

GIUDIZIO AMMINISTRATIVO SUL «RAPPORTO» E TUTELA DICHIARATIVA: DAL PASSATO REMOTO AL FUTURO PROSSIMO

di Andrea Giordano*

SOMMARIO: 1. Posizione del problema - 2. Dal particolare al generale. L'azione di accertamento dei presupposti della d.i.a. o della s.c.i.a. - 3. *Segue.* Il superamento dei limiti all'azionabilità del mero accertamento nel processo amministrativo. A) Natura del giudizio e delle situazioni soggettive tutelate - 4. *Segue.* B) Atipicità del mero accertamento e tipicità della tutela - 5. Verso una nuova grammatica della tutela dichiarativa. A) La cornice del giudizio e i beni della vita. - 6. *Segue.* B) Il nuovo modello del mero accertamento - 7. *Segue.* Le conferme dell'analisi alla luce della l. 30 luglio 2010, n. 122 e del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 - 8. L'applicabilità del modello nei riti amministrativo, civile e tributario. Il rinnovato giudizio sul rapporto nel contesto delle giurisdizioni fungibili.

1.- Il potere giudiziale di accertamento è connaturato al concetto stesso di giurisdizione e la tutela erogata deve assicurare in modo specifico l'attuazione della pretesa sostanziale¹. Quella che ha il sapore di un'ovvietà, del tutto implicita ad un sistema processuale coerente, è stata sostanzialmente ribadita, con riferimento al processo amministrativo, dalla recenti pronunce del Consiglio di Stato, n. 717/2009 e n. 2139/2010. Quali siano le ragioni sottese alle dette enunciazioni di principio, affatto nuove² e per lo più

* Dottorando di ricerca in diritto processuale civile dell'Università di Roma "La Sapienza".

¹ Così, in particolare, Cons. St. VI sez., 9-2-, n. 717, ai par. 7.9.3 e 7.9.4, avallata dalla più recente Cons. St. VI sez., 15-4-2010, n. 2139. Nello stesso senso, v. anche la recente sentenza Cass. s.u., 23-12-2008, n. 30254, in Corr. giur., 5/2009, 653, con note di A. di Majo ed E. Picozza, che, nell'opporsi al carattere pregiudiziale dell'annullamento dell'atto amministrativo rispetto alla tutela risarcitoria, ha affermato che «la tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale e non viceversa».

² Sulla connaturalità della funzione di accertamento alla giurisdizione, si

autoevidenti, lo si desume dall'altrettanto storica ritrosia del giudice amministrativo ad ammettere l'esperibilità in via autonoma delle azioni di mero accertamento. Se può dirsi risolta, in senso affermativo, la questione della proponibilità delle azioni dichiarative in sede di giurisdizione esclusiva sui diritti soggettivi³, non è altrettanto pacifica l'ammissibilità del rimedio in relazione agli interessi legittimi⁴.

Al vuoto di tutela che si avrebbe ove, in mancanza di un atto contro cui ricorrere, vi fosse egualmente interesse ad agire ha posto rimedio il Consiglio di Stato, con pronunce che, come quelle menzionate, si pongono in continuità ideale con C. Cost., 6 luglio 2004, n. 204⁵.

Trova conferma la necessità che alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa, indipendentemente dalla natura che vantino, venga garantita una tutela piena ed effettiva⁶. Dalla generale applicabilità del mero accertamento scaturisce, insomma, una diversa configurazione del rito

veda – com'è noto – G. Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, 76 e A. Attardi, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, 158. Sulla necessità che il processo garantisca una tutela effettiva delle situazioni sostanziali, ancora G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, 21.

³ In argomento, da ultimo, M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 566.

⁴ Si pensi a Cons. St. V sez., 6-10-1999, n. 1343 e Id., VI sez., 20-10-1998, n. 1399, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it, che negano l'ammissibilità del mero accertamento in presenza di atti autoritativi.

⁵ Così, infatti, Corte cost., 6-7-2004, n. 204, 2.3.3, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 799, con note di V. Cerulli Irelli e R. Villata ed in *Foro it.*, 2004, I, 2594, con note di S. Benini, A. Travi, F. Fracchia. In argomento, cfr., ex multis, P. Sandulli, *I nuovi percorsi di tutela. Riflessioni in materia di processo civile*, Roma, 2006, 295.

⁶ Sulla parificazione sostanziale di diritti soggettivi ed interessi legittimi, nella logica di un rapporto paritario tra cittadino ed amministrazione pubblica, cfr. F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di G. Guicciardi*, Padova, 1975 e, per una riflessione all'indomani del d.lgs. n. 80/1998, Id., *Nuovi indirizzi del processo amministrativo*, in *Il diritto dell'economia*, 1998, 528. Si veda anche A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, 3. Le conclusioni rassegnate traggono ulteriore valore dagli articoli 1 e 2 del nuovo codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104).

amministrativo, ampliato nell'oggetto e raffinato nel ventaglio degli strumenti azionabili. In che modo e in che senso il "via libera" all'azione dichiarativa possa incidere sulla natura del giudizio amministrativo, rendendo la relativa giurisdizione comunicante e fungibile con quelle ordinaria e tributaria⁷, è la causa, efficiente e finale, della nostra indagine.

2.- Il particolare da cui muovere è quello contemplato nella pronuncia n. 2139/2010, e già nella precedente n. 717/2009 del Consiglio di Stato, ove ci si è posto il problema di adeguatamente tutelare i terzi pregiudicati da un intervento assoggettato a denuncia di inizio attività⁸.

Una volta riconosciuta la natura privatistica della d.i.a.⁹, i

⁷ Ciò in sintonia con l'ordinanza Corte cost., 17-5-2001, n. 140, in www.giurcost.org, alla quale la citata Corte cost. n. 204/2004 attribuisce il merito di aver rilevato l'emersione di un principio di «indifferenza o intercambiabilità della tutela» fornita dalle giurisdizioni ordinaria ed amministrativa.

⁸ Gli stessi principi devono ritenersi applicabili alla nuova s.c.i.a., introdotta dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, in supplemento n. 174/L alla Gazzetta Ufficiale 30 luglio 2010, n. 176, che ha così riformato l'art. 19 l. n. 241/1990, cit.: «ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato (...) è sostituito da una segnalazione dell'interessato, con la sola esclusione dei casi in cui sussistano i vincoli ambientali, paesaggistici o culturali (...)». Sul tema della tutela del terzo controinteressato, si vedano W. Giulietti, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008, 221; L. Martinez, *La dichiarazione di inizio attività: natura e regime giuridico*, Torino, 2008, 115; A. Travi, *La DIA e la tutela del terzo: fra pronunce del g.a. e riforme legislative del 2005*, in *Urb. e app.*, 2005, 1332; M. A. Sandulli, *Competizione, competitività, braccia legate e certezza del diritto*, in www.giustamm.it, 2005; Id., *Denuncia di inizio attività*, in *Riv. giur. edil.*, 2004, 121; Id., *Effettività e semplificazione nel governo del territorio: spunti problematici*, in *Dir. amm.*, 2003, 518; M. Macchia, *La denuncia di inizio attività e la tutela del terzo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1993, 55.

⁹ Com'è noto, due sono le tesi inerenti alla natura giuridica della d.i.a. Sul primo orientamento, che qualifica la d.i.a. come istanza autorizzatoria che, decorso il termine di trenta giorni (ma cfr. le novità introdotte dalla l. n. 122/2010), determina la formazione di un atto tacito di assenso, v. Cons. St. sez. IV, 25-11-2008, n. 5811, in *Guida dir.*, 2009, 98; Cons. St. sez. IV, 29-7-2008, n. 3742, in *Foro amm. CdS*, 2008, 2055; Cons. St. sez. IV, 5-4-2007, n.

Giudici di Palazzo Spada hanno ammesso la facoltà dei controinteressati di agire in accertamento dell'insussistenza dei presupposti legittimanti l'intervento edilizio¹⁰. L'azione sarebbe esperibile indipendentemente dall'esistenza di un atto e al fine specifico di conseguire l'accertamento del difetto dei presupposti¹¹. Le modalità di proposizione dell'azione resterebbero, tuttavia, quelle individuate dalla legge Tar, e, oggi – come deve ritenersi – dal codice del processo amministrativo, compreso il termine decadenziale di sessanta giorni, destinato a decorrere dal momento dell'effettiva conoscenza della d.i.a. da

1550, in Riv. giur. edil., 2007, 1032. Nello stesso senso, per la dottrina, W. Giulietti, *Attività privata e potere amministrativo*, cit., 2; C. Adesso, *La dichiarazione di inizio attività e la tutela del terzo: un rapporto difficile tra riforme legislative ed incertezze giurisprudenziali*, in *Foro amm. Tar*, 2008, 65; V. Lopilato - C. Maddau, *I silenzi della pubblica amministrazione*, in R. Chieppa - V. Lopilato (a cura di), in *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 342. Sul secondo orientamento, favorevole alla natura soggettivamente ed oggettivamente privatistica della d.i.a., cfr. Cons. St. sez. V, 22-2-2007, n. 948, in *Foro amm. CdS*, 2007, 545; Cons. St. sez. V, 19-6-2006, n. 3586, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St. sez. IV, 22-7-2005, n. 3916, *ivi*. In senso conforme alla natura di atto privato, per la dottrina: G. Acquarone, *La dichiarazione di inizio attività (d.i.a.)*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 281; Id., *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, Milano, 2000, 31; A. Romano, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, I, 289. Per una ricostruzione unitaria del problema, cfr. M. A. Sandulli (a cura di), *Testo Unico dell'edilizia*, Milano, 2009, 388.

¹⁰ Così, in particolare, Cons. St., n. 717/2009, *cit*. Nello stesso senso, in precedenza, TAR Liguria sez. I, 22-1-2003, n. 113, ove si affermava che il terzo potesse altresì invocare, nel giudizio di accertamento, una tutela di tipo cautelare. In senso favorevole, per la dottrina, M. A. Sandulli, *Effettività e semplificazione nel governo del territorio: spunti problematici*, *cit.*, 526, che ritiene la soluzione conforme al principio di effettività della tutela. Si veda anche l'impostazione di F. Gaffuri, *I ripensamenti giurisprudenziali in merito alla questione relativa alla denuncia di inizio attività e alla tutela del terzo controinteressato dopo le riforme del 2005 alla l. n. 241/1990*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 265, per cui il controinteressato potrebbe chiedere al giudice amministrativo di dichiarare l'illegittimità del silenzio-adempimento formatosi a seguito dello spirare del termine perentorio dei 30 giorni.

¹¹ Come ha specificato la sentenza Cons. St., 2139/2010, par. 5, l'azione deve essere proposta nei confronti del soggetto pubblico che ha il compito di vigilare sulla d.i.a., in contraddittorio con il denunciante.

parte del terzo¹².

È, del resto, vero che, una volta esclusa la configurazione della denuncia di inizio attività quale istanza volta a provocare un provvedimento di silenzio-assenso¹³, mancherebbe un atto da impugnare avanti al TAR: al terzo sarebbe, pertanto, inibita la tutela giudiziale nelle forme dell'ordinario processo di impugnazione¹⁴.

Non risolverebbe il problema neppure un ricorso avverso il silenzio-inadempimento, ai sensi dell'articolo 21-bis l. 6 dicembre 1971, n. 1034, o del più recente art. 31 c. 2 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, previa richiesta alla p.a. di agire in via di autotutela¹⁵. La relativa istanza potrebbe, infatti, portare ad un

¹² Si opterebbe, invece, per il termine prescrizione ove si avallasse la tesi (L. Ferrara, *Diritti soggettivi ed accertamento amministrativo*, Padova, 1996, 143) che qualifica la situazione sostanziale del terzo in termini di diritto soggettivo. Si vedano i rilievi di A. Formica, *Dia e accertamento nel processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2009, 584, per il quale sarebbe più opportuno subordinare l'esercizio della tutela dichiarativa al termine previsto per l'impugnativa del silenzio-rifiuto.

¹³ O meglio, una «sub-specie peculiare» del silenzio-assenso, che da quest'ultimo si differenzerebbe per alcuni profili procedurali, quali il previo inizio dell'attività edilizia da parte del privato (così, V. Lopilato - C. Maddau, *I silenzi*, cit., 342). Ciò deve dirsi a fortiori in relazione alla nuova normativa ex l. n. 122/2010, che si spinge a prevedere la facoltà del soggetto di iniziare l'attività oggetto di segnalazione già alla data della presentazione di quest'ultima.

¹⁴ Altrettanto inagibile sarebbe la strada del sollecito all'amministrazione competente ad esercitare il potere, previsto dall'articolo 19 c. 3 l. 7 agosto 1990, n. 241, di inibire la prosecuzione dell'attività edilizia e rimuoverne gli effetti. Lo spirare del termine perentorio, oggi di sessanta giorni, e la conseguente consumazione del potere inibitorio della p.a. farebbero del rimedio in questione – e dell'eventuale impugnativa del silenzio formatosi – una sorta di buco nell'acqua (così, già A. Travi, *Silenzio assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei controinteressati*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 23). Appare, poi, dubbia la tesi minoritaria per cui ai controinteressati non resterebbe che adire il giudice ordinario ex art. 872 c.c. o ex artt. 1171 e 1172 c.c. ovvero ex art. 700 c.p.c. (W. Giulietti, *Nuove norme in tema di dichiarazione di inizio attività, ovvero la continuità di un istituto in trasformazione*, in *Giur. merito*, 2006, 211), in quanto escluderebbe gli stessi, in modo arbitrario, da ogni rapporto con la p.a.

¹⁵ E ciò, ex artt. 21-quinquies e 21-nonies l. n. 241/1990. Si vedano, in

nulla di fatto. Come è noto, la revoca può intervenire solo in presenza di motivi di pubblico interesse, sopravvenuti al provvedimento originario, ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto¹⁶. Ancorchè la p.a. non abbia – e non possa avere – di mira un interesse proprio, ma unicamente l'interesse pubblico¹⁷, sta a lei sola stabilire quale sia il mezzo più adeguato al raggiungimento del fine¹⁸.

Va altresì detto che i poteri di autotutela, per loro natura discrezionali, inciderebbero sugli esiti dell'eventuale ricorso avverso il silenzio, che seguirebbe all'inadempimento dell'autorità competente. Il giudice amministrativo dovrebbe limitarsi a statuire l'obbligo dell'amministrazione pubblica di pronunciarsi sull'istanza del terzo con provvedimento espresso e motivato, senza poter disporre in merito al contenuto di quest'ultimo¹⁹.

Alternativamente, potrebbe sembrare effettiva un'istanza di

merito, W. Giulietti, *Attività*, cit., 205; C. Lamberti, *L'impugnazione della DIA*, in *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Atti del Convegno, Certosa di Pontignano - Siena, 13-14 giugno 2008*, e in www.giustamm.it, 14; G. Vesperini, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, in *G.d.a.*, 2007, 83. In senso contrario, cfr. M. A. Sandulli, *Denuncia di inizio attività*, cit., 134, che predilige la soluzione del ricorso diretto contro il comportamento inerte della p.a.

¹⁶ Così, Particolo 21- quinquies della l. n. 241/1990, che alla sopravvenienza di motivi di pubblico interesse equipara la nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

¹⁷ In questo senso, opportunamente, G. Corso, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 185. Per alcune considerazioni generali, si confrontino anche il sempre attuale F. Benvenuti, voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, 1959, e, più di recente, G. Lucignana, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004; A. Travi, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 120; D. Sorace - C. Marzuoli, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1989.

¹⁸ Simili rilievi vanno compiuti in relazione all'annullamento d'ufficio ex art. 21- nonies l. n. 241/1990. Sul tema cfr. G. Zanobini, *Ricorso amministrativo e annullamento d'ufficio*, in *Giur. it.*, 1942, 51; G. Abbamonte, *Annullamento d'ufficio e partecipazione al procedimento*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, Padova, 1998.

¹⁹ Così, S. Murgia, *Crisi del processo amministrativo e azione di accertamento*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 288. Nello stesso senso, Cons. St. sez. V, 9-10- 2007, n. 5271. In senso ancora più netto, TAR Puglia sez. I, 3-7-2008, n. 1612, in *Urb. e app.*, 2008, 1445 e Cons. St. sez. IV, 10-11- 2003, n. 7136, in *Foro amm. CdS*, 2003, 3291.

stimolo dei poteri ex artt. 27 e ss. d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380²⁰, stante la natura non meramente discrezionale, ma vincolata, di questi ultimi²¹. Tuttavia, non per tutti i casi di abuso edilizio è prevista l'adozione di misure ripristinatorie dello stato originario: per molte violazioni la p.a. deve limitarsi ad infliggere una sanzione pecuniaria²². Sarebbe, comunque, insufficiente una tutela differita al momento della realizzazione dell'intervento edilizio, quando sorge ben prima l'interesse a ricorrere del controinteressato. Resterebbe, infine, la necessità di tutelare l'affidamento legittimo dei denuncianti²³, su cui incomberebbe l'istanza del terzo come una spada appesa ad un crine.

²⁰ In merito, si vedano F. Caringella, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2003, nonché F. Caringella - M. Protto, *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000 n. 205*, Milano, 2001. Per la giurisprudenza, cfr. Cons. St. sez. IV, 22-7-2005, n. 3916, in *Foro amm. CdS*, 2005, 2141 e TAR Lombardia sez. II, 15-11-2007, n. 6361, in www.giustizia-amministrativa.it.

²¹ Così, potrebbe dirsi a fortiori alla luce del nuovo codice del processo amministrativo, che, all'art. 31 c. 3, prevede che il giudice possa pronunciare sulla fondatezza della pretesa quando si tratti di attività vincolata della p.a. Diversamente doveva dirsi sulla base della precedente giurisprudenza, per cui il giudice amministrativo, adito con un ricorso avverso il silenzio-inadempimento della p.a., avrebbe dovuto in ogni caso limitarsi a dichiarare l'esistenza di un obbligo di provvedere, senza poter determinare il contenuto del provvedimento da adottare (Cons. St. sez. V, 4-2-2004, n. 376, in *Foro amm. CdS*, 2004, 852 e Cons. St. sez. VI, 4-9-2002, n. 4453, *ivi*, 2116). In questo senso, anche N. Saitta, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2009, 512; ma, contra, già M. Clarich, *Tipicità delle azioni*, cit., 572 e M. A. Sandulli, *Denuncia di inizio attività*, cit., 134.

²² Si vedano, sul punto, le riflessioni di A. Travi, *La d.i.a. e la tutela del terzo: tra pronunce del g.a. e riforme legislative del 2005*, in *Urb. e app.*, 2005, 1332. Diversamente, A. Graziano, *La Dia nelle prime pronunce sulla l. 80/2005. Natura giuridica dell'istituto e tutela giurisdizionale del controinteressato*, *ivi*, 2006, 1102, per il quale potrebbe sussistere anche il solo interesse morale del terzo a che l'abuso venga represso.

²³ Ciò è vero ancorché il mancato esercizio dei poteri inibitori ex art. 23 d.p.r. cit. non faccia venire meno il dovere della p.a. di sanzionare i denunciati che abbiano eseguito opere abusive (v. infatti, Cons. St. sez. IV, 5-8-2003, n. 4482, in www.giustizia-amministrativa.it, nonché di Cons. St. sez. IV, 2-6-2000, n. 3184, in *Urb. e app.*, 2000, 785).

3.- Potrebbe apparire evidente, in assenza di alternative praticabili o realmente effettive, una conclusione favorevole all'esperibilità del mero accertamento da parte dei controinteressati.

Non è tutto ciò che appare, tuttavia, ove si consideri la tradizionale configurazione del processo amministrativo quale giudizio costitutivo, teso all'annullamento dei provvedimenti illegittimi²⁴.

Dall'istituzione, con la legge 31 marzo 1889 n. 5992, della IV sezione del Consiglio di Stato, si individuò nell'impugnazione degli atti viziati, e nella conseguente pronuncia caducatoria, lo strumento cardine di tutela contro l'esercizio illegittimo dei pubblici poteri. La chiara enunciazione dell'articolo 3 della legge citata²⁵ creava un nesso tra tutela impugnatoria ed interessi legittimi, colmando le lacune della legge abolitrice del contenzioso²⁶. Dinanzi ad un atto amministrativo concepito come l'espressione fulgida della supremazia autoritativa dello Stato²⁷, non potevano configurarsi posizioni diverse dagli

²⁴ Si vedano E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942, 218; E. Casetta, *Osservazioni sull'ammissibilità di decisioni di mero accertamento da parte del giudice amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1953, 149; E. Allorio, *Per una teoria generale dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1955; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1958, 320; F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960; A. Lugo, *Le azioni di mero accertamento nell'ambito del giudizio amministrativo*, in *Giust. civ.*, 1964, II, 80; G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto*, Milano, 1980, 86. Si rinvia al par. 5 di questo studio, e alla bibliografia ivi citata, per l'evoluzione in senso fondamentalmente dichiarativo del nostro processo

²⁵ Che devolveva alla IV sezione il potere di decidere sui ricorsi per incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge contro «atti o provvedimenti» relativi ad «un interesse di individui o di enti morali giuridici».

²⁶ Si fa riferimento alla nota legge 20 marzo 1865, n. 2248 All. E, che attribuiva al giudice ordinario il solo potere di disapplicazione degli atti amministrativi. Sulle insufficienze della legge abolitrice, si rinvia al discorso di Silvio Spaventa, in P. Clementini, *Della competenza e dei procedimenti in ordine alle leggi amministrative*, Torino, 1900, 2, nonché a F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, cit., passim.

²⁷ Ci si richiama al pensiero di O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, Berlin, 1923, 93, ampiamente ripreso dalla dottrina nostrana (cfr. l'opera di O. Ranalletti e G. Zanobini). Si veda, sul tema, M. Nigro, Silvio Spaventa e la

interessi legittimi né rimedi concorrenti o alternativi all'annullamento in via giudiziaria²⁸.

Quanto la disciplina precedente al d.lgs. 104/2010 recasse il segno del passato lo si poteva dire in virtù degli articoli 26 e 45 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 e dell'articolo 26 legge Tar. Alla base della generale giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo vi era il primo dei disposti citati, che fedelmente ricalcava l'articolo 3 della legge n. 5992/1889, modulando sull'atto il nostro processo e sui vizi che lo inficiano i motivi del ricorso²⁹. Erano, poi, gli artt. 45 r.d. 1054/1924 e 26 l. 1034/1971, che erigevano l'annullamento dell'atto a contenuto tipico della pronuncia di accoglimento e inibivano, così, al g.a. di vagliare la fondatezza della pretesa attorea alla luce del rapporto dedotto in giudizio³⁰.

Solo in relazione ai diritti soggettivi si era pacificamente ammessa una deroga al modello impugnatorio, tale da rendere accessibile la tutela giudiziaria anche in assenza di un provvedimento contro cui ricorrere e nel rispetto del termine

giustizia amministrativa come problema politico, in Riv. trim. dir. pubbl., 1970, 735, ove si rinviene la definizione dell'atto quale «formale enunciazione autoritativa della volontà dello Stato nel caso concreto».

²⁸ In argomento, A. M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, s.d. (ma 1962), 143. Si vedano anche M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, 229, nonché V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 87 e Id., *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Foro amm.*, 1980, 853.

²⁹ Nella stessa ottica si collocano gli articoli 2 e 3 della l. Tar, n. 1034/1971.

³⁰ Diversamente deve dirsi per la giurisdizione esclusiva o per quella di merito (su cui, oggi, cfr. gli artt. 133 e 134 d.lgs. 104/2010). Sui disposti menzionati e sui caratteri della generale giurisdizione di annullamento, G. Zanobini, *Corso*, II, cit., 320; V. Caianiello, *Le azioni*, cit., 851; G. Abbamonte, *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano, 1989, 1; G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto*, cit., passim; Id., *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 481; N. Di Modugno, *Tipicità (o atipicità) delle azioni e tipicità dei dispositivi di accoglimento del ricorso nella sentenza amministrativa di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 84.

lungo di prescrizione³¹. Mediante il distinguo tra atti autoritativi, involgenti posizioni di interesse legittimo, ed atti paritetici, incidenti, invece, sui diritti soggettivi³², si era dato vita ad un ordine giurisdizionale “speciale”, riservato alla tutela delle situazioni giuridiche realizzabili a prescindere dall’intermediazione di un atto³³. Nulla cambiava in tema di interessi legittimi: anche nell’ambito delle materie di giurisdizione esclusiva, si preservava il modello dell’azione di impugnativa sottoposta al termine breve di decadenza³⁴.

Del resto, la ricostruzione dell’interesse legittimo alla stregua di una pretesa alla legittimità dell’azione amministrativa³⁵ o di un

³¹ In questi termini si esprime la giurisprudenza, a partire dal celebre «caso Ricciardi» (Cons. St. sez. V, 1-12- 1939, in Foro it., 1940, III, 9), preceduto dallo scritto dell’estensore G. Fagiolari, *L’atto amministrativo nella giustizia amministrativa*, in Scritti giur. in onore di Santi Romano, Padova, 1939, e dall’altrettanto importante sentenza Cons. St. Ad. Plen., 18-12- 1940, n. 4, in Foro it., 1941, III, 190. In argomento, M. S. Giannini, voce *Atto amministrativo*, in Enc. dir., IV, 168; A. Quartulli, *Atti autoritativi e atti paritetici: validità di una distinzione*, in Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato, III, Roma, 1981, 1517; V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e rapporti di lavoro a termine con la Pubblica Amministrazione*, in Dir. proc. amm., 1983, I, 220; Id., *Giurisdizione esclusiva e pienezza di giurisdizione*, ivi, 1989, 623.

³² Il lemma «atti», in materia di diritti soggettivi, è un’evidente forzatura, discesa dalla tradizione configurazione del processo amministrativo come giudizio sull’atto e non sul rapporto. Rilevava l’inadeguatezza della terminologia impiegata già U. Forti, in Foro it., 1941, III, 196.

³³ Si fa riferimento, com’è noto, ai diritti soggettivi cd. perfetti, per i quali si è ammessa la tutela dichiarativa, anche laddove non avessero natura patrimoniale (così, Cons. St. Ad. Plen., 29-10- 1979, n. 25 e Cons. St. sez. V, 14-12- 1989, n. 833, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it).

³⁴ In questo senso, anche A. M. Sandulli, *Il giudizio*, cit., 126, che, nell’ambito della giurisdizione esclusiva, distingue tra un contenzioso di impugnazione, avente ad oggetto gli interessi legittimi, ed un contenzioso di accertamento, inerente ai diritti soggettivi. Si veda, in merito, la tesi di V. Caianiello, *Manuale*, cit., 205, per il quale la distinzione in commento avrebbe carattere solo descrittivo: le materie di giurisdizione esclusiva non si riferirebbero a situazioni soggettive diverse da quelle tutelate nell’ambito della giurisdizione di legittimità.

³⁵ In questo senso, ex multis, E. Guicciardi, *Risarcibilità di interessi legittimi*, in Giur. it., 1963, I, 1106; E. Garbagnati, *La giurisdizione amministrativa*, Milano, 1950; E. Allorio, *La vita e la scienza del diritto*, Milano, 1957, III, 384.

interesse occasionalmente protetto³⁶, tutelato solo se converge con l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata, ha inciso – e tuttora, almeno in parte, incide – sul novero delle azioni esperibili. Privare l'interesse legittimo di ogni valore in sé e proteggerlo esclusivamente in via indiretta o mediata determinava la riduzione degli strumenti azionabili al solo annullamento.

La diversa fisionomia degli interessi legittimi rispetto a quella che connota i diritti soggettivi avrebbe ostato ad un'assimilazione integrale dei primi ai secondi quanto a facoltà di farli valere in giudizio. L'impossibilità di ricostruire i rapporti tra cittadino e p.a. in termini obbligatori, stante l'assenza di un «diritto» del primo all'atto e di un corrispondente «obbligo» della seconda³⁷, avrebbe giustificato quel minus di tutela processuale che agli interessi legittimi tendeva a riservarsi.

4.- Ai rilievi concernenti la natura del processo e delle situazioni sostanziali vanno aggiunti gli argomenti contrari al mero accertamento come «figura generale» o alla stessa immanenza all'ordinamento vigente delle forme di tutela atipica.

Decisiva potrebbe apparire la mancanza di un riconoscimento legislativo espresso dell'azione di accertamento preventivo, che, a differenza di quella costitutiva, non viene contemplata da alcuna norma³⁸. Il principio di tipicità della

³⁶ Definiscono l'interesse legittimo alla stregua di un interesse occasionalmente protetto O. Ranelletti, *Diritti subiettivi ed interessi legittimi*, in *Foro it.*, 1893, I, 470; L. Meucci, *Il principio organico del contenzioso amministrativo*, in *Giust. amm.*, 1891, IV, 1; F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1917, 340; A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 279.

³⁷ In questo senso, la recente ordinanza Cons. St., 21-5-2004, n. 3355, in www.giustizia-amministrativa.it. Per alcuni rilievi contrari, F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, cit., passim.

³⁸ E' questa l'impostazione di A. M. Sandulli, *Il giudizio*, cit., 38 e 143, che ritiene che i giudizi di accertamento possano essere ammessi «nei casi tassativamente indicati dalla legge». Per la giurisprudenza, cfr. Cons. St. sez. V, 20-3-2006, n. 1440, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 874. Per simili rilievi, con riferimento all'azione di adempimento, F. Merusi, *Verso un'azione di*

tutela legherebbe le mani del giudice, rendendo ammissibili le azioni dichiarative, oltre a quelle di annullamento e di condanna, solo in presenza di una puntuale indicazione di legge. Mentre il legislatore tedesco ha dato cittadinanza, con i paragrafi 43 della VwGO³⁹ e 256 della ZPO⁴⁰, ad un'azione dichiarativa di carattere generale, quello nostrano, prevedendone l'esperibilità in ipotesi particolari⁴¹, avrebbe escluso ogni generalizzazione di sorta⁴².

Alle stesse conclusioni potrebbe approdarsi ove si facesse leva sugli articoli 2907 c.c., 99 c.p.c. o 100 c.p.c., che tacciono sui possibili contenuti della domanda di parte⁴³, o sull'art. 2909 c.c., che fa dell'accertamento il denominatore comune delle sentenze ma non lo prevede come forma generale di tutela⁴⁴. Neanche

adempimento?, in Scritti in onore di Giovanni Miele, Milano, 1979, 337. In senso contrario, per la speculare e più recente impostazione, si rinvia al par. 6 del presente lavoro.

³⁹ Che, in particolare, prevede che con la Feststellungsklage si possa chiedere «l'accertamento dell'esistenza o della non esistenza di un rapporto giuridico, o della nullità di un atto amministrativo, qualora l'attore abbia un giustificato interesse ad un sollecito accertamento». Sul paragrafo 43 del Verwaltungsgerichtsordnung, W. Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts. Bielefeld: Gieseking, 1974, 390; R. Pohle, Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, in Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag. München: CH Beck, 1957, 195.

⁴⁰ Il quale consente «l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico, per la ricognizione di una scrittura o per l'accertamento della falsità della stessa, quando l'attore abbia un interesse giuridico ad un immediato accertamento del rapporto giuridico o dell'autenticità o falsità della scrittura con decisione giudiziale». Sui caratteri generali del mero accertamento nel processo civile tedesco, W. Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, cit., 370 e F. Stein, M. Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Tübingen, 1968, 1009. Per un'interpretazione restrittiva del disposto, A. Baumbach, W. Lauterbach, J. Albers, P. Hartmann, Zivilprozessordnung, München, 1985, 256.

⁴¹ Si pensi, con riferimento al processo amministrativo, all'azione di cui all'articolo 21 - septies della l. 80/2005. Per il processo civile, si vedano, ad es., gli articoli 533, 949 e 1079 c.c.

⁴² Si veda, ad es., Cons. St.sez. VI, 18-6-2002, n. 3338, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴³ In questo senso, A. Proto Pisani, Appunti sulla tutela di mero accertamento, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1979, 624.

⁴⁴ Ancora A. Proto Pisani, op. ult. cit., 625.

L'articolo 34 c.p.c. è idoneo a fornire criteri univoci di lettura⁴⁵.

Non stupisce che, in tale silenzio del legislatore, si siano diffuse le interpretazioni restrittive della dottrina. Se Chiovenda aveva ritenuto ammissibile l'accertamento autonomo anche a prescindere dalla lesione di un diritto⁴⁶, al solo ricorrere di uno stato di incertezza, la dottrina successiva ha sensibilmente circoscritto l'ambito applicativo dell'azione⁴⁷. Il ripristino di una «correlazione necessaria» tra accertamento preventivo e diritti soggettivi⁴⁸ ha costretto il primo entro confini angusti, rendendo essenziale la preesistenza di un diritto contestato o vantato da un terzo⁴⁹. Si è giunti persino a avallare, con particolare riferimento al processo civile, l'inconciliabilità della tutela dichiarativa con

⁴⁵ Si veda, in merito, L. Lanfranchi, *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, Milano, 1969, 219, nt. 104. In senso contrario, A. Proto Pisani, *Petizione di eredità e mero accertamento della qualità di erede*, in *Foro it.*, 1961, I, 1989, che dall'ampia facoltà di proporre domande di accertamento incidentale ex art. 34 c.p.c. desume l'ammissibilità, in via generale, del mero accertamento. Sulle condizioni cui è subordinato l'accertamento incidentale, S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1957, 149 e E. Garbagnati, *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 266.

⁴⁶ G. Chiovenda, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933; Id., *L'azione*, cit., 76; Id., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, rist. inalterata 1980, 165. Per l'A., in particolare, «l'accertamento è per se stesso un bene, poiché dalla certezza della legge derivano immediatamente dei vantaggi» (op. ult. cit., 166). Nello stesso senso, per la dottrina tedesca, A. Wach, *Der Feststellungsanspruch*, Leipzig, 1889.

⁴⁷ In argomento, L. Lanfranchi, *Contributo*, cit., passim.

⁴⁸ In questo senso, S. Satta, *Premesse generali della dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Teoria e pratica del processo*, 1940, 11, che afferma che «ogni sentenza di accertamento postula come suo indefettibile presupposto il disconoscimento positivo e concreto di un diritto da parte di persona giuridicamente obbligata ad un contrario comportamento». Nello stesso senso, E. Ricci, voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, 1987, 20, che ritiene che l'accertamento possa riguardare i soli diritti soggettivi: in relazione ai meri fatti (ad es., l'autenticità dell'atto pubblico nella querela di falso) – come anche alle situazioni giuridiche rilevanti al fine dell'esistenza di diritti (ad es., la nullità contrattuale) –, l'azione de qua sarebbe esperibile nei soli casi tassativamente previsti dal legislatore.

⁴⁹ E. Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1983, 88.

situazioni diverse da quelle finali⁵⁰ o con diritti altri da quelli assoluti⁵¹. Così, le suggestioni della processualciviltistica e la necessità di fare salva la discrezionalità della p.a. hanno condotto parte della dottrina amministrativa⁵² a concepire il rimedio accertativo come una sorta di blasfemia o di tabù, pressoché impronunciabile a sistema normativo invariato.

5.- È dai principi generali che è discesa e discende una diversa grammatica della tutela dichiarativa, tale da superare gli ostacoli anzidetti.

Il diritto di difesa e il principio di effettività della tutela comportano un rovesciamento della prospettiva, tanto rilevante da mettere in crisi il tradizionale atteggiarsi dei rapporti tra situazioni soggettive e del giudizio che è preposto a tutelarle⁵³.

La facoltà di agire e difendersi in giudizio, consacrata dall'articolo 24 Cost., è garantita a «tutti» per il soddisfacimento indistinto di «diritti e interessi legittimi», la cui tutela è ammessa «sempre» e «non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti». L'inviolabilità della difesa, giammai derogabile o disponibile, e il carattere incondizionato della tutela non consentono distinzioni

⁵⁰ Così, S. Satta, A proposito dell'accertamento preventivo, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1402, nonché S. Satta, C. Punzi, Diritto processuale civile, Padova, 2000, 268.

⁵¹ Si veda ancora S. Satta, Commentario, cit., Milano, 1965, III, 25, nonché R. Vaccarella, Lezioni sul processo civile di cognizione, Bologna, 2006, 24. Nello stesso senso, A. Piras, Interesse legittimo e giudizio amministrativo, II, Milano, 1962, 126.

⁵² Cfr. P. Stella Richter, L'aspettativa di provvedimento, in Riv. trim. dir. pubbl., 1981, 3; Id., Per l'introduzione dell'azione di mero accertamento nel processo amministrativo, in Scritti in onore di M. S. Giannini, vol. III, Milano, 1988, 863; A. Piras, op. ult. cit., 126.

⁵³ In questo senso, si vedano gli studi di: G. Abbamonte, Sentenze, cit., 6; V. Caianiello, Le azioni, cit., 862; Id., Manuale, cit., 513; V. Domenichelli, Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo, Padova, 1988, 150; L. Perfetti, Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo, Padova, 2004, 300; P. Sandulli, La tutela dei diritti dalla giurisdizione esclusiva alla giurisdizione per materia, Milano, 2004, 3; M. Clarich, Il processo amministrativo "a rito ordinario", in Riv. dir. proc., 2002, 1063 e Id., Tipicità, cit., 585.

tra l'una e l'altra situazione soggettiva. I diritti soggettivi e gli interessi legittimi, come gli ordini giurisdizionali che li tutelano, sono posti su un piano di parità giuridica, vantando di eguale dignità costituzionale.

Come ha, del resto, ricordato la Consulta nella nota sentenza 204/2004⁵⁴, agli interessi legittimi devono essere assicurate le stesse garanzie che si accordano ai diritti soggettivi. Così, le Sezioni Unite della Cassazione, con la pronuncia n. 500/1999⁵⁵, hanno esteso agli interessi legittimi il rimedio risarcitorio e, più di recente⁵⁶, hanno ammesso che il risarcimento possa conseguirsi in via autonoma innanzi al giudice amministrativo, senza il previo annullamento dell'atto illegittimo. Ha chiuso il cerchio l'arrêt n. 30254/2008⁵⁷, decretando la morte, almeno tendenziale, di ogni forma di tutela «differenziata» delle situazioni soggettive⁵⁸.

A convergere con il diritto di difesa è il principio di effettività, che non solo è sotteso ai disposti menzionati ma è altresì immanente all'intero sistema costituzionale⁵⁹. Misurandosi

⁵⁴ Corte cost., 6-7-2004, n. 204, cit., su cui si vedano le riflessioni di M. A. Sandulli, Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti, in Riv. giur. edil., n. 4/2004.

⁵⁵ Cass. s. u. 22-7-1999, n. 500, in Foro it., 1999, I, 2487, il cui orientamento è stato fatto proprio dal legislatore con l'articolo 7 della legge n. 205/2000.

⁵⁶ Si vedano le note ordinanze Cass. s.u., 13-6-2006, nn. 13659 e 13660, in Foro it., 2007, I, 3181 e Cass. s.u. 15-6-2006, n. 13911, in Corr. giur., 2006, 1073.

⁵⁷ Cass. s.u. 23-12-2008, n. 30254, cit.

⁵⁸ Di tutela 'differenziata' parla A. di Majo, La tutela civile dei diritti, Milano, 1993, 67, che sottolinea come i codici moderni abbiano riservato una tutela «forte» solo a determinate situazioni soggettive, marginalizzandone altre. Emblematica, in questo senso, appare Cass. n. 30254/2008, cit.

⁵⁹ Sul principio di effettività, si rinvia a G. Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, I, Napoli, 1935, 21, Id., Principii, cit., 81, nonché ad A. Proto Pisani, Note sulla tutela civile dei diritti, in Foro it., 2002, 165, Id., Appunti preliminari sui rapporti fra diritto sostanziale e processo, in Dir. e giur., 1978, 1 e Id., Appunti sulla tutela di mero accertamento, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1979, 620. Cfr. anche A. di Majo, Il linguaggio dei rimedi, in Europa dir. priv., 2005, 341 e Id., La tutela civile dei diritti, cit., passim., nonché, di recente, l'analisi di F. Piraino, Alcune osservazioni in tema di rimedi, in Riv. dir.

L'effettività sulla maggiore o minore strumentalità del processo rispetto alle situazioni tutelate, si rende necessaria la predisposizione di strumenti che, il più possibile, si adattino alle pretese vantate. La constatazione, recentemente compiuta dalle Sezioni Unite⁶⁰, per cui «la tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale, e non viceversa» non riedita formule da manuale, ma guarda, un tempo, al passato e al futuro, salvaguardando la modernità del sistema.

Il processo deve adeguarsi al concetto, ormai diffuso, di interesse legittimo quale bene della vita, non più solo occasionalmente ed indirettamente protetto, ma meritorio di una tutela immediata⁶¹. L'accostamento degli interessi legittimi ai diritti soggettivi, che ha condotto finanche all'equiparazione dei primi ai diritti di credito⁶², comporta il necessario ampliamento

ec. trasp. amb., 2010, 35. Con riferimento specifico al diritto processuale amministrativo, cfr. E. Picozza, *Il processo amministrativo*, Milano, 2008, 20, Id., *L'effettività della tutela nel processo amministrativo alla luce dei principi costituzionali*, in *Jus*, 1997, 2, nonché S. Tarullo, *Il giusto processo amministrativo*, in *Studi sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004.

⁶⁰ Cass.s.u. 23-12-2008, n. 30254, cit.

⁶¹ Definiscono l'interesse legittimo come situazione sostanziale o bene della vita già M. Nigro, *Giustizia*, cit., 108, M. S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522, F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987. Per le più recenti evoluzioni del concetto di interesse legittimo, anche nei suoi rapporti con il diritto soggettivo, v., oltre ai lavori citati nelle note a seguire, M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2003, 20, per il quale, anche in considerazione dei nuovi istituti di partecipazione al procedimento amministrativo, l'assetto tradizionale delle situazioni soggettive necessita di un ripensamento; C. Varrone, *Stato sociale e giurisdizione sui "diritti" del giudice amministrativo*, Napoli, 2001, che ritiene che ogni diritto è comunque subordinato all'interesse pubblico; G. Oppo, *Novità e interrogativi in tema di tutela degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 391, che sostiene la cedevolezza degli stessi diritti soggettivi ad altri diritti od interessi; A. Falzea, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, ivi, 679, che avalla la riconduzione degli interessi legittimi ai diritti soggettivi.

⁶² L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, 175 e Id., *Diritti soggettivi*, cit. Del resto, già A. Klitsche La Grange, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Padova, 1961, 154 considerava l'interesse legittimo

dei rimedi processuali al di là del mero annullamento degli atti. Lo strumento demolitorio, oltre a non essere imposto dall'articolo 113 Cost.⁶³, soddisfa ben poco il bisogno di tutela ove ricorra un interesse pretensivo, e non meramente oppositivo, di chi agisce in giudizio⁶⁴. Il rischio di una tutela ineffettiva, e di una paradossale giustizia senza scopo, fa della transizione dal giudizio sull'«atto» a quello sul «rapporto» una strada obbligata⁶⁵.

Il concetto di rapporto giuridico, insabbiato dal dogma dell'autoritatività del provvedimento⁶⁶, è oggi destinato ad una prepotente emersione, nell'ottica di un diritto amministrativo paritario – l'unico realmente consonante con il dettato costituzionale. Quale conflitto d'interessi regolato dal diritto⁶⁷, il rapporto avvince la pretesa oppositiva o pretensiva del soggetto alla posizione dell'amministrazione pubblica. Pur non volendosi parlare in termini di diritti e di obblighi dei soggetti coinvolti, deve riconoscersi che l'atto è solo il prodotto di una realtà sottostante: senza l'indagine di questa, è difficile un vaglio del

quale species del diritto soggettivo.

⁶³ Si rinvia ai condivisibili rilievi di V. Caianiello, *Le azioni*, cit., 862, nonché Id., *Manuale*, cit., 513.

⁶⁴ G. Greco, *L'accertamento*, cit., passim.

⁶⁵ Se l'oggetto della giurisdizione, stando agli articoli 24 e 113 cost., si appunta sulla situazione soggettiva e non sull'atto da preservare o annullare, ben può estendersi il sindacato del giudice all'intero rapporto che lega il privato all'amministrazione. In merito, ancora V. Caianiello, *Manuale*, cit., 513. Sulla nozione di giudizio sul rapporto, A. Piras, *Interesse*, cit., II, 225 e M. S. Giannini, A. Piras, voce *Giurisdizione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 229, nonché, più di recente, P. Sandulli, *Dalla giurisdizione*, cit., 23, che desume la rinnovata natura del processo dall'ingresso, con la l. n. 241/1990, degli istituti della partecipazione al procedimento e dell'accesso agli atti. Cfr. anche G. Greco, *L'accertamento autonomo*, cit., 36, 214, Id., *Per un giudizio di accertamento*, cit. In senso favorevole: Cons. St. 22-4- 2004, n. 2368, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St. 22-4- 2004, n. 2367, in *Cons. Stato*, 2004, I, 888; Cons. St. 19-11-2003, n. 9545, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁶ Sul tema, di recente, M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, nonché L. Ferrara, *Dal giudizio*, cit., 80.

⁶⁷ F. Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, 25 e G. D. Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, 1791, rist. Milano, 1998, 198, per il quale le situazioni soggettive sono i «risultati delle relazioni». Si rinvia altresì a R. Orestano, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978.

primo che vada ad investire ogni aspetto⁶⁸.

Non stupisce che la portata innovativa degli orientamenti in questione sia stata colta e, di conseguenza, accolta dal legislatore del processo amministrativo. Emblematico è il ricorso contro il silenzio-inadempimento⁶⁹, che, per definizione, non investe un atto ma un contegno inerte⁷⁰. La facoltà del giudice, introdotta con la l. 14 maggio 2005, n. 80, e confermata dal d.lgs. 104/2010, di verificare la fondatezza della pretesa è il segno ulteriore di una metamorfosi in corso del nostro giudizio. Così, l'esame au fond della domanda è chiaramente presupposto dal nuovo art. 21- octies della l. 241/1990, che nel disciplinare l'annullabilità del provvedimento, consente al giudice di preservarlo ove non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato⁷¹. V'è, poi, lo strumento dei motivi aggiunti di cui all'art. 21 c. 5 legge Tar, e al vigente art. 43 d.lgs. 104/2010, che, permettendo l'ampliamento del petitum ai provvedimenti sopravvenuti⁷², supera il rigore del termine decadenziale e apre all'indagine della domanda attraverso la lente del rapporto⁷³. Infine, l'estensione del novero delle misure cautelari, non più appiattite sulla sospensione dell'atto ma strumentali alla decisione sul ricorso⁷⁴, la legittimazione, ormai piena, dello

⁶⁸ Contra: M. Nigro, *Giustizia*, cit., 297; A. M. Sandulli, *Il giudizio*, cit., 52; E. Capaccioli, *Per l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Scritti in onore di G. Miele*, Milano, 1979.

⁶⁹ Sulla portata innovativa del giudizio contro il silenzio, soprattutto all'indomani della l. 205/2000, M. Clarich, *Tipicità*, cit., 571.

⁷⁰ In questo senso, già A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1987, II, 1387. Si confronti anche M. Nigro, *Giustizia*, cit., 241.

⁷¹ In questo senso, la pronuncia Cons. St., n. 717/2009, al par. 7.9.2, nonché la già ricordata Cass. s.u. n. 30254/2008. Va a corroborare il trend evolutivo in commento anche l'articolo 23 u. c. legge Tar, che prevede che l'estinzione del processo per cessata materia del contendere possa aversi solo quando l'amministrazione annulla o riforma l'atto impugnato «in modo conforme all'istanza del ricorrente» (in argomento, M. Nigro, *op. ult. cit.*, 242).

⁷² Evidentemente, nei limiti indicati dai citati disposti.

⁷³ Così, Cons. St. 19-3-2007, n. 1307, in *Giurisdiz. amm.*, 2007, I, 369.

⁷⁴ Sul tema, A. Mezzotero, *Il riparto di giurisdizione e gli strumenti di tutela*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*, a cura di F. Saitta, Padova, 2008, 192; E. Follieri, *Il nuovo giudizio cautelare*: art. 3 legge 21 luglio 2000, in *Cons. Stato*, 2001, II, 485. Si vedano anche N. Saitta,

strumento risarcitorio⁷⁵ e l'utilizzabilità, oggi innegabile, dei mezzi di prova di cui al codice del rito civile⁷⁶ fanno sì che la tutela processuale si dimensiona su quella sostanziale, sempre più e sempre meglio garantendo «tutto quello proprio quello» che si ha diritto a conseguire⁷⁷.

6. - È questa la cornice in cui si inquadra un nuovo modello del mero accertamento, sagomato dalla sesta sezione del Consiglio di Stato sulla fattispecie della d.i.a. carente di presupposti, ma suscettibile di una ben più ampia applicazione, a tutela di ciascuna situazione soggettiva.

È, del resto, difficile revocare in dubbio che accertare e giudicare siano due facce della stessa medaglia: non v'è giurisdizione se manca, in capo al giudicante, il potere di accertare il rapporto controverso⁷⁸.

Sistema, cit., 137 e F. Saitta, L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo, tra mito e realtà, in *Giur. amm.*, ora in *Scritti in onore di V. Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, che rilevano, tuttavia, come l'ampiezza dei poteri del giudice cautelare non abbia trovato sufficienti riscontri, nella pratica, in termini di fantasia inventiva dei g.a. e degli stessi ricorrenti. Cfr., per la recente evoluzione del procedimento cautelare, i nuovi artt. 55 e ss. del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

⁷⁵ Si veda, tuttavia, sul termine decadenziale di 120 gg. e sui criteri di determinazione del quantum risarcitorio l'articolo 30 c. 3 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

⁷⁶ Emblematico, in questo senso, è l'art. 63 del codice del processo amministrativo, che esclude solo il giuramento e l'interrogatorio formale. Per il sistema anteriore al d.lgs. 104/2010, nel quale, comunque, almeno nell'ambito della giurisdizione di merito e di quella esclusiva, e soprattutto in materia di diritti soggettivi, si ammettevano tutti i mezzi di prova, ad eccezione delle prove legali, cfr., oltre all'art. 7 l. 205/2000 e all'art. 44 t.u. n. 1054/1924, la nota sent. Corte cost. 10-4-1987, n. 146, in www.giurcost.org, nonché le più recenti TAR Veneto sez. I, ord. 1-4-2005, n. 36 e TRGA Trentino Alto Adige, Trento, ord. 21-11-2003, n. 52, entrambe citate da N. Saitta, *Sistema*, cit., 219. In argomento, G. Corso, voce Istruttoria nel processo amministrativo, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 2003.

⁷⁷ Parafrasando G. Chiovenda, *Principii*, cit., 81.

⁷⁸ Così, il paragrafo 7.9.3 della pronuncia Cons. St., n. 717/2009. In argomento, G. Greco, *L'accertamento*, cit., 214 ed E. Ferrari, *La decisione giurisdizionale amministrativa: sentenza di accertamento o sentenza*

Poiché si ammette la proponibilità, nel rito amministrativo, di un'azione di annullamento e si riscontra una graduale estensione – anche oltre i limiti di cui all'art. 26 c. 3 l. Tar⁷⁹ – del campo applicativo di quella di condanna⁸⁰, non v'è ragione per escludere l'accertamento preventivo. Quest'ultimo è, come il meno nel più, contenuto nelle altre due forme di tutela: consentendosi il più, deve accordarsi anche il meno⁸¹.

Poco vale l'argomento letterale che si fonda sull'assenza di una norma espressa in tema di tutela dichiarativa. Il tenore assorbente dei principi costituzionali impone che ad ogni situazione sostanziale corrisponda uno strumento processuale effettivo: gli spazi vuoti devono essere colmati mediante rimedi, anche atipici, di tutela⁸². Non è ammissibile che, in un'architettura giurisdizionale coerente, l'azionabilità delle pretese venga condizionata da una certa lettura dei poteri dell'amministrazione o del rapporto che la lega ai privati⁸³. Neppure è pensabile che, laddove manchi un provvedimento impugnabile⁸⁴ o non sia esperibile un'azione di condanna, venga

costitutiva?, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 575.

⁷⁹ Si veda, oggi, l'importante art. 30 del codice del processo amministrativo.

⁸⁰ In passato circoscritta a poche e tassative ipotesi (cfr. G. Miele, *Brevi note sull'ammissibilità di decisioni di condanna da parte del giudice amministrativo*, in *Jus*, XIV, 1963, 336 e A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela cd. costitutiva* (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali), in *Riv. dir. proc.*, 1991, spec. 65-66).

⁸¹ In questo senso, G. Greco, *L'accertamento*, cit. e G. Abbamonte *Sentenze*, cit., per il quale ogni sentenza – anche costitutiva o di condanna – determinerebbe comunque un effetto di accertamento. Si veda anche V. Caianiello, *Manuale*, cit., 415, che definisce l'accertamento come momento propedeutico di qualsiasi sentenza.

⁸² Sull'atipicità delle azioni come corollario del diritto di difesa ex art. 24 Cost., V. Andrioli, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto sociale*, 1954, 314. In questo senso, cfr. anche G. Greco, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 234.

⁸³ E ciò anche in considerazione delle ricostruzioni plurime e non certo univoche delle situazioni soggettive. Si pensi solo che, in relazione alla fattispecie di cui alla citata sentenza Cons. St., n. 717/2009, cit., v'è chi ritiene che la posizione del terzo controinteressato debba configurarsi in termini di diritto soggettivo (così, L. Ferrara, *Diritti soggettivi*, cit., 143).

⁸⁴ Come nel caso della d.i.a. ricostruita in termini privatistici, o dell'attuale

negato uno strumento che, come l'accertamento preventivo, funge da valvola di sicurezza del sistema.

Questo non significa che il rimedio in commento possa essere incondizionatamente accordato: si finirebbe, altrimenti, per paralizzare, non solo l'attività amministrativa⁸⁵, ma anche quella giurisdizionale, anticipando, con una certa forzatura, il momento del sorgere di un effettivo interesse ad agire.

Un primo limite discende dalla richiamata effettività della tutela e dal complementare principio di economia processuale⁸⁶. Nella sua funzione di salvaguardia della coerenza dell'assetto giurisdizionale, il mero accertamento deve atteggiarsi a rimedio sussidiario e residuale, impiegabile nei soli casi in cui manchi un'azione tipica di annullamento o non sia pacificamente ammessa un'azione di condanna⁸⁷.

È, poi, altrettanto essenziale che la tutela in questione venga accordata solo laddove ricorra un interesse ad agire diretto, concreto e attuale della parte attrice. Se non è costituzionalmente necessitata la correlazione tra mero accertamento e diritti soggettivi, neanche può utilizzarsi la tutela giurisdizionale per conseguire delle advisory opinions su casi più o meno astratti o simulati⁸⁸. L'attualità dell'interesse può, poi,

s.c.i.a., che appare connotata da un'evidente natura privatistica.

⁸⁵ In questo senso, si veda il lavoro di L. Lanfranchi, Tutela giurisdizionale preventiva e imposte indirette, ora in Scritti dedicati ad A. Raselli, I, Milano, 1971, spec. 941, ove l'A. riprende la tesi già esposta nel suo Contributo, cit., passim e in Accertamento negativo della concorrenza sleale e foro delle obbligazioni, in Riv. dir. civ., 1968, II, 438.

⁸⁶ In questo senso, A. Proto Pisani, Appunti sulla tutela di mero accertamento, cit., 631. Sul principio di economia processuale, L. P. Comoglio, Il principio di economia processuale, I Padova, 1980 e II, Padova, 1982.

⁸⁷ Nello stesso senso, il paragrafo 43 c. 2 della VwGO tedesca, che, tuttavia, fa salvo il caso della nullità dell'atto, che può essere chiesta a prescindere dall'esistenza di altre forme di tutela. Neanche varrebbe a destituire di fondamento i rilievi in questione la concezione liberale del processo ancorata agli articoli 99 e 2907 codice civile: nulla dice, infatti, il legislatore in ordine alla libera determinabilità, da parte dell'attore, del provvedimento giurisdizionale richiesto. In merito, L. Lanfranchi, Note sull'interesse ad agire, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1972, 1139 e A. Proto Pisani, op. ult. cit., 632.

⁸⁸ Si mutua la terminologia dalla dottrina anglosassone, che, pur

dirsi integrata in presenza di uno stato di incertezza obiettiva⁸⁹, che sia tale a prescindere dalla rappresentazione dell'attore, e discenda da un pregiudizio concreto alla situazione soggettiva di cui il medesimo è titolare. Deve, infine, risultare, da un giudizio prognostico, che l'accoglimento del ricorso sia idoneo a garantire all'attore un'utilità pratica effettiva⁹⁰.

Ogni altro limite che voglia imporsi, non trovando appigli testuali nella legge ordinaria né fondamento costituzionale, appare il frutto di operazioni arbitrarie e, pertanto, irragionevoli.

Così, non può condividersi quella giurisprudenza che implicitamente distingue tra attività vincolata e attività discrezionale della p.a.⁹¹, lasciando intendere che debba escludersi l'accertamento autonomo in presenza di quest'ultima. Se è vero che la cosiddetta separazione dei poteri non consente al giudice di penetrare la sfera riservata alla discrezionalità, tecnica e non solo, della p.a., ciò non autorizza lo sradicamento dello iura novit curia dal sistema processuale. Deve, piuttosto ammettersi che, al ricorrere di un potere discrezionale della p.a., l'organo decidente, accertato il rapporto controverso, formuli un

ammettendo i declaratory judgments al solo ricorrere di un legal interest discrezionalmente valutabile dal giudice, nega che possano essere impiegati per la soluzione di «casi simulati» (i cd. moot cases) o per il conseguimento di mere opinioni o suggerimenti. In questo senso, si veda E. Borchard, *Declaratory Judgments*, Cleveland, 1941, 71.

⁸⁹ Così, andando anche oltre quanto previsto dalla sentenza n. 717/2009, al par. 7.9.5. Si richiama il pensiero di G. Chiovenda, *Azioni e sentenze*, cit., 1, nonché i noti Gai., IV, 44 e *Institutiones, de actionibus*, 4, 6 per la fisionomia delle *actiones praeiudiciales*, analoghe al m.a. di stampo chiovendiano. Condurrebbe a conclusioni analoghe a quelle rassegnate anche la tesi di M. F. Ghirga, *La meritevolezza della tutela richiesta*, Milano, 2004, 132 – resa ancor più attuale dal nuovo art. 2645-ter c.c. – che lega l'interesse ad agire alla clausola di meritevolezza ex art. 1322 c.c.

⁹⁰ Si mutuano i risultati dell'elaborazione dottrinarie concernente il contenzioso elettorale. Per la dottrina del processo civile, si confronti, sul punto, E. Grasso, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1967, 44.

⁹¹ Si fa ancora riferimento al par. 7.9.5, sent. Cons. St., n. 717/2009, ove viene consentito il mero accertamento purché non venga impiegato quale forma di tutela preventiva dell'interesse legittimo del terzo – cosa, quest'ultima, che «comporterebbe una inammissibile sostituzione all'Amministrazione nella titolarità e nella gestione del potere». Nel senso della pronuncia, G. Greco, *L'accertamento*, cit., 109.

principio di diritto al quale dovrà attenersi l'amministrazione resistente⁹². La valorizzazione del contraddittorio, anche alla luce delle recenti riforme⁹³, salvaguarderebbe la posizione della p.a., imponendo al giudicante di sottoporre al dibattito il principio su cui intenda fondare la pronuncia⁹⁴, con il virtuoso effetto di prevenire il contenzioso futuro.

Altrettanto dubbia appare la scelta di assoggettare l'azione in commento al termine decadenziale di sessanta giorni⁹⁵. In mancanza di un'espressa indicazione di legge e, soprattutto di un atto contro cui ricorrere, riesce difficile applicare, con una mera operazione di trapianto, l'art. 21 legge Tar o l'art. 29 del nuovo codice del processo. Oltre ad essere inconciliabile la decadenza con la mancanza di un atto, poiché l'unica funzione della prima è di rendere definitivo quest'ultimo⁹⁶, non è conforme a

⁹² Similmente avviene nel processo amministrativo tedesco, ove – se pur in materia di condanna – il giudice ordina alla p.a. di provvedere nell'osservanza del criterio giuridico statuito (v., in merito, il paragrafo 113 della VwGO). Sul punto, M. Schröder, *Beschleunigungsantrag und Beschleunigungsurteil*, in H.-U. Erichsen, W. Hoppe, A. Von Mutius, *System der verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Festschrift für Christian-Friederich Menger*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1985, 487. Anche nella dottrina nostrana (v., in particolare, M. Clarich, *Tipicità*, cit., 571), si diffonde l'orientamento per cui, in materia di silenzio-inadempimento, il giudice possa determinare il contenuto del provvedimento da adottare.

⁹³ Cfr. l'articolo 101 c.p.c., come novellato dalla recente legge 18 giugno 2009, n. 69, sul quale v. E. Fabiani, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Foro it.*, 2009, IV, 265, nonché, più di recente, G. Costantino, *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010.

⁹⁴ In merito, v., se vuoi, A. Giordano, *La sentenza della "terza via" e le "vie" d'uscita. Delle sanzioni e dei rimedi avverso una "terza soluzione" del giudice civile*, in *Giur. it.*, 2009, 911 e Id., *Sull'articolo 101 c. 2 c.p.c. Un disposto recente su una questione antica, di prossima pubblicazione in Giust. civ.*, 2011, al quale si rinvia anche per i riferimenti bibliografici (v. nt. 12). Per un'applicazione al processo amministrativo, cfr. Cons. Stato Ad. Plen., 24-1-2000, n. 1, in *Foro it.*, 2000, III, 305.

⁹⁵ Cfr. par. 7.11 e segg. della citata pronuncia Cons. St., n. 717/2009.

⁹⁶ Così, Cons. St. sez. V, 31-5-2007, n. 2822, in www.giustizia-amministrativa.it. In argomento, se pur con riferimento al diritto tributario, G. Tremonti, *Imposizione e definitività nel diritto tributario*, Milano, 1977, 304.

Costituzione un'esegesi che renda più gravosa la tutela di un interesse legittimo rispetto a quella di un diritto soggettivo. Come si ammette che, in materia di diritti, debba applicarsi il termine lungo di prescrizione, lo stesso deve farsi nel nostro caso⁹⁷, pena lo svilimento dei principi e il ritorno, indietro nel tempo, a concetti vetusti e tramontati assetti.

7.- Neanche può dirsi il contrario alla luce delle recenti riforme, di cui alla l. 30 luglio 2010, n. 122 e al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, che hanno, rispettivamente, investito il diritto sostanziale e il processo.

La sostituzione della d.i.a. con la «segnalazione certificata di inizio attività», la facoltà del soggetto di iniziare, illico et immediate, l'attività e il potere della p.a. di adottare motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione non agevolano la posizione del terzo, anzi la aggravano.

Il termine di sessanta giorni di cui al nuovo art. 19 c. 3, l. n. 241/1990, è funzionale al vaglio dei presupposti, da parte dell'amministrazione competente, dell'attività segnalata dal privato. Nulla si dice sul terzo controinteressato, oltre a concedergli, al comma quinto, la facoltà di esperire un «ricorso giurisdizionale» al giudice amministrativo «nei termini di legge», ove insorgano controversie concernenti l'applicazione dello stesso articolo 19⁹⁸.

⁹⁷ Neanche può condividersi l'opinione di chi (A. Formica, Dia, cit., 584) applicherebbe alla fattispecie di cui alla sentenza in commento il termine decadenziale più lungo previsto in materia di ricorso avverso il silenzio. È, infatti, dubbia l'applicazione analogica di una norma speciale, e peraltro comunque restrittiva, ad un caso in cui è difficile ravvisare un'identica ratio. In mancanza di un atto impugnabile e nel silenzio del legislatore, non può che applicarsi il termine generale della prescrizione ordinaria.

⁹⁸ Così, la seconda parte del c. 5: «ogni controversia relativa all'applicazione del presente articolo è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il relativo ricorso giurisdizionale, esperibile da qualunque interessato nei termini di legge, può riguardare anche gli atti di assenso formati in virtù delle norme sul silenzio assenso previste dall'articolo 20». Il presente comma, oltre a confermare l'orientamento prevalente, favorevole alla giurisdizione esclusiva del g.a. (così, anche l'art. 133 c. 1 lett. a) n. 3 del codice del processo amministrativo), reca una formula tanto generale da consentire l'esperimento dell'azione più conforme al principio di effettività.

Non è detto che il terzo sia pervenuto a conoscenza dei lavori avviati dal privato nel termine di sessanta giorni, né è detto che il pregiudizio sussista solo laddove si prospetti il pericolo di danni gravi e irreparabili per il patrimonio artistico o ambientale⁹⁹. Resta l'impraticabilità dell'ordinario rito di annullamento, data la mancanza di un atto impugnabile, e l'effettività solo parziale delle istanze di stimolo all'esercizio dei poteri di autotutela o sanzionatori. La genericità dell'espressione «ricorso giurisdizionale», nulla aggiungendo al quadro di tutela¹⁰⁰, apre la strada ad ogni azione concretamente idonea a tutelare la pretesa sostanziale del controinteressato.

Ad integrare il dettato della l. n. 122/2010 v'è il nuovo codice del processo amministrativo¹⁰¹, introdotto dal d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, al quale il legislatore del diritto sostanziale ha implicitamente rinviato. Il lemma «ricorso» postula gli articoli 29-31 del codice citato, che vanno letti in combinato con i principi generali di cui agli articoli 1 e 2¹⁰².

Il mancato accoglimento, nel testo di riforma, di un'azione di adempimento¹⁰³ – espunta dalla bozza iniziale del codice del

⁹⁹ Si veda il nuovo art. 19 c. 4, che prevede che «decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al primo periodo del comma 3, all'amministrazione è consentito intervenire solo in presenza del pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale e previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell'attività dei privati alla normativa vigente».

¹⁰⁰ Sembra che il legislatore abbia, quasi inconsciamente, riscritto l'articolo 24 cost.

¹⁰¹ Su cui si veda G. Pellegrino (a cura di), *Verso il codice del processo amministrativo*, Roma, 2010. Cfr. anche le riflessioni a prima lettura di M. Clarich, *Un corpus normativo dai contenuti innovativi che contribuisce alla certezza del diritto*, in *Guida al dir.*, n. 32/2010, 10.

¹⁰² Rispettivamente rubricati "Effettività" e "Giusto processo". Sul tema, v. M. A. Sandulli (a cura di), *Nuovo processo amministrativo*, in *L'amministrativista*, 2010, 5, nonché G. Caruso, *Giurisdizione: rilevabile d'ufficio solo in primo grado*, in *Guida dir.*, n. 32/2010, 14.

¹⁰³ Che non può dirsi vigente sulla base della possibilità, concessa dall'art. 30, di conseguire un risarcimento in forma specifica (cfr., in merito, Cons. St. sez. VI, 3-4-2003, n. 1716, in www.giustizia-amministrativa.it).

processo – e la difficoltà di fondare sull'articolo 30 la condanna ad un *facere*¹⁰⁴ potrebbero lasciare il terzo senza rimedio¹⁰⁵. Anche la tradizionale incompatibilità della tutela in forma specifica con attività amministrative discrezionali¹⁰⁶ potrebbe pregiudicare la posizione del controinteressato. Il rischio dell'inammissibilità di un'azione di condanna va neutralizzato con la generalizzazione del mero accertamento, innegabile minimo di tutela, a chiusura del sistema delle azioni.

Se è, poi, vero che l'articolo 31 tipizza due sole specie del genus dell'accertamento mero¹⁰⁷, dal principio di pienezza ed effettività della tutela di cui all'articolo 1 discende la necessaria atipicità delle azioni dichiarative¹⁰⁸. Nel prisma dei principi va altresì letta la locuzione «nei termini di legge» di cui al nuovo art. 19 c. 4 l. n. 241/1990, che, evidentemente, presuppone una «legge» che tali termini stabilisca. Posti i canoni dell'effettività e

¹⁰⁴ Cfr., ad es., gli orientamenti favorevoli alla necessità che la condanna ad un *facere* abbia una menzione espressa (Cons. St. sez. VI, 18-6-2002, n. 3338) – orientamenti che potrebbero essere confermati dalla giurisprudenza attuale. Appare, tuttavia, rilevante e, peraltro, condivisibile la tesi di W. Giulietti, *Attività privata e potere amministrativo*, cit., 239, che ritiene conforme ad effettività, nel nostro caso, l'azione di condanna della p.a. ad un *facere* (la cui ammissibilità discenderebbe, per l'A., già dall'art. 7 c. 3 legge Tar).

¹⁰⁵ Anche se, poi, si ammettesse, secondo altra interpretazione dell'art. 30, l'azione di adempimento, il rimedio risulterebbe comunque ineffettivo ove fossero necessarie nuove ed ulteriori attività valutative della p.a. (v., nello stesso senso, il concetto di 'maturità per la decisione' di cui al par. 42 del *Verwaltungsgerichtsordnung*). Lo stesso riferimento all'art. 2058 c.c. rischierebbe di pregiudicare le istanze del privato, che potrebbe vedersi rigettare la pretesa per asserita impossibilità o impraticabilità del rimedio (per dubbi analoghi in relazione, ad es., al risarcimento del danno da irragionevole durata del giudizio, D. Amadei, *Note critiche sul procedimento per l'equa riparazione dei danni da durata irragionevole del processo*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 29).

¹⁰⁶ Si veda, in questo senso, la recente Cons. St. sez. V, 28-3-2008, n. 1328, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰⁷ In particolare, l'azione di accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere e quella di accertamento delle nullità previste dalla legge.

¹⁰⁸ In alternativa, potrebbe ipotizzarsi una lettura estesa del lessema nullità, tale da ricomprendere ogni ipotesi di illegittimità, inclusa quella che rileva nella nostra materia.

del processo «giusto»¹⁰⁹, è difficile fare distinzioni tra diritti ed interessi legittimi senza sconfinare nel campo delle preferenze soggettive. Non è ragionevole l'applicazione analogica dei termini ex artt. 29-31 l. n. 122/2010: a situazioni diverse, debbono corrispondere trattamenti diversi. Il termine prescrizione e la sua decorrenza dal momento dell'effettiva conoscenza, da parte del terzo, dell'intervento edilizio sono la conseguenza di una visione organica del sistema, assorbente ogni rilievo letterale o formale di sorta.

8.- Un modello del mero accertamento, connotato come si è detto, nel quadro del giudizio sul rapporto, non solo è applicabile in seno al processo amministrativo, in materia di diritti soggettivi e di interessi legittimi, ma è altresì esportabile ai contigui riti civile e tributario.

È la forza espansiva dei principi statuiti dalla recente giurisprudenza amministrativa, con i correttivi anzidetti, a dare manforte alla piena ammissibilità del mero accertamento nel processo civile, che è per antonomasia volto ad accertare rapporti paritetici e a tutelare diritti soggettivi. Non avendo ragion d'essere la distinzione tra attività discrezionali e vincolate e non essendovi atti da impugnare nel rispetto di termini decadenziali, valgono a fortiori le conclusioni rassegnate in relazione al rito amministrativo¹¹⁰.

¹⁰⁹ Tale da condurre ad una «giusta decisione» che attribuisca al privato il bene della vita cui aspira. Sul concetto di giusta decisione si vedano, da ultimi, M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009 e S. Chiarloni, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 144.

¹¹⁰ Si ammette, infatti, il mero accertamento al solo ricorrere di uno stato di incertezza oggettiva, tale da recare all'interessato un pregiudizio concreto ed attuale, ancorchè non implicante la lesione di un diritto (cfr. C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Padova, 2004, 243 e A. Proto Pisani, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Comm. Utet*, I, 2, Torino, 1973, 1070). Per la recente giurisprudenza (Cass. 23-3- 2004, n. 5719, in *Dir. e giust.*, 2004, 28, 109; Cass. 5-3- 2001, n. 3157, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 403; Cass. 6-7- 1998, n. 6571, in *Foro it.*, 1999, I, 644; Cass. 11-1- 1990, n. 55, *ivi*, 1990, I, 1229), infatti, l'interesse ad agire sussiste solo laddove vi sia l'esigenza di rimuovere

Il modello anzidetto è altresì estendibile al rito tributario¹¹¹, che ha ormai assunto i caratteri del giudizio di «impugnazione-merito»¹¹², teso non solo e non tanto alla demolizione dell'atto impositivo, quanto all'accertamento del rapporto che lega il fisco al contribuente. In nulla è ostativo il catalogo degli atti impugnabili di cui all'articolo 19 d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 né il termine decadenziale, decorrente dalla notificazione dell'atto, di cui all'articolo 21 d.lgs. cit. Che il processo tributario sia tendenzialmente di impugnativa e che l'atto costituisca il normale veicolo d'accesso al giudizio non significa che ogni alternativa sia preclusa. La presenza dell'atto ha il solo effetto di agevolare la posizione del ricorrente, sgravandolo dall'onere di provare l'interesse ad agire, che sarebbe in re ipsa; negli altri casi, lungi dall'essere preclusa l'azione, è semplicemente più gravoso l'onere probatorio¹¹³. E v'è di più: negare al mero accertamento la cittadinanza nel rito tributario farebbe rivivere il «solve et repete» del vecchio contenzioso¹¹⁴, imponendo al contribuente

un'oggettiva e pregiudizievole situazione di incertezza dipendente da atti o fatti concreti. Si confrontino altresì i recenti orientamenti favorevoli alle azioni di condanna generica, condizionale ed in futuro: se queste ultime sono riconducibili alle azioni di mero accertamento finché non si sia verificata la condizione o non sia divenuta esigibile la prestazione, la prima è una «mezza condanna» che può essere ammessa anche in presenza di un danno solo potenziale.

¹¹¹ In senso favorevole, P. Russo, *Il nuovo processo tributario*, Milano, 1974, 583; A. Mercatali, *Le azioni di mero accertamento negativo in materia tributaria dopo la riforma del contenzioso: lo spettro del "solve et repete"*, in *Giust. civ.*, 1975, IV, 11; Id., *Un problema che resta: l'ammissibilità in campo tributario delle azioni di accertamento negativo*, *ivi*, 1977, I, 1216; E. Potito, *L'ordinamento tributario italiano*, Milano, 1978, 704.

¹¹² In argomento, P. Sandulli, *Il giudizio innanzi alla Corte di Cassazione nel processo tributario*, in M. Basilavecchia - G. Tabet (a cura di), *La giurisdizione tributaria nell'ordinamento giurisdizionale*, Bologna, 2009. Per la giurisprudenza, da ultimo, Cass. sez. trib., ord. 1-9-2009, in *Corr. trib.*, 2009, 3061, con nota critica di C. Glendi.

¹¹³ Cfr., se vuoi, A. Giordano, *Natura del giudizio tributario e poteri del giudice*, in *Temi Romana*, 2009, anche per i riferimenti bibliografici sul tema.

¹¹⁴ In questo senso, già E. Capaccioli *La nuova disciplina del contenzioso tributario: le fasi dinanzi alle Commissioni di primo e secondo grado*, in *Il contenzioso tributario. Risultati e prospettive della riforma* (Atti del convegno promosso dal Centro di prevenzione e difesa sociale, Sanremo, 2-3 marzo

di ricorrere solo a pagamento effettuato e, così, vulnerando il suo diritto d'azione e di difesa.

Quale effetto indiretto, e dirompente, della ricostruzione di un accertamento-figura generale, applicabile nei riti menzionati, v'è, insomma, l'avallo di una sempre maggiore convergenza dei plessi giurisdizionali. Viene dato il suggello ad un trend evolutivo in corso, iniziato con la devoluzione di «blocchi di materie» al giudice amministrativo¹¹⁵ e dei «tributi di ogni genere e specie» a quello tributario¹¹⁶, e proseguito dal pieno accoglimento della traslatio iudicii¹¹⁷.

È, invero, innegabile che, se di giurisdizioni sul «rapporto» si tratta e se, in caso di traslatio, si salvaguardano gli effetti della domanda proposta al primo giudice e le prove già raccolte¹¹⁸, debbano riconoscersi, nei tre ordini giurisdizionali, azioni, strumenti probatori e misure cautelari omogenee. La specialità delle giurisdizioni è un valore da perseguire finché garantisca la

1974), Padova, 1975, 39. Contra: C. Glendi, *L'oggetto del processo tributario*, Padova, 1984, 62.

¹¹⁵ Con il solo limite della natura autoritativa del potere coinvolto (Corte cost. 6-7-2004, n. 204, cit. e Corte cost. 11-5-2006, n. 191, in *Giur. it.*, 2006, 1729).

¹¹⁶ In argomento, P. Russo, *L'eccessiva e riprovevole dilatazione della giurisdizione tributaria*, in *Rass. trib.*, 2006, 587; V. Nucera, *Nuova giurisdizione tributaria e art. 102 della Costituzione: ampliamento della giurisdizione o istituzione di un giudice speciale?*, in *Rass. trib.*, 2006, 1591; L. Nicotina, *L'ampliamento della giurisdizione tributaria ex art. 2 d.lgs. n. 546 del 1992: un'interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Dir. prat. trib.*, 2008, 169; A. Giordano, *Giurisdizione tributaria e atti impugnabili. La Cassazione ridisegna i confini*, in *Giur. it.*, 2009, 2057.

¹¹⁷ Si vedano, in merito, Cass. s. u. 22-2-2007, n. 4109 e Corte cost. 12-3-2007, n. 77, entrambe in *Dir. proc. amm.*, 2007, 796 ed in *Giur. it.*, 2008, 693. Sulle due pronunce, cfr. P. Sandulli, *Il giudizio innanzi alla Corte di Cassazione*, cit. Com'è noto, il legislatore ha recentemente accolto, all'articolo 59 della l. n. 69/2009, l'orientamento giurisprudenziale richiamato. Sul testo di riforma, F. Cipriani, *La traslatio tra giurisdizioni italiane*, in *Foro it.*, 2009, IV, 250, nonché M. Bove - A. Santi, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Matelica, 2009, 19 e, per ulteriori riferimenti sul punto, se vuoi, A. Giordano, in L. Viola (a cura di), *Codice di procedura civile*, Padova, 2011.

¹¹⁸ Se pur con il discutibile valore di meri argomenti di prova (v. art. 59 cit., u.c.).

corrispondenza tra l'assetto e le situazioni tutelate, in armonia con i principi del giusto processo regolato dalla legge. Non sono pensabili, in un ordinamento che si rispetti, esclusioni arbitrarie di questa o quella forma di tutela, non essendovi garanzia di effettività in presenza di spazi vuoti o di una troppo rigida tipicità delle azioni. Inammissibile è una tutela differita, postergata o posticipata al verificarsi di condizioni di sorta¹¹⁹. Al ricorrere di un interesse ad agire, deve essere sempre azionabile un rimedio processuale adeguato, per lo meno di carattere dichiarativo.

Ammettendo l'accertamento autonomo nel giudizio amministrativo, e – di riflesso – nei riti adiacenti, si è, in sostanza, favorita la comunicabilità delle giurisdizioni, non più pensabili come monadi a sé stanti, ma come parti di un sistema organico¹²⁰. Del resto, concepire gli ordini in termini gerarchici, ritenendo l'uno o l'altro prevalente, e avallare un sistema a «geometria variabile» significa arroccarsi a meri anacronismi, lasciando inappagata, con le istanze di tutela, quella vocazione per la giurisdizione che anima i tempi correnti¹²¹.

¹¹⁹ Si pensi, oltre alla presunta tutela 'differita' nei confronti degli atti impositivi non elencati all'art. 19 d.lgs. 546/1992 e alla pregiudiziale amministrativa, alla cd. pregiudiziale sportiva, che imporrebbe l'esperimento di tutti i gradi della giustizia sportiva prima di poter adire il giudice statale (v., ad es., TAR Lazio, ord. 22-8-2006, n. 4666 "Moggi/FIGC" o TAR Lazio 22-8-2006, n. 4671 "Giraudò/FIGC", in cui sono stati dichiarati inammissibili i ricorsi cautelari per non aver i ricorrenti atteso l'esito dei tentativi di conciliazione presso il C.O.N.I.). Cfr., ad es., P. Sandulli, I limiti della "giurisdizione sportiva", in *Foro amm. Tar*, 2008, 2088.

¹²⁰ Diversamente dal concetto di giurisdizione accolto da G. Chiovenda, *Principii*, cit., 303 e S. Satta, *Commentario*, cit., 61.

¹²¹ Si riprende F. Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, di recente ricordato da N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, 1 (dell'A. cfr. anche *Il diritto processuale civile in Italia nell'età dei codici*, in *Lezioni di storia delle codificazioni e costituzioni moderne*, a cura di M. Ascheri, Torino, 2008, 234).