

## Introduzione

*Il 3° comma dell'art. 34 c.p.a. disciplina l'accertamento dell'illegittimità di un provvedimento ai fini risarcitori, in seguito alla sopravvenuta carenza di interesse all'annullamento.*

*Questo tema era già stato affrontato dalla giurisprudenza precedente al codice e dopo il codice ha comportato l'emersione di orientamenti diversi. Essi non riguardano soltanto l'art. 34, 3° comma c.p.a., ma anche alcuni principi dell'ordinamento processuale, quali il principio della domanda, della ragionevole durata del processo e della effettività della tutela giurisdizionale.*

*Emerge così anche l'esigenza di trovare un punto di equilibrio anche riguardo al ruolo del giudice e delle parti nel processo, segnando il confine tra attività ufficiosa e attività riservata all'impulso di parte: l'art. 34, 3° comma c.p.a., infatti, soprattutto a causa del suo testo ambiguo, non è riuscito da solo a stabilire un equilibrio.*

# **CAPITOLO 1. L'ACCERTAMENTO DELL'ILLEGITTIMITÀ AI FINI RISARCITORI NELLA GIURISPRUDENZA PRECEDENTE AL CODICE**

## **1.1 Cenni introduttivi al principio dell'art. 34, 3° comma c.p.a.**

L'art. 34, 3° comma c.p.a. ha suscitato un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale, nel quale, come vedremo, si sono sviluppati diversi orientamenti.

Nell'analizzare tali orientamenti darò conto delle pronunce susseguites nel tempo da parte della giurisprudenza dei TAR nonché, ovviamente, di quelle del Consiglio di Stato.

Sin dalla pubblicazione del codice del processo amministrativo (d.lgs, 2 luglio 2010, n.104) si è aperto un dibattito nella dottrina e nella giurisprudenza riguardo alla interpretazione dell'art. 34, 3° comma. Tuttavia, come spesso accade, le novità legislative, soprattutto quelle più rilevanti, erano state anticipate dalla giurisprudenza che sempre più spesso ha assunto un ruolo “creativo”, attraverso la fissazione di principi che vengono successivamente tradotti in norme.

Nel caso dell'art. 34, 3° comma c.p.a. sono importanti alcune sentenze cosiddette “anticipatrici” del contenuto dell'articolo in questione. Per questa ragione la mia analisi dell'art. 34, 3° comma c.p.a. inizierà con l'esame di tre pronunce, ossia TAR Lazio sez. II, 19 luglio 2005, n. 5736, Cons. giust. Amm. Sicilia, 8 agosto 1998, n.457 e Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2009, n.3849 .

Queste sentenze rivelano come il principio stabilito nell'art. 34, 3° comma, fosse scaturito da esigenze concrete non più rinviabili, le quali hanno fatto sì che si superasse quello stretto rapporto tra annullamento del provvedimento e risarcimento del danno, aprendo la strada all'autonomia dell'azione risarcitoria. L'autonomia è sancita oggi nell'art. 30, 1° comma c.p.a., il quale dispone che:

*“L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma”.*

Questa norma risulta in stretto collegamento con l'art. 34, 3° comma c.p.a. il quale dispone che:

*“Quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile al ricorrente, il giudice accerta la illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori”.*

## **1.2 Primi esempi di sentenze “anticipatrici”**

Le sentenze Cons. giust. amm. Reg. Sicilia, 8 agosto 1998, n. 457 <sup>1</sup> e TAR Lazio, sez. II *bis*, 19 luglio 2005, n. 5736 <sup>2</sup> sono intervenute prima di Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2009, n. 3849, e, sebbene non abbiano compiuto una analisi approfondita come i giudici di Palazzo Spada, meritano di essere citate perché dimostrano l'attenzione per una tutela effettiva del ricorrente. Il processo amministrativo deve assicurare

---

<sup>1</sup> Cons. giust. amm. Reg. Sicilia, 8 agosto 1998, n. 457, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>2</sup> TAR Lazio, sez. II *bis*, 19 luglio 2005, n. 5736, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

l'effettività della tutela del ricorrente, così come viene oggi sancito dall'art. 1 c.p.a., che dispone che:

*“La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”.*

Nel caso della pronuncia del Consiglio di Giustizia Amministrativa della regione Sicilia, la controversia riguardava una espropriazione per causa di pubblica utilità. L'amministrazione resistente sosteneva che, essendo ormai stata pressoché eseguita l'opera pubblica, il ricorso dovesse essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere.

L'interesse a ricorrere consiste nel conseguimento, da parte del ricorrente, di una utilità o di un vantaggio tramite l'esperimento dell'azione. Su questa base il Consiglio di giustizia amministrativa ha sostenuto che l'avvenuta esecuzione dell'opera pubblica non può costituire causa di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, in quanto il titolare della posizione soggettiva che si assume lesa da parte della Pubblica Amministrazione rimane comunque titolare di un diritto al risarcimento dei danni, corrispondente al valore venale del bene illegittimamente espropriato. La possibilità che il ricorrente possa far valere tale diritto al risarcimento nel medesimo processo o in un successivo processo è sufficiente, a parere del Consiglio di giustizia amministrativa, per identificare l'interesse alla decisione nel giudizio proposto contro gli atti della procedura espropriativa. Il diritto al risarcimento poteva però essere fatto valere solo dopo aver accertato la illegittimità della procedura espropriativa.

La pronuncia del TAR Lazio riguardava un cambio di destinazione d'uso di una unità immobiliare, da abitazione a ufficio. Dopo gli adempimenti necessari al fine di ottenere il cambio della destinazione d'uso, la ricorrente, che aveva provveduto al pagamento dei contributi per gli oneri

di urbanizzazione, si era vista negare l'autorizzazione poiché, essendo stato adottato un nuovo piano regolatore, erano state applicate di conseguenza le misure di salvaguardia ed era stata sospesa la decisione sulla istanza.

Il Comune si difendeva in giudizio sostenendo che aveva legittimamente applicato le misure di salvaguardia e che comunque il ricorso dovesse essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse. Infatti la misura di salvaguardia aveva perso efficacia per decorso del termine di cinque anni dalla sottoposizione dello strumento urbanistico all'approvazione della amministrazione competente e nel frattempo la Giunta Regionale aveva approvato la variante al piano regolatore.

Il TAR Lazio respingeva gli argomenti del Comune sostenendo che permaneva l'interesse dei ricorrenti ad una pronuncia nel merito in considerazione della possibilità di chiedere il risarcimento dei danni, una volta accertata la illegittimità della procedura.

Dalla analisi di queste due pronunce emerge l'esigenza di verificare che l'interesse alla decisione non privi il ricorrente di tutela dinanzi alle determinazioni dell'amministrazione. Tale esigenza verrà confermata dal Consiglio di Stato nella sentenza che illustrerò nel paragrafo successivo.

### **1.3 Il c.d. “Il principio conservativo” ai sensi degli artt. 2058, 2° comma e 2933 c.c.**

La sentenza Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2009, n. 3849 <sup>3</sup> ha affrontato il tema della disciplina dell'annullamento di un provvedimento amministrativo a seguito della avvenuta esecuzione di un'opera pubblica. Premettendo che non era stato ancora approvato il codice del processo amministrativo, i giudici del Consiglio di Stato, pronunciandosi su questa sentenza, hanno compiuto un'operazione ermeneutica notevole, consolidando l'orientamento giurisprudenziale espresso precedentemente nella sentenza n. 717/2009 <sup>4</sup>.

La controversia aveva ad oggetto l'approvazione, da parte di alcuni enti territoriali, tra cui la regione Veneto, dell'esecuzione di una nuova arteria stradale che sarebbe stata costruita nelle vicinanze dei fondi agricoli del ricorrente.

La sentenza di primo grado fu impugnata dinanzi al Consiglio di Stato che si pronunciò solo dopo l'esecuzione dell'opera pubblica. I giudici di Palazzo Spada richiamarono la disciplina ricavabile dal combinato disposto degli artt. 2058 e 2933 c.c. nel tentativo di non lasciare privo di tutela il ricorrente. Quest'ultimo ottenne una pronuncia che sarebbe stata rilevante ai fini di un possibile successivo risarcimento dei danni.

Queste pronunce potevano sembrare in contrasto con la tradizionale natura impugnatoria del giudizio amministrativo, in base alla quale, per una tutela effettiva, si riteneva che il mezzo più appropriato fosse l'azione

---

<sup>3</sup> Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2009, n. 3849 in *Urbanistica e appalti*, 2010, 96.

<sup>4</sup> Per ulteriori approfondimenti si veda A. FORMICA, *DIA e accertamento nel processo amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 572 su Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n.717.

di annullamento del provvedimento. L'effetto demolitorio avrebbe garantito, nella visione tradizionale, la piena tutela del ricorrente ed inoltre, dal punto di vista delle azioni, si riteneva che la pronuncia di mero accertamento rimanesse assorbita nella pronuncia di annullamento <sup>5</sup>.

Tuttavia la visione del processo amministrativo è cambiata ed in tale ottica risultano superate le concezioni secondo le quali il processo amministrativo può offrire tutela piena al ricorrente solo attraverso l'effetto demolitorio. Il superamento di tale concezione deriva soprattutto dalla introduzione del principio della risarcibilità degli interessi legittimi che ha posto l'accento su modelli di tutela diversi dall'annullamento <sup>6</sup>. E in questa ottica si è posto il Consiglio di Stato attraverso la pronuncia n. 3849 del 2009. Diversamente dalla sentenza n. 717/2009, i giudici in questo caso hanno posto in risalto i principi ricavabili dal codice civile e in particolare dagli artt. 2058, 2° comma e 2933 che, secondo autorevole dottrina, vanno ad esprimere un c.d. "principio conservativo" <sup>7</sup>.

L'art. 2058, 2° comma sancisce che:

*"Il giudice può disporre che il risarcimento avvenga per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore".*

Nell'ambito della pronuncia in esame si rinviene che tale principio si proietta in una fase successiva del processo, finalizzata non più al solo riconoscimento della illegittimità del provvedimento, bensì anche al risarcimento del danno. Analizzando la norma e la sua possibile

---

<sup>5</sup> E. BOSCOLO, *L'intervenuta esecuzione dell'opera pubblica: il limite all'annullamento e la sequenza accertamento-risarcimento*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 96.

<sup>6</sup> E. BOSCOLO, *L'intervenuta esecuzione dell'opera pubblica cit.*, p. 96.

<sup>7</sup> Cfr. A. TRAVI, *Processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno: il risarcimento in forma specifica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2003, 994.

applicazione al caso concreto, rilevo che la reintegrazione in forma specifica, data l'avanzata fase di esecuzione dell'opera pubblica, risulta impossibile poiché sarebbe eccessivamente oneroso per la Pubblica Amministrazione procedere al ripristino dello status quo. Emerge un contrasto con l'art. 1, 1° comma della legge 241/1990, che dispone:

*“L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta dai criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza (...)”.*

In particolare è evidente la contraddizione con il criterio di economicità dell'attività amministrativa che impone che l'amministrazione persegua i propri obiettivi con il minor dispendio di risorse possibile. Considerato tutto ciò, nel giudizio risarcitorio, sarebbe auspicabile che il giudice proceda al risarcimento del danno per equivalente.

L'art. 2933, 2° comma c.c., invece, dispone che:

*“Non può essere ordinata la distruzione della cosa e l'avente diritto può conseguire solo il risarcimento dei danni, se la distruzione della cosa è di pregiudizio per l'economia nazionale”.*

Il collegamento diretto con l'art. 2058, 2° comma, è rappresentato dalla possibile applicazione di questi articoli alla fase risarcitoria di un giudizio. Ritengo che in molti casi “la distruzione della cosa”, ovvero della strada nel nostro caso, non potrebbe essere ordinata ed inoltre, come si dispone nell'art. 2933 c.c., sarebbe di “pregiudizio per l'economia nazionale”. La norma, seguendo il dato letterale del “pregiudizio all'economia nazionale”, ha una portata troppo ampia. Tuttavia, interpretando il termine “pregiudizio” come “svantaggio” per le casse della Pubblica Amministrazione e restringendo la portata del termine “economia nazionale” a “equilibrio dei bilanci”, si potrebbe operare un diretto

collegamento tra l'art. 2933, 2° comma c.c. e l'art. 97, 1° comma della Costituzione. Infatti quest'ultimo sancisce che:

*“Le pubbliche amministrazioni assicurano, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione Europea, l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico”.*

Ragion per cui se venisse ordinato l'annullamento del provvedimento che dispone la costruzione della strada avremmo un chiaro svantaggio per l'equilibrio dei bilanci dell'amministrazione, in particolare a danno del principio di economicità dell'attività amministrativa.

Tutto ciò considerato, si comprende perché i giudici di Palazzo Spada si siano limitati ad accertare la illegittimità degli atti in vista di un possibile giudizio risarcitorio da parte del ricorrente, anche a costo di forzare la tradizionale visione del processo amministrativo come processo di natura prettamente impugnatoria. Da questo punto di vista è apprezzabile lo sforzo compiuto dai giudici per cercare di non lasciare privo di tutela il ricorrente, il quale potrebbe avvalersi della tutela risarcitoria evitando l'effetto demolitorio dell'atto.

Tuttavia la dottrina <sup>8</sup> ha rilevato che, nonostante i buoni propositi espressi dal Consiglio di Stato nella sentenza in esame, un possibile ostacolo alla via della tutela alternativa offerta dall'azione risarcitoria sarebbe che:

*“Va rimarcato che un tale accertamento non esenta la parte vittoriosa dal fornire la prova degli ulteriori elementi, aggiuntivi rispetto alla illegittimità, di cui si compone la struttura dell'illecito dell'amministrazione”.*

Il riferimento è alla necessità della dimostrazione dell'elemento soggettivo della responsabilità della Pubblica Amministrazione e del nesso di

---

<sup>8</sup> E. BOSCOLO, *L'intervenuta esecuzione dell'opera pubblica* cit., p. 96.

causalità tra condotta della P.A. e danno provocato. In particolare la dottrina<sup>9</sup> rileva che:

*“(...) a rendere stringente su un piano più generale l'interrogativo circa la adeguatezza della soluzione proposta, va evidenziato che proprio il materia di Valutazione di Impatto Ambientale si è riconosciuta con una certa larghezza l'esimente della novità e della scarsa chiarezza della normativa ambientale per escludere la colpa grave dell'apparato”.*

Nonostante queste riserve, ritengo che la sentenza n. 3849/2009 abbia costituito un antecedente importante per il principio stabilito dall'art. 34, 3° comma. Essa ha superato la visione tradizionale improntata sulla prevalenza dell'annullamento rispetto all'azione di mero accertamento e ha posto le basi per la norma introdotta dal codice del processo amministrativo.

Gli artt. 2058, 2° comma e 2933, 2° comma c.c., hanno il merito di porre l'accento (seppur non in via diretta ma in via interpretativa) su una serie di principi del nostro ordinamento, quali l'economicità e l'equilibrio dei bilanci, sempre più importanti; ma ha anche il pregio di aver tentato di attuare la piena ed effettiva tutela del ricorrente. Cito a tal proposito uno dei più importanti processualciviliisti, Giuseppe Chiovenda, il quale affermava che: *“il processo non deve mai andare a danno della parte che ha ragione”.*

---

<sup>9</sup> E. BOSCOLO, *L'intervenuta esecuzione dell'opera pubblica* cit., p. 96.

#### **1.4 L'art. 34, 3° comma: un esempio di azione di mero accertamento**

Le sentenze di mero accertamento hanno fatto sorgere un vasto dibattito all'interno del processo amministrativo. In un sistema processuale storicamente imperniato sulla tutela demolitoria come quello amministrativo, l'unico spazio riconosciuto alle sentenze di mero accertamento era stato rinvenuto nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo su diritti soggettivi.

Precedentemente alla pronuncia n. 500 del 1999 della Cassazione Civile, la posizione soggettiva di interesse legittimo era vista su un piano differente rispetto al diritto soggettivo. Si riteneva che vi fosse:

*“Scarsa utilità di un mero accertamento circa la consistenza dell'interesse legittimo, situazione soggettiva che si struttura nella cornice di una relazione con un potere ordinariamente esplicantesi mediante provvedimenti autoritativi”*<sup>10</sup>.

Negli anni successivi alla pronuncia del 1999 la situazione cambiò, in quanto la pari dignità dal punto di vista risarcitorio dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo aveva imposto un cambio di rotta verso una giustizia amministrativa più flessibile. Vi fu una “rivalutazione” dell'azione di mero accertamento che sembrava far preludere ad una tipizzazione di essa nel codice del processo amministrativo. Infatti l'art. 44, 2° comma

---

<sup>10</sup> Cfr. E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, II ed., Torino, 2006, p. 162.

della legge 18 giugno 2009 n. 69, rubricato “Delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo”, disponeva che:

*“I decreti legislativi di cui al comma 1, oltre che ai principi e ai criteri direttivi di cui all'articolo 20, 3° comma della legge 15 marzo 1997, in quanto applicabili, si attengono ai seguenti principi e criteri direttivi:*

- a) Assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela che al fine di garantire la ragionevole durata del processo (...)*

Si riteneva che “l’effettività della tutela” alludesse al fatto che nel futuro codice del processo amministrativo ci sarebbe dovuto essere uno spazio per la previsione di un’azione di mero accertamento. Nella bozza del codice della commissione insediata presso il Consiglio di Stato è stato espunto l’art. 36, rubricato “azione di accertamento”, che disponeva che:

*“Chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'esistenza o della inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle consequenziali pronunce dichiarative”.*

L’eliminazione dell’azione di mero accertamento ha comportato non poche polemiche. Tuttavia, nonostante la mancata previsione di una norma del genere, non si è mai dubitato della esistenza di tale azione nel sistema del processo amministrativo. Un esempio è dato dall’art. 34, 3° comma del codice, pur essendo diverso per le modalità.

Tale norma disciplina una situazione specificatamente individuata dalla legge e *“regola, nel rispetto di ragioni di economia processuale, l’incidenza, sull’azione di annullamento, di circostanze sopravvenute che abbiano inciso sull’interesse del ricorrente”* <sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, XII ed., p. 314.

È interessante notare che, sempre nella versione del codice licenziata dalla commissione insediata presso il Consiglio di Stato, la norma che oggi leggiamo all'art. 34, 3° comma risultava posta nell'art. 45, 4° comma. Il dato letterale era diverso da quello che oggi leggiamo:

*“Quando l'annullamento del provvedimento non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta la illegittimità dell'atto se il ricorrente ha un interesse a tale accertamento”.*

In questa versione non vi era un esplicito riferimento alla possibilità di una eventuale condanna al risarcimento dei danni, bensì si faceva semplicemente riferimento ad un “interesse a tale accertamento”. Invece, nella versione finale del codice, questa possibilità di accertamento della illegittimità si riferisce direttamente alla possibilità di chiedere il risarcimento dei danni. Infatti l'interesse ai fini risarcitori è l'interesse che maggiormente si pone in rapporto di consequenzialità con l'accertamento della illegittimità di un atto amministrativo.

La formulazione dell'art. 34, 3° comma (“il giudice accerta la illegittimità”) ha dato origine a diverse interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali. La discussione ha riguardato l'incidenza del potere riconosciuto al giudice in relazione alla tutela del ricorrente.