza di un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa, il ricorso di cui al comma 1 può essere proposto con istanza depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale, previa notificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati. L'istanza è decisa con ordinanza separatamente dal giudizio principale, ovvero con la sentenza che definisce il giudizio.

Il ricorso in materia di accesso è deciso con sentenza in forma semplificata; sussistendone i presupposti, il Giudice ordina l'esibizione dei documenti richiesti, entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni, dettando, ove occorra, le relative modalità.

6.3. L'azione di nullità nel c.p.a.

Nel diritto amministrativo la nullità costituisce una forma speciale di invalidità del provvedimento, che si ha nei soli casi in cui sia specificamente sancita dalla legge, mentre l'annullabilità del provvedimento costituisce la regola generale di invalidità del provvedimento, a differenza di quanto avviene nel diritto civile, laddove la regola generale è quella della nullità. La ragione di fondo di tale divergenza tra vizi del provvedimento amministrativo e vizi del negozio è chiara: nel diritto amministrativo, l'esigenza prioritaria è quella di assicurare la stabilità del provvedimento amministrativo. Nel nostro ordinamento, come si evince chiaramente dal termine di decadenza fissato per la contestazione dei provvedimenti amministrativi, è inconcepibile che il vizio di un provvedimento amministrativo, ancorché derivante da violazione di norma imperativa, possa essere rilevato senza limiti temporali ed addirittura d'ufficio da parte del giudice. Se così non fosse, l'azione amministrativa resterebbe perennemente precaria ed incerta e potrebbe in ogni tempo essere rimessa in discussione. Esigenze di rilievo pubblicistico impongono invece che, decorso il termine di decadenza, il provvedimento amministrativo, giusto o sbagliato che sia, pervenga ad una condizione di stabilità ed intangibilità giurisdizionale, salva naturalmente la possibilità per la

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

Pubblica Amministrazione di esercitare l'autotutela (nei limiti previsti anche per tale potere). Pertanto, l'art. 21-septies della legge 241/1990, introdotto dalla legge n. 15/2005, circoscrive l'ambito di applicazione del vizio di nullità ai casi più gravi di patologia del provvedimento amministrativo, ossia l'atto è nullo quando: manchi degli elementi essenziali; sia viziato da difetto assoluto di attribuzione; sia stato adottato in violazione o elusione del giudicato; in tutti gli altri casi espressamente previsti dalla legge. Le cause di nullità del provvedimento amministrativo devono, quindi, oggi intendersi quale numero chiuso.

Prima dell'entrata in vigore del c.p.a., la nullità amministrativa si presentava sguarnita di una propria disciplina a livello processuale.

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, ed in quanto tali in grado di trovare ingresso nel processo amministrativo.

Invece, oggi, il c.p.a. disciplina espressamente, al comma 4 dell'art. 31, l'azione di nullità: essa è una peculiare azione di accertamento avente ad oggetto immediato la patologia strutturale o comunque grave di un atto amministrativo e, sullo sfondo, la sussistenza di un rapporto giuridico contestato dall'amministrazione a mezzo di un provvedimento che, in quanto nullo, dovrebbe essere privo di effetti.

Posta la natura di accertamento dell'azione di nullità, ne deriva 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.

In verità, l'art. 31, comma 4, c.p.a. ha previsto una disciplina minimale dell'azione di nullità, per cui rimangono aperte alcune questioni affrontate 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 ad 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.

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

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; infine, il provvedimento stesso può ingenerare un affidamento nei terzi in ordine alla sua validità. Si rileva, ancora, 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 accertare detta nullità 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, ed avverso i quali la prima amministrazione non è titolare di potere di autotutela .

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 ed i (soli) soggetti terzi la cui sfera giuridica l'atto nullo è suscettibile di ledere.

Per gli stessi motivi che ci hanno portato 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 ad 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).

Altra importante questione, risolta 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. Inoltre si poneva l'accento 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 e, quindi, inestensibili in via analogica. La tesi migliore riteneva quindi che l'azione per far valere la nullità fosse imprescrittibile .

L'art. 31 del codice prevede, però, 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 possano 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.

Inoltre, la nullità del provvedimento secondo l'art. 31 che riprende la previsione dell'art. 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 sarà però possibile solo ove questa emerga dagli atti di causa e non siano necessarie ulteriori indagini sul fatto .

In tal senso occorre, però, una precisazione. In tema di nullità del contratto, la giurisprudenza prevalente (Cass. Civ., SS.UU., 4 novembre 2004, n. 21095) reputa 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 possa accordare all'attore un'utilità superiore a quella richiesta . In questa prospettiva, si ritiene che la nullità possa essere rilevata solo nel caso in cui si agisca per far valere

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

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 .

Accogliendo questa interpretazione, dunque, dovremmo supporre 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, comma 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.”.

Infine, ulteriore profilo problematico sembrerebbe quello relativo alla divaricazione della scelta del legislatore in ordine al regime della nullità per violazione o elusione del giudicato.

La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La parte finale dell'art. 31, comma 4, c.p.a. prevede che “le disposizioni del presente comma non si applicano alle nullità di cui all'articolo 114, comma 4, lettera b) , per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV”.

Le disposizioni del Titolo I del libro IV, tuttavia, non contengono alcun riferimento all'azione di nullità ma si limitano a disciplinare l'ottemperanza. Pertanto, dovrebbe derivarne che il termine di decadenza vige solo per le nullità strutturali e per il difetto assoluto di attribuzione, essendo, invece, esperibile, per il caso di elusione o violazione del giudicato, l'azione di esecuzione nel termine di prescrizione ordinaria .

7 Cenni conclusivi sulle azioni

In tema di tipologia di azioni esperibili nel processo amministrativo, il Codice prende atto dell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale che ha via via integrato il modello originario fondato sull'azione di annullamento. Quest'ultima resta ancor l'azione più importante, ma fanno contorno ad essa tutti tipi di azione necessari per rendere completa ed effettiva la tutela richiesta dal cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

Dunque, dall'attuale quadro normativo e giurisprudenziale così delineato risulta evidente che la panoramica delle azioni offerte al cittadino a tutela di un interesse legittimo, nato dall'“incontro” con la pubblica amministrazione, si ponga l'obiettivo prioritario di dare attuazione al principio di effettività della tutela e al correlato principio di atipicità, volto a garantire una tutela oggettiva e reale contro gli abusi derivanti dall'esercizio di un pubblico potere. Dopotutto, le nuove tecniche di tutela si sono cristallizzate nella giurisprudenza di legittimità non solo con riferimento all'aspetto sostanziale del rapporto dedotto in giudizio, ma anche in relazione alla fase di esecuzione del giudicato, laddove si è recentemente affermato che l'attuazione della pronuncia costitutiva del giudice amministrativo non può fermarsi a mero conseguimento del provvedimento formalmente favorevole al ricorrente vittorioso, ma debba implicare anche l'esecuzione della sentenza stessa in modo da assicurare il concreto perseguimento dell'utilitas richiesta .

8 I provvedimenti giurisdizionali

Concluso il discorso sulle tipologie di azioni esperibili nel processo amministrativo, passiamo ora alla disamina dei provvedimenti giurisdizionali, prodotto finale del processo e frutto dell'azione amministrativa svolta dinanzi al G.A.

Il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 33 c.p.a., può pronunciarsi in tre modi:

con sentenza, laddove definisce in tutto o in parte il giudizio;

con ordinanza, se dispone misure cautelari o interlocutorie, ovvero se decide sulla competenza;

con decreto, nei casi previsti dalla legge.

L'art. 33 c.p.a. elenca in termini generali i provvedimenti del giudice, ratificando la tradizionale tripartizione tra decreti, ordinanze e sentenze, senza tuttavia dettare una disciplina completa, in particolare quanto al contenuto di decreti e ordinanze.

Il secondo comma dell'art. 33 c.p.a. afferma che le sentenze di primo grado sono esecutive.

Analizzando più dettagliatamente i provvedimenti giurisdizionali, si può affermare che la sentenza è il provvedimento con cui si conclude il processo amministrativo o una sua parte; infatti, l'art. 33, comma 1, lett. a), c.p.a. prevede che il giudice adotti una sentenza quando definisce, in tutto o in parte, il giudizio.

La sentenza del giudice amministrativo è adottata in camera di consiglio, con deliberazione a maggioranza assoluta dei componenti del collegio, dopo che si sia conclusa la fase istruttoria e che sia terminata la discussione; la decisione, immodificabile dopo la sua sottoscrizione, viene pubblicata tramite il deposito nella segreteria del tribunale e, infine, comunicata alle parti. L'art. 89 c.p.a. stabilisce che, una volta assunta la decisione in camera di consiglio, la sentenza è redatta dall'estensore entro il termine di quarantacinque giorni. A differenza della sentenza del giudice civile che vincola soltanto le parti del processo, essa fornisce alle autorità pubbliche anche la regola astratta alla quale conformare il proprio comportamento in vista del perseguimento di un interesse pubblico.

L'art. 88 c.p.a. ne prevede gli elementi essenziali: l'indicazione delle parti e dei loro avvocati; il tenore delle domande; l'esposizione succinta dei motivi di fatto e di diritto; il

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

dispositivo; l'ordine che la decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa; l'indicazione del giorno, del mese, anno, e luogo in cui la decisione è pronunciata; la sottoscrizione dei consiglieri che hanno pronunciato la decisione, con l'indicazione dell'estensore e la firma del segretario.

Si distinguono le sentenze non definitive da quelle definitive. Fra le prime, che non definiscono il giudizio, devono essere annoverate anche le sentenze interlocutorie, che dispongono sull'andamento del processo (a fini istruttori o ordinando l'integrazione del contraddittorio).

Le sentenze definitive, invece, possono essere di rito o di merito. Il giudice pronuncia una sentenza di rito nei casi in cui vi siano degli ostacoli a giungere a una soluzione sul merito della controversia, ad esempio quando il ricorso sia: irricevibile (per es. perché presentato tardivamente); inammissibile (per es. per violazione delle regole sul contraddittorio); improcedibile (per es. per il cessare della materia del contendere o sopravvenuta carenza dell'interesse a proseguire).

La sentenza di merito, invece, è l'atto conclusivo del processo con il quale il giudice si pronuncia sulla fondatezza o meno della domanda del ricorso, risolvendo la controversia di diritto sostanziale, attraverso una pronuncia di accoglimento o di rigetto.

Qualora il giudice decida di accogliere il ricorso pronuncerà una sentenza di accoglimento con la quale afferma la fondatezza della domanda, entro i limiti stessa. Occorre distinguere le sentenze di accoglimento a seconda che siano costitutive, di accertamento e di condanna, ricordando che la differente natura giuridica delle sentenze discende logicamente dall'azione processuale esperita dal ricorrente al fine di ottenere una specifica pronuncia giurisdizionale.

Le sentenze costitutive di annullamento sono caratterizzate dai seguenti effetti:

eliminatorio, e cioè di rimozione dell'atto e dei suoi effetti;

ripristinatore, quando mirano a ricostruire automaticamente la situazione giuridica che si sarebbe realizzata se l'atto non fosse mai stato posto in essere;

conformativo, consistente in un condizionamento dell'attività amministrativa successiva all'annullamento dell'atto, posto che la P.A., nell'esercizio della sua funzione, dovrà rispettare i limiti nascenti dalla statuizione concreta del giudice.

Ed ancora, la sentenza può essere di accertamento, quando pone fine a uno stato di incertezza intorno a una determinata situazione giuridica, e di condanna, quando impone all'amministrazione di tenere un dato comportamento o di corrispondere una somma di denaro alla parte lesa.

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

Attualmente, la disciplina del contenuto delle sentenze di merito è contenuta nell'art. 34 del c.p.a. Mediante tale provvedimento, il giudice può: a) annullare il provvedimento impugnato; b) ordinare all'amministrazione rimasta inerte di provvedere entro un termine; c) condannare l'amministrazione al pagamento di una somma di denaro, anche a titolo di risarcimento del danno, all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica dedotta in giudizio e disporre misure di risarcimento in forma specifica; d) esclusivamente nei casi di giurisdizione di merito, può adottare un nuovo atto, ovvero modificare quello impugnato.

In ossequio al principio della separazione dei poteri, il secondo comma della disposizione dispone che, in nessun caso, il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati. Degna di nota è anche la previsione di cui al terzo comma dell'art. 34 c.p.a. ove si stabilisce che, quando nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice può accertare l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori.

In seguito alla riforma del processo amministrativo è stata introdotta la decisione in forma "semplificata", oggi disciplinata dall'art. 74 c.p.a. Tale disposizione, ispirata all'obiettivo di velocizzare la definizione dei processi la cui soluzione appaia evidente fin dai primi momenti, prevede che nel caso in cui ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, il giudice emette una decisione in forma semplificata. L'elemento costitutivo di tali sentenze, che devono comunque rispettare il principio del contraddittorio, è la motivazione succinta che può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente giurisprudenziale conforme. Esse sono assoggettate alle normali forme d'impugnazione previste per le sentenze.

L'ordinanza nel processo amministrativo, come nel processo civile, ha solitamente contenuto ordinatorio in ciò distinguendosi dalla sentenza che invece ha contenuto decisorio. Questo tipo di provvedimento è tipicamente utilizzato per risolvere questioni procedurali o per regolare lo svolgimento del procedimento ed, altresì, nell'ipotesi in cui debba essere dichiarata l'incompetenza del G.A.

Un rilievo a parte merita l'ordinanza cautelare con la quale si definisce la fase del processo amministrativo eventualmente instaurata dai ricorrenti con la proposizione di apposita domanda cautelare. L'ordinanza ha natura decisoria essendo immediatamente esecutiva nonché impugnabile con appello al Consiglio di Stato, come confermato dall'art. 62 c.p.a. Con l'ordinanza cautelare il

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

G.A. dispone le misure cautelari che ritiene più idonee a soddisfare l'esigenza di tutela richiesta, qualora sussistano i presupposti processuali del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, ai sensi dell'art. 55 c.p.a.

Infine, il decreto, a differenza della sentenza e dell'ordinanza, non presuppone il contraddittorio e viene emesso inaudita altera parte, come nel caso di richiesta di misure cautelari ante causam. Ed invero, qualora sussistano particolari esigenze di gravità ed urgenza, tale da non consentire nemmeno la dilazione fino alla data della camera di consiglio, il G.A. può emanare un decreto cautelare inaudita altera parte, ovvero senza che venga sentito il controinteressato, secondo quanto dispone l'art. 56 c.p.a., per la concessione di misure cautelari monocratiche.

Bibliografia

- Caringella F., Manuale di diritto amministrativo, VI edizione, DIKE, 2012.
- Casetta E., Manuale di diritto amministrativo, XIV edizione, Giuffr , 2012.
- Cassese S., Istituzioni di diritto amministrativo, XIV edizione, Giuffr , 2012.
- Clarich M., Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele, in www.giustizia-amministrativa.it, 11.11.2010.
- Garofoli R. – Ferrari G., Manuale di diritto amministrativo, VI edizione, Neldiritto Editore, 2012 – 2013.
- Garofoli R., La pregiudizialit : per un superamento «regolato», in Riv. nel diritto, 2009, 1347.
- Greco R., Che fine ha fatto la pregiudizialit  amministrativa?, in www.giustamm.it, 22.12.2010.
- Greco R., Pregiudizialit  amministrativa, in Treccani. Il libro dell'anno del Diritto 2012, Ist. Enciclopedia Italiana 2012.
- Merusi F., In viaggio con Laband, in www.giustamm.it, 19.4.2010.
- Veltri G., Le azioni di accertamento, adempimento, nullit  ed annullamento nel codice del processo amministrativo, in www.giustizia-amministrativa.it, 24.2.2011.

Attenzione! Questo materiale didattico   per uso personale dello studente ed   coperto da copyright. Ne   severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)