

Sentenza del mese

D.I.A. E AZIONE DI ACCERTAMENTO AUTONOMO

La sesta sezione del Consiglio di Stato, con una sentenza di particolare importanza, afferma l'ammissibilità nel processo amministrativo di una generale azione di accertamento autonomo. L'occasione è fornita dall'esigenza di assicurare al terzo, assuntamente leso da un'attività svolta in regime di d.i.a., la disponibilità di una tecnica rimediabile semplice ed efficace, pur muovendo dalla tesi (accolta dalla sesta sezione) che configura la d.i.a. quale atto del privato, a natura non pubblicistica, come tale non rimediabile mediante la tipica azione impugnatoria.

LA SENTENZA

Consiglio di Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717

Pres. Varrone, Est. Giovagnoli.

1. D.i.a. - Atto del privato.
2. D.i.a. - Legittimazione *ex lege*.
3. D.i.a. - Rinvio dell'art. 19, l. n. 241/1990 agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*, legge n. 241/1990 - Non è potere di secondo grado.
4. D.i.a. - Rinvio dell'art. 19, l. n. 241/1990 agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*, legge n. 241/1990 - *Ratio*.
5. D.i.a. - Atto del privato - Tutela del terzo - Azione di accertamento.
6. Azione di accertamento - Termine di proposizione - Decadenza.
7. Azione di accertamento - Termine di proposizione - Decadenza - *Dies a quo*.

1. La d.i.a. è un atto di un soggetto privato e non di una Pubblica Amministrazione, che ne è invece destinataria, non costituendo perciò esplicazione di una potestà pubblicistica.

2. Per effetto della previsione della d.i.a., la legittimazione del privato all'esercizio dell'attività non è più fondata sull'atto di consenso della P.A., secondo lo schema "norma-potere-effetto", ma è una legittimazione *ex lege*, secondo lo schema "norma-fatto-effetto", in forza del quale il soggetto è abilitato allo svolgimento dell'attività direttamente dalla legge, la quale disciplina l'esercizio del diritto eliminando l'intermediazione del potere autorizzatorio della P.A.

3. Il riferimento agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*, legge

n. 241/1990, contenuto nell'art. 19 della stessa legge n. 241/1990, consente alla P.A. di esercitare un potere che tecnicamente non è di secondo grado, in quanto non interviene su una precedente manifestazione di volontà dell'amministrazione, con l'autotutela classica condividendo soltanto i presupposti e il procedimento.

4. Il richiamo agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*, di cui all'art. 19 *cit.*, è riferito alla possibilità di adottare non già atti di autotutela in senso proprio, ma di esercitare i poteri di inibizione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti, nell'osservanza dei presupposti sostanziali e procedurali previsti da tali norme. In tal modo, il legislatore - nel recepire l'orientamento giurisprudenziale che ammetteva la sussistenza in capo alla P.A. di un potere residuale di intervento anche dopo la scadenza del termine - si è fatto carico di tutelare l'affidamento che può essere maturato in capo al privato per effetto del decorso del tempo.

5. Attesa la natura di dichiarazione privata ascritta alla d.i.a., lo strumento di tutela del terzo rispetto all'attività intrapresa dal dichiarante deve essere identificato nell'azione di accertamento autonomo che il terzo può esperire innanzi al giudice amministrativo per sentire pronunciare che non sussistevano i presupposti per svolgere l'attività sulla base di una semplice denuncia di inizio di attività. Emanata la sentenza di accertamento, graverà sull'Amministrazione l'obbligo di ordinare la rimozione degli effetti della condotta posta in essere dal privato, sulla base dei presupposti che il giudice ha ritenuto mancanti.

6. L'azione di accertamento esperita dal terzo è sottoposta allo stesso termine di decadenza (di sessanta giorni) previsto per l'azione di annullamento che il ricorrente avrebbe potuto esperire se l'Amministrazione avesse adottato un permesso

di costruire. Non si ritiene applicabile un diverso termine di natura prescrizione in quanto l'azione, ancorché di accertamento, non è diretta alla tutela di un diritto soggettivo, ma di un interesse legittimo.

7. Il termine per la proposizione dell'azione di accertamento decorre dal momento in cui il terzo consegue l'effettiva conoscenza dell'attività posta in essere in forza della d.i.a., ciò determinandosi (come nel caso di impugnazione della concessione edilizia, oggi permesso di costruire) quando la costruzione realizzata rivela in modo certo ed univoco le essenziali caratteristiche dell'opera e l'eventuale non conformità della stessa al titolo o alla disciplina urbanistica, sicché, in mancanza di altri ed inequivoci elementi probatori, il termine decorre non con il mero inizio dei lavori, bensì con il loro completamento, a meno che non si deducano l'assoluta inedificabilità dell'area o analoghe censure, nel qual caso risulta sufficiente la conoscenza dell'iniziativa in corso.

VERSO IL TRAMONTO DELLA TIPICITÀ DELLE AZIONI NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

di
Marcello CLARICH e Mario ROSSI SANCHINI

SOMMARIO. Premessa. 1.- Azione di accertamento e giudizio sul rapporto. 2.- Il superamento del principio della tipicità delle azioni nel processo amministrativo: a) la sentenza n. 717/2009. 3.- Segue: b) novità legislative ed esigenza di effettività della tutela. 4.- La tipicità dell'azione di annullamento contrapposta all'atipicità delle azioni di accertamento e di condanna. 5.- Brevi osservazioni sul termine per ricorrere. 6.- Considerazioni conclusive.

Premessa.

Il caso esaminato dalla VI sezione del Consiglio di Stato tratta della d.i.a. presentata al Comune (di Verona) da due privati per realizzare alcuni posti auto, un cancello, carraio e un ingresso su un'area condominiale scoperta¹. Altri privati proprietari hanno proposto ricorso al giudice amministrativo enunciando una serie di motivi. La sentenza emanata dal Tribunale amministrativo regionale è stata impugnata di fronte al Consiglio di Stato che ha emesso una pronuncia² di notevole interesse anche per le prospettive che può aprire.

Anzitutto si afferma che la d.i.a. ha natura di atto (privato) di liberalizzazione e non di autorizzazione implicita. Essa trova fondamento, infatti, sul principio

di autoresponsabilità del privato che valuta il possesso dei requisiti richiesti per intraprendere una determinata attività e, se ritiene di intraprenderla, lo comunica all'amministrazione. L'amministrazione ha trenta giorni di tempo per esercitare il controllo e, in caso di esito negativo, vieta l'attività e ordina la rimozione degli effetti³.

Il legislatore (con la legge n.80/2005 di conversione del d.l. 35/2005, che ha sostituito, tra l'altro, l'originario art. 19 della legge 241/1990) ha richiamato, per le ipotesi in cui l'amministrazione si renda conto, una volta trascorso il termine di trenta giorni, che l'attività non avrebbe potuto essere esercitata, le disposizioni sul potere generale di annullamento d'ufficio (art. 21 – *nonies*, della legge n. 241/1990) e di revoca (art. 21-*quinquies* della legge n. 241/1990) che l'amministrazione può esercitare discrezionalmente valutando tutti gli elementi del caso: il tempo ormai trascorso, l'affidamento del privato, ecc.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che il richiamo espresso alle disposizioni sull'autotutela decisoria dell'amministrazione non sia un argomento sufficiente per potere escludere la natura di atto meramente privato della d.i.a. Ha precisato, infatti, che il potere dell'amministrazione di intervenire dopo il termine di trenta giorni non sia da qualificare come potere di autotutela in senso proprio, ma ha natura di potere inibitorio che va esercitato, in questa fase, solo in presenza dei presupposti sostanziali e delle regole procedurali stabilite per l'esercizio del potere di autotutela. Nella mente del legislatore, dunque, il potere inibitorio attribuito all'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di trenta giorni non è un'attività amministrativa di secondo grado che presuppone necessariamente un precedente provvedimento amministrativo; ne consegue, pertanto, che la d.i.a. non è un provvedimento. Né, d'altronde, la necessità di assicurare la tutela del terzo può comportare uno "stravolgimento della natura" della d.i.a. "trasformando quella che è una dichiarazione privata in un atto dell'amministrazione o in una fattispecie ibrida che nasce privata e diventa pubblica per effetto del tempo trascorso e del silenzio".

Tuttavia va protetta la posizione del soggetto terzo che deve poter disporre di strumenti effettivi di tutela, anche "diversi dall'azione di annullamento". La VI sezione non ritiene effettiva una tutela consistente nella

¹ Per la d.i.a. in materia di passi carrai in area condominiale, cfr. Tar Campania, Napoli, sez. II, 29 marzo 2007, n. 2902; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 8 marzo 2007, n. 381.

² Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717.

³ Per questo profilo della sentenza, cfr. VETRÒ, *Il Consiglio di Stato fa il punto sulla natura giuridica della Dia (Nota a margine di Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2009, n.717)*, in www.giustamm.it; GISONDI, *D.i.a. ed accertamento autonomo: il Consiglio di Stato separa l'interesse legittimo dal potere: nota in margine a Consiglio di Stato, VI, 9 febbraio 2009 n. 717*, in www.giustamm.it.

presentazione di una diffida all'amministrazione, da parte del privato controinteressato, affinché eserciti il potere di autotutela e, nel caso di silenzio-rifiuto, la proposizione di un ricorso al giudice amministrativo.

Se non è percorribile la via del silenzio rifiuto, né quella dell'annullamento, visto che siamo di fronte ad un atto privato⁴, occorre individuare uno strumento per la tutela del privato controinteressato che sia compatibile con la natura privatistica della d.i.a.; strumento che la VI sezione individua nell'azione di accertamento autonomo proposta, di fronte al giudice amministrativo, affinché quest'ultimo accerti l'insussistenza dei presupposti per svolgere l'attività intrapresa in base alla d.i.a. Una volta *"emanata la sentenza di accertamento, graverà sull'Amministrazione l'obbligo di ordinare la rimozione degli effetti della condotta posta in essere dal privato, sulla base dei presupposti che il giudice ha ritenuto mancanti"*.

Il giudice amministrativo è consapevole degli ostacoli che incontra l'ammissibilità di un'azione di accertamento nel processo amministrativo, ma gli stessi possono essere superati constatando l'evoluzione recente del diritto amministrativo sostanziale e processuale che consente di oltrepassare il modello di tutela incentrata sulla tipicità delle azioni nel processo⁵.

Esaminiamo quindi i principali ostacoli che ha incontrato la VI sezione e le argomentazioni addotte per ammettere l'azione di accertamento, anche alla luce delle ricostruzioni della dottrina.

1.- Azione di accertamento e giudizio sul rapporto.

L'ammissibilità dell'azione atipica di accertamento non può essere confutata in base alla tradizionale concezione del processo amministrativo come giudizio sull'atto e non sul rapporto che non può assumere rilievo in questo tipo di giudizio volto *"all'accertamento giurisdizionale (di inesistenza dei presupposti della d.i.a.) al fine di sollecitare il successivo esercizio del potere amministrativo"*. In questo caso *"l'oggetto del giudizio non può che essere il rapporto"*. D'altronde *"anche la tradizionale configurazione del giudizio di annullamento come giudizio sull'atto (e non sul rapporto) non è più così pacifica come era in passato"*⁶.

⁴ Sulla d.i.a. intesa come *"comunicazione preventiva del privato"*, cfr. TRAVI, *Il Commento*, in *Urb. e App.*, 2005, 1336 s.

⁵ Come prospettato da CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss.

⁶ Sez. VI, n. 717/2009, cit. Sull'emergere dell'interesse per il rapporto amministrativo e le trasformazioni del diritto

A tal fine la VI sezione cita una recente sentenza della Cassazione⁷ che individua alcuni indici normativi della trasformazione del processo di legittimità da giudizio sul provvedimento a giudizio sul rapporto:

a) Un primo indice viene desunto dalla possibilità di impugnare, con motivi aggiunti, i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso.

In effetti nella disciplina dei motivi aggiunti, introdotta dalla legge 21.7.2000, n. 205, che ha modificato l' art. 21, primo comma, della legge istitutiva dei T.A.R., si è intravista una conferma, nel diritto positivo, della concezione del processo amministrativo inteso come giudizio sul rapporto⁸.

b) Un altro indice della trasformazione del processo amministrativo viene ravvisato nel *"potere del giudice di negare l'annullamento dell'atto impugnato per vizi di violazione di norme sul procedimento, quando giudichi palese, per la natura vincolata del provvedimento, che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato"*.

Il legislatore (art. 21 *octies*, secondo comma, della legge n. 241/1990, introdotto dall'art. 21 *bis* della legge n. 15/2005) ha, infatti, stabilito che *"non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato"*.

In dottrina si è posto il problema se la norma debba essere inserita *"in un quadro tipicamente sostanziale"* o *"in un quadro processuale"* e su quali siano le rispettive conseguenze, osservando che, se la norma dovesse *"escludere la possibilità di una tutela giurisdizionale nei confronti di atti illegittimi"*, si porrebbe in contrasto con l'art. 113, secondo comma, della Costituzione⁹.

amministrativo cfr. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, 70 ss.

⁷ Cass., s.u., 23 dicembre 2008, n. 30254.

⁸ MAMELI, *Atto introduttivo e attività istruttoria (art. 1)*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di Caringella-Protto, Milano, 2001, 6; ad analoghe conclusioni è pervenuto ABBAMONTE, *Introduzione al processo amministrativo (art. 1)*, in *Verso il nuovo processo amministrativo, Commento alla legge 21 luglio 2000 n. 205*, a cura di Cerulli Irelli, Torino, 2000, 203.

⁹ TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 7ª ed., Torino, 2006, 301 e 110. È stato posto in risalto che la norma consente di individuare l'emergere di *"una nuova alternatività tra procedimento e processo"*, cfr. SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 607. In essa si è intravista l'espressione *"del transito dall'invalidità all'illiceità, della trasformazione dei vizi (formali e sostanziali) in lesioni di interessi individuali da ricondurre sotto la logica"*

La giurisprudenza ha applicato il principio con tempestività¹⁰ ed ha precisato che sull'amministrazione, convenuta in giudizio, grava l'onere di opporsi esplicitamente all'annullamento del provvedimento per l'omessa comunicazione di avvio del procedimento e di dimostrare che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato¹¹.

c) Un altro indice è stato ravvisato nel "potere del giudice amministrativo di conoscere la fondatezza dell'istanza nel giudizio avverso il silenzio-rifiuto" (art. 2, quinto comma, della legge n. 241/1990, come modificato dalla legge n. 80/2005).

E' innegabile, per un verso, che la norma ha introdotto "un raccordo tra procedimento e processo incompatibile con la struttura dell'azione di annullamento caratterizzata dal termine breve di decadenza". Per altro verso, la sentenza che accoglie il ricorso in materia di silenzio "ha un contenuto sia di accertamento della violazione dell'obbligo formale di provvedere che di accertamento della fondatezza della pretesa, quanto meno in relazione ai profili vincolati del potere, sia di condanna dell'amministrazione a provvedere"¹².

La dottrina ha rilevato che, nelle ipotesi di attività vincolata, il giudice si avvarrà sicuramente del potere attribuito e potrà "imporre l'adozione di una decisione puntuale", in presenza di attività discrezionale invece "il giudice potrebbe definire [...] la cornice entro cui l'amministrazione sarà chiamata a provvedere"¹³.

La posizione della giurisprudenza non appare ancora consolidata. Infatti è stata affermata l'ammissibilità dell'accertamento della fondatezza dell'istanza sia nelle ipotesi di "attività interamente vincolata della P.A. che non postuli accertamenti valutativi complessi" ed eviti una sostituzione del giudice all'amministrazione "incompatibile con la natura semplificata del giudizio sul

silenzio e della decisione"¹⁴, sia nelle ipotesi di attività discrezionale dell'amministrazione¹⁵.

La VI sezione sottolinea bene come, ogni volta che si chiede "un accertamento giurisdizionale (di inesistenza dei presupposti della d.i.a.) al fine di sollecitare il successivo esercizio del potere amministrativo", in assenza del "provvedimento da scrutinare, l'oggetto del giudizio non può che essere il rapporto che, secondo il ricorrente dovrebbe essere poi recepito nel successivo provvedimento repressivo". E' stato posto in risalto il mutamento dell'oggetto del giudizio che viene intravisto nella "fondatezza (o meno) della pretesa del ricorrente a veder risarcito un danno ingiusto prodotto da un atto (o da un'inerzia) della Pubblica Amministrazione"¹⁶. Una vera e propria "svolta in tema di oggetto del giudizio" si potrà verificare, però, se verrà superato "il divieto tradizionale dell'integrazione della motivazione in corso di giudizio" e sarà applicato "anche al processo amministrativo il principio secondo il quale il giudicato copre il dedotto e deducibile"¹⁷.

Va osservato come alcune recenti modifiche legislative abbiano dato rilevanza autonoma agli interessi legittimi di tipo pretensivo¹⁸.

In primo luogo, in materia di silenzio dell'amministrazione, l'art. 21-bis della legge n. 205 del 2000 pone per la prima volta una disciplina espressa in tema di interessi legittimi pretensivi. "Il giudice, in caso di accoglimento del ricorso, ordina all'amministrazione di provvedere entro trenta giorni e, in caso di perdurante inadempimento, nomina un commissario ad acta. La nuova disciplina affranca definitivamente l'azione proposta contro l'inerzia della pubblica amministrazione dagli schemi tradizionali dell'azione di annullamento (di un provvedimento tacito di rigetto) e tipizza un'azione di condanna".

Inoltre, nell'ambito della tutela cautelare, l'art. 21, comma 7, della legge istitutiva dei Tar, così come sostituito dalla legge n. 205 del 2000, stabilisce che la domanda può essere formulata anche quando il pregiudizio grave e irreparabile derivi da un comportamento inerte dell'amministrazione e introduce il principio dell'atipicità delle misure cautelari (peraltro già accolto nella prassi giurisprudenziale¹⁹), che "possono sostanziarsi anche, per

dell'inadempimento", cfr. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.* 2006, 606.

¹⁰ Tar. Campania, Napoli, sez. I, 12 settembre 2005, n. 12336; anzi si riscontra un precedente nel sistema previgente la legge n. 15/2005, Cons. St., sez. IV, 21 novembre 2001, n. 5906.

¹¹ Cons. St., sez. VI, 7 luglio 2006, n. 4307. L'istanza dell'amministrazione assumerebbe "consistenze e caratteristiche molto simili" ad "una domanda di tipo riconvenzionale con la quale si amplia [...] il thema decidendum del giudizio impugnatorio che [...] si trasforma in un giudizio di merito sul contenuto dispositivo del provvedimento". Il giudice deve esaminare innanzitutto la domanda dell'amministrazione convenuta perché, se essa fosse accolta, determinerebbe il venir meno dell'interesse del ricorrente rispetto a questo vizio, Tar Lazio, Latina, sez. I, 10 giugno 2005, n. 534; per analoghe conclusioni, Tar Campania, Napoli, sez. II, 4 luglio 2005, n. 9310.

¹² CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento cit.*, 571 ss.

¹³ FONDERICO, *Il nuovo tempo del procedimento, la d.i.a. ed il silenzio assenso*, in *Giorn.dir. amm.*, 2005, 1023.

¹⁴ Tar Lazio, 12 aprile 2006, n. 249; da altre pronunce emerge l'atteggiamento più contenuto della giurisprudenza, secondo la quale l'accertamento della fondatezza della pretesa rimane una mera facoltà del giudice anche nelle ipotesi di attività vincolata, cfr. Cons. St., sez. IV, 7 luglio 2008, n. 3371.

¹⁵ Corte. Giust. Amm. Sic., 4 novembre 2005, n. 726;

¹⁶ POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in *Giustizia Amministrativa*, a cura di SCOCA, Torino, 2003, 100.

¹⁷ CLARICH, *Tutela giurisdizionale e altre forme di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1058, che richiama PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, 563 e 581.

¹⁸ CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo cit.*, 571 ss.

¹⁹ Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 30 marzo 2000, n.1, ord., in *Foro it.*,

espressa previsione, in un'ingiunzione a pagare una somma di danaro, cioè in una pronuncia di condanna'.

Infine, l'art. 10-bis, aggiunto alla legge n. 241 del 1990 dalla legge n. 15 del 2005, obbliga l'amministrazione, prima dell'eventuale adozione di un provvedimento di diniego, a comunicare, a chi ha presentato l'istanza, i motivi che ostano al suo accoglimento. L'interessato può presentare osservazioni scritte e documenti dei quali l'amministrazione deve dar conto nella motivazione del provvedimento; essa sembra, dunque, obbligata "a condurre un'istruttoria completa e a dar corso a un contraddittorio procedimentale rinforzato. L'istruttoria non può cioè arrestarsi, per ragioni di economia procedimentale, all'emergere di un primo motivo di diniego", ma deve accertare "tutti i possibili motivi di diniego"²⁰. In definitiva, "all'ampliamento dell'oggetto del procedimento, che esaurisce tutti i profili vincolati e discrezionali del potere, corrisponde, di necessità, un ampliamento dell'oggetto del processo, che include ormai, a questo punto, la cognizione dell'intero rapporto amministrativo"²¹.

Perciò, poiché la rilevanza assunta dagli interessi legittimi pretensivi sia in sede procedimentale che in sede processuale determina un superamento definitivo "della visione angusta del processo amministrativo come un abito ritagliato sugli interessi legittimi oppositivi", trova conferma l'esigenza di una rimeditazione della questione dell'ammissibilità dell'azione di adempimento²².

2.- Il superamento del principio della tipicità delle azioni nel processo amministrativo: a) la sentenza n. 717/2009.

La VI sezione pone ben in risalto come l'azione di accertamento debba essere considerata ammissibile anche in assenza di una norma espressa che la preveda, come avviene nel processo civile²³. Si tratta,

2000, III, c. 365.

²⁰ "Da esplicitare nel provvedimento conclusivo che in ipotesi, all'esito del contraddittorio rinforzato sul "progetto di provvedimento", confermasse la necessità di respingere l'istanza. L'impugnazione di un siffatto provvedimento - con la formulazione di motivi di ricorso che, anche per la necessità di superare la cosiddetta prova di resistenza, devono essere riferiti a ciascun motivo di diniego - consente per così dire di riversare nel processo amministrativo l'intero contenuto di accertamento risultante dal provvedimento".

²¹ CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento* cit., 573.

²² CLARICH, *op. ult. cit.*, 573 ss. L'esigenza di introdurre tale tipo di azione nel nostro ordinamento è stata posta in evidenza da MERUSI, in *L'ingiustizia amministrativa in Italia*, a cura di Merusi - Sanviti, Bologna, 1986, 11 ss.

²³ Ove "il potere di accertamento del giudice" è "connaturato al concetto stesso di giurisdizione, sicché si può dire che non sussista giurisdizione e potere giurisdizionale se l'organo decidente non possa quanto meno accertare quale sia il corretto assetto giuridico di un determinato rapporto." L'ammissibilità dell'azione di accertamento nella competenza esclusiva del giudice

quindi, di un'azione atipica che non necessita di un espresso riconoscimento normativo.

La tipicità dell'azione di annullamento corrispondeva al modello originario del processo volto alla tutela degli interessi legittimi oppositivi²⁴.

Tale modello è apparso poco armonico con quello dell'effettività della tutela sancito dall'art. 24 della Costituzione²⁵, che sembra, invece, garantire l'atipicità dell'azione anche per gli interessi legittimi²⁶.

Secondo il Consiglio di Stato, nei casi in cui non c'è un provvedimento da impugnare, ma l'azione di accertamento appare "necessaria per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente", non risulterebbe giustificata una differenziazione, "sotto il profilo delle implicazioni che possono trarsi dall'art. 24 della Costituzione", tra il processo amministrativo e il processo civile. Ciò vale "soprattutto se si riconosce all'interesse legittimo, com'è ormai pacifico, una rilevanza sostanziale analoga a quella del diritto soggettivo"²⁷.

amministrativo non è posta in discussione, si cfr. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, in *Giustizia Amministrativa*, a cura di Scoca, Torino, 2003, 174; GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2007, 94 ss.; TONOLETTI, *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 617 ss., che sottolinea come, in concreto, sia stata ritenuta ammissibile quasi esclusivamente in materia di pubblico impiego; sul punto si cfr. PONTICELLI, *Questioni di diritti patrimoniali e non patrimoniali in dieci anni di giurisdizione esclusiva dei Tribunali Amministrativi Regionali e del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 165 ss.

²⁴ "L'art. 45 del T.U. e l'art. 26, comma 2, della legge istitutiva dei Tar che individuano come unico dispositivo di accoglimento la sentenza di annullamento rispecchiavano perfettamente tale visione".

²⁵ Cfr. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto - Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005, 54 e ss., ove si osserva, a commento dell'art. 63, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 che, alla luce della linea di interpretazione sistematica delle norme costituzionali fondata sul principio di effettività sviluppata nelle pagine precedenti, "è la limitazione della tutela ad uno strumento tipico che necessita di una giustificazione in quelle impossibilità di fatto o di diritto di cui parlava Chiovenda, con la precisazione che le seconde dovranno consistere nella sussistenza di un valore costituzionale di pari rango rispetto a quello della effettività".

²⁶ Cfr. ANDRIOLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *Nuova riv. dir. comm., dir. dell'econ., dir. sociale*, 1954, 314, secondo il quale dall'art. 24 della Costituzione emerge "il fondamentale principio che chi è titolare di un diritto soggettivo ovvero di un interesse legittimo, è in pari tempo e automaticamente, titolare dell'azione intesa come possibilità di far valere in giudizio quel diritto o quell'interesse legittimo".

²⁷ Come sembra emergere sia nell'elaborazione della dottrina NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, 102 ss. per il quale l'interesse legittimo "appartiene all'ambito sostanziale"; TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 75 ss., che nelle affermazioni della giurisprudenza, di recente si cfr. Cass., s.u., 23 dicembre 2008, n. 30254, richiamata dalla VI sezione, sul declino dell'idea dell'interesse legittimo come "situazione funzionale a rendere possibile l'intervento degli organi della giustizia amministrativa" e della giurisdizione amministrativa come giurisdizione "di tipo oggettivo, e dunque di mezzo direttamente volto a rendere possibile, attraverso una nuova determinazione amministrativa, il ripristino della legalità violata e solo

La VI sezione, rilevato che la nozione di interesse legittimo contraddistingue anche “il nucleo di facoltà, inerenti al diritto di proprietà il cui esercizio è ex lege subordinato al potere conformativo della P.A.”²⁸, sottolinea come, nel caso della d.i.a., spetti all’amministrazione accertare un uso corretto “della misura liberalizzatrice da parte del privato” e “intervenire tempestivamente” qualora ne sia stato fatto un “uso distorto”²⁹. Del resto la piena parificazione tra diritti soggettivi e interessi legittimi è stata avallata dalla Corte Costituzionale con la sentenza 6 luglio 2004 n. 204. La Corte ha, infatti, sottolineato che l’art. 24 della Costituzione garantisce agli interessi legittimi una piena ed effettiva tutela e, dunque, al giudice amministrativo devono essere attribuiti adeguati poteri, compreso quello di “disporre il risarcimento del danno ingiusto anche nell’ambito della competenza generale di legittimità (ex art. 7 della legge n. 205 del 2000)”.

Di conseguenza, l’effettività della tutela non sarebbe assicurata se l’ordinamento prevedesse “un rimedio giurisdizionale qualsiasi al diritto (o all’interesse) che si assume violato o insoddisfatto”. È invece necessario, come sottolinea la VI sezione, che “la tutela assicuri in modo specifico l’attuazione della pretesa sostanziale”. Ciò non avverrebbe se, per precludere l’azione di accertamento, si “costringesse il terzo controinteressato, rispetto all’attività edilizia iniziata in base alla d.i.a., a presentare un’istanza all’amministrazione volta all’esercizio del c.d. potere di autotutela per poi ricorrere, in caso di mancata risposta, al giudizio contro il silenzio-rifiuto”.

Non è di ostacolo all’ammissibilità dell’azione di accertamento l’obiezione che “un giudizio di accertamento del rapporto comporterebbe un’inammissibile sostituzione all’Amministrazione nella titolarità e nella gestione del potere”. Infatti, l’azione di accertamento non è volta ad “eliminare un’incertezza sulla posizione giuridica sostanziale”, ma ad “eliminare una lesione già in atto, determinata dalla difformità tra lo stato di fatto e la situazione di diritto, a causa della già intrapresa realizzazione di un intervento edilizio non consentito in base alla semplice d.i.a.”. Non ci troveremmo, pertanto, in una ipotesi di “tutela preventiva dell’interesse legittimo del terzo che sarebbe in contrasto con il fatto che l’ordinamento ha attribuito all’Amministrazione la gestione di determinati rapporti”, ma saremmo di fronte all’esigenza di tutelare, a posteriori, “l’asserita lesione dell’interesse

legittimo del terzo controinteressato rispetto alla d.i.a.”.

3.- Segue: b) Novità legislative ed esigenza di effettività della tutela.

È stato evidenziato³⁰ che l’impostazione originaria del processo amministrativo, imperniato sull’azione di annullamento, deve essere reinterpretata alla luce di alcune innovazioni legislative. Innanzitutto si deve tener conto della legge n. 205 del 2000 che ha introdotto, “in aggiunta all’azione di annullamento, l’azione di risarcimento del danno ingiusto, vuoi in forma generica vuoi in forma specifica, e l’azione di condanna dell’amministrazione a provvedere in caso di silenzio-inadempimento (ora tendente anche a far accertare la fondatezza della pretesa)”. Inoltre ha previsto il principio della atipicità delle misure cautelari. Infine “l’art. 21-septies della legge n. 15 del 2005, nel delineare una disciplina generale della nullità del provvedimento, pone l’interprete di fronte all’interrogativo di quali siano i mezzi di tutela giurisdizionale attivabili per far valere tale vizio. A questo riguardo, almeno nell’ipotesi del rifiuto di provvedimento nullo, in relazione al quale non sembra possibile configurare situazioni giuridiche soggettive di diritto soggettivo, si apre la strada per la proponibilità innanzi al giudice amministrativo, investito della competenza generale di legittimità, di un’azione di accertamento - svincolata, è da ritenere, da un termine di decadenza - da proporre in modo autonomo o in parallelo all’azione di condanna volta a far valere il silenzio-inadempimento”³¹. L’ordinamento ormai riconosce all’azione di accertamento della nullità “un carattere di generalità e, sul piano qualitativo e dogmatico, di dignità eguale a quello della tradizionale azione di annullamento”³².

Il mantenere fermo il principio della tipicità dell’azione nel processo di cognizione finirebbe per introdurrebbe “una dissonanza nel sistema del processo amministrativo che accoglie il principio dell’atipicità della tutela

³⁰ CLARICH, *Tipicità delle azioni* cit., 586 ss.

³¹ Per colmare il vuoto di disciplina processuale dell’azione di nullità sembra possibile far riferimento per analogia all’art. 2, comma 4-bis, della legge n. 15 in tema di silenzio-inadempimento o, addirittura, all’art. 1422 c.c., sull’azione innanzi al giudice amministrativo volta a far valere la nullità del provvedimento e più in generale sull’ammissibilità dell’azione di accertamento in materia di interessi legittimi, cfr. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 351 ss., secondo il quale il fondamento dell’azione di nullità in materia di interessi legittimi potrebbe essere trovato nel diritto comune cioè “nel coacervo di regole sostanziali e processuali contenute nel codice civile”, 366: con l’art. 21-octies della legge n. 15 del 2005 non c’è più necessità di risalire ai principi del diritto comune. Cfr., altresì, anche per i richiami alla giurisprudenza più risalente, cfr. CARANTA, *L’inesistenza dell’atto amministrativo*, Milano, 1990, 316 ss. Si riscontra inoltre un orientamento contrario alla sottoposizione dell’azione di nullità del provvedimento ad un termine di decadenza, cfr. Tar Abruzzo, L’Aquila, sez. I, 17 luglio 2007, n. 484; in dottrina cfr. VINTI - CAPOTORTO, *L’azione di nullità nel processo amministrativo*, Milano, 2008, 124 ss.

³² CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo* cit., 587.

indirettamente a realizzare l’interesse del privato”.

²⁸ “Più propriamente alcune modalità di godimento (facoltà) a seguito dell’intervenuta modifica legislativa non devono essere pregiudizialmente assentite dalla p.a., ma presuppongono l’invio di una informativa (d.i.a.), assistita da un progetto. Trascorso infruttuosamente il termine di 30 giorni, l’agere licere del privato, titolare del bene, si riespande pienamente.”

²⁹ Spetta al giudice ordinario la giurisdizione “sulla titolarità del diritto” e al giudice amministrativo quella sul suo contenuto e sul grado di tutela “a seconda che venga o meno in conflitto con interessi di rilevanza pubblicistica (urbanistica, ambiente, paesaggio ecc.)”.

sia, dopo la legge n. 205 del 2000, nell'ambito del processo cautelare sia, da sempre, nell'ambito del processo esecutivo (ottemperanza) nel quale la competenza del giudice estesa al merito consente l'adozione di tutte le misure necessarie per dare piena attuazione alla sentenza di accoglimento passata in giudicato".³³

Allo scopo di verificare se le forme di tutela tipizzate esauriscono la tipologia delle azioni ammissibili³⁴, può risultare opportuno un cenno al processo civile per trarne qualche elemento utile.

"Nell'ambito del processo di cognizione la tipicità, per espressa previsione legislativa, vale soltanto per le azioni costitutive".³⁵

L'art. 24 della Costituzione "costituzionalizza anzitutto il carattere strumentale del processo rispetto al diritto sostanziale",³⁶ e l'effettività della tutela, che deve trovare nel processo la "fonte di tutte le azioni praticamente possibili, che tendano all'attuazione d'una volontà della legge".³⁷ L'atipicità delle forme di tutela appare come un corollario dell'effettività della tutela³⁸.

³³ CLARICH, *op. ult. cit.*, 591.

³⁴ Già prima dell'evoluzione legislativa recente, in dottrina è stato affermato che la mancanza di un riconoscimento legislativo espresso non è di per sé preclusiva dell'ammissibilità di un'azione generale di accertamento autonomo del rapporto, tesi argomentata sia sulla base di un parallelo con il processo civile sia sulla base di una valorizzazione dell'art. 24 della Costituzione dal quale si può ricavare il fondamento normativo per riconoscere nell'ordinamento processuale amministrativo una siffatta azione: cfr. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto*, Milano, 1980, 212 ss. Cfr., altresì, FERRARI, *La decisione giurisdizionale amministrativa: sentenza di accertamento o sentenza costitutiva?*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 597 secondo il quale "alla decisione giurisdizionale amministrativa non risulta essere oggi precluso nessuno dei contenuti e degli effetti che conosciamo per le sentenze del giudice ordinario e sulla base delle quali è stata elaborata la nota tripartizione dei tipi di sentenza".

³⁵ L'opportunità di una siffatta limitazione è discussa in dottrina, cfr. PROTO PISANI, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 170; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, 190-191 il quale ipotizza un possibile contrasto dell'art. 2908 c.c. con i valori della atipicità del diritto di azione e della effettività della tutela, in tanto in quanto "vale a imporre il marchio della tassatività alle ipotesi riconducibili nello schema dommatico della tutela costitutiva". Cfr. altresì MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 144 e in particolare nota 7 per la genesi della disposizione; VERDE, *Profili del processo civile - Parte generale*, Napoli, 2002, 155-156 il quale ritiene che "il legislatore abbia voluto riservare a una sua preventiva valutazione di ammissibilità il ricorso a una forma di tutela così incisiva" visto che con l'azione costitutiva l'ordinamento riconosce a un soggetto privato "il potere di completare la fattispecie produttiva di effetti in capo a terze persone così da immutare la situazione esistente" e gli attribuisce, ove manchi il consenso dei terzi, il potere di richiedere l'intervento del giudice; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, 337 ss. anche per il dibattito sulla natura eccezionale della tutela costitutiva e per la tesi secondo la quale "l'annunzio del carattere tipico della tutela costitutiva andrebbe sottoposta a revisione".

³⁶ CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, cit., 582.

³⁷ Cfr. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1912 (ristampa inalterata, Napoli, 1965), 81.

³⁸ Cfr., ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*, 54, il quale sottolinea che

In definitiva, il processo deve "far ottenere ai titolari delle situazioni di vantaggio gli stessi risultati (o, se questo è impossibile, risultati equivalenti) che avrebbero dovuto ottenere attraverso la cooperazione spontanea da parte dei consociati".³⁹

"Alle varie forme di crisi di cooperazione in relazione agli obblighi primari assunti nei confronti del titolare del diritto (obbligo di astensione, di consegna o rilascio di una res, di un facere materiale o giuridico, ecc.) corrispondono specifici bisogni di tutela".

Questi concetti generali appaiono applicabili anche nel processo amministrativo. A ben considerare, infatti, nel rapporto tra titolare dell'interesse legittimo pretensivo e amministrazione, se quest'ultima, in presenza di un potere vincolato, non adempie il correlato dovere primario di un "facere" giuridico, cioè al dovere di provvedere in un modo determinato, siamo in presenza di una "crisi di cooperazione". "È questo lo specifico "bisogno di tutela" che richiede soddisfazione nel processo amministrativo, già nella fase di cognizione, attraverso una sentenza dichiarativa del dovere di provvedere e di condanna a emanare il provvedimento dovuto".⁴⁰

Inoltre, nella fase attuale dell'evoluzione del nostro ordinamento, "l'area dei poteri vincolati si fa via via più estesa e rende dunque particolarmente sentito "il bisogno di tutela" al quale si è fatto ora cenno. Per un verso, infatti, in seguito sia al recepimento di numerose direttive comunitarie (in materia creditizia, di liberalizzazione dei servizi pubblici, ecc.) sia all'evoluzione legislativa interna, molti regimi concessori discrezionali sono stati sostituiti con autorizzazioni vincolate e in generale le leggi di disciplina di settore tendono a conformare in modo più rigoroso i poteri attribuiti alle amministrazioni".⁴¹

"effettività e tipicità delle forme di tutela si pongono in tendenziale conflitto, e che la prima risulta strettamente collegata con l'opposto principio di atipicità". L'autore richiama, oltre ad alcune disposizioni relative al processo civile che sanciscono la atipicità della tutela (in particolare, per quanto riguarda la tutela cautelare, l'art. 700 del c.p.c. e nel contesto del diritto del lavoro l'art. 28 dello Statuto dei lavoratori), l'art. 63, co. 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n.165 secondo il quale, nelle controversie di lavoro che riguardano i dipendenti pubblici assoggettati al regime della privatizzazione, il giudice "adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati".

³⁹ Cfr. PROTO PISANI, *Appunti preliminari cit.*, 6 ss. che, nel riprendere anche la celebre frase chiovendiana, sottolinea come l'art. 24 della Costituzione "ha esaltato - costituzionalizzando - il carattere strumentale del processo". Il saggio classifica le diverse tipologie di "crisi di cooperazione" nelle relazioni interpretate i "bisogni di tutela" che devono essere soddisfatti nella sede processuale. La violazione degli obblighi primari fa sorgere una serie di obblighi cosiddetti derivati. Così, per esempio, all'obbligo primario di astensione dalla costruzione di opere materiali che limitano il godimento di una res corrisponde, in caso di violazione, l'obbligo derivato di distruggere.

⁴⁰ CLARICH, *op. ult. cit.*, 583 ss.

⁴¹ Sulle cosiddette autorizzazioni conformi al diritto comunitario in materia di servizi pubblici, cfr. FRACCHIA, *Autorizzazione*

In definitiva, un'interpretazione conforme alla Costituzione delle disposizioni legislative vigenti in tema di giurisdizione di legittimità deve, dunque, tendere, in assenza di ostacoli insuperabili, a questo tipo di risultato.

4.- La tipicità dell'azione di annullamento contrapposta all'atipicità delle azioni di accertamento e di condanna.

Il fatto che l'azione di accertamento non sia prevista dalle norme sul processo amministrativo non può, di per sé, precluderne l'ammissibilità. Infatti, un fondamento legislativo espresso appare necessitato soltanto per l'azione di annullamento. L'art. 113, ultimo comma, della Costituzione prevede che la legge debba determinare "quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa".⁴²

La tipicità dell'azione di annullamento nel processo amministrativo può trovare una spiegazione nell'esigenza di salvaguardare la sfera del potere attribuito alla pubblica amministrazione.

Il potere di accertamento del giudice non può essere limitato, invece, alle sole ipotesi tipiche specificamente previste. I principi costituzionali e le disposizioni legislative che disciplinano il processo amministrativo non sembrano assoggettare la tutela di accertamento e la tutela di condanna a un principio di tipicità⁴³. D'altra parte, sotto il profilo strutturale e nell'ottica della separazione dei poteri, costituiscono un "minus" rispetto alla tutela costitutiva. A questo proposito, occorre sottolineare che anche la sentenza di annullamento nel processo amministrativo rientra tra le sentenze costitutive non necessarie⁴⁴.

Infatti, è possibile separare, nella sentenza di annullamento, sempre sul piano logico, la funzione cognitiva di accertamento e la funzione esecutiva di attuazione coattiva⁴⁵. Si potrebbe ritenere che il provvedimento illegittimo faccia sorgere in capo al titolare dell'interesse legittimo "una pretesa alla sua rimozione da parte dell'amministrazione, rimozione alla quale essa potrebbe provvedere spontaneamente in via di autotutela (da qui anche la riconduzione della sentenza di annullamento alle azioni costitutive non necessarie)".⁴⁶

Il processo tende pertanto ad un tempo all'accertamento di questa particolare pretesa, attraverso l'esame della fondatezza dei motivi di ricorso, e alla realizzazione coattiva immediata della medesima, attraverso la pronuncia di annullamento⁴⁷.

esecutiva allo stesso tempo. La peculiarità del processo in questi casi è, infatti, che in esso si assomma "la funzione cognitiva di accertamento della pretesa e la funzione esecutiva di attuazione coattiva tramite un terzo della pretesa stessa". In sostanza, scomponendo sul piano logico la sentenza costitutiva, il giudice compie una duplice operazione: accerta che sussiste nel caso concreto il diritto alla modificazione giuridica fatto valere in giudizio dall'attore (diritto potestativo); rende operativo nella sfera giuridica del convenuto il mutamento giuridico richiesto.

⁴⁵ "La sentenza di annullamento compatta in un unico contesto una sequenza che il legislatore potrebbe, in ipotesi, articolare in modo diverso, secondo il modello della tutela costitutiva incompiuta, rimettendo all'amministrazione la possibilità di trarre, almeno in prima battuta, le conseguenze dell'accertamento giudiziale. La sequenza ipotizzabile potrebbe essere la seguente: accertamento della pretesa, condanna alla rimozione dell'effetto giuridico prodotto dal provvedimento impugnato e, sul presupposto di una mancata cooperazione da parte dell'amministrazione, nel momento dell'esecuzione coattiva ad opera di un'ulteriore pronuncia del giudice." CLARICH, *Tipicità delle azioni cit.*, 583 ss. Sulla sentenza costitutiva incompiuta, cfr. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato cit.*, 174 anche alla nota 34.8 che chiarisce come anche il giudizio di ottemperanza può essere sussunto in questo modello.

⁴⁶ La rimozione dell'illegittimità costituisce per l'amministrazione "un dovere derivato", mentre "il dovere originario" violato consiste nell'emanazione del provvedimento legittimo. Si potrebbe obiettare che il dovere derivato, cioè l'esercizio del potere di autotutela, è qualitativamente diverso dal dovere originario di provvedere in modo legittimo. In realtà, la valutazione dell'interesse pubblico attuale all'annullamento d'ufficio non è richiesta o comunque ha una rilevanza assai limitata ove l'annullamento intervenga entro un lasso di tempo breve, cioè, in ipotesi, subito dopo la contestazione formale operata dal soggetto privato attraverso la proposizione del ricorso entro il termine decadenziale di 60 giorni. Per la ricostruzione dell'azione amministrativa come non costitutiva in senso stretto, proprio perché il mutamento giuridico può essere operato non soltanto dal giudice ma anche dalla pubblica amministrazione in via di autotutela, cfr. GLEIJESES, *Per una teoria dell'azione processuale amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1961, 761. Per una critica di questa tesi, cfr. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato, cit.*, 128.

⁴⁷ Ciò vale soprattutto per gli interessi legittimi oppositivi, cioè per la tutela costitutiva "demolitoria". Nel caso, invece, degli interessi legittimi pretesivi, nulla impedirebbe, almeno sul piano logico, di prefigurare una tutela costitutiva "costruttiva", volta cioè "a produrre in positivo l'effetto reclamato al privato. Se in concreto così non è, dipende dal fatto che in campo amministrativo esiste il giudizio di ottemperanza, per cui l'effetto non viene prodotto direttamente dalla sentenza, ma a mezzo di tale autonomo processo. La sentenza in questione, quale che

amministrativa e situazioni giuridiche soggettive, Napoli, 1996, 333 ss.; RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999, 265 ss. Per alcuni esempi di "conformazione dei poteri di conformazione" cfr. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2003, 120.

⁴² La disposizione è il frutto di una mediazione tra l'impostazione di Calamandrei che voleva conferire alla giurisdizione ordinaria pienezza di cognizione delle controversie con la pubblica amministrazione, conferendo anche il potere di annullamento, e l'impostazione espressa in Aula dall'on. Ruini che mirava a evitare invece che "ogni autorità giudiziaria, anche un pretore, potesse annullare gli atti della amministrazione". La disposizione poi approvata avrebbe consentito secondo l'on. Ruini "anche la possibilità di escludere dal potere di annullamento, una parte, la maggior parte, delle giurisdizioni ordinarie...". Per queste citazioni e per una ricostruzione delle disposizioni costituzionali cfr. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e costituzione*, in *Giur. Cost.*, 2004, 3031 ss.

⁴³ Finché non incidono sulla sfera della discrezionalità dell'amministrazione, appaiono meno problematiche. Al contrario della sentenza costitutiva, infatti, le sentenze di accertamento e di condanna non determinano una sostituzione diretta della volontà della volontà del giudice rispetto a quella dell'amministrazione.

⁴⁴ Le sentenze costitutive di questo tipo sono state ricondotte dalla dottrina processual-civilista nell'ambito della tutela di condanna ed

In definitiva, l'annullamento costituisce un *quid pluris* rispetto all'accertamento della pretesa alla rimozione del provvedimento illegittimo⁴⁸. Non si tratta peraltro di un'osservazione nuova.

In ultima analisi *"non pare azzardato ritenere che un ordinamento processuale che con riferimento alla tutela degli interessi legittimi prevede espressamente l'azione di annullamento, ammette con ciò stesso implicitamente la possibilità di proporre azioni dichiarative di doveri e di condanna all'emanazione di un provvedimento determinato, almeno nei casi in cui all'esito dell'accertamento processuale, e dunque in relazione ai limiti oggettivi del giudicato, non residui in capo all'amministrazione alcun margine di discrezionalità"*⁴⁹.

5.- Brevi osservazioni sul termine per ricorrere.

Per quanto concerne il termine per la proposizione del ricorso si è soliti soffermarsi sul termine di sessanta giorni, considerato quello proprio, perentorio, per la proposizione delle azioni tipiche di annullamento⁵⁰. Si è osservato che il rilievo assunto nella giurisprudenza amministrativa dal *"termine di decadenza dell'azione"* ha influito su *"l'assoggettamento delle varie e multiformi vicende in cui emerge un bisogno di tutela di*

sia la formula utilizzata, è quindi, nella sostanza, una condanna: accertato che il privato ha diritto a quel certo effetto, il giudice impone alla p.a. di produrlo, dopodiché, qualora non lo faccia, si farà luogo al giudizio di ottemperanza". Complessivamente il meccanismo cognizione-ottemperanza ha però un significato tipicamente costitutivo: cfr. FORNACIARI, op. cit., 57-58 ma anche 174 specialmente nota 34.8 e 293 nota 57.2 ove, per respingere l'obiezione che nel caso di impugnazione di un provvedimento negativo non sussiste necessariamente un diritto alla produzione di un effetto favorevole poiché l'amministrazione può in molti casi godere di discrezionalità, si sostiene, tra l'altro, che allorché la produzione di un effetto dipenda da una scelta discrezionale, non sussiste un diritto all'effetto, bensì *"solo la possibilità di accedere, senza garanzia di risultato (...) all'area della libera valutazione degli interessi, la cui cura è rimessa in via esclusiva alla p.a."*.

⁴⁸ Non si tratta peraltro di un'osservazione nuova. Più di cinquant'anni fa, Miele sottolineava che la sentenza di annullamento, così come quella di condanna, *"si scinde logicamente nei due momenti dell'accertamento e della repressione dell'invalidità"*, MIELE, *Sentenze dichiarative cit.*, 126 che così prosegue: *"Sicché quando il secondo momento non può più tecnicamente aver luogo, ma il primo ha conservato una propria ragione di essere, la sentenza che si limita all'accertamento non cambia, ma soltanto riduce il petitum"*.

⁴⁹ M. CLARICH, op. ult. cit., 597 ss.

⁵⁰ Per le azioni in materia di giurisdizione esclusiva che prescindano dall'impugnazione di un provvedimento il termine per ricorrere, come è noto, non è quello di decadenza, ma di prescrizione del diritto. A commento di alcune recenti disposizioni concernenti l'accelerazione del processo amministrativo in specifiche materie cfr. SANDULLI, *Il processo amministrativo superaccelerato e i nuovi contratti ricorso-resistenti*, in *www.federalismi.it*, n. 4/2009, sui termini in particolare 8 ss.

*mero accertamento alla disciplina del processo di legittimità"*⁵¹.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza annotata, ritiene applicabile il termine di decadenza di sessanta giorni, analogo a quello previsto per richiedere l'annullamento del permesso di costruire, e non il termine di prescrizione, in quanto l'azione, ancorché di accertamento, non è diretta alla tutela di un diritto soggettivo, ma di un interesse legittimo.

Un termine quindi posto sia a tutela dell'interesse legittimo all'accertamento della sussistenza dei presupposti per la d.i.a., che a tutela dell'affidamento del soggetto che ha proposto la d.i.a. e non si è visto muovere alcun rilievo entro il termine previsto dalla legge.

Per individuare il momento da cui inizia a decorrere il termine per l'impugnazione, la VI sezione pertanto fa riferimento ai principi già elaborati dalla giurisprudenza per l'impugnazione delle concessioni edilizie.

In queste ipotesi il termine iniziale è stato identificato non nel *"mero inizio dei lavori"*, ma nella piena conoscenza che si ha con la percezione del contenuto del progetto approvato, dell'organo che ha emanato la concessione e della data o che si presume dal fatto che gli interventi edilizi siano ultimati o, comunque, siano in uno stato di esecuzione avanzato e tale da rendere evidenti le caratteristiche e la consistenza dell'opera che viene realizzata, *"a meno che non si deducano l'assoluta inedificabilità dell'area o analoghe censure, nel qual caso risulta sufficiente la conoscenza dell'iniziativa in corso"*⁵². È comunque indispensabile la conoscenza della non conformità dei lavori alle norme urbanistiche⁵³. La prova che sia stata acquisita la piena conoscenza del provvedimento in data anteriore, rispetto a quella considerata dal ricorrente, deve essere fornita (con *"una prova diretta, piena ed irrefutabile"*) dalla parte che eccepisce la tardività del ricorso⁵⁴.

Sembra quindi che il giudice amministrativo abbia opportunamente commisurato le esigenze del ricorrente e del controinteressato. Infatti, ha assicurato, al primo, una reale e concreta possibilità di richiedere la tutela della sua posizione facendo coincidere il *dies a quo* con il momento in cui abbia effettivamente potuto conoscere e percepire la lesività

⁵¹ TONOLETTI, *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 649 ss.

⁵² Cons. St., sez. IV, 8 luglio 2002, n. 3805 citata dalla VI sezione.

⁵³ Cons. St., sez. IV, 12 febbraio 2007, n. 599; Cons. St., sez. V, 23 settembre 2005, n. 5033; Cons. St., sez. V, 3 marzo 2004, n. 1023; Cons. St., sez. VI, 7 febbraio 1996, n. 182; Cons. St., sez. V, 15 giugno 1998, n. 834.

⁵⁴ Cass., s.u., 28 novembre 2001, n. 15140; Cons. St., sez. V, 28 giugno 2004, n. 4790; Cons. St., sez. V, 14 ottobre 1993, n. 1048.

del provvedimento; tuttavia ha evidenziato anche la necessità di una ricerca accurata e puntuale del momento di effettiva conoscenza per assicurare una tutela anche alle ragioni del controinteressato.

Di questi principi la VI sezione ha fatto puntuale applicazione, sempre che la conoscenza pregressa del progetto, che sembra sia stata eccepita, non consentisse di individuare già in quella fase l'inesistenza dei presupposti per la d.i.a. Nella fattispecie il termine decadenziale per proporre l'azione di accertamento è stato individuato, infatti, nel momento in cui le originarie ricorrenti sono venute a conoscenza della d.i.a. e della lesività dell'intervento edilizio realizzato sulla base della stessa. Non viene dato rilievo alla circostanza (dedotta dal Comune di Verona) che *“le ricorrenti fossero a conoscenza del progetto presentato dalle signore Scudellari e Lucchi ben oltre i sessanta giorni antecedenti, perché ciò che rileva [...] non è la conoscenza del progetto, ma la conoscenza del titolo sulla cui base l'intervento è realizzato”*.

6.- Considerazioni conclusive.

La sentenza in commento costituisce la conferma di un fenomeno che in tempi recenti si sta manifestando in modo sempre più evidente: l'effettività della tutela può essere promossa nel processo amministrativo, forse più che dalle innovazioni legislative, da nuove prospettive, talora anche ardite, aperte dalla giurisprudenza.

Nel caso di specie, il principio della atipicità delle azioni nel processo amministrativo costituisce un passo avanti decisivo nella direzione di allineare il diritto processuale al diritto sostanziale, nel senso che nulla di quanto spetta in astratto sul piano dei rapporti sostanziali che intercorrono tra il privato e la pubblica amministrazione possa andar perso o venga comunque compresso all'interno del processo.

È difficile prevedere se il nuovo indirizzo prenderà piede nella giurisprudenza amministrativa e se verrà affinato ed esteso anche ad altre fattispecie (quali? in che ambiti?), oppure se rimarrà un precedente isolato. Per chi ha a cuore il valore dell'effettività della tutela l'auspicio è che la sentenza in commento abbia aperto un nuovo filone giurisprudenziale.

È probabile comunque che essa si presti a una duplice critica di segno opposto: da un lato, perché opera una rottura con la visione tradizionale del processo amministrativo come processo essenzialmente caducatorio; dall'altro perché assoggetta l'azione di accertamento allo stesso termine decadenziale dell'azione di annullamento.

Quanto alla prima critica, basta ricordare che anche la recente sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione n. 30254/2008, già citata, chiarisce che sia

per il diritto soggettivo sia per l'interesse legittimo la tutela risarcitoria costituisce la forma minima di tutela che deve essere garantita sempre e comunque, mentre la tutela costitutiva costituisce un elemento aggiuntivo eventuale. Il rovesciamento di prospettiva trova dunque un avallo autorevole.

Quanto alla seconda critica, si può osservare che l'azione di accertamento di cui trattasi ha per oggetto pur sempre un interesse legittimo, cioè una situazione relazionale tra un'amministrazione pubblica titolare di un potere e un soggetto privato inciso negativamente o positivamente nella propria sfera giuridica allorché il potere venga concretamente esercitato. Restano dunque invariate le esigenze di certezza e di stabilità dell'assetto di un rapporto che pur sempre involge interessi pubblici. Nel caso della d.i.a., poi, come si è accennato, viene in rilievo anche l'esigenza di tutelare l'affidamento del soggetto che intende intraprendere l'attività.

Se mai, ci si potrebbe chiedere per quale ragione la sentenza abbia esitato a compiere il passo ulteriore rispetto al mero accertamento della lesione dell'interesse legittimo causata da un'attività intrapresa in assenza dei presupposti di legge, e abbia rimesso all'amministrazione il compito di trarre le conseguenze di tale accertamento, precisando peraltro che *“graverà sull'amministrazione l'obbligo di ordinare la rimozione degli effetti della condotta posta in essere dal privato, sulla base dei presupposti che il giudice ha ritenuto mancanti”*.

Trattandosi, almeno di regola, di attività vincolata, e in presenza di una domanda formulata in tal senso dal ricorrente, il giudice amministrativo potrebbe, *pro futuro*, esplicitare nel dispositivo, in aggiunta all'accertamento della lesione, anche la condanna dell'amministrazione a rimuoverla. Si aprirebbe così la strada anche all'azione di adempimento in senso proprio.