



CONVERSIONE DELLA DOMANDA ED EFFETTIVITA' DELLA TUTELA

di Sara Di Bari

SOMMARIO

1. Introduzione
2. La pronuncia di annullamento dopo il codice del processo amministrativo
3. L'ipotesi di conversione prevista dall'art. 34, comma 3, c.p.a.
4. L'ordinanza di rimessione e la fattispecie sottostante
5. L'Adunanza Plenaria n. 4/2015
6. Problemi aperti
7. Brevi riflessioni

1. Introduzione

L'affermarsi del modello dell'atipicità delle azioni nel processo amministrativo e la conseguente varietà di pronunce emanabili dal G.A. hanno recentemente posto all'attenzione dell'interprete nuovi problemi di coordinamento con i principi generali della giustizia amministrativa e, segnatamente, con quelli che ne delineano la fisionomia di giurisdizione di diritto soggettivo.

La ricerca delle coordinate per l'attivazione del meccanismo di conversione della domanda di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a. ed il tentativo di allargarne le maglie applicative ad opera dell'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria 22.1.2015, n. 2846 si inscrivono nell'alveo di tale fenomeno, al pari della controversa ammissibilità della modulazione degli effetti caducatori della sentenza.

Ancorché la decisione della plenaria n. 4/2015 abbia avuto modo di pronunciarsi su tali temi, il dibattito sulle modalità di esercizio dei suddetti poteri e sui limiti cui soggiace pare tutt'altro che sopito, soprattutto a fronte di interventi del giudice¹ e del legislatore² che espongono il processo amministrativo ad un tendenziale scivolamento verso un modello di giudizio di diritto oggettivo.

2. La pronuncia di annullamento dopo il codice del processo amministrativo

A seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 104/2010 la giurisdizione amministrativa si è concentrata, in particolare, sull'ampliamento del contenuto delle pronunce di annullamento e sul rapporto tra l'azione di cui all'art. 29 c.p.a. e le altre tecniche di tutela predisposte dal legislatore.

Anche in dottrina, invero, è stato osservato che i connotati della riformata azione di annullamento emergono principalmente dal rapporto tra gli artt. 29 e 34 del codice³. La disposizione relativa all'azione di annullamento si limita a ribadire che la stessa può essere proposta nel termine decadenziale di sessanta giorni per i tre vizi tipici di legittimità dell'atto, vale a dire per incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere. È nell'art. 34 c.p.a. che si celano, invece, le innovazioni introdotte dal codice in ordine al tema delle azioni esperibili. Basti pensare alle previsioni contenute nel primo comma, lett. c) e lett. e), in virtù delle quali il giudice, con la sentenza di accoglimento, contestualmente all'annullamento dell'atto può

¹ Di recente, ha destato non poche perplessità la sentenza dell'Adunanza Plenaria 27/4/2015, n. 5, nella parte in cui ha affidato al giudice, in caso di mancata graduazione dei motivi da parte del ricorrente, il compito di stabilirne l'ordine di trattazione sulla base della loro "consistenza oggettiva (radicalità del vizio)", non già secondo il criterio del soddisfacimento del massimo interesse della parte.

² Sebbene si tratti di interventi prevalentemente afferenti alla materia dei contratti pubblici, si pensi, oltre all'ampiezza dei poteri attribuiti al G.A. in tema di inefficacia del contratto e sanzioni alternative, al nuovo art. 120, comma 2-bis, c.p.a., che ha introdotto un onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione o di esclusione adottati all'esito della valutazione dei requisiti prescritti dal bando, ancorché non lesivi, costituendo in tal modo una sorta di presunzione legale di interesse ad agire.

³ GIUSTI A., La "nuova" sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, in *Dir. proc. amm.*, fasc.1, 2012, pag. 293; PATRONI GRIFFI F., Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato, in www.giustizia-amministrativa.it. Per un approfondimento del tema, cfr. CERULLI IRELLI V., Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla costituzione al codice del processo amministrativo), in *Dir. proc. amm.*, 2012, 02, 436; RAIMONDI S., Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, fasc.3, 2011, pag. 913; TORCHIA L., Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo, in www.giustizia-amministrativa.it

condannare l'amministrazione ad un fare specifico, quale l'emanazione di un atto amministrativo con un determinato contenuto. Inoltre, già in sede di cognizione può disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione della sentenza, compresa la nomina di un commissario ad acta.

Il novero delle pronunce di merito emanabili dal giudice amministrativo in virtù di tale disposizione si appalesa, tuttavia, disallineato rispetto al catalogo delle azioni tipizzate dal legislatore, atteso che si rinvencono pronunce di accertamento⁴ e di adempimento (art. 34, comma 1, lett. c) c.p.a.), nonostante le norme relative alle azioni corrispondenti siano state stralciate dal progetto di codice elaborato dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato.

Momento indefettibile dell'attività demandata al giudice risulta, in ogni caso, l'accertamento dell'illegittimità dell'atto, completato da una serie di rimedi (reintegratori, costitutivi, dichiarativi) successivi, tra i quali l'ordinamento continua a prediligere quello demolitorio⁵. Tanto sulla scorta di due ordini di motivi: il carattere costitutivo della sentenza⁶ e la garanzia di certezza dei rapporti de futuro⁷.

La mancata tipizzazione delle azioni di accertamento e di adempimento e l'ampiezza delle clausole normative relative alle pronunce di merito hanno indotto larga parte della dottrina a parlare di atipicità delle azioni (o, comunque, di non nominatività delle stesse⁸). Anche la relazione governativa premessa al codice, chiarendo che le modifiche apportate al testo della Commissione sono dovute alla considerazione che il sistema delle azioni delineato è tale da assicurare una tutela piena ed effettiva, sembra ammettere che l'attività dell'interprete possa portare all'individuazione, nei principi e nelle singole disposizioni, di ulteriori azioni non oggetto di espressa disciplina.

D'altronde, si è detto, il concetto stesso di tipicità osta al perseguimento dell'obiettivo dell'effettività della tutela⁹, principio radicato nel nostro ordinamento costituzionale come nell'ordinamento europeo e ribadito nella stessa legge di delega, con la formula di cui all'art. 44, c. 2, lett. b). n. 4 della legge n. 69/2009 (che ha imposto al legislatore delegato di prevedere "le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa").

⁴ Tra le quali la dottrina prevalente annovera: a) art. 31, co. 1, in materia di silenzio, estesa alla fondatezza della pretesa; b) art. 31, co. 4, in materia di nullità; c) art. 34, co. 3, pronuncia di illegittimità di un provvedimento a soli fini risarcitori; d) art. 34, co. 5, in materia di cessazione della materia del contendere, che è pronuncia nel merito (a differenza di quella sull'improcedibilità che è pronuncia in rito: art. 35); e) art. 114, co. 4, in materia di violazione o elusione del giudicato; f) artt. 121 e 122, in tema di inefficacia del contratto.

⁵ In tal senso, ex multis, CAPONIGRO R., Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui "l'art. 29, primo articolo del capo del codice relativo alle azioni di cognizione, è così dedicato all'azione di annullamento e ciò costituisce un consistente indizio della sua permanente centralità nel sistema della giurisdizione generale di legittimità, centralità che, sia ontologicamente che in ragione della disciplina cui è stata assoggettata l'azione risarcitoria, non può ritenersi incisa neppure dalla introduzione della facoltà di esperire un'azione risarcitoria autonoma".

⁶ CLARICH M., Commento all'art. 29 c.p.a.: "azione di annullamento", in www.giustiziamministrativa.it

⁷ PATRONI GRIFFI F., op. cit.

⁸ "E' noto infatti che, sul piano della teoria generale, si ritiene che il principio di tipicità sia rispettato se l'azione è desumibile dal sistema positivo, ancorché non specificamente nominata" (PATRONI GRIFFI F., op. cit.)

⁹ CARINGELLA F., Architettura e tutela dell'interesse legittimo dopo il codice del processo amministrativo: verso il futuro!, in www.giustiziamministrativa.it.

L'auspicio di un intervento di dottrina e giurisprudenza al fine di "riconduurre a sistema e valorizzare la disciplina incompiuta delle azioni"¹⁰ è stato ben presto accolto dall'Adunanza Plenaria che, con la decisione n. 3/2011, ha confermato il superamento del modello impugnatorio e l'ampliamento delle tecniche di tutela dell'interesse legittimo mediante l'introduzione, da parte del legislatore, del principio della pluralità delle azioni.

La celebrata metamorfosi da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto, resa possibile anche da una cognizione più completa della fattispecie concreta per effetto della "civiltà" del processo (o, quantomeno, della fase istruttoria)¹¹, ha indotto il giudice amministrativo a sperimentare nuove possibilità di azione sotto la guida di una "stella polare"¹² (posta dal legislatore in apertura del codice): il principio di effettività della tutela. Sicché, se l'azione di annullamento conferma il suo titolo di "regina delle azioni"¹³, la tradizionale tripartizione degli effetti della relativa sentenza sembra aver perduto parte della sua forza persuasiva.

Ciò, in particolare, per effetto di una pronuncia¹⁴ con la quale il Consiglio di Stato, accogliendo l'azione di annullamento proposta da un'associazione ambientalista contro un piano faunistico venatorio regionale, ha disposto che la conservazione degli effetti degli atti viziati sino alla sostituzione o alla modifica del piano, da parte dell'Amministrazione, in conformità con la normativa di settore (che, nel caso di specie, imponeva il previo espletamento della procedura di VAS).

La Sesta Sezione, infatti, ha ritenuto che la caducazione del piano avrebbe privato il territorio di qualsiasi forma - ancorché insufficiente - di tutela, ponendosi, quindi, in contrasto con lo stesso interesse del ricorrente¹⁵.

Le argomentazioni poste a fondamento della sentenza sono state diffusamente contestate dalla dottrina, che ne ha eccepito l'incompatibilità con la tipicità degli esiti dell'accoglimento dell'azione di annullamento, sancita a livello costituzionale dall'art. 113, comma 3, Cost. e oggetto di puntuale disciplina all'art. 34, comma 1, lett. a) c.p.a.¹⁶. Oltre ad aver agito in mancanza di una norma attributiva del potere di modulazione degli effetti della pronuncia di annullamento, il Consiglio di Stato, ad avviso di autorevole

¹⁰ CLARICH M., Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del codice ed aperture a nuove tutele, in www.giustiziamministrativa.it

¹¹ VERDE G., Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice, in *Dir. proc. amm.*, fasc.3, 2010, pag. 795

¹² CHIEPPA R., Un primo bilancio sul nuovo processo amministrativo: il contributo della giurisprudenza e della dottrina prevale sulle aspettative (deluse) di un efficace intervento correttivo del legislatore, in www.giustizia-amministrativa.it

¹³ CLARICH M., Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del codice ed aperture a nuove tutele, op. cit.

¹⁴ Cons. St., sez. VI, 10/5/2011, n. 2755, in *Urb. app.*, 2011, 927.

¹⁵ In senso contrario, TRAVI A., Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e 'non annullamento' dell'atto illegittimo, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 8

¹⁶ In tali termini, BERTONAZZI L., Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2012, 1128-1141; FELIZIANI C., Oltre le Colonne d'Ercole. Può il giudice amministrativo non annullare un provvedimento illegittimo?, in *Foro amm. CDS*, fasc.2, 2012, pag. 427; GALLO C., I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento, in *Dir. proc. amm.*, fasc.1, 2012, pag. 280; GIUSTI A., op. cit., 293; TRAVI A., op. cit.

dottrina¹⁷, avrebbe violato il principio della domanda, arrogandosi la facoltà di articolare ed accogliere richieste formulate solo implicitamente dal ricorrente. A tali rilievi critici ha replicato la dottrina di “estrazione giudiziaria”, rimarcando che “nessuna legge, sostanziale o processuale, sancisce la regola della retroattività degli effetti della pronuncia di annullamento, con la conseguenza che, in coerenza con la generale atipicità delle azioni e delle pronunce, non può che spettare al giudice il compito di distillare gli effetti della propria decisione in guisa da offrire la tutela migliore all’interesse del ricorrente”¹⁸. In ordine alla seconda censura, è stato rilevato che, costituendo la pronuncia di accertamento dell’illegittimità un *quid minus* contenuto nella domanda di annullamento, il principio della domanda non risulta vulnerato.

L’effetto conformativo prodotto dalla sentenza n. 2755/2011 ne ha suggerito l’accostamento ad una pronuncia di condanna ad un *facere* specifico, in quanto dispone nei confronti della Regione soccombente l’ordine di riesercitare il potere pianificatorio entro un termine all’uopo stabilito.

Da tale osservazione taluni hanno dedotto che il risultato cui è pervenuta la Sesta Sezione ben potrebbe essere conseguito senza alterare i connotati della pronuncia di annullamento. Ove, infatti, l’azione ex art. 29 c.p.a. sia proposta contestualmente all’azione di condanna pubblicistica¹⁹, il giudice, accertata la fondatezza della domanda di annullamento, dovrebbe dichiararla improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse e disporre l’accoglimento dell’azione di condanna²⁰.

La soluzione prospettata, tuttavia, non convince altra parte della dottrina, la quale ha correttamente rilevato che nelle ipotesi in esame la mancanza di interesse all’annullamento non sopravviene nel corso del giudizio, ma è originaria²¹.

Viene meno, di conseguenza, l’analogia con quanto disposto dall’art. 34, comma 3, c.p.a., in virtù del quale “Quando, nel corso del giudizio, l’annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l’illegittimità dell’atto se sussiste l’interesse ai fini risarcitori”²².

3. L’ipotesi di conversione prevista dall’art. 34, comma 3, c.p.a.

¹⁷ CARBONE A., Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori, in *Dir. proc. amm.*, fasc.2, 2013, pag. 428; FOLLIERI E., L’ingegneria processuale del Consiglio di Stato, in *Giur. it.*, 2012, 2; GALLO C., op. cit.; TRAVI A., op. cit.

¹⁸ CARINGELLA F., Architettura e tutela dell’interesse legittimo dopo il codice del processo amministrativo: verso il futuro!, op.cit. Pur ammettendo che su tale profilo non si registra, in effetti, una chiara opzione di diritto positivo, altri autori puntualizzano che il potere del giudice amministrativo non potrebbe spingersi ad elidere del tutto l’effetto demolitorio della pronuncia di annullamento. In tali termini: CARBONE A., op. cit.; FOLLIERI E., op. cit.

¹⁹ Siccome dispone il codice, ove tale azione, introdotta con il secondo decreto correttivo, è disciplinata all’art. 34, comma 1, lett. c) c.p.a.

²⁰ BERTONAZZI L., op. cit. Sulla scorta di tale argomento, l’Autore conclude auspicando, de iure condendo, l’ammissibilità della sola azione di condanna pubblicistica, purché proposta entro il termine decadenziale di cui all’art. 29 c.p.a., in guisa da garantire “una più duttile reazione processuale avverso il provvedimento illegittimo”. Per un approfondimento di tale riflessione, si rinvia a TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, 203.

²¹ CARBONE A., op. cit.

²² Né può ritenersi che tale disposizione attribuisca al G.A. la disponibilità degli effetti della pronuncia di annullamento, atteso che l’accertamento dell’illegittimità in luogo dell’annullamento ivi previsto non rileva *ex se*, ma è propedeutico all’esame della domanda risarcitoria. In tal senso, Dipace, op. cit.

Invocata a sostegno dell'ammissibilità di una generale azione di accertamento²³, nonché quale emblema del superamento del vincolo della pregiudizialità²⁴, la disposizione in esame è dai più qualificata come ipotesi di conversione dell'azione, l'unica positivamente disciplinata²⁵.

Tale conclusione discende dalla disamina dell'art. 32, comma 2, c.p.a., a norma del quale "Il giudice qualifica l'azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali. Sussistendone i presupposti il giudice può sempre disporre la conversione delle azioni".

È evidente che il potere di qualificazione del giudice, risolvendosi nell'individuazione della domanda effettivamente proposta dal ricorrente (a prescindere dalle indicazioni formali fornite), opera sul piano prettamente interpretativo, in quanto espressione del principio *iura novita curia*. Esso non contempera, pertanto, la possibilità di pronunciare l'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato a fronte di una sopravvenienza che abbia reciso l'interesse al suo annullamento.

L'indagine si sposta, pertanto, sulla natura del potere di conversione e sui presupposti per il suo esercizio. Il concetto di conversione implica la modificazione dell'azione proposta dal ricorrente in un'azione diversa, sicché è facile ipotizzarne il conflitto col principio della domanda. Proprio al fine di garantire la compatibilità col suddetto principio, parte della dottrina ha proposto una lettura della norma nota come tesi "dell'endiadi", nella quale si sostiene la piena sovrapponibilità delle nozioni di qualificazione e conversione²⁶.

Nella disamina della disposizione, tuttavia, non può prescindersi dalla constatazione che il legislatore abbia optato per la separazione dei due poteri (quantomeno sul piano sintattico), dedicandovi due alinea distinti. Sicché, aderire alla precedente impostazione esegetica condurrebbe ad un'interpretatio abrogans del secondo alinea.

Parimenti inconciliabile con il testo dell'art. 32, comma 2, c.p.a. è la tesi che pone i due poteri in rapporto di "progressione", di guisa che l'operazione di qualificazione costituirebbe, in ogni caso, premessa necessaria per l'esercizio del potere di conversione²⁷. La lettera della norma, infatti, non contiene alcuna connessione logico-sintattica fra le due proposizioni in esame; al contrario, l'avverbio "sempre" nella previsione del potere di conversione ne evidenzia l'indipendenza da quello di qualificazione.

Non resta, quindi, che ritenere i due poteri alternativi.

²³ PATRONI GRIFFI F., op. cit.

²⁴ Ad Plen. n. 3/2011, cit; in dottrina, ex multis, CARINGELLA F. – PROTTO M., Codice del processo amministrativo, II, Roma, 2013, art. 34, 407.

²⁵ CARBONE A., Principio della domanda e conversione dell'azione, in Treccani – Il Libro dell'anno del Diritto 2016, Ist. Enciclopedia Italiana; FOLLIERI F., Qualificazione e conversione dell'azione alla prova del principio della domanda, in Dir. proc. amm., fasc.1, 2013, pag. 177 ss.

²⁶ CORSO G., Art. 32, in QUARANTA A. – LOPILATO V., a cura di, Il processo amministrativo, Milano, 2011, 326-328; pare aderire a tale tesi anche MARINO E., Conversione e rapporto tra le azioni, in I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015), a cura di E. FOLLIERI – A. BARONE, Milano, 2015, 691. In senso contrario, SCOCA F. G., Qualificazione della domanda giudiziale e controllo della rilevanza della questione di costituzionalità, in Giurisprudenza Costituzionale, fasc.6, 2012, pag. 4482B, che esclude la coincidenza delle nozioni sulla base della semplice lettura della disposizione codicistica.

²⁷ FOLLIERI F., Qualificazione e conversione., op. cit., che ascrive tale tesi a SASSANI B., Arbor actionum. L'articolazione della tutela nel processo amministrativo, in Riv. dir. proc., 2011, 1362.

In ordine ai presupposti richiesti dall'art. 32, comma 2, c.p.a., la dottrina sostiene debbano sussistere, in primo luogo, i presupposti processuali dell'azione in cui è convertita quella proposta²⁸, volti a compensare, rendendo possibile e giustificando la conversione stessa, l'insussistenza dei presupposti dell'azione originaria²⁹.

A tanto si aggiunge che, trattandosi di un'espressione del principio di conservazione degli atti processuali, il potere di conversione non può porsi in contrasto col principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, ossia non può determinare il prodursi di effetti (sostanziali e processuali) estranei alla domanda originariamente avanzata, la quale, pertanto, può essere modificata solo in senso riduttivo. Il rispetto di tale condizione si ritiene verificato ove sussista un rapporto di continenza tra la domanda iniziale e quella risultante dalla conversione.

Tale argomento, più volte adoperato in giurisprudenza per giustificare l'esercizio di determinati poteri officiosi decisorii del giudice amministrativo³⁰, non convince, tuttavia, parte della dottrina, secondo la quale una corretta ricostruzione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato vieterebbe non solo l'ultrapetizione (che il rapporto di continenza mira ad evitare), ma anche l'extrapetizione, ossia la pronuncia su qualcosa di diverso (ancorché in meno) da quanto chiesto dalla parte³¹. Il divieto consentirebbe di preservare la posizione di imparzialità e terzietà del giudice, sicché la dottrina in esame ritiene il potere di conversione, ancorché "mitigato" dall'argomento di continenza, in distonia con le esigenze del giusto processo e con i principi costituzionali che trovano applicazione nel processo amministrativo.

In disparte i suddetti rilievi critici, è stato osservato che la continenza rilevante ai fini della conversione non può che essere di tipo qualitativo, ossia relativa a fattispecie in cui la domanda contenuta ha un oggetto in senso sostanziale, un petitum mediato o immediato o una causa petendi diversi da quelli della domanda proposta. Mentre, infatti, nell'ipotesi di continenza quantitativa, il giudice può disporre l'accoglimento (o il rigetto) parziale della domanda, ciò non risulta possibile in presenza di un rapporto di continenza qualitativa, ove l'unica soluzione per "salvare" la parte della domanda ritenuta fondata si sostanzia nell'esercizio del potere di conversione³².

L'esempio paradigmatico riportato sul tema concerne proprio il rapporto tra accertamento ed annullamento. Ancorché il primo costituisca antecedente logico del secondo, risulta evidente che non può accogliersi parzialmente una domanda di annullamento con una pronuncia di accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato. Una pronuncia di tale natura è ammissibile solo previa conversione della domanda, non perché l'effetto di annullamento non sia graduabile quantitativamente, ma perché accertamento ed annullamento producono effetti diversi³³.

²⁸ FOLLIERI F., Qualificazione e conversione..., op. cit.

²⁹ CARBONE A., Principio della domanda..., op. cit.

³⁰ FOLLIERI F., «Continenza» e principio della domanda, in Foro amm. CDS, fasc.1, 2013, 283 ss., che ne ravvisa l'utilizzo, oltre che nella fattispecie in esame, in tema di irrogazione di sanzioni alternative (art. 123 c.p.a.) e di modulazione degli effetti della sentenza di annullamento

³¹ FOLLIERI F., «Continenza» e principio della domanda, op. cit.; MARINO E., Conversione e rapporto tra le azioni, op. cit.

³² FOLLIERI F., Qualificazione e conversione..., op. cit.

³³ FOLLIERI F., «Continenza» e principio della domanda, op. cit.

Alla luce dell'esempio appena illustrato si giustifica la sussunzione dell'art. 34, comma 3, c.p.a. tra le ipotesi di conversione. Oltre al necessario rapporto di continenza, di cui si è detto poc'anzi, si rinvencono in tale fattispecie normativa anche gli altri due presupposti individuati dalla dottrina. La sopravvenuta carenza di interesse, infatti, determina l'insussistenza dei presupposti dell'azione originaria; la verifica circa la sussistenza di un interesse ai fini risarcitori assicura, dall'altro lato, il rispetto dei presupposti processuali dell'azione risultante dalla conversione³⁴.

Un ulteriore dibattito giurisprudenziale e dottrinale di cui occorre dar conto afferisce proprio a quest'ultimo profilo di indagine.

Secondo un'interpretazione restrittiva, l'applicazione dell'art. 34, comma 3, c.p.a. dev'essere confinata alle fattispecie in cui la domanda risarcitoria sia stata avanzata nello stesso giudizio³⁵, "oppure quando la parte ricorrente dimostri che ha già incardinato un separato giudizio di risarcimento o che è in procinto di farlo"³⁶. Si eviterebbe, in tal modo, un possibile inutile esercizio della funzione giurisdizionale³⁷.

Tale interpretazione, tuttavia, presta il fianco ad obiezioni difficilmente superabili. Se l'azione risarcitoria fosse proposta nello stesso giudizio, l'accertamento dell'illegittimità non discenderebbe dall'operatività dell'art. 34, comma 3, c.p.a., bensì dal sindacato sulla legittimità dell'atto che ogni azione risarcitoria postula. La disposizione risulterebbe, quindi, superflua.

In ordine alla seconda ipotesi, il Consiglio di Stato³⁸ ha osservato che, a fronte di un (separato) giudizio risarcitorio già incardinato, l'accertamento dell'illegittimità degli atti in questa sede impugnati (che sono oggetto anche dell'altro giudizio) non risulta quindi idoneo ad attribuire al ricorrente alcuna effettiva utilità, rivelandosi, anzi, come una sorta di bis in idem rispetto ad una azione già ritualmente proposta nella sua sede naturale".

La tesi che avalla la possibilità di esperire l'azione risarcitoria in un giudizio successivo, peraltro, affonda le sue radici in alcune pronunce giurisprudenziali antecedenti al codice, nonché nel processo di "affrancazione del modello risarcitorio dalla logica della necessaria "ancillarità" e "sussidiarietà" rispetto al paradigma caducatorio"³⁹.

Le prime sentenze che hanno ritenuto ammissibile una domanda risarcitoria per lesione di interessi legittimi anche in caso di declaratoria di improcedibilità della domanda di annullamento dell'atto cui la lesione era riconducibile non si discostavano dalla teoria della pregiudiziale amministrativa; ciononostante, evidenziavano una crisi del tradizionale assetto di rapporti tra interesse al ricorso ed interesse

³⁴ CARBONE A., Principio della domanda..., op. cit.

³⁵ TAR Lazio, Roma, sez. III, 23/4/2014, n. 4419, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁶ AR Lombardia, Milano, Sez. IV, 5 ottobre 2011, n. 2352; Cons. Stato, Sez. VI, 13 maggio 2011, n. 2914, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁷ BALDUZZI D., L'art. 34, comma 3, c.p.a. tra conversione dell'azione e "interesse ai fini risarcitori", in Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.4, 2013, 1221 ss.

³⁸ Cons. St., sez. VI, 13/9/2012, n. 4863.

³⁹ Cons. St., Ad. Plen., 23/3/2011, n. 3.

all'annullamento, sulla base del quale la declaratoria della sopravvenuta carenza di interesse costituiva conseguenza automatica della cessazione dell'utilità ritraibile dall'annullamento dell'atto⁴⁰.

Una pronuncia innovativa sopravvenne allorché il Consiglio di Stato affermò, per la prima volta, la possibilità per il giudice amministrativo di dichiarare l'illegittimità dell'atto impugnato ai fini di una futura azione risarcitoria esperibile dall'interessato⁴¹.

Sicché, sancito il superamento della tesi della pregiudizialità amministrativa, non stupisce che la soluzione elaborata in via pretoria sia stata positivizzata dal legislatore all'art. 34, comma 3, c.p.a.

Come noto, infatti, l'art. 30, comma 5, c.p.a. consente di esperire l'azione risarcitoria senza aver impugnato l'atto che si assume illegittimo, ovvero nel corso del giudizio di annullamento "o, comunque, sino a 120 giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza". Si deduce che, a fronte di una pronuncia di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, al ricorrente sarebbe preclusa la possibilità di agire per il risarcimento dei danni, sicché il legislatore, in conformità col principio di effettività della tutela, ha introdotto il meccanismo di conversione dell'azione di annullamento divenuta improcedibile in azione di accertamento (art. 34, co. 3, c.p.a.), garantendo la possibilità di proporre l'azione risarcitoria in un giudizio successivo⁴². (Nondimeno, si registra un orientamento giurisprudenziale di segno contrario⁴³, che ritiene la pronuncia di improcedibilità non ostativa all'esperimento dell'azione risarcitoria ex art. 30, comma 5, c.p.a. Il giudice investito della domanda risarcitoria potrebbe, in tal modo, avere cognizione piena in ordine ai presupposti richiesti per ottenere il risarcimento).

Anche la citata Adunanza Plenaria n. 3/2011, nell'ambito di una generale ricognizione delle azioni esperibili alla luce del codice del processo amministrativo, ha individuato nell'art. 34, comma 3, c.p.a. un meccanismo di conversione dell'azione costitutiva di annullamento in un'azione dichiarativa di accertamento dell'illegittimità "da far valere in un (anche successivo) giudizio di risarcimento".

Ci si è chiesti, inoltre, se il ricorrente abbia un "onere" di manifestare il proprio interesse ai fini risarcitori⁴⁴, ovvero se il potere di conversione previsto dalla norma sia esercitabile officiosamente dal giudice.

Secondo la prima impostazione, l'ammissibilità di un potere ex officio del giudice comporterebbe una violazione del principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato⁴⁵. A favore del

⁴⁰ DAPAS A. - VIOLA L., L'art. 34, comma 3 c.p.a. tra inutilità dell'annullamento dell'atto e ridefinizione dell'interesse a ricorrere, in *Urbanistica e appalti*, 10, 2012, 1040-1050; VERRI P., Declaratoria di illegittimità del provvedimento ai fini risarcitori: poteri del giudice o onere della parte?, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 3, 2014, pag. 964.

⁴¹ "La Sezione deve allora pervenire ad un accertamento dell'illegittimità, senza esito di annullamento e con effetti nei riguardi del solo appellante, ai fini della tutela risarcitoria invocabile con riguardo agli eventuali danni patiti per effetto dell'esecuzione dei provvedimenti di che trattasi." (Cons. St., sez. V, 16/6/2009, n. 3849, in *Foro amm. CdS.*, 2009, 1495 e in *Urb. e app.*, 2010, 89, con nota di E. Boscolo, L'intervenuta esecuzione dell'opera pubblica: i limiti all'annullamento e la sequenza accertamento-risarcimento.) In senso contrario: Cons. St., sez. V, 31/5/2007, n. 2822, in *Foro amm. CdS.*, 2007, 1824, con nota di P.G.N. Lotti.

⁴² CARBONE A., Principio della domanda..., op. cit.; DAPAS A. - VIOLA L., op. cit.

⁴³ TAR Lazio, n. 4419/2014; TAR Lombardia, Brescia, 12/3/2013, n. 252.

⁴⁴ In tal senso, Cons. St., sez. VI, 20/7/2011, n. 4388, secondo cui "deve ritenersi che gravi sul soggetto istante quanto meno un onere di allegazione di elementi concreti i quali depongano nel senso dell'effettiva sussistenza di un interesse ai fini risarcitori"; TAR Toscana, Firenze, sez. I, 7/5/2015, n. 734, che richiede finanche la dimostrazione dell'esistenza di "una lesione attuale nel suo patrimonio giuridico, sotto la specie di un danno al bene della vita correlato all'interesse legittimo inciso dall'azione amministrativa".

secondo orientamento militano, invece, la formula vincolante adoperata dal legislatore (“il giudice accerta l’illegittimità dell’atto”), nonché l’argomento di continenza di cui sopra⁴⁶.

Parte della dottrina ha evidenziato che, ad ogni modo, il contrasto interpretativo sarebbe mitigato dall’obbligo di provocare il contraddittorio sulle questioni rilevate d’ufficio, sancito dall’art. 73, comma 3, c.p.a. Neppure in tal caso, pertanto, si prescinderebbe da una manifestazione di interesse da parte del ricorrente⁴⁷.

In ordine al quomodo della valutazione sull’interesse alla pronuncia dichiarativa dell’illegittimità del provvedimento, si contrappone un orientamento secondo cui tale apprezzamento debba essere condotto in via meramente astratta⁴⁸ (sicché l’interesse, in forza dell’art. 30, comma 5, c.p.a., sarebbe sempre sussistente), ad altro indirizzo che caldeggia un’indagine da effettuarsi in concreto, anche al fine di non rendere vacua di significato l’espressione “se sussiste l’interesse ai fini risarcitori”⁴⁹. In tale prospettiva, il giudice, senza inoltrarsi in un inammissibile esame anticipatore del merito, dovrebbe verificare l’insussistenza di elementi atti ad escludere inequivocabilmente l’interesse ai fini risarcitori.

A ben guardare, le questioni esegetiche che involgono la disposizione in esame sottendono il timore, paventato dai fautori delle tesi più rigoriste, che l’esercizio della funzione giurisdizionale possa risultare vano, ove il ricorrente ometta di instaurare il giudizio risarcitorio una volta ottenuta la pronuncia dichiarativa dell’illegittimità dell’atto. Con conseguente violazione del principio di ragionevole durata del processo e della certezza dei rapporti giuridici⁵⁰.

La tesi non è condivisibile. È proprio il principio di economia processuale, invero, ad imporre che il giudice accerti la fondatezza dei motivi dedotti in ricorso, pur in mancanza di un interesse all’annullamento. L’esercizio del potere di conversione di cui all’art. 34, comma 3, c.p.a. non comporta la necessità di acquisire ulteriori elementi istruttori o, comunque, una dilatazione dei tempi processuali. Al contrario, ne risulta uno snellimento del successivo giudizio promosso ai fini risarcitori.

Né l’operatività di tale meccanismo di conversione può essere limitata in virtù dei presunti rischi correlati al mancato incardinamento dell’azione risarcitoria, atteso che “la pubblica amministrazione soccombente non è di per sé tenuta ad alcuna azione amministrativa per effetto di tale pronuncia dichiarativa del giudice, potendo soltanto discretivamente e del tutto autonomamente agire in via di autotutela a’ sensi dell’art. 21-nonies della L. 7 agosto 1990 n. 241 come inserito dall’art. 14, comma 1, della L. 11 febbraio 2005 n. 15; e, correlativamente, la parte vincitrice non può avvalersi della statuizione anzidetta al fine di ottenere la

⁴⁵ POLITI R., Atipicità delle azioni e chirurgia giurisprudenziale dell’azione di annullamento: la

“sovrascrittura del programma” – Atypical actions and surgery of cancellation of case law: the “overwrite the program”, in Foro amm. TAR, fasc.3, 2012, pag. 1071

⁴⁶ Le argomentazioni sono entrambe esposte in Cons. St., sez. IV, 18/5/2012, n. 2916, in Urb. app., 2012, 10, con nota di DAPAS A. - VIOLA L., L’art. 34, comma 3 c.p.a. tra inutilità dell’annullamento dell’atto e ridefinizione dell’interesse a ricorrere.

⁴⁷ CARBONE A, op. cit; VERRI P., op. cit.

⁴⁸ Cons. St., sez. IV, n. 2916/2012, cit.

⁴⁹ VERRI P., op. cit.

⁵⁰ Altri ancora ritengono che il mantenimento in vita di un provvedimento dichiarato illegittimo sia incompatibile con la “fondamentale esigenza di moralità dell’agere pubblico” (POLITI R., op. cit.)

materiale caducazione ope iudicis degli atti da lei a suo tempo impugnati, ovvero di altri atti a essi conseguenti, ma può solo proporre la conseguente azione risarcitoria”⁵¹.

La lettura restrittiva della norma, alla luce delle suesposte considerazioni, mal si concilia con il principio di economia processuale e, più in generale, con il principio di effettività della tutela, in virtù dei quali il potere di conversione, attribuito al giudice dalla legge, deve agevolare l'adozione della sentenza di merito, non già renderla impossibile o più difficile⁵².

4. L'ordinanza di rimessione e la fattispecie sottostante

Le problematiche sollevate dalla riformata pronuncia di annullamento illustrate nei precedenti paragrafi sono recentemente emerse nell'ambito di una fattispecie giunta al vaglio dell'Adunanza Plenaria, la quale, pur non avendo sopito il dibattito, ne ha circoscritto i termini.

Il caso in oggetto concerne un'azione di annullamento proposta avverso gli atti di un concorso pubblico per titoli ed esami indetto dal Comune de L'Aquila nell'anno 1997 (e conclusosi nel 1999). Contrariamente al giudice di prime cure, che aveva ritenuto infondate le censure mosse dalla ricorrente (non ammessa alla prova orale per il mancato conseguimento del punteggio minimo necessario), la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, accogliendo il secondo motivo dell'appello (proposto nel 2002), ha ritenuto che “la illegittimità degli atti risulta effettivamente sussistente, non essendo stati fissati i criteri di valutazione da parte della commissione d'esame”. Tuttavia, nonostante la rilevata fondatezza della suddetta censura, il Collegio si è interrogato sulla “opportunità” di disporre l'annullamento degli atti impugnati, atteso il considerevole lasso di tempo intercorso dall'emanazione dei medesimi e dalla nomina dei vincitori. Invero – si legge nell'ordinanza – “il danno sociale derivante da un tale annullamento - disposto ‘automaticamente’ - risulta evidente: la perdita dell'attività lavorativa da parte dei candidati a suo tempo risultati vincitori comporta il radicale e gravissimo sconvolgimento delle loro vite e delle loro famiglie”.

Ad avviso del giudice remittente, tali effetti avrebbero potuto agevolmente evitarsi ove il ricorrente avesse proposto, contestualmente all'azione di annullamento, un'espressa domanda risarcitoria fondata sull'illegittimità dei medesimi atti, poiché, in tal caso, “ragioni di equità e giustizia inducono a ritenere che – sulla base di una complessiva valutazione del caso di specie - il giudice amministrativo possa in linea di principio modulare la tutela spettante a chi abbia fondatamente impugnato gli atti di un procedimento concorsuale (ad es., perché è risultato illegittimamente escluso, ovvero perché sussistono altri vizi, che non siano imputabili ai vincitori del concorso), decidendo di non annullare la graduatoria finale e di disporre la condanna al risarcimento del danno”. Si precisa, infatti, che una pronuncia demolitoria volta a sottrarre il “bene della vita” ai controinteressati, senza poterlo attribuire al ricorrente (cui spetta il mero soddisfacimento di una chance), ben potrebbe porsi in contrasto con i principi di proporzionalità, equità e giustizia, che il giudice amministrativo è chiamato a presidiare allorquando debba pronunciarsi su “questioni che riguardino persone fisiche e le loro attività lavorative”.

⁵¹ Cons. St., IV, n. 2916/2012, cit.

⁵² SCOCA F. G., Qualificazione della domanda giudiziale e controllo della rilevanza della questione di costituzionalità, op. cit.

Il giudice remittente individua il fondamento giurisprudenziale dell'invocato principio di giustizia nella nota sentenza della Sesta Sezione, n. 2755/2011⁵³, la quale, pur accogliendo l'azione di annullamento promossa avverso il piano faunistico impugnato, ha "amputato"⁵⁴ la relativa pronuncia del suo effetto demolitorio, disponendo che gli atti illegittimi rimanessero efficaci sino alla sostituzione del piano con altro conforme alla normativa di settore (effetto conformativo).

Nel caso di specie, invece, si rinviene un "rimedio" al prodursi dei suddetti effetti nell'applicazione dell'art. 34, comma 3, c.p.a., in quanto l'accertamento dell'illegittimità degli atti impugnati ai fini della quantificazione del danno risarcibile (oggetto di un successivo giudizio) sarebbe idoneo a garantire "la vera giustizia del caso concreto e la effettiva tutela per il ricorrente".

In tale prospettiva, il giudice remittente mostra di aderire, quindi, all'orientamento che ammette la "conversione" dell'azione pur in assenza di specifica istanza da parte dell'interessato.

Sulla base delle suesposte argomentazioni, si deferisce la questione all'Adunanza Plenaria, affinché chiarisca "se il giudice amministrativo – in base ai principi fondanti la giustizia amministrativa ovvero in applicazione dell'art. 34, comma 3, del c.p.a. – possa non disporre l'annullamento della graduatoria di un concorso, risultata illegittima per un vizio non imputabile ad alcun candidato, e disporre che al ricorrente spetti un risarcimento del danno (malgrado questi abbia chiesto soltanto l'annullamento degli atti risultati illegittimi), quando la pronuncia giurisdizionale – in materia di concorsi per l'instaurazione di rapporti di lavoro dipendente - sopraggiunga a distanza di moltissimi anni dalla approvazione della graduatoria e dalla nomina dei vincitori, e cioè quando questi abbiano consolidato le scelte di vita e l'annullamento comporti un impatto devastante sulla vita loro e delle loro famiglie".

5. L'Adunanza Plenaria n. 4/2015

Con decisione n. 4 del 13/4/2015⁵⁵, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha confutato le argomentazioni esposte nell'ordinanza di rimessione e, non sussistendo ulteriori esigenze istruttorie, ha deciso la controversia nel merito, accogliendo l'appello e disponendo, per l'effetto, l'annullamento degli atti impugnati.

La sentenza in esame ha certamente il merito di aver esplicitato ed analizzato singolarmente le argomentazioni sottese all'ordinanza di rimessione, in gran parte mutate dalla giurisprudenza - inaugurata con la sentenza della Sesta Sezione, n. 2755/2011 - in tema di modulazione ed elisione degli effetti demolitori della pronuncia di annullamento.

Dopo aver rimarcato la persistenza dell'interesse dell'appellante all'annullamento degli atti impugnati, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto non condivisibile la tesi avallata dal giudice remittente sulla scorta dei seguenti motivi: "a) sulla base del principio della domanda, che regola anche il processo amministrativo; b) sulla base della natura della giustizia amministrativa quale giurisdizione soggettiva, pur con talune

⁵³ Cfr. par. 1

⁵⁴ L'espressione è di BERTONAZZI L., Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2012, 1128

⁵⁵ Cons. St., Ad. Plen., 13/4/2015, n. 4, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2015, 5, 1682.

peculiarità - di stretta interpretazione – di tipo oggettivo; c) per la non mutabilità ex officio del giudizio di annullamento una volta azionato; d) per la non pertinenza degli argomenti e dei precedenti richiamati”.

Prendendo le mosse dagli argomenti testuali (artt. 29 e 34 c.p.a.), si ribadisce che la caducazione (“in tutto o in parte”⁵⁶) degli atti impugnati costituisce conseguenza indefettibile dell’accoglimento di un’azione di annullamento, sicché al giudice amministrativo è consentito, tutt’al più, determinare la portata dell’annullamento, con formule note alla prassi giurisprudenziale (“nella parte in cui prevede” o “non prevede”, oppure “nei limiti dell’interesse del ricorrente” e così via)⁵⁷.

Esempio emblematico dell’esercizio di tali poteri è da rinvenirsi, ad avviso dell’Adunanza Plenaria, nella sentenza della Sesta Sezione n. 2755 del 2011, ove il giudice, lungi dal sostituire ex officio la forma di tutela richiesta, si è limitato a “fissare una determinata posteriore decorrenza degli effetti della pronuncia di annullamento”. Ne consegue la non pertinenza del richiamo a tale sentenza operato nell’ordinanza di rimessione.

In realtà, come anticipato, l’operazione di “ingegneria processuale”⁵⁸ compiuta in tale pronuncia non è stata interpretata univocamente in dottrina. A fronte di chi le attribuisce il merito dell’“emancipazione dal dogma della retroattività”⁵⁹, si registra la posizione di chi rinviene nel “nuovo” potere di annullamento un pericoloso superamento del principio della domanda⁶⁰.

Peraltro, taluni dei profili vagliati dall’Adunanza Plenaria sono mutuati (insieme alle correlate obiezioni sollevate dalla dottrina più autorevole), dall’iter motivazionale della pronuncia della Sesta Sezione piuttosto che dalla tesi del remittente, che vi fa riferimento solo implicitamente, richiamando la citata sentenza ed i principi generali ivi applicati.

Si pensi, in particolar modo, all’invocata applicazione analogica degli artt. 121 e 122 c.p.a., che conferiscono al Giudice Amministrativo che abbia annullato l’aggiudicazione definitiva il potere di modulare gli effetti dell’inefficacia del contratto in base ad una serie di valutazioni concernenti il tempo trascorso, lo stato di esecuzione e l’effettiva possibilità di subentro del ricorrente⁶¹.

La sentenza n. 2755/2011 si avvale di tali disposizioni per sostenere che “la rilevata fondatezza di un ricorso d’annullamento può comportare l’esercizio di un potere valutativo del giudice, sulla determinazione dei concreti effetti della propria pronuncia”.

L’Adunanza Plenaria n. 4/2015, al contrario, rimarca l’inevitabilità in via analogica di disposizioni afferenti esclusivamente alla materia dei contratti pubblici, chiarendo, al contempo, che le stesse non possono assurgere ad espressione di principi generali.

⁵⁶ Art. 34, comma 1, lett. a) c.p.a.

⁵⁷ Sul tema DIPACE R., op. cit., secondo il quale il G.A. “imiterebbe”, in tal modo, la Corte Costituzionale.

⁵⁸ FOLLIERI E., L’ingegneria processuale del Consiglio di Stato, in *Giur. it.*, 2012, 2

⁵⁹ CARINGELLA F., op. cit.

⁶⁰ DIPACE R., op. cit.; TRAVI A., op. cit.

⁶¹ Per un approfondimento, cfr. CINTIOLI F., Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti), in *Dir. proc. amm.*, fasc.1, 2012, pag. 3

Parimenti privo di utilità viene considerato il richiamo ai poteri di cui all'art.

21 nonies della L. n. 241/1990, attenendo essi specificamente all'attività amministrativa propriamente detta.

Né può assumere rilievo il fattore temporale. La stessa ordinanza di rimessione riconosce che il decorso del tempo non possa pregiudicare la pretesa del ricorrente, atteso che "le insufficienze organizzative degli uffici giudiziari non possono incidere negativamente sulla effettività della tutela di chi abbia ragione". Ciononostante, il giudice remittente ritiene che, a fronte di controversie suscettibili di impattare irreversibilmente su posizioni lavorative incolpevolmente acquisite, debba prevalere il rispetto dei principi di proporzionalità, equità e giustizia (che suggerirebbero, quindi, di non alterare lo status quo).

Al riguardo, l'Adunanza Plenaria interviene paventando – ove si aderisca a tale prospettazione – un doppio danno a carico dell'appellante, posto che, oltre alla menomazione del suo diritto al giusto processo in tempi ragionevoli⁶², si vedrebbe negare il bene della vita cui aspira (nonostante la fondatezza del gravame).

Altra argomentazione esposta nella sentenza n. 2755/2011 (e non esplicitata nell'ordinanza n. 284/2015) è rappresentata dal richiamo alla disciplina del processo dinanzi alla Corte di Giustizia e, segnatamente, all'art. 264 TFUE, nella parte in cui dispone che "la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi". Tale richiamo è stato prospettato dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato (nonché dalla giurisprudenza successiva pervenuta alle medesime conclusioni) come estrinsecazione del principio enunciato dall'art. 1 c.p.a., in virtù del quale "la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo".

Riprendendo pedissequamente le osservazioni di parte della dottrina⁶³, il Supremo Consesso amministrativo rileva che "non si tratterebbe qui di recepire principi del diritto comunitario sostanziale o processuale (la proporzionalità, l'affidamento, il mutuo riconoscimento, il giusto processo, il contraddittorio etc.), ma di applicare una disposizione dettata per il giudizio europeo al giudizio (di tutt'altra natura) nazionale".

Come anticipato, l'Adunanza Plenaria ha annoverato, tra i motivi ostativi all'accoglimento della tesi del remittente, anche la non pertinenza dei precedenti giurisprudenziali richiamati.

Oltre alla sentenza n. 2755/2011, l'ordinanza collegiale n. 284/2015 espone i contrapposti orientamenti giurisprudenziali in ordine al quesito se l'applicazione della disciplina di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a. presupponga una specifica istanza dell'interessato⁶⁴, concludendo, tuttavia, che "tali questioni interpretative dell'art. 34, comma 3, non riguardano specificamente la problematica che si intende porre all'esame dell'Adunanza Plenaria".

La decisione n. 4/2015 precisa che le sentenze richiamate afferiscono a fattispecie in cui la sopravvenuta carenza di interesse sia accertata in modo incontestabile, laddove, nel caso di specie, si controverte proprio riguardo alla persistenza dell'interesse a ricorrere e sul correlato potere della parte di proseguire nella richiesta di annullamento di atti illegittimi nonostante il consistente lasso di tempo intercorso. In presenza

⁶² Cfr. art. 6 CEDU e, in campo nazionale, la legge cd. Pinto n. 89/2001.

⁶³ FOLLIERI E., op. cit.

⁶⁴ Cfr. paragrafo 2.

di un'obiettiva esistenza dell'interesse all'annullamento richiesto, infatti, il giudice non può derogare al principio della domanda né sulla scorta di valutazioni di opportunità, giustizia ed equità né in virtù del disposto dell'art. 34, comma 3, c.p.a. che, come visto, presuppone che sia acclarata la sopravvenuta carenza di interesse. In caso contrario, si incorrerebbe in una violazione dei principi enunciati dagli artt. 99 e 112 c.p.c., operanti nel processo amministrativo per effetto del rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a.

Peraltro, a ben guardare, la questione deferita all'Adunanza Plenaria prescinde in toto dall'applicabilità dell'ipotesi di conversione prevista dall'art. 34, comma 3, c.p.a., posto che, in ultima istanza, il quesito formulato concerne la possibilità per il G.A. di "non disporre l'annullamento della graduatoria di un concorso, risultata illegittima per un vizio non imputabile ad alcun candidato, e disporre che al ricorrente spetti un risarcimento del danno", non già la possibilità di disporre l'accertamento dell'illegittimità della stessa ai fini risarcitori, come imporrebbe, invece, la disposizione invocata.

6. Problemi aperti

La decisione della plenaria ha certamente il merito di aver riaffermato la natura soggettiva del processo amministrativo e la sua preordinazione al soddisfacimento dell'interesse del ricorrente, nonostante il codice abbia abdicato all'ambizione di ridisegnare compiutamente la fisionomia di tale giudizio⁶⁵.

Tuttavia, a ben guardare, taluni profili problematici, sollevati dal giudice remittente ed incidentalmente vagliati dalla plenaria (principalmente al fine di palesarne l'irrelevanza nel caso di specie), sono tuttora in attesa di un intervento nomofilattico.

Trattasi, in prima istanza, del funzionamento del meccanismo di conversione di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a. Nel richiamare il contrasto giurisprudenziale rappresentato nell'ordinanza di remessione, il Supremo Consesso amministrativo si limita, infatti, a mettere in luce la sostanziale differenza tra le fattispecie sottese a tali pronunce e quella oggetto di remessione: nel primo caso, acclarata la sopravvenuta carenza di interesse, si discute dei rapporti tra azione di annullamento e di accertamento, nonché sulla potestà del giudice di disporre la conversione della prima nella seconda, pur in mancanza di un'apposita istanza del ricorrente; nel caso di specie, invece, si vuole far leva sul disposto dell'art. 34, comma 3, c.p.a. per legittimare un'interpretazione che preclude al ricorrente di accedere all'annullamento pur persistendone l'interesse, che viene considerato recessivo rispetto ad altri. Inoltre, la disposizione invocata risulta inapplicabile per un ulteriore motivo: la Sezione remittente propone una "conversione" della domanda originaria in azione risarcitoria, ancorché il rapporto tra tali azioni (diverse per *petitum* e *causa petendi*) non possa certo configurarsi in termini di continenza⁶⁶. Ciò basta ad escludere l'estensibilità del meccanismo di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a..

⁶⁵ In tali termini, GALLONE G., Processo dispositivo e processo dirigitico, in I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015), a cura di E. FOLLIERI – A. BARONE, Milano, 2015, 749 ss., che rinvia, a sua volta, a MARENGHI E.M., Processo senza modello e giustizia semplificata, in Dir. proc. amm., 2012, 885; MARCHETTI B., Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato, in Dir. Proc. Amm., fasc.1, 2014, 74, che, all'esito di un'indagine comparatistica, rileva una progressiva tendenza alla "contaminazione" tra sistemi ad inclinazione oggettivistica e soggettivistica.

⁶⁶ Presupposto essenziale, ad avviso della dottrina e della giurisprudenza dominanti, affinché possa parlarsi di conversione.

Non può, pertanto, condividersi la tesi per cui la sentenza in esame avrebbe definitivamente sopito il contrasto giurisprudenziale in ordine alla necessità di una espressa manifestazione d'interesse del ricorrente ai fini dell'applicabilità della suddetta norma⁶⁷. Tuttalpiù, può rilevarsi – ma si tratta pur sempre di un *obiter dictum* – che la plenaria sembra ammettere l'accertamento dell'illegittimità di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a. anche nelle ipotesi in cui l'azione risarcitoria venga spiegata in un giudizio successivo⁶⁸, con ciò superando l'orientamento più restrittivo accusato di rendere del tutto inutile la norma.

La perdurante attualità del dibattito è attestata, invero, dalle oscillazioni giurisprudenziali successive alla decisione della plenaria in esame. A fronte di pronunce che hanno confermato l'emancipazione della norma dalla presentazione di un'istanza da parte dell'interessato⁶⁹, se ne rinvergono altre di segno contrario, ove il G.A. ha rilevato l'improcedibilità della domanda proprio in conseguenza dell'assenza “della relativa domanda di accertamento o comunque di una pertinente istanza che manifesti l'interesse della parte per un tale tipo di pronuncia”⁷⁰, giungendo finanche ad annoverare la stessa Ad. Plen. n. 4/2015 tra i precedenti giurisprudenziali a sostegno di tale tesi restrittiva⁷¹.

L'opportunità di dissipare tempestivamente tali incertezze risulta quantomai evidente ove si consideri che, con una pronuncia di poco successiva, il Consiglio di Stato è tornato ad esaminare l'art. 34, comma 3, c.p.a., ritenendo che “La norma, pur se relativa all'azione di annullamento, esprime una regola iuris, che - riconnettendosi al principio generale di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale e al corollario, che a tale premessa consegue, dell'ammissibilità di azioni di accertamento anche atipiche - non può che estendersi anche al giudizio avverso il silenzio. Ne deriva che il sopravvenire di un provvedimento di diniego non può ostare alla declaratoria dell'illegittimità procedurale dell'Amministrazione laddove, come nel caso di specie, venga prospettata e sia astrattamente ravvisabile l'utilità di una tale decisione nella prospettiva di un successivo giudizio risarcitorio, ferma restando la riserva a tale separato momento cognitivo della deliberazione, sul piano dell'an e del quantum, della domanda risarcitoria”⁷².

Il riconoscimento quale principio generale nel sistema della giustizia amministrativa mette in luce la potenziale vis espansiva della norma, suggerendone un'applicabilità incondizionata, soggetta all'unico limite della rispondenza all'interesse del ricorrente.

In tale prospettiva, deve ritenersi preferibile l'orientamento estensivo della giurisprudenza in ordine all'individuazione dei presupposti applicativi della norma, emblematicamente espresso dalla recente sentenza del Consiglio di Stato n. 5102/2016, laddove si afferma che “Unico presupposto necessario, perché il giudice accerti e dichiari comunque l'illegittimità dell'atto impugnato, è che, indipendentemente dall'utilizzo di formule sacramentali, emerga la reale e inequivoca intenzione del ricorrente di ottenere una pronuncia di accertamento della illegittimità del provvedimento”⁷³. Intenzione che, pertanto, può essere esplicitata dal ricorrente con apposita istanza, ovvero manifestata durante il contraddittorio provocato dal

⁶⁷ RAPISARDA L., nota a Cons. St., Ad Plen., sentenza 13 aprile 2015, n. 4, in www.ildirittoamministrativo.it

⁶⁸ “(...) in vero, essa potrebbe essere solo annunciata e proposta in sede successiva”.

⁶⁹ Cons. St., sez. IV, 1/12/2016, n. 5102, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁰ Cons. St., sez. IV, 9/6/2016, n. 2914, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷¹ Cons. St., sez. IV, 26/5/2016, n. 2637, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷² Cons. St., sez. IV, 16/6/2015, n. 2979, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷³ Cons. St., sez. IV, n. 5102/2016, cit.

giudice ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a. Il soddisfacimento dell'interesse del ricorrente costituisce, probabilmente, l'unico criterio atto a risolvere efficacemente la questione esegetica illustrata senza indulgere in formalismi estranei agli obiettivi di economia processuale ed effettività della tutela che animano l'istituto. E, verosimilmente, è il medesimo criterio ad animare e legittimare il potere di modulazione degli effetti della pronuncia di annullamento inaugurato dalla citata sentenza n. 2755/2011.

Del resto, lo stesso principio di effettività della tutela non può essere evocato "in senso mitico"⁷⁴, ma dev'essere letto in conformità con la natura soggettiva del processo amministrativo, sicché esso può dirsi rispettato ove la tutela accordata non sia quella in astratto più intensa (o più "giusta", come suggerito dal remittente), bensì quella più idonea ad attribuire al ricorrente il bene della vita cui aspira.

7. Brevi riflessioni

La pressoché unanime adesione alla soluzione elaborata dall'Adunanza Plenaria, che ha ricondotto sotto l'egida del principio della domanda e dell'effettività della tutela del ricorrente ogni ipotesi in cui venga in rilievo il potere di "conversione" dell'azione di annullamento, non ha impedito alla dottrina di elaborare soluzioni alternative, più conformi al dettato legislativo, rispetto a quella prospettata dalla Sezione remittente.

Accertata l'inammissibilità del ricorso all'art. 34, comma 3, c.p.a. al solo fine di evitare un pregiudizio ai controinteressati, è incontestabile il potere del giudice di rilevare, anche d'ufficio (ed a prescindere dalle dichiarazioni del ricorrente), la sopravvenuta carenza di interesse.

Nel caso di specie, secondo alcuni autori, la Quinta Sezione avrebbe potuto, anziché invocare ragioni di opportunità per giustificare un'impropria conversione dell'azione contro la volontà del ricorrente, rilevare la sopravvenuta carenza di interesse all'annullamento ed applicare il meccanismo di conversione di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a., dichiarando l'illegittimità degli atti impugnati⁷⁵.

Si potrebbe replicare, allora, che l'interesse del ricorrente all'annullamento degli atti gravati e alla rinnovazione della procedura concorsuale persiste nonostante siano trascorsi moltissimi anni dall'approvazione della graduatoria e dalla conseguente nomina dei vincitori.

V'è da chiedersi se la realtà dei fatti sia effettivamente questa. Quanto ha inciso il fattore temporale sulla chance del ricorrente di vincere il concorso? Quante le possibilità di reindizione della medesima procedura? Il rischio di un "affievolimento" dell'interesse strumentale del ricorrente non è così lontano. Una pronuncia risarcitoria potrebbe probabilmente ovviare a tali "controindicazioni".

Eppure, percorrendo questo sentiero, si incorre nuovamente nel rischio paventato dall'Adunanza Plenaria, ossia si accetta che le inefficienze del sistema giudiziario gravino sul ricorrente, cagionandogli un "doppio danno".

⁷⁴ Così G. ROMEO, L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?, in Dir. proc. amm., n. 3/2004.

⁷⁵ La soluzione è illustrata da CARBONE A., Principio della domanda e conversione dell'azione, op. cit., quale possibile rimedio ad una generale "tendenza all'oggettivizzazione del processo amministrativo e alla svalutazione dei profili soggettivi che reggono (dovrebbero reggere) le esigenze di tutela fatte valere".

In assenza di circostanze sopravvenute (e naturalisticamente apprezzabili), infatti, il dubbio del giudice in ordine alla persistenza dell'interesse all'annullamento trarrebbe fondamento dal mero decorso del tempo, che tornerebbe, in tal modo, ad assumere rilievo autonomo nel giudizio.

Peraltro, l'interesse astratto alla caducazione degli atti ed alla riedizione del concorso vantato dal ricorrente non può dirsi alterato dal decorso del tempo; tutt'al più, il fattore temporale può aver inciso sulle sue concrete possibilità di successo (che, quindi, potrebbero risultare recessive rispetto al bene della vita acquisito medio tempore dai controinteressati).

Occorre, a questo punto, domandarsi quale prova il ricorrente possa o debba produrre per evitare la conversione officiosa dell'azione. Mentre, come anticipato, non può dubitarsi della persistenza di un interesse astratto all'annullamento del concorso, l'effettiva possibilità di rinnovazione della procedura e le chance di successo del ricorrente sono permeate da un'alea ineliminabile che, evidentemente, ne preclude l'assoggettabilità a qualsivoglia forma di onere probatorio. Trattasi, invero, di una connotazione ontologica dell'interesse strumentale (che, nel caso di specie, sostiene la pretesa del ricorrente).

Ancorché la giurisprudenza, finanche in sede di Adunanza Plenaria⁷⁶, abbia condizionato la rilevanza dell'interesse strumentale alla "sussistenza in concreto di ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta", le indicazioni paiono insoddisfacenti, la probatio quasi diabolica⁷⁷. Sicché, sul piano applicativo, la sussistenza di un siffatto interesse si rileva per lo più in via presuntiva⁷⁸.

Se il principio di effettività della tutela impone tale "presunzione" ab origine, essa vale, a fortiori, in corso di giudizio (a prescindere dalla sua durata), salvo, ovviamente, il rilievo di circostanze sopravvenute che, modificando la realtà materiale o giuridica (si pensi alla eventuale soppressione dell'ente), abbiano eliso l'interesse all'annullamento.

Se ne deduce che, in una fattispecie quale quella in esame, il giudice non dispone di elementi (al di là del decorso temporale ex se che, come visto, non può incidere negativamente sulla posizione del ricorrente) atti a fondare un rilievo officioso della sopravvenuta carenza di interesse.

Tali considerazioni rinvergono ulteriore conferma nel maggioritario indirizzo giurisprudenziale in base al quale "il risarcimento del danno per perdita di chance presuppone necessariamente l'accertamento dell'impossibilità della ripetizione della gara"⁷⁹. Ne consegue che, applicando l'art. 34, comma 3, c.p.a. invece di disporre l'annullamento della procedura, il ricorrente sarebbe esposto, nel corso di un eventuale successivo giudizio risarcitorio, al rischio di un rigetto della domanda proprio in virtù della astratta possibilità di ripetizione del concorso.

⁷⁶ Cons. St., Ad Plen., 3/2/2014, n. 8. La dottrina ha tradotto l'espressione adoperata dalla Plenaria, quantitativamente, in una chance pari ad almeno il 50%+1 delle possibilità, secondo il criterio dell'id quod plerumque accidit.

⁷⁷ GALLONE G., Il rilievo giuridico dell'interesse strumentale, in I principi vincolanti dell'Adunanza

Plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015), a cura di E. FOLLIERI – A. BARONE, Milano, 2015, che, all'infuori dei casi di potere tout court vincolato, ritiene alquanto complesso formulare una previsione sul riesercizio del potere dotata di solida attendibilità.

⁷⁸ In tal senso, TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 22/11/2013, n. 2246; Cons. St., sez. V, 13/11/2002, n. 6259, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁹ Cons. St., sez. IV, 4/2/2016, n. 1134, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 8/4/2015; Cons. St. sez. V, 8/2/2011 n. 854; 24/1/2011, n. 462.

Focalizzare l'indagine sull'interesse all'annullamento, alla luce di quanto esposto, pare, quindi, la soluzione più agevole (e conforme ai principi generali dell'ordinamento) per acclarare l'effettiva possibilità di disporre la conversione della domanda originaria (in azione di accertamento dell'illegittimità, non già risarcitoria). La prospettiva, a ben guardare, è inversa rispetto a quella del remittente, poiché l'indagine de qua dev'essere preordinata al soddisfacimento della pretesa azionata dal ricorrente, piuttosto che ad evitare un "danno sociale"⁸⁰ per i controinteressati, sicché, in mancanza di elementi univoci circa la sopravvenuta carenza di interesse, non sussistono ulteriori cause ostative all'emanazione di una sentenza di annullamento.

Al contrario, i poteri di ponderazione delle circostanze concrete che si fanno derivare dai principi generali della giustizia amministrativa (perfettamente sovrapponibili, come visto, a quelli propri dell'annullamento in autotutela), ancorché confinati - quantomeno nella prospettiva del giudice remittente - nell'ambito della tutela di posizioni di lavoro, si traducono nella rivendicazione di un inammissibile potere di conversione dell'azione di annullamento in azione di merito, il cui esito applicativo, determinando uno sconfinamento del giudice nell'attività riservata all'amministrazione, ben potrebbe essere censurato dalla Corte di Cassazione per violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa⁸¹.

Con ciò non si intende celare la preoccupazione per le sorti dei controinteressati e dell'affidamento da questi riposto nei confronti della legittimità degli atti concorsuali. Basti citare, a titolo esemplificativo, la sentenza n. 545/2014⁸², nella quale la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha affermato che il vincitore di un concorso successivamente annullato non possa dichiarare, allorché partecipi ad altra procedura selettiva, il possesso dei requisiti di esperienza lavorativa pregressa prescritti dal bando a pena di esclusione (nonostante abbia prestato oltre dieci anni di onorato servizio). Sicché, oltre alla perdita del precedente impiego, il giudicato produrrà l'effetto – si parlava anche in tal caso di danno sociale – di condizionare finanche il futuro di un soggetto incolpevole.

A fronte di tali problematiche, deve accogliersi con favore la duttilità delle tecniche di tutela previste dal codice, nella misura in cui consente al giudice di "soddisfare in modo pieno l'interesse azionato senza frustrare in modo inutile l'interesse pubblico e la sfera giuridica dei controinteressati"⁸³, d'altro canto, la ricerca dei possibili rimedi non può in alcun modo determinare una quotazione dell'interesse, ancorché strumentale, del ricorrente, né derogare ai principi generali dell'ordinamento.

⁸⁰ L'espressione, già citata, è nell'ordinanza di rimessione n. 284/2015.

⁸¹ DIPACE R., op. cit., il quale rimarca che le fattispecie di giurisdizione di merito costituiscono un *numerus clausus* nel nostro ordinamento processuale.

⁸² Cons. St., sez. V, 5/2/2014, n. 545, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸³ CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, X, Roma, 2016, 179.