

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA

Dottorato di diritto amministrativo

XXVI ciclo

Tesi di dottorato

GIUDICARE L'AMMINISTRAZIONE È AMMINISTRARE?
PROFILI EVOLUTIVI DELL'AZIONE DI ADEMPIMENTO

Relatore

Prof. Fabrizio Tigano

Dottorando

Calogero Commandatore

Anno accademico 2012-2013

INDICE

Indice delle principali abbreviazioni

Prefazione

CAPITOLO I

LE AZIONI E LA TUTELA DEGLI INTERESSI LEGITTIMI.

1. L'azione. Premessa.
 - 1.1. L'azione come categoria generale: tipicità e atipicità delle azioni.
 - 1.2. L'azione e i principi di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale.
2. Le azioni proponibili dinanzi al giudice amministrativo.
 - 2.1. Le azioni costitutive.
 - 2.2. L'azione di mero accertamento.
 - 2.3. L'azione di condanna.
 - 2.3.1. La tutela inibitoria.
3. Dalla tipicità alla atipicità delle azioni proponibili dinanzi al giudice amministrativo?
4. Le persistenti differenze tra il sistema processuale amministrativo e il sistema processuale civile.
5. L'interesse legittimo quale categoria generale. Profili ricostruttivi.
 - 5.1. L'interesse legittimo oppositivo.
 - 5.2. L'interesse legittimo pretensivo.
 - 5.3. L'effetto conformativo e il giudizio di ottemperanza e la loro insufficienza a tutela l'interesse legittimo pretensivo. La necessità dell'azione di condanna della P.A. all'adozione di un provvedimento amministrativo.

CAPITOLO II

L'AZIONE DI ADEMPIMENTO PUBBLICISTICA E AZIONE DI ACCERTAMENTO A CONFRONTO. PROFILI RICOSTRUTTIVI.

1. Nozione, qualificazione dell'azione di adempimento pubblicistica.
Premessa.
2. Fondamento, natura e presupposti dell'azione di adempimento in natura nel diritto civile.
 - 2.1. Le differenze tra azione di adempimento di diritto civile e le azioni finalizzate alla tutela in forma specifica. In particolare, la reintegrazione in forma specifica.
3. L'azione di adempimento pubblicistica.
 - 3.1. L'azione di adempimento pubblicistica e le azioni di condanna nei confronti della pubblica amministrazione.
 - 3.2. Il rapporto tra azione di adempimento pubblicistica e la reintegrazione in forma specifica.
4. L'azione di condanna all'adozione di un provvedimento amministrativo e l'azione di accertamento nei confronti della P.A.
 - 4.1. Il limite dei poteri amministrativi non esercitati.
5. L'azione di accertamento e l'azione di condanna ad un "non facere".
L'azione inibitoria.

CAPITOLO III

L'AZIONE DI ADEMPIMENTO NEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

SEZIONE I

L'AZIONE DI ADEMPIMENTO NEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO: PROFILI PROCESSUALI E RIFLESSI SUL GIUDICATO AMMINISTRATIVO.

1. L'azione di adempimento nel Codice del processo amministrativo alla luce del secondo correttivo. Cenni sul giudicato amministrativo.

2. I requisiti di ammissibilità e procedibilità dell'azione di adempimento prevista dal codice del processo amministrativo.

2.1. La tutela dei controinteressati.

SEZIONE II

OGGETTO E LIMITI DELL'AZIONE DI CONDANNA DELLA P.A. ALL'ADOZIONE DI UN PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO.

3. Oggetto e limiti dell'azione di condanna della P.A. all'adozione di un provvedimento amministrativo. Profili generali.

3.1. L'attività vincolata.

3.2. La discrezionalità tecnica.

3.2.1. La discrezionalità tecnica e il merito amministrativo.

3.2.2. Il sindacato della discrezionalità tecnica e dell'azione di adempimento alla luce della giurisprudenza della Corte EDU e del diritto comunitario.

3.3. L'attività discrezionale e il suo esaurimento.

SEZIONE III

L'AZIONE DI ADEMPIMENTO PUBBLICISTICA E IL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA.

4. La condanna della P.A. all'adozione di un provvedimento amministrativo e la sua esecuzione: rapporti con il giudizio di ottemperanza.

4.1. I rapporti tra la condanna della P.A. all'adozione di un provvedimento amministrativo e il giudizio di ottemperanza: prospettive "de iure condendo".

4.2. I rapporti tra la condanna della P.A. all'adozione di un provvedimento amministrativo e il giudizio di ottemperanza:

ipotesi di confine. L'azione prevista dagli artt. 121-124 c.p.a.,
verso un nuovo modello di giudizio di legittimità?

Conclusioni.

Bibliografia

INDICE DELLE PRINCIPALI ABBREVIAZIONI

Cass. pen.	Cassazione penale
Corr. giur.	Corriere giuridico
Dir. amm.	Diritto amministrativo
Dir. e giur.	Diritto e giurisprudenza
Dir. proc. amm.	Diritto processuale amministrativo
Dir. pubbl.	Diritto pubblico
Enc. dir.	Enciclopedia del diritto
Enc. giur.	Enciclopedia giuridica
Eur. dir. priv.	Europa e diritto privato
Foro amm.	Il Foro amministrativo
Foro amm. CdS	Il Foro amministrativo – Consiglio di Stato
Foro amm. TAR	Il Foro amministrativo – Tribunale amministrativo regionale
Foro. It.	Foro italiano
Giorn. dir. amm.	Giornale di diritto amministrativo
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
Giust. civ.	Giustizia civile
Giust. civ. Mass.	Giustizia civile – Massimario.
Giur. cost.	Giurisprudenza costituzionale
Lav. pubbl. amm.	Lavoro nelle pubbliche amministrazioni
Nuova giur. civ. comm.	Nuova giurisprudenza civile commentata

Nuova Rass.	Nuova Rassegna
Rass. dir. dog.	Rassegna di diritto e tecnica doganale e delle imposte di fabbricazione
Ra. giu. san.	Rassegna giuridica della sanità
Rass. dir. pubbl.	Rassegna di diritto pubblico
Rass. avv. Stato	Rassegna dell'avvocatura dello Stato
Riv. Corte dei conti	Rivista della Corte dei conti
Riv. amm. Rep. It.	Rivista amministrativa della Repubblica italiana
Riv. dir. civ.	Rivista di diritto civile
Riv. dir. comm.	Rivista di diritto commerciale
Riv. dir. intern.	Rivista di diritto internazionale
Riv. dir. proc.	Rivista di diritto processuale
Riv. giur. ambiente	Rivista giuridica dell'ambiente
Riv. giur. edilizia	Rivista giuridica dell'edilizia
Riv. intern. dei dir. uomo	Rivista internazionale dei diritti dell'uomo
Riv. it. dir. pubbl.	Rivista italiana di diritto pubblico
Riv. it. dir. pubb. com. comunitario	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
Riv. trim. app.	Rivista trimestrale degli appalti
Riv. trim. dir. proc. civ.	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
Riv. trim. dir. pubbl.	Rivista trimestrale di diritto pubblico
T.A.R.	Tribunale amministrativo regionale

Urb. app.

Urbanistica e appalti

Prefazione.

Attesa da molti decenni, e in parte anticipata da singoli e settoriali interventi legislativi, la c.d. azione di adempimento pubblicistico ha trovato finalmente ingresso nel nostro ordinamento.

L'innovazione legislativa - consistente nel riconoscimento al giudice amministrativo del potere di condannare la P.A. ad un *facere* (e, segnatamente, al rilascio del provvedimento amministrativo richiesto dal privato cittadino) - si colloca in un percorso giurisprudenziale e dottrinario che, sotto l'influenza del diritto europeo, ha costantemente "eroso" gli antichi privilegi e le cittadelle di immunità di cui la P.A. ha sempre goduto.

Sicuramente appare sconfitto e superato il discorso con il quale - quasi centocinquanta anni fa - Pasquale Stanislao Mancini¹ invitava il cittadino a rassegnarsi dinnanzi all'agire amministrativo, mancando in tal caso un diritto soggettivo della cui lesione dolersi davanti al giudice.

L'interesse del privato, sotteso all'eliminazione dell'atto illegittimo e soltanto indirettamente tutelato con l'istituzione della Quarta sezione del Consiglio di Stato, ha progressivamente assunto natura di situazione giuridica sostanziale meritevole di protezione al pari del diritto soggettivo. Il risarcimento del danno per lesione degli interessi legittimi pretensivi, la recente introduzione dell'azione di adempimento, i profili di ammissibilità dell'azione di accertamento nonché gli ampi poteri cautelari del giudice amministrativo (strumenti ancor più ampi di quelli concessi al giudice civile) sono soltanto alcuni dei momenti del discorso dottrinario,

¹ «sia pure che l'autorità amministrativa abbia, e forse anche senza motivi, rifiutato ad un cittadino un permesso, un vantaggio, un favore, che ogni ragione di prudenza e di buona economia consigliasse di accordargli; sia pure che questo cittadino è stato in conseguenza ferito, e forse anche gravemente, nei propri interessi: che perciò? Che cosa ha sofferto il cittadino nelle ipotesi testè discorse? Semplicemente una lesione negli interessi? Ebbene, ch'ei si rassegni. Se nell'ordine gerarchico della stessa amministrazione siavi possibilità del richiamo che gli ricorra pura a questo contro l'erroneo e lesivo provvedimento dell'amministrazione inferiore. Ma nulla può esservi di contenzioso dove non è doglianza propriamente di alcun diritto violato»; discorso parlamentare del 9 giugno 1864, riportato in D. VAIANO, *pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002 p. 21 e 22.

giurisprudenziale e legislativo che conclude per il riconoscimento della piena ed effettiva tutela dell'interesse legittimo.

In particolare, l'introduzione dell'azione di condanna al rilascio di un determinato provvedimento amministrativo si è tradotta in un cambiamento dell'incisività del sindacato giurisdizionale sulle attività e le valutazioni compiute dalla P.A. nel perseguimento dell'interesse pubblico assegnato alle sue cure.

Non a caso anche nell'ordinamento tedesco - ove l'azione di adempimento pubblicistica ha avuto la sua primigenia elaborazione - il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa si è fatto particolarmente penetrante².

Il principio di proporzionalità - così come interpretato nell'ordinamento tedesco - consente al giudice di sindacare la decisione amministrativa anche sotto il profilo dell'idoneità della scelta amministrativa a soddisfare l'interesse pubblico con il minore sacrificio per il privato che aspira al provvedimento amministrativo o dal quale viene inciso nella sua sfera giudicio-patrimoniale (la c.d. *Notwendigkeit* - necessità della soluzione prescelta).

Quest'ultima deve così presentarsi, per essere legittima, come l'unica possibile, nel senso che non risulti praticabile alcun'altra soluzione in grado di realizzare l'interesse pubblico con il minore pregiudizio degli interessi privati coinvolti nell'*agere* pubblicistico.

Sulla base di tali coordinate si è tentato di sottoporre l'interesse legittimo ad una sorta di *test di Turing* dell'effettività, verificando se le azioni previste dal codice del processo - e in special modo l'azione di adempimento pubblicistica - fossero idonee ad assicurarne la tutela.

Al riguardo, è appena il caso di accennare alle posizioni dottrinarie di avanguardia che dopo l'introduzione dell'azione di adempimento

² D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, p. 731.

lungamente auspicata, esaltando la strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale, prefigurano, altresì, la possibilità di una sentenza di accertamento costitutivo sulla falsariga dell'art. 2932 c.c. (limitatamente peraltro alle ipotesi di attività vincolata della P.A.)³.

Si è consapevoli, però, che la tutela dell'interesse legittimo non possa essere interamente sovrapposta alla tutela del diritto soggettivo: il controllo giurisdizionale del potere amministrativo non può che avvenire secondo forme e strumenti che tengano conto sia della particolare natura del soggetto controllato (che opera per la cura di un interesse generale) sia del peculiare rapporto che si instaura tra cittadino e pubblici poteri.

Così, il tema dell'ampliamento dei poteri del giudice amministrativo finisce per involgere questioni a rilevanza costituzionale (e non di carattere meramente processuale) perché incidenti direttamente sui limiti che incontrano i poteri dello Stato tra loro e nei confronti del cittadino, quindi sui contenuti di diritti essenziali che connotano la nostra forma di Stato.

Nel presente studio, analizzando in particolar modo l'azione di adempimento, si tenterà di dar conto di questi rapidi mutamenti e dei loro riflessi sui tradizionali istituti di diritto processuale amministrativo, nella consapevolezza della natura strettamente interconnessa del diritto amministrativo, in cui apparenti isolate modifiche riflettono come un prisma sull'intero sistema.

³ Cfr. F. MERUSI, *Il Codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 9, che testualmente richiama la necessità di prevedere la possibilità di pronunciare una sentenza di accertamento costitutivo della legittima disciplina del rapporto tra privato e P.A. ritenendo così ormai insufficiente l'azione di adempimento di cui era stato convinto sostenitore più di trenta anni fa MERUSI, *Verso un'azione di adempimento?*, in *Il processo amministrativo, Scritti in onore di Miele*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 331 e ss.

CAPITOLO I

LE AZIONI E LA TUTELA DEGLI INTERESSI LEGITTIMI

1. L'azione. Premessa.

Il diritto di agire in giudizio è consacrato dall'art. 24 della nostra Carta costituzionale che - ancor prima di enunciare il principio per cui la difesa in ogni stato e grado del procedimento è diritto inviolabile - riconosce il diritto di ciascuno ad «agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi».

La Corte di Strasburgo ha dato ingresso anche nell'ordine costituzionale europeo ¹ al diritto di accesso al giudice, quale diritto universale inerente il più articolato diritto al giusto processo di cui all'art. 6 § 1 della Convenzione².

L'esperienza giuridica mostra come al diritto all'azione non sia stato attribuito sempre lo stesso significato.

Il brocardo *ubi remedium ibi ius* descrive sinteticamente la visione del rapporto tra l'azione e il diritto sostanziale nel diritto romano (e tutt'oggi negli ordinamenti di *Common Law*³): «si era in presenza di un sistema di azioni prima ancora [di] un sistema di diritti»⁴, nel senso che si tipizzavano solo i rimedi previsti a tutela delle situazioni giuridiche degne di

¹ La Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza resa il 23 marzo 1995 nel caso *Loizidou c. Turchia*, in *Riv. dir. intern.*, 1995, p. 742, ha affermato che la Convenzione costituisce strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo («*the Convention as a constitutional instrument of European public order*») (par. 75).

² *cfr.* Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 febbraio 1974, caso *Golder c. Regno Unito* in www.duitbase.it/.

³ «*remedies precede rights*»: «dominante diventa la disponibilità del rimedio inteso come cura di un "torto" (*wrong*), mentre l'interesse protetto ne rappresenta soltanto il *posterius*» *cfr.* N. TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 42.

⁴ A. PROTO PISANI, *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 2. *cfr.* T. ANDERSSON, *Il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva nell'ordinamento svedese: i molti nodi di una sofferta europeizzazione*, in M. TARUFFO - V. VARANO, in *Diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 6 ricorda «come per il giurista, e più specificatamente per il processualista vicino alle correnti di pensiero del realismo scandinavo, sia difficile riconoscere al "diritto soggettivo" un vero contenuto», in N. TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, op. cit., 2007, p. 50.

protezione, senza, tuttavia, un riconoscimento esplicito di quest'ultime, così da poterne inferire l'esistenza solo dal fatto che venisse loro accordata tutela giurisdizionale.

A partire dal XIX secolo, invece, la dottrina processualistica configura il diritto di azione come categoria generale a tutela delle situazioni giuridiche sostanziali, e ciò «ricollegando il potere di agire in giudizio automaticamente ad ogni diritto sostanziale riconosciuto dall'ordinamento»⁵.

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo opta per una visione del rapporto fra diritto sostanziale e processo basato sulla priorità logica del diritto soggettivo sull'azione: il diritto di provocare l'esercizio della funzione giurisdizionale nasce sempre in collegamento ai diritti e agli interessi che l'ordinamento giuridico considera meritevoli di tutela.

Ciò posto, è bene chiarire che il diritto di azione non si esaurisce nel potere di instaurare un procedimento giudiziario, o di costituire un rapporto giuridico processuale fine a se stesso, ma - come evidenziato dalla migliore dottrina processual-civilistica - si concreta nel diritto ad un provvedimento sul merito da parte del giudice, attraverso un accertamento autoritativo della fondatezza della pretesa giuridica dedotta in giudizio.

L'azione è il «diritto che, a differenza del diritto sostanziale, non ha, come suo contenuto, una prestazione del titolare passivo dello stesso diritto sostanziale, bensì la prestazione di un altro ed autonomo soggetto: il giudice (o, più in generale, l'organo giurisdizionale) che nel processo opera come organo dello Stato»⁶: l'autorità giudiziaria - e il giudice quale funzionario dello Stato - è obbligata a pronunciarsi sul merito della domanda⁷, e ciò a prescindere dall'esistenza della situazione giuridica sostanziale azionata (che verrà verificata solamente all'esito del processo).

⁵ N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 141.

⁶ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2004, p. 60.

⁷ Cfr. in Germania H. DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, Leipzig, 1877, p. 1 ss. e in Italia A. ROCCO, *La sentenza civile*, F.lli. Bocca, Torino, 1906, p. 31; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 112; E.T. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in

Tale indirizzo interpretativo ha trovato pieno conforto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, nella sentenza *Kutic*⁸, individua l'essenza del diritto di azione nella decisione giuridicamente vincolante capace di decidere definitivamente sul bene della vita⁹.

1.1. L'azione come categoria generale: tipicità e atipicità delle azioni.

Dal principio secondo cui i rimedi precedono le azioni, proprio della tradizione romanistica e dei paesi di *Common Law*, discende un corollario: la tipicità delle azioni.

La tipicità delle azioni può essere intesa fundamentalmente in tre modi:

- a) come sistema di azioni nominate;
- b) come previsione normativa e tassativa delle azioni;
- c) come azioni aventi contenuto tipico.

Poiché nel diritto romano classico (e nei sistemi di *Common Law*) solo ammettendo la possibilità di agire in giudizio si riconosceva la titolarità di una data situazione giuridica soggettiva, l'attenzione dei giuristi era rivolta alla catalogazione delle azioni (*arbor actionum*).

La tipicità delle azioni (le *actiones* del diritto romano classico e le *forms of action* del *Common Law*) si traduceva nella tassatività delle situazioni giuridiche tutelate rispetto ad una determinata categoria di soggetti; le differenziate e nuove esigenze di protezione venivano tutelate dal pretore romano con la creazione di nuovi diritti d'azione (ad esempio l'*actio publiciana*) e il riconoscimento giuridico della correlata situazione giuridica soggettiva.

Problemi del processo civile, Morano, Napoli 1962, p. 22 ss., tutti citati in C. MANDRIOLI, *Diritto processuale*, op. cit., p. 661.

⁸ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 1° marzo 2002, *Kutic c. Croazia*, in *Human Rights Law Journal*, 2002, p. 403.

⁹ Diversamente, i sostenitori della teoria dell'azione in concreto configuravano l'azione come diritto ad un provvedimento favorevole. Cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1935, p. 20 e ss.; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Cedam, Padova, 1943, p. 130-131 citati in C. MANDRIOLI, *Diritto processuale*, op. cit., p. 61.

Fino all'età moderna, il diritto sostanziale ha vissuto, pertanto, solamente in corrispondenza all'esistenza di un'azione tipica a sua protezione.

Superata l'esperienza del diritto romano e a seguito dell'opera sistematica della c.d. scuola storica tedesca, gli ordinamenti di *Civil Law* si sono strutturati non più su un elenco tassativo dei diritti d'azione, bensì su un sistema di diritti soggettivi che preesistono e si differenziano dal processo. Anche negli ordinamenti di *Common Law* il sistema chiuso delle *forms of action* è stato in parte superato. Ad esempio nell'ordinamento inglese gli *Judicature Acts* del 1873-1875 hanno dato ingresso al principio di atipicità delle azioni (*cause of action*)¹⁰.

L'atipicità dell'azione, quale diritto di agire in giudizio e di adire il giudice a tutela di una situazione giuridica sostanziale, può considerarsi un dato acquisito nel nostro ordinamento processuale¹¹ alla luce del dettato dell'art. 24 Cost.

Chiarissimo al riguardo Vittorio Andrioli, già nel 1954, constatava che «L'art. 24 [...] si presenta [...] come una sorta di norma in bianco la quale aderisce a tutte le norme sostanziali, che attribuiscono diritti o interessi legittimi: queste norme, anche se nulla dispongono (e il più delle volte non dispongono) sulla tutela giurisdizionale, funzionano, per così dire, come fattispecie rispetto al primo comma dell'art. 24, che mettono automaticamente in moto. In tal modo, l'art. 2907 del codice civile, che attribuisce all'autorità giudiziaria la tutela giurisdizionale dei diritti, e ne subordina il concreto esercizio alla domanda di parte e, nei casi previsti dalla legge, all'istanza del pubblico ministero, viene elevato a dignità di norma costituzionale dall'art. 24, il quale, estende la sua efficacia alla

¹⁰ N. TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, op. cit., 2007, 42.

¹¹ B. Windscheid autorevolmente ricorda che «la possibilità di far valere in giudizio una ragione (un diritto soggettivo) non è che una conseguenza dell'essere questa riconosciuta dal diritto», ancora G. Chiovenda, secondo cui «Nel diritto moderno le azioni sono tante quante sono le norme che possono attuarsi (quanti sono, cioè, i diritti soggettivi previsti dal diritto sostanziale), e non hanno necessariamente e rigorosamente un nome» citati in A. PROTO PISANI, *Introduzione sulla atipicità*, op. cit., p. 1.

tutela degli interessi legittimi e, quindi, al settore della giurisdizione amministrativa. Le conseguenze che discendono dall'art. 24 considerato in sé e in connessione con il principio dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge sono di incalcolabile portata.

In primo luogo, il legislatore ordinario non può privare il cittadino, in quanto titolare di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo, della possibilità di agire per la sua difesa in giudizio: l'importanza di questa enunciazione non sfugge a chiunque consideri che, in tempi più o meno recenti, diritti soggettivi sono stati cancellati, ovvero affievoliti fino alla larva dell'interesse semplice, non già *apertis verbis*, ma privandoli della tutela giurisdizionale, ovvero sottoponendo questa a limitazioni vessatorie; ed es., nella Germania nazista, vi fu chi sostenne (e fu, purtroppo, uomo di studio e magistrato elevato) l'assorbimento della giurisdizione contenziosa nella giurisdizione volontaria»¹².

Il principio di atipicità ha, tra l'altro, consentito alla dottrina civile e commerciale di ammettere l'azione generale di adempimento, anche in mancanza di una norma codicistica specifica, non potendosi al riguardo richiamare né l'art. 1453 c.c., che si riferisce solamente ai contratti a prestazioni corrispettive, né l'art. 1218 c.c., il cui tenore letterale sembra optare per la preferenza del rimedio risarcitorio¹³.

Ad una prima lettura, l'art. 24 Cost. se, da un lato, pare “scardinare” la tipicità delle azioni nell'accezione di nominatività e necessaria previsione legislativa delle stesse, dall'altro lato, sembra parzialmente reticente in ordine al contenuto tipico o atipico delle azioni.

¹² Cfr. V. ANDRIOLI, *La Tutela Giurisdizionale Dei Diritti Nella Costituzione Della Repubblica Italiana*, Discorso del Prof. Virgilio Andrioli, letto in occasione dell'inaugurazione dell'anno accademico 1954-55, 611° dalla fondazione in www.sba.unipi.it.

¹³ Cfr. I. PAGNI, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 329 e in relazione al contratto di vendita cfr. R. CAMPIONE, *La sostituzione del bene, quale azione di esatto adempimento, nel sistema codicistico di tutela dell'acquirente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 53 e ss.

Ed è, su quest'ultimo aspetto della tipicità, che occorre concentrare l'attenzione poiché strettamente connesso al tema dell'effettività della tutela giudiziaria.

1.2. L'azione e i principi di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale.

Pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale rappresentano dei principi generali che assurgono a criteri interpretativi per la giurisprudenza nonché ad obiettivi fondamentali della legislazione del diritto processuale. L'effettività della tutela giurisdizionale è la capacità del processo di produrre conseguenze nella sfera sostanziale o, più precisamente, di garantire la soddisfazione dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio dalla parte attrice la cui domanda, rivelandosi fondata, sia stata accolta¹⁴. La nozione di pienezza è strettamente correlata all'effettività, alludendo essa alla completezza e all'idoneità degli strumenti processuali approntanti dall'ordinamento al fine di tutelare l'interesse giuridico ritenuto meritevole di protezione.

È bene, peraltro, evidenziare che la nozione di pienezza della tutela non implichi necessariamente l'automatica realizzazione dell'effettività poiché - se non coordinati secondo criteri di efficienza ed efficacia - la pluralità degli strumenti di tutela, di per sé, può far giungere a risultati controproducenti¹⁵.

Il principio dell'effettività era stato - già nei primi anni del secolo scorso - pienamente esplicitato da Giuseppe Chiovenda, il quale indicava la

¹⁴ R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. CdS*, 2011, p. 1728.

¹⁵ Paradigmatico, in tal senso, appariva il sistema della "doppia tutela" degli interessi legittimi (quantomeno oppositivi) nel periodo antecedente alle novelle legislative del 1998 e del 2000. In tale sistema (che ricordiamo prevedeva il previo annullamento del provvedimento dinnanzi al giudice amministrativo e il successivo ricorso al giudice ordinario per il risarcimento) era garantita sicuramente la pienezza della tutela degli interessi legittimi oppositivi poiché l'ordinamento prevedeva tutte le azioni necessarie ad assicurarne la protezione, ma il rimedio processuale complessivamente prospettato dall'ordinamento non garantiva l'efficacia e l'efficienza della tutela.

funzione del processo nel «dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire»¹⁶.

I rimedi processuali devono consentire alla parte vittoriosa di supplire al difetto di cooperazione spontanea da parte dell'obbligato: il processo deve «far ottenere ai titolari delle situazioni di vantaggio gli stessi risultati (o, se questo impossibile, risultati equivalenti) che avrebbero dovuto ottenere attraverso la cooperazione spontanea da parte dei consociati»¹⁷.

Se ciò può valere in via generale, nel giudizio amministrativo, per come si esporrà nel prosieguo, esistono dei limiti a tale attività di supplenza del giudice.

Le caratteristiche del soggetto obbligato (il quale esercita poteri autoritativi in funzione della cura di un pubblico interesse) e la natura del *petitum* mediato oggetto della pretesa del ricorrente (ossia un provvedimento amministrativo, tipica espressione di un potere «separato» dal potere giurisdizionale) hanno rappresentato - e a parere di chi scrive, sempre rappresenteranno - un elemento specializzante del processo e della giurisdizione amministrativa rispetto al processo e alla giurisdizione del civile.

La nostra giurisprudenza costituzionale, ancorando il principio di effettività della tutela all'art. 24 della Carta fondamentale, ha operato in questo senso delle rilevanti «rotture» nella tradizionale visione degli istituti e delle categorie del diritto processuale generale.

Appare emblematica sul punto la sentenza della Corte costituzionale del 28 giugno 1985, n. 190¹⁸ dalla quale, onde garantire la piena tutela cautelare anche nel giudizio amministrativo, si è ritenuto applicabile l'art.

¹⁶ G. CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, p. 1911, citato in G. IMPAGNIATIELLO, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 276.

¹⁷ A. PROTO PISANI, *Appunti preliminari su rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. e giur.*, 1978, pp. 6 e ss.

¹⁸ in *Foro It.*, I, c. 2491 ss. con nota di A. Romano.

700 c.p.c., attribuendo al giudice amministrativo il potere di emettere provvedimenti con contenuto atipico finalizzati a soddisfare l'esigenza generale di difesa delle singole situazioni giuridiche soggettive.

Così facendo, la Corte ha dato concretezza al principio di effettività della tutela giurisdizionale, con una pronuncia che, superando le tradizionali peculiarità del giudizio amministrativo cui si è dinnanzi accennato.

Tale posizione sembra, peraltro, trovare conforto nella giurisprudenza comunitaria e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La Corte di giustizia, con le celebri sentenze *Johnston*¹⁹ e *Heylens*, afferma che l'effettività della giurisdizione costituisce principio generale del diritto comunitario e, pertanto, ha valore equiparabile alle norme dei Trattati.

La Corte di Strasburgo, con la sentenza *Hornsby c. Grecia*²⁰, riconosce il principio di effettività della tutela giurisdizionale, statuendo che il titolare del diritto debba essere reintegrato nel godimento del "bene della vita" a prescindere dalla natura dell'organo deputato ad eseguire la decisione giudiziaria.

In questa sede, peraltro, è appena il caso di accennare al *dictum* della sentenza *Hornsby* circa l'insufficienza del solo strumento risarcitorio a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale.

Ciò che preme sottolineare è il principio espresso che nelle suindicate decisioni - analogamente a quanto statuito del nostro Giudice delle leggi (relativamente alla tutela cautelare) - secondo cui il contenuto della pronuncia giurisdizionale non deve essere rigidamente predeterminato, così da potersi meglio adeguare al soddisfacimento della pretesa dell'attore vittorioso.

¹⁹ Corte di Giustizia delle Comunità europee, 15 maggio 1986, C-222/84, *Marguerite Johnston – Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* in www.giurcost.org, e Corte di Giustizia delle Comunità europee, 15 ottobre 1987, C-222/86, *Hauptzollamt Osnabruck C. Kleiderwerke Hela Lampe GmbH e altro*, in *Rass. dir. dog.*, 1986, p. 740.

²⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 19 marzo 1997, *Hornsby c. Grecia* in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1997, p. 409-416.

2. Le azioni proponibili dinnanzi al giudice amministrativo.

L'art. 7 del d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 (c.p.a.), al 3° comma, prevede testualmente che «La giurisdizione amministrativa si articola in giurisdizione generale di legittimità, esclusiva ed estesa al merito».

Tale classificazione rappresenta il frutto dell'elaborazione dottrina, la quale aveva così suddiviso la giurisdizione amministrativa ordinaria sulla base delle forme e dei poteri del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo²¹.

La giurisdizione generale di legittimità, secondo quanto stabilito dall'art. 7 c.p.a., riguarda «le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi [...] [nonché] le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma».

Il dettato legislativo richiama parzialmente le conclusioni di quella dottrina²² secondo cui la giurisdizione di legittimità è generale, poiché riguarda ogni questione relativa alla legittimità dell'atto amministrativo (ad esclusione di alcune ipotesi, ad esempio gli illeciti amministrativi ex l. n. 689/1981), ed è simmetrica rispetto alla giurisdizione del giudice ordinario in materia di diritti soggettivi.

Si tratta, poi, di una giurisdizione ritenuta tradizionalmente limitata quanto ai poteri decisorii in capo al giudice amministrativo, potendo l'autorità giurisdizionale soltanto annullare l'atto impugnato, senza possibilità di riformarlo o sostituirlo ovvero di accertare e condannare la P.A. ad adottare un provvedimento illegittimamente non emanato²³.

²¹ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 2002, (a cura di E. CARDI e A. MAGNO), pp. 221 e ss.

²² P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 250.

²³ R. GIOVAGNOLI, L. IEVA, G. PESCE, *Il processo amministrativo di primo grado*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 119-120.

Nell'ambito della giurisdizione esclusiva, introdotta con l'art. 8, r.d. 30 dicembre 1923, n. 2840, il giudice amministrativo poteva (e può) emettere tutte le sentenze previste dal codice di procedura civile, conoscendo non solo di interessi legittimi ma anche di diritti soggettivi (*cf.* art. 7, comma 5° del d.lgs. n. 104/2010).

Tale giurisdizione, estesa anche ai diritti soggettivi, non è generale perché limitata a quelle particolari materie (art. 103 Cost.) in cui vi sia un intreccio tra interessi legittimi e diritto soggettivi²⁴.

Infine, nelle ipotesi di giurisdizione estesa al merito il giudice amministrativo ha cognizione indifferentemente sia di interessi legittimi che di diritti soggettivi, non conoscendo solamente della legittimità dell'atto amministrativo, ma, altresì, della «opportunità, convenienza ed adeguatezza, alla stregua delle norme non giuridiche di buona amministrazione, riservate, di regola, al dominio della P.A.»²⁵.

Egli può, così, non solo annullare l'atto amministrativo, ma anche riformarlo o sostituirlo, come consacrato al comma 6° dell'art. 7 del d.lgs. n. 104/2010.

Dalla sintetica disamina fin qui compiuta emerge che lo studio delle azioni proponibili dinnanzi al giudice amministrativo involga fundamentalmente la giurisdizione generale di legittimità, essendo essa, storicamente, ad aver sofferto penetranti limitazioni in ordine al contenuto e all'oggetto delle pronunce adottabili dal giudice amministrativo e, di conseguenza, rispetto alla tipologia delle azioni esperibili.

Nel conferire la delega legislativa al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo, il Parlamento - all'art. 44 della legge 18 giugno 2009 - indicava quale obiettivo della suddetta delega l'«adeguamento [del]le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, [...] coordina[n]do con le

²⁴ Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204 in *Consiglio di Stato*, II, pp. 249 e ss.

²⁵ R. GIOVAGNOLI, L. IEVA, G. PESCE, *Il processo amministrativo di primo grado*, op. cit., pp. 121-122.

norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali» e la garanzia «[de]la concentrazione delle tutele».

Il medesimo articolo della legge delega nel prosieguo indicava, in ossequio all'art. 76 Cost., i seguenti principi e criteri direttivi:

«a) assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo [...];

b) disciplinare le azioni e le funzioni del giudice:

[...]

3) disciplinando [...] la tipologia dei provvedimenti del giudice;

4) prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa».

Nell'articolato della Commissione del Consiglio di Stato si era tentato di sfruttare tutti gli stimoli offerti dalla legge delega, prevedendo un'azione generale di (mero) accertamento dell'esistenza o inesistenza del rapporto giuridico contestato e dichiarativa della nullità del provvedimento (art. 36) nonché un'azione generale di condanna al pagamento di una somma di denaro o all'adozione di ogni altra misura idonea a tutelare la posizione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio (art. 39).

La sistematica delle azioni del processo amministrativo appariva così sovrapponibile a quella del processo civile, con la generale previsione di azioni di accertamento e di condanna e la limitazione delle sentenze costitutive alla sola ipotesi di annullamento dell'atto amministrativo.

Tale impostazione - com'è noto - è stata "tradita" nella stesura definitiva del Codice, il quale ha ribadito la centralità dell'azione di annullamento (art. 29 c.p.a.) ed escluso azioni generali di accertamento e di condanna, limitandone la previsione a casi specifici (come ad esempio quelli previsti all'art. 31 c.p.a.).

Nondimeno, la dottrina e la giurisprudenza hanno evidenziato le potenzialità del codice, anche alla luce dell'art. 39 che espressamente rinvia «Per quanto non disciplinato dal presente codice [...] [al]le

disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali».

Si impone, pertanto, una sintetica analisi dei tratti peculiari delle singole azioni esperibili dinanzi all'autorità giudiziaria e dei limiti della loro esperibilità dinanzi al giudice amministrativo.

2.1. Le azioni costitutive.

Nel giudizio civile le sentenze costitutive - seppur tipiche - possono assumere vari contenuti, potendo costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici tra le parti secondo il dettato dell'art. 2908 c.c.

Diversamente, e per lungo tempo, si è ritenuto che l'unica azione costitutiva (e, in generale, l'unica azione) proponibile nel processo amministrativo fosse quella di annullamento degli atti amministrativi affetti da vizi di legittimità²⁶.

L'azione di annullamento e l'effetto conformativo derivante dalla sentenza si ritenevano sufficienti ad un'adeguata soddisfazione della pretesa del ricorrente²⁷, sicché non si avvertiva la necessità di ulteriori strumenti di tutela.

Tale impostazione dottrinale risentiva indubbiamente del contesto storico in cui maturavano le prime riflessioni sull'interesse legittimo: rispetto ad un'economia nazionale che - per svilupparsi - necessitava di poteri di supremazia in capo alle pubbliche amministrazioni. L'interesse legittimo non poteva che concepirsi quale situazione giuridica quantitativamente e

²⁶ Cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 762-763; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa, op cit.*, pp. 224 e 225. Sulla centralità dell'azione di annullamento nel processo amministrativo cfr. E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1942, e E. CAPACCIOLI, *Per l'effettività della giustizia amministrativa*, in AA. VV., *Studi in onore di Giovanni Miele*, Giuffrè, Milano, 1979.

²⁷ Appaiono dirimenti le parole di E. CAPACCIOLI, *Per l'effettività della giustizia amministrativa*, op. cit., p. 237: «l'azione legittima del titolare del potere è il modo unico ed esclusivo per soddisfare positivamente (con presunzione assoluta) l'interesse legittimo. Se l'azione amministrativa non può o non deve essere o di fatto non viene ripresa o proseguita, dopo la sentenza definitiva di annullamento, l'interesse legittimo, che vive in simbiosi con l'azione (o la omissione rilevante) dell'autorità legalmente disciplinata, non inizia nemmeno la sua esistenza e quindi non può essere soddisfatto».

qualitativamente²⁸ diversa dal diritto soggettivo²⁹, servente rispetto agli interessi economico-politici del tempo, definito, in senso riduttivo, come interesse giuridico occasionalmente protetto, tutelabile solamente nella misura in cui fosse diretto a rafforzare l'interesse pubblico³⁰, ovvero come diritto di reazione processuale³¹ o, ancora, come pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa³².

E il giudizio amministrativo veniva configurato - in modo consapevole e meditato - come un giudizio sull' "atto" e non sul "rapporto" potendo il giudice limitare i poteri della pubblica autorità, con la caducazione degli atti illegittimi, ma giammai sostituire le proprie valutazioni a quelle amministrative.

L'autorevolezza di tale insegnamento ha trovato pieno conforto nella giurisprudenza amministrativa, non molto risalente; in particolar modo, il Consiglio di Stato ancora nel 2007 - con la decisione 22 ottobre 2007, n. 12 dell'Adunanza plenaria³³ - ribadisce la centralità dell'atto (e non del rapporto) amministrativo nel giudizio impugnatorio.

La rilevanza dell'azione di annullamento è confermata dal comma 3° dell'art. 113 della Costituzione, secondo cui «la legge determina quali

²⁸ Cfr. E. CAPACCIOLI, *Per l'effettività della giustizia amministrativa* op. cit., p. 236.

²⁹ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 15-22 ottobre 2007, n. 12 in *Foro It.*, 2008, III -1, pp. 3 e ss. con nota di A. TRAVI.

³⁰ Cfr. in particolare G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, *La giustizia amministrativa*, VIII, ed., Giuffrè, Milano, 1957-1958, pp. 121 e ss., A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, pp. 400 e ss.

³¹ Cfr. E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 34 e ss.; F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1997, p. 150.

³² Cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 298; P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 171 e ss.; cfr. in particolare E. CAPACCIOLI, *Per l'effettività della giustizia amministrativa*, op. cit., p. 209 secondo cui «l'interesse legittimo si caratterizza per ciò che non può essere soddisfatto per opera né dell'interessato né del controllore né del giudice. Esso proprio in ciò consiste che il suo soddisfacimento può derivare esclusivamente dall'azione dell'amministrazione, e più precisamente dall'azione legittima. Con questo di ulteriormente specifico, che se l'azione del gestore pubblico è legittima, il soddisfacimento si ha per realizzato *iuris et de jure*».

³³ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 15-22 ottobre 2007, n. 12 in *Foro it.*, cit. secondo cui «I commendevoli contributi acquisiti, in sede dottrinale e giurisprudenziale, in tema di «giudizio sul rapporto», non sembrano condivisibili ove approdino al disconoscimento della natura principale impugnatoria dell'azione innanzi al giudice amministrativo cui spetta non solo di tutelare l'interesse privato ma di considerare e valutare gli interessi collettivi che con esso si confrontano e, non solo di annullare, bensì di «conformare» l'azione amministrativa affinché si realizzi un soddisfacente e legittimo equilibrio tra l'uno e gli altri interessi».

organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa»³⁴.

Sul punto, è interessante notare che l'intero *corpus* di norme costituzionali riguardanti il diritto di azione (artt. 24, 103 e 113) si mantiene sulla generale atipicità delle azioni giurisdizionali, in quanto strumentali alla tutela della situazione giuridica sostanziale; di contro, l'unica azione puntualmente prevista e disciplinata (art. 113) è l'azione costitutiva di annullamento degli atti amministrativi.

L'azione di annullamento rimane paradigma della tutela dinnanzi al giudice amministrativo anche nel codice del processo amministrativo (art. 34 c.p.a.)³⁵.

Come ricordato in premessa, il contenuto della pronuncia costitutiva del giudice amministrativo è stato tradizionalmente limitato all'annullamento dell'atto amministrativo.

Tale peculiarità rimane anche nel codice attuale, il quale esclude la possibilità per il giudice amministrativo - in sede di giurisdizione di legittimità - di emettere sentenze costitutive diverse da quella di annullamento.

La scelta appare coerente con i principi generali sulle azioni costitutive (previsti dall'art. 2908 c.c.) e con i principi costituzionali.

La dottrina prevalente ritiene, infatti, che il dettato normativo di cui all'art. 2908 c.c. sia espressione di un principio generale: sono eccezionali le ipotesi in cui il giudice (ordinario o amministrativo) può pronunciare sentenze in grado di costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici,

³⁴ Tale formulazione è il frutto di una mediazione in sede di Assemblea Costituente tra le posizioni di Calamandrei (favorevole a conferire alla giurisdizione ordinaria la piena cognizione delle controversie con la pubblica amministrazione, con ogni conseguente potere decisorio (annullamento, sospensione ecc.) in ordine agli atti amministrativi) e le posizioni di Ruini (il quale era contrario a tale impostazione: «un semplice pretore potrebbe nonché annullare e rifare esso decreti e provvedimenti di governo di estrema importanza. Non è troppo?») *cfr.* V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e Costituzione*, in *Giur. cost.* 2004, p. 3032 e ss.

³⁵ S.S. SCOCA, *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 13.

e ciò al fine di garantire l'autonomia giuridica dei soggetti (pubblici e privati)³⁶.

La tipicità dell'azione costitutiva di annullamento dei provvedimenti amministrativi sarebbe, allora, giustificata dall'«esigenza di salvaguardare la sfera del potere attribuito alla pubblica amministrazione»³⁷.

Tale conclusione sembra, per il vero, smentita se solo si considera che il giudice amministrativo, attraverso la pronuncia costitutiva di annullamento, rimuove con efficacia *ex tunc* gli effetti giuridici prodotti dal provvedimento, sostituendo, di conseguenza, la sua volontà a quella espressa dalla pubblica amministrazione con l'emanazione del provvedimento³⁸.

L'eccezionalità delle sentenze costitutive, invero, sarebbe riferibile solamente alle pronunce che costituiscono nuovi rapporti giuridici.

Si è, infatti, evidenziato che «l'art. 2932 c.c., che autorizza il giudice a produrre gli effetti giuridici della dichiarazione di volontà non resa spontaneamente, è [...] norma speciale e si riferisce all'ipotesi del tutto particolare dell'inadempimento dell'obbligo, volontariamente assunto, di concludere un contratto. Quando l'obbligato è una pubblica amministrazione e la dichiarazione consiste in un atto amministrativo, il riconoscimento di un potere sostitutivo del giudice trova ostacolo non tanto nel principio della separazione dei poteri, quanto nel principio della responsabilità del funzionario per gli atti che adotta»³⁹; di guisa che il giudice non può sostituirsi all'amministrazione (e al singolo funzionario)

³⁶ R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 1168.

³⁷ M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 593.

³⁸ M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., p. 595.

³⁹ A. SCOGNAMIGLIO, *Appunti per una prima lettura dell'art. 34, comma 1, lett. c), d) ed e): le sentenze di condanna e condanna al risarcimento dei danni*, in *Atti del Convegno Incontro di studio: prime riflessioni sulla riforma del processo amministrativo*, Campobasso, 24 novembre 2010, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi del Molise, sul sito istituzionale della giustizia amministrativa, www.giustizia-amministrativa.it, 2010.

in ragione dell'irresponsabilità della funzione giurisdizionale sancita per assicurarne l'indipendenza⁴⁰.

L'art. 113, comma 3°, Cost. rinvia alla legge sia per l'individuazione del plesso giurisdizionale competente ad annullare gli atti, sia per la determinazione dei casi e degli effetti dell'annullamento.

Parte della dottrina amministrativa⁴¹ - valorizzando l'inciso "con gli effetti previsti dalla legge stessa" di cui alla disposizione in oggetto - ha ritenuto ampliabile il "ventaglio" dei possibili provvedimenti adottabili dal giudice amministrativo all'esito del giudizio demolitorio, consentendogli di pronunciare sentenze con contenuto sostitutivo e/o di dettare la regola di comportamento all'amministrazione.

Ma se nulla vieta al legislatore di determinare gli effetti dell'azione di annullamento - così come previsto dal comma 3° dell'art. 113 Cost. - tuttavia, in mancanza di un intervento normativo sul punto, non può attribuirsi al giudice amministrativo il potere di emettere sentenze costitutive diverse dall'annullamento.

Allo stato attuale tale limite appare, conseguentemente, insuperabile.

Nondimeno, diversamente argomentando⁴², una pronuncia costitutiva non meramente caducatoria potrebbe essere disposta dal giudice amministrativo in forza dell'art. 34, comma 1°, lett. e) del c.p.a., secondo il quale il giudice «dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario *ad acta*, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza».

⁴⁰ F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Jus*, 1997, 328.

⁴¹ A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 474; S. MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Tomo V, II ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 4876.

⁴² B. SASSANI, *Arbor Actionum. L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 1356 e ss.; e M. LIPARI, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, relazione al 56° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 23-25 settembre 2010, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 359-418.

Secondo tale indirizzo l'art. 34, comma 1°, lett. e) del c.p.a. sancisce «il passaggio dall'azione di annullamento “pura” ad un'azione di annullamento-condanna-attuazione che segna l'ingresso nel sistema di un meccanismo di tutela specifica complesso, unitario e tendenzialmente autosufficiente»⁴³, consentendo al giudice della cognizione di esplicitare e specificare il contenuto precettivo della propria pronuncia non sospesa.

In questa prospettiva si potrebbe riconoscere al giudice amministrativo il potere di sostituire direttamente, con la propria decisione, il provvedimento omesso dalla pubblica amministrazione, saltando *sicco pede* la fase di nomina del commissario *ad acta* (come, tra l'altro, già previsto per la tutela cautelare fin dalla sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 6/1982⁴⁴).

La sentenza costitutiva così intesa rappresenterebbe - a ben vedere - una sentenza di condanna con tutela esecutiva anticipata alla fase di cognizione, conciliandosi con la *ratio* dell'art. 2908 c.c.⁴⁵

In realtà, la stessa dottrina favorevole a configurare un'azione generale di condanna nei confronti della P.A. nega la possibilità di pronunciare una sentenza costitutiva che tenga luogo del provvedimento amministrativo, anche alla luce del disposto dell'art. 34, comma 1°, lett. d) c.p.a. che espressamente confina alla giurisdizione di merito il potere giurisdizionale di adottare o modificare un atto amministrativo⁴⁶.

Pur nella sua perdurante importanza ed apparente immutabilità, l'azione di annullamento ha comunque subito gli effetti della rivisitazione della nozione di interesse legittimo e dell'oggetto del processo amministrativo.

⁴³ B. SASSANI, *Arbor Actionum. L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, op. cit., *passim*.

⁴⁴ Cons. Stato, Ad. plen., 30 aprile 1982, n. 6 in *Foro amm.*, 1982, pp. 1212 e ss.

⁴⁵A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 224.

⁴⁶ G. VERDE, *Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 795 e ss.; Evidenzia E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili. Le azioni costitutive*, in F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 182-183 che i poteri attribuiti al giudice amministrativo nell'ambito della giurisdizione di merito consentono di emettere sentenze costitutive di riforma e produzione in grado di definire l'assetto d'interessi tra cittadino e P.A. in modo più incisivo rispetto al giudice ordinario.

Le limitazioni introdotte all'azione demolitoria dall'art. 21 *octies*, comma 2° della l. n. 241/90, per essere compatibili con l'art. 113, comma 2° Cost., impongono al giudice un sindacato pieno e completo del rapporto e non solamente dell'atto amministrativo.

È chiaro, infatti, che il giudizio sulla natura vincolata del potere amministrativo, sull'impossibilità di scelte legittime alternative in capo alla P.A. e sull'irrilevanza della comunicazione di avvio del procedimento involga la base dell'esercizio del potere amministrativo.

Non può trascurarsi sul punto un'innovativa (e molto criticata) sentenza del Consiglio di Stato⁴⁷ che ha escluso l'annullabilità dell'atto amministrativo poiché ciò sarebbe stato contrario al concreto interesse di cui il ricorrente era portatore, pur riconoscendo la sussistenza dei vizi invalidanti l'atto amministrativo e pur non versandosi nelle ipotesi di cui all'art. 21 *octies* della l. n. 241/90.

Il giudice amministrativo certifica così la “rottura” del nesso tra l'accertamento dell'illegittimità dell'atto amministrativo e l'effetto caducatorio, contenuti tipici dell'azione di annullamento⁴⁸.

Come evidenziato da autorevole dottrina⁴⁹ la sentenza del Consiglio di Stato non tiene conto, tuttavia, che lo stesso c.p.a. tipizza all'art. 34, comma 1° gli effetti dell'accoglimento dell'azione di annullamento, ossia l'annullamento totale o parziale del provvedimento impugnato.

2.2. L'azione di mero accertamento.

A fronte della specifica previsione costituzionale e normativa dell'azione costitutiva di annullamento degli atti amministrativi, tradizionalmente la

⁴⁷ Cons. Stato, Sez. IV, 10 maggio 2011, n. 2755, in *Guida al diritto*, 2011, pp. 103 ss. con toni fortemente critici Cfr. M. FORNACIARI, *Ultimissime dal Consiglio di Stato: l'annullamento ... che non annulla!*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 1662 e ss.

⁴⁸ A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e “non annullamento” dell'atto illegittimo*, in *Urb. app.*, 2011, p. 936.

⁴⁹ A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e “non annullamento” dell'atto illegittimo*, op. cit., 938; M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., p. 557.

dottrina⁵⁰ e la giurisprudenza hanno negato la possibilità per il giudice amministrativo di emanare sentenze dichiarative nell'ambito della tutela degli interessi legittimi.

Giova premettere che con il termine "accertamento" nel diritto processuale civile si è soliti richiamare un presupposto processuale comune a tutte le sentenze emesse dal giudice, in quanto potere connaturato al concetto stesso di giurisdizione⁵¹.

Un contributo dottrinario⁵² efficacemente riassume la valenza polisemantica nell'ordinamento giuridico della parola "accertamento", la quale - oltre che nell'accezione sopraindicata - è stata intesa come contenuto proprio e specifico di una determinata azione e di un determinato tipo di sentenza del giudice amministrativo⁵³ o, ancora, come effetto peculiare della sentenza⁵⁴ o, infine, come sinonimo di giudicato⁵⁵. Nel presente lavoro con il termine accertamento si fa riferimento - per quel che interessa - a quel tipo di azione di cognizione attraverso cui si conferisce ad un soggetto il potere di agire quando, pur non essendo violata la situazione giuridica soggettiva di cui egli è titolare, essa risulta obiettivamente contestata (con conseguente potenziale pregiudizio per la

⁵⁰ E. CAPACCIOLI, *Per l'effettività della giustizia amministrativa*, op. cit., 228.

⁵¹ Così G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 231 che richiama l'insegnamento di G. CHIOVENDA il quale alle sue Istituzioni concepisce la giurisdizione come «attuazione della volontà della legge» conclude per la generale ammissibilità delle mere azioni di accertamento. Sostiene l'esistenza di un collegamento imprescindibile tra funzione giurisdizionale e potere di accertamento V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, Torino, 1988, p. 115.

⁵² Così S. MURGIA, *Crisi del processo amministrativo e azione di accertamento*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, pp. 244 e ss.

⁵³ G. ABBAMONTE, *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 1 e ss.; P. STELLA RICHTER, *Per l'introduzione dell'azione di mero accertamento nel giudizio amministrativo*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 853 e ss., citati in S. MURGIA, *Crisi del processo amministrativo e azione di accertamento*, op. cit., § 2.

⁵⁴ G. ABBAMONTE, *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, op. cit., p. 3 citato in S. MURGIA, *Crisi del processo amministrativo e azione di accertamento*, op. cit., § 2.

⁵⁵ V. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1983, pp. 383 e ss. citato in S. MURGIA, *Crisi del processo amministrativo e azione di accertamento*, op. cit., § 2.

stessa)⁵⁶ ovvero quando in relazione alla stessa esista un'obiettiva incertezza circa la sua esistenza o sul suo contenuto⁵⁷.

Nella rimozione della contestazione o della situazione di incertezza consiste, dunque, il nucleo fondamentale dell'azione di mero accertamento come tipologia di azione di cognizione differente dall'azione di condanna o costitutiva⁵⁸.

Tradizionalmente le sentenze di "mero accertamento" - emanabili dal giudice amministrativo nell'ambito della giurisdizione di legittimità - sono state circoscritte ad ipotesi tipiche e specifiche (ad esempio, secondo l'orientamento tradizionale del Consiglio di Stato⁵⁹, assumeva valenza di mero accertamento la pronuncia resa nel rito avverso il silenzio).

La spiegazione è stata ricondotta alle barriere che il sindacato dell'autorità giurisdizionale amministrativa avrebbe incontrato rispetto alla discrezionalità di cui la P.A. gode nella cura dell'interesse pubblico⁶⁰.

In un fondamentale studio sul tema⁶¹ Guido Greco sottolinea le peculiarità del rapporto giuridico di diritto amministrativo rispetto al rapporto tra privati, affermando che un'eventuale azione di mero accertamento nel processo amministrativo possa avere ad oggetto esclusivamente le componenti rigide del rapporto amministrativo, ossia «tutti quei presupposti di fatto e di diritto, richiesti dall'ordinamento per l'emissione dell'atto amministrativo o di un atto amministrativo di un certo contenuto,

⁵⁶ Cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. I, op. cit., p. 63.

⁵⁷ Cfr. Cass. Civ., Sez. II, 26 maggio 2008, n. 13556 in *Giust. civ.*, *Mass.*, 2008, p. 809 : «L'interesse ad agire con un'azione di mero accertamento non implica necessariamente l'attuale verificarsi della lesione d'un diritto o una contestazione, essendo sufficiente uno stato di incertezza oggettiva sull'esistenza di un rapporto giuridico o sull'esatta portata dei diritti e degli obblighi da esso scaturenti, costituendo la rimozione di tale incertezza un risultato utile, giuridicamente rilevante e non conseguibile se con l'intervento del giudice».

⁵⁸ Sull'effetto di rafforzamento, di specificazione delle situazioni giuridiche soggettive delle pronunce dichiarative cfr. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. giur.*, XIV, 1965, pp. 492 e ss. il quale sottolinea, in particolare, che l'efficacia dichiarativa rileva sotto il profilo dell'incidenza dell'elemento temporale sullo schema generale della situazione giuridica soggettiva.

⁵⁹ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 9 gennaio 2002, n. 1, in *Consiglio di Stato*, 2002, I, pp. 1 e ss.

⁶⁰ S. MURGIA, *Crisi del processo amministrativo e azione di accertamento*, op. cit., § 7 e P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. pubbl.* 1981, p. 3 e ss.

⁶¹ G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 228 e ss.

tutte le volte in cui l'esistenza o i caratteri di tali presupposti siano rimessi dalla norma a valutazioni fondate su criteri oggettivi»⁶².

In presenza di tali valutazioni, infatti, il giudizio di accertamento si concentrerebbe su quei limiti all'agire della P.A. cui la stessa deve attenersi nella successiva fase di determinazione discrezionale.

L'Autore nega, invece, la possibilità di esperire l'azione di accertamento nei casi in cui i presupposti dell'*agere* amministrativo implicino margini di discrezionalità amministrativa pura e tecnica.

Nel pensiero di Greco, in tali ipotesi, il giudizio di mero accertamento non potrebbe che coincidere con tutti quegli accertamenti "incidentali e presupposti" che il giudice deve sempre compiere in sede di giudizio di annullamento quando esamina i vizi sostanziali dell'atto impugnato⁶³.

Ma se si ammette che l'effetto di accertamento in presenza di attività discrezionali possa coincidere con l'effetto conformativo della sentenza di annullamento di cui si dirà *infra*, non potrebbe che concludersi per l'inammissibilità in via autonoma dell'azione di accertamento⁶⁴.

Anche la giurisprudenza amministrativa ha per lungo tempo escluso la possibilità di esperire un'azione di mero accertamento nell'ambito della giurisdizione di legittimità⁶⁵.

Il Supremo Consesso amministrativo, con la sentenza n. 717 del 9 febbraio 2009⁶⁶, esamina approfonditamente le ragioni storiche e dottrinarie sulla base delle quali si è tradizionalmente negata l'ammissibilità dell'azione

⁶² G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, op. cit., pp. 228-229.

⁶³ G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, op. cit., p. 229.

⁶⁴ Tant'è che G. Abbamonte considera l'accertamento quale effetto ulteriore della sentenza di annullamento del provvedimento amministrativo in S. MURGIA, *Crisi del processo amministrativo e azione di accertamento*, op. cit., § 4.2.

⁶⁵ *Cfr. ex multis* Cons. Stato, Sez. VI, 14 febbraio 2007, n. 618, in *Foro amm. CdS*, 2007, p. 610 (s.m.); Cons. Stato, Sez., 24 ottobre 1995, n. 1200, in *Consiglio di Stato*, 1997, I, p. 436; Cons. Stato, Sez. V, 21 dicembre 1989, n. 248 in *Riv. Corte dei conti*, 1990, I, p. 82.

⁶⁶ Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, in *Urb. app.*, 2009, p. 572 e ss. in cui emerge l'impronta della migliore dottrina di processual-amministrativistica (V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, op. cit., p. 404 che ammetteva la possibilità di esperire un'azione di accertamento dinnanzi al giudice amministrativo anche in presenza di poteri discrezionali, esaltando la funzione "sostitutiva" del giudice.

atipica di accertamento dinnanzi al giudice amministrativo, e segnatamente:

- l'impossibilità di concepire l'azione di accertamento in un processo connotato dalla disparità delle parti, essendo uno dei soggetti (la Pubblica amministrazione) in posizione di supremazia rispetto all'altro (il privato); sicché la definizione dell'assetto di interessi non può che essere rimessa a colui il quale detiene e gestisce il potere mentre «il sindacato del giudice, in tali casi, non può che assumere la struttura del controllo successivo dei modi di esercizio del potere, laddove, viceversa, un giudizio di accertamento del rapporto comporrebbe una inammissibile sostituzione all'Amministrazione nella titolarità e nella gestione del potere»⁶⁷;

- la concezione meramente processualistica e non sostanziale dell'interesse legittimo nonché la tradizionale configurazione del giudizio amministrativo come giudizio sull'atto e non sul rapporto, sopra-ricordate;

- la «mancanza di un riconoscimento espresso dell'azione di accertamento da parte del legislatore, a differenza di quanto accade negli ordinamenti di altri Paesi che tale azione conoscono (par. 43 della VGeO tedesca)»⁶⁸;

- la «limitazione dei mezzi di prova utilizzabili dal giudice amministrativo, il quale, pertanto, non sarebbe in grado, per la povertà dei suoi poteri istruttori, di compiere un accertamento pieno del rapporto controverso»⁶⁹.

La pronuncia del Consiglio di Stato sopracitata, facendo leva sul mutato quadro normativo e giurisprudenziale - cui già si è accennato e di cui si darà conto nel prosieguo - nega attualità alle obiezioni elencate. In particolare, si sottolinea:

- la rinnovata nozione di interesse legittimo, inteso ormai quale situazione giuridica sostanziale meritevole di protezione al pari del diritto soggettivo (Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 204);

⁶⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, cit.

⁶⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, cit.

⁶⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, cit.

- il riconoscimento della tutela risarcitoria nel caso di lesione degli interessi legittimi, con il correlato potere del giudice di procedere ad una verifica prognostica sulla spettanza del bene della vita;
- la natura di accertamento dell'azione contro il silenzio contemplata all'art. 21 *bis* della l. 6 dicembre 1971, n. 1034;
- il graduale passaggio del sindacato amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto; in questa direzione, tra l'altro, la possibilità di impugnare con motivi aggiunti i provvedimenti amministrativi connessi con l'oggetto del giudizio è funzionale all'esame in un unico momento dell'intero rapporto tra p.a. e privato (e non soltanto della questione relativa alla legittimità del singolo atto);
- l'ampliamento dei poteri istruttori del giudice amministrativo, in particolare la possibilità di disporre la consulenza tecnica;
- la generale atipicità delle forme di tutela che s'impone per gli interessi legittimi in sé considerati, stante il principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale che l'art. 24 Cost. riconosce anche rispetto ad essi (e, dunque, indipendentemente dal problema dell'annullamento dell'atto amministrativo);
- l'ammissibilità di una generale azione di accertamento, indipendentemente dalla previsione di una norma espressa, così come consentito nel processo civile.

Nel codice del processo amministrativo l'azione di accertamento ha avuto sorte per alcuni versi analoga a quella dell'azione di adempimento.

Entrambe le azioni, pur previste nella schema del Codice,⁷⁰ non sono state successivamente contemplate nel testo finale.

Nondimeno, la configurabilità di un'azione generale di accertamento - anche nel silenzio del Codice - sembra possibile al fine di assicurare una tutela dell'interesse legittimo piena ed effettiva.

⁷⁰ l'art. 36 dello schema di Codice predisposto dal Consiglio di Stato prevedeva testualmente: «1. Chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle consequenziali pronunce dichiarative».

L'incertezza sull'esatta portata giuridica di un provvedimento amministrativo può rappresentare, infatti, un nocumento per il privato; e a poter rimuovere tale pregiudizio è solo la certezza, l'immutabilità e l'incontestabilità della statuizione giurisdizionale⁷¹.

L'Adunanza Plenaria n. 15 del 2011 ha ritenuto, poi, che l'azione di accertamento sia implicitamente ammessa dall'art. 34, comma 2°, c.p.a., secondo cui «in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati».

Considerato «che detta disposizione intende evitare, in omaggio al principio di separazione dei poteri, che il giudice si sostituisca all'amministrazione esercitando una cognizione diretta dei rapporti amministrativi non ancora sottoposti al vaglio della stessa, [...] [essa] non può che operare per l'azione di accertamento, per sua natura caratterizzata da tale rischio di indebita ingerenza, visto che le altre azioni tipizzate dal codice sono per definizione dirette a contestare l'intervenuto esercizio od omissso esercizio del potere»⁷².

Dall'esame delle recenti pronunce giurisprudenziali emerge un ulteriore limite per l'azione di accertamento: la presenza di atti amministrativi ormai inoppugnabili⁷³.

L'azione di accertamento non può rappresentare, infatti, un modo per “aggirare” il termine decadenziale d'impugnazione del provvedimento.

Sotto questo profilo, l'azione di annullamento conferma la sua centralità nel processo amministrativo, svolgendo le altre azioni un ruolo meramente ancillare⁷⁴.

⁷¹ G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)* in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1985, § 9, evidenzia come l'essenza del potere giurisdizionale risieda nella circostanza che le sentenze e i provvedimenti giurisdizionali «non possono essere revocate, modificate o comunque dichiarate illegittime, se non mediante altre pronunce giurisdizionali [...] Esiste una vera e propria «riserva di sentenza», desunta dagli art. 102, 103 e 134 cost., che vanno interpretati nel senso di escludere “ogni altro Potere dall'interferire con l'attività dei giudici e dall'operare sui loro pronunciati”».

⁷² Cons. Stato, Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15, in *Foro amm. CdS*, 2011, pp. 2309 e ss.

⁷³ Cons. Stato, Sez. IV, 30 gennaio 2013, n. 607, in *Foro amm. CdS*, 2013, p. 177 (s.m.).

⁷⁴ Per parte della giurisprudenza amministrativa «Nel processo amministrativo l'azione di accertamento, lungi dal presentarsi come un rimedio generalizzato [atipico] ed alternativo all'azione annullatoria-caducatoria, può essere promossa dal privato soltanto nei casi in cui

D'altra parte, la natura residuale dell'azione di accertamento si evinceva anche dallo schema di codice, prevedendo l'art. 36 che l'azione di accertamento sarebbe stata ammissibile solamente quando il ricorrente non avesse potuto tutelare l'interesse legittimo attraverso l'azione di annullamento o di adempimento⁷⁵.

2.3. L'azione di condanna.

Accertato il rapporto giuridico sostanziale oggetto di contestazione, la tutela giurisdizionale di condanna si caratterizza per la sua attitudine ad assicurare che l'impegno assunto da un soggetto nei confronti di altri venga attuato nella realtà concreta.

Sotto il profilo strutturale l'azione di condanna può riguardare obblighi giuridici rimasti inadempiti da parte del soggetto onerato ovvero obblighi giuridici non ancora violati; sotto il profilo funzionale essa può svolgere funzione di repressione o di prevenzione, a seconda che sia diretta a rimuovere gli effetti di una violazione già compiuta ovvero miri ad impedire un'eventuale violazione.

Nel caso di obblighi di pagare una somma di denaro, consegnare o rilasciare il bene dovuto, costruire o distruggere un'opera, la sentenza di condanna costituisce titolo esecutivo per ottenere l'esecuzione forzata.

Di contro, nel caso di obblighi infungibili, l'attuazione non può passare attraverso le forme dell'esecuzione coattiva, ma è possibile soltanto applicare misure coercitive indirette (la minaccia, cioè, di infliggere sanzioni che rendano antieconomico il permanere dell'inadempimento) allo scopo di spingere psicologicamente l'obbligato ad adempiere spontaneamente.

costituisca l'unico strumento a sua disposizione per tutelare la propria posizione soggettiva» così Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2013, n. 231 in *Foro amm. CdS*, 2013, p. 187 (s.m.).

⁷⁵ In modo speculare a quanto previsto dall'art. 43 *VwGO*.

Giova evidenziare che ormai sembra in corso di superamento quella linea di pensiero che ammetteva la tutela di condanna soltanto in presenza di mezzi di esecuzione in forma specifica⁷⁶.

In attuazione del principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, un più recente e condivisibile orientamento dottrinario, confortato dalla giurisprudenza della Suprema Corte⁷⁷, ritiene che in entrambi i casi sopraindicati - ossia di esecuzione in forma specifica ovvero indiretta dell'ordine giudiziale - la sentenza del giudice si atteggi come condanna.

Invero, nei casi in cui le forme di esecuzione diretta prevista dal terzo libro del codice di procedura civile «non sono applicabili, o esistono efficaci misure di coercizione indiretta, o si verifica una lacuna nel sistema della tutela, ossia sotto il profilo dell'effettività della tutela di condanna»⁷⁸.

Circa l'evoluzione dell'azione in esame nel giudizio amministrativo, il r.d. 17 agosto 1907, n. 642, recante il «Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato», contemplava un isolato potere di condanna nei confronti dell'amministrazione: il potere di condanna alle spese.

L'art. 68 del citato r.d. prevedeva, infatti, «la condanna delle parti soccombenti alle spese» ed il successivo art. 88 stabiliva che

⁷⁶ Cfr. F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 58-60, richiamando le elaborazioni di A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Cedam, Padova, 1955, pp. 125 e ss., C. MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 1342.

⁷⁷ Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 13 ottobre 1997, n. 9957 in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, pp. 871 e ss., secondo cui «È ammissibile la pronuncia di condanna resa dal giudice nella ipotesi di infungibilità (e, dunque, di incoercibilità) del "facere" dell'obbligato, in quanto la relativa decisione non solo è potenzialmente idonea a produrre i suoi effetti tipici in conseguenza della (eventuale) esecuzione volontaria da parte del debitore, ma è altresì funzionale alla produzione di ulteriori conseguenze giuridiche (derivanti dall'inosservanza dell'ordine in essa contenuto) che il titolare del rapporto è autorizzato ad invocare in suo favore, prima fra tutte la possibile, successiva domanda di risarcimento del danno, rispetto alla quale la condanna ad un "facere" infungibile assume valenza sostanziale di sentenza di accertamento».

⁷⁸ Così F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, op. cit., p. 60, richiamando E. SILVESTRI - M. TARUFFO, *Esecuzione forzata III) Esecuzione forzata e misure coercitive*, in *Enc. giur. XIII*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 3.

«L'esecuzione delle decisioni si fa in via amministrativa, eccetto che per la parte relativa alle spese».

La tendenza - quantomeno fino al biennio 1998-2000 - è stata quella di escludere nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità la possibilità per il giudice amministrativo di emettere sentenza di condanna ad un *facere* nei confronti della pubblica amministrazione.

Nondimeno, parte della dottrina ha individuato indici normativi del potere di condanna del giudice amministrativo.

Così, ad esempio, per Mario Nigro⁷⁹, l'art. 65, comma 1°, n. 5 r.d. n. 642/1907 - secondo cui «la decisione [sentenza] amministrativa [...] deve contenere [...] l'ordine che la decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa» - evidenziava l'esistenza di “un obbligo di adeguamento” in capo alla P.A. contenuto in ogni sentenza costitutiva di annullamento. In altre parole, la parte “ordinativa” della sentenza di annullamento - pur non potendo assimilarsi ad una vera e propria pronuncia di condanna per l'impossibilità di un'esecuzione forzata della stessa - avrebbe costituito un ordine alla P.A. di tenere un determinato comportamento⁸⁰.

In tema di accesso agli atti amministrativi, l'art. 25 della l. 241/1990 (ed oggi l'art. 132 c.p.a.) consente poi espressamente al giudice amministrativo di emanare una sentenza di condanna dell'Amministrazione all'esibizione della documentazione richiesta.

Ed ancora, con le modifiche all'art. 7 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034 - intervenute in forza dell'art. 7 della l. 205/2000 e dell'art. 35 del d.lgs. n. 80/1998 - si è riconosciuto al giudice amministrativo il potere di condanna al risarcimento dei danni per la lesione degli interessi legittimi⁸¹; il che consentirebbe di concludere nel senso che il giudice amministrativo «oltre ai classici poteri cognitori in ordine alla verifica della legittimità dell'atto

⁷⁹ M. NIGRO, *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27 n. 4 delle leggi sul Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1954, p. 228 e ss.

⁸⁰ *Contra* A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1962.

⁸¹ Ciò a seguito della fondamentale sentenza delle Sezioni unite civili della Suprema Corte del 22 luglio 1999, n. 500 in *Giust. civ.*, 1999, p. 2261 e ss.

impugnato, ha poteri di cognizione rispetto all'eventuale risarcimento del danno»⁸², «cognizione che verte sul rapporto amministrativo»⁸³.

Nonostante le riferite aperture dottrinarie⁸⁴, non può tacersi l'orientamento giurisprudenziale prevalente del Consiglio di Stato⁸⁵ (con qualche voce dissonante dei giudici di primo grado⁸⁶ e un'isolata pronuncia del massimo Consesso amministrativo⁸⁷) il quale ha negato che la tutela risarcitoria degli interessi legittimi possa consentire al giudice amministrativo di imporre - per il mezzo della reintegrazione in forma specifica - all'amministrazione di emanare provvedimenti, anche se di carattere vincolato.

L'Adunanza plenaria⁸⁸ ha escluso, poi, tale potere di condanna anche nell'ipotesi di giudizio sul silenzio, ritenendo di restringere in tali casi l'oggetto del giudizio al mero accertamento dell'obbligo formale a provvedere, senza poter imporre alla pubblica autorità alcun contenuto.

Si tratta, tuttavia, di orientamento senz'altro superato poiché - tralasciando in questa sede l'analisi degli indirizzi giurisprudenziali e dottrinali che si sono succeduti nel decennio 2004-2013, anche alla luce della sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale - prima la giurisprudenza amministrativa⁸⁹ e di recente lo stesso legislatore⁹⁰ hanno ammesso che il giudice amministrativo possa condannare l'amministrazione ad adottare uno specifico provvedimento amministrativo (seppur entro certi limiti).

⁸² Così F. CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 536.

⁸³ Così R. GIOVAGNOLI, L. IEVA, G. PESCE, *Il processo amministrativo di primo grado*, op. cit., p. 128.

⁸⁴ L. TARANTINO, *L'azione di condanna nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, 101 ss.

⁸⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338 in *Dir. proc. amm.*, 2008, pp. 208 ss.

⁸⁶ Cfr. T.A.R., Friuli Venezia Giulia, 26 maggio 2001, n. 291 in *Foro amm. TAR*, 2001.

⁸⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2002, n. 1373 in *Foro amm. CdS*, 2002, pp. 669 e ss.

⁸⁸ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 9 gennaio 2002, n. 1, in *Consiglio di Stato*, 2002, I, 1 e ss.

⁸⁹ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3 in *Corr. giur.*, 2011, pp. 979 e ss.

⁹⁰ Il d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160, il c.d. secondo correttivo al codice del processo amministrativo, ha previsto all'art. 1, n. 1 lett. e) «L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto e' esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio».

2.3.1. La tutela inibitoria.

La tutela inibitoria, diretta ad ottenere l'adempimento di un obbligo originario di *non facere*, si concretizza nel comando di fonte giudiziale indirizzato ad un soggetto di astenersi da un comportamento illecito⁹¹.

L'inquadramento sistematico della tutela inibitoria è da sempre un tema dibattuto in dottrina.

Alcuni autori l'hanno ricondotta nell'alveo delle azioni di accertamento⁹²; altri alla tutela costitutiva, e, in particolare, della c.d. tutela costitutiva determinativa⁹³; altri ancora all'azione di condanna⁹⁴, il linea con la giurisprudenza prevalente⁹⁵.

L'inibitoria ha rappresentato, peraltro, per lungo tempo uno strumento "tipico" della tutela dei diritti soggettivi assoluti⁹⁶, mentre solo di recente autorevoli studi sul tema ne hanno affermato la sua atipicità⁹⁷.

Rinviando al successivo capitolo l'esame della tematica concernente le pronunce inibitorie nei confronti della P.A, occorre anticipare che per lungo tempo l'unico potere cautelare riconosciuto al giudice amministrativo è stato quello di sospensione dell'efficacia/esecuzione⁹⁸ del provvedimento (art. 21, ultimo comma della legge 6 marzo 1971, n. 103).

⁹¹ C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 781.

⁹² A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Cedam, Padova, 1955, pp. 100 e ss.

⁹³ E. MARINUCCI, *Azioni collettive e azioni inibitorie da parte delle associazioni dei consumatori*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, pp. 125 e ss.

⁹⁴ A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, in *Foro it.*, 2010, c. 259.

⁹⁵ *Cfr.* Cass. Civ., Sez. I, 25 luglio 1986, n. 4755 in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, pp. 386 e ss.

⁹⁶ Per un'ampia panoramica delle inibitorie tipiche previste dal codice civile e dalla legislazione complementare *Cfr.* G. BASILICO, *In tema di tutela inibitoria e diritti di libertà*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 393 e ss.

⁹⁷ L'indirizzo della Suprema Corte, invero risalente, esclude la porta generale dell'azione inibitoria rilevando che «In relazione a comportamenti antigiuridici Atti a protrarsi nel tempo, l'esperibilità dell'azione inibitoria, rivolta cioè a conseguire una pronuncia del giudice che precluda la prosecuzione dei comportamenti medesimi, non configura espressione di un principio generale dell'ordinamento, e può essere riconosciuta soltanto nelle materia in cui è specificamente contemplata dalla legge» (*cfr.* Cass. Civ., Sez. I, 25 luglio 1986, n. 4755, cit.)

⁹⁸ E. FOLLIERI, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, pp. 646 ss.

Tale strumento, se appariva idoneo a tutelare gli interessi legittimi oppositivi, risultava assolutamente insufficiente alla tutela degli interessi pretensivi poiché la sospensione degli effetti di un provvedimento di diniego (o addirittura della mera inerzia della P.A.) non avrebbe determinato alcun vantaggio per il ricorrente, sicché si poteva addirittura dubitare della sussistenza di un interesse a ricorrere⁹⁹.

Come vedremo nel prossimo capitolo, si deve alla giurisprudenza amministrativa l'ideazione di pronunce c.d. propulsive in grado di accordare al privato, in via cautelare, il provvedimento richiesto invano alla P.A.¹⁰⁰

Tale impostazione giurisprudenziale è stata recepita dal legislatore all'inizio del nuovo secolo con la l. 21 luglio 2000, n. 205 che, nell'emendare l'art. 21 della c.d. l. Tar (oggi trasfuso nell'art. 55 c.p.a.), ha attribuito al giudice amministrativo non solo il potere di sospendere cautelatamente gli effetti del provvedimento, ma di adottare tutte le misure cautelari più idonee ad assicurare *medio tempore* gli effetti della decisione e ad evitare i pregiudizi derivanti dall'esecuzione dell'atto impugnato o dall'inerzia della P.A.

Se in ambito cautelare, quindi, può affermarsi che non esistano lacune nella tutela giurisdizionale, in relazione al giudizio di merito valgono considerazioni diverse. Invero, nel nostro ordinamento sembra non sussistere un'azione corrispondente alla *Unterlassungsklage* dell'ordinamento tedesco con la quale il giudice amministrativo può inibire alla P.A. di emettere un determinato provvedimento

⁹⁹ Ed invero, la dottrina tradizionale afferma che per quando riguarda i provvedimenti negativi e all'inerzia della P.A., non può parlarsi di sospensione dell'esecuzione in senso stretto «poiché in assenza della modificazione invocata [dal privato con la richiesta dell'emissione di un provvedimento favorevole ed ampliativo], resta in vita l'assetto d'interessi anteriore al rifiuto del provvedimento [o all'inerzia della P.A.]» (C. MIGNONE, *Il giudizio di primo grado*, in L. MAZZARROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA, *Diritto amministrativo*, Vol. II, Monduzzi, Bologna, 1998, p. 1936).

¹⁰⁰ Per un *excursus* delle principali pronunce in materia in *cfr.* L. BERTONAZZI, *Brevi riflessioni sulla tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negati e dei comportamenti omissivi della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, pp. 1211 e ss.

amministrativo futuro, configurando così una sorta di azione di adempimento “in negativo”¹⁰¹.

Tale esigenza, come esamineremo nel successivo capitolo, può trovare parziale soddisfacimento con l’azione di accertamento.

3. Dalla tipicità alla atipicità delle azioni proponibili dinnanzi al giudice amministrativo?

La tipicità delle azioni proponibili dinnanzi al giudice amministrativo rappresentava - per come sopra esposto - la conseguenza naturale della visione prevalentemente processuale dell’interesse legittimo.

Il riconoscimento della sua natura sostanziale consente allora di rivedere tale impostazione.

Nel sistema costituzionale attuale agli interessi legittimi è riservata attenzione e dignità pari a quella accordata al diritto soggettivo; “diritti soggettivi e interessi legittimi” rappresentano una “endiadi” che descrive e racchiude l’area della tutela giurisdizionale accordata al singolo (artt. 24, 103 e 113).

La stessa Corte costituzionale - 56 anni dopo l’entrata in vigore della Carta fondamentale - sottolinea che «il Costituente, [...], ha riconosciuto al giudice amministrativo piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive non contemplate dal (modo in cui era stato inteso) l’art. 2 della legge del 1865 [poiché] l’art. 24 Cost. assicura agli interessi legittimi [...] le medesime

¹⁰¹ A. CARBONE, *L’azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., p. 93. Evidenzia l’eccezionalità di tale ipotesi e richiama i dubbi della dottrina su tale potere del giudice amministrativo tedesco C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Stabilità e contendibilità del provvedimento tra tutela costitutiva e risarcitoria nell’ordinamento tedesco*, in *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Giuffrè, Padova, 2011, p. 138. Cita importanti precedenti giurisprudenziali e, segnatamente, «OVG Lüneburg 26.8.1970 in *Amtl. Samml.*, (22), 284 ss. su un caso di azione volta ad ottenere la condanna della p.a. ad omettere il rilascio di un provvedimento di autorizzazione a posticipare l’orario di chiusura di un esercizio commerciale; BVerwG 16.4.1971 in DVBl 1971, 746 ss. in ordine ad un’azione finalizzata ad ottenere l’astensione dell’autorità dal rilasciare una concessione edilizia ad un terzo» F. SECCHI, *L’esecuzione del giudicato amministrativo l’esecuzione del giudicato amministrativo nell’esperienza italiana e tedesca: nell’esperienza italiana e tedesca: le soluzioni al problema dell’inottemperanza* in www5.unitn.it/Biblioteca/it/Web/Tesi, p. 121, nota 242.

garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare»¹⁰².

In altre parole, per i giudici costituzionali, dalla piena parificazione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi deriva che il giudice amministrativo debba disporre di tutti gli strumenti e i poteri processuali necessari a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, solennemente sancita all'art. 1 c.p.a. anche con riguardo agli interessi legittimi.

Se il processo è finalizzato ad attribuire al titolare del diritto tutte le utilità connesse alla situazione giuridica vantata e a superare la mancanza di cooperazione degli altri consociati al conseguimento di tali utilità, è chiaro che anche il giudizio amministrativo debba consentire al privato di vincere la crisi cooperativa della pubblica amministrazione.

Come affermato da autorevole dottrina¹⁰³, le conclusioni della Corte costituzionale devono rappresentare il “criterio guida” per ricostruire e interpretare le norme ordinarie sul processo amministrativo e sulle azioni ammissibili.

Tali riflessioni sembrano, tuttavia, trovare ostacolo nella precisa enumerazione delle azioni proponibili dinnanzi al G.A. contenuta nel c.p.a. (e precedentemente nell'art. 26 l. n. 1034/1971).

Sul punto, illustre dottrina¹⁰⁴ ha evidenziato come il catalogo di azioni elencate nel c.p.a. escluda la possibilità di desumere un generale principio di atipicità delle azioni.

Per tale orientamento il codice appare ispirato ad un canone di «tipicità moderata», per cui le azioni non sono rigidamente catalogate ma appaiono comunque individuate in modo specifico.

¹⁰² Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, cit., *passim*.

¹⁰³ M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., p. 581.

¹⁰⁴ A. TRAVI, *Tipologia delle azioni nel processo amministrativo*, in *Gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Atti del LVI Convegno di Studi. Varenna Villa Monastero, 23-25 settembre 2010, Giuffrè, Milano, 2011, p. 87.

La suddetta soluzione non contraddirebbe il dettato costituzionale perché l'art. 111 Cost. (richiamato espressamente dall'art. 2, comma 1 c.p.a.) - nel prevedere espressamente che il processo per essere “giusto” debba essere regolato dalla legge - «non rispecchia [...] [solamente] le usuali ragioni di una riserva costituzionale di legge», ma assume la valenza di limite costituzionale all'attività interpretativa della giurisdizione, la quale non può spingersi fino a «creare o modificare» la disciplina del processo¹⁰⁵, dilatando in via pretoria il numero e la tipologia di azioni proponibili.

Di contro, altra parte della dottrina ha mostrato delle perplessità rispetto alla conclusione secondo cui «l'individuazione delle azioni costituisce[] legge processuale e non sostanziale e rientri pertanto nella garanzia di legalità dell'art. 111 Cost.»¹⁰⁶ ed ha sostenuto che il codice rappresenti un importante passo verso il superamento del principio di tipicità delle azioni nel processo amministrativo¹⁰⁷.

Ed invero, la non completa tipizzazione delle azioni nel codice del processo amministrativo, «insieme all'ampiezza delle clausole normative relative alle pronunce, consente di sostenere che si è affermato il principio - come molti principi generali non codificato - dell'atipicità delle azioni nel processo amministrativo»¹⁰⁸.

Argomento a favore dell'atipicità delle azioni nel processo amministrativo si ricaverebbe dall'art. 34, comma 1°, lett. c) del c.p.a. il quale - nello specificare i contenuti della sentenza di condanna - prevede, non soltanto il pagamento di una somma di danaro, anche a titolo di risarcimento del danno (includere le misure di risarcimento in forma specifica), ma altresì l'adozione «delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica

¹⁰⁵ A. TRAVI, *Tipologia delle azioni nel processo amministrativo*, op. cit., pp. 75 e ss.

¹⁰⁶ E. SCOTTI, *Tra tipicità e atipicità delle azioni del processo amministrativo (a proposito di ad. plen. 15/11)* in *Dir. amm.*, 2011, p. 769.

¹⁰⁷ L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 1324.

¹⁰⁸ L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*. op. cit., *passim*.

soggettiva dedotta in giudizio». E poiché «le situazioni giuridiche, azioni e sentenze, quasi come in un gioco di specchi, rinviano le une alle altre e sono legate da un nesso di stretta interdipendenza, una siffatta disposizione ammette implicitamente che tra situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e pronuncia di condanna atipica si interpone un'azione che è altrettanto atipica»¹⁰⁹.

Milita nello stesso senso la successiva disposizione contenuta alla lett. e) del comma 1° dell'art. 34, in base alla quale il giudice dispone «le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato» (compresa la nomina - già in sede di cognizione - di un commissario *ad acta*).

La previsione codicistica mostra, peraltro, delle rilevanti assonanze con l'articolato di un nuovo codice di procedura civile - elaborato da Andrea Proto Pisani¹¹⁰ - in cui si richiama l'atipicità del diritto di azione (desumibile dall'art. 24 Cost.) in correlazione all'atipicità delle forme di tutela, dovendo l'ammissibilità delle azioni essere valutata, non in astratto e "a priori" da parte dal legislatore, bensì in concreto dal giudice alla luce dell'interesse della parte.

Un'eco di tale formulazione si riscontra nel testo del c.d. secondo correttivo licenziato dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, in cui si proponeva l'introduzione nel codice del processo amministrativo dell'art. 28 *bis*, rubricato «tipi di azioni», a norma del quale «Nell'ambito della giurisdizione amministrativa le parti possono proporre le azioni costitutive, dichiarative e di condanna idonee a soddisfare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio».

La prevalente giurisprudenza amministrativa sembra, da parte sua, aver definitivamente abbandonato il principio di tipicità delle azioni proponibili dinnanzi al giudice amministrativo poiché in contrasto con i

¹⁰⁹ M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, sul sito istituzionale della giustizia amministrativa, www.giustizia-amministrativa.it, 2010.

¹¹⁰ A. PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, pp. 1 e ss.

principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale previsti dall'art. 1 c.p.a. e dall'art. 24 Cost.¹¹¹

Il principio di atipicità delle azioni potrebbe considerarsi diritto vigente¹¹² anche alla luce di un processo di integrazione dell'ordinamento amministrativo europeo non solo sotto il profilo sostanziale ma anche sotto quello giurisdizionale¹¹³.

Invero, non può trascurarsi che tra i principi generali sanciti dal c.p.a. (art. 1) vi sia il rispetto dei principi della Costituzione e del diritto europeo, termine usato per indicare sia il diritto dell'Unione europea che quello della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali¹¹⁴.

Da ciò discende l'obbligo per il giudice nazionale di adottare delle soluzioni interpretative in grado di prevenire la violazione della normativa anzidetta¹¹⁵.

È già stato ricordato come la Corte europea, sin dal caso *Hornsby* del 1997, abbia riconosciuto che gli articoli 6 e 13 della CEDU comportano l'obbligo in capo agli Stati di prevedere necessariamente tutte le azioni che rendano il rimedio giustiziale effettivo e non illusorio.

¹¹¹ Cfr. di recente Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2012, n. 28 in *Foro amm. CdS*, 2012, pp. 1806 e ss.

¹¹² Ricordando l'insegnamento secondo cui «il diritto positivo vigente [è] quello posto dalla giurisprudenza.» di M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, p. 536.

¹¹³ Così F. MERUSI, *Giurisdizione e amministrazione: ancora separazione dopo il codice sul processo amministrativo?* in www.giustamm.it, 2010, che osserva come «constatata la difficoltà di realizzare un'unione con strumenti costituzionali, e comunque constatata l'insoddisfaccente organizzazione costituzionale finora realizzata, la combinata azione della Commissione e della Corte di Giustizia ha inteso realizzare un unico ordinamento europeo partendo dal basso, dal diritto amministrativo [...] Come dire che verrà sovvertita la nota teoria secondo la quale nell'odierna organizzazione dello Stato il diritto amministrativo si sarebbe trasformato in diritto costituzionale concretizzato. Nell'Unione europea avverrà, o meglio già avviene, il contrario: il diritto costituzionale dell'Unione deriverà, di necessità, dal diritto amministrativo concretizzato: le singole amministrazioni dei singoli Stati, ponendo in essere atti tipicizzati da principi e da direttive comunitarie, non potranno non scoprire di far parte della medesima organizzazione costituzionale: l'Unione europea, appunto».

¹¹⁴ Cfr. Relazione al Codice, sul sito istituzionale della giustizia amministrativa, www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹⁵ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 novembre 2005, caso *Cherginets c. Ucraina*, *Id.*, 20 dicembre 2005, caso *Trykhlid c. Ucraina*, entrambe sul sito istituzionale della Corte, www.echr.coe.int.

Analogamente la Corte di giustizia ha indicato l'effettività della tutela giurisdizionale quale principio generale del diritto comunitario.

È anche sulla base di tali coordinate che il giudice amministrativo ha allora potuto motivare il proprio convincimento favorevole alla tesi dell'atipicità delle azioni¹¹⁶.

4. Le persistenti differenze tra il sistema processuale amministrativo e il sistema processuale civile.

L'azione di annullamento ha storicamente dominato il processo amministrativo, differenziandone la struttura rispetto al giudizio civile, connotato da azioni costitutive, di accertamento e di condanna.

Il Codice rappresenta un'importante tappa del percorso legislativo e giurisprudenziale teso a modellare il processo amministrativo sulla base dei principi costituzionali di pienezza ed effettività della tutela, rispetto ai quali l'atipicità delle azioni appare il naturale corollario.

Conseguentemente, le differenze tra il processo civile e il processo amministrativo si sono assottigliate sotto diversi profili:

- a) l'oggetto del giudizio, che anche nel giudizio amministrativo concerne il rapporto e non più soltanto l'atto;
- b) i poteri istruttori del giudice, il quale può disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile (esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento);
- c) la tipologia di azioni proponibili, non meramente impugnatorie ma anche di accertamento e condanna.

Questo progressivo avvicinamento tra i due processi non elide, tuttavia, una fondamentale caratteristica del diritto amministrativo e della giurisdizione amministrativa: l'asimmetria nel rapporto giuridico tra Amministrazione e cittadino.

¹¹⁶ Cons. Stato, Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15, cit.

Il rapporto «amministrativo» è *sui generis* e non può risolversi in un rapporto paritetico di diritto-obbligo: la posizione del privato è di soggezione rispetto all'esercizio da parte della pubblica autorità dei poteri di cui è investita nel perseguimento degli interessi collettivi, di guisa che anche il sindacato del giudice non può che astringersi sulla legittimità formale (anche se, oggi, sempre più sostanziale) della funzione amministrativa.

Tali peculiarità sono destinate a permanere quale tratto di specialità del diritto amministrativo e di differenziazione tra il giudizio ordinario e il giudizio amministrativo, e ciò anche qualora quest'ultimo approdasse definitivamente ad un giudizio teso all'accertamento della pretesa sostanziale del privato.

Il diritto amministrativo sostanziale, diversamente dal diritto civile, non seleziona gli interessi e definisce le scelte da attuare, ma rimette alla pubblica amministrazione - nell'ambito dei confini delimitati dalle «norme di azione» - l'individuazione e la scelta dell'interesse che deve prevalere nel caso concreto.

«La correlazione tra diritto sostanziale e processo, nel diritto amministrativo, è perciò ben più difficile da delineare, come in tutti quei settori dell'ordinamento (non troppo diverso è il diritto societario) che si caratterizzano per la presenza di un potere che non è rivolto ad un risultato predeterminato, com'è per il potere di licenziamento, o di risolvere il contratto avvalendosi della clausola risolutiva espressa, ma è piuttosto, e soltanto, condizionato nel modo di esercizio. E dove perciò parlare di spettanza del bene della vita non è sufficiente, finché non si riesce a stabilire quando il bene della vita spetti; quando, cioè, la vicenda sia giunta ad un punto tale di maturazione da consentire che si imponga all'amministrazione di emettere il provvedimento positivo richiesto»¹¹⁷.

¹¹⁷ I. PAGNI, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., p. 336.

5. L'interesse legittimo quale categoria generale. Profili ricostruttivi.

Lo studio delle azioni del processo amministrativo e dell'azione di adempimento in particolare non può prescindere da una breve analisi dell'interesse legittimo, la cui definizione rappresenta sicuramente uno dei temi di indagine più attuali per il diritto amministrativo.

L'interesse legittimo, dopo il 1999, si è trasformato da strumento di reazione processuale finalizzato all'annullamento dell'atto amministrativo a situazione giuridica soggettiva che «rende pretendibile nei confronti del potere pubblico la conservazione o il conseguimento di utilità sostanziali e che guarda (soprattutto) al processo come alla sede idonea per soddisfare quelle pretese»¹¹⁸.

La nozione di interesse legittimo sta riaccendendo l'attenzione della dottrina amministrativistica e costituzionale.

Un recente contributo dottrinale¹¹⁹, infatti, evidenzia come nella nozione di interesse legittimo sia insito il “bilanciamento” tra interessi, tutti astrattamente meritevoli di tutela dall'ordinamento giuridico, se isolatamente valutati.

L'esito di tale giudizio di “bilanciamento” comporta inevitabilmente un parziale o (in rari casi) totale sacrificio di uno degli interessi valutati con correlativo soddisfacimento (pieno o parziale) dell'interesse contrapposto. La comparazione può sussistere tra interesse pubblico e privato (nel diritto amministrativo), tra contrapposti interessi privati (nel diritto civile), tra i principi fondamentali dell'ordinamento (nel diritto costituzionale) ma con esiti diversi.

¹¹⁸ F. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 503 e ss., § 5.

¹¹⁹ F. M. NICOSIA, *L'interesse legittimo come pretesa a una quota del bene comune in regime di scarsità*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2012, 2, pp. 427 e ss. che lucidamente sottolinea come l'interesse legittimo descriva la condizione normale del vivere associato che aspira ad un'*utilitas* il cui soddisfacimento non può essere assicurato a causa della scarsità dei beni, sicché la loro distribuzione è soggetta ad una serie ininterrotta di procedure di aggiudicazione in ogni delle quali vi sono soggetti sempre più sacrificati che soddisfatti.

Infatti, come sottolineato da Vittorio Emanuele Orlando nel 1882, se per il diritto comune la distinzione tra diritti soggettivi e meri interessi si risolve nell'assenza di tutela in capo a quest'ultimi, analoga conclusione non può essere dettata per il diritto pubblico ove s'impone che il conflitto tra privato e pubblici poteri sia regolato in modo da accordare in ogni caso protezione agli interessi privati sacrificati nell'interesse collettivo¹²⁰.

Emerge all'evidenza che il nucleo essenziale dell'interesse legittimo descriva una dinamica comune a tutti i sistemi pubblicistici occidentali.

Tutti gli ordinamenti europei, infatti, pur non ricorrendo alla nozione di interesse legittimo, hanno creato dei settori speciali per la regolamentazione dei rapporti involgenti situazioni pubblicistiche¹²¹.

Ed è su tale premessa che ordinamenti giuridici molto differenti tra loro possono dialogare in ordine agli strumenti di tutela concessi al privato portatore di un interesse particolare nei confronti dei pubblici poteri.

Come evidenziato nei paragrafi precedenti, l'effettività della tutela impone che la disciplina dell'azione processuale sia modellata sulla base dell'interesse materiale che costituisce il substrato della situazione giuridica sostanziale fatta valere in giudizio.

Sotto tale profilo la tutela dell'interesse legittimo "pretensivo" si differenzia indubbiamente da quella dell'interesse legittimo oppositivo in ragione del diverso interesse materiale loro sotteso¹²².

Interesse materiale che - come si tenterà di dimostrare nei capitoli successivi - nell'interesse legittimo pretensivo può trovare adeguata soddisfazione attraverso l'azione di adempimento pubblicistico.

¹²⁰ V.E. ORLANDO, *Principi del diritto amministrativo*, G. Barbera, Firenze, 1892, *passim*.

¹²¹ Esaustivo sul punto è il contributo di M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile* in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 46 e ss. La trattativa convinzione che gli interessi legittimi - nella concezione sopradescritta - siano estranei al diritto *common law* non appare rispondente alle effettive dinamiche del rapporto tra pubblici poteri e le libertà individuali.

¹²² E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Solfanelli Editore, Chieti, 2003, pp. 64-65.

5.1. L'interesse legittimo oppositivo.

L'essenza dell'interesse legittimo oppositivo risiede nell'interesse materiale del privato a conservare e mantenere un'*utilitas* già assicurata da una situazione sostanziale preesistente nella propria sfera giuridica.

L'interesse materiale alla conservazione dello *status quo* si contrappone all'azione autoritativa della P.A. la quale, nella cura dell'interesse pubblico, può aver la necessità di modificare e/o estinguere tale *utilitas* preesistente nella sfera giuridica del privato (a nulla rilevando, peraltro, che l'esercizio dell'azione amministrativa avvenga da parte della P.A. *motu proprio* o su istanza di un privato).

Il potere amministrativo di incidere unilateralmente sulle situazioni di vantaggio del privato - è chiaro - non può esser esercitato arbitrariamente. Occorre che siano sempre osservate due tipologie di norme: le c.d. norme di contenuto degli atti¹²³, sulla base delle quali s'individuano l'interesse pubblico primario perseguito dalla P.A., i principi da seguire nell'esercizio del potere, le priorità da considerare e gli interessi privati da sacrificare; le c.d. norme strumentali, le quali non disciplinano il conflitto d'interessi tra la P.A. e il privato, ma esclusivamente l'*iter* procedimentale da seguire per lo svolgimento della funzione amministrativa.

Il titolare dell'interesse oppositivo coinvolto nel procedimento amministrativo può, da parte sua, «esporre gli elementi che, nel caso concreto, inducano a fissare una regolamentazione degli interessi che non tocchi la posizione di vantaggio già acquisita» e, a tal fine, «sollecita[re] e segnala[re] l'applicazione delle regole (sostanziali) che la P.A. deve seguire nel fissare il contenuto dell'atto da emanare; regole che nel caso concreto, non consentono il sacrificio dell'interesse»¹²⁴.

¹²³ E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, op. cit., p. 72.

¹²⁴ E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, op. cit., p. 73.

L'interesse materiale sotteso all'interesse legittimo oppositivo può essere adeguatamente tutelato - alla stregua di principi di pienezza ed effettività - da un sistema di azioni che garantisca un triplice effetto, e, segnatamente,

- a) assicuri l'eliminazione *ex tunc* degli effetti giuridici prodotti dal provvedimento amministrativo illegittimo;
- b) consenta di rimuovere e ripristinare lo *status quo ante* della realtà materiale, eventualmente modificata in ragione dell'esecuzione del provvedimento amministrativo eliminato;
- c) permetta di riparare, anche per equivalente monetario, l'eventuale danno patrimoniale e non patrimoniale *medio tempore* subito dal titolare.

Il nostro ordinamento giuridico ha da sempre assicurato la piena tutela delle superiori esigenze, assicurando con l'azione di annullamento dinnanzi al giudice amministrativo l'eliminazione retroattiva degli effetti giuridici dell'atto illegittimo e con l'azione civilistica la *restitutio in integrum* e il risarcimento dei danni patiti.

La “doppia tutela” dell'interesse legittimo oppositivo, pur essendo piena, si è tuttavia rivelata poco efficiente ed efficace (e pertanto non effettiva), costringendo il privato ad instaurare due giudizi in successione, con evidente lesione dei principi di concentrazione e ragionevole durata del processo.

Il problema è stato superato con l'attribuzione al giudice amministrativo - a partire dal periodo 1998-2000 - del potere di risarcire, sia per equivalente sia in forma specifica¹²⁵, il danno conseguente alla lesione degli interessi legittimi.

5.2. L'interesse legittimo pretensivo.

¹²⁵ Applicabile - secondo la giurisprudenza prevalente del giudice amministrativo (*cf. infra* Cap. II) - solo agli interessi legittimi oppositivi.

A differenza che nel caso di interessi legittimi oppositivi, negli interessi legittimi pretensivi il privato non ha ancora un'*utilitas* nella propria sfera patrimoniale ed individuale, ma aspira ad ottenerla attraverso il rilascio di un provvedimento amministrativo¹²⁶.

Così, mentre l'interesse materiale sotteso all'interesse oppositivo si appaga dell'inerzia o della decisione di non provvedere della P.A., quello oggetto dell'interesse pretensivo necessita per la sua realizzazione dell'attività amministrativa.

È bene sottolineare che né l'interesse oppositivo né l'interesse pretensivo possono autosoddisfarsi poiché la regolamentazione degli interessi, pubblici e privati, è sempre rimessa ad un soggetto terzo (la P.A.); è soltanto rispetto agli interessi legittimi pretensivi che, tuttavia, vi è l'assoluta necessità di ottenere uno specifico provvedimento di contenuto positivo della P.A.¹²⁷

Tale peculiarità dell'interesse legittimo pretensivo lo differenzia dall'interesse oppositivo in ordine agli strumenti processuali idonei e necessari a garantirne la protezione.

In particolare, la tutela demolitoria si rivela insufficiente a soddisfare l'interesse pretensivo fatto valere in giudizio. La sentenza di annullamento, incidendo in senso eliminatorio e ripristinatorio sugli effetti giuridici dell'atto impugnato, non può attribuire l'utilità richiesta.

Il nostro processo amministrativo - tradizionalmente incentrato sull'azione di annullamento¹²⁸ - si è allora appalesato inadeguato alla tutela degli

¹²⁶ Un recente contributo ritiene che l'interesse legittimo pretensivo possa configurarsi strutturalmente come un diritto di credito del privato nei confronti della P.A. ad una prestazione non totalmente determinata, *cfr.* C. CONSOLO, *Piccolo discorso sul riparto di giurisdizione. Il dialogo fra le Corti e le esigenze dei tempi*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 657.

¹²⁷ E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, *op. cit.*, p. 108.

¹²⁸ Tale centralità deriva dal fatto che, com'è noto, il processo amministrativo è stato creato per tutelare gli interessi legittimi oppositivi che precedentemente all'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato e della l. 5992/1889 non avevano trovata adeguata tutela dinanzi al giudice ordinario e ciò perché quest'ultimo ritenne di equiparare l'atto amministrativo illegittimo a quello legittimo limitando così la sua cognizione ai sensi dell'art. 4 e 5 della legge abolitrice del contenzioso. Sulle possibili alternative della ricostruzione dei poteri del giudice ordinario in grado di garantire, anche in mancanza di un potere di annullare, modificare e/o revocare i provvedimenti amministrativi *cfr.* M.S. GIANNINI, *Discorso Generale sulla giustizia*

interessi legittimi pretensivi, la cui realizzazione si collega alla possibilità di incidere sull'attività amministrativa successiva all'annullamento del provvedimento di diniego o alla dichiarazione di illegittimità dell'inerzia serbata.

D'altra parte la tutela di carattere demolitorio era stata logico corollario della centralità degli interessi legittimi oppositivi rispetto ad una forma di Stato liberale in cui l'intervento pubblico era eccezionale ed autoritario. È soltanto con l'ampliamento dell'area d'intervento pubblico e l'affermarsi dello Stato sociale che accresce il rilievo nel tessuto economico-sociale degli interessi legittimi pretensivi ed emerge la correlativa necessità di poteri giurisdizionali che ne garantiscono un'adeguata protezione.

Emblematica è la vicenda del diritto di proprietà nel rapporto con i pubblici poteri.

Per lo "Stato liberale" obiettivo primario era sottrarre il proprietario da qualsiasi ingerenza esterna (pubblica o privata), quale risultato della visione individualistica della borghesia e dell'interesse allo sfruttamento e alla circolazione della ricchezza (soprattutto fondiaria).

Conseguenza era l'attenzione al nucleo oppositivo del diritto di proprietà, per la cui tutela si rivelava sufficiente l'annullamento del provvedimento amministrativo che stabiliva un determinato vincolo (in concreto, l'annullamento del decreto di esproprio).

Dagli inizi del Novecento questa prospettiva muta, emergendo progressivamente l'utopia di un dominio incontrastato del privato in materia di proprietà.

amministrativa, op. cit., pp. 536 e ss., E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1964 e L. MAZZAROLLI, *Il Consiglio di Stato come giudice di diritti soggettivi*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 239 che lucidamente osserva: «una norma che dispone la devoluzione alla giurisdizione ordinaria di tutte le cause "nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico ... ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'Autorità amministrativa", ha finito per esser letta da molti come se al posto di "ancorché" (cioè una congiunzione con valore concessivo), fosse stato scritto "salvo che" (cioè un'espressione condizionale e restrittiva); con valenza, quindi, praticamente di segno opposto».

Così l'art. 42 Cost. dispone che il diritto di proprietà possa essere limitato allo scopo di garantirne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti; l'art. 832 c.c. richiama i limiti e gli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico al diritto del proprietario. Ed ancora, la legge urbanistica fondamentale del 17 agosto 1942, n. 1150 e la successiva legge 6 agosto 1967, n. 765, c.d. legge Ponte, stabili, per la prima volta, un limite alla facoltà edificatoria attraverso l'introduzione della c.d. licenza edilizia, oggi, permesso a costruire¹²⁹.

La Corte costituzionale, con la sentenza 25 gennaio 1980, n. 5¹³⁰, ha evidenziato come - seppur il sistema normativo attuato per disciplinare l'edificabilità dei suoli demandi alla pubblica autorità ogni determinazione sul se, sul come e anche sul quando della edificazione - lo *ius aedificandi* inerisca al diritto di proprietà, sicché la concessione a edificare (cui la l. 28 gennaio 1977, n. 10 sostituì la vecchia licenza edilizia) non è attributiva di diritti nuovi ma presuppone facoltà preesistenti.

Lo scopo di tale provvedimento è quello di accertare la ricorrenza delle condizioni previste dall'ordinamento per l'esercizio del diritto, nei limiti in cui il sistema normativo ne riconosce e tutela la sussistenza.

Ma se l'esercizio di facoltà inerenti il diritto di proprietà presuppone il rispetto delle condizioni di legge e, in particolare per lo *ius aedificandi* il rispetto della vocazione urbanistica del fondo interessato (cd. proprietà conformata), emerge allora la centralità l'interesse legittimo pretensivo del proprietario ad ottenere il provvedimento (concessione, autorizzazione, ecc.) che riconosca quelle utilità.

La rilevanza di tali situazioni giuridiche - anche in assenza dell'azione di adempimento pubblicistica - costituiva la ragione giustificativa dell'orientamento giurisprudenziale che esalta gli effetti conformativi della sentenza di annullamento unitamente al giudizio di ottemperanza

¹²⁹ Art. 10, D.p.r. 6 giugno 2001, n. 380.

¹³⁰ Corte cost., 25 gennaio 1980, n. 5 in *Giur. it.*, I, 1, pp. 208 e ss.

(istituto assolutamente peculiare nel panorama giuridico europeo) al fine di indurre le pubbliche amministrazioni ad eseguire le sentenze amministrative e le sentenze del giudice ordinario passate in giudicato.

5.3. L'effetto conformativo e il giudizio di ottemperanza e la loro insufficienza a tutela l'interesse legittimo pretensivo. La necessità dell'azione di condanna della P.A. all'adozione di un provvedimento amministrativo.

L'effetto conformativo è il frutto della particolare funzione che la giurisprudenza amministrativa e la dottrina hanno attribuito alla motivazione della sentenza amministrativa, così differenziandola da quella dei provvedimenti giurisdizionali civili e penali.

Con la motivazione della sentenza amministrativa non si dispiega solamente l'*iter* logico-giuridico seguito dall'organo giudicante ma si stabiliscono le regole del rapporto cui la P.A. deve attenersi per non incorrere nel vizio di violazione ed elusione del giudicato¹³¹.

Tale contenuto della sentenza di annullamento ha storicamente rappresentato l'unico modo di tendenziale soddisfazione dell'interesse legittimo pretensivo¹³².

L'importanza dell'effetto conformativo è stata efficacemente colta da E. Follieri, il quale sottolinea che le sentenze costitutive di annullamento possono così tendere a definire l'assetto degli interessi soddisfattivo della situazione giuridica soggettiva pretensiva, e giungere - nelle forme più stringenti - fino alla possibilità di indicare lo specifico provvedimento amministrativo che la P.A. deve adottare¹³³.

¹³¹ F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 696.

¹³² E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interesse legittimo*, op. cit., 141.

¹³³ Richiama tale insegnamento anche la giurisprudenza amministrativa che evidenzia come «Quanto più la sentenza è in grado di convertire l'insieme di circostanze relative all'esercizio in concreto di un dato potere in un vincolo per l'Autorità, tanto più l'azione amministrativa successiva alla sentenza rappresenta non la manifestazione di un potere proprio quanto la sua mera esecuzione» (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, in *Foro amm. TAR*, 2011, pp. 1852 e ss.).

Con ciò la stessa azione di annullamento si presenterebbe più come un'azione mista in parte costitutiva di annullamento e in parte propositiva, incidendo il suo esercizio non soltanto sulla sorte dell'atto impugnato ma anche sul futuro svolgimento dell'azione amministrativa¹³⁴.

Nel nostro ordinamento l'effetto conformativo della sentenza amministrativa assume una particolare valenza poiché si riconosce al giudice il potere di sostituirsi alla P.A. rimasta inadempiente al *dictum iudicis*, adottando - direttamente o per mezzo di un commissario *ad acta* - gli atti amministrativi necessari a garantirne l'osservanza¹³⁵.

Tale profilo di originalità è il risultato dell'attrazione nell'alveo della giurisdizione di un potere di norma riservato alla P.A.¹³⁶: il potere di modificare e revocare l'atto amministrativo.

L'art. 4, comma 4° della l. 31 marzo 1889, n. 5992 - poi confluito nell'art. 23, comma 5 r.d. 17 agosto 1907, n. 638 e, infine, nell'art. 27, comma 4/A r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 - prevedeva il potere della Quarta sezione del Consiglio di Stato di pronunciare anche nel merito dei "ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei Tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico".

Inizialmente, il potere di incidere - attraverso il giudizio di ottemperanza - direttamente sull'atto amministrativo fu collegato alla natura di organo giustiziale e non giurisdizionale del Consiglio di Stato¹³⁷.

¹³⁴ E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili. Le azioni costitutive* op. cit., p. 186.

¹³⁵ Così M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo* in *Dir. proc. amm.*, 1998, 523 e ss.

¹³⁶ Ed invero, nell'ordinamento francese e tedesco il giudice amministrativo è munito solo di strumenti di coercizione indiretta (*astreintes* e sanzioni pecuniarie) per indurre l'amministrazione inadempiente a conformarsi al *dictum iudicis*.

¹³⁷ Appare in questa sede sufficiente richiamare il progetto della l. 5992/1889 in cui veniva chiaramente detto che l'istituenda IV Sezione del Consiglio di Stato «non è un tribunale giudiziario o speciale, ma parte de potere esecutivo».

V.E. Orlando sostenne la natura non giurisdizionale della IV Sezione evidenziando che il potere d'annullamento del Consiglio di Stato fosse perfettamente aderente alla lettera dell'art. 4 della l. 2248/1865 all. E) secondo cui "l'atto amministrativo non può essere revocato se non sovra ricorso alle competenti Autorità amministrative" quindi un potere che il nostro ordinamento già aveva ricondotto all'Amministrazione stessa.

La riforma del 1907¹³⁸ - con la quale venne istituita la Quinta sezione del Consiglio di Stato ed affermata la natura giurisdizionale di tale organo chiari, invece, che i poteri di annullamento, di modifica e revoca dell'atto amministrativo attribuiti al Supremo Consesso in forza della l. 5992/1889 erano propri non del potere esecutivo ma di quello giudiziario.

L'eccezionalità del giudizio di ottemperanza - quale ipotesi tipica di giurisdizione di merito afferente l'esecuzione delle sentenze del giudice ordinario - supportò le tesi di quella parte della dottrina che criticò l'indirizzo giurisprudenziale¹³⁹ favorevole ad estendere il giudizio di ottemperanza anche alle sentenze del giudice amministrativo¹⁴⁰.

L'art. 37 della l. 6 dicembre 1971 n. 1034 risolse il contrasto, ammettendo espressamente l'esperibilità del ricorso per l'ottemperanza del giudicato dell'autorità giudiziaria amministrativa rimasto inadempito.

Detto assetto ha configurato il giudizio di ottemperanza - fino all'introduzione dell'azione di adempimento (prima in via pretoria e poi dal legislatore) - come unico rimedio giurisdizionale in grado di consegnare al privato l'utilità o il bene della vita che il giudice della cognizione gli avesse riconosciuto in sede di cognizione¹⁴¹ e non avesse potuto integralmente soddisfare con l'effetto caducatorio della sentenza di annullamento.

Il giudizio di ottemperanza, quindi, si è affermato come elemento indefettibile della tutela giurisdizionale.

Inoltre, in un sistema ancora fortemente imperniato sulla rigida separazione dei poteri statuali cui si ispirava la legge abolitrice del contenzioso, i poteri dell'ottemperanza erano riconducibili più ad un organo amministrativo stante l'esecuzione in via amministrativa delle decisioni del Consiglio di Stato. Cfr. V.E. ORLANDO, *Il primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Giuffrè, Milano 1897-1914, III, pp. 777-780.

¹³⁸ La l. 7 marzo 1907, n. 62, all'art. 1 affermava in modo preciso la natura giurisdizionale della Quarta e Quinta sezione del Consiglio di Stato attribuendo alla prima la giurisdizione di legittimità e alla seconda la giurisdizione di merito.

¹³⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 maggio 1937, n. 616, in *Foro amm.*, 1937, I, 2, 230 e Cons. Stato, Sez. V, 22 aprile 1947, n. 155, in *Foro amm.*, 1947, I, 2 165.

¹⁴⁰ Cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, op. cit., p. 225-226, secondo cui secondo cui tale estensione analogica non è rispondente al sistema di giustizia amministrativa vigente ed ai suoi principi generali.

¹⁴¹ Cons. Stato, Sez. V, 6 maggio 2013, n. 2418, in *Foro amm. CdS*, 2013, p. 1367 (s.m.).

Il giudice delle leggi ha avuto modo di sottolineare che, «in base al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, deve ritenersi connotato intrinseco della stessa funzione giurisdizionale, nonché dell'imprescindibile esigenza di credibilità collegata al suo esercizio, il potere di imporre, anche coattivamente in caso necessità, il rispetto della statuizione contenuta nella pronuncia e, quindi, in definitiva, il rispetto della legge stessa. Una decisione di giustizia, con l'impossibilità di operare distinzioni di sorta tra funzioni giurisdizionali di natura diversa (ordinaria, amministrativa, di legittimità di merito, esclusiva), che non possa essere portata ad effettiva esecuzione (eccettuati i casi di impossibilità dell'esecuzione in forma specifica) non sarebbe che un'inutile enunciazione di principi, con conseguente violazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione, i quali garantiscono il soddisfacimento effettivo dei diritti e degli interessi accertati in giudizio nei confronti di qualsiasi soggetto; e quindi, anche nei confronti di qualsiasi atto della pubblica autorità, pur se adottato da un organo di rilievo costituzionale. In questi termini la previsione di una fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, in quanto connotato intrinseco ed essenziale della stessa funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessaria»¹⁴². L'effetto conformativo - unitamente al giudizio di ottemperanza - avrebbe potuto allora rappresentare (e in parte ha rappresentato) un'efficace alternativa all'azione di adempimento¹⁴³.

Senonché l'effetto conformativo delle sentenze di annullamento ha mostrato delle evidenti criticità al fine dell'effettività della tutela; in particolare:

a) l'ampia discrezionalità del giudice nell'esercizio dei poteri conformativi in punto di motivazione della sentenza, sicché l'effetto conformativo

¹⁴² Corte cost., 8 settembre 1995, n. 419 in *Giur. it.*, 1997, I, p. 103 e ss.

¹⁴³ Per un'ampia panoramica sull'effetto conformativo delle sentenze amministrative *cf.* M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Cedam, Padova, 1989.

potrebbe non essere così stringente da imporre all'amministrazione di agire per la soddisfazione dell'interesse del ricorrente al bene della vita;

b) la necessaria interpretazione di tale effetto conformativo, il quale assume solo sporadicamente i termini precisi del comando diversamente dal dispositivo di condanna;

c) la obbligata proposizione del giudizio di ottemperanza, solamente all'esito del quale l'effetto conformativo potrà assumere la formula del comando espresso alla P.A.¹⁴⁴;

d) l'incidenza dello *ius superveniens* poiché - come più volte evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa - solo le sentenze passate in giudicato in grado di definire compiutamente il rapporto possono prevalere sullo *ius superveniens*. Di contro, l'inidoneità di alcune azioni a formare un giudicato immutabile che individui compiutamente il rapporto controverso consente alla normativa successiva di incidere nuovamente sul rapporto poiché si realizza una normale successione cronologica di regole di disciplina del potere pubblico¹⁴⁵.

Non può sfuggire, tuttavia, che il codice del processo amministrativo - anche antecedentemente al secondo correttivo - abbia attenuato la discrezionalità del giudice nell'esercizio dei poteri conformativi.

In particolare, l'art. 34, comma 1°, lett. c) c.p.a. stabilisce l'obbligo per il giudice di disporre - unitamente alla condanna al pagamento di una somma di denaro - l'adozione di tutte le misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, con la conseguente possibilità di dettare le modalità di riesercizio del potere o, addirittura, di statuire in via satisfattiva sulla spettanza del bene della vita anelato; ma per fare ciò è necessario motivare sull'effetto conformativo e ripristinatorio della propria decisione.

¹⁴⁴ Limiti delineati da E. FOLLIERI, *Le azioni costitutive*, op. cit., p. 187.

¹⁴⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569 in *Foro amm. CdS*, 2012, pp. 3297 e ss.

Il Codice, inoltre, nella stesura della Commissione presso il Consiglio di Stato, aveva previsto che il giudice amministrativo, nel pronunciare la sentenza di accoglimento, avrebbe dovuto «comunque esaminare tutti i motivi, ad eccezione di quelli dal cui esame non possa con evidenza derivare alcuna utilità al ricorrente» (art. 45, comma 3°). Ciò al fine di evitare l'assorbimento dei motivi, poiché soltanto l'esame dell'insieme dei vizi dedotti può consentire un'analisi completa della fattispecie e del rapporto e la pronuncia di un provvedimento giurisdizionale in grado di ridurre - con i suoi effetti conformativi - i margini dell'azione amministrativa in sede di ottemperanza alla sentenza¹⁴⁶.

Gli indici normativi fin qui esposti mostrano una fondamentale esigenza avvertita dal legislatore: concentrare le forme di tutela quale logico corollario del principio di effettività della tutela (*cf.* art. 7, comma 7° c.p.a.)¹⁴⁷.

Detta necessità pare pienamente soddisfatta solo dalla previsione dell'azione di adempimento e dell'azione di accertamento la cui esperibilità - per tali ragioni - era già stata ammessa dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato prima della specifica previsione legislativa della sola azione di adempimento.

Le criticità sopra evidenziate non consentono, infatti, di ritenere l'effetto conformativo un valido equipollente dell'azione di adempimento.

Ciò non esclude, tuttavia, che si tratti di uno strumento egualmente importante ai fini dell'effettività della tutela giurisdizionale; non a caso, anche negli ordinamenti in cui è prevista l'azione di adempimento quest'ultima coesiste con l'effetto conformativo delle sentenze amministrative¹⁴⁸

¹⁴⁶ E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, *Premesse*, op. cit., p. 188.

¹⁴⁷ La più attenta dottrina rileva che, seppur la disposizione contenuta all'art. 7 del c.p.a. sembra concepita per delineare una regola in tema di riparto giurisdizione, la stessa disposizione appare estensibile anche all'interno della giurisdizione amministrativa (*cf.* M. LIPARI, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, op. cit., § 12).

¹⁴⁸ Così R. SCHRÖDER, *L'azione di adempimento §§ 42 comma 1 113 comma 5 del codice di procedura amministrativa tedesco federale (VwGO)*, in www.osservatorioappalti.unitn.it.

CAPITOLO II

L'AZIONE DI ADEMPIMENTO PUBBLICISTICA E L'AZIONE DI ACCERTAMENTO. PROFILI RICOSTRUTTIVI.

1. Nozione, qualificazione dell'azione di adempimento pubblicistica. Premessa.

Con la locuzione “azione di adempimento pubblicistica” la dottrina designa l'azione che consente al giudice amministrativo di condannare la pubblica amministrazione all'emanazione di un atto amministrativo sia nel caso di rifiuto espresso o implicito (per *facta concludentia*), sia in caso di assoluta inerzia della P.A., nonché nell'ipotesi di provvedimento diverso da quello dovuto, sempre che il ricorrente vanti una pretesa giuridicamente qualificata al provvedimento¹.

L'importanza di tale azione è stata evidenziata dalla dottrina amministrativa tedesca, la quale non ha esitato a definirla come l'azione che assicura la piena e completa tutela del cittadino nei confronti di un dominante².

Qualsiasi studio sull'azione di adempimento pubblicistica non può però trascurare il diritto civile, ambito nel quale essa ha avuto la sua genesi ed è stata oggetto di un'ampia elaborazione giurisprudenziale e, soprattutto, dottrina.

D'altronde, deve registrarsi la tendenza del legislatore, dal 1998 in poi, ad innestare nel processo amministrativo numerosi istituti civilistici tra i quali possiamo annoverare il risarcimento del danno - anche attraverso la

¹ M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 565, e altresì F. LA VALLE, *Azione d'impugnazione e azione d'adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, in *Jus*, 1965, p. 157-159, in cui l'espressione “azione di adempimento” compare per la prima volta.

² La definizione è attribuita a Otto Bachof in R. SCHRÖDER, *L'azione di adempimento §§ 42 comma 1 113 comma 5 del codice di procedura amministrativa tedesco federale (VwGO)* in www.osservatorioappalti.unitn.it.

reintegrazione in forma specifica - e, per l'appunto, l'azione di adempimento.

L'auspicato processo di avvicinamento del giudizio amministrativo al processo civile non coinvolge solamente la tematica dell'ampliamento degli strumenti di tutela delle situazioni giuridiche soggettive del privato, ma ripropone alcune delle problematiche non ancora del tutto risolte nel diritto civile. È sufficiente pensare che l'azione di esatto adempimento nel diritto civile non è espressamente prevista dal codice né puntualmente disciplinata, ma rappresenta il frutto di un articolato dibattito della dottrina. Lo studioso che intendesse ricavare delle "certezze" dal diritto civile per trasferirle nel diritto amministrativo e trovare così facili soluzioni ai problemi di tale settore del diritto ne resterebbe, allora, indubbiamente deluso.

Mutuare direttamente nel processo amministrativo istituti prettamente civilistici, senza studiarne l'origine e la struttura in tale contesto, può inoltre rappresentare un errore metodologico poiché si rischia di fraintenderne la funzione anche in relazione alle peculiarità del giudizio amministrativo, avente ad oggetto l'esercizio del potere amministrativo.

Ne consegue che lo studio dell'azione di adempimento pubblicistica impone una breve riflessione sul parallelo istituto civilistico.

Lo studio comparato degli istituti civilistici e dei principi sottesi consentirà, inoltre, di comprendere le ragioni - storiche e metodologiche - di alcune scelte operate dagli ordinamenti.

Non può negarsi, infatti, che l'azione di adempimento pubblicistica prevista ai §§ 42 e 113 del *Verwaltungsgerichtsordnung* diverga da quella contemplata nel nostro codice amministrativo poiché ispirate a due modelli diversi: la prima è il frutto di un'esperienza, come quella tedesca, incentrata sul principio - consacrato al § 241 BGB - della soddisfazione in natura dell'interesse creditorio; la seconda si inserisce in un sistema in cui

- sotto l'influsso del *Code Napoleon* - permane la primazia del risarcimento del danno per equivalente monetario³.

Non può dimenticarsi, inoltre, come gli istituti non siano applicabili in modo isolato e settoriale poiché costituiscono l'epifenomeno di un più ampio sistema. In particolare, l'introduzione dell'azione di adempimento nel processo amministrativo porta con sé una forte argomentazione per ripensare alla natura della responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi e sussumerla nell'alveo della responsabilità contrattuale da "contatto qualificato"⁴.

2. Fondamento, natura e presupposti dell'azione di adempimento in natura nel diritto civile.

Nel diritto civile l'azione di adempimento "in natura"⁵ si configura quale rimedio⁶ concesso al creditore per ottenere dal debitore la prestazione pattuita (e non adempiuta) o l'eliminazione della sua inesattezza ovvero la sostituzione della prestazione (adempiuta) con altra conforme all'oggetto del negozio⁷.

Tale azione è volta, pertanto, ad assicurare al creditore la piena ed integrale soddisfazione della pretesa giuridica di cui è titolare⁸. Essa prescinde da qualsiasi riferimento al danno e alla colpevolezza⁹, poiché ciò che rileva è

³ A. DI MAJO, *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi* in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 6.

⁴ S. BACCARINI, "Scelta" delle azioni e valutazione della necessità dell'annullamento per la tutela del ricorrente in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 1260 e ss., § 6.

⁵ Con tale espressione, che non trova riscontro testuale nel nostro codice, la dottrina suole indicare gli strumenti giuridici, differenti dal risarcimento del danno, la cui funzione e/o risultato siano tesi a garantire all'avente diritto il conseguimento del bene della vita oggetto specifico dell'obbligazione. (cfr. A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 125).

⁶ Sulla nozione di rimedio cfr. S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, pp. 585 e ss.

⁷ A. LUMINOSO, sub art. 1453 C.C., in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento, I, 1 (art. 1453-1454)*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Zanichelli, Bologna-Roma, 1990, p. 33.

⁸ F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Jovene, Napoli, 2011, p. 31.

⁹ A. DI MAJO, *L'adempimento "in natura" quale rimedio (in margine a un libro recente)*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, par. 3. Di contro, C.M. BIANCA, *Diritto Civile, 5, La responsabilità*, Giuffrè,

l'esistenza del dovere e l'interesse qualificato di un soggetto alla sua osservanza¹⁰.

Non a caso nel codice tedesco (al par. 241 BGB) si afferma che il creditore - in virtù del rapporto obbligatorio - è autorizzato «a pretendere la prestazione dal debitore», senza aggiungere ulteriori condizioni e, in particolare, senza richiedere un'indagine sull'imputabilità dell'inadempimento.

Emerge in tale contesto l'importanza della nozione di “pretesa” - a lungo trascurata dalla letteratura giuridica - di cui, solo di recente, la dottrina ha tentato una concettualizzazione, identificandola come aspettativa legalmente tutelata del creditore di ottenere il bene e l'utilità dovuti per mezzo di un'attività funzionale del debitore¹¹.

Attesa la funzione dell'azione di adempimento, la dottrina maggioritaria¹² ne subordina l'esercizio alla ricorrenza di quattro presupposti: l'inadempimento, la possibilità della prestazione, l'interesse del creditore a ricevere la prestazione nonostante l'iniziale inadempimento e la definitività di quest'ultimo.

L'inadempimento è la mancata o inesatta esecuzione della prestazione dovuta¹³; non è richiesta la sua imputabilità al debitore poiché l'azione di adempimento precede e si distingue dal rimedio risarcitorio.

La possibilità della prestazione consiste nella sua persistente eseguibilità sul piano materiale e giuridico.

Milano, 1994, p. 240 secondo cui l'azione di adempimento presuppone la responsabilità del debitore.

¹⁰ A. TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2001, p. 8.

¹¹ F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, op. cit., pp. 15 e ss.

¹² M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, *Corso di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 20-26; L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, p. 1095, il quale precisa che la domanda di adempimento fa valere l'inadempimento nella forma del ritardo; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 279-280; A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, op. cit., p. 14; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1991 cit., 66-67, 628-629; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, op. cit., p. 239, il quale - come già ricordato - affianca all'inadempimento il connotato dell'imputabilità.

¹³ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, op. cit., p. 1.

L'art. 1455 c.c. - escludendo la risoluzione del contratto - presume la sussistenza dell'interesse del creditore alla prestazione dovuta ma non eseguita qualora l'inadempimento sia di scarsa importanza. Si discute, peraltro, se l'importanza dell'inadempimento debba essere interpretata in chiave oggettiva o soggettiva: nella prima accezione, l'attenzione deve rivolgersi esclusivamente alle prestazioni dedotte in contratto e all'alterazione del sinallagma per il mancato adempimento di una di esse; nella seconda prospettiva, deve accertarsi la misura in cui l'inadempimento di una delle prestazioni dedotte incida sulla volontà delle parti di mantenere il vincolo giuridico.

Particolarmente complessa è l'analisi del presupposto della definitività dell'inadempimento, il quale di recente si è ritenuto sussistere sia nell'ipotesi in cui si possa escludere la disponibilità del debitore all'ulteriore cooperazione¹⁴ (come nel caso di rifiuto espresso all'adempimento), sia nel caso in cui l'adempimento tardivo risulti obiettivamente inidoneo a soddisfare l'interesse creditorio (come nell'ipotesi di termine essenziale o di costituzione in mora del debitore).

Tanto premesso sotto il profilo definitorio, l'azione di adempimento in natura non trova una puntuale disciplina in sistemi giuridici (come il nostro) che - tributari ai principi vetero-liberali consacrati nel *Code Napoléon* - si ispirano al principio di primazia del risarcimento del danno per equivalente monetario quale strumento per garantire il soddisfacimento della pretesa ad un comportamento altrui, diversamente dall'esperienza tedesca incentrata sul principio di soddisfazione in natura dell'interesse creditorio¹⁵.

Nel nostro ordinamento l'affermata centralità dello strumento risarcitorio rispetto alla tutela "in natura" risulta, comunque, circoscritta ai diritti di credito poiché, di contro, per i diritti reali, il codice civile prevede

¹⁴ Così F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, op. cit., pp. 201 e ss.

¹⁵ A. DI MAJO, *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 6.

prioritariamente l'esperibilità di azioni recuperatorie del bene e solo in via residuale, la possibilità di conseguire il controvalore monetario del bene rivendicato (cfr. art. 934 c.c.).

Di recente – anche nel nostro ordinamento - i rimedi “in natura” hanno assunto rilevanza quale obiettivo generale di politica del diritto¹⁶ per i diritti di credito, la cui attuazione in natura rivela considerazione per il valore d'uso e non meramente di mercato della prestazione.

In altre parole, l'attenzione si concentra sulla serietà del vincolo giuridico, il cui adempimento - e non un equivalente monetario - soddisfa (almeno di regola) l'interesse creditorio.

Sotto tale spinta un recente contributo della dottrina si ritiene esperibile l'azione di adempimento “in natura” - il cui fondamento si rinviene nel combinato disposto degli artt. 1218 e 1453 c.c. - per ogni rapporto obbligatorio *lato sensu* contrattuale, anche se non nascente da contratto¹⁷. Ciò nella consapevolezza che il minimo comune denominatore di ogni azione di adempimento “in natura” sia la possibilità di configurare in capo al creditore una “pretesa” ad una determinata e specifica prestazione del debitore, al cui inadempimento si possa rimediare con la condanna all'adempimento (a prescindere dalla possibilità di esecuzione forzata dell'ordine giudiziale¹⁸).

¹⁶ Non a caso per Otto Mayer, la forma di ristoro per equivalente va considerata un rimedio degno più di uno “Stato di polizia” che di uno “Stato di diritto”, citato in M. CLARICH, *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamento giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.* 1985, pag. 68 nota 3.

¹⁷ Così F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, op. cit., pp. 159 e ss. contra A. DI MAJO, *La responsabilità civile*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 2 secondo cui «l'inadempimento sul terreno contrattuale trae seco altri effetti, che travalicano quelli segnati, in linea generale, dall'art. 1218 c.c. (risarcimento del danno). Esso riserva al contraente (non inadempiente) l'alternativa tra esigere l'adempimento invito debitore e lo sciogliersi dal contratto (risoluzione), ove l'inadempimento sia grave (artt. 1453, 1455 c.c.). Dacché il fondamento dell'azione per l'adempimento è il mero vincolo (inattuato) del contratto, a presupposto del rimedio vi sarà solo l'allegazione dell'obbligazione (rimasta) inadempita».

¹⁸ F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, op. cit. 2011, pp. 58-60.

2.1. Le differenze tra azione di adempimento di diritto civile e le azioni finalizzate alla tutela in forma specifica. In particolare, la reintegrazione in forma specifica.

Onde evitare confusioni, lo studio analitico dell'azione di adempimento "in natura" necessita preliminarmente la distinzione tra l'azione in oggetto così come sopra-delineata e le altre azioni finalizzate alla tutela in forma specifica, tra cui devono annoverarsi:

- le azioni risarcitorie o riparatorie, le quali hanno come presupposto un fatto dannoso e come obiettivo l'eliminazione delle conseguenze negative e pregiudizievoli del fatto stesso in applicazione al principio di responsabilità;
- le azioni restitutorie o ripristinatorie (si pensi ad esempio all'azione di rivendica del proprietario prevista dall'art. 948 c.c., all'azione inibitoria prevista dall'art. 844 c.c. o alla tutela possessoria), le quali hanno come presupposto una divergenza tra la situazione di diritto e la situazione di fatto rispetto ad un determinato bene;
- le azioni esecutive, le quali si caratterizzano per essere indirizzate a realizzare l'interesse creditorio riconosciuto in un ordinario processo di cognizione in assenza di spontanea cooperazione del debitore.

Tale classificazione - a ben vedere - non doveva essere chiara ai compilatori del codice civile, i quali mostrano soprattutto di confondere tra adempimento in natura e reintegrazione in forma specifica.

La Relazione di accompagnamento al n. 802 - in ordine all'art. 2058 c.c. - affermava che «al pari del creditore nelle obbligazioni ex contractu il danneggiato, in quelle per fatto illecito, ha diritto innanzitutto alla reintegrazione in forma specifica della situazione patrimoniale anteriore», così spingendo parte della dottrina a concludere che «se la Relazione al codice [...] ha potuto parlare con una sicurezza che lascia stupiti di contro alla nessuna menzione testuale, di risarcimento in forma specifica nella responsabilità contrattuale, l'alternativa ad una relazione mentitrice è che

per risarcimento in forma specifica si intenda proprio l'adempimento successivo all'inadempimento»¹⁹.

Emerge, di conseguenza, l'opportunità di chiarire le peculiarità dell'azione di adempimento in "natura" e delle azioni riparatorie, in particolare della reintegrazione in forma specifica.

Il legislatore ha previsto, quali modalità di riparazione del danno, quelle del risarcimento per equivalente e del risarcimento in forma specifica: il primo rimedia al danno inteso quale conseguenza patrimoniale negativa, il secondo «è un rimedio destinato ad ovviare al danno come alterazione del bene fisico»²⁰.

Diversamente dalla condanna all'adempimento "in natura", il risarcimento per equivalente mira alla monetizzazione del pregiudizio sofferto in conseguenza ad un inadempimento contrattuale o ad un fatto illecito, sostanziandosi nella corresponsione di una somma di denaro: nasce così un diritto di credito che si sostituisce alla pretesa irrealizzata.

Meno semplice appare la distinzione tra azione di adempimento in natura e risarcimento del danno in forma specifica.

Giova sottolineare che quest'ultima tecnica riparatoria fosse sconosciuta al diritto romano²¹, il quale collegava all'illecito aquiliano *naturaliter* la condanna al pagamento di una somma di denaro; e così rimase per il diritto intermedio, pur registrandosi delle autorevoli opinioni di segno contrario²².

Fu solamente con il giusnaturalismo che la reintegrazione in forma specifica assunse un'importanza centrale poiché diretta a ristabilire l'ordine naturale violato dal fatto illecito. Di contro, al risarcimento per

¹⁹ C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 93.

²⁰ Così A. DI MAJO in G. CIAN – TRABUCCHI, *Commentario breve di diritto civile*, Cedam, Padova 2002, p. 2028.

²¹ A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica*, Cedam, Padova, 2002, p. 82.

²² Baldo degli Ubaldi già riconduceva la *restitutio in pristinum* nell'alveo del risarcimento del danno *cfr.* G. ROTONDI, *Dalla lex aquilia all'art. 1151 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, p. 236 e ss.

equivalente si assegnò un ruolo marginale, trovando spazio nei casi d'impossibilità di ripristino dello *status quo ante*.

A queste due scuole di pensiero deve ricondursi la differenza esistente tra la codificazione francese e quella tedesca: la prima - fedele all'impostazione romanistica - prevedeva la corresponsione dei *dommages et intérêts* quale strumento principale per il risarcimento del danno; nella seconda «se da un lato, dominava, quale principio inespresso, quello della reintegrazione in natura (par. 249 BGB), dall'altro lato, la sua versione *en argent* veniva ricondotta ad autonoma fattispecie, per “impossibilità” imputabile della prestazione (par. 251 e 280 BGB ante riforma), ed il danno da risarcire restava quello declinato, in via generale, per tutti gli obblighi di risarcimento, comuni tanto al contratto come al torto (par. 249 BGB)»²³.

Il codice civile del 1942 con l'art. 2058 c.c. ha adottato una soluzione non perfettamente lineare prevedendo che «Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica qualora sia in tutto o in parte possibile. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore».

Così, mentre la Relazione del guardasigilli assegnava alla reintegrazione in forma specifica un'importanza primaria nell'ambito della responsabilità civile²⁴, essa veniva di fatto smentita dai limiti alla sua operatività (domanda di parte, possibilità materiale e giuridica, non eccessiva onerosità).

²³ A. DI MAJO, *L'adempimento “in natura” quale rimedio (in margine a un libro recente)*, op. cit., par. 10.

²⁴ Al n. 802 della Relazione si legge testualmente «Al pari del creditore nelle obbligazioni *ex contractu* il danneggiato, in quelle per fatto illecito, ha diritto innanzi tutto alla reintegrazione in forma specifica della situazione patrimoniale anteriore: questa norma è consacrata nel primo comma dell'art. 2058. Peraltro, in omaggio al principio di immanente solidarietà, che impone in ogni campo la considerazione corporativa degli interessi delle parti in conflitto e di quelli preminenti della collettività, si è stabilito nel secondo comma che il giudice possa, alla reintegrazione in forma specifica, sostituire il risarcimento per equivalente economica, se la prima sia eccessivamente onerosa per il debitore».

Nonostante, poi, la dottrina dominante²⁵ abbia collocato (e collochi) la reintegrazione in forma specifica nell'alveo della tutela risarcitoria, non sono mancate opinioni che, sottolineando le particolarità dell'istituto, hanno sostenuto che l'art. 2058 c.c. detti una regola "ibrida" dalla quale sembrano emergere profili di tutela restitutoria maggiormente conformi alle regole della proprietà²⁶.

Prestigiosi contributi della dottrina hanno finanche sovrapposto l'azione di adempimento al risarcimento in forma specifica²⁷.

Sono, tuttavia, innegabili le differenze tra i due rimedi:

- il risarcimento mediante reintegrazione in forma specifica trova applicazione solamente qualora siano integrati tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano di cui all'art. 2043 c.c. (tra cui l'accertamento del danno ingiusto e la sua derivazione eziologica dalla condotta dolosa o colposa del danneggiante); l'azione di adempimento "in natura" prescinde dai suddetti elementi, richiedendo solo la sussistenza dell'inadempimento quale fatto negativo che rende azionabile la "pretesa all'adempimento";
- la reintegrazione in forma specifica realizza l'interesse creditorio - entro il limite dell'eccessiva onerosità per il debitore - con una prestazione diversa e succedanea rispetto a quella dovuta, così escludendo tutte le garanzie e gli accessori dell'obbligazione originaria; l'azione di esatto adempimento mira a consegnare al creditore l'utilità anelata al momento della nascita del rapporto obbligatorio, discendendone il principio di corrispondenza ed omogeneità tra l'oggetto della domanda e la prestazione

²⁵ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, op. cit., 240.

²⁶ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 264-266 osserva tale Autore che «la misura di tutela, introdotta dall'art. 2058, si sottrae ad una precisa caratterizzazione nell'un senso o nell'altro. Essa, se funzionalmente serve indubbiamente a rimuovere un danno provocato, ciò realizza però con una tecnica che è ripristinatoria dei valori o interessi e in ciò seguendo un ordine di valutazione che tende a rispecchiare la propensione soggettiva del danneggiato».

²⁷ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 809-810.

rimasta inadempita poiché non è «possibile domandare nulla di più di quello che era stato pattuito né domandare nulla di diverso»²⁸;

- l'azione di adempimento si colloca in una fase precedente al momento risarcitorio: «tra [l'] adempimento in natura e danno sussiste un rapporto di esclusione reciproca: l'uno è preordinato a scongiurare il verificarsi dell'altro, il quale, a sua volta prodottosi, non può venire rimosso tramite il primo, ma soltanto grazie al risarcimento»²⁹.

Definite le caratteristiche principali dell'azione di adempimento “in natura” e delle azioni risarcitorie (con particolare attenzione a quelle di reintegrazione in forma specifica), possono facilmente individuarsi gli elementi di distinzione dalle altre azioni dirette alla tutela in forma specifica.

Le azioni ripristinatorie o restitutorie sono finalizzate a rimuovere gli ostacoli materiali frapposti all'esercizio del potere di fatto sul bene ovvero la difformità tra la titolarità del diritto e l'esercizio di fatto del potere sul bene.

Si tratta di rimedi che rispondono al divieto generale di autotutela privata, essendo sempre necessaria un'azione giudiziaria per ripristinare la situazione di diritto o di fatto violata.

Così, ad esempio, dal combinato disposto degli artt. 1168-1170 c.c. emerge che il possessore, anche se non proprietario, possa ottenere dal giudice la protezione della già conseguita situazione di fatto anche nei confronti del proprietario, il quale, se è stato privato del possesso della cosa, ha diritto a riottenerla ma esercitando apposita azione (art. 948 c.c.). L'azione, quindi, non mira - come l'azione di adempimento “in natura” - a rimediare ad un inadempimento del debitore, bensì a superare quella

²⁸ C. ROMEO, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 66. È evidente che il rapporto tra l'oggetto dell'obbligazione e il contenuto dell'azione di adempimento non debba essere inteso in senso rigoroso e speculare, ma di sostanziale coerenza tra il contenuto del debito e i successivi atti e condotte necessarie per rimediare all'originario inadempimento.

²⁹ F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, op. cit., p. 110 e ss.

divergenza materiale tra situazione di fatto e situazione di fatto che si è creata rispetto ad un bene.

La tutela accordata, inoltre, «prescinde da qualsiasi riferimento non solo al danno, alla colpevolezza, ma anche alla responsabilità: non rilevano profili d'imputabilità o di colpevolezza del soggetto che abbiano determinato la situazione legittima, ma rileva solo la mancanza di una giustificazione legale della situazione stessa»³⁰. Così vi può essere spazio per la tutela per equivalente (cfr. ultima parte dell'art. 948 c.c., art. 939, comma 2° c.c.), ma soltanto a fini compensativi e non risarcitori: l'obbligo di corrispondere l'equivalente monetario del bene perso rappresenta un rimedio di natura reale omogeneo (ma allo stesso tempo alternativo) al risarcimento in forma specifica e come tale prescinde dalla prova e dalla sussistenza dell'elemento soggettivo³¹.

Riguardo alle azioni esecutive, esse costituiscono lo strumento attraverso cui il creditore può ottenere la soddisfazione coattiva del suo diritto (anche, cioè, contro la volontà del debitore).

Si tratta di rimedi che attengono alla fase successiva al processo di cognizione, in seno al quale sia stata eventualmente accolta l'azione di adempimento "in natura": la sentenza di accoglimento (e, dunque, il diritto riconosciuto alla prestazione) non assicura la soddisfazione del creditore, potendo il debitore persistere nel suo inadempimento (che, in questa fase, si traduce in inottemperanza al *dictum* giurisdizionale).

Le azioni esecutive hanno, peraltro, come oggetto il medesimo obbligo rimasto inadempito, sicché si distinguono dal risarcimento in forma specifica, il quale - come già riferito - soddisfa il creditore mediante una prestazione nuova ed entro il limite dell'eccessiva onerosità per il debitore.

3. L'azione di adempimento pubblicistica.

³⁰ A. TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, op. cit., 2001, p. 8.

³¹ Sul punto, cfr. R. GIOVAGNOLI, *commento a CGCE, Sez. III, 30 settembre 2010, C-314/09 in Urb. app.*, 2011, pp. 409 e ss.

L'azione di adempimento pubblicistica presenta - all'evidenza - notevoli assonanze con l'azione di adempimento civilistica sopradescritta.

Anche l'azione di adempimento pubblicistica, così come l'omologa azione civilistica, è diretta ad attuare lo specifico obbligo incombente sulla P.A. di emettere un atto amministrativo rimasto inadempito.

Essa, in quanto strumentale all'emanazione del provvedimento soddisfacente (previo accertamento della spettanza del bene della vita anelato dal privato), dovrebbe rappresentare il principale strumento di tutela principale del privato nei confronti della P.A.; da preferirsi rispetto al risarcimento del danno poiché la correzione della funzione pubblica non può limitarsi ad un risarcimento per equivalente³².

Abbiamo fin qui evidenziato come un'azione di adempimento "in natura" possa esistere solamente nell'ambito di un rapporto obbligatorio in cui vi sia una "pretesa all'adempimento", ovvero un'aspettativa legalmente tutelata del creditore ad ottenere un bene e un'utilità dovuti per mezzo di un'attività del debitore.

Non può sfuggire, sotto questo profilo, come il Codice del processo abbia utilizzato il termine "pretesa" sia all'art. 31 comma 3° c.p.a. - richiamato dal novellato art. 34, comma 1° lett. c) c.p.a. - sia all'art. 34, comma 5° c.p.a.

L'azione di condanna pubblicistica, in quanto diretta al riconoscimento dell'utilità sperata dal privato, si confronta con la nozione di interesse legittimo.

La risalente definizione di interesse legittimo, quale situazione giuridica legittimante l'impugnazione di un provvedimento amministrativo, sicuramente escludeva la possibilità di esercitare un'azione di condanna nei confronti della P.A.: il giudice era chiamato a verificare soltanto la

³² Si è già evidenziato nel Cap. I, § 1.2., come la Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Hornsby* abbia evidenziato l'inidoneità del solo strumento risarcitorio a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale.

legittimità dell'*agere* pubblicistico, senza potersi inoltrare in valutazioni attinenti al contenuto dell'atto amministrativo.

È dal riconoscimento della natura sostanziale (e non meramente processuale) dell'interesse legittimo che può discutersi dell'ammissibilità dell'azione di adempimento pubblicistica³³.

L'interesse legittimo, quale «posizione di vantaggio in ordine ad un bene oggetto di potere amministrativo, consistente nell'attribuzione di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa utilità»³⁴, costituisce il presupposto indispensabile per configurare una pretesa di provvedimento³⁵ tutelabile in sede giurisdizionale³⁶.

Come recenti e proficui contributi sul tema dell'azione di adempimento hanno evidenziato, l'interesse legittimo non rileva come mera situazione giuridica legittimante l'impugnazione di un provvedimento amministrativo alla cui emanazione il privato ha interesse, né come interesse procedimentale che legittima il suo titolare ad interloquire con il potere pubblico indirizzandone il corretto esercizio, né, ancora, nella sua componente oppositiva, quale interesse residuo all'esercizio del potere amministrativo ablatorio, esso «è divenut[o], al contrario, una posizione anch'essa piena, che insegue ed incalza il potere pubblico ovunque esso sia, da chiunque sia esercitato ed in relazione a tutta la sua possibilità di esercizio, dietro il quale è divenuto apprezzabile e visibile il bene della

³³ F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 137, nota 137.

³⁴ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, VI ed. a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna, Milano, 2002, p. 103.

³⁵ D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 246-247 che individua - accanto al tradizionale interesse legittimo - un'ulteriore situazione giuridica soggettiva giuridicamente e pienamente tutelata dall'ordinamento: la pretesa ad un provvedimento favorevole. Tale situazione giuridica sarebbe, invero, il "nuovo interesse legittimo" risarcibile individuato dalle sezioni unite della Suprema Corte con la sentenza n. 500/99 in cui - rispetto al tradizionale interesse legittimo - non sussiste una posizione di istituzione di subordinazione del privato rispetto alla P.A. e si riferisce direttamente al bene della vita /o utilità finale.

³⁶ F. LA VALLE, *Azione d'impugnazione e azione d'adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, op. cit., pp. 170-171 ricollega l'azione di adempimento ad un'"attesa tutelata" del soggetto titolare dell'azione.

vita che con la costruzione della situazione soggettiva l'ordinamento ha inteso tutelare»³⁷.

Anche nell'ordinamento tedesco, tra i presupposti dell'azione di adempimento pubblicistica si annovera la lesione di un diritto soggettivo (pubblico), espressione in cui confluiscono sia l'interesse sostanziale del privato alla spettanza del bene della vita sia l'interesse formale al regolare svolgimento del procedimento amministrativo e al corretto uso del potere discrezionale³⁸.

L'incidenza della definizione di interesse legittimo ai fini dell'ammissibilità dell'azione di adempimento è ben rappresentata in tema di silenzio-rifiuto.

Per silenzio-rifiuto (o silenzio-inadempimento) s'intende l'inerzia non significativa della P.A. protratta oltre il termine per provvedere stabilito dall'art. 2 L. 241/1990.

L'azione concessa al privato per rimediare a tale inadempimento amministrativo è stata tradizionalmente intesa come diretta ad ottenere una condanna generica della P.A. a provvedere in modo espresso all'istanza rivolta dal privato³⁹: la natura processuale - e meramente formale - dell'interesse legittimo consentiva al giudice soltanto di accertare la violazione dell'obbligo di provvedere.

È solo con il riconoscimento della natura sostanziale dell'interesse legittimo e l'ampliamento degli strumenti di tutela al fine di garantirne l'effettività che si giunge all'attuale previsione dell'art. 31 c.p.a., il quale

37 A. PAJNO, *La giustizia amministrativa all'appuntamento della codificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 130 e ss., § 7.

38 M. CLARICH, *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, p. 77.

39 Così Cons. Stato, Ad. plen., 9 gennaio 2002, n. 1, in *Giust. civ.*, 2002., pp. 801 e ss. secondo cui sul piano sostanziale, il giudizio sul silenzio si collega al dovere delle Amministrazioni pubbliche di concludere il procedimento "mediante l'adozione di un provvedimento espresso" nei casi in cui esso "consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio" come prescrive l'art. 2, comma 2, l. 7 agosto 1990 n. 241. Il Consiglio di Stato esclude che questa azione ricada nell'ambito della giurisdizione di merito che conferisce il potere al giudice di "riformare l'atto o di sostituirlo".

ammette che il giudice possa conoscere - entro certi limiti - della fondatezza della pretesa sostanziale del privato.

3.1. L'azione di adempimento pubblicistica e le azioni di condanna nei confronti della pubblica amministrazione.

Come già detto, l'interesse legittimo pretensivo costituisce la *causa petendi* dell'azione di adempimento pubblicistica. Ne consegue che il *petitum* immediato di tale azione non può che essere il provvedimento amministrativo che realizza la pretesa del privato.

La legge italiana sul procedimento amministrativo - a differenza dell'omologa legge tedesca - non detta una specifica definizione di provvedimento amministrativo in senso stretto⁴⁰.

Nondimeno, è evidente che l'art. 34, comma 1°, lett. c) c.p.a., nell'ammettere l'azione di condanna al rilascio di un "provvedimento", implicitamente richiami una particolare tipologia di provvedimento amministrativo, ossia la manifestazione di volontà della P.A. avente rilevanza esterna e indirizzata a soggetti determinati o determinabili e in grado di modificare la sfera giuridica dei privati in senso ampliativo o restrittivo a prescindere dalla volontà favorevole o contraria di questi ultimi⁴¹.

⁴⁰ Secondo il § 35 *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)* [legge sul procedimento amministrativo] del 25 maggio 1976 l'atto amministrativo è ogni provvedimento, decisione o altra misura autoritativa adottata da un'autorità per la disciplina di un singolo caso nell'ambito del diritto pubblico con efficacia giuridica esterna, così tradotto in M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 79, nota 33.

⁴¹ Consapevolmente non si richiama la nozione di atto amministrativo autoritativo ed imperativo (di cui siamo tributari a M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 167 ss., secondo cui gli atti amministrativi «hanno tutti un tratto comune, che ne costituisce la fine sostanza: di essere l'affermazione del momento dell'autorità ... ogni volta che l'amministrazione agisce con un provvedimento amministrativo, essa attua il momento dell'autorità, e sopprime o comprime la libertà di taluni amministrati; puntualizza, nel caso concreto, i rapporti autorità-libertà. Anche nei provvedimenti concessori ciò avviene, perché l'attribuzione ad un privato di un beneficio particolare comporta l'incisione nelle libertà degli altri») poiché la sua necessaria configurabilità dinanzi a situazioni giuridiche pretensive è oggetto di ampio dibattito. Ed invero, se per parte della dottrina l'imperatività dell'atto amministrativo è sempre predicabile dinanzi ad interesse legittimi pretensivi (B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Cedam, Padova, 2000), per altra parte della dottrina, gli interessi legittimi pretensivi possono sussistere anche a fronte di atti

In altre parole, la pretesa sostanziale che sottende l'azione di adempimento pubblicistica si identifica con la specifica prestazione di un provvedimento amministrativo ampliativo e non la generica richiesta di un comportamento di *dare, facere o non facere* rispetto al quale l'atto amministrativo costituisce solo strumento di attuazione (si pensi per un momento alla richiesta di pagamento di una somma di denaro nei confronti della P.A. la cui concreta erogazione presuppone l'emissione di una pluralità di atti amministrativi connessi [l'impegno, la liquidazione, l'ordinazione e il pagamento]).

In codesta ipotesi, la prestazione cui il privato aspira può già trovare adeguata tutela in sede civilistica poiché l'atto amministrativo rappresenta solamente la modalità attraverso cui l'amministrazione manifesta la propria volontà, alla stregua di ogni altra persona giuridica che attraverso atti e procedure esplicita la propria capacità d'agire.

Non a caso nell'ordinamento tedesco le azioni dirette ad ottenere una prestazione di fare o non fare e dare della P.A. (prive del carattere autoritativo, come ad esempio certificazioni, dichiarazioni di scienza), sono escluse della *Verpflichtungsklage*, e previste o nell'ambito dell'azione generale di esecuzione di una prestazione (*Leistungsklage*) oppure nell'ambito delle azioni contro la P.A. conseguenti all'annullamento giudiziale di un atto amministrativo già eseguito (*Folgenbeseitigungsanspruch*) al fine del ripristino e della reintegrazione dello *status quo ante*.

Già da tempo, la pretesa del privato ad un "comportamento" della P.A. è stata ritenuta tutelabile tramite un'azione di condanna ad un *dare, praestare, facere e non facere*.

Nell'ambito della tutela possessoria e nunciatoria, ad esempio, il costante orientamento della Suprema Corte ha ammesso la proponibilità di tali

non autoritativi (cfr. L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2006, pp. 353 e ss.).

azioni qualora il comportamento richiesto alla pubblica amministrazione non si ricolleggi direttamente ad un formale provvedimento amministrativo, emanato nell'ambito e nell'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali ad essa spettanti ed avente contenuto, in senso lato, ablativo, ma si concreti e si risolva in una mera attività materiale lesiva di beni, dei quali il privato vanta il possesso⁴².

Ed ancora, in materia di diritti fondamentali della persona il potere di condanna riconosciuto al giudice ordinario nei confronti della P.A. dall'art. 44, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 ha riguardo al comportamento della stessa e solo mediatamente al provvedimento amministrativo⁴³.

Il giudice amministrativo, poi, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, in presenza di diritti soggettivi, può condannare la P.A. ad un *facere* diverso dall'emanazione di un provvedimento amministrativo.

3.2. Il rapporto tra azione di adempimento pubblicistica e la reintegrazione in forma specifica.

Le incertezze classificatorie tra azione di adempimento e risarcimento in forma specifica già esplicitate in precedenza hanno trovato nuova linfa tra la fine degli anni '90 e l'inizio del nuovo millennio in ragione delle novità introdotte dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e dalla l. 21 luglio 2000, n. 205. Ed invero, con l'art. 35 del d.lgs. 80/1998 e successivamente con l'art. 7 della l. 205/2005, per la prima volta il legislatore ha previsto, nell'ambito rispettivamente della giurisdizione esclusiva e della giurisdizione di legittimità, la possibilità per il giudice amministrativo di risarcire il danno da lesione di interessi legittimi non soltanto per equivalente, ma anche in forma specifica.

⁴² Così tra le tante Cass. Civ., Sez. Un., 15 marzo 2012, n. 4128, ord. in *Giust. civ., Mass.*, 2012, p. 342; Cass. Civ., Sez. Un., 12 settembre 2008, n. 23561, ord., in *Giust. civ., Mass.*, 2008, p. 1352.

⁴³ Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 30 marzo 2011, n. 7186 in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, p. 1612.

Parte della dottrina e della giurisprudenza ritennero che si potesse ordinare alla pubblica amministrazione la prestazione consistente nell'emissione di un provvedimento quale tecnica risarcitoria in natura della lesione dell'interesse legittimo pretensivo⁴⁴; il potere del giudice amministrativo di disporre anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto avrebbe consentito la condanna della P.A. al rilascio di un provvedimento positivo⁴⁵.

Per il Consiglio di Stato aveva inizialmente sposato – seppur non pienamente - la tesi secondo cui l'annullamento dell'atto amministrativo rappresentasse già una forma di reintegrazione in forma specifica alternativa al risarcimento per equivalente⁴⁶: «la domanda di annullamento di un atto amministrativo contiene in sé, implicita, la domanda di risarcimento in forma specifica, mediante il rinnovo, legittimo, dell'atto annullato, e le due forme di risarcimento sono alternative, non spetta il risarcimento del danno per equivalente laddove l'accoglimento del ricorso avverso l'aggiudicazione di appalto ad altra impresa intervenga in tempo utile a restituire in forma specifica all'impresa interessata la chance di partecipare alla gara da rinnovarsi da parte dell'amministrazione, consentendo il soddisfacimento diretto e pieno dell'interesse fatto valere. Spetta quindi al giudice valutare la possibilità di concedere il risarcimento in forma specifica in via prioritaria rispetto al risarcimento per equivalente»⁴⁷.

⁴⁴ Tra le tante si può richiamare la sentenza del T.A.R. Veneto, Sez. I, 9 febbraio 1999, n. 119, in *Dir. proc. amm.*, p. 1198, secondo cui la reintegrazione in forma specifica può consistere nell'ordine alla P.A. di attribuire l'appalto al ricorrente vittorioso.

⁴⁵ Cfr. E. FOLLIERI, *La tutela nei contratti della pubblica amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo* in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 309; A. ROMANO TASSONE, *Ancora sul D. lgs. n. 80 del 1998*, in *Giust. civ.*, 1998, p. 436.

⁴⁶ U. FRAGOLA, *Studio introduttivo sulla risarcibilità degli interessi legittimi* citato in A. CARBONE *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 164 e P. VIRGA, *La reintegrazione in forma specifica*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 326 secondo cui «il danneggiato che abbia ottenuto la riparazione in forma specifica, sia pure sotto la forma dell'annullamento, non può pretendere anche il risarcimento».

⁴⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6281 in *Giust. civ.*, 2002, pp. 1417 e ss.

Tale orientamento veniva, invero, sconfessato dalla successiva giurisprudenza⁴⁸, già a partire dalla nota decisione della Sesta sezione del 18 giugno 2002, n. 3338⁴⁹.

Per i giudici della Sesta Sezione, con l'inciso "anche attraverso la reintegrazione in forma specifica" - contenuto nell'art. 35 del d.lgs. n. 80/1998 (e nell'art. 7 della l. n. 205/2000) - il legislatore non sembra che «abbia inteso introdurre nel nostro ordinamento un'azione d'adempimento simile a quella prevista nell'ordinamento tedesco [...], infatti, ammettere che la reintegrazione in forma specifica costituisca il mezzo per impartire un ordine alla P.A. di emanare un provvedimento [...] finisce per attribuire all'istituto caratteri che non corrispondono in realtà alla vera e propria tutela aquiliana, ma attengono assai di più alla tutela ripristinatoria [e quando] il legislatore ha voluto configurare la possibilità da parte del giudice amministrativo di ordinare un *facere* all'amministrazione, lo [ha] fatto espressamente come nell'ipotesi di cui all'art. 25 della l. 241 del 1990 ("il giudice amministrativo, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti richiesti)».

Il Collegio - richiamando la nozione "civilistica" di reintegrazione in forma specifica - sottolineava come la suddetta forma di tutela «non abbia il compito di sostituire la tutela demolitoria o conformativa che si connette all'annullamento giurisdizionale, ma quello di integrare la tutela, colmando eventuali lacune». *Obiter dictum* la Sesta Sezione respingeva la teoria secondo cui l'effetto conformativo insito nella sentenza d'annullamento avrebbe inerito a profili risarcitori.

La tutela risarcitoria (per equivalente ed in forma specifica) poteva trovare ingresso solo nell'ipotesi in cui l'annullamento dell'atto lesivo, con il

⁴⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 3 aprile 2003, n. 1716; Cons. Stato, sez. VI, 67 luglio 2003, n. 4028; Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2004, n. 1280, tutte in www.giustizia-amministrativa.it e da ultimo Cons. Stato, Sez. VI, 31 maggio 2008, n. 2622 in *Foro Amm. CdS*, 2008, pp. 2176 e ss.

⁴⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338 in *Dir. proc. amm.*, 2003, pp. 208 e ss. con nota adesiva di A. TRAVI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria*.

conseguente effetto conformativo e ripristinatorio, fosse risultato insufficiente a riparare il pregiudizio sofferto dal privato per l'illegittimità dell'attività amministrativa.

I giudici amministrativi - riconducendo la reintegrazione in forma specifica prevista dall'art. 35 d.lgs. n. 80/1998 e poi dall'art. 7 della l. n. 205/2000 nell'alveo dell'art. 2058 c.c. - aderivano all'orientamento giurisprudenziale e dottrinario che inquadra tale istituto nell'ambito della tutela risarcitoria ed esclude che, per tale via, possa ottenersi la condanna della P.A. all'emanazione di un provvedimento amministrativo⁵⁰.

Non sono mancate successive pronunce del massimo Consesso amministrativo che - pur non negando la riconducibilità dell'art. 2058 c.c. all'alveo risarcitorio - hanno attribuito a tale forma di tutela contenuti corrispondenti *quoad effectum* all'azione di adempimento⁵¹.

I due orientamenti riferiti non sono che il riflesso del "parallelo" dibattito civilistico sulla riconducibilità dell'art. 2058 c.c. alla tutela ripristinatoria. Ed è innegabile l'importanza dell'adesione all'una o all'altra tesi posto che «come rilevato in dottrina, "la tutela risarcitoria è altro rispetto alla tutela dei diritti in sé considerati e presuppone un dato ulteriore, ossia la produzione effettiva di un danno ed il corollario della sua qualificazione in termini illeciti"»⁵².

L'impostazione della questione accolta dai giudici della Sesta sezione sembra oggi trasfusa nell'art. 34, comma 1° lett. c) c.p.a. - e, prima, nell'art. 30, comma 2° c.p.a.⁵³ - in cui è previsto che il giudice amministrativo possa, tra l'altro, condannare la P.A. «al pagamento di una

⁵⁰ Sul punto E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2010, § 15.

⁵¹ *Cfr.* Cons. Stato, Sez. IV, 23 ottobre 2003, n. 6666 in *Riv. trim. app.*, 2004, pp. 683 e ss.

⁵² Così E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op.cit., *passim*.

⁵³ Secondo cui «Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica».

somma di denaro, anche a titolo di risarcimento del danno, all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e dispone misure di risarcimento in forma specifica ai sensi dell'articolo 2058 del codice civile».

Il legislatore sembra aver inteso fugare ogni dubbio interpretativo in ordine alla qualificazione dell'istituto dell'art. 2058 c.c., sostituendo la l'ambigua locuzione "reintegrazione in forma specifica" con quella puntuale di "risarcimento in forma specifica".

Emerge il differente ambito di operatività tra la reintegrazione - *rectius*: il risarcimento - in forma specifica e l'azione di condanna ad un *facere* della P.A.: il primo è un rimedio che completa la tutela accordata agli interessi legittimi oppositivi con l'annullamento dell'atto, nel caso in cui esso sia qualificabile come "illecito" ed abbia determinato effetti materiali da rimuovere; la seconda è strumentale alla tutela degli interessi legittimi pretensivi, la cui soddisfazione non si esaurisce nella pronuncia di annullamento dell'atto amministrativo illegittimo ma necessita di una riedizione dei poteri amministrativi che non può essere richiesta ex art. 2058 c.c.

Per comprendere il rapporto tra azione di adempimento pubblicistica (ormai introdotta nel nostro ordinamento ad opera del d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160) - e reintegrazione - *rectius*: risarcimento - in forma specifica occorre aver riguardo dell'esperienza tedesca in cui due sistemi coesistono, integrandosi.

In Germania perno della tutela risarcitoria è la *Folgenbeseitigung*, azione finalizzata alla rimozione da parte della P.A. delle conseguenze illecite derivanti dal suo operato e al ripristino - nei limiti della possibilità e proporzionalità - della situazione di fatto alterata dall'esecuzione dell'atto amministrativo illegittimo (in evidente analogia con le forme risarcitorie

derivanti dall'esecuzione di titoli giudiziali o stragiudiziali provvisoriamente esecutivi e di seguito annullati)⁵⁴.

Il fondamento e il contenuto di tale azione sono lucidamente illustrati nel lavoro di Otto Bachof⁵⁵, il quale collega il potere concesso alla P.A. di rendere immediatamente eseguibili⁵⁶ i suoi provvedimenti - senza mediazione dell'attività giurisdizionale ed anche a rischio della loro illegittimità - all'obbligo di eliminare le conseguenze dannose materiali e giuridiche derivanti dalla loro esecuzione.

Anche la *Folgenbeseitigung* - come il risarcimento in forma specifica ex art. 2058 c.c. - è soggetta a limitazioni, e segnatamente: la possibilità giuridica e fattuale della rimozione degli effetti pregiudizievoli dell'attività amministrativa e la ragionevolezza, ossia la non manifesta sproporzione tra i costi che l'amministrazione deve affrontare a tal fine e i benefici che può trarne l'interessato⁵⁷.

Per le ipotesi in cui non sia applicabile l'istituto della *Folgenbeseitigung* soccorre l'istituto del *Folgenbeseitigungslast*, i cui tratti principali sono stati efficacemente riassunti in questi termini: «Se l'amministrazione, nello svolgimento di un'attività di diritto pubblico, abbia pregiudicato una posizione giuridica del privato e non si avverino i presupposti del FBA [*Folgenbeseitigung*], l'illecito commesso, che sia ancora produttivo di conseguenze, assume comunque rilievo in una successiva decisione

⁵⁴ Ampia panoramica sull'istituto è offerta da M. CARRÀ, *Risarcimento in forma specifica e Folgenbeseitigung: le frontiere mobili della responsabilità pubblica tra annullamento dell'atto e risarcimento per equivalente* in *Dir. amm.*, 2004, pp. 783 e ss.

⁵⁵ O. BACHOF, *Die Verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung zugleich eine Untersuchung über den öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch nach Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes*, Tübingen, 1951, citato in M. CARRÀ, *Risarcimento in forma specifica e Folgenbeseitigung: le frontiere mobili della responsabilità pubblica tra annullamento dell'atto e risarcimento per equivalente*, op. cit., nota 57.

⁵⁶ La c.d. esecutorietà del provvedimento amministrativo oggi prevista in via generale dall'art. 21 *ter* della l. n. 241/1990, cfr. G. GRÜNER, *L'esecutorietà del provvedimento amministrativo e la sua crisi* in *Dir. Amm.*, 2011, pp. 273 e ss.

⁵⁷ Secondo l'orientamento della Suprema Corte nostrana «Si ha eccessiva onerosità del risarcimento in forma specifica, ai sensi dell'art. 2058 cod. civ., quando il sacrificio economico necessario superi in misura eccessiva il valore da corrispondere in base al risarcimento per equivalente». (cfr. Cass. Civ., Sez. III, 25 giugno 2013, n. 15875 in *Diritto e Giustizia*, 2013, 8 aprile).

discrezionale, che spetti alla stessa autorità amministrativa e si presenti oggettivamente connessa all'illecito pregresso. Nella risoluzione susseguente, l'amministrazione, per poter esercitare la discrezionalità senza vizi, deve tener conto in modo adeguato della propria precedente condotta illecita: ha l'onere (Last) di riparare il torto amministrativo proprio perché e in quanto che, per l'assunzione della decisione postuma, disponga di un margine più o meno ampio di scelta discrezionale»⁵⁸.

4. L'azione di condanna all'adozione di un provvedimento amministrativo e l'azione di accertamento nei confronti della P.A.

Guido Greco⁵⁹, quasi trentacinque anni fa, aveva individuato nell'azione di accertamento lo strumento processuale più idoneo a tutelare gli interessi legittimi pretensivi.

Come ricordato nel primo capitolo, la giurisprudenza amministrativa ha sempre negato l'ammissibilità dell'azione di accertamento nell'ambito della giurisdizione di legittimità⁶⁰.

Essa - ancor più dell'azione di condanna ad un *facere* nei confronti della P.A. - può comportare rischi di indebita interferenza nei poteri amministrativi⁶¹.

Angelo Falzea, in un celebre scritto sull'efficacia giuridica individua il presupposto dell'azione di accertamento nella situazione di incertezza circa l'esistenza e il contenuto delle situazioni giuridiche soggettive⁶².

Tale incertezza, ove sia invocata per sottrarsi ad una pretesa positiva o negativa si traduce in un ostacolo alla realizzazione della situazione

⁵⁸ M. CARRÀ, *Risarcimento in forma specifica e Folgenbeseitigung: le frontiere mobili della responsabilità pubblica tra annullamento dell'atto e risarcimento per equivalente*, op. cit., § 5.

⁵⁹ G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 36.

⁶⁰ Per un'ampia panoramica della giurisprudenza amministrativa precedente al c.p.a. cfr. B. TONOLETTI, *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 593 e ss.

⁶¹ Cfr. B. TONOLETTI, *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, op. cit., p. 609.

⁶² A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, pp. 432 e ss.

giuridica soggettiva di colui che assume esserne titolare, sicché «occorre un fatto giuridico (l'accertamento) che operi sul medesimo piano in cui è insorto il contrasto degli apprezzamenti e delle relative pretese e contestazioni e renda l'incertezza irrilevante»⁶³.

L'incontestabilità in ordine al contenuto della situazione giuridica soggettiva non è, tuttavia, il frutto del solo accertamento, ma - come vedremo anche nel successivo capitolo - segue, altresì, all'effetto preclusivo tipico della sentenza dichiarativa, il quale impedisce una nuova contestazione di quanto accertato.

Il giudicato di accertamento rappresenta così la somma dichiarazione della realtà giuridica non più rivedibile o contestabile.

Tra potere amministrativo e cittadini – diversamente che nei rapporti tra privati - esiste una condizione di incertezza fisiologica ed ineliminabile, derivante dall'attribuzione alla P.A. del potere di scelta e di cura dell'interesse pubblico.

L'incertezza e l'indeterminatezza, insita nella legge attributiva del potere di regolazione dell'assetto degli interessi alla pubblica amministrazione, non costituisce la condizione di incertezza giuridicamente qualificata che secondo Chiovenda integra l'interesse ad ottenere una pronuncia di accertamento da parte del giudice ma rappresenta una semplice modalità di relazione "fisiologica" tra potere e cittadini e, in quanto tale, non può essere valutata secondo criteri di conformità o difformità rispetto al dettato legislativo⁶⁴.

Ne consegue che l'accertamento del rapporto tra autorità e cittadino non può essere demandato al giudice, il quale non può statuire preventivamente e in via integrale sulla definizione delle relazioni giuridiche intrecciate col potere pubblico poiché la disponibilità del potere

⁶³ A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, op. cit., § 56.

⁶⁴ S. MURGIA, *Crisi del processo amministrativo e azione di accertamento*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, pp. 244 e ss., § 6.3.

di scelta passerebbe dall'amministrazione alla giurisdizione con violazione dell'art. 97 Cost.

Nondimeno, anche alla luce del c.p.a.⁶⁵, sono state superate alcune delle tradizionali obiezioni alla configurabilità dell'azione di accertamento in sede amministrativa, ossia la tipicità delle azioni ammissibili nella giurisdizione di legittimità e la natura meramente processuale dell'interesse legittimo⁶⁶.

Il limite generale alla giurisdizione del giudice amministrativo emerge dall'art. 34, comma 2° c.p.a.⁶⁷, il quale testualmente preclude al giudice amministrativo la possibilità di pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non esercitati⁶⁸.

Tale regola evidentemente rappresenta l'estrinsecazione del principio di separazione dei poteri, il quale - a ben vedere - vive in ogni azione astrattamente esperibile davanti al giudice amministrativo.

⁶⁵ Il codice del processo amministrativo disciplina singole ipotesi di azioni di accertamento, cui si ricollegano evidentemente delle sentenze dichiarative o di accertamento.

Tali ipotesi sono rinvenibili nel dettato

- a) dell'art. 31, comma 1, 2 e 3 del c.p.a. in materia di silenzio;
- b) dell'art. 31, comma 4, del c.p.a. in materia di nullità dell'atto amministrativo;
- c) dell'art. 34, comma 3, in materia di pronuncia di illegittimità di un provvedimento ai soli fini risarcitori;
- d) dell'art. 34, comma 5, c.p.a. in materia di cessazione della materia del contendere;
- e) dell'art. 114, comma 4, c.p.a. in materia di violazione o elusione del giudicato.

⁶⁶ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15, cit.

⁶⁷ Regola che discende direttamente dal principio di separazione dei poteri e che mira ad evitare che «giudice si sostituisca alla pubblica amministrazione esercitando una cognizione diretta di rapporti amministrativi non ancora sottoposti al vaglio della stessa. Detta disposizione non può che operare per l'azione di accertamento, per sua natura caratterizzata da tale rischio di indebita ingerenza, visto che le altre azioni tipizzate dal codice sono per definizione dirette a contestare l'intervenuto esercizio (od omesso esercizio) del potere amministrativo» (così Cons. Stato, Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15).

⁶⁸ Si veda sul punto l'opinione di G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, op. cit., pp. 109 e ss. secondo cui «l'azione di accertamento autonomo rinviene i limiti della propria estensione [...] nelle componenti discrezionali del rapporto stesso (che non possono essere accertate dal Giudice di legittimità)», il giudice «potrà conoscere solo degli aspetti rigidi del potere amministrativo» accertando «tutti quei presupposti di fatto e di diritto richiesti dall'ordinamento per l'emissione dell'atto amministrativo o di un atto amministrativo con un certo contenuto, tutte le volte in cui l'esistenza o i caratteri di tali presupposti siano rimesse dalla norma a valutazioni fondate su criteri oggettivi».

L'opportunità della sua consacrazione in una norma del codice è emersa in concomitanza all'affermazione di una tutela atipica nel processo amministrativo.

Infatti, mentre l'azione di annullamento presuppone necessariamente il previo esercizio dei poteri amministrativi, le altre azioni - di adempimento, di accertamento e d'inibitoria - possono teoricamente inserirsi a "monte" dell'esercizio dei poteri amministrativi.

In altre parole, l'allontanamento dal paradigma della tutela demolitoria rende concreto il pericolo che il giudice regoli il rapporto giuridico tra cittadino e potere, a prescindere dall'interposizione dell'autorità amministrativa.

Appare, pertanto, fondamentale comprendere l'esatta portata del divieto contenuto dall'art. 34, comma 2° c.p.a. al fine di comprendere l'ambito di ammissibilità delle azioni proponibili dinanzi al giudice amministrativo.

4.1 Il limite dei poteri amministrativi non esercitati.

Il limite previsto dall'art. 34 comma 2°, c.p.a. è stato inserito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato⁶⁹ e dalla dottrina⁷⁰ tra le condizioni dell'azione le quali - secondo i principi generali di diritto processuale - devono sussistere al momento della decisione, potendo allora sopravvenire alla proposizione della domanda.

Un recente studio⁷¹ ha evidenziato come il divieto del giudice amministrativo di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati possa prestarsi ad una pluralità di significati.

Un'interpretazione letterale comporterebbe il divieto generale per il giudice amministrativo di indirizzare l'attività futura della P.A., così da

⁶⁹ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 11, cit.

⁷⁰ M. A. SANDULLI, *Primissima lettura della adunanza plenaria n. 15 del 2011*, in *Riv. giur. edil.*, 2011, pp. 533 e ss. Altra parte della dottrina sembra sussumere il limite dell'art. 34, comma 2°, c.p.a. nell'alveo dei presupposti processuali, cfr. R. GISONDI, *Nuovi strumenti di tutela nel codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011, § 2.

⁷¹ M. TRIMARCHI, *il divieto di «pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati» attraverso il prisma della giurisprudenza*, in *Foro amm. CdS*, 2013, pp. 1096 e ss.

impedire, non solo l'azione di adempimento, ma anche il dispiegarsi dell'effetto conformativo delle sentenze di annullamento.

Si tratta di lettura sicuramente sconfessata dall'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale che riconosce l'effetto conformativo alle di adempimento.

Non rientra, pertanto, nel limite l'effetto conformativo della sentenza di annullamento.

Altre interpretazioni pongono l'accento sul momento in cui i poteri amministrativi possano intendersi come "già esercitati".

Secondo un primo orientamento, più restrittivo, il potere amministrativo, per considerarsi esercitato, deve sfociare in un provvedimento amministrativo o rimanere inesercitato per il termine fissato per la conclusione del procedimento⁷².

Per i sostenitori di tale indirizzo⁷³ il divieto di cui all'art. 34, comma 2° c.p.a. non appare dissimile dalla regola che nel giudizio civile vieta le condanne in futuro.

Altra parte della dottrina interpreta il limite dell'art. 34, comma 2° c.p.a. «in relazione ai poteri il cui esercizio l'amministrazione non ha ancora avviato o ai poteri che essa non ha ancora compiutamente esercitato»⁷⁴.

Il divieto atterrebbe, così, al profilo diacronico dell'esercizio di quei poteri in cui la giurisdizione di legittimità non può ingerirsi, essendo l'attività amministrativa in una fase in cui essa non si è ancora conclusa o neppure è stata avviata.

⁷² M. A. SANDULLI, *Prmissima lettura della adunanza plenaria n. 15 del 2011*, op. cit., pp. 533 e ss.

⁷³ R. GISONDI, *Nuovi strumenti di tutela nel codice del processo amministrativo*, op. cit., § 2, nota 27, evidenzia che «Tale impostazione trova conferma nella relazione di accompagnamento alla versione finale del codice nella quale si afferma che lo scopo della disposizione è quello di "evitare domande dirette ad orientare l'azione amministrativa pro futuro con palese violazione del principio della divisione dei poteri". Emerge, quindi, con chiarezza che la norma, nonostante la sua collocazione nell'articolo 34, non si riferisce, in realtà, al contenuto delle pronunce ma è volta a rendere inammissibili domande che non abbiano ad oggetto una lesione attuale della posizione soggettiva azionata, ma siano dirette unicamente ad orientare l'azione amministrativa nel corso della sua formazione».

⁷⁴ M. TRIMARCHI, *il divieto di «pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati» attraverso il prisma della giurisprudenza*, op. cit., § 4.

Più precisamente il limite di cui all'art. 34, comma 2° c.p.a. non riguarderebbe tanto i poteri amministrativi non ancora esercitati, ma, pertanto, il divieto per il giudice di sostituirsi all'amministrazione nella definizione in prima battuta del rapporto controverso. In presenza di una competenza della P.A., questa non potesse essere esautorata dall'autorità giudiziaria, il cui intervento dovrebbe sempre e necessariamente essere successivo a quello dell'amministrazione e sostanzarsi in un'attività di secondo grado⁷⁵.

5. L'azione di accertamento e l'azione di condanna ad un "non facere". L'azione inibitoria.

Da sempre, il giudizio amministrativo di legittimità si è contraddistinto per la previsione - accanto alle tradizionali condizioni dell'azione previste in via generale (interesse ad agire, legittimazione ad agire e possibilità giuridica) - di un'ulteriore condizione: l'impugnabilità dell'atto amministrativo. Con tale nozione si fa riferimento all'idoneità dell'atto amministrativo di incidere direttamente ed immediatamente sulle posizioni giuridiche soggettive dei destinatari⁷⁶.

La dottrina⁷⁷ ha evidenziato che solamente nel momento in cui la P.A. emana un atto idoneo a spiegare i suoi "effetti tipici" - e, quindi, in grado di incidere nella sfera giuridica del privato - sorge l'onere e la stessa possibilità giuridica di impugnare l'atto entro il termine decadenziale previsto⁷⁸.

⁷⁵ M. TRIMARCHI, *il divieto di «pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati» attraverso il prisma della giurisprudenza*, op. cit., § 4; L. MARUOTTI, *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela*, in www.giustizia-amministrativa.it, § 3.

⁷⁶ L. IEVA, *Presupposti processuali e condizioni dell'azione* in R. GIOVAGNOLI, L. IEVA, G. PESCE, *Il processo amministrativo di primo grado*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 346.

⁷⁷ L. IEVA, *Presupposti processuali e condizioni dell'azione*, op. cit., p. 346.

⁷⁸ In giurisprudenza sul punto cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. I, 17 aprile 2003, n. 2076 in *Riv. giur. edil.*, 2003, pp. 1667 e ss.; Cons. Stato, Sez. IV, 20 settembre 2000, n. 4933, in *Foro amm.*, 2000, pp. 9 e ss.

Allo stesso modo, la giurisprudenza⁷⁹ ha sempre negato la possibilità di impugnare gli atti endoprocedimentali e, in particolar modo, la comunicazione di avvio del procedimento e il preavviso di rigetto di cui agli artt. 7 e 10 *bis* della l. 7 agosto 1990, n. 241⁸⁰.

In tali casi, il privato subisce un pregiudizio che non deriva dalla modificazione della propria sfera giuridica in ragione del dispiegarsi degli effetti giuridici tipici del provvedimento finale, ma si collega alla minaccia di tali effetti e alla situazione d'incertezza che ne scaturisce.

La giurisprudenza amministrativa ha escluso, altresì, l'ammissibilità della tutela inibitoria a fronte di provvedimenti non ancora incidenti in via immediata e diretta sulla posizione giuridica del soggetto interessato.

Nella prospettiva tradizionale, la tutela inibitoria è stata correlata con il potere del giudice amministrativo di paralizzare, in via cautelare, gli effetti prodotti dall'atto amministrativo impugnabile, con la conseguente inapplicabilità agli atti endoprocedimentali.

A bene vedere, il potere di sospensione degli effetti giuridici del provvedimento amministrativo impugnato costituisce soltanto un aspetto della tutela inibitoria la quale consiste, come già accennato nel precedente capitolo, nell'ordine giudiziale di astenersi da un comportamento ritenuto illecito impartito in via cautelare o in seno ad una pronuncia definitiva di condanna ad un *non facere*.

⁷⁹ Cfr. *ex multis* T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 1 settembre 2011, n. 4267, in *Foro amm. TAR*, 2011, p. 2817 (s.m.); T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 10 novembre 2011, n. 1351, *Foro amm. TAR*, 2011, pp. 3677 e ss.; T.A.R. Valle d'Aosta, 13 dicembre 2011, n. 85 in *Foro amm. TAR*, 2011, p. 3829 (s.m.).

⁸⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3554, in *Riv. giur. edil.*, 2011, pp. 1268 e ss., secondo cui «Se in astratto può ritenersi condivisibile la tesi della non impugnabilità del preavviso di diniego, di cui all'art. 10 bis, l. n. 241/1990, ad opposte conclusioni deve tuttavia pervenirsi quando a detto preavviso non solo non abbia fatto seguito, in tempi ragionevoli, l'emanazione di alcun provvedimento formale sull'istanza presentata, ma sia anche ravvisabile una sostanziale sospensione a tempo indeterminato del procedimento, con lesione attuale dell'interesse pretensivo del privato e conseguente applicabilità dei principi, pacificamente riconosciuti dalla giurisprudenza in materia di impugnazione degli atti soprassessori».

La struttura fondamentale di tale tipo d'azione risiede indubbiamente nell'accertamento di un comportamento illecito e nella correlativa condanna di astenersi o di cessare il compimento dell'illecito.

Il potere inibitorio del giudice amministrativo nei confronti della P.A. - presupponendo l'accertamento del rapporto amministrativo - incontra senza dubbio i limiti previsti per l'azione di accertamento e, in particolare, il limite previsto dall'art. 34, comma 2° c.p.c.

Nel caso in cui il potere amministrativo non sia stato ancora esercitato, la possibilità per il giudice di paralizzare - a monte - gli effetti dell'atto amministrativo si tradurrebbe nella indebita sostituzione della volontà giudiziale a quella dell'amministrazione, rimasta inespressa.

Diverso appare il caso in cui l'accertamento e l'inibitoria vengano richiesti dal privato a fronte di poteri amministrativi già esercitati ma non ancora sfociati in un provvedimento amministrativo impugnabile attraverso l'azione di annullamento.

Pensiamo per un momento ad un'amministrazione che ai sensi dell'art. 7 della l., 7 agosto 1990, n. 241 comunichi l'avvio di un procedimento teso alla chiusura dell'attività imprenditoriale, poiché ritenuta priva di alcuni requisiti previsti dalla legge.

Ipotizziamo, ancora, che l'attività imprenditoriale dipenda da finanziamenti bancari e da una programmazione che, dinnanzi all'incertezza ingenerata dall'esercizio dei poteri amministrativi, rischiano di rallentare o arrestarsi, con un pregiudizio economico che, seppur risarcibile, può comportare rilevanti conseguenze.

In tale ipotesi non può continuarsi a negare l'interesse del privato ad accertare l'esistenza o l'inesistenza del rapporto con la P.A.⁸¹.

La necessità di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale impone, allora, una rimediazione delle conclusioni giurisprudenziali riferite; e i

⁸¹ Su tali coordinate era stato altresì formulato l'art. 36 del progetto del Codice.

nuovi poteri attribuiti al giudice amministrativo in sede cautelare depongono in tal senso.

L'art. 55 c.p.a. ha profondamente innovato la precedente previsione legislativa contenuta all'ultimo comma dell'art. 21 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034 - e, ancora prima, dall'art. 12 della l. 31 marzo 1889, n. 5992 - con cui si riconosceva al giudice amministrativo il potere esclusivo di sospendere l'esecuzione dell'atto impugnato.

Tale strumento di tutela ben si conciliava con l'impostazione tradizionale, presupponendo l'esistenza di un provvedimento amministrativo impugnato sui cui effetti il giudice amministrativo poteva - anche *ante causam* - incidere. Ed anche le c.d. ordinanze propulsive -scaturenti dalla sospensione degli effetti giuridici dell'atto di diniego - implicavano sempre l'esistenza di un provvedimento⁸².

La centralità del provvedimento amministrativo appare, come già detto, in crisi: l'art. 55 del c.p.a. si limita a stabilire che "Se il ricorrente, allegando di subire un pregiudizio grave e irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione sul ricorso, chiede l'emanazione di misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma in via provvisoria, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso, il collegio si pronuncia con ordinanza emessa in camera di consiglio". La disposizione continua prevedendo che "La domanda cautelare e' improcedibile finche' non e' presentata l'istanza di fissazione dell'udienza di merito, salvo che essa debba essere fissata d'ufficio".

Il contenuto dell'ordinanza cautelare diventa atipico, non essendo più rigidamente agganciato alla sospensione degli effetti dell'atto impugnato, e può adattarsi al tipo di azione proposta al fine di tutelare l'interesse legittimo pretensivo.

⁸² Per un'ampia panoramica sul punto cfr. E. FOLLIERI, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 646 e ss.

In tale contesto, la tutela inibitoria appare adeguata ad assicurare gli effetti della pronuncia di accertamento, impedendo che la P.A. possa nelle more del giudizio emanare un provvedimento con cui rimuova essa la situazione d'incertezza legittimante il ricorso giurisdizionale.

D'altro canto, il potere inibitorio dei giudici nei confronti della P.A. non è un fenomeno del tutto nuovo nel nostro ordinamento, seppur riservato ad ambiti di tutela speciali (come per la *class action* introdotta con il d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, con l'obiettivo di contrastare l'inefficienza delle pubbliche amministrazioni).

In definitiva, l'azione di accertamento e la correlata azione inibitoria aumentano sicuramente gli ambiti di tutela del privato, superando i tradizionali confini posti dalla natura impugnatoria del giudizio amministrativo⁸³ cui, tra l'altro, appare ancora legata la giurisprudenza comunitaria, la quale, con le celebri sentenze *Factortame* (1990) *Zuckerfabrik Suderithmarschen* (1991) e *Atlanta* (1995)⁸⁴, pur riconoscendo ampi poteri in sede cautelare al giudice nazionale, appare ancora tributaria della centralità dell'azione di annullamento

⁸³ Evidenzia l'importanza del rapporto tra contenuto dei poteri cautelari e del tipo di sentenza emettibile dal giudice amministrativo E. FOLLIERI, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, op. cit., 672-673.

⁸⁴ Rispettivamente sentenze CGCE, 19 giugno 1990, C-213/89, *Factortame*, in *Foro it.*, 1991, IV, pp. 498 e ss.; *Id.*, 21 febbraio 1991, C-143/88 e C- 92/89, *Zuckerfabrik Suderithmarschen*, in *Foro amm.*, 1991, pp. 722 e ss.; *Id.* 9 novembre 1995, C-465/93 *Atlanta*, in *Foro amm.*, 1996, pp. 2553 e ss. con nota di R. CARANTA.

CAPITOLO III

L'AZIONE DI ADEMPIMENTO NEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO.

SEZIONE I

L'AZIONE DI ADEMPIMENTO NEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO: PROFILI PROCESSUALI E RIFLESSI SUL GIUDICATO AMMINISTRATIVO.

1. L'azione di adempimento nel Codice del processo amministrativo alla luce del secondo correttivo. Cenni sul giudicato amministrativo.

Il d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160, c.d. secondo correttivo al codice del processo amministrativo, ha aggiunto al termine del comma 1°, lett. c) dell'art. 34 - rubricato «sentenze di merito» - il seguente periodo: «L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'art. 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio».

L'art. 31, comma 3°, prevede che «Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione».

La disposizione assume particolare rilevanza poiché, per la prima volta, si introduce, per via legislativa, un'azione generale di condanna al rilascio di un provvedimento amministrativo, così come auspicato già oltre trent'anni fa dai migliori contributi dottrinali in materia¹.

¹ Si richiama F. MERUSI, *Verso un'azione di adempimento*, in *Scritti in onore di Giovanni Miele*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 337, il quale sottolinea che «una vera e propria azione di condanna che

Il “codice mutilato” dell’azione di adempimento per opera dell’“anonimo sforbiciatore”² sembra in tal modo riacquistare la sua originaria integrità. È noto, infatti, che il progetto di codice sul processo amministrativo elaborato dalla Commissione costituita presso il Consiglio prevedeva già l’azione di adempimento.

L’art. 40 del progetto rubricato - «Azione di adempimento» - era così formulato: «1. Il ricorrente può chiedere la condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento richiesto o denegato. Le parti allegano in giudizio tutti gli elementi utili ai fini dell'accertamento della fondatezza della pretesa ai sensi dell'articolo 45, comma 2.

2. L’azione è proposta contestualmente a quella di annullamento o avverso il silenzio entro i termini previsti per tali azioni».

L’art. 45 del progetto - richiamato dall’art. 40 - nominava i tipi di sentenze di merito e al comma 1°, lett. c) prevedeva testualmente: «se è stata proposta anche l’azione di adempimento e se [il giudice] ritiene che sussistano i presupposti per una decisione sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, condanna l’amministrazione all’emanazione, entro un termine, del provvedimento rifiutato o omesso».

Lo stesso articolo al comma 2° esplicitava, infine, i presupposti dell’azione di adempimento e, segnatamente, statuiva che «Nei casi di cui alla lettera c) del comma 1, il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio quando si tratta di attività vincolata o accerta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione».

Un primo raffronto consentirebbe di concludere per una sostanziale sovrapposizione tra le due discipline.

sancisca la possibilità di impartire un obbligo di provvedere in un certo modo alla pubblica amministrazione non potrebbe venire introdotta che da una riforma legislativa».

² Le espressioni sono di F. MERUSI, *In viaggio con Laband...*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 658.

Ed invero, sia l'azione di adempimento formulata nel progetto sia quella introdotta dal codice prevedono:

- a) la contestuale proposizione dell'azione di adempimento con l'azione di annullamento o avverso il silenzio;
- b) il limite dell'esaurimento (o dell'assenza nel caso di attività vincolata) della discrezionalità della P.A.;
- c) la contestuale mancanza della necessità di ulteriori adempimenti istruttori "riservati" alla P.A.

Non è stato riproposto, invece, l'inciso «Le parti allegano in giudizio tutti gli elementi utili ai fini dell'accertamento della fondatezza della pretesa ai sensi dell'articolo 45, comma 2».

L'inciso in questione (e la sua assenza nell'attuale formulazione del c.p.a.) lascia intravedere la scelta di fondo operata dal legislatore sia sul modello di processo amministrativo sia sulla concezione di giudicato amministrativo.

Anticipando brevemente quanto verrà esposto nel prosieguo, deve evidenziarsi che l'onere di allegazione in capo alle parti avvicinerrebbe il giudizio amministrativo a quello civile anche in termini di effetti del giudicato e della possibilità di decidere sulla pretesa avanzata dal privato nei confronti della P.A.

Non potendo in alcun modo riportare in questa sede il complesso dibattito sul giudicato civile, è sufficiente richiamare gli insegnamenti di un Andrea Proto Pisani, il quale ha individuato le seguenti note distintive del giudicato sostanziale: «a) il giudicato copre il dedotto e il deducibile; b) il giudicato prevale rispetto allo *ius superveniens* retroattivo»³.

Il nucleo giustificativo di tali caratteristiche è stato riconosciuto nell'idoneità del giudicato (civile) «a troncare il nesso che collega la

³ Così A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, pp. 389.

norma con la fattispecie concreta sostituendosi a quella nella disciplina di questa»⁴.

Il giudicato così diventa l'unica ed imm modificabile⁵ regola della fattispecie concreta, precludendo la possibilità di dedurre nuovamente le questioni che furono sollevate o che si sarebbero potute sollevare nel processo: «Solo il non (ancora) deducibile»⁶ può intaccare la regola immutabile fissata nel giudicato.

Con altre parole, tale concetto era stato lucidamente esposto da Aldo Piras, il quale rinveniva in ogni sentenza la c.d. efficacia preclusiva dell'accertamento, ossia l'impossibilità giuridica per le stesse parti, per il giudice e per qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento di risalire alla fonte normativa o ricostruire direttamente il fatto come già avvenuto durante il processo⁷.

È nel processo, quindi, che devono essere dedotti i fatti rilevanti al fine di determinare il rapporto tra le parti.

Il mancato rispetto della tempistica processuale per la rilevazione di fatti preesistenti o concomitanti al processo rende quest'ultimi irrilevanti per la decisione e non più deducibili in futuri processi tra le stesse parti: solo così la parte vittoriosa potrà godere del risultato del processo e confidare nella stabilità della decisione.

Storicamente il giudizio amministrativo, invece, è stato strutturato come giudizio sull'atto, limitato al sindacato dei vizi dedotti dal ricorrente.

La dottrina tradizionale osservava come il rapporto tra il privato e la P.A. non fosse conosciuto né conoscibile (anche a causa dei limitati strumenti istruttori) da parte del giudice amministrativo, il quale era chiamato a

⁴ Così V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Jovene, Napoli, 1979, pp. 996.

⁵ Così C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 297.

⁶ Così C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Giappichelli, Torino, 2011, p. 178.

⁷ A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 147 -148.

verificare soltanto la “resistenza” dell’atto amministrativo alle censure formulate in ricorso dal privato.

Egli, peraltro, non aveva neppure cognizione del provvedimento amministrativo nella sua interezza, occupandosi «solo del momento formale rappresentato dal problema della validità dell’atto impugnato»⁸.

La conformazione del giudizio amministrativo quale giudizio sull’atto recava poi, quale sua conseguenza naturale, il divieto per la P.A. di integrare in giudizio la motivazione del provvedimento impugnato, essendone oggetto l’atto originario nella sua motivazione storica.

Tale impostazione è rimasta sostanzialmente immutata nella giurisprudenza prevalente del Consiglio di Stato fino al 2011.

Il Supremo consesso nella sua più autorevole composizione, nel 2007⁹, affermava che «I commendevoli contributi acquisiti, in sede dottrinale e giurisprudenziale in tema di “giudizio sul rapporto”, non sembrano condivisibili ove approdino al disconoscimento della natura principalmente impugnatoria dell’azione innanzi al giudice amministrativo».

Quattro anni dopo, due sentenze dell’Adunanza plenaria hanno sancito la «trasformazione del giudizio amministrativo, ove non vi si frapponga l’ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione, da giudizio amministrativo sull’atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata»¹⁰.

Nelle decisioni del 2011 vi è un chiaro richiamo alla teoria del giudicato di Aldo Piras¹¹ secondo cui l’oggetto del processo amministrativo è il

⁸ F. BENVENUTI, *Giudicato* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, 1969, v. XVIII, p. 890.

⁹ Cons. Stato, Ad. plen. 22 ottobre 2007, n. 12, in *Foro it.*, III, 2008, pp. 1 e ss.

¹⁰ *Cfr.* Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3 in *Corr. Giur.*, 2011, 979 e ss. e negli stessi termini Cons. Stato, Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15, in *Urb. app.*, 2011, 1185 e ss.

¹¹ A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, op. cit., *passim*.

rapporto tra pubblica autorità e cittadino, di guisa che l'atto amministrativo perde la sua centralità.

Se l'oggetto del processo amministrativo non è più l'atto ma il rapporto, nulla vieta alla P.A. di integrare la motivazione del provvedimento durante il giudizio e di addurre fatti nuovi a sostegno dell'assetto di interessi fissato nell'atto.

In questa prospettiva, il processo amministrativo rappresenta uno sviluppo meramente eventuale ma interamente devolutivo del procedimento amministrativo¹², la sede in cui la P.A. può dimostrare la legittimità e la correttezza del regolamento d'interessi provvisoriamente fissato nel provvedimento amministrativo (il quale acquista definitività solo dopo esser divenuto inoppugnabile)¹³.

Concessa alla P.A. la possibilità di integrare la motivazione dell'atto amministrativo, di addurre nuove ragioni e nuovi fatti a sostegno dell'assetto di interessi prospettato nel provvedimento amministrativo, è evidente che il mancato uso di tali facoltà debba comportare una preclusione paragonabile a quella del processo civile¹⁴.

«[...] in base al principio del dedotto e deducibile, [così come] il ricorrente deve “spendere” nel ricorso tutti i motivi di invalidità dell'atto; la pubblica amministrazione deve dar conto nell'atto o nell'ambito del processo di

¹² M. CLARICH, *Tipicità delle azioni ed azione di adempimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 580.

¹³ Sul punto cfr. M. S. GIANNINI, *voce Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, p. 266, secondo cui la motivazione del provvedimento amministrativo può essere integrata poiché ciò che rileva è la sostanziale legittimità del provvedimento impugnato alla luce degli atti del procedimento: «ciò che conta è ciò che si è fatto, non ciò che si è dichiarato di fare». Giova segnalare che altri Autori, da tempo, ritengono ammissibile l'integrazione della motivazione da parte della P.A. (A.M. SANDULLI, A.R. TASSONE, F.G. SCOCA, tutti citati in D. BIAGIO, *Motivazione postuma: l'orientamento garantista del Consiglio di Stato*, in *Foro amm. CdS*, 2010, p. 151); di contro, la giurisprudenza amministrativa nettamente prevalente nega tale possibilità (cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. VI, 18 aprile 2013, n. 2142, in *Foro amm. CdS*, 2013, p. 1019 (s.m.); Cons. Stato, Sez. V, 16 aprile 2013, n. 2084, in *Foro amm. CdS*, 2013, p. 963 (s.m.)).

¹⁴ La giurisprudenza del Consiglio di Stato è pressoché unanime nell'escludere - nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità - l'applicazione del principio secondo il quale la pronuncia definitiva del giudice copre il dedotto ed il deducibile in via di azione o eccezione. Cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 9 aprile 2010, n. 2001 in *Foro amm. CdS*, 2010, p. 836 (s.m.); *Id.*, sez. IV, 31 marzo 2009, n. 2023, in *Foro amm. CdS*, 2009, p. 719 (s.m.); *Id.*, Sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3027, in *Foro amm. CdS*, 2005, p. 1827 (s.m.); e da ultimo Cons. Stato, Ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2, in *Foro amm. CdS*, 2013, pp. 68 e ss.

tutti gli elementi e le ragioni che valgono a giustificare l'atto. Se per entrambe le parti il non dedotto non è più deducibile successivamente, si realizza allora la desiderata stabilità del rapporto e la definitiva attribuzione del bene della vita alla parte vittoriosa in giudizio»¹⁵.

In altre parole, la cognizione del giudice amministrativo - coinvolgendo le allegazioni e le deduzioni delle parti - «produce, con la decisione finale, l'effetto di coprire, in relazione al rapporto controverso, il dedotto e il deducibile»¹⁶ sia per il ricorrente che per la pubblica amministrazione.

Alla luce di quanto fin qui esposto è possibile comprendere l'importanza della disposizione contenuta nel progetto del Codice e non riproposta in sede di secondo correttivo. La norma - che prevedeva l'onere per le parti di allegare in giudizio tutti gli elementi utili ai fini dell'accertamento della fondatezza della pretesa - avrebbe potuto costituire un argomento per superare il divieto giurisprudenziale di integrazione "postuma" della motivazione del provvedimento amministrativo da parte della P.A. ed avrebbe forse rappresentato un primo "sintomo" del definitivo passaggio del giudizio amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto, con la piena parificazione della P.A. al privato.

Un'autorevole dottrina quasi 25 anni orsono sottolineava al riguardo che «Una volta imboccata la strada sul rapporto, infatti, sarebbe stato necessario imporre alle parti l'onere di dedurre in giudizio (in via d'azione o di eccezione) tutti gli elementi che contribuiscono a definire il rapporto giuridico oggetto dell'accertamento giudiziale [...]. Con tutta evidenza ciò presuppone un mutamento profondo del processo amministrativo [...] attribuendo alla fase istruttoria una configurazione più articolata»¹⁷.

L'obbligo per l'amministrazione di esplicitare tutte le ragioni (allegando i fatti e le valutazioni a loro sostegno) per le quali il provvedimento

¹⁵ Così spiegata la teoria di A. PIRAS da M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Cedam, Padova, 1989, p. 88.

¹⁶ A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, op. cit., pp. 581-582.

¹⁷ Cfr. M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., p. 112.

amministrativo è stato emanato o rifiutato - quale riflesso del potere di integrare in giudizio la motivazione del provvedimento emanato - è oggi ancora più avvertito se correlato all'introduzione dell'azione di adempimento.

Non può dimenticarsi, invero, che l'azione di adempimento non può che proporsi contestualmente ad un'azione di annullamento o avverso il silenzio ed il giudice - come si analizzerà in seguito - non può pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa sostanziale del privato se non nei casi in cui non vi sia spazio per valutazioni discrezionali della P.A. ovvero risulti completata l'attività istruttoria amministrativa richiesta.

Qualora l'amministrazione resistente fosse costretta ad argomentare e dedurre su tutti i fatti e le ragioni poste alla base del provvedimento impugnato, integrandone la motivazione nel corso del giudizio¹⁸, il giudice potrebbe valutarne la congruità non solo ai fini del giudizio di annullamento, ma anche per verificare l'esistenza di un solo ed unico provvedimento legittimo adottabile ed accertare, quindi, l'effettivo esaurimento della discrezionalità amministrativa o la completezza istruttoria.

D'altra parte, per le pronunce di condanna ad un *facere* della P.A. l'introduzione della regola secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile - con conseguente impossibilità per la P.A. di confermare il provvedimento con motivazioni e sotto profili diversi da quelli esaminati o esaminabili in giudizio - s'imporrebbe¹⁹, potendosi altrimenti verificare

¹⁸ La possibilità per l'Amministrazione di integrare la motivazione del provvedimento amministrativo anche durante il processo è espressamente prevista nell'ordinamento tedesco quale necessario corollario dell'azione di adempimento (§ 114, 2° comma *VwGO* così come modificato dalla legge del 1° novembre 1996) in R. SCHRÖDER, *L'azione di adempimento §§ 42 comma 1 113 comma 5 del codice di procedura amministrativa tedesco federale (VwGO)*, in www.osservatorioappalti.unitn.it.

¹⁹ In dottrina cfr. S. BACCARINI, "Scelta" delle azioni e valutazione della "necessità" dell'annullamento per la tutela del ricorrente, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 7 secondo cui «Con l'azione di adempimento il soggetto anticipa dal giudizio di ottemperanza al giudizio di cognizione la condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento favorevole, determinando la consumazione dei poteri discrezionali di cui l'amministrazione possa per avventura disporre nella fase di rinnovazione del provvedimento e di esecuzione del giudicato. Di conseguenza, vale nel giudizio di adempimento la regola che il giudicato copre il dedotto e il

un'aporia tra il giudicato di condanna all'emanazione di un provvedimento amministrativo formatosi solo su quanto argomentato dalle parti nello specifico processo e l'attività successiva della P.A., la quale potrebbe riprodurre le proprie precedenti determinazioni basandosi, tuttavia, su elementi di fatto e valutazioni non dedotti *ab origine* nel processo amministrativo²⁰.

L'introduzione di un'azione di condanna ad un *facere* della P.A. si scontra così con il tradizionale principio dell'inesauribilità del potere della pubblica amministrazione.

L'originario inciso dell'art. 40 del progetto di Codice - nell'obbligare le parti ad allegare "tutti gli elementi utili" per valutare la fondatezza dell'azione di adempimento - verosimilmente intendeva rivolgersi *in primis* alla P.A., specificando l'onere su di essa gravante circa l'indicazione dei fatti impeditivi all'accoglimento della domanda di adempimento e, nella specie, l'esistenza di ulteriori profili di discrezionalità residua e della necessità di adempimenti istruttori riservati²¹.

Come vedremo nel prosieguo, la mancata riproposizione dell'inciso non sembra aver impedito l'operare di tale meccanismo processuale²², il quale

deducibile: esso è il luogo processuale in cui l'amministrazione ha l'onere di eccepire ogni fatto impeditivo o estintivo, anche connesso a poteri discrezionali, in mancanza di che non potrà farlo successivamente». Così anche F. CARINGELLA, *Corsi di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 716.

²⁰ Cfr. A. TRAVI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 229 che lucidamente osserva: «Perché il giudice amministrativo possa imporre all'Amministrazione (nei termini di una tutela in forma specifica) di assegnare al ricorrente l'utilità pretesa, è necessario che il giudizio si estenda all'accertamento della spettanza di tale utilità. Un accertamento del genere, in un giudizio che investa una posizione "dinamica" come il potere amministrativo, pone problemi non indifferenti. Dal punto di vista processuale postula o la capacità del giudice di introdurre d'ufficio nel processo con larghezza i fatti rilevanti [...], o l'introduzione di un severo meccanismo di preclusioni, che imponga all'Amministrazione, in termini formali o anche solo in via pratica, di enunciare subito nei suoi atti, in modo esaustivo, ogni ragione contraria alla pretesa del privato, senza possibilità di integrazioni successive».

²¹ Cfr. C. RUSSO - F. FORNATARO, *Le azioni del codice del processo. Termini, condizioni e forme di proposizione*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 183.

²² *De iure condendo* si potrebbe introdurre un istituto paragonabile al c.d. *Widerspruchsverfahren* (procedimento di opposizione), previsto dai § 68, *VwGO* e ss. il quale consiste in un passaggio procedimentale di riesame preliminare (*Vorverfahren*) e necessario per il privato al fine di

per parte della dottrina rappresenta un principio ormai immanente nel nostro ordinamento in forza dell'art. 111, comma 2° Cost: la ragionevole durata del processo amministrativo non può consentire che nel processo amministrativo «non siano concentrate tutte le possibili questioni litigiose ed impugnatorie relative all'esercizio del corrispondente potere in quella situazione»²³.

2. I requisiti di ammissibilità e procedibilità dell'azione di adempimento prevista dal codice del processo amministrativo.

Il secondo correttivo al Codice ha previsto la proponibilità dell'azione di adempimento contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio.

Tale impostazione - che, come ricordato, si rinveniva anche all'art. 40, 2° comma del progetto del Codice - appare coerente con la previsione generale dell'art. 30, comma 1° c.p.a. secondo cui «L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di

proporre l'azione di annullamento di un atto e l'azione di adempimento diretta contro un atto di diniego del provvedimento della P.A. (istituto, per il vero, già conosciuto nel nostro ordinamento ad esempio nelle controversie previdenziali in cui, ai sensi dell'art. 443 c.p.c., il previo esaurimento della procedura di revisione amministrativa costituisce condizione di procedibilità [e non di proponibilità] della domanda). Cfr. R. BIFULCO, *La giustizia amministrativa nella Repubblica federale di Germania*, in G. RECCHIA (a cura di) *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa, Trattato di diritto amministrativo, diretto da G. SANTANIELLO*, vol. XXV, Padova, Cedam, 1996, pp. 279 e ss.

²³ G. TACCOGNA, *Giusto processo amministrativo e integrazione della motivazione dell'atto impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, pp. 696 e ss., par. 4. La necessità di assicurare una definitiva stabilità alla pronuncia giurisdizionale - attraverso il principio secondo cui il giudicato copre "il dedotto e deducibile" - sembra trovare risponenza in una recente sentenza del giudice amministrativo cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 22 gennaio 2013, n. 356, sul sito istituzionale della giustizia amministrativa, www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui, entro i limiti del «[...] "titolo" della stessa azione e [del...] "bene della vita" che ne forma oggetto [...] il giudicato copre il "dedotto ed il deducibile", cioè non soltanto le questioni di fatto e di diritto fatte valere in via di azione e di eccezione e, comunque, esplicitamente investite dalla decisione, ma anche le questioni che, pur non dedotte in giudizio, costituiscano un presupposto logico ed indefettibile della decisione stessa, restando salva ed impregiudicata soltanto la "sopravvenienza di fatti e situazioni nuove", verificatisi dopo la formazione del giudicato [...] ed è corollario del principio - immanente nel sistema giuridico - che impone che le liti debbano, prima o poi, trovare definitiva composizione in sede giurisdizionale, come non avverrebbe, giocoforza, laddove l'Amministrazione [...] potesse via via utilizzare elementi non precedentemente esaminati per pervenire ad esiti identici a quelli già "definitivamente" censurati in sede giurisdizionale».

giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma».

Come correttamente osservato in dottrina²⁴, l'azione di adempimento si configura sotto il profilo strutturale come un'azione necessariamente "complessa", implicante la proposizione di un'azione "presupposta" finalizzata ad accertare l'illegittimità del diniego o dell'inerzia dell'amministrazione.

Già prima del secondo correttivo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, nel ritenere ammissibile l'azione di adempimento, aveva evidenziato che «alla stregua dell'inciso iniziale del comma 1 dell'art. 30, salvi i casi di giurisdizione esclusiva del giudizio amministrativo (segnatamente, con riferimento alle azioni di condanna a tutela di diritti soggettivi) ed i casi di cui al medesimo articolo (relativi proprio alle domande di risarcimento del danno ingiusto di cui ai successivi commi 2 e seguenti), la domanda di condanna può essere proposta solo contestualmente ad altra azione.

Si ricava allora che mentre la domanda tesa ad una pronuncia che imponga l'adozione del provvedimento satisfattorio non è ammissibile se non accompagnata dalla rituale e contestuale proposizione della domanda di annullamento del provvedimento negativo (o del rimedio avverso il silenzio ex art. 31), per converso la domanda risarcitoria è proponibile in via autonoma rispetto al rimedio caducatorio»²⁵.

In altre parole, la regola della contestualità e dell'accessorietà dell'azione di adempimento era stata generalmente accettata dalla giurisprudenza amministrativa, sicché la previsione contenuta dal secondo correttivo può ritenersi meramente riproduttiva di una regola di diritto vivente.

L'aspetto strutturale dell'azione oggetto di considerazione è fondamentale per stabilire i requisiti di ammissibilità della domanda introduttiva.

²⁴ Cfr. A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 196 e ss.

²⁵ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3 in *Corr. giur.*, 2011, pp. 979 e ss.; in termini Cons. Stato, Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15 in *Urb. app.*, 2011, pp. 1185 e ss.

Innanzitutto, sembra evidente che un'azione di adempimento proposta in via autonoma sarebbe destinata a sfociare in una pronuncia in rito (d'inammissibilità), posto che l'accessorietà dell'azione rappresenta - come sottolineato dall'Adunanza Plenaria n. 3/2011 - un requisito la cui mancanza costituisce motivo ostativo all'esame nel merito della domanda ex art. 35 comma 1°, lett. b) c.p.a.

In secondo luogo, deve considerarsi la "tipicità" dell'azione di adempimento, "agganciata" ad una limitata tipologia di azioni "presupposte": l'azione di annullamento e l'azione avverso il silenzio.

Rimane esclusa dalle azioni presupposte l'azione di nullità.

Parte della dottrina²⁶ ha criticato tale scelta legislativa, sostenendo che l'azione di nullità costituisca una specie di "azione di annullamento forte" poiché tesa ad eliminare *lato sensu* il provvedimento amministrativo invalido.

Altri autori²⁷ hanno evidenziato, invece, la coerenza della scelta legislativa alla luce del disposto dell'art. 21 *septies* l. 7 agosto 1990, n. 241 secondo cui «È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge». In tale contesto, l'azione di adempimento potrebbe rivelarsi superflua poiché la nullità degli atti adottati in violazione o elusione del giudicato è dichiarata ai sensi dell'art. 114, comma 4° c.p.a. dal giudice dell'ottemperanza, il quale può ampiamente sostituire/modificare il provvedimento nullo in forza dei poteri derivanti dalla giurisdizione estesa al merito; inoltre la nullità dovuta alla carenza degli elementi essenziali o al difetto assoluto di

²⁶ Cfr. A. CARBONE, *La nullità e l'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2009, p. 827; B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 275.

²⁷ R. CAPONIGRO, *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, sul sito istituzionale della giustizia amministrativa, www.giustizia-amministrativa.it, 2012.

attribuzione sembrerebbe non riservare alcuno spazio per accertare la fondatezza della pretesa sostanziale dedotta in giudizio.

Alla luce della definizione di azione di adempimento dettata nel paragrafo 1 del Cap. II, essa sembrerebbe, poi, ammissibile solamente a fronte di un provvedimento di diniego o dell'inerzia della P.A. e non anche nel caso in cui l'atto amministrativo sia difforme rispetto a quello dovuto.

Per i provvedimenti amministrativi negativi, le ragioni della necessità dell'annullamento sono state esplicitate da Guido Greco²⁸ in uno studio sugli strumenti di tutela dell'interesse legittimo pretensivo. Segnatamente, l'Autore rileva che è indispensabile il previo annullamento del provvedimento di diniego poiché quest'ultimo, in quanto atto autoritativo ed imperativo, produce in ogni caso l'estinzione della pretesa insita nell'interesse legittimo pretensivo. Ne consegue che la suddetta "pretesa" non può essere ripristinata se non eliminando il provvedimento che, dettando un assetto di interessi incompatibile con la sua esistenza, l'ha estinta²⁹.

Nel caso di provvedimento parzialmente positivo per il privato, invece, il previo annullamento con effetti *ex tunc* dell'atto positivo impugnato potrebbe comportare delle conseguenze sfavorevoli maggiori rispetto a quelle della stessa illegittimità (pensiamo solo per un momento ad un'azione di adempimento incoata dal privato per ottenere la modifica di un'autorizzazione amministrativa per quantità, qualità, tempi e modi non pienamente soddisfattiva e alle conseguenze di una pronuncia di annullamento, la quale priverebbe del tutto il privato dell'utilità cui aspira e che in parte è già stata riconosciuta).

Nondimeno, già i primi contributi dottrinari sull'azione di adempimento si sono espressi sulla necessità del previo annullamento del provvedimento

²⁸ G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1980.

²⁹ G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, op. cit., pp. 168-169.

amministrativo, quale che sia il suo contenuto (anche se parzialmente positivo): poiché la pretesa del ricorrente non può che essere soddisfatta dall'emanazione di uno specifico provvedimento favorevole, l'“atto sbagliato” deve sostanzialmente equipararsi all'atto negativo³⁰.

Sotto questo profilo deve richiamarsi la recente sentenza della Sezione VI del Consiglio di Stato del 10 maggio 2011, n. 2755³¹ con la quale, per la prima volta, il giudice amministrativo, richiamando il principio di effettività della tutela giurisdizionale, ha ammesso la possibilità di derogare ai tradizionali effetti *ex tunc* della pronuncia di annullamento qualora essi tradiscano le finalità della tutela demolitaria. In particolare, l'autorità giudiziaria può limitare la retroattività degli effetti della sentenza (circoscrivendola ad alcuni profili o prevedendone la decorrenza *ex nunc*) ovvero escluderla del tutto (disponendo esclusivamente sugli effetti conformativi) ove l'annullamento *ex tunc* finisca per frustrare le esigenze di tutela poste alla base dell'impugnazione e riconosciute con l'accoglimento del ricorso³².

La necessaria accessorietà dell'azione di adempimento prevista nel codice merita, infine, attenzione in quanto essa ne sancisce la differenza con l'omologa azione tedesca, la quale ha una struttura unitaria e autonoma rispetto alle altre azioni di annullamento ed accertamento³³.

³⁰ F. LA VALLE, *Azione d'impugnazione ed azione d'adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità* in *Jus*, 1965, 158, nota 13.

³¹ Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755 in *Urb. app.*, 2011, p. 927 con nota critica di A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e “non annullamento” dell'atto illegittimo*, nella medesima rivista, p. 936 e ss.

³² Nonostante le autorevoli critiche mosse a tale decisione (cfr. A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e “non annullamento” dell'atto illegittimo*, op. cit., M. FORNACIARI, *Ultimissime dal Consiglio di Stato: l'annullamento...che non annulla!* in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 1662 e ss.) deve evidenziarsi come la soluzione prospettata dai giudici amministrativi appaia - iure condito - l'unica in grado di mantenere la regola dell'accessorietà dell'azione di adempimento in ambiti rispondenti all'effettività della tutela. Richiamare, infatti, i più ampi effetti ricollegabili alle situazioni giuridiche potestative e della tutela costitutiva prospettando non solo pronuncia eliminatorie degli effetti (sentenza di annullamento), ma anche sostitutive (così M. FORNACIARI, *Ultimissime dal Consiglio di Stato: l'annullamento...che non annulla!*, op. cit.) costituisce riflessione sicuramente condivisibile in astratto, ma appare lontana dal vigente dato normativo.

³³ Peraltro, l'azione di adempimento tedesca promossa dal privato nei confronti della P.A. soggiace a termini di proposizione identici all'azione di annullamento qualora abbia ad oggetto l'attività amministrativa consacrata nel provvedimento di diniego (c.d. *Weigerungsgegenklage*)

Circa il requisito della contestualità, esso sembra costituire un *quid pluris* rispetto alla mera pregiudizialità dell'azione principale e si presta a letture diverse.

La contestualità dell'azione di adempimento con l'azione principale potrebbe riferirsi alla necessaria proposizione di entrambe le azioni nello stesso ricorso introduttivo.

Così intesa, l'azione di adempimento soggiacerebbe agli stessi termini di proponibilità previsti per l'azione di annullamento o avverso il silenzio (ossia 60 giorni per l'azione di annullamento e un anno per l'azione sul silenzio)³⁴ e non potrebbe essere esperita successivamente allo scadere dei suddetti termini con ricorso per motivi aggiunti.

cfr. M. CLARICH, *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, p. 73-75. Non mancano però nella dottrina tedesca opinioni contrarie che ritengono che «sia sempre necessario proporre congiuntamente le due azioni per evitare che l'atto di rifiuto divenga inoppugnabile e, quindi, la mera *Verpflichtungsklage* divenga *inutiliter data* se non si procede all'eliminazione del provvedimento giuridico illegittimo» così F. CARINGELLA, *Il secondo correttivo processuale battezza l'azione di esatto adempimento*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 4/2012, 11 ss., § 3.2.
³⁴ *Cfr.* F. CARINGELLA, *Architettura e tutela dell'interesse legittimo dopo il codice del processo amministrativo: verso il futuro!*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011, secondo cui l'azione di esatto adempimento «conosce due limiti pregnanti: a) il limite sostanziale rappresentato dalla non utile esperibilità di detto rimedio ove residuino sacche di discrezionalità amministrativa o tecnica o siano necessarie attività istruttorie riservate alla p.a. (vedi l'art. 31, comma 3, in tema di rito del silenzio, che esprime un principio generale estensibile anche al caso di diniego esplicito); b) un limite processuale dato dalla necessità che detta azione di condanna, non esperibile in via autonoma, si accompagni ad altra azione di cui rappresenti il completamento nell'ambito dello stesso processo.

Quanto a detto ultimo limite va rammentato che l'art. 30, comma 1 stabilisce che, salvi i casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (segnatamente, con riferimento alle azioni di condanna a tutela di diritti soggettivi) ed i casi di cui al medesimo articolo (relativi proprio alle domande di risarcimento del danno ingiusto di cui ai successivi commi 2 e seguenti), la domanda di condanna può essere proposta solo contestualmente ad altra azione in guisa da dar luogo ad un *simultaneus processus* che obbedisce ai principi di concentrazione processuale ed economia dei mezzi giuridici. Ne deriva che la domanda tesa ad una pronuncia che imponga l'adozione del provvedimento satisfattorio non è ammissibile se non accompagnata dalla rituale e contestuale proposizione della domanda di annullamento del provvedimento negativo (o del rimedio avverso l'atto nullo ex art. 31, comma 4).

In definitiva, onde evitare l'elusione del termine decadenziale che permea il rimedio costitutivo, la legge impone che il soggetto che abbia subito un provvedimento illegittimo di diniego impugni tempestivamente detto diniego per essere legittimato a proporre, nello stesso processo, la domanda di condanna all'adozione dell'atto satisfattorio. La necessaria connessione della domanda di condanna pubblicistica a quella principale di annullamento (o di nullità) spiega perché detta azione di condanna non conosca un suo termine decadenziale, visto che mutua il termine che governa la domanda principale rispetto alla quale si pone in chiave complementare ed integrativa».

Diversamente potrebbe ritenersi che la contestualità implichi soltanto la necessaria proposizione dell'azione di adempimento all'interno dello stesso giudizio in cui sia stata proposta l'azione principale, ma non nello stesso ricorso.

In tal caso l'azione di adempimento sarebbe esperibile anche con ricorso per motivi aggiunti, senza il necessario rispetto dei termini di proponibilità della domanda principale.

La contestualità delle azioni sarebbe perciò riferita all'obbligo di rispettare il *simultaneus processus*, ma non all'obbligo di proposizione contemporanea delle domande.

Per parte della dottrina³⁵, in favore di tale soluzione, militerebbe sia il dettato dell'art. 43, comma 1° c.p.a. - secondo cui nel processo amministrativo attraverso i motivi aggiunti è possibile introdurre, non solo «nuove ragioni di sostegno delle domande già proposte», ma anche «domande nuove purché connesse a quelle proposte» - sia la previsione dell'art. 32 c.p.a., secondo cui «è sempre possibile nello stesso giudizio il cumulo di domande connesse proposte in via principale o incidentale».

Conforterebbe la tesi estensiva anche il raffronto tra la disposizione introdotta dal secondo correttivo e la corrispondente previsione contenuta nel progetto del codice, poi espunta.

Nel progetto si stabiliva, infatti, la proponibilità dell'azione di adempimento contestualmente a quella di annullamento o avverso il silenzio, «entro i termini previsti per tali azioni».

L'inciso non è stato riprodotto dal secondo correttivo.

Tale assenza porterebbe a concludere che se già «l'originario intento [è stato] [...] quello di escludere la necessaria presenza delle due azioni in un unico atto, ferma restando la necessaria proposizione della domanda di adempimento nei termini decadenziali previsti per l'azione “madre”, venuto meno il rimando ai termini previsti per l'azione di annullamento o

³⁵ A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., p. 200.

avverso il silenzio, appare plausibile ritenere che, in base alla nuova formulazione del testo, sia sufficiente la presentazione della domanda nel corso del giudizio»³⁶.

Sosterrebbe, infine, la tesi estensiva anche l'analisi della *ratio* della contestualità delle azioni, rinvenibile nell'esigenza soltanto di concentrare in un unico processo la cognizione sul rapporto tra cittadino e P.A.: «la previsione di un termine di decadenza per l'esercizio dell'azione di annullamento o avverso il silenzio, ha la sua fonte nell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici in cui sono coinvolti interessi pubblici, la stessa esigenza non può rinvenirsi per la domanda di condanna al rilascio di un provvedimento che, avendo il suo presupposto nell'annullamento dell'atto adottato in esito all'istanza pretensiva, è viceversa funzionale proprio alla celere definizione della disciplina del rapporto giuridico»³⁷.

Per inciso, al fine di esaminare l'azione di adempimento proposta nel corso del giudizio, il giudice amministrativo dovrà sempre preliminarmente valutare la tempestività dell'azione "presupposta", la cui tardività - e la conseguente declaratoria d'inammissibilità - non potrà che travolgere anche l'azione di adempimento.

Il secondo correttivo nulla dice in ordine al rito applicabile in caso di proposizione della domanda di adempimento contestualmente all'azione sul silenzio disciplinata dall'art. 117 c.p.a.

Appare condivisibile la riflessione³⁸ che rileva la superfluità della questione poiché il codice (già *ante* secondo correttivo) prevedeva - tra gli esiti dell'azione del silenzio - la possibilità di conoscere della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (art. 117, comma 3° c.p.a.).

³⁶ R. CAPONIGRO, *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, op. cit., § 2.2.1.

³⁷ R. CAPONIGRO, *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, op. cit., § 2.2.1.

³⁸ R. CAPONIGRO, *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, op. cit., § 2.2.1.

Occorre accennare al diverso momento cui il giudice deve rapportarsi ai fini della decisione.

Ed invero, nella tradizionale azione di annullamento, l'accertamento della legittimità dell'azione amministrativa deve avvenire secondo la situazione di fatto e di diritto vigente al momento dell'adozione dell'atto (anche in ragione del principio *tempus regit actum*), sicché la sopravvenienza in corso di giudizio di un nuovo quadro normativo non rileva ai fini del giudizio³⁹.

L'azione di adempimento, invece - in ragione di quanto fin qui esposto in tema di necessità di integrazione della motivazione dell'atto amministrativo e per quanto si esporrà nel prosieguo in tema di esaurimento della discrezionalità della P.A. - impone al giudice amministrativo di tener conto della situazione di fatto e di diritto esistente al momento della decisione poiché, come evidenziato dalla dottrina (con riferimento al modello tedesco), con l'azione di adempimento il ricorrente mira ad un accertamento dell'obbligo attuale della P.A.⁴⁰.

Tale differenza rappresenta un sintomo del differente atteggiarsi del giudizio sul rapporto in relazione al tipo di tutela richiesta.

2.1. Profili problematici. La tutela dei controinteressati.

In ossequio al principio dell'integrità del contraddittorio, i soggetti che vantano un interesse legittimo diretto e contrario rispetto a quello del ricorrente principale devono essere evocati in giudizio.

Più specificamente, si definisce controinteressato «in senso formale» (o in senso proprio) colui il quale è espressamente indicato con tale qualità

³⁹ Cfr. *ex multis* T.A.R., Lombardia, Milano, Sez. I, 24 maggio 2013, n. 1371, in *Foro amm. TAR*, 2013, p. 1445 (s.m.); T.A.R., Trentino Alto Adige, Trento, Sez. I, 9 marzo 2012, n. 79, in *Foro amm. TAR*, 2012, pp. 721 e ss.

⁴⁰ Cfr. R. BIFULCO, *La giustizia amministrativa nella Repubblica federale di Germania*, op. cit., p. 342. È interessante rilevare che la dottrina tedesca, per l'azione di accertamento, individua il momento in cui verificare la sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto nel momento in cui viene esercitato il potere amministrativo, a meno che il privato non ne richieda l'accertamento in un preciso istante.

nell'atto impugnato e vanta una propria posizione giuridica autonoma e incompatibile con quella di cui è titolare il ricorrente principale; si parla, invece, di controinteressato in senso sostanziale, con riferimento sempre al titolare di un interesse contrario all'accoglimento del ricorso giurisdizionale ma non identificato in maniera puntuale in seno al provvedimento amministrativo impugnato (anche se agevolmente desumibile dal contesto).

Tradizionalmente la giurisprudenza prevalente ha riconosciuto la qualità di controinteressati soltanto a coloro i quali avessero un interesse - anche legittimo - a mantenere efficace il provvedimento impugnato attributivo di un vantaggio diretto ed immediato e, di converso, l'ha negata a chi ne traesse un'utilità indiretta o riflessa⁴¹.

Tale impostazione risultava coerente rispetto ad un sistema processuale incentrato sull'azione di annullamento: l'accoglimento del ricorso avrebbe solamente determinato una riedizione del potere da parte della P.A., senza dettare alcuna prescrizione in merito al contenuto della futura determinazione amministrativa (eventualmente pregiudizievole per il terzo).

Tanto premesso, occorre ora riflettere sull'incidenza della previsione di nuove azioni di accertamento e di condanna ad un *facere* sulla nozione classica di controinteressato. Autorevole dottrina⁴² rileva, infatti, come l'abbandono della centralità dell'azione di annullamento abbia inciso in senso estensivo sulla definizione di controinteressato.

L'ampliamento del novero dei controinteressati già emergerebbe dalle disposizioni in materia di ricorso contro il silenzio-inadempimento della P.A.

⁴¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 novembre 2002, n. 6546, in *Riv. giur. ambiente*, 2003, pp. 577 e ss.; Cons. Stato, Sez. V, 3 luglio 1995, n. 991, in *Foro amm.*, 1995, p. 1500 (s.m.).

⁴² A. CARBONE, *L'opposizione di terzo ex art. 108 comma 1° c.p.a.*, in *Foro amm. TAR*, 2012, pp. 2959 e ss.

Prima dell'entrata in vigore del Codice, la giurisprudenza prevalente negava la presenza di controinteressati nei giudizi contro il silenzio-rifiuto della pubblica amministrazione sul presupposto della mancanza di un provvedimento favorevole per il terzo alla cui conservazione egli potesse avere interesse.

L'art. 117, comma 1° c.p.a. prevede oggi espressamente la notifica del ricorso avverso il silenzio-inadempimento della P.A. ad almeno uno dei controinteressati.

La disposizione è diretta conseguenza del superamento della tesi secondo cui il giudizio in esame sarebbe un giudizio di mero accertamento dell'inerzia dell'Amministrazione, essendo, piuttosto, oggetto del ricorso l'accertamento della fondatezza dell'istanza: potendo il giudice - nei limiti di cui all'art. 31, comma 3° c.p.a. - riconoscere direttamente la spettanza del bene della vita anelato dal privato, la notifica del ricorso nei confronti dei soggetti che possono avere un interesse contrario all'accoglimento del ricorso s'impone al fine di consentire ai medesimi di poter esporre le ragioni a difesa della propria posizione giuridica.

Considerazioni analoghe valgono con riferimento all'azione di condanna: l'eventualità che il giudice possa ordinare alla P.A. l'adozione del provvedimento soddisfacente per il ricorrente ma pregiudizievole per coloro che ricevono un vantaggio dal provvedimento impugnato rende necessario il coinvolgimento di costoro nel giudizio.

Lo stesso art. 41 c.p.a. (e prima l'art. 21, comma 1° l. Tar e l'art. 36 comma 2, t.u. Cons. Stato) prevede che «Qualora sia proposta azione di condanna, anche in via autonoma, il ricorso è notificato altresì agli eventuali beneficiari dell'atto illegittimo, ai sensi dell'articolo 102 del codice di procedura civile; altrimenti il giudice provvede ai sensi dell'articolo 49»⁴³.

⁴³ Evidenzia un recente contributo che «Tuttavia la norma in questione non brilla per chiarezza. L'art. 41, co. 2, stabilisce che qualora sia proposta azione di condanna, anche in via autonoma, il ricorso è altresì notificato “agli eventuali beneficiari dell'atto illegittimo, ai sensi dell'art. 102 del c.p.c.”. Ma non è chiaro se i beneficiari dell'atto impugnato siano da intendersi come controinteressati in senso proprio, come se “il legislatore abbia individuato nel beneficiario

Il Codice non si occupa direttamente dell'ipotesi in cui non vi siano beneficiari immediati dell'atto impugnato (ad esempio, l'atto di diniego non è stato accompagnato da un collegato provvedimento di attribuzione della stessa utilità ad un altro soggetto).

Può accadere, tuttavia, che vi siano soggetti che ricavano dal diniego amministrativo un'utilità riflessa in quanto interessati a mantenere lo *status quo*⁴⁴.

Si è riferito che l'orientamento giurisprudenziale assolutamente dominante negava - ed ancora oggi nega - a costoro l'interesse ad agire.

In senso opposto autorevole dottrina individua tra i controinteressati anche i soggetti la cui posizione si traduce in un interesse indiretto ma qualificato al mantenimento di un provvedimento a contenuto negativo: «titolare di una posizione qualificata d'interessi, opposta a quella del ricorrente, non è solo chi abbia conseguito un vantaggio specifico per effetto dell'atto impugnato, ma è anche chi per effetto dello stesso atto abbia evitato un pregiudizio specifico. Si pensi al caso del proprietario rispetto all'impugnazione, da parte del vicino, di un diniego o di un annullamento di concessione edilizia concernente il vicino stesso, o al caso del negoziante rispetto all'impugnazione, da parte di un concorrente, di un diniego di autorizzazione commerciale, o al caso del vincitore di un concorso rispetto all'impugnazione, da parte di un candidato, del provvedimento di esclusione»⁴⁵.

A ben guardare, la tesi dottrinale appare in linea alla mutata concezione dell'interesse legittimo quale interesse materiale alla conservazione o al

dell'atto illegittimo un corresponsabile, sul quale ricada (in tutto o in parte) l'obbligazione risarcitoria», oppure se costoro non possano essere qualificati tecnicamente come controinteressati, premendo esclusivamente al legislatore in quella sede di ammettere che la condanna possa avere per oggetto la rimozione di un provvedimento amministrativo illegittimo» (cfr. M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp.100 ss.).

⁴⁴ Cfr. A. TRAVI, *L'opposizione di terzo e la tutela del terzo nel processo amministrativo*, in *Foro It.*, 1997, III, c. 24.

⁴⁵ Cfr. A. TRAVI, *L'opposizione di terzo e la tutela del terzo nel processo amministrativo*, op. cit., c. 24.

conseguimento di un dato bene della vita: se l'ordinamento accorda in via generale tutela giurisdizionale anche all'interesse del privato a non subire alterazioni o modificazioni in senso negativo della propria sfera giuridica, non si vede ragione per negare la qualità di controinteressato a colui il quale, ricevendo dal provvedimento impugnato un vantaggio - seppur indiretto - nella propria sfera giuridica, abbia interesse al rigetto del ricorso.

Un'ultima considerazione con riferimento all'azione di cui all'art. 34, comma 1°, lett. c) c.p.a.: i terzi che si espongono al rischio di una sentenza di accoglimento di un'azione di condanna pubblicistica a loro sfavorevole potrebbero non coincidere con gli originari controinteressati dell'azione di annullamento supportante l'azione di adempimento.

Ed infatti, ammettendo la possibilità di proporre l'azione di adempimento con ricorso per motivi aggiunti ex art. 43 c.p.a., potrebbe rinvenirsi l'esistenza di contraddittori sopravvenuti qualora l'azione formulata coinvolga soggetti terzi.

Nelle suddette ipotesi il sopravvenire di una divergenza tra legittimazione ed interesse ad intervenire appare in concreto di difficile configurabilità ove si acceda alla nozione di controinteressato proposta dalla dottrina sopraindicata.

Diversamente, accedendo alla nozione di controinteressato sposata dalla prevalente giurisprudenza amministrativa⁴⁶, l'azione di adempimento potrebbe rendere concreto, diretto ed attuale l'interesse di coloro che sono coinvolti solo in modo indiretto e riflesso dagli effetti di una pronuncia relativa all'annullamento del provvedimento impugnato.

⁴⁶ da ultimo, *cf.* T.A.R. Emilia Romagna Parma, Sez. I, 4 aprile 2012, n. 153, in *Foro Amm. TAR*, 2012, 4, p. 1183 (s.m.).

SEZIONE II

OGGETTO E LIMITI DELL'AZIONE DI CONDANNA DELLA P.A. ALL'ADOZIONE DI UN PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO.

3. Oggetto e limiti dell'azione di condanna della P.A. all'adozione di un provvedimento amministrativo. Profili generali.

Il secondo correttivo statuisce l'ammissibilità dell'azione di adempimento in presenza «di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione».

Da ciò emerge che, rispetto all'azione di adempimento privatistica prevista dall'art. 1453 c.c., l'azione di adempimento pubblicistica conosce un limite peculiare: l'esercizio di un potere amministrativo.

A fronte dell'astratta pariteticità tra debitore e creditore nell'azione di adempimento civilistica, il giudice amministrativo, nell'omonima azione pubblicistica, deve tener conto dei poteri discrezionali riservati alla P.A.⁴⁷ È interessante notare che l'art. 31, comma 3° c.p.a. - cui l'art. 34, comma 1°, lett. c) c.p.a. rinvia - si presta a due diverse interpretazioni.

In primo luogo, si potrebbe affermare che la disposizione distingue due blocchi diversi di attività amministrativa: da un lato l'attività vincolata e dall'altro l'attività discrezionale in relazione alla quale soltanto - attraverso la congiunzione "e" - potrebbe porsi l'eventualità di ulteriori adempimenti istruttori riservati all'amministrazione.

Ed allora l'accertamento sulla fondatezza della pretesa sostanziale avanzata dal privato (e l'eventuale condanna della P.A. all'adozione del provvedimento richiesto) sarebbe sempre possibile rispetto alle attività vincolate, mentre sarebbe escluso per ambiti riservati alla discrezionalità

⁴⁷ Come ricordato da S.R. MASERA, *Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo*, Padova, Cedam, 2006, p. 49.

amministrativa e per i quali possa verificarsi la necessità di attività istruttorie di competenza amministrativa.

Le opzioni ermeneutiche in ordine all'attività vincolata conseguenti a siffatta lettura potrebbero poi essere due: o il legislatore esclude che in seno all'attività vincolata esistano ambiti istruttori riservati alla P.A. o ritiene che tali ambiti, ove esistenti, possano essere integrati dagli ampliati poteri cognitori del giudice amministrativo.

Diversamente potrebbe sostenersi che l'inciso finale dell'art. 31, comma 3° c.p.a. - attraverso la congiunzione "e" - collega la mancanza di adempimenti istruttori riservati alla P.A. a qualsivoglia attività amministrativa (vincolata o discrezionale).

Conseguentemente l'azione di adempimento (mai ammessa rispetto al merito amministrativo) non sarebbe proponibile neanche nel caso di attività vincolata qualora residuino adempimenti istruttori propri della pubblica autorità e il giudice amministrativo dovrebbe - a prescindere dalla natura vincolata o discrezionale dell'attività amministrativa - verificare sempre in via preliminare la sussistenza di ambiti istruttori riservati alla P.A.

Non risolve il dubbio interpretativo la giurisprudenza amministrativa poiché l'Adunanza plenaria n. 3/2011 - nel ritenere ammissibile l'azione di condanna atipica all'adozione del provvedimento richiesto - ne limita l'esperibilità ai casi di insussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, senza un preciso riferimento ad ipotesi di attività istruttorie riservate.

Qualche chiarimento potrebbe provenire dallo studio comparato dell'azione di adempimento e dalla ricognizione della giurisprudenza amministrativa in materia.

L'esistenza di ambiti istruttori riservati alla P.A. - la cui esatta portata verrà esaminata al paragrafo 3.2.1 - è stata individuata dalla

giurisprudenza amministrativa tedesca quale limite ai propri poteri conoscitivi.

Più specificamente, il massimo organo della giustizia amministrativa tedesca (il *Bundesverwaltungsgericht*) ha escluso la proponibilità dell'azione di adempimento nel caso di oggettiva impossibilità da parte del giudice amministrativo di reperire *aliunde* una valutazione istruttoria equipollente a quella amministrativa.

Evidenzia M. Clarich che il limite all'azione di adempimento, conseguente al giudizio di "necessarietà" dell'attività istruttoria della P.A., è stato giustificato dalla giurisprudenza non soltanto perché attività accertative particolarmente complesse non possono che essere svolte da «un organo attrezzato degli strumenti necessari», ma altresì per esigenze di celerità procedimentale che potrebbero essere incompatibili con lo scopo e i tempi dell'attività giurisdizionale⁴⁸.

Anche il nostro giudice amministrativo ha fatto riferimento alla riserva d'istruttoria procedimentale individuando, quale limite alla condanna all'emissione di un provvedimento amministrativo della P.A., la necessità di «acquisire gli elementi istruttori demandati ad un procedimento che o non si è mai svolto o si è svolto in modo incompleto»⁴⁹.

La giurisprudenza amministrativa - nella sua più autorevole composizione - ha poi contribuito a definire l'area conoscitiva riservata alla P.A. distinguendo tra atto vincolato, atto discrezionale e atto tecnico-discrezionale.

Atto vincolato è l'atto che la P.A. adotta all'esito di un accertamento relativo alla sussistenza delle condizioni richieste dalla legge per il venire in essere di un dato assetto d'interessi e compiuto in base a regole attinte

⁴⁸ M. CLARICH, *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, p. 88.

⁴⁹ Cons. Stato, Sez. V., 3 giugno 2010, n. 3487 in *Foro Amm. CdS*, 2010, p. 1268 (s.m.).

dalle c.d. scienze esatte, tali cioè da escludere nella loro applicazione qualsivoglia margine di valutazione ed opinabilità⁵⁰.

Atto discrezionale è l'atto che la P.A. emana in piena libertà, scegliendo secondo regole di opportunità e convenienza tra le soluzioni alternative quella più idonea alla soddisfazione dell'interesse pubblico perseguito.

Atto tecnico-discrezionale è l'atto amministrativo successivo ad un'analisi dei fatti compiuta dalla P.A. alla luce di criteri opinabili e non certi.

Anticipando brevemente quanto si esporrà nel prosieguo, tradizionalmente la discrezionalità tecnica è stata assimilata alla discrezionalità pura, ritenendosi in entrambi i casi sussistere una riserva in favore della P.A.: nella prima ipotesi con riguardo all'esame dei fatti e delle circostanze rilevanti nel caso concreto; nella seconda rispetto alla scelta della soluzione più opportuna (considerato l'insieme di interessi in gioco) alla realizzazione dell'interesse pubblico curato.

Conseguenza è stata l'esclusione del sindacato del giudice amministrativo, se non nei limiti ristrettissimi della logicità e della ragionevolezza della decisione amministrativa.

Seguendo tale impostazione, mentre gli accertamenti tecnici - compiuti in base a regole espressione di valori certi ed assoluti ed alla base dell'attività vincolata - sarebbero sempre sindacabili dal giudice amministrativo in quanto non comportano valutazioni opinabili, l'area conoscitiva riservata alla P.A. richiamata dall'art. 31, comma 3° c.p.a. coinciderebbe con le attività connotate da discrezionalità tecnica.

L'azione di adempimento troverebbe così un duplice limite sostanziale: nella discrezionalità amministrativa pura (di cui è necessario l'esaurimento) e nella discrezionalità tecnica (di cui occorre il previo esercizio da parte della P.A.), ma non nell'attività vincolata di cui non potrebbe predicarsi un ambito tecnico opinabile riservato alla P.A.

⁵⁰ Cons. Stato, Ad. plen., 24 maggio 2007, n. 8 in *Foro Amm. CdS*, 2007, p. 2424 (s.m.).

È, tuttavia, noto che la classificazione “tripolare” della discrezionalità tecnica, quale *tertium genus* tra atti discrezionali nel merito ed atti vincolati, è stata fortemente criticata dalla dottrina.

Tra gli altri, Fabio Merusi⁵¹ contesta l’esistenza di aree di accertamento riservate alla P.A. e insindacabili dal giudice amministrativo a causa dell’elevata opinabilità dei loro risultati.

Secondo tale linea di pensiero la tecnica - a prescindere dalla natura esatta o non esatta della scienza applicata al caso concreto - è un sistema neutrale che accede al fatto e che non involge mai il potere di scelta della P.A. teso a soddisfare maggiormente l’interesse pubblico.

L’espressione “discrezionalità tecnica” è un ossimoro poiché «le due valutazioni tecnica e discrezionale, non coincidono mai; dove comincia l’una finisce l’altra e dove c’è l’una non vi è posto per l’altra»⁵².

La principale conseguenza di tale teoria è che il giudice, a prescindere dall’opinabilità della regola di giudizio, ha il potere di ripetere le valutazioni compiute dall’amministrazione secondo la sequenza “norma-fatto-effetto”⁵³.

Aderendo a tale impostazione, l’interpretazione dell’inciso finale riguardante gli adempimenti istruttori riservati alla pubblica amministrazione non potrebbe riferirsi alla “discrezionalità tecnica” poiché ambito non riservato alla P.A., ma potrebbe interpretarsi - a parere dello scrivente - in due modi differenti, ma non necessariamente alternativi.

Innanzitutto, il limite della necessità di attività istruttorie della P.A. potrebbe intendersi come riferimento ai casi di inidoneità (in concreto) degli strumenti cognitivi del giudice all’analisi dei fatti e delle circostanze

⁵¹ F. MERUSI, *La Teoria generale di Enzo Capaccioli nel dibattito amministrativo contemporaneo*, in *Dir. amm.*, 2009, p. 873 e ss.

⁵² Così E. CAPACCIOLI, citato in P. LAZZARA, *L’opera scientifica di Enzo Capaccioli tra fatto, diritto e teoria generale*, in *Dir. amm.*, 2009, p. 995 e ss., § 4.

⁵³ P. LAZZARA, *L’opera scientifica di Enzo Capaccioli tra fatto, diritto e teoria generale*, op cit., § 5.

rilevanti nel caso concreto; eventualità che potrebbe verificarsi indifferentemente rispetto ad attività vincolate o discrezionali ma di difficile verifica, riguardando le ipotesi - invero residuali - in cui nemmeno la consulenza tecnica d'ufficio sia in grado di sostituire o replicare gli accertamenti e le valutazioni della P.A.⁵⁴

In secondo luogo, potrebbe ritenersi che il legislatore con l'espressione "non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione" abbia voluto aver riguardo ai casi in cui - all'esito dell'attività conoscitiva dei fatti rilevanti nella fattispecie concreta - residui un ambito di discrezionalità amministrativa (di merito) non ancora esercitata ed in quanto tale insindacabile dal giudice amministrativo.

In altre parole, il limite della riserva istruttoria amministrativa non alluderebbe ad eventuali impedimenti all'attività conoscitiva del giudice ma concernerebbe il momento successivo della scelta, non vincolata secondo lo schema "norma-fatto-effetto" ma discrezionale in base alla sequenza "norma-potere-effetto".

La scelta tra le due opzioni ermeneutiche appena prospettate non è obbligata, ma è chiaro che vada a confrontarsi con le nozioni di attività vincolata, discrezionale tecnica e discrezionale pura (e la loro sindacabilità da parte del giudice amministrativo).

3.1. L'attività vincolata.

La definizione di attività vincolata della pubblica amministrazione appare pacifica sia in dottrina che in giurisprudenza, rinvenendosi nelle ipotesi in cui l'attività amministrativa sia interamente disciplinata e regolata dalla

⁵⁴ Immaginiamo per un momento un'istruttoria particolarmente complessa non solo per il settore scientifico da cui sono tratte le regole di giudizio, ma anche per la necessità di strutture e competenze difficilmente replicabili all'interno del processo amministrativo (es. i rapporti con le autorità consolari e diplomatiche di altri Stati onde definire la particolare condizione di uno straniero).

legge senza che la pubblica autorità possa disporre degli interessi coinvolti⁵⁵.

Per comprenderne appieno il significato, è d'obbligo la distinzione tra atti vincolati ed atti discrezionali della P.A.

Secondo autorevole dottrina⁵⁶ il binomio vincolato/discrezionale descrive le modalità di produzione di effetti giuridici dell'attività amministrativa⁵⁷, riassumibile secondo il duplice schema: norma-fatto-effetto e norma-potere-effetto⁵⁸.

Nell'attività vincolata è la norma collegare il venire in essere di un preciso assetto di interessi al verificarsi di determinati fatti o al compimento di alcuni atti, i quali hanno la semplice funzione di presupposto (*rectius* causa) per la produzione di effetti sul piano giuridico.

Diversamente, in presenza di un'attività discrezionale l'effetto giuridico non risale immediatamente alla legge, ma necessita della mediazione della pubblica amministrazione la quale - attraverso un atto di scelta - regola il fatto concreto cui l'effetto giuridico si riferisce.

Più specificamente, la discrezionalità "pura" implica una ponderazione degli interessi coinvolti nell'azione amministrativa ed una scelta successiva necessariamente riservata alla pubblica amministrazione⁵⁹ in

⁵⁵ In dottrina *cfr.* A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 3 e ss.; E. CASSETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Diritto dell'economia - Riv. trim. dott. giur. doc.*, 1998, pp. 503 e ss.; in giurisprudenza *cfr. ex multis* Cons. Stato, Ad. plen., 24 maggio 2007, n. 8 e Cons. Stato, sez. IV, 22 ottobre 2010, n. 7621 in *Foro amm. CdS*, 2010, p. 2116 (s.m.).

⁵⁶ *Cfr.* E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 310-313.

⁵⁷ Secondo l'opinione tradizionale la discrezionalità (e la vincolatezza) sono predicati sia del potere amministrativo, sia dell'attività o dell'atto amministrativo così M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione - concetti e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939, pp. 12 e ss.; di recente, tuttavia, appare preferibile l'idea che siano riferibili alla funzione amministrativa *cfr.* E. CASSETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, op. cit., 514 secondo cui «il nesso tra funzione e discrezionalità è stato anche da chi scrive sottolineato nel senso che quest'ultima va rapportata alla prima e non già all'atto né al potere, posto che il potere è *prius* rispetto al suo esercizio, mentre all'atto, concretizzazione del potere, non può riferirsi una discrezionalità già esercitata».

⁵⁸ Così E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, p. 310.

⁵⁹ *Cfr.* F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, op. cit.: «L'interesse pubblico è istituzionalmente affidato alla cura dell'amministrazione, per cui le

merito alla soluzione più opportuna e conveniente per il perseguimento dell'interesse pubblico primario.

Con altre parole, la discrezionalità “pura” attiene «al potere di scelta che residua [in capo all'amministrazione] allorché la normativa di azione non predetermini in modo completo tutti i comportamenti»⁶⁰.

Essa si innesta, quindi, nell'ambito d'indeterminatezza normativa in ordine alla comparazione e alla selezione degli interessi - pubblici e privati - alla cui soddisfazione accordare preferenza. Nel colmare il “vuoto” derivante dalla “indeterminatezza normativa” risiederebbe l'ambito dell'agire discrezionale della P.A.

L'insieme delle valutazioni e delle possibili scelte compatibili con i principi di congruità-logicità, ragionevolezza e proporzionalità rappresentano poi il c.d. merito amministrativo, tradizionalmente sottratto al sindacato del giudice amministrativo in sede di legittimità⁶¹.

Poiché la discrezionalità così intesa rappresenta e riassume l'idea stessa di amministrazione pubblica - la quale è chiamata sempre al perseguimento ottimale dell'interesse pubblico primario e ciò mediante il minor sacrificio possibile degli interessi contrapposti (principio del minimo mezzo)⁶² - in passato, un'attenta dottrina⁶³ e la giurisprudenza del Consiglio di Stato⁶⁴ avevano manifestato forti perplessità sulla possibilità di configurare in concreto delle ipotesi “pure” ed assolute di attività amministrativa

scelte che lo riguardano (le scelte di opportunità) sono tipicamente e necessariamente scelte amministrative. Ove se ne predicasse la sostituzione con scelte effettuate in giudizio, il giudice diverrebbe inevitabilmente (super) amministratore attribuendo a sé medesimo la cura (effettiva) dell'interesse pubblico; con snaturamento del sistema»

⁶⁰ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 349, riferendosi ad A. Romano.

⁶¹ *Cfr.* Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601: «preclusa al giudice amministrativo in sede di giudizio di legittimità, infatti, è la diretta valutazione dell'interesse pubblico concreto relativo all'atto impugnato [...]: dunque, del merito dell'atto amministrativo.»

⁶² M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, op. cit., pp. 79 ss.

⁶³ In dottrina *cfr.* M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 514; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, pp. 376-377.

⁶⁴ Cons. Stato, sez. IV, 5 luglio 1947, n. 230 in *Giurisprudenza completa della Cass. Civ.*, XXIV, 1947, I, p. 340.

vincolata: l'attività della P.A. sarebbe essenzialmente discrezionale⁶⁵ e soltanto alcuni momenti di detta attività sarebbero vincolati⁶⁶.

Secondo autorevole opinione, poi, l'attività vincolata sarebbe estranea all'area del potere amministrativo in senso stretto (che si qualifica per la disponibilità di interessi) e si atteggierebbe, piuttosto, in termini di adempimento ad un obbligo⁶⁷.

Seguendo tale impostazione, quindi, vi sarebbe una necessaria correlazione tra atto vincolato e diritto soggettivo; il che radicherebbe la giurisdizione del giudice ordinario.

Contrariamente il Consiglio di Stato - al fine di qualificare la situazione soggettiva vantata dal privato - ha più volte affermato che per le attività vincolate della P.A. non può trascurarsi la finalità di tutela dell'interesse pubblico sempre perseguita dalla norma primaria; sicché il discrimine tra le due giurisdizioni risiederebbe nella tensione finalistica delle norme che disciplinano l'attività amministrativa: a fronte di un'attività vincolata orientata alla cura dell'interesse pubblico il privato non può che essere titolare di un interesse legittimo⁶⁸.

Tale interpretazione ha trovato avallo nella giurisprudenza della Suprema Corte⁶⁹, la quale ha riconosciuto l'esistenza di un diritto soggettivo solo a fronte di un'attività amministrativa vincolata posta a prevalente tutela delle singole posizioni giuridiche dei cittadini⁷⁰.

⁶⁵ Così, richiamando il pensiero di M.S. Giannini, F.G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1050-1051.

⁶⁶ G.B. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000 (con riferimento a S. CASSESE), citato in L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, § 2, nota 79.

⁶⁷ A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, op. cit., pp. 42-43.

⁶⁸ Cons. Stato, Ad. plen., 24 maggio 2007, n. 8, cit.; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, op. cit., *passim*.

⁶⁹ *Cfr.* Cass. Civ., Sez. III, 10 giugno 2013, n. 14529, in *Gius. Civ., Mass.*, 2013, *Id.* Sez. Un., 13 gennaio 2005, n. 466 in *D&G*, 2005, p. 41 e ss.

⁷⁰ Critica tale impostazione A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, op. cit., pp. 42-43 secondo cui il riferimento all'interesse pubblico quale criterio distintivo tra attività vincolata riconducibile ad un pubblico potere e attività paritetica non è pertinente, rilevando per ogni norma che vi siano aspetti di tutela tanto dell'interesse pubblico quanto dell'interesse privato.

L'attività vincolata - così come intesa dall'Adunanza plenaria - si caratterizza non solo per l'assenza di un margine di scelta in ordine alla soluzione da adottare (ove ricorrano i requisiti e le condizioni legali), ma altresì per la mancanza di qualsiasi profilo di opinabilità nell'attività conoscitiva su cui dette scelte devono basarsi.

Conseguentemente, appare pertinente la definizione di tali atti come “atti di verifica dei presupposti a contenuto interamente vincolato”⁷¹: trattasi di atti la cui natura vincolata emerge sia in ordine all'assetto di interessi da realizzare sia rispetto all'accertamento dei presupposti che vengono descritti dalla legge in maniera tassativa e puntualmente determinata.

Atti di tal genere sono gli atti meramente ricognitivi o dichiarativi e, in ogni caso, tutti gli atti in cui - attraverso dei passaggi conoscitivi automatici e non opinabili - si può appurare immediatamente se il fatto produttivo degli effetti giuridici previsti nella norma sia rispondente a quanto tipizzato nella fattispecie legale.

Ne costituiscono un esempio l'ordine di demolizione di un fabbricato costruito senza il prescritto permesso o l'iscrizione ad un albo professionale di colui che ha superato il previsto esame di Stato.

Assume connotati diversi rispetto all'attività vincolata della P.A., invece, la categoria riconducibile al “filone” legislativo delle semplificazioni e delle liberalizzazioni inaugurate con la legge sul procedimento mediante l'introduzione all'art. 19 dell'istituto della denuncia - poi dichiarazione, ed oggi segnalazione - di inizio di attività, in cui l'attività amministrativa

⁷¹ Cfr. F. MERUSI, *La Teoria generale di Enzo Capaccioli nel dibattito amministrativo contemporaneo*, op. cit., § 4 in cui si richiama il pensiero di E. CAPACCIOLI; cfr. altresì P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica, (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.* 2013, pp. 385 e ss. secondo cui gli “atti a presupposto interamente vincolato” - in ossequio al già esposto insegnamento di A. ORSI BATTAGLINI, - non sarebbero espressione di un potere amministrativo preventivo ma costituirebbero, piuttosto, la manifestazione di una posizione soggettiva originaria del privato che rinviene il suo fondamento diretto ed immediato nella legge.

si concretizza in una verifica *ex post* dei presupposti di fatto e di diritto previsti da norme di legge in modo determinato.

Come affermato (in modo condivisibile) dall'Adunanza plenaria, la previsione di titoli "leggeri" quali la D.I.A. o S.C.I.A. - comportando l'eliminazione dei poteri ampliativi della P.A.⁷² - rappresenta una precisa scelta in ordine alla sostituzione dei tradizionali modelli provvedimentali ed autorizzatori (seppur vincolati) con un nuovo schema ispirato alla liberalizzazione delle attività economiche private, consentite dalla legge in presenza di presupposti fattuali e giuridici previamente stabiliti⁷³.

Gli istituti introdotti dall'art. 19 della l. 241/1990 costituiscono «un [mero] atto privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge»⁷⁴.

Il potere vincolato della P.A. si rinviene solamente nella possibilità di controllare ed inibire l'attività già intrapresa dai privati laddove la medesima non sia conforme ai canoni normativi.

Ne discende che l'area delle attività liberalizzate - come disegnata dall'art. 19 della l. 241/1990 - mal si attaglia all'azione di adempimento di cui all'art. 34, comma 1°, lett. c) c.p.a. poiché il privato è già abilitato allo svolgimento dell'attività direttamente dalla legge, mentre la pubblica autorità interviene solamente in fase successiva ed in funzione di controllo (più appropriata, sotto questo profilo, appare l'azione di accertamento).

In altre parole, in siffatta ipotesi, manca l'oggetto stesso dell'azione di adempimento poiché il venire in essere dell'assetto di interessi anelato dal privato non dipende da alcun provvedimento (anche vincolato) della P.A. ma soltanto dalla sussistenza dei requisiti e dei presupposti stabiliti dalla legge.

⁷² Così R. GIOVAGNOLI, *Liberalizzazioni, semplificazioni ed effettività della tutela*, in www.giustamm.it, 2012, 6.

⁷³ Cons. Stato, Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15, cit.

⁷⁴ Cons. Stato, Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15, cit.

Ispirato sempre ad una logica di liberalizzazione dell'attività dei privati, il successivo art. 20 della l. 241/1990 non deroga - come l'art. 19 - al regime autorizzatorio previsto per l'esercizio delle attività private ma introduce una modalità di semplificazione dell'azione amministrativa: qualora la P.A. non si pronunci entro il termine stabilito per provvedere, l'istanza del privato si considera accolta.

Anche in questo caso sembra non esservi spazio per l'azione di adempimento - pena la sua inammissibilità per carenza di interesse ex art. 100 c.p.c. - posto che il regolamento d'interessi voluto dal privato viene già in essere col perdurare dell'inerzia della pubblica amministrazione al termine stabilito per la conclusione del procedimento.

Più complessa risulta la definizione di "atto vincolato alla sola verifica dei presupposti", in cui parte della dottrina⁷⁵ rinviene profili sia di discrezionalità tecnica sia di discrezionalità amministrativa "pura" e che altra opinione riconduce nell'alveo degli atti vincolati.

Rinviando al successivo paragrafo i profili specifici relativi alla discrezionalità tecnica, occorre in questa sede preannunciare che la verifica dei presupposti cui è vincolata l'adozione dell'atto può necessitare del ricorso a scienze non esatte e con rilevanti profili di opinabilità (pensiamo, solo per un momento, all'opinabilità della nozione di "mercato rilevante" nella disciplina a tutela della concorrenza).

Se ritenessimo che l'elemento di distinzione tra atto vincolato e atto discrezionale consti soltanto nella sussistenza - nel caso di attività discrezionale - del potere della P.A. di ponderare gli interessi ed optare per talune delle scelte possibili, dovremmo affermare che l'"atto vincolato all'esclusiva verifica dei presupposti" sia sussumibile sempre nella categoria degli atti vincolati: la discrezionalità della P.A. si ferma al momento del giudizio (nel quale si acquisiscono ed esaminano i fatti) ma

⁷⁵ P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica, (alla luce del codice del processo amministrativo)*, op. cit., pp. 15 e ss.

non si estende al momento della scelta, essendo essa vincolata all'adozione di un determinato provvedimento, ove accertati - seppur in base ad un'attività valutativa opinabile - la sussistenza o meno dei presupposti fissati dalla legge⁷⁶.

L'azione di adempimento introdotta con il secondo correttivo sarebbe, pertanto, sempre proponibile, con la possibilità per il giudice amministrativo di accertare i presupposti sia mediante semplici verificazioni sia per mezzo di valutazioni complesse acquisibili nel processo tramite c.t.u. (così come previsto dall'art. 63 c.p.a.).

Diversamente opinando, seguendo l'indirizzo interpretativo dell'Adunanza plenaria n. 8/2007, la sussistenza della discrezionalità tecnica esclude la possibilità di configurare un atto come vincolato: l'opinabilità dell'apprezzamento del fatto impedisce di acquisire la necessaria "certezza" da cui far discendere gli effetti previsti dalla legge⁷⁷. Se fin qui abbiamo discusso del binomio vincolatezza/discrezionalità tecnica evidenziando le varie teorie e la difficoltà di descriverne il rapporto, non può non rilevarsi che anche gli approdi tradizionalmente sicuri inerenti al rapporto vincolatezza/discrezionalità politica siano oggetto di rivisitazione da parte di alcuni Autori.

Ci si riferisce, in particolare, all'orientamento che, allontanandosi dall'insegnamento gianniniano, collega la discrezionalità amministrativa non solo alla valutazione degli interessi coinvolti nell'*agere* pubblicistico ma anche all'interpretazione dei fatti che la legge indica quali presupposti per l'esercizio del potere.

⁷⁶ Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto Amministrativo*, Dike, Roma, 2010, pp. 1021 ss.

⁷⁷ Nella stessa direzione sembra militare la giurisprudenza della Suprema Corte, la quale rinviene un intreccio indissolubile tra le valutazioni tecniche opinabili relative all'esistenza di presupposti di fatto e le scelte discrezionali della P.A. (cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 29 ottobre 1980, n. 5808; Cass. Civ., Sez. Un., 3 aprile 1980, n. 2148, in *Giust. civ. Mass.* 1980, fasc. 5. Tale orientamento trova un chiaro aggancio negli insegnamenti di F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1914 (rist. 1992), p. 410 secondo cui «Le norme di discrezionalità tecnica importano [...] un apprezzamento in relazione alle esigenze dell'interesse pubblico dei fatti che ne presuppongono l'applicazione» in F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 792.

Può accadere che la norma di legge (generale o elastica) affidi alla pubblica amministrazione il compito di chiarire il significato dei requisiti e delle condizioni di fatto e di diritto richiesti per il prodursi di un certo effetto giuridico.

Da qui la rilevanza della c.d. discrezionalità ermeneutica⁷⁸, ossia dell'attività d'interpretazione che la pubblica autorità è chiamata a svolgere per colmare le lacune della norma di legge in merito al contenuto dei presupposti giuridici e fattuali necessari alla costituzione di un determinato assetto di interessi.

L'attività amministrativa potrebbe, allora, ritenersi non vincolata ma discrezionale (nella nuova definizione data) ogniqualvolta la norma - che descrive la fattispecie o attribuisce il potere - sia una c.d. clausola generale o una c.d. norma elastica.

In altre parole, sarebbe discrezionale ogni attività che implichi valutazioni opinabili della P.A., siano esse attinenti al momento della scelta della soluzione da adottare ovvero limitate alla fase dell'individuazione e del giudizio dei fatti e delle situazioni rilevanti nel caso concreto.

Così, esempio, il soprintendente, nel dichiarare l'interesse pubblico paesaggistico di un'area, esercita un potere finalisticamente predeterminato (e vincolato) dall'art. 9 Cost. e dal d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 ma che «si sostanzia e si risolve in realtà proprio nella decisione di ciò che, di volta in volta, costituisce o non costituisce “paesaggio”, e ciò non solo nella definizione (deduttiva) del presupposto di fatto [...] descritto solo genericamente dalla legge per l'esercizio di quel potere, ma anche nella stessa definizione ricostruttiva (induttiva) della nozione di

⁷⁸ P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica, (alla luce del codice del processo amministrativo)*, op. cit., § 4. Tale discrezionalità è definita anche “discrezionalità interstiziale”, la quale consiste nell'ambito di libertà decisionale che può permanere in capo alla P.A. a fronte dell'indeterminatezza del diritto obiettivo, senza tuttavia che le sia attribuito il potere di delineare un nuovo assetto d'interessi nell'accezione gianniniana. A tale tipologia di discrezionalità si contrappone la c.d. “discrezionalità normativa”, in cui la norma delega alla P.A. la possibilità di introdurre un nuovo assetto d'interessi (così S. CIVITARESE MATTEUCCI, richiamato da M. TRIMARCHI, *Dai vizi di legittimità alla pluralità delle tecniche di sindacato*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 989).

“paesaggio” usata dalla legge. La discrezionalità, in un caso del genere, non consiste nel decidere se accordare o meno tutela al paesaggio, ciò che è deciso in modo vincolante dalla legge, ma consiste esattamente nel ricostruire e nell’inventare, di volta in volta, a un tempo, in uno schema dialettico deduttivo/induttivo, i presupposti di fatto cui la legge riconnette il potere dispositivo e la definizione legale stessa di quei presupposti»⁷⁹. È indiscutibile che l’interpretazione dei presupposti di fatto e di diritto dell’agire amministrativo rappresenti la principale attività della pubblica amministrazione nelle ipotesi in cui il legislatore le “riservi” la valutazione e la comparazione degli interessi per l’ottimale perseguimento dell’interesse pubblico affidato alle sue cure.

Considerazioni analoghe possono, tuttavia, ripetersi anche per ambiti dell’azione amministrativa tradizionalmente considerati vincolati: ad esempio, nel diritto tributario, il potere dell’amministrazione finanziaria di chiarire e specificare il contenuto delle norme appare, nella gran parte dei casi, fondamentale nel determinare l’applicazione dell’imposta o nel riconoscimento della detrazione/deduzione e agevolazione fiscale⁸⁰.

La teoria riferita - che esclude il controllo giurisdizionale anche soltanto “estrinseco”⁸¹ della discrezionalità ermeneutica amministrativa. - esalta la componente “assiologica” delle “norme elastiche” e delle “clausole generali”.

Invero, le norme di legge possono ripartirsi in: 1) norme a contenuto certo; 2) norme che necessitano di un contributo interpretativo da parte di scienze anche extragiuridiche; 3) norme il cui contenuto elastico richiede, ai fini

⁷⁹ Così P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica*, (alla luce del codice del processo amministrativo), op. cit., § 4.

⁸⁰ F. VOLPE, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica tra vecchio e nuovo rito (considerazioni a margine della sentenza Cass. SS. UU., 17 febbraio 2012, n. 2312)*, in www.giustamm.it, 2012, § 3.

⁸¹ La Suprema Corte nella sentenza 17 febbraio 2012, n. 2312, cit. afferma chiaramente che «La evidenza dell’errore è un criterio certamente suggestivo per la sua astratta attitudine selettiva ma, altrettanto certamente, è criterio aperto ad una lettura soggettiva che ne sconsiglia la utilizzabilità come sintomo del censurabile eccesso di potere le volte in cui l’ambito valutativo riservato alla P.A. [...] sia qualificato da evidenti riserve di soggettività della scelta (come nel caso del più volte citato deficit di fiducia delineato del D. Lgs. n. 163 del 2006, art. 38, comma 1, lett. F)».

applicativi, un giudizio di valore, “assiologico”⁸². Nell’instillare alla norma elastica i valori necessari alla sua applicazione o nell’integrare la clausola generale, la P.A. “colora” la scelta interpretativa con l’interesse pubblico e con scelte discrezionali operate “a monte”, le quali ne escludono la sindacabilità da parte del giudice⁸³.

Non può trascurarsi che nel giudizio civile concetti come quello di “grave negligenza” e “malafede”, pur rientrando nell’alveo delle norme elastiche e delle c.d. clausole generali, sono considerati sicuramente di piena pertinenza del controllo giurisdizionale in quanto attinenti in ogni caso al momento di sussunzione del fatto nella norma, attività che caratterizza il controllo di legalità e di legittimità⁸⁴.

È interessante precisare che - secondo la stessa linea di pensiero - è in ogni caso la legge a determinare i casi in cui la P.A. è titolare di un potere discrezionale insindacabile da parte dell’autorità giurisdizionale, distinguendosi così tra il complesso di valutazioni (ermeneutiche e tecniche) “riservate” *ex lege* - espressamente o implicitamente - alla P.A. e sottratte al controllo giudiziale e valutazioni opinabili “non riservate” dalla legge e, di conseguenza, pienamente sindacabili dal giudice amministrativo⁸⁵.

⁸² Così F. ROSSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull’uso delle clausole generali*, Jovene, Napoli, 1983, p. 8, citato in E. FABIANI, *Sindacato della Corte di cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento (Nota a Cass. 18 gennaio 1999, n. 434, c. 22 ottobre 1998, n. 10514)*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1893.

⁸³ A questo proposito si veda C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 162. L’Autore rileva che a fronte di una norma imprecisa non vi è altra soluzione che ricorrere a giudizi di valore da sottrarre al controllo giudiziario poiché quest’ultimo, a differenza dell’amministrazione, non è inserito nel circuito della legittimazione democratica.

⁸⁴ Già Piero Calamandrei - citato in E. FABIANI, *Sindacato della Corte di cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento (Nota a Cass. 18 gennaio 1999, n. 434, c. 22 ottobre 1998, n. 10514)*, *op. cit.*, c. 1894 - riteneva che l’errore di diritto denunciabile dinanzi alla Suprema Corte non fosse solo l’errore commesso dal giudice di merito in ordine all’interpretazione della legge nella sua portata generale, ma anche l’errore di diritto “in concreto”, relativo all’applicazione della norma giuridica nel rapporto concreto.

⁸⁵ P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica, (alla luce del codice del processo amministrativo)*, *op. cit.*, § 4 che richiama D. DEPRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Cedam, Padova, 1995, ove «sono indicati esemplificativamente gli indici cui fare riferimento per rinvenire una siffatta volontà della legge di riserva della valutazione all’amministrazione».

La tesi che sostiene la configurabilità di un ambito di discrezionalità ermeneutica (sussumibile nell'alveo della discrezionalità tecnica⁸⁶ e/o nell'alveo della discrezionalità amministrativa) riservata *ex lege* alla P.A. sembra aver ricevuto un recente avallo da parte delle Sezioni unite della Suprema Corte con la sentenza 17 febbraio 2012, n. 2312⁸⁷.

Il massimo organo della giurisdizione nazionale afferma, infatti, l'esistenza di «un ambito valutativo riservato alla P.A. non [...] segnato da regole tecniche delle quali sia possibile controllare la coerenza e la adeguatezza, ma [...] qualificato da evidenti riserve di soggettività della scelta [...], riserve il cui rispetto è limite anche all'esercizio della giurisdizione».

Rinviando al successivo paragrafo l'esame della discrezionalità tecnica e della sua sindacabilità, da quanto fin qui riferito emerge che le attività della pubblica amministrazione assolutamente vincolate siano limitate⁸⁸: L'atto vincolato "statico" mostra evidenti profili di recessività: da un lato, gli ambiti tradizionalmente vincolati sono stati oggetto di processi di liberalizzazione e, quindi, sottratti all'area del potere amministrativo (anche il modello procedimentale del silenzio-assenso, in cui la P.A. conserva un potere amministrativo, sembra recessivo rispetto a modelli di regolamentazione quali la D.I.A. e la S.C.I.A.); dall'altro, anche l'attività d'interpretazione e d'integrazione della norma giuridica - considerata un tempo estranea alle scelte discrezionali - può, in alcuni casi, escludere la sussistenza di un'attività vincolata.

La categoria della vincolatezza mostra, viceversa, una sua attualità sotto il profilo dinamico, potendo l'atto vincolato rappresentare il frutto di precedenti scelte discrezionali della P.A.

⁸⁶ Così Cons. Stato, Sez. VI, 1 giugno 2012, n. 3283 in *Foro amm CdS*, 2012, pp. 1631 e ss. che ricomprende all'interno della discrezionalità tecnica l'attività interpretativa di concetti giuridici indeterminati.

⁸⁷ Cass. Civ., Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312, in *Urb. app.*, 2012, p. 750 e ss.

⁸⁸ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione; concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 78.

È questo il caso del c.d. autovincolo con cui la P.A. - adottando un atto regolamentare o amministrativo generale⁸⁹ o concludendo un accordo ex art. 11 l. n. 241/1990 - consuma la propria discrezionalità, imponendosi delle regole per la futura attività⁹⁰.

Può poi accadere, come evidenziato in dottrina⁹¹, che nel giudizio amministrativo un provvedimento originariamente espressione della funzione discrezionale della P.A. assuma la stessa valenza di un provvedimento sostanzialmente vincolato a causa della mancanza di censure da parte del ricorrente.

Invero, l'attore - il quale non lamenti vizi inerenti alla discrezionalità esercitata dalla P.A. o rispetto alle conclusioni istruttorie amministrative - impedisce una loro rivalutazione, configurando così un atto intrinsecamente e sostanzialmente vincolato.

L'atto vincolato può, dunque, rappresentare anche il "precipitato" del c.d. esaurimento della discrezionalità amministrativa e tecnica della P.A., consentendo al giudice amministrativo - non frapponendosi gli ostacoli di ordine sostanziale di cui si è detto - di ritenere la causa matura per la decisione sulla fondatezza e l'accoglimento dell'azione di adempimento⁹².

3.2. La discrezionalità tecnica.

La discrezionalità tecnica richiama in causa tre elementi⁹³:

- una norma, che richiede alla pubblica amministrazione di riconoscere e valutare una determinata situazione di fatto sulla base di una regola non meccanica e non esatta;

⁸⁹ T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 7 marzo 2013, n. 351, in *Foro amm. TAR*, 2013, p. 978 (s.m.).

⁹⁰ F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 2185.

⁹¹ A. M. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 172.

⁹² Mutuando l'insegnamento della giurisprudenza tedesca si può rinvenire un ulteriore limite all'attività discrezionale della P.A. nella sua pregressa attività illegittima. Cfr. M. CARRÀ, *Risarcimento in forma specifica e Folgenbeseitigung: le frontiere mobili della responsabilità pubblica tra annullamento dell'atto e risarcimento per equivalente* in *Dir. amm.*, 2004, pp. 783 e ss., § 5.

⁹³ G. D'AURIA, *Discrezionalità tecnica, sindacato giudiziario e responsabilità amministrativa dei pubblici funzionari*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, pp. 829 e ss.

- una regola di valutazione, espressa con concetti indeterminati in uso alle scienze e alle tecniche “non esatte” e, pertanto, in grado di condurre a scelte non automatiche;
- un potere della P.A. di valutare la situazione di fatto sulla base della regola di valutazione dettata.

Se questa schematica definizione appare unanimemente accettata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, è, invece, ancora vivo il dibattito sulla natura e la sindacabilità della discrezionalità tecnica.

Si tratta di una questione la cui soluzione assume rilevanza costituzionale, potendo l'accoglimento dell'una piuttosto che dell'altra opzione interpretativa modificare granitiche certezze sui limiti che incontrano i poteri dello Stato tra loro e nei confronti del cittadino, così incidendo sui contenuti dei diritti essenziali e dei principi e dei valori ispiratori la nostra forma di Stato⁹⁴.

Non potendo riassumere l'ampia elaborazione sul tema della discrezionalità tecnica, si tenterà di valutare i motivi che rendono l'argomento particolarmente complesso nel diritto amministrativo e assolutamente irrilevante nel diritto privato.

Lo studio sulla discrezionalità tecnica - come correttamente rilevato da un'attenta dottrina - involge problemi di teoria generale del diritto e, in particolare, il rapporto tra fattispecie e realtà⁹⁵.

Le norme giuridiche possono descrivere un fatto produttivo di effetti giuridici in modo determinato e specifico oppure possono «rinviare, per la sussunzione del fatto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante concetti giuridici indeterminati che vanno completati con elementi o criteri extragiuridici: la buona fede, la non

⁹⁴ R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 33.

⁹⁵ S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, pp. 80 e ss, § 2.

scarsa importanza dell'inadempimento, la pericolosità, l'insalubrità, la buona condotta, le terre incolte, la bellezza d'insieme e quant'altro»⁹⁶.

Come già accennato nel precedente paragrafo, tale attività ermeneutica del giudice comporta sicuramente un innesto valoriale nel caso delle “norme elastiche” e un completamento della fattispecie relativamente al caso concreto nell'ipotesi di “clausole generali”.

Nell'ambito dei rapporti di diritto privato, in mancanza di un accordo tra le parti, non vi è dubbio che sia il giudice l'unico depositario dell'attività interpretativa ed integrativa sopraindicate.

Le norme, poi, possono richiedere la qualificazione tecnica di un fatto complesso operabile solo alla luce di scienze non esatte.

Anche in questo caso, l'accesso al fatto e alla sua valutazione è assolutamente di competenza del giudice civile, il quale può a tal fine avvalersi della consulenza tecnica d'ufficio⁹⁷, come anche disporre l'ispezione di luoghi e persone.

I poteri d'interpretazione e di integrazione della norma giuridica riconosciuti all'autorità giurisdizionale nel giudizio civile stentano a trovare piena rispondenza nel giudizio amministrativo.

L'esistenza di una “riserva” di valutazione tecnica della pubblica amministrazione muove da un assioma: la separazione dei poteri e la strutturale idoneità della P.A. di valutare i presupposti di fatto in relazione al pubblico interesse.

Tentando di sintetizzare il percorso motivazionale della teoria che afferma l'esistenza di un'area di giudizio tecnico riservato alla P.A. - così come

⁹⁶ S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, op. cit., § 2.

⁹⁷ Giova sottolineare che l'attività del consulente può estrinsecarsi sia nella deduzione e valutazione tecnica di fatti noti (o che non richiedono conoscenze specialistiche per essere conosciuti o, comunque, accertati o dati per esistenti) per giungere alla cognizione di altri fatti ignoti, alla cui conoscenza si perviene in forza delle cognizioni specialistiche (cd. “consulente deducente”), sia nello svolgimento di un vero e proprio accertamento e in una percezione del fatto che per sua natura necessita di conoscenze specialistiche non rientranti nella ordinaria preparazione del magistrato (cd. “consulente percipiente”).

esposta da Federico Cammeo⁹⁸ - e cercando di darne una lettura costituzionalmente orientata, potremmo affermare che il monopolio dell'attività valutativa in capo alla P.A. si giustifichi per due ragioni essenziali: 1) l'attività valutativa si correla alla soddisfazione dell'interesse pubblico la cui cura è demandata all'amministrazione (e non al potere giudiziario); 2) l'amministrazione è il soggetto tecnicamente idoneo a svolgere tale tipo di attività.

In questa direzione, le regole contemplate agli artt. 97 e 98 Cost. - ossia l'accesso alle pubbliche amministrazioni mediante concorso e il servizio esclusivo della Nazione da parte di ciascun pubblico impiegato - garantiscono non soltanto l'imparzialità della P.A. (che potrebbe essere assicurata - e anche in misura maggiore - dalla giurisdizione), ma soprattutto l'idoneità all'esercizio della funzione pubblica⁹⁹ da parte dei soggetti all'uopo preposti.

Esisterebbe, dunque, un'idoneità istituzionale della P.A. a realizzare l'interesse pubblico: l'accertamento dei presupposti dell'*agere* pubblicistico sarebbe sempre da demandare all'amministrazione, quale perito più idoneo nelle materie di interesse pubblico.

La stessa dottrina, che afferma l'esistenza di un'area di valutazioni tecniche riservate alla P.A., ne esclude poi la sindacabilità da parte del giudice amministrativo in ragione della sua attrazione nel "merito amministrativo".

Più in particolare, autori come Cammeo, Presutti e Raneletti «pur nella loro diversità, impostano il problema della riserva richiamando la profonda influenza che in quell'epoca esercitava il pensiero giuridico

⁹⁸ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1914 (rist. 1992), p. 410 in F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, op. cit., p. 79.

⁹⁹ *Cfr.* Corte Cost., 15 ottobre 1990, n. 453 in *Foro amm.*, 1991, pp. 2235 e ss.

tedesco, il cui dibattito era essenzialmente incentrato sulla teorica dei concetti giuridici indeterminati»¹⁰⁰.

Per la verità, la dottrina tedesca riteneva sì che là «dove la legge non dice[ss]e] nulla, o comunque non abbastanza» ci fosse spazio per la discrezionalità tecnica amministrativa, la quale finiva col coincidere con lo spazio interpretativo lasciato dalla legge mediante l'utilizzo di concetti giuridici indeterminati; essa, tuttavia, concludeva nel senso che al giudice amministrativo non fosse precluso il sindacato sull'uso di tali concetti giuridici indeterminati da parte della P.A.: «o vi è discrezionalità, "Ermessen", cioè discrezionalità amministrativa pura, e allora sarà sindacata secondo gli strumenti tipici di questa, o altrimenti vi sono delle valutazioni che fanno riferimento a tecniche e/o scienze applicate ma che sono sussunte nella forma di concetti giuridici indeterminati, e allora detto giudice può sempre controllare pienamente l'interpretazione che di questi dà la pubblica amministrazione»¹⁰¹.

La giurisprudenza - sia amministrativa¹⁰² sia ordinaria¹⁰³ - ha ritenuto insindacabile da parte del giudice amministrativo gli esiti dell'attività valutativa compiuta dalla P.A. in ordine alla sussistenza dei presupposti di fatto del proprio agire poiché riservati a quest'ultima.

Recentemente, al fine di giustificare la sottrazione della discrezionalità tecnica al sindacato del giudice amministrativo, Francesco Volpe - all'esito di un'ampia ricognizione sulle teorie della discrezionalità tecnica - ha così descritto il rapporto tra valutazione tecnica e interesse pubblico: nelle ipotesi di valutazioni ed apprezzamenti tecnici, la legge opera nei

¹⁰⁰ C. TROPEA, *Il vincolo etnoantropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità: "relazione pericolosa" o "attrazione fatale"?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 718 ss., § 3.

¹⁰¹ G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'Amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 133.

¹⁰² *Cfr.* Cons. Stato, Sez. VI, 9 agosto 1986, n. 630 in *Riv. giur. edilizia*, 1987, I, p. 89.

¹⁰³ *Cfr.* Cass. Civ., Sez. Un., 8 gennaio 1997, n. 91 in *Foro it.*, 1997, I, 791 secondo cui il Giudice amministrativo non può sostituire i propri criteri valutativi a quelli della P.A. (neppure indirettamente tramite dichiarazione di inadeguatezza dei criteri impiegati dalla P.A.), atteso il difetto di giurisdizione di detto giudice (e di ogni altro giudice) rispetto a valutazioni riservate alla discrezionalità amministrativa.

riguardi dell'amministrazione una sorta di delega a formare il presupposto fattuale di applicazione della norma cui è collegato un interesse pubblico; in questi casi l'interesse pubblico fissato dalla norma è puramente astratto, demandandosi la sua concretizzazione all'attività valutativa dell'amministrazione.

Secondo tale ricostruzione non vi è sostanziale differenza tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa, distinguendosi soltanto per l'unicità dell'interesse pubblico tutelato nella prima ipotesi: mentre la discrezionalità amministrativa presuppone quantomeno la compresenza di due interessi, «la discrezionalità tecnica, dunque, non può dar luogo ad alcuna forma di comparazione»¹⁰⁴.

Tale tesi, poi, esclude l'autonomia concettuale della "cd. discrezionalità mista" - espressione con cui si allude alle ipotesi in cui la P.A., all'esito delle prescritte valutazioni tecniche, è libera di adottare il provvedimento più opportuno per la soddisfazione dell'interesse pubblico perseguito - poiché sussumibile nell'alveo della discrezionalità tecnica così come soprintesa.

Com'è noto, altra corrente di pensiero, già citata nel paragrafo precedente, dà soluzione diversa al problema sulla natura e la sindacabilità della discrezionalità tecnica.

Illustre dottrina¹⁰⁵ ha evidenziato come l'opinabilità degli apprezzamenti tecnici non può escluderne il controllo da parte del giudice amministrativo,

¹⁰⁴ F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, op. cit., pp. 828-829.

¹⁰⁵ F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, op. cit., pp. 371; A. AZZENA, *Spunti per una riflessione su: regole tecniche e merito amministrativo in relazione alla possibilità di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità*, in *Studi in ricordo di E. Capaccioli*, Giuffrè, Milano 1988, pp. 599 ss.; ss. A. CARIOLA *Discrezionalità tecnica e imparzialità*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, pp. 469 ss.; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1998, pp. 128 e ss.; F.G. COCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova Rass.*, 1981, pp. 1376 ss.; G. VACIRCA *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, IPZS, Roma, 1981, pp. 1573 ss.; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 214 ss.; F. SALVIA *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, pp. 685 ss.; M.E. SCHINAIA, *Controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, pp. 1101 ss.

a meno che tali valutazioni presentino due caratteristiche: «la soggettività assoluta del momento valutativo e l'irripetibilità del giudizio»¹⁰⁶.

L'apprezzamento tecnico - e la conoscenza del fatto attraverso scienze non esatte - non può mai confondersi con la discrezionalità poiché non implica una scelta.

La critica all'opposta teoria viene incentrata sull'erroneo assunto per cui il riscontro dei presupposti di fatto, qualora sia affidato ad un organo o soggetto pubblico, non possa essere sindacato da nessun'altra autorità, neanche dal giudice. Tale convincimento non è condivisibile poiché nello schema "norma-fatto-effetto" non vi è spazio né per un intermedio potere costitutivo degli effetti giuridici, né per un accertamento che faccia stato davanti al giudice¹⁰⁷.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, su sollecitazione di codesto filone dottrinario, mutando il precedente orientamento, ha affermato la generale sindacabilità della discrezionalità tecnica, con ciò distinguendola dal merito amministrativo e precisando che la «c.d. "discrezionalità tecnica" ricorre quando l'amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare delle regole di discipline tecniche o delle c.d. scienze morali (regole sociali, estetiche)¹⁰⁸ cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta.

L'applicazione di una norma tecnica può comportare valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento, quando la norma tecnica contenga dei concetti indeterminati o comunque richieda apprezzamenti opinabili.

Ma una cosa è l'opinabilità, altra cosa è l'opportunità.

La questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma - soltanto perché

¹⁰⁶ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, pp. 463 ss.

¹⁰⁷ Così P. LAZZARA, *L'opera scientifica di Enzo Capaccioli tra fatto, diritto e teoria generale*, op. cit., § 5, ricostruendo il pensiero di E. CAPACCIOLI.

¹⁰⁸ G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, op. cit., p. 580.

opinabile - in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito. [...] [lo] sconfinamento nella sfera del merito, è configurabile solo quando l'indagine svolta non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione; con la conseguenza che l'indicato vizio non ricorre quando il Consiglio di Stato indagherà sui presupposti di fatto del provvedimento impugnato (Cass., 5 agosto 1994, n. 7261)»¹⁰⁹.

Per la verità, già precedenti orientamenti della Suprema Corte¹¹⁰ e del Giudice delle leggi consentivano di addivenire alle stesse conclusioni.

In particolare, la Corte Costituzionale¹¹¹ osservava che «Il giudice amministrativo, invero, dispone di un ampio potere di ricostruire la realtà materiale presupposta dall'atto amministrativo o sulla quale quest'ultimo deve esplicitare i suoi effetti, in quanto l'erronea supposizione o conoscenza di detta realtà da parte dell'amministrazione può stare alla base dei vizi di legittimità dell'atto: il che macroscopicamente si verifica nel caso di eccesso di potere per travisamento dei fatti.

¹⁰⁹ Cons. Stato, Sez., IV, 9 aprile 1999, n. 601, cit.

¹¹⁰ Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 20 gennaio 1987, n. 462 in *Foro it.*, 1998, I, pp. 2373 e ss. secondo cui «il sindacato di legittimità non comprende soltanto l'indagine rivolta ad accertare la conformità, o meno, dell'atto amministrativo alla legge, ma anche quella diretta a constatare se l'atto sia stato emanato nelle condizioni di fatto, in cui il diritto obiettivo consentiva di emanarlo e con quel contenuto. La giurisdizione di legittimità non si limita, quindi, a individuare la norma di diritto applicabile nel caso concreto, ma si attua anche con l'accertamento relativo ai fatti assunti e presupposto dell'azione amministrativa e della norma di diritto applicata, differenziandosi - è stato opportunamente detto - della nozione di giudizio di legittimità che caratterizza il ricorso per cassazione.

Al giudice amministrativo di legittimità non è, per ciò, inibito indagare sui presupposti di fatto del provvedimento impugnato al fine di stabilire se, nel concorso di essi, la legge consenta, o meno, all'Amministrazione di adottarlo e di adottarlo con quel determinato contenuto, non implicando, tale indagine, uno sconfinamento nei poteri di merito riservati alla P.A. né un sindacato sulla opportunità e convenienza dell'atto».

¹¹¹ Corte Cost., 25 marzo 1982, n. 57, in *Giur. cost.*, 1982, pp. 592 e ss..

Il controllo sulla ricostruzione della realtà materiale risulta di più difficile distinzione dalla valutazione di tale realtà alla stregua di precetti non giuridici (ossia dalla valutazione "di merito"), quando il giudizio verta sull'applicazione di disposizioni di legge formulate per clausole generali (quali "urgenza", "pericolosità", "grave inadempimento", "operazione speculativa") in cui il giudizio sul fatto si intreccia con giudizi di valore. Peraltro, anche gli apprezzamenti dell'amministrazione, sottratti per il loro oggetto al sindacato giurisdizionale, ben possono essere controllati dal giudice al fine di accertare la correttezza del procedimento di formazione di essi, per cui può essere necessaria la ricostruzione dei fatti posti a base della valutazione effettuata dalla pubblica amministrazione.

L'espressione "per soli motivi di legittimità" non si riferisce dunque, nel suo significato letterale, ad un giudizio che verta esclusivamente su questioni di diritto, ma comprende - nel senso e nei limiti predetti - anche quello relativo alla realtà materiale».

In accordo con l'indirizzo della giurisprudenza costituzionale e come correttamente evidenziato da autorevole dottrina¹¹², il sindacato di legittimità del giudice amministrativo non può limitarsi alla valutazione di diritto (nell'accezione che contrappone il giudizio di diritto al giudizio di fatto), ma deve estendersi anche al giudizio tecnico "opinabile" del fatto, di cui deve essere valutata la bontà e la condivisibilità: ove mancasse tale potere verrebbe frustrato il principio di legalità e di pienezza della tutela giurisdizionale.

Il giudice amministrativo ha così un potere di piena conoscenza del fatto, di guisa che «il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi [...] in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì [attraverso la] [...] verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo

¹¹² A. TRAVI, in nota a Cons. Stato, Sez., IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *Foro it.*, 2001, pp. 9 e ss. citato in G. D'AURIA, *Discrezionalità tecnica, sindacato giudiziario e responsabilità amministrativa dei pubblici funzionari*, op. cit., pp. 845-846.

della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo»¹¹³.

3.2.1. La discrezionalità tecnica e il merito amministrativo.

Gli orientamenti fin qui esposti incentrano il dibattito sulla discrezionalità tecnica e sulla sua sindacabilità richiamando i concetti di “riserva d’amministrazione” e di “merito amministrativo”, i quali necessitano qualche chiarimento.

Abbiamo riferito di come la dottrina che riconduce la discrezionalità tecnica nell’alveo della discrezionalità amministrativa ne affermi l’insindacabilità poiché questione attinente al merito amministrativo, definito come area di valutazione di interessi¹¹⁴.

Tale impostazione, però, si scontra con l’insegnamento di Massimo Severo Giannini¹¹⁵, il quale ha consentito di distinguere il merito amministrativo dalla discrezionalità: il “merito” - a differenza della discrezionalità - attiene a quella parte di processo decisionale della pubblica amministrazione il cui svolgersi non è disciplinato da norme giuridiche e non riguarda (come, invece, la discrezionalità) solamente l’attività autoritativa della P.A.

Ne deriva la contrapposizione tra giudizio di merito, in cui la valutazione dell’operato nella pubblica amministrazione avviene secondo parametri non giuridici, e giudizio di legittimità, attraverso cui si constata l’osservanza da parte della pubblica autorità delle norme giuridiche.

Tale distinzione è, tuttavia, venuta sfumando in ragione dell’ampliamento dei poteri di sindacato del giudice amministrativo e per la progressiva riconduzione di alcuni tradizionali criteri di valutazione extragiuridici nell’ambito dei parametri di legittimità.

¹¹³ Cons. Stato, Sez., IV, 9 aprile 1999, n. 601, cit.

¹¹⁴ F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo*, op. cit., p. 831.

¹¹⁵ M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e Diritto*, 1941.

Sotto quest'ultimo profilo, il riferimento è ai principi di economicità¹¹⁶, efficienza ed efficacia inseriti dalla legge sul procedimento tra i criteri informatori dell'attività amministrativa, accanto ai tradizionali principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza.

Parte della dottrina¹¹⁷ ha ritenuto che la legge sul procedimento amministrativo del 1990, in base al dettato dell'art. 1, abbia addirittura cancellato la tradizionale distinzione tra vizi di merito e vizi di legittimità. E ciò in linea al riconoscimento del rilievo giuridico del «risultato»¹¹⁸, il quale tradizionalmente rappresenta una categoria afferente all'opportunità amministrativa¹¹⁹.

Parte della giurisprudenza amministrativa - anche risalente¹²⁰ - condivide tale opinione, ritenendo la valutazione del risultato sostanziale dell'attività amministrativa un parametro di legittimità, un elemento esterno idoneo a

¹¹⁶ Dopo la l. cost., 20 aprile 2012, n. 1 - che aggiunge all'art. 97 Cost. la seguente premessa: «Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico» - il principio di economicità dell'azione amministrativa è assunto a principio costituzionale e, pertanto, suscettibile di costituire un parametro della sua legittimità.

¹¹⁷ P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Cedam, Padova, 2003, pp. 341 ss., e B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, III, Cedam, Padova, 1993, pp. 327 ss.

¹¹⁸ «L'Amministrazione di risultato è contraddistinta in particolare dal dovere giuridico (e non più solo socio-politico e fattuale, né più solo interno) di raggiungere presto, bene, con economicità e con trasparenza risultati concreti, corrispondenti agli interessi determinati dalla legge e agli obiettivi definiti dalla stessa amministrazione attraverso la funzione di indirizzo politico-amministrativo. Essa in altri termini è obbligata ad assicurare - a persone, formazioni sociali, comunità, enti (compresa l'Amministrazione) - beni, servizi, mezzi, persone, utilità, attività, prestazioni, condizioni, rispetto di regole, ecc. che esse, da sole, non potrebbero conseguire, in assoluto o nelle quantità e con le qualità necessarie ed adeguate, manifestando l'inerenza del principio di sussidiarietà - implicante non solo libertà, ma anche solidarietà - e del risultato all'idea stessa di amministrazione» così L. IANNOTTA, *Merito, Discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, op. cit.

¹¹⁹ A. AMORTH ravvisava «nel principio di opportunità una misura dell'azione rispetto al suo risultato e rilevava l'incidenza delle così dette regole di buona amministrazione non sulla scelta stessa dell'azione... dominata piuttosto dall'arte politica e dall'intuito, dall'avvedutezza del funzionario, bensì sul suo contenuto, nel senso della sua più appropriata adeguatezza al risultato» in A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, 1939, in *Antonio Amorth. Scritti Giuridici*, Giuffrè, Milano, 1999, 370 ss.

¹²⁰ *Cfr.* Cons. Stato, Sez. V, 25 novembre 1936, n. 1077, in *Riv. dir. pubbl.*, 1937, p. 61; Cons. Stato, Sez. IV, 27 aprile 1937, n. 171, *ivi*, 1937, p. 347. Cons. Stato, Sez. IV, 28 aprile 1937, n. 182; Cons. Stato, Sez. V, 17 marzo 1937, n. 340, *ivi*, 1937, pp. 295 e 290; Cons. Stato, Sez. IV, 26 luglio 1938, n. 424, *ivi*, 1938, 719.

verificare intrinsecamente la conformità dell'attività amministrativa alle regole che ne disciplinano l'esercizio.

Contributi dottrinari¹²¹ hanno evidenziato, poi, che già nell'opera gianniniana emergevano tratti di un giudizio amministrativo di legittimità rivolto all'esame del risultato dell'attività amministrativa, seppur entro gli schemi del sindacato sull'eccesso di potere e, in particolare, sullo sviamento.

Di recente, infine, non sono mancate voci in dottrina¹²² che, negando la distinzione sostanziale tra sindacato giurisdizionale di merito e di legittimità, hanno osservato che la differenza si riscontri solamente in ordine alla capacità invasiva e al tasso di soggettività del controllo da parte del giudice ed hanno così circoscritto il merito a quell'area di libertà di scelta che residua alla P.A. tra le possibilità formalmente legittime ed oggettivamente non irragionevoli.

Ne deriva a fronte dell'attività tecnico-discrezionale della P.A. che il giudice amministrativo - in sede di giurisdizione di legittimità - debba limitarsi ad un controllo intrinseco c.d. "debole": il giudice valuta l'attendibilità (ossia la credibilità scientifica) degli apprezzamenti tecnici eseguiti dalla pubblica amministrazione sotto il profilo della correttezza quanto al criterio tecnico e al procedimento applicativo, senza, tuttavia, poter sostituire il proprio giudizio a quello amministrativo.¹²³ (nel qual caso il controllo sarebbe "intrinseco" di tipo "forte").

In questo senso, di recente, un autorevole studioso ha ritenuto appropriato parlare di "preferenza" anziché di "riserva" di amministrazione, nel senso che la decisione ragionevolmente assunta dall'autorità amministrativa va comunque preferita rispetto alle altre possibili alternative «ragionevoli e legittime»¹²⁴: superare tale barriera e consentire al controllore (e quindi al

¹²¹ L. IANNOTTA, *Merito, Discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, op. cit., § 2.

¹²² A.R. TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, op. cit., pp. 544 e ss.

¹²³ Cons. Stato, Sez. IV, 3 maggio 2011, n. 2628, in *Foro amm. CdS*, 2011, p. 1504 (s.m.).

¹²⁴ A.R. TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, op. cit., p. 549.

giudice amministrativo) di scegliere tra le alternative ragionevoli e legittime comporterebbe un'indebita attività di sostituzione del controllato.

Nella stessa direzione il giudice amministrativo ha più volte chiarito che «il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica si svolge non soltanto riguardo ai vizi dell'eccesso di potere (logicità e ragionevolezza delle decisioni amministrative) ma anche con la verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche compiute dalla P.A. quanto a correttezza dei criteri utilizzati e applicati; ha però anche precisato che resta comunque fermo il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, potendo quindi il giudice amministrativo censurare la sola valutazione che si pone al di fuori dell'ambito di opinabilità, cosicché il suo sindacato non resti estrinseco ma non divenga sostitutivo con l'introduzione di una valutazione parimenti opinabile»¹²⁵.

In altre parole, per la giurisprudenza amministrativa il sindacato sulla discrezionalità tecnica deve essere riferito più al controllo del metodo (*rectius* dei metodi) e dei conseguenti risultati che alla scelta finale.

Come già accennato un recente pronunciamento delle Sezioni Unite della Suprema Corte¹²⁶ ha ritenuto controllabili le valutazioni della P.A. solamente in via estrinseca: il sindacato del giudice amministrativo sarebbe limitato alla possibilità di rilevare profili di contraddittorietà motivazionale, irragionevolezza del giudizio o erroneità dei suoi presupposti fattuali onde non sconfinare nel merito amministrativo, il quale segna il confine tra la funzione giurisdizionale e il potere esecutivo e, in ultima analisi, tra i poteri dello Stato¹²⁷.

¹²⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 14 luglio 2011, n. 4283, in *Foro amm. CdS.*, 2011, pp. 2523 e ss.

¹²⁶ Cass. Civ., Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312, cit.

¹²⁷ Cass. Civ., Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 1583 ss. che testualmente riferisce: «Il sindacato sulla motivazione [del provvedimento amministrativo] deve [...] essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti dall'[amministrazione] e non può avvalersi, onde ritenere avverato il vizio di eccesso di potere, di criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa (ove si recepiscano, come ha fatto il g.a., le considerazioni esposte dal consulente). L'adozione di siffatti criteri di non condivisione, infatti, nella parte in

Ciò posto, deve evidenziarsi come la separazione dei poteri non possa più intendersi - come, invece, nell'originaria impostazione della legge abolitrice del contenzioso 1865 - quale rigida ripartizione di attribuzioni e competenze tra giurisdizione e pubblica amministrazione, non suscettibili di alcuna interferenza reciproca¹²⁸.

Nella funzione di controllo assegnata al giudice non vi possono essere settori "riservati" della P.A. che sfuggano al suo sindacato poiché in tali ambiti l'amministrazione diventerebbe giudice di sé stessa, realizzando un cortocircuito nella moderna teoria della separazione dei poteri¹²⁹.

In altre parole, il diritto alla legalità dell'attività della pubblica amministrazione implica la piena e integrale conoscibilità da parte del giudice - ordinario o amministrativo che sia - del fatto costituente il presupposto del provvedimento amministrativo¹³⁰.

Nel sistema di giustizia amministrativa tedesco, attraverso il giudizio di proporzionalità, il giudice amministrativo può estendere il suo sindacato oltre la verifica della ragionevolezza del provvedimento amministrativo, fino alla valutazione dell'idoneità della soluzione proposta. E, per questa via, l'autorità giurisdizionale amministrativa tedesca può censurare in quanto irragionevole e, dunque, illegittima la determinazione amministrativa che, pur curando l'interesse pubblico (e quindi priva del tradizionale vizio di "sviamento di potere"), non rappresenta la scelta, tra

cui comporta una sostituzione nel momento valutativo riservato all'[amministrazione], determina non già un mero errore di giudizio (insindacabile in questa sede) ma uno sconfinamento nell'area ex lege riservata all'appaltante stesso e quindi vizia, per ciò solo, la decisione, tale sconfinamento essendo ravvisabile secondo la più qualificata dottrina e la giurisprudenza delle S.U., anche assai lontana nel tempo, anche quando il giudice formuli direttamente e con efficacia immediata e vincolante gli apprezzamenti e gli accertamenti demandati all'amministrazione (Sez. un., n. 2525 del 1964)"».

¹²⁸ V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 33-39.

¹²⁹ Cfr. così G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)* in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 670 e ss., § 13 che continua rilevando come «le funzioni normativa, esecutiva-attuativa e di controllo, ancorché possano essere attribuite allo stesso organo, non possono essere cumulate dallo stesso soggetto nel medesimo ciclo di svolgimento della vita politico-costituzionale dell'ordinamento».

¹³⁰ F. MERUSI, *La Teoria generale di Enzo Capaccioli nel dibattito amministrativo contemporaneo*, op. cit., § 6.

quelle possibili, che realizza l'interesse pubblico primario con il minor pregiudizio possibile degli interessi privati coinvolti nell'azione amministrativa¹³¹.

3.2.2. Il sindacato della discrezionalità tecnica e dell'azione di adempimento alla luce della giurisprudenza della Corte EDU e del diritto comunitario.

Come già indicato nei primi paragrafi della presente trattazione, gli spazi concessi al giudice per l'accesso al fatto e la sindacabilità della discrezionalità tecnica incidono sull'effettiva portata dell'azione di adempimento.

Un'azione di condanna promossa dinnanzi ad un giudice che non possa accedere alla valutazione del fatto "complesso" presupposto e non possa sindacarne la validità scientifica rimarrebbe "una scatola vuota" ed un'azione marginale non paragonabile alla "parallela" azione di adempimento del giudizio civile.

Essa finirebbe, altresì, per tradire il principio di effettività della tutela giurisdizionale riconosciuto da quella stessa giurisprudenza della Corte EDU e comunitaria cui il processo, la giurisdizione e il procedimento amministrativo devono informarsi¹³².

Un allineamento agli orientamenti giurisprudenziali europei - come ricordato dalla migliore dottrina italiana¹³³ - s'impone, non essendo più attuabile la c.d. teoria delle «geometrie variabili» secondo cui le categorie del diritto amministrativo possono mutare in ragione della derivazione comunitaria o nazionale della norma da applicare: «La geometria è una

¹³¹ Così D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, p. 732.

¹³² Come già ricordato, l'art. 1 del c.p.a. afferma che la giurisdizione amministrativa regolata dal codice assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi del diritto europeo e nell'*incipit* della legge sul procedimento amministrativo si legge che «l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ... nonché dai principi dell'ordinamento comunitario».

¹³³ F. MERUSI, *Il Codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 1 e ss.

sola perché tutti gli ordinamenti amministrativi nazionali debbono corrispondere agli stessi principi comunitari»¹³⁴, tra cui occorre includere anche i principi CEDU cui i giudici nazionali sono chiamati a dare applicazione diretta.

Con riferimento al tema della discrezionalità tecnica, fine di garantire la «piena giurisdizione» (*full jurisdiction*), i giudici di Strasburgo hanno ridotto in misura sempre maggiore i limiti giurisdizionali al sindacato delle valutazioni tecniche demandate alle pubbliche amministrazioni¹³⁵.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha osservato come la «piena giurisdizione» - logico corollario dell'«equo processo» garantito dall'art. 6 CEDU - legittimi il giudice a scandagliare e valutare le scelte tecniche operate dalla P.A.¹³⁶, non essendo ammissibili forme di accertamento definitivo demandate all'autorità amministrativa¹³⁷.

¹³⁴ F. MERUSI, *Il Codice del giusto processo amministrativo*, op. cit., p. 5.

¹³⁵ Per un'ampia panoramica su tali questioni v. M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 1062 e ss.

¹³⁶ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 novembre 2005, *Capital Bank AD v. Bulgaria*, caso n. 49429/99, sul sito istituzionale della Corte, www.hudoc.echr.coe.int. al § 113 testualmente riporta «*The Court, for its part, is prepared to accept that the BNB's opinion on this issue carries significant weight because of its special expertise in this area. However, it is not persuaded that the domestic courts, if need be with the assistance of expert opinion, could not themselves ascertain whether the applicant bank was insolvent or not. The difficulties encountered in this respect could also be overcome through the provision of a right of appeal against the BNB's decision to an adjudicatory body other than a traditional court integrated within the standard judicial machinery of the country, but which otherwise fully complies with all the requirements of Article 6 § 1, or whose decision is subject to review by a judicial body with full jurisdiction which itself provides the safeguards required by that provision. Indeed, as is apparent from the Court's case-law, similar systems exist in many States Parties in domains in which special expertise is needed*»). I giudici di Strasburgo affermano che l'elevato tasso di tecnicità delle valutazioni demandate alla P.A. non può privare il giudice nazionale del potere di riesaminarne la correttezza attraverso la nomina di consulenti o l'integrazione del collegio giudicante con specialisti della materia.

¹³⁷ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 luglio 1998, *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom*, casi 20390/92, 21322/92 - riportate in M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, op. cit., *passim* - dove a § 77 si legge «*The right guaranteed to an applicant under Article 6 § 1 ECHR to submit a dispute to a court or tribunal in order to have a determination of questions of both fact and law cannot be displaced by the ipse dixit of the executive*». L'effettività della tutela giurisdizionale non sopporta nessuna forma di *ipse dixit* in capo all'amministrazione.

Di conseguenza, appaiono condivisibili le critiche della dottrina¹³⁸ sulla non pertinenza del richiamo operato dalla Corte di cassazione nella sentenza n. 2312/2012 al precedente *A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia*¹³⁹ della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Nella fattispecie si evidenziava che la competenza del giudice amministrativo non possa limitarsi ad un mero «controllo esterno»¹⁴⁰ di legittimità, ma deve estendersi alla verifica circa l'adeguatezza e la proporzionalità dell'attività amministrativa¹⁴¹.

Tale interpretazione è stata confermata dalla successiva giurisprudenza della Corte di Strasburgo la quale, citando il caso *Menarini*, conferma che il principio della *full jurisdiction* comprende il potere per il giudice di esaminare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la controversia¹⁴².

Nell'impostazione della Corte europea dei diritti dell'uomo il sindacato giurisdizionale può ritenersi rispettoso dell'art. 6 CEDU soltanto qualora sia possibile valutare le prove e sostituire la valutazione della pubblica amministrazione anche in ordine a profili connotati da un alto tasso di soggettività¹⁴³.

¹³⁸ M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, op. cit., *passim*.

¹³⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 settembre 2011, *A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia*, caso 43509/08 in www.giustizia.it/ con traduzione in italiano.

¹⁴⁰ Cfr. § 67, Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 settembre 2011, *A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia*, cit.

¹⁴¹ Cfr. § 64, Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 settembre 2011, *A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia*, cit.

¹⁴² Cfr. § 55, Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 giugno 2012, *Segame SA c. France*, Caso 4837/06 che testualmente afferma: «*Respect for Article 6 § 1 of the Convention means that decisions taken by administrative authorities which do not themselves satisfy the requirements of Article 6 § 1 of the Convention must be subject to subsequent control by a judicial body that has full jurisdiction (see Schmutz, cited above, § 34, and the Umlauf, Grading, Pramstaller, Palaoro and Pfarrmeier v. Austria judgments of 23 October 1995, Series A nos. 328 A-C and 329 A-C, §§ 37, 42, 39, 41 and 38 respectively). The characteristics of a judicial body with full jurisdiction include the power to quash in all respects, on questions of fact and law, the decision of the body below. It must have jurisdiction to examine all questions of fact and law relevant to the dispute before it (see Chevrol v. France, no. 49636/99, § 77, ECHR 2003-III; Silvester's Horeca Service, cited above, § 27; and A. Menarini Diagnostics S.r.l. v. Italy, no. 43509/08, § 59, 27 September 2011)*».

¹⁴³ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. IV, 14 novembre 2006, *Tsfayo v. the United Kindom*, caso 60860 e Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. IV, 27 ottobre 2009, *Crompton*

La dottrina più attenta allo studio della giurisprudenza della Corte EDU e della *full jurisdiction* evidenzia poi l'irrilevanza per la Corte della tradizionale distinzione tra vizi di legittimità e di merito¹⁴⁴ poiché si ritiene che le aree sottratte al sindacato giurisdizionale non attengano al fatto (il quale è sempre conoscibile dal giudice), ma riguardino unicamente gli ambiti di *policy or expediency*¹⁴⁵ della pubblica amministrazione e definiti dal rapporto con il circuito dell'indirizzo politico¹⁴⁶.

Le tradizionali distinzioni del sindacato del giudice amministrativo elaborate dalla nostra giurisprudenza e dalla dottrina in base al suo oggetto (di legittimità/di merito) retrocedono dinnanzi al principio della *full jurisdiction* così come interpretato dalla giurisprudenza europea.

Nell'arret *Hornsby*¹⁴⁷ la Corte europea dei diritti dell'uomo sottolinea ancora una volta come i principi del giusto processo debbano prevalere anche sulle tradizionali categorie del diritto amministrativo.

Nella *concurring opinion* (a corredo della decisione) il giudice Morenilla¹⁴⁸ testualmente riferisce che il principio di «riserva d'amministrazione» - elaborato dalla dottrina francese e secondo cui il giudice amministrativo può solamente annullare il provvedimento amministrativo e non, invece, condannare la P.A. ad emanarlo, pena la

v. *The United Kingdom*, caso 42509/05, entrambe sul sito istituzionale della Corte, www.hudoc.echr.coe.int. Evidenzia correttamente la dottrina che, in tal caso, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto non rispondente all'art. 6 CEDU un potere di sindacato del giudice limitato solamente ad un controllo estrinseco della decisione amministrativa e non al vaglio della credibilità (ossia dell'attendibilità) della valutazioni svolte dalla P.A. (cfr. M. ALLENA, *Il Sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, op. cit., § 2).

¹⁴⁴ M. ALLENA, *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiciale all'interno degli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 2012, pp. 267 e ss, § 5.

¹⁴⁵ Endiadi da interpretarsi come scelte dell'opportunità/convenienza operate all'interno di un'ampia politica statale. Sul punto, M. BEDJAOUI, *Expediency In The Decisions Of The International Court Of Justice*, in *British yearbook of international law*, 2001, n. 71, p. 1 e ss. che evidenzia come il termine *expediency* debba tradursi (in francese) con la parola "opportunità".

¹⁴⁶ Sul punto cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, pp. 775-776.

¹⁴⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 19 marzo 1997, *Hornsby c. Grecia* in *Riv. intern. dei dir. uomo*, 1997, pp. 409-416.

¹⁴⁸ F. MERUSI, *Il Codice del giusto processo amministrativo*, op. cit., pp. 11 e ss.

violazione del principio della separazione tra autorità amministrative e giurisdizionali - debba essere abbandonato nella misura in cui sia contrastante con il principio del «giusto processo».

Vi è, peraltro, chi sottolinea come spetti sempre alla P.A. dedurre e provare l'area d'insindacabilità dell'attività amministrativa, costituendo essa l'eccezione e non la regola dei rapporti tra giudice ed amministrazione¹⁴⁹. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea - anche su influsso delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo - sembra, da parte sua, aver abbandonato il precedente orientamento più restrittivo in cui affermava che il controllo del giudice sull'amministrazione dovesse essere di tipo "estrinseco"¹⁵⁰.

Preliminarmente, la Corte del Lussemburgo ha precisato che «il diritto comunitario non impone che gli Stati membri istituiscano un rimedio giurisdizionale contro le decisioni nazionali [o meglio, i provvedimenti amministrativi], adottate [...] nell'esercizio di valutazioni complesse, comportante un controllo più ampio di quello esercitato dalla Corte in casi analoghi»¹⁵¹: gli Stati membri sono tenuti soltanto a prevedere uno

¹⁴⁹ Il principio trova la sua origine nell'ordinamento tedesco in cui la "riserva di amministrazione" non costituisce la regola dei rapporti tra giudice ed amministrazione, ma l'eccezione che deve essere puntualmente provata dalla P.A. (cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 362-363).

¹⁵⁰ Orientamento riassunto alla nota 22 delle conclusioni dell'Avvocato generale presentate il 26 giugno 2012 nella causa dinnanzi alla Corte di giustizia dell'Unione Europea Causa C-199/11, sul sito istituzionale della Corte, www.curia.europa.eu, secondo cui «il criterio utilizzato dalla Corte [è il seguente]: "un'autorità comunitaria, allorché è chiamata, nell'esercizio delle sue attribuzioni, a compiere valutazioni complesse, dispone per tale motivo di un ampio potere discrezionale il cui esercizio è assoggettato ad un controllo giurisdizionale limitato, il quale implica che il giudice comunitario non può sostituire la sua valutazione degli elementi di fatto a quella della detta autorità. Pertanto, il giudice comunitario si limita, in casi del genere, ad esaminare l'esattezza sostanziale dei fatti e le qualificazioni giuridiche che questa autorità ne ha desunto e, in particolare, se l'operato di quest'ultima non sia inficiato da errore manifesto o sviamento di potere, o se tale autorità non abbia manifestamente oltrepassato i limiti del proprio potere discrezionale" (sentenze del 13 luglio 1966, *Consten e Grundig/Commissione*, 56/64 e 58/64, Racc. p. 429; del 22 gennaio 1976, *Balkan-Import Export*, 55/75, Racc. p. 19, punto 8; del 14 luglio 1983, *Øhrgaard e Delvaux/Commissione*, 9/82, Racc. p. 2379, punto 14; dell'11 luglio 1985, *Remia e a./Commissione*, 42/84, Racc. p. 2545, punto 34; del 15 giugno 1993, *Matra/Commissione*, C-225/91, Racc. p. I-3203, punti 24 e 25, e del 5 maggio 1998, *National Farmers'Union e a.*, C-157/96, Racc. p. I-2211, punto 39».

¹⁵¹ Cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, 21 gennaio 1999, *Upjohn Ltd c. Licensing Authority established by the Medicines Act 1968*, C-120/97, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 1999, pp. 495 e ss.

strumento che consenta, nell'ambito del controllo della legittimità, un'effettiva applicazione dei principi e delle norme pertinenti del diritto comunitario.

I giudici dell'Unione hanno poi ammesso un sindacato intrinseco di tipo “debole” sugli atti delle istituzioni comunitarie: la Corte di Giustizia può verificare l'attendibilità e la coerenza (oltre l'esattezza materiale) degli elementi di prova adottati nonché la loro rilevanza in ordine alle conclusioni formulate dagli organi comunitari¹⁵², le cui scelte non potranno giammai essere sostituite dall'autorità giurisdizionale¹⁵³.

¹⁵² Cfr. § 121, Corte di giustizia dell'Unione europea, 8 dicembre 2011, *KME Germany AG v. Commissione*, C-389/10 e Corte di giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 19 settembre 2006, *Graham J. Wilson v. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, C-506/04 entrambe sul sito istituzionale della Corte di giustizia, www.curia.europa.eu.

Sul punto, però, giova evidenziare come il diritto comunitario sembra riconoscere un'area di discrezionalità-tecnica riservata all'amministrazione comunitaria e sottratta al sindacato dei giudici nazionali: è il caso della materia degli aiuti di Stato disciplinata Regolamento del Consiglio del 16 dicembre 2002, n. 1/2002, all'art. 16, comma 1, ai sensi del quale “Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del Trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Esse devono inoltre evitare decisioni che siano in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati. A tal fine le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati. Tale obbligo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi di cui all'articolo 234 del Trattato”.

A prescindere dall'impossibilità per giudice nazionale di sindacare la legittimità del provvedimento amministrativo adottato dalla Commissione anche ai fini di una sua disapplicazione (con possibile violazione dell'art. 101 Cost. con possibilità di un'applicazione dei c.d. contro-limiti al primato del diritto comunitario cfr. N. ZANON, *Fonti comunitarie, indipendenza funzionale del giudice italiano e “controlimiti”* in www.forumcostituzionale.it, 2002, deve rilevarsi come il diritto comunitario in determinate ipotesi riconosca un ambito di valutazione tecnico discrezionale riservato alla P.A. nei confronti dei giudici nazionali. A ben vedere, però, tale “riserva” non si fonda sul principio di separazione dei poteri tra P.A. e giudici, bensì sul monopolio della Corte di giustizia dell'Unione europea sul sindacato degli atti delle istituzioni comunitarie ai sensi dell'art. 263 TFUE e prima dall'art. 230 TCE.

In ordine al sindacato su tali atti, la Corte di Giustizia ha puntualmente ribadito come il controllo di legittimità, anche in ambito di valutazioni tecnico discrezionali complesse, il giudice comunitario è tenuto a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di fatto sottesi alla decisione comunitaria, la loro attendibilità e la loro coerenza, «ma deve altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono» (Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. II, 8 dicembre 2011, n. 272, *Kme Germany AG e altro vs. Comm. Ce*, § 94, sul sito istituzionale della Corte di giustizia, www.curia.europa.eu).

¹⁵³ Cfr. § 121, Corte di giustizia dell'Unione europea, 22 novembre 2007, C-525/04, § 57 sul sito istituzionale della Corte di giustizia, www.curia.europa.eu.

Peraltro, autorevole dottrina comparatistica¹⁵⁴ evidenzia come il sindacato della Corte del Lussemburgo, nel verificare l'eccesso di potere degli atti comunitari alla luce del principio di proporzionalità, pur rispettando apparentemente il modello di controllo formale di matrice francese, abbia acquisito un notevole grado di incisività nelle valutazioni amministrative, attestandosi livelli tendenzialmente più elevati rispetto alla media degli ordinamenti nazionali (inferiore solamente agli *standard* del giudice tedesco).

Emerge in modo chiaro il differente punto di vista del diritto (*lato sensu*) europeo rispetto alla prospettiva della nostra Corte Suprema in ordine alla riserva di amministrazione, e si palesa, altresì, la necessità di riconsiderare la portata dell'azione di adempimento nel nostro ordinamento, (superando i tradizionali «stilemi» del nostro diritto amministrativo).

Il diritto europeo - cui il codice del processo amministrativo rimanda - non solo impone l'introduzione di meccanismi processuali in grado di garantire l'effettiva attuazione del *dictum* giurisdizionale (tra cui può ricomprendersi l'azione di adempimento), ma non tollera nessuna limitazione in ordine all'esame del fatto e delle valutazioni amministrative. (anche rispetto, dunque, alla loro attendibilità e condivisibilità).

Sotto questo profilo l'azione di adempimento pubblicistica appare funzionale alle esigenze del diritto europeo appena esposte e spinge l'interprete ad un'ulteriore riflessione in ordine al limite per cui la suddetta azione è ammissibile soltanto qualora «non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione».

Il pieno accesso al fatto da parte del giudice amministrativo - inteso anche come possibilità di rivalutare gli apprezzamenti della P.A. nel senso

¹⁵⁴ D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, op. cit., pp. 683 e ss.

sopraindicato - obbliga ad interpretare il termine «discrezionalità» nel senso restrittivo individuato dalla giurisprudenza europea, ossia come il momento in cui la P.A. è chiamata soltanto alla comparazione degli interessi coinvolti dall'agere amministrativo e alla scelta della soluzione più opportuna per l'interesse da perseguire nel più ampio quadro di un indirizzo economico-politico.

In altre parole, la discrezionalità prevista dall'art. 31 c.p.a. dovrebbe intendersi esclusivamente come discrezionalità «pura» e non come «discrezionalità tecnica».

Nello stesso senso potrebbe intendersi l'inciso finale della disposizione in commento «e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione».

Tale formula - ove intesa come impossibilità del giudice amministrativo di procedere ad una valutazione del fatto in via autonoma e in sostituzione della P.A. - si porrebbe in contrasto con il filone giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo ed anche della Corte di giustizia dell'Unione europea¹⁵⁵.

E sul punto la stessa Corte costituzionale¹⁵⁶ ha precisato che «il margine di apprezzamento discrezionale del legislatore» in ordine all'attuazione del principio di effettività della tutela e del giusto processo è limitato ai sensi dell'art. 117 Cost. poiché «Il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali».

¹⁵⁵ È appena il caso di richiamare come la giurisprudenza della Corte di Giustizia ritenga disapplicabile da parte dei giudici nazionali la pronuncia dei giudici superiori (anche sulle questioni di giurisdizione) qualora siano in contrasto con il diritto eurounitario. *Cfr.* Corte di giustizia dell'Unione europea. Sez. I, 20 ottobre 2011, n. 396, C-396/09, § 38 e 39 sul sito istituzionale della Corte di giustizia, www.curia.europa.eu.

¹⁵⁶ Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 1729 e ss.

La giurisprudenza della Corte EDU¹⁵⁷ funge da parametro di costituzionalità interposto delle norme interne; sicché il giudice comune interno è tenuto ad interpretare le disposizioni nazionali in modo conforme ai precetti convenzionali e la Corte costituzionale ha l'obbligo - nell'ipotesi di impossibilità di un'interpretazione adeguatrice - «di non consentire che continui ad avere efficacia nell'ordinamento giuridico italiano una norma di cui sia stato accertato il deficit di tutela riguardo ad un diritto fondamentale»¹⁵⁸.

La Corte costituzionale¹⁵⁹ ha, peraltro, precisato che il diritto CEDU, costituendo parametro interposto di costituzionalità, nella gerarchia delle fonti si colloca ad un livello sub-costituzionale, ragion per cui deve essere conforme alla Carta fondamentale e la sua prevalenza rispetto al diritto interno passa per un giudizio di bilanciamento tra interessi costituzionalmente protetti.

A differenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il nostro giudice costituzionale opera una valutazione sistematica e non isolata dei diritti fondamentali ed è, essa soltanto, a poter compiere la comparazione fra interessi costituzionalmente tutelati, in potenziale conflitto fra loro. In altre parole, mentre nella casistica dei giudici di Strasburgo i diritti vengono in considerazione in modo parcellizzato ed isolato, il giudice delle leggi guarda al sistema nazionale degli interessi costituzionali nella loro interazione e reciproca interferenza¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Sicuramente qualora l'Italia sia stata parte del procedimento dinanzi alla Corte EDU e nel caso in cui nei confronti dell'Italia si sia formata «cosa giudicata interpretata», ai sensi dell'art. 46 della Convenzione. Le pronunce della Corte di Strasburgo rese nei confronti di altre parti assumono sicuramente una valenza per l'interpretazione del giudice nazionale.

¹⁵⁸ Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317, cit.

¹⁵⁹ Nella sentenza della Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Riv. dir. intern.*, 2008, pp. 197 e ss., si evidenzia chiaramente che «Si deve peraltro escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali. Tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione».

¹⁶⁰ Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264, in *Giust. civ.*, 2013, pp. 26 e ss. In questo senso emerge chiaramente la differenza tra i principi e la normazione di derivazione comunitaria a favore della quale, a memoria della sentenza della Corte Cost., 8 giugno 1984, n. 170, si è verificata una cessione di sovranità ai sensi dell'art. 11 Cost. nei confronti di un altro ordinamento, sicché il

Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo fin qui esaminate non sono state pronunciate nei confronti dell'Italia, sicché le stesse non appaiono assurgere a parametro interposto di costituzionalità di eventuali norme interne ma costituiscono, piuttosto, criterio ermeneutico ed interpretativo di rango legislativo.

Nondimeno, è la stessa Corte costituzionale ad aver escluso da tempo la possibilità di limitare il potere giudiziale di accesso al fatto e alle valutazioni della P.A.¹⁶¹

La riserva di funzione amministrativa può sicuramente operare quale limite esterno della giurisdizione in ordine alla scelta e alle modalità di perseguimento dell'interesse pubblico, ma non può coincidere con una riserva di valutazione dei fatti e dei concetti giuridici¹⁶².

Alla luce di quanto riferito, appare condivisibile il percorso argomentativo di quell'autorevole dottrina¹⁶³ secondo cui il limite della necessità di ulteriore attività istruttoria nell'ambito dell'azione di adempimento abbia una valenza diversa rispetto a quella che assume nell'azione avverso il silenzio (in seno alla quale era stato originariamente inserito).

Ed infatti, nell'azione avverso il silenzio - per l'intrinseca natura (e per il rito semplificato) di tale tipo di giudizio, finalizzato a «superare» l'inerzia dell'amministrazione - non appare ammissibile la sostituzione dell'attività istruttoria della P.A.

In tali casi l'attività del giudice dovrebbe spingersi fino a sostituire totalmente il procedimento amministrativo, con un'evidente invasione anche della discrezionalità "pura" della P.A. Esito assolutamente

giudice delle leggi si è riservato di valutare la legge di esecuzione del Trattato qualora contrastanti solo con i principi fondamentali o diritti inalienabili del nostro ordinamento costituzionale (e non con tutte le disposizioni costituzionali).

¹⁶¹ Corte cost., 10 aprile 1987, n. 146, in *Rass. avv. Stato*, 1987, pp. 236 e ss. e Corte cost., 18 maggio 1989, n. 252, in *Consiglio di Stato*, 1989, pp. 734 e ss.

¹⁶² Sui profili di incostituzionalità rispetto al principio di effettività della tutela giurisdizionale di una riserva di valutazione dei fatti in favore della P.A. cfr. anche F. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 115.

¹⁶³ A. CARBONE, *L'azione di adempimento è nel Codice. Alcune riflessioni sul D. Lgs. 14 settembre 2012, n. 160 (c.d. Secondo Correttivo)*, in www.giustamm.it, 2012, 6.

incompatibile non solo con la giurisprudenza nazionale del Consiglio di Stato e del giudice della giurisdizione, ma anche con la giurisprudenza della Corte europea, la quale esclude il sindacato giurisdizionale nel caso di scelte inerenti alla *policy or expediency* dell'azione amministrativa.

Il rapporto amministrativo non sarebbe più solamente conosciuto, ma addirittura "creato" dal giudice amministrativo in evidente violazione dell'art. 34, comma 2°, primo periodo c.p.a. (il quale - si ricorda - esclude che il giudice possa pronunciarsi rispetto a poteri amministrativi non ancora esercitati).

È bene ribadire che il divieto contenuto nell'art. 34 appena citato riguarda l'impossibilità per il giudice amministrativo di esautorare in prima battuta la P.A. della sua "competenza amministrativa" quale logico corollario del principio di separazione dei poteri, il quale impone che all'interno dello stesso "ciclo funzionale" vi sia un'alterità tra l'organo che delibera e quello che controlla¹⁶⁴.

Nel caso di azione di adempimento promossa contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento emesso all'esito di un procedimento amministrativo (la cui istruttoria - pur carente o incompleta - è già stata espletata) deve, invece, ritenersi possibile per il giudice amministrativo provocare - con le modalità che si esamineranno nel prossimo paragrafo - l'esaurimento della discrezionalità tecnica della P.A.

D'altronde, il divieto previsto dall'art. 34, comma 2°, c.p.a. costituisce una condizione dell'azione che deve esistere al momento della decisione, sicché «l'assenza del definitivo esercizio di un potere ancora in fieri, afferendo ad una condizione richiesta ai fini della definizione del giudizio, non preclude l'esperimento dell'azione giudiziaria anche se impedisce

¹⁶⁴ M. TRIMARCHI, *Il divieto di «pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati» attraverso il prisma della giurisprudenza* in *Foro amm. CdS*, 2012, pp. 1097 e ss., *passim*.

l'adozione di una sentenza di merito ai sensi del citato capoverso dell'art. 34»¹⁶⁵.

Sulla base di quanto fin qui esposto, la barriera degli adempimenti istruttori riservati alla P.A. e non sostituibili dal giudice amministrativo - a ben vedere - non riguarderebbe l'accesso al fatto e gli ambiti tradizionalmente riconducibili alla discrezionalità tecnica, bensì l'area della c.d. discrezionalità "mista".

La discrezionalità mista è un concetto composito in cui confluiscono, in modo frammisto, sia valutazioni di discrezionalità tecnica - caratterizzate da un apprezzamento compiuto sulla base di conoscenze tecnico-scientifiche di non univoca valutazione e/o misurazione - sia valutazioni di puro merito amministrativo, connotate da un grado di elevata soggettività in quanto informate ai canoni di opportunità e/o convenienza e, in quanto tali, insindacabili da parte del giudice amministrativo¹⁶⁶.

In altre parole, nei casi di discrezionalità mista all'apprezzamento del fatto si innesta la ponderazione e la valutazione di interessi ad opera dell'autorità pubblica¹⁶⁷.

Si comprende allora che la "discrezionalità mista" non rappresenta un diverso genere di discrezionalità rispetto alla discrezionalità amministrativa pura e alla valutazione opinabile del fatto (che suole definirsi "discrezionalità tecnica"), ma esprime un modo di essere dell'azione amministrativa che può aiutare l'interprete nel descrivere quel rapporto di dipendenza unidirezionale esistente tra il momento valutativo e conoscitivo e la successiva scelta della P.A.

Il limite della necessità di adempimenti istruttori riservati alla P.A. di cui all'art. 31, comma 3°, c.p.a. potrebbe - in prima battuta - riferirsi a quegli

¹⁶⁵ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15, cit.

¹⁶⁶ Cfr. T.A.R. Basilicata, 10 gennaio 2013, n. 13, in *Foro amm. TAR*, 2012, p. 283 (s.m.).

¹⁶⁷ A. CARBONE, *Azione di adempimento e Codice del processo amministrativo*, in *Giust. amm.*, 2010.

ambiti in cui alla valutazione e all'accertamento del fatto consegue un esercizio del potere discrezionale "puro".

Sarebbe quell'intreccio logico-consequenziale tra apprezzamento del fatto e scelta della P.A. a poter giustificare l'esclusione del controllo giurisdizionale sulla cognizione del fatto.

3.3. L'attività discrezionale e il suo esaurimento.

Come già riferito, dal combinato disposto degli artt. 34, comma 1°, lett. c) e 31, comma 3° c.p.a. emerge quale presupposto sostanziale dell'azione di adempimento l'esaurimento della discrezionalità in capo alla P.A.

Al riguardo, è necessario stabilire se l'attività del giudice amministrativo debba circoscriversi ad una mera ricognizione dell'avvenuto esaurimento dell'attività discrezionale (pura e tecnica) della P.A. oppure possa provocarne la consumazione attraverso gli aumentati poteri istruttori previsti dall'art. 63 c.p.a. (tra cui la verifica e, se indispensabile, la consulenza tecnica).

Alcuni contributi dottrinari¹⁶⁸ hanno valorizzato le potenzialità dell'istituto processuale del *remand*¹⁶⁹, istituto adottato in sede cautelare dal giudice amministrativo e consistente nel rimettere in gioco l'assetto di interessi definito dalla P.A. con l'atto gravato mediante la fissazione delle coordinate operative e sistematiche cui informare la concreta riedizione del potere, restituendo quindi all'amministrazione l'intero potere decisionale iniziale¹⁷⁰.

Da istituto tipicamente cautelare il *remand* verrebbe a trasformarsi in strumento istruttorio, impiegato per provocare il prosciugamento del

¹⁶⁸ A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., pp. 244-248.

¹⁶⁹ Per una disamina dell'istituto del *remand* confronta R. GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, pp. 857 e ss.

¹⁷⁰ In termini T.A.R., Lombardia, Milano, Sez. I, 17 maggio 2013, n. 1326 in *Red. amm. TAR*, 2013, 5.

potere discrezionale della P.A. attraverso l'ottenimento di una pronuncia giurisdizionale su tutti gli aspetti controversi della questione.

La medesima dottrina mostra, tuttavia, delle perplessità sulla utilizzazione dell'istituto cautelare anzidetto a fini istruttori, non mancando di sottolineare che in tal modo si consentirebbe una maggiore interazione tra giudizio e procedimento amministrativo anche nella fase di merito.

A ben vedere, non sembrano sussistere reali motivi per non inserire la tecnica del *remand* tra gli strumenti idonei a provocare l'esaurimento dell'attività amministrativa: in osservanza al dettato dell'art. 34 c.p.a. secondo cui «In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati», il giudice interviene su un potere che è già stato esercitato ed ordina la riapertura del procedimento senza privare la P.A. dell'ultima parola sulla definizione dell'assetto sostanziale degli interessi¹⁷¹.

Timide aperture in questa direzione possono rinvenirsi nella giurisprudenza di merito¹⁷².

La consumazione della discrezionalità della pubblica amministrazione potrebbe essere provocata dal giudice amministrativo anche attraverso una consulenza tecnica disposta onde consentire alla controversia di maturare per la decisione.

È chiaro che tale ipotesi non comporti particolari problematiche qualora la valutazione sia già stata effettuata dalla pubblica autorità e l'attività del consulente si limiti a verificarne la correttezza.

Di contro, maggiormente discutibile è il caso in cui la consulenza tecnica supplisca a delle valutazioni che la pubblica amministrazione abbia del tutto omesso.

¹⁷¹ Cfr. M. ALLENA - F. FRACCHIA, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal d.lgs. 104/2010*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 191 e ss.

¹⁷² T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, cit.

In tale eventualità, invero, il giudice amministrativo troverebbe un vincolo invalicabile nel citato art. 34 c.p.a., che impedisce al giudice amministrativo di sostituirsi alla P.A. in caso di inerzia di quest'ultima nell'esercizio di poteri discrezionali "puri" e "tecnici".

L'esaurimento della discrezionalità amministrativa potrebbe scaturire poi dall'applicazione del principio di non contestazione previsto dall'art. 64, comma 2° c.p.a., ai sensi del quale il giudice deve porre a fondamento della decisione anche «i fatti non specificamente contestati dalle parti costituite».

Tradizionalmente il principio di non contestazione - da tempo vigente nel processo civile e di recente codificato nell'art. 115 c.p.c. in forza della l. 18 giugno 2009, 69 - è stato considerato incompatibile con il giudizio amministrativo in ragione dell'indisponibilità delle situazioni giuridiche coinvolte¹⁷³ nel processo e del sistema istruttorio basato sul c.d. metodo acquisitivo¹⁷⁴.

Ed è per tale ragione che la sua introduzione nel processo amministrativo ha destato molte perplessità sia in dottrina che in giurisprudenza.

Parte della giurisprudenza amministrativa *post* c.p.a.¹⁷⁵, richiamando l'insegnamento della migliore dottrina processualcivile¹⁷⁶, ha

¹⁷³ Così F. SATTÀ, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1993, pp. 373-378.

¹⁷⁴ Sul punto A.M. SANDULLI, *Il giudizio dinanzi al Consiglio di Stato ed ai giudici sottordinati*, Jovene, Napoli, 1963, pp. 376 e ss.; F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 232 ss. in A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., p. 260.

¹⁷⁵ T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 22 marzo 2012, n. 1444, in *Foro Amm. TAR*, 2012, 3, 914 secondo cui «la collocazione topografica del disposto dell'art. 64 comma 2 deve portare a ritenere che nell'ambito del processo amministrativo i fatti non contestati confluiscono nel concetto di prova, menzionato nel comma 1 dell'art. 64, con la conseguenza che una volta che la parte abbia adempiuto al suo onere di allegazione, la non contestazione ad opera dall'altra parte costituita, dei fatti allegati dalla controparte, fa assurgere a prova piena quanto dedotto dalla stessa, senza che al riguardo al giudice sia consentito di fare ricorso ai suoi poteri acquisitivi per accertare quanto non oggetto di contestazione».

¹⁷⁶ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, op. cit., p. 230 e ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulle prove civili*, in *Foro it.*, 1994, c. 49 ss.

ricondotto il principio di non contestazione nell'area della c.d. *ficta confessio*, in grado di costituire piena prova¹⁷⁷ in giudizio.

Tale interpretazione si scontra, tuttavia, con le stesse basi teoriche della c.d. *ficta confessio*, la cui operatività si fonda sul principio di disponibilità della prova, il quale non è che la proiezione processuale del principio di disponibilità delle situazioni giuridiche sostanziali¹⁷⁸.

La tesi giurisprudenziale è di conseguenza fortemente criticata dalla dottrina amministrativa¹⁷⁹, la quale rileva l'inconciliabilità tra la teoria della *ficta confessio* e la regola dell'indisponibilità da parte della P.A. del rapporto giuridico controverso in virtù della sua istituzionale vocazione alla cura degli interessi pubblici.

Evidenza un recente contributo¹⁸⁰ che in ogni caso l'equiparazione dei fatti non contestati alle prove prodotte dalle parti escluderebbe che la non contestazione possa costituire una prova piena¹⁸¹. Ed invero,

¹⁷⁷ La prova piena (che si contrappone alla prova di verosimiglianza) rappresenta il fatto storico in modo incontrovertibile e vincolante per il giudice di accertamento. Costituiscono prova piena le c.d. prove legali: atto pubblico, giuramento, confessione, ecc.

¹⁷⁸ A. CARRATTA, *Principio della non contestazione e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili*, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 572 e ss.; M. MOCCI, *Principio del contraddittorio e non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 328 opta per l'ammissibilità del principio di non contestazione anche nelle ipotesi di diritti indisponibili pur solamente come argomento di prova.

¹⁷⁹ Cfr., A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 260-261. In senso contrario cfr. F.G. COCA, *Artt. 63 e 64*, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 535 ss., secondo cui nel giudizio amministrativo riformato si evincono alcuni indizi della disponibilità dell'oggetto del giudizio, primo fra tutti proprio il principio di non contestazione. V. CERULLI IRELLI, *La disponibilità delle situazioni di interesse legittimo, relazione tenuta al convegno La disponibilità della domanda nel processo amministrativo*, Roma - Universitas Mercatorum, 10-11 giugno 2011, «rileva, però, che, qualora una figura soggettiva pubblica sia titolare di un interesse legittimo, poiché il rapporto amministrativo intercorre tra due (o più) pubbliche amministrazioni o soggetti ad esse equiparati, la funzionalizzazione dell'attività di questo soggetto, ossia la cura di interessi di cui esso non è titolare, implica, quantomeno, un coefficiente di disponibilità di tale situazione giuridica soggettiva minore, rispetto a quello che la caratterizza solitamente» citato in F. FOLLIERI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 1013 ss.

¹⁸⁰ F. FOLLIERI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, op. cit., pp. 1013 ss.

¹⁸¹ In giurisprudenza, in senso contrario, cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 6 settembre 2012, n. 3761 cit., secondo cui «la collocazione topografica del disposto dell'art. 64 comma 2 deve portare a ritenere che nell'ambito del processo amministrativo i fatti non contestati confluiscono nel concetto di prova, menzionato nel comma 1 dell'art. 64, con la conseguenza che una volta che la parte abbia adempiuto al suo onere di allegazione, la non contestazione della resistente amministrazione costituita fa assumere a prova piena quanto dedotto dalla parte

l'equiparazione comporterebbe soltanto l'applicazione dello stesso regime giuridico, con conseguente rinvio all'art. 64, comma 4°, prima parte, c.p.a. (il quale ricalca l'art. 116, comma 1°, c.p.c.), secondo cui il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento.

Sembrano allora maggiormente condivisibili i più recenti contributi dottrinari¹⁸² che riconducono al principio di non contestazione solamente il potere/onere di allegazione delle parti.

In altre parole, dal principio di non contestazione non consegue la piena prova del fatto incontestato ma, configurando il fatto come «pacifico», si verifica una restrizione dell'area del *thema probandum*¹⁸³, senza però intaccare il potere del giudice di valutare nel corso del giudizio evidenze contrarie che ne smentiscano la veridicità o l'attendibilità.

La maggioranza delle elaborazioni della dottrina¹⁸⁴ - successive all'entrata in vigore del c.p.a. - risolve così il principio di non contestazione in una regola istruttoria e non in una regola di giudizio, facendo in modo che i fatti non contestati, equiparati alle prove fornite dalle parti, possano valutarsi secondo il prudente apprezzamento del giudice: «I fatti non contestati si distinguono dalle prove introdotte dalle parti (o dal giudice

ricorrente, senza che al riguardo al giudice sia consentito di fare ricorso ai suoi poteri acquisitivi per accertare quanto non oggetto di contestazione».

¹⁸² G. VERDE, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, p. 618. In questo senso *cfr.* Cass. Civ., Sez. Un., 23 gennaio 2002, n. 761, in *Giust. civ.*, 2002, pp. 1245 e ss. «il comportamento della parte costituisce manifestazione dell'autonomia riconoscibile alla parte in un processo dominato dal principio dispositivo, con la conseguenza che il fatto non contestato non ha bisogno di prova perché le parti ne hanno disposto vincolando il giudice a tenerne conto senza alcuna necessità di convincersi della sua esistenza; si tratta, quindi, di un ambito di incidenza estraneo alla determinazione del *thema probandum* ed inerente soltanto alla determinazione del tema di fatto che è a base della controversia; B) nella seconda ipotesi (cui può assimilarsi anche quella di difetto di contestazione in ordine all'applicazione delle regole tecnico - contabili), nonostante la mancanza di controversia sulla specifica circostanza, si è fuori del dominio esclusivo dell'autonomia delle parti ed è pur sempre necessario un controllo probatorio, ai fini del quale il comportamento tenuto dalle parti può essere utilizzato dal giudice come argomento di prova ex art. 116, secondo comma cod. proc. civ., non per escludere che, in ordine all'esistenza di quella circostanza, egli debba formarsi un convincimento».

¹⁸³ *Cfr.* C.M. CEA, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in *Foro it.*, 2011, V, cc. 101-102, il quale evidenzia come il principio di non contestazione sia una tecnica rispondente al principio di economia processuale e come tale serve a selezionare il *thema probandum* con relativo esonero dell'onere probatorio a carico della parte che ha allegato il fatto non contestato.

¹⁸⁴ F. FOLLIERI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, op. cit., pp. 1013 ss.

nell'esercizio dei suoi poteri officiosi) non per la loro efficacia, ma perché nei primi manca l'esperimento del mezzo di prova richiesto per il loro accertamento»¹⁸⁵.

Inteso in questi termini, il principio di non contestazione appare funzionale all'azione di adempimento, rappresentando uno dei mezzi istruttori attraverso cui accertare il prosciugamento della discrezionalità tecnica ed amministrativa: ferma la possibilità per il giudice di valutare sempre i fatti non contestati, il mancato rispetto dei termini processuali fissati per l'allegazione di fatti rilevanti ai fini della decisione non ne consente l'ulteriore deducibilità dalle parti in causa.

Occorre considerare ancora un profilo del principio di non contestazione: esso non opera nel caso di mancata costituzione della parte.

Ciò potrebbe spingere l'amministrazione resistente¹⁸⁶ a non costituirsi in giudizio così da non essere costretta a focalizzare il *thema decidendum* e *probandum* della controversia, selezionando essa i fatti su cui intende instaurare il contraddittorio con il ricorrente.

Un deterrente a tali comportamenti non collaborativi della P.A. - secondo parte della dottrina¹⁸⁷ - potrebbe ricavarsi dall'art. 26 c.p.a. in forza del quale il giudice amministrativo può condannare, anche d'ufficio «[...] la parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria, in misura non inferiore al doppio e non superiore al quintuplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio, quando la parte soccombente ha agito o resistito temerariamente in giudizio».

Per il vero, tale soluzione non appare rispondente al dettato normativo e all'interpretazione giurisprudenziale prevalente che nega qualsiasi valenza

¹⁸⁵ F. FOLLIERI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, op. cit., pp. 1013 ss.

¹⁸⁶ Non può condividersi l'impostazione del T.A.R. Piemonte, Sez. II, 25 febbraio 2011, n. 196, in *Foro amm. TAR*, 2011, p. 351 (s.m.), secondo cui la contumacia dell'amministrazione resistente «comporta l'applicazione del principio di non contestazione ex art. 64, comma 2, D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, cd. "Codice del processo amministrativo"», ovvero, argomenti di prova sfavorevoli ex art. 64, co. 4».

¹⁸⁷ A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., p. 264.

alla semplice contumacia, precisando che il resistere in giudizio comporta necessariamente un comportamento endoprocessuale attivo della parte costituita¹⁸⁸.

A parere di chi scrive, invece, un possibile rimedio ad un'eventuale *impasse* istruttoria potrebbe derivare dall'istituto procedimentale del preavviso di rigetto contemplato all'art. 10 *bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale prevede che «Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda».

Tale atto può limitare il *thema decidendum* e *probandum* del processo amministrativo, consentendo al giudice di ritenere non contestati i profili di fatto e le valutazioni non indicati dalla comunicazione ex art. 10 *bis*¹⁸⁹. Per attenta dottrina¹⁹⁰ tale istituto avrebbe introdotto il principio di preclusione - caro alla teoria di Piras sull'efficacia delle sentenze amministrative - poiché «la presentazione delle osservazioni, susseguente

¹⁸⁸ Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 21 aprile 1999, n. 3967, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, pp. 900 e ss.

¹⁸⁹ *Contra*, L. FERRARA, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza nel riformato quadro della garanzie procedurali*, in *Studi in onore di L. Mazzaroli*, Cedam, Padova, 2007, II, 90, secondo cui «la posizione dell'amministrazione non può essere ricostruita in termini più svantaggiosi di quanto non sia la posizione del debitore in un usuale rapporto obbligatorio civilistico: come a quest'ultimo è consentito adempiere tardivamente all'obbligazione (salve le conseguenze risarcitorie per il ritardo), così all'amministrazione dev'essere consentito esercitare legittimamente il potere anche in un momento successivo (salva sempre la rilevanza della tardiva risposta sul piano del risarcimento del danno)» citato in F. SAITTA, *Ancora sulla condanna dell'amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto dal ricorrente: un'azione di adempimento che c'è, ma non si vede?* in *Giur. it.*, 2012, p. 2678.

A ben vedere, quest'ultima obiezione sembra non distinguere tra l'esercizio del potere della P.A. e gli effetti preclusivi all'interno del processo. Ed invero, anche nel processo civile, a fronte della possibilità del debitore di adempiere durante l'intera fase del giudizio, sussistono delle barriere preclusive che gli impediscono di allegare fatti nuovi modificativi, impeditivi o estintivi del diritto vantato dal creditore.

¹⁹⁰ In tal senso cfr. D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, a cura di R. Prefetti, Cedam, Padova, 2002, § 2, il quale richiama la tesi proposta da M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit.; G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990 (Relazione al Convegno «Feliciano Benvenuti e il Diritto amministrativo del nuovo secolo» — Roma, 23 aprile 2008)*, sul sito istituzionale della giustizia amministrativa, www.giustizia-amministrativa.it, 2008

alla comunicazione del preavviso, ingenera un vincolo di preclusione in capo all'amministrazione che, pena l'altrimenti completa vanificazione della finalità assegnata dal Legislatore al nuovo istituto, non potrà adottare, senza incorrere nei vizi di eccesso di potere e di violazione di legge, provvedimenti sfavorevoli fondati su circostanze o su motivi non preventivamente portati a conoscenza del destinatario e in ordine ai quali questi non abbia avuto la possibilità di controdedurre»¹⁹¹.

La giurisprudenza amministrativa¹⁹² ante Codice negava che nel nostro ordinamento vigesse un principio generale che imponesse alla pubblica amministrazione un onere di *clare loqui* spinto fino al punto di dover esplicitare entro un determinato termine decadenziale - in modo esaustivo e con effetto preclusivo - tutti i motivi a supporto di una determinata decisione, dovendosi al contrario ammettere che la P.A. potesse limitarsi ad evidenziare i motivi considerati più significativi.

Detta giurisprudenza fondava tale assunto sull'inciso «salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa» contenuto dall'art. 26 della legge n. 1034/1971, il quale consente alla P.A. di riesercitare il potere dopo il giudicato amministrativo, nel rispetto dei vincoli da esso promananti.

Com'è noto, l'art. 34, comma 1°, lett. a) del Codice, nel prevedere il potere del giudice di annullare (totalmente o parzialmente) il provvedimento amministrativo, non ha riprodotto l'inciso sopraindicato.

Questa omissione - che, tra l'altro, per la dottrina¹⁹³ costituisce uno degli indizi circa l'ammissibilità dell'azione di condanna al rilascio da parte dell'amministrazione di un determinato atto - può consentire di superare

¹⁹¹ G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, op. cit., *passim*.

¹⁹² Cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2008, n. 494, in *Foro Amm. CdS*, 2008, pp. 467 e ss. e Cons. Stato, Sez. VI 25 febbraio 2003, n. 1054, in *Foro it.* 2003, III, c. 361.

¹⁹³ Cfr. M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, 2010, *passim*.

l'indirizzo giurisprudenziale sopraccennato, evitando che la P.A. possa riservarsi uno spettro infinito di ragioni ostative¹⁹⁴.

Gli auspici della dottrina¹⁹⁵ più attuale sono nel senso che il principio del *clare loqui* costituisca uno degli elementi fondamentali di un processo amministrativo paritario, leale e funzionale alla ragionevole durata dello stesso (solennemente consacrata dall'art. 2 del Codice).

Nella stessa direzione la recente (*post* Codice) giurisprudenza dei tribunali amministrativi¹⁹⁶ sembra superare l'orientamento tradizionale del Consiglio di Stato affermando l'obbligo della pubblica amministrazione di provvedere in modo esplicito e motivato sulle ragioni del suo intendimento favorevole o sfavorevole all'interessato.

Appare evidente, infine, che consentire alla P.A. di riesercitare arbitrariamente il proprio potere anche in sede processuale esporrebbe al rischio di dar vita a quella particolare figura che attenta dottrina¹⁹⁷ ha

¹⁹⁴ L. TORCHIA, *Condanna ed adempimento nel nuovo processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 1191.

¹⁹⁵ G. VERDE, *Con la sentenza che accoglie l'azione di adempimento si "consuma" il potere dell'amministrazione* in *Guida al diritto*, 2011, che lucidamente ritiene «la legge sul procedimento amministrativo come il portato di un'esigenza oramai ineludibile, che ha fatto abbandonare alla pubblica amministrazione lo scranno del potere per indurla a colloquiare, da pari a pari, con gli interessati, non più sudditi, ma cittadini. Ma se ciò è vero, mi è sempre sembrato che non avesse e non abbia senso discorrere della possibilità di "riesercizio" del potere da parte della pubblica amministrazione. Se il processo amministrativo ha una ragione di essere, l'atto conclusivo del procedimento non può non inglobare al suo interno il potere di cui il provvedimento è espressione, salvo che, in sede di controllo giurisdizionale, non emerga che il procedimento non si è svolto correttamente e che esso debba essere ripetuto. Che senso ha stabilire per legge (articolo 10 bis legge 241/90) che l'amministrazione, onde consentire un corretto e pieno contraddittorio già nel corso della fase procedimentale, deve indicare le ragioni per le quali è orientata per l'adozione di un provvedimento di un determinato contenuto, se, poi, può rideliberare sulla base di motivi diversi e che non hanno fatto parte del dibattito precontenzioso? Ho sempre ritenuto strano, insomma, che al procedimento non si applichi una legge ineludibile del processo, secondo la quale il giudice, una volta emanata la decisione, "functus est munere suo", così che l'idea, ancora oggi corrente, che, concluso il procedimento amministrativo e finanche il processo di legittimità dinanzi al giudice, il potere dell'amministrazione si "rieffonda" mi è sempre apparsa alquanto contraddittoria e legata ad una concezione del processo che ha ad oggetto l'atto e non il rapporto. Tutto ciò mi ha indotto ad una conclusione, generalmente non condivisa, secondo cui il giudice amministrativo non interviene sul persistente potere dell'amministrazione, ma giudica del suo consumato esercizio».

¹⁹⁶ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 10 ottobre 2012, n. 4056 in *Foro amm. TAR*. 2012, pp. 3230 e ss.; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 9 novembre 2010, n. 33339 in *Foro amm. TAR*. 2010, pp. 3548 e ss.

¹⁹⁷ Così E. M. MARENGHI, *Giusto processo e processualprocedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, pp. 963 e ss.

definito come “processualprocedimento”, in seno al quale l’effettività della tutela dell’interesse legittimo pretensivo rimane incompleta¹⁹⁸.

¹⁹⁸ F. SAITTA, *Ancora sulla condanna dell’amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto dal ricorrente: un’azione di adempimento che c’è, ma non si vede?*, op. cit., p. 2679.

SEZIONE III

L'AZIONE DI ADEMPIMENTO PUBBLICISTICA E IL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA.

4. La condanna della pubblica amministrazione all'adozione di un atto amministrativo e la sua esecuzione: rapporti con il giudizio di ottemperanza.

Il giudizio di ottemperanza rappresenta una tecnica di attuazione delle sentenze civili ed amministrative del tutto peculiare nel panorama degli ordinamenti europei.

La piena garanzia dell'esecuzione del giudicato e del *dictum iudicis* nei confronti della pubblica amministrazione implica necessariamente l'adozione di atti amministrativi, coinvolgendo in tal modo il potere della P.A.

Il giudizio di ottemperanza - consentendo al giudice amministrativo di surrogarsi direttamente o per mezzo di un commissario *ad acta* all'amministrazione inadempiente - rappresenta un efficace strumento per l'attuazione concreta della pretesa sostanziale riconosciuta.

Esso costituisce il mezzo attraverso cui - nel caso di inadempimento della pubblica amministrazione - l'autorità giurisdizionale può «consegnare» il bene della vita al privato¹.

Il comportamento dell'amministrazione attuativo del giudicato risulta così strutturalmente «fungibile, per effetto della già rilevata possibilità per il giudice di sostituirsi all'amministrazione (anche attraverso lo strumento del commissario *ad acta*, proprio del modello sostitutorio)»².

Sotto tale profilo il giudizio amministrativo assicura certamente una maggiore effettività della tutela per il cittadino, non conoscendo i limiti in

¹ B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Cedam, Padova, 1989, p. 133.

² L. VIOLA, *Ancora sulla pretesa incompatibilità tra astreintes ed esecuzione delle sentenze in materia di obbligazioni pecuniarie della p.a.*, in *Foro amm. TAR*, 2013, p. 530.

cui può incorrere il giudice civile per l'attuazione di c.d. obblighi infungibili.

Come esaminato *funditus* nel Cap. I, le origini storiche dell'istituto risalgono al 1889, quando l'ottemperanza venne introdotta per la prima volta - in particolare con l'art. 4, n. 4 della legge 31 marzo 1889, n. 5992, poi trasfuso nell'art. 27, n. 4 del t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato approvato con r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 - al fine di garantire l'esecuzione delle sentenze civili passate in giudicato, così come imposto dall'art. 4, comma 2° della legge di abolizione del contenzioso amministrativo il quale obbliga le amministrazioni a conformarsi «al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso».

L'estensione del giudizio di ottemperanza anche alle sentenze del giudice amministrativo venne sancita dalla decisione della IV sezione del Consiglio di Stato n. 181 del 2 marzo 1928³ e successivamente confermata dalla giurisprudenza della Suprema Corte⁴.

Secondo la dottrina e la prevalente giurisprudenza il giudizio di ottemperanza ha sempre avuto natura mista di cognizione ed esecuzione; più precisamente è stato qualificato come un giudizio «necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione»⁵.

Il giudizio di ottemperanza avrebbe avuto prevalenti funzioni esecutive in relazione all'attuazione del giudicato del giudice ordinario e funzioni miste cognitive/esecutive in ordine all'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo.

Il volto “camaleontico” del giudizio di ottemperanza trovava spiegazione nella tradizionale limitazione delle azioni proponibili dinanzi al giudice amministrativo rispetto alle pronunce adottabili dal giudice civile.

³ Cons. Stato, Sez. IV, 9 marzo 1928, nn. 181 e 182, in *Foro it.* 1928, III, c. 102.

⁴ Cass. Civ., Sez. Un., 2 ottobre 1953, n. 3141, in *Giust. civ.*, 1953, p. 3007.

⁵ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, a cura di Enzo Cardi e Alessandro Nigro, VI ed., Bologna, Il Mulino, 2002, pp. 331 e ss.

In effetti, il contenuto del dispositivo delle sentenze amministrative era generalmente limitato all'annullamento del provvedimento impugnato e l'effetto conformativo⁶ che ne derivava implicava soltanto l'impossibilità per la P.A. - nella riedizione dei suoi poteri - di riproporre i vizi già esaminati e censurati in sede di giudizio demolitorio.

Poiché la pronuncia del giudice amministrativo - diversamente da quelle di altri ordini giurisdizionali - non dettava prescrizioni puntuali in merito al contenuto del provvedimento da adottare in esecuzione del *dictum iudicis*, ne derivava la possibilità per il giudice dell'ottemperanza di adottare un'interpretazione integrativa del precetto racchiuso nella sentenza amministrativa da eseguire e ciò attraverso una statuizione analoga a quella che avrebbe potuto emettere in un nuovo giudizio di cognizione (così risolvendo eventuali problemi ermeneutici che sarebbero comunque stati devoluti alla propria giurisdizione)⁷.

Anche la giurisprudenza costituzionale⁸ sottolineava le diverse configurazioni del giudizio di ottemperanza: quando si tratta di sentenza di condanna specifica, ha natura di semplice giudizio esecutivo ed è come tale assoggettabile alle limitazioni proprie delle "azioni esecutive"; qualora sia necessario tradurre in operazioni materiali ed atti amministrativi la regola conformativa insita nella sentenza amministrativa, ha natura cognitoria.

La prospettiva è decisamente mutata con il Codice del processo amministrativo e il progressivo assottigliamento del confine tra la fase di cognizione e la fase di esecuzione del processo amministrativo.

Indici in tal senso sono:

- l'introduzione nel codice dell'azione di adempimento con il secondo correttivo;

⁶ Sull'effetto conformativo cfr. M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit.

⁷ Cons. Stato, Ad. plen., 17 gennaio, 1997, n. 1 in *Foro amm.*, 1997, pp. 99 e ss. e da ultimo Cons. Stato, sez. IV, 21 gennaio 2013, n. 320 in *Foro Amm. CdS.*, 2013, pp. 162 ss.

⁸ Corte cost., 12 dicembre 1998, n. 405, in *Giur. cost.*, 1998, fasc. 8.

- la previsione dell'azione di accertamento⁹;
- la disposizione dell'art. 34, comma 1°, lett. e) c.p.a. secondo cui «In caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda [...] dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza»;
- l'abrogazione del dettato contenuto all'art. 88 dell'abrogato R.d. 17 agosto 1907, n. 642, secondo cui «l'esecuzione delle decisioni si fa in via amministrativa, eccetto che per la parte relativa alle spese»;
- la mancata riproduzione dell'inciso «salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa» contenuto nell'art. 45 del R.d. 26 giugno 1924, n. 1054.

L'aumento dei poteri del giudice della cognizione sembra esaltare i profili più propriamente esecutivi del giudizio di ottemperanza, già sottolineati da autorevole dottrina¹⁰.

Invero, se la giustificazione della diversa natura del giudizio di ottemperanza si basava sulla differente tipologia di sentenze pronunciabili dal giudice amministrativo rispetto al giudice ordinario, l'ammissibilità di sentenze di accertamento e di condanna nei confronti della P.A. riduce oggi gli spazi tradizionalmente riservati all'attività integrativa del giudizio di ottemperanza, marcandone i caratteri più squisitamente esecutivi.

⁹ L'azione di accertamento deve considerarsi generalmente ammessa nel processo amministrativo di legittimità cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498 in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 1402.

¹⁰ V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, Torino, 1994, p. 851. Tale opzione sembrava emergere dal progetto del Codice in cui all'art. 41 erano contemplate le «azioni esecutive» in cui si rinviava totalmente al giudizio di ottemperanza. L'espunzione nella versione definitiva del Codice di tale previsione sembra negare la natura meramente esecutiva del giudizio di ottemperanza, lasciando quest'ultimo come unico giudizio volto alla realizzazione dei contenuti di tutti i provvedimenti esecutivi del giudice. Cfr. M. LIPARI, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Giuffrè, Milano, 2011, § 6.

È chiaro che nel giudizio di ottemperanza di una sentenza di accertamento e di condanna il giudice non possa riservarsi particolari poteri integrativi del *dictum iudicis*, dovendosi limitare ad una verifica dell'esatto adempimento della P.A. così come avviene per le sentenze del giudice ordinario.

Occorre precisare che la protezione delle situazioni giuridiche pretensive del privato può non necessitare del giudizio di ottemperanza, ma essere soddisfatta direttamente in sede di cognizione.

In particolare, l'introduzione dell'azione di adempimento pubblicistica costituisce «una anticipazione o, meglio, una connessione tra annullamento ed ottemperanza, in modo da anticipare i tempi di una pronuncia più ampiamente soddisfattiva»¹¹.

Nondimeno il giudizio di ottemperanza può rappresentare un fondamentale strumento di tutela anche in presenza di una condanna ad un *facere* resa dal giudice della cognizione.

È appena il caso di ricordare che anche negli ordinamenti in cui è possibile condannare la pubblica amministrazione ad un *facere*, la mancanza di un'adeguata tutela esecutiva al *dictum iudicis* - e la previsione soltanto di misure coercitive indirette - costituisce un limite alla soddisfazione delle posizioni giuridiche sostanziali azionate.

Nel nostro sistema l'esistenza del giudizio di ottemperanza, invece, garantisce alla condanna del giudice amministrativo l'effetto deterrente necessario ad assicurare al privato la realizzazione della sua pretesa.

Inoltre, non appare trascurabile la modifica dell'art. 112 c.p.a. - ad opera del d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195, c.d. primo correttivo al codice - in virtù della quale nel giudizio di ottemperanza è possibile richiedere il risarcimento dei danni connessi «all'impossibilità o comunque alla

¹¹ G. ABBAMONTE, *Conclusioni*, nell'incontro di studi Sull'azione di adempimento nel processo amministrativo, Roma Avvocatura Generale dello Stato, 26 settembre 2012 in P. CARPENTIERI, *Esecuzione del giudicato* sul sito istituzionale della giustizia amministrativa, www.giustizia-amministrativa.it, 2012.

mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione».

Non può escludersi, infatti, che la condanna della P.A. all'adozione di uno specifico provvedimento amministrativo rimanga inesequibile anche in sede di ottemperanza a causa di un sopravvenuto mutamento del quadro normativo rispetto a quello applicato in sentenza.

In tale ipotesi, nel bilanciamento del principio di intangibilità del giudicato con quello di necessaria conformità degli atti amministrativi al diritto vigente (principio di legalità), la giurisprudenza amministrativa¹² ha concluso per la prevalenza del giudicato amministrativo rispetto allo *ius superveniens* qualora la pronuncia giurisdizionale accerti pienamente il contenuto del rapporto, senza lasciare ulteriori spazi di riedizione del potere alla P.A.; presupposti sicuramente riscontrabili nella sentenza di condanna ad un *facere* specifico.

La stessa giurisprudenza, nel definire gli effetti del giudicato, ricorda che quest'ultimo fa stato solamente per le situazioni esaurite, cioè interamente decise dal giudice (ed in tali limiti presenta il noto carattere dell'immutabilità), «mentre esso fa stato solo in termini relativi per le situazioni di durata che si proiettano anche nel futuro, ed in particolare per quelle attinenti a prestazioni pubbliche, per le quali lo *jus superveniens* può modificare (ovviamente *ex nunc*) l'assetto degli interessi fissato dal giudicato»¹³.

La giurisprudenza amministrativa¹⁴ ha poi precisato che è al momento della notificazione della sentenza che occorre guardare per stabilire l'effettività del giudicato e la conseguente irrilevanza dello *ius superveniens*.

¹² Così Cons. Stato, Sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569, in *Foro amm. CdS*, 2012, pp. 3297 e ss.

¹³ Cons. Stato, Sez. V, 31 marzo 2010, n. 1876, in *Ra. giu. san.*, 2011, pp. 325-326.

¹⁴ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 8 gennaio 1986, n. 1, in *Riv. giur. urb.*, 1987, pp. 53 e ss.; e Cons. Stato, Ad. plen., 21 febbraio 1994, n. 4, in *Consiglio di Stato*, 1994, pp. 1089 e ss.

Ne consegue che, in sede di ottemperanza, qualora il quadro normativo sia mutato prima della notifica della pronuncia giurisdizionale, il giudice amministrativo - o il commissario *ad acta* dallo stesso nominato - possa anche non adottare il provvedimento indicato nella sentenza di condanna passata in giudicato oppure escludere che esso possa spiegare effetti in un rapporto di durata.

Inoltre, lo *ius superveniens* sarà sempre destinato a prevalere qualora non si sia formato il giudicato sulla sentenza.

Da quanto sopraesposto emerge che la sentenza di condanna ad un *facere* possa rimanere non attuata per l'intervento dello *ius superveniens*. Anche sotto questo profilo il giudizio di ottemperanza rivela la sua importanza, consentendo di procedere direttamente alla quantificazione monetaria dell'utilità che il privato ha perso per il ritardo nel rilascio del provvedimento amministrativo.

4.1. I rapporti tra la condanna della P.A. all'adozione di un provvedimento amministrativo e il giudizio di ottemperanza: prospettive "de iure condendo".

La trasformazione del giudizio di ottemperanza da giudizio di natura mista a giudizio di esecuzione - quantomeno per le sentenze di condanna - stimola un'ulteriore riflessione in ordine alla possibilità di ipotizzare un'azione di adempimento costitutiva e non di condanna (similmente all'azione di adempimento proponibile nell'ordinamento austriaco).

Ed invero, un recente studio sull'azione di adempimento¹⁵, richiamando a sua volta autorevoli insegnamenti¹⁶, distingue tra azioni costitutive fondate sull'esercizio di un diritto potestativo ed azioni costitutive

¹⁵ A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., pp. 218 e ss.

¹⁶ Principalmente A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, *passim.*, ma anche P. CALAMANDREI, *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, in *Studi sul processo civile*, III, Cedam, Padova, 1934, e B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, Giuffrè, Milano, 1997.

promosse al fine di dare attuazione coattiva a pretese insoddisfatte a causa di un precedente inadempimento.

In quest'ultimo caso, l'azione costitutiva svolge una duplice funzione, cognitiva ed esecutiva allo stesso tempo.

Il nodo della questione riguarda, in altri termini, l'ammissibilità di un'azione di adempimento in cui la pronuncia del giudice amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità "tenga luogo" del provvedimento amministrativo, così potendo soddisfare immediatamente la pretesa del privato.

Illustre dottrina¹⁷, valorizzando i poteri di cui è investito il giudice amministrativo in sede di cognizione ai sensi dell'art. 34, comma 1°, lett. c) c.p.a., si è interrogata sulla possibilità per il medesimo di pronunciare una sentenza - sostanzialmente surrogatoria dell'attività amministrativa - diretta alla produzione di effetti giuridici corrispondenti a quelli derivanti dall'esercizio doveroso dell'attività amministrativa.

In senso positivo, potrebbe sostenersi che tale pronuncia costituisca una delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio che l'autorità giurisdizionale può adottare ex art. 34, comma 1° lett. c) c.p.a.

Ed ancora tale potere del giudice amministrativo potrebbe ricavarsi implicitamente dall'art. 34, comma 1°, lett. e) c.p.a. il quale, consentendo al giudice della cognizione di nominare un commissario *ad acta*, evidenzia come «vi sia, in questa parte, una "fungibilità" piena tra il giudizio di ottemperanza e quello di cognizione».

Per la verità, nonostante tali previsioni sembrano elidere le distanze tra la giurisdizione di cognizione e quella di ottemperanza, non appare configurabile un potere così invasivo nei confronti della P.A.

¹⁷ M. LIPARI, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, op. cit., § 21.

Ed invero, la stessa lettera dell'art. 34, comma 1°, lett. e) c.p.a. prevede che alla P.A. generalmente venga concesso un termine dilatorio prima dell'attivazione dei poteri sostitutivi del commissario *ad acta*¹⁸.

Inoltre, il disposto dell'art. 34, comma 1°, lett. d) c.p.a. impedisce al giudice amministrativo - al di fuori della giurisdizione di merito - di sostituirsi alla P.A.

Tale limite, per un'autorevole opinione¹⁹, costituisce ancor oggi uno dei "tabù" del nostro ordinamento e consente di ipotizzare un'azione generale di adempimento di natura costitutiva solamente *de iure condendo*.

4.2. I rapporti tra la condanna della P.A. all'adozione di un provvedimento amministrativo e il giudizio di ottemperanza: ipotesi di confine. L'azione prevista dagli artt. 121-124 c.p.a., verso un nuovo modello di giudizio di legittimità?

I rapporti tra azione di adempimento e giudizio di ottemperanza appaiono ancor meno definiti rispetto alle azioni di adempimento c.d. tipiche, tra le quali deve annoverarsi l'azione di condanna all'aggiudicazione ed al subentro del contratto prevista dagli artt. 121-124 c.p.a.²⁰.

Detta normativa - introdotta dal d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 in attuazione della direttiva 2007/66/CE - affida al giudice amministrativo il compito di decidere sull'efficacia del contratto a seguito della dichiarazione d'illegittimità dell'aggiudicazione²¹.

¹⁸ Parte della dottrina ammette la possibilità di provvedere direttamente (senza la concessione del termine dilatorio) alla nomina del commissario *ad acta* solo in ipotesi eccezionali. Sul punto cfr. M. LIPARI, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, op. cit., § 24.

¹⁹ G. VERDE, *Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice*, op. cit., pp. 795, in particolare al § 2.

²⁰ G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2010, p. 747.

²¹ Tale potere si differenzia in ordine alla gravità della violazione della disciplina di settore. Imponendosi la dichiarazione di inefficacia in presenza di gravi violazioni indicate nell'art. 121 c.p.a. ad esclusione delle ipotesi in cui il giudice ritenga sussistente l'esistenza «di esigenze imperative connesse ad un interesse generale»; di contro, negli altri casi la dichiarazione di inefficacia è rimessa al libero apprezzamento del giudice tenuto conto in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto».

È interessante notare come la direttiva comunitaria non imponesse agli Stati membri di rimettere le sorti del contratto ad un organo giurisdizionale, ma solamente di prevedere un “organo di ricorso” indipendente dalla pubblica amministrazione aggiudicatrice.

L’attribuzione al giudice amministrativo della facoltà di decidere sugli effetti del contratto - astrattamente conferibile anche ad un’autorità amministrativa purché diversa da quella aggiudicatrice - avrebbe potuto sfociare nella tipizzazione di una nuova ipotesi di giurisdizione di merito, come del resto suggerito dalla legge delega n. 88/2009 la quale, all’art. 44, comma 3°, lett. b), al fine di recepire la direttiva n. 2007/66/CE, aveva ricondotto i poteri sopraindicati «nell’ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito».

Tuttavia, il Consiglio di Stato - con parere reso dalla Commissione speciale del 1° febbraio 2010, n. 368 e recepito dalla normativa nazionale - aveva sconsigliato il ricorso alla giurisdizione di merito poiché «La previsione di una ipotesi di giurisdizione di merito presuppone che la legge autorizzi il giudice amministrativo a “sostituirsi” all’amministrazione, effettuando in luogo di questa scelte discrezionali conformi a regole non giuridiche di buona amministrazione, che attengono ai profili di opportunità e di convenienza del provvedimento amministrativo, che può essere adottato dal giudice o da un suo ausiliare in sostituzione, appunto, dell’amministrazione.

Tale carattere della giurisdizione, peraltro in fase di contrazione (v. l’art. 44, comma 2°, lett. b), n. 2), mal si attaglia a controversie aventi ad oggetto aspetti, di natura civilistica, inerenti l’effetto dell’annullamento dell’aggiudicazione sul contratto già stipulato.

Pur potendo essere prevista in tali casi la scelta da parte del giudice tra più rimedi, tale scelta non costituisce l’esercizio di un potere di merito, ma

l'esito di valutazioni effettuate in sede giurisdizionale sulla base di presupposti predeterminati dal legislatore»²².

Nonostante l'accoglimento dell'impostazione del Consiglio di Stato da parte del legislatore e il principio di tassatività delle ipotesi di giurisdizione di merito sancito all'art. 7 del c.p.a., parte della dottrina²³ ha persistito nell'affermare che l'azione di condanna di cui agli artt. 121-124 c.p.a. implichi valutazioni giurisdizionali sul merito amministrativo.

Ed invero, in sede di cognizione, al giudice amministrativo sarebbe consentito non solo pronunciare sugli effetti del contratto, ma anche esercitare un'attività di valutazione comparativa di interessi pubblici e privati sostitutiva di quella che potrebbe essere svolta dall'amministrazione.

Autorevole dottrina²⁴ sostiene, così, che le previsioni legislative in commento configurino un nuovo tipo di giurisdizione di merito, giustificata «in quei casi in cui eccezionalmente si renda necessaria una contestualità tra la tutela delle situazioni di interesse legittimo dei privati e la tutela delle ragioni di interesse pubblico»²⁵.

Altre voci ritengono, poi, che i poteri attribuiti al giudice trovino uno specifico fondamento giuridico nel giudizio di tipo equitativo²⁶.

Le superiori ricostruzioni, seppur ben argomentate, non appaiono condivisibili sia per il limite nascente dal dettato legislativo (che esclude l'ammissibilità di ipotesi di giurisdizione di merito innominate), sia per

²² Cons. Stato, comm. spec., 1° febbraio 2010, n. 368, in *Foro amm. CdS*, 2010, pp. 428 e ss.

²³ R. CAPONIGRO, *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, sul sito istituzionale della giustizia amministrativa, www.giustizia-amministrativa.it, 2010.

²⁴ A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, citato in A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., pp. 299.

²⁵ Così P. GOTTI, *Considerazioni su sorte del contratto di appalto pubblico e discrezionalità del giudice amministrativo*, in *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino*, 2012, p. 18-19, richiamando A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*.

²⁶ Così F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul "nuovo" processo amministrativo sui contratti pubblici)*, in www.giustamm.it, 3/2010.

l'estraneità del giudizio di equità al sistema di giustizia amministrativa vigente²⁷.

Appare, invece, preferibile quell'interpretazione che riconduce i poteri riconosciuti al giudice amministrativo nell'ambito della rinnovata "giurisdizione di legittimità" delineata dal codice processuale amministrativo.

Giurisdizione di legittimità che è stata arricchita di una serie di poteri e facoltà tipici del giudizio di ottemperanza quale sintomo di una tendenza ad attenuare i confini tra il momento cognitorio e la fase di esecuzione²⁸ al fine di assicurare la tutela della legalità sostanziale e non solo puramente formale.

In tale prospettiva il giudice amministrativo non supplisce la pubblica amministrazione nella cura dell'interesse pubblico, ma «riempie di contenuto quei "concetti giuridici indeterminati" per assicurare il tipo di tutela migliore da accordare in considerazione dei rapporti giuridici coinvolti nella controversia»²⁹.

L'attività del giudice amministrativo, quindi, non ha lo scopo di appurare l'opportunità e la convenienza della scelta amministrativa rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico affidato alle sue cure, ma di accertarne la ragionevolezza in ossequio ad una tecnica di bilanciamento di interessi applicata dal giudice ordinario nei rapporti tra privati³⁰.

Si tratterebbe del già richiamato controllo giurisdizionale pieno, esteso alla valutazione di giudizi - tecnici, di fatto e di valore - agganciati a principi

²⁷ D. VAIANO, *Sindacato di legittimità e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, in *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 11 e ss, § 6.

²⁸ D. VAIANO, *Sindacato di legittimità e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, op. cit., § 6.

²⁹ Così P. GOTTI, *Considerazioni su sorte del contratto di appalto pubblico e discrezionalità del giudice amministrativo*, op. cit., p. 30, richiamando L. LAMBERTI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto nel codice del processo amministrativo*, 2011, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2010, pp. 643 e ss.

³⁰ Come nel caso della valutazione dell'eccessiva onerosità prevista dall'art. 2058 c. 2 c.c.

giuridici indeterminati (ma sempre rispettoso della riserva amministrativa)³¹.

L'azione di adempimento tipica prevista dagli artt. 121-124 c.p.a. non rappresenta, quindi, un'eccezione nel panorama della giurisdizione di legittimità, collegandosi il potere del giudice di disporre sull'efficacia del contratto a quello più generale di adottare le misure previste (in via atipica) dall'art. 34, comma 1°, lett. c) c.p.a.³².

³¹ Così P. GOTTI, *Considerazioni su sorte del contratto di appalto pubblico e discrezionalità del giudice amministrativo*, op cit., p. 32.

³² L. LAMBERTI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto del processo amministrativo*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2010, pp. 643 e ss., § 6.

CONCLUSIONI.

Le considerazioni conclusive del presente lavoro non possono che essere provvisorie e miranti a focalizzare la nuova funzione del processo amministrativo derivante dalla trasformata concezione dell'interesse legittimo.

L'azione di adempimento atipica - ammessa dal codice dapprima implicitamente e, poi, in modo esplicito con il secondo correttivo - rappresenta il necessario sbocco dell'evoluzione della nozione di interesse legittimo pretensivo.

All'osservatore del processo amministrativo non può sfuggire che l'evoluzione giurisprudenziale (negli anni '80 e '90 del secolo scorso) e legislativa (dalla fine degli anni '90 del secolo scorso fino agli attuali correttivi del Codice) - registrate con riferimento agli strumenti di tutela dell'interesse legittimo - rappresentano la presa d'atto della piena valorizzazione della sua dimensione sostanziale e non meramente processuale.

Come precedentemente evidenziato - a fronte del riconoscimento della natura sostanziale dell'interesse legittimo, quale interesse correlato ad un bene della vita alla cui conservazione o acquisizione il privato aspira - gli strumenti processuali di cognizione (azione di annullamento ed effetto conformativo della conseguente sentenza) e dell'ottemperanza si sono rivelati inidonei a tutelare tale tipo di situazione giuridica soggettiva o non compatibili con il principio di ragionevole durata del processo.

Al contempo è emersa l'insufficienza dello strumento risarcitorio ai fini della sua protezione, avendo anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹ osservato che «un ordinamento attento alle esigenze di effettività della tutela esecutiva non può rifugiarsi a priori nell'apparente

¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 19 marzo 1997, *Hornsby c. Grecia*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1997, p. 409-416.

soluzione della regolare trasformazione di tutti gli obblighi che il debitore non vuole adempiere in una mera responsabilità patrimoniale»².

In tale contesto, l'azione di adempimento introdotta dal legislatore si presenta - nonostante i limiti sostanziali indicati nella presente trattazione - come un valido strumento per l'attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

A parere di chi scrive, tuttavia, gli aumentati poteri del giudice amministrativo devono sempre confrontarsi con le esigenze di certezza dei rapporti giuridici sottese dell'azione amministrativa e con le peculiarità del processo amministrativo.

Sotto il primo profilo, deve rilevarsi l'esistenza nel nostro ordinamento della regola generale per cui i provvedimenti amministrativi devono essere impugnati entro i termini previsti dalla legge.

La previsione di termini decadenziali risponde all'esigenza di rendere definitiva in un lasso di tempo generalmente breve la volontà espressa dalla pubblica amministrazione in funzione del soddisfacimento dell'interesse pubblico assegnato alla sua cura: soltanto dando stabilità alle determinazioni amministrative ed impedendo che le medesime possano essere messe in discussione dal cittadino in qualunque momento, si garantisce la realizzazione dell'interesse pubblico perseguito.

L'inoppugnabilità del provvedimento amministrativo costituisce, peraltro, valore conforme al diritto comunitario, poggiando sui principi generali di certezza del diritto ed autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione³.

Conseguentemente, non possono condividersi i rilievi di quella parte della dottrina⁴ che auspica l'autonomia dell'azione di adempimento, rinvenendo un punto debole nella sua necessaria proposizione contestualmente ad

² Cfr. N. TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2007, p. 450.

³ S. RAIMONDI, *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 783.

⁴ A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., p. 312.

un'azione di annullamento, così assoggettandosi agli stessi termini di decadenza previsti per l'esperibilità⁵.

Criticamente si osserva che l'annullabilità del provvedimento amministrativo costituisce una questione pregiudiziale dell'azione di adempimento, la quale deve essere decisa con efficacia di cosa giudicata prima di consegnare al privato l'utilità negata dal provvedimento di diniego impugnato.

La proponibilità in via autonoma dell'azione di adempimento comporterebbe l'evidente elusione dei termini di decadenza previsti per l'esperibilità dell'azione di annullamento (o avverso il silenzio) ed esporrebbe al rischio di un conflitto tra provvedimenti amministrativi (pensiamo, solo per un momento, ad un'azione di adempimento volta ad ottenere un provvedimento amministrativo già negato dalla P.A. con un atto di diniego divenuto inoppugnabile).

Ne deriva che la tutela individuale dal potere amministrativo non può rappresentare l'unico principio-guida dell'effettività della tutela poiché dietro il potere amministrativo vi è la necessità di tutelare gli interessi della comunità di riferimento (locale o nazionale)⁶.

Con riguardo alle peculiarità della giurisdizione amministrativa, non può non farsi attenzione all'oggetto della sua attività: la funzione amministrativa e la cura dell'interesse pubblico - individuato sulla base degli indirizzi politico-amministrativi dettati dal Governo (artt. 95-97-98 Cost.) e dalle norme di legge - costituiscono l'essenza dell'amministrare, differenziando perciò il diritto amministrativo dalle altre discipline⁷

⁵ Sotto tale profilo il nostro sistema si avvicina a quello britannico che, in caso di pretesa frustrata da un provvedimento negativo, ammette l'esperimento del *mandatory order* solo in *addition to the quashing order*, e, quindi, in combinazione all'azione volta alla caducazione dell'atto così F. CARINGELLA, *Il secondo correttivo processuale battezza l'azione di esatto adempimento*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, op. cit., § 3.3.

⁶ Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico* in *Dir. Pubbl.*, 2009, pp. 774 e ss.

⁷ La differenza tra il diritto amministrativo e le altre discipline giuridiche è efficacemente sottolineata da M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 463 e ss, § 7, che evidenzia come nel sistema di diritto amministrativo l'intervento manipolativo delle norme

giuridiche e rappresentando il limite che il giudice amministrativo non può e non deve superare⁸ (pena la sottrazione dell'indirizzo politico-amministrativo al circuito democratico e del consenso, cui il giudice è estraneo)⁹.

scritte è sicuramente più incisivo rispetto alle altre branche e ciò al fine di ricondurre il *mare magnum* delle leggi e norme amministrative, a principi generali "sistematori".

⁸ F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Jus*, 1997, p. 332.

⁹ Sul punto N. ZANON, *La responsabilità dei giudici*, in *Atti del Convegno annuale dell'AIC sul tema "Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale"*, 2004, in archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200410/zanon.html, ricorda che la funzione giurisdizionale, in base all'art. 101 Cost, è totalmente sottratta alle regole democratiche che caratterizzano il circuito democratico e che prevedono la legittimazione popolare di ogni funzione politicamente rilevante. «Non è il consenso popolare a porsi come misura di legittimazione delle modalità attraverso le quali si esercita la funzione giurisdizionale: ed anzi, si potrebbe dire che tale funzione sta realmente altrove rispetto ai luoghi in cui il consenso (ma, attenzione, anche il dissenso!) del sovrano democratico si manifesta».

BIBLIOGRAFIA

G. ABBAMONTE,

Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1988.

M. ALLENA,

Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali, in *Dir. proc. amm.*, 2012.

L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiciale all'interno degli Stati membri dell'Unione Europea, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 2012.

M. ALLENA - F. FRACCHIA,

Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal d.lgs. 104/2010, in *Dir. proc. amm.*, 2011.

A. AMORTH,

Il merito dell'atto amministrativo, 1939, in *Antonio Amorth. Scritti Giuridici*, Giuffrè, Milano, 1999.

T. ANDERSSON,

Il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva nell'ordinamento svedese: i molti nodi di una sofferta europeizzazione, in M. TARUFFO - V. VARANO, in *Diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002.

V. ANDRIOLI,

Diritto processuale civile, I, Jovene, Napoli, 1979.

La Tutela Giurisdizionale Dei Diritti Nella Costituzione Della Repubblica Italiana, Discorso del Prof. Virgilio Andrioli, letto in occasione dell'inaugurazione dell'anno accademico 1954-55, 611° dalla fondazione, in www.sba.unipi.it.

A. ATTARDI,

L'interesse ad agire, Cedam, Padova, 1955.

A. AZZENA,

Spunti per una riflessione su: regole tecniche e merito amministrativo in relazione alla possibilità di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità, in Studi in ricordo di E. Capaccioli, Giuffrè, Milano 1988.

S. BACCARINI,

“Scelta” delle azioni e valutazione della necessità dell'annullamento per la tutela del ricorrente in Dir. proc. amm., 2011.

Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica, in Dir. proc. amm., 2001.

G. BASILICO,

In tema di tutela inibitoria e diritti di libertà, in Riv. dir. proc., 2008.

V. BACHELET,

La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana,
Giuffrè, Milano, 1966.

M. BEDJAOUI,

*Expediency In The Decisions Of The International Court Of
Justice*, in *British yearbook of international law*, 2001.

F. BENVENUTI,

Giudicato (dir. amm.), in *Enc. dir.*, 1969.

L. BERTONAZZI,

*Brevi riflessioni sulla tutela cautelare nei confronti dei
provvedimenti negati e dei comportamenti omissivi della
pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999.

D. BIAGIO,

*Motivazione postuma: l'orientamento garantista del Consiglio
di Stato*, in *Foro amm. CdS*, 2010.

R. BIFULCO,

*La giustizia amministrativa nella Repubblica federale di
Germania*, in G. RECCHIA (a cura di) *Ordinamenti europei di
giustizia amministrativa, Trattato di diritto amministrativo*,
diretto da G. SANTANIELLO, vol. XXV, Padova, Cedam, 1996.

C.M. BIANCA,

Diritto civile, V, La responsabilità, Giuffrè, Milano, 1994.

R. BIN - G. PITRUZZELLA,

Diritto costituzionale, Giappichelli, Torino, 2005.

U. BRECCIA,

Le obbligazioni, Giuffrè, Milano, 1991.

V. CAIANIELLO,

Manuale di diritto processuale amministrativo, Utet, Torino, 1994.

Manuale di diritto processuale amministrativo, Utet, Torino, 1988.

P. CALAMANDREI,

La sentenza come atto di esecuzione forzata, in *Studi sul processo civile*, III, Cedam, Padova, 1934.

E. CANNADA BARTOLI,

La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione, Giuffrè, Milano, 1964.

R. CAMPIONE,

La sostituzione del bene, quale azione di esatto adempimento, nel sistema codicistico di tutela dell'acquirente, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012.

E. CAPACCIOLI,

Per l'effettività della giustizia amministrativa, in *AA. VV.*, *Studi in onore di Giovanni Miele*, Giuffrè, Milano, 1979.

Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975.

R. CAPONIGRO,

Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi, sul sito istituzionale della giustizia amministrativa, www.giustizia-amministrativa.it, 2012.

Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo, in *Foro Amm. CdS*, 2011.

La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo, sul sito istituzionale della giustizia amministrativa, www.giustizia-amministrativa.it, 2010.

A. CARBONE,

L'azione di adempimento è nel Codice. Alcune riflessioni sul D. Lgs. 14 settembre 2012, n. 160 (c.d. Secondo Correttivo), in www.giustamm.it, 2012.

L'opposizione di terzo ex art. 108 comma 1° c.p.a., in *Foro amm. TAR*, 2012.

L'azione di adempimento nel processo amministrativo, Giappichelli, Torino, 2012.

Azione di adempimento e Codice del processo amministrativo, in *Giust. amm.*, 2010.

La nullità e l'azione di accertamento nel processo amministrativo, in *Dir. amm.*, 2009.

F. CARINGELLA,

Il secondo correttivo processuale battezza l'azione di esatto adempimento, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 4/2012.

Architettura e tutela dell'interesse legittimo dopo il codice del processo amministrativo: verso il futuro!, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011.

Corsi di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali., Milano, Giuffrè, 2011.

Manuale di diritto Amministrativo, Dike, Roma, 2010.

Corso di diritto processuale amministrativo, Giuffrè, Milano, 2003.

Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali, Giuffrè, Milano, 2000.

A. CARIOLA

Discrezionalità tecnica e imparzialità, in *Dir. proc. amm.*, 1997.

P. CARPENTIERI,

Azione di adempimento e discrezionalità tecnica, (alla luce del codice del processo amministrativo), in *Dir. proc. amm.* 2013.

M. CARRÀ,

Risarcimento in forma specifica e Folgenbeseitigung: le frontiere mobili della responsabilità pubblica tra annullamento dell'atto e risarcimento per equivalente in Dir. amm., 2004.

A. CARRATTA,

Principio della non contestazione e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili, in *Fam. e dir.*, 2010.

G. CARLOTTI,

La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990 (Relazione al Convegno «Feliciano Benvenuti e il Diritto amministrativo del nuovo secolo» — Roma, 23 aprile 2008), sul sito istituzionale della giustizia amministrativa, www.giustizia-amministrativa.it, 2008.

E. CASETTA,

Manuale di diritto amministrativo, Giuffrè, Milano, 2005.

Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione, in *Diritto dell'economia - Riv. trim. dott. giur. doc.*, 1998.

C. CASTRONOVO,

Il risarcimento del danno, in *Riv. dir. civ.*, 2006.

B. CAVALLO,

Provvedimenti e atti amministrativi, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, III, Cedam, Padova, 1993.

R. CAVALLO PERIN,

La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 2010.

C.M. CEA,

L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione, in *Foro it.*, 2011.

V. CERULLI IRELLI,

Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità, in *Dir. proc. amm.*, 1984.

V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e Costituzione*, in *Giur. cost.* 2004.

F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul “nuovo” processo amministrativo sui contratti pubblici)*, in www.giustamm.it, 3/2010.

S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009.

S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Giappichelli, Torino, 2006.

- M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, sul sito istituzionale della giustizia amministrativa, www.giustizia-amministrativa.it, 2010.
- M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005.
- M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo* in *Dir. proc. amm.*, 1998.
- M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Cedam, Padova, 1989.
- M. CLARICH, *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamento giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.* 1985.
- C. CONSOLO,
Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Giappichelli, Torino, 2011.
- Piccolo discorso sul riparto di giurisdizione. Il dialogo fra le Corti e le esigenze dei tempi*, in *Dir. proc. amm.*, 2007.
- Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991.
- A. D'ADDA,
Il risarcimento in forma specifica, Cedam, Padova, 2002.

G. D'AURIA,

Discrezionalità tecnica, sindacato giudiziario e responsabilità amministrativa dei pubblici funzionari, in *Lav. pubb. amm.*, 2007.

D. DE PRETIS,

La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002.

A. DI MAJO,

L'adempimento "in natura" quale rimedio (in margine a un libro recente), in *Europa e dir. priv.*, 2012.

Le tutele contrattuali, Giappichelli, Torino, 2009.

Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi in Eur. dir. priv., 2007.

La tutela civile dei diritti, Giuffrè, Milano, 2003.

E. FABIANI,

Sindacato della Corte di cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento (Nota a Cass. 18 gennaio 1999, n. 434, c. 22 ottobre 1998, n. 10514), in *Foro it.*, 1999.

A. FALZEA,

Efficacia giuridica, in *Enc. giur.*, XIV, 1965.

L. FERRARA,

La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza nel riformato quadro della garanzie procedurali, in *Studi in onore di L. Mazzaroli*, Cedam, Padova, 2007.

E. FOLLIERI,

I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo, in *Dir. proc. amm.* 2010.

Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi, Solfanelli Editore, Chieti, 2003.

La tutela nei contratti della pubblica amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in *Dir. proc. amm.*, 1999.

La cautela tipica e la sua evoluzione, in *Dir. proc. amm.*, 1989.

F. FOLLIERI,

Il principio di non contestazione nel processo amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 2012.

M. FORNACIARI,

Ultimissime dal Consiglio di Stato: l'annullamento ... che non annulla!, in *Dir. proc. amm.*, 2012.

C. FRAENKEL-HAEBERLE,

Stabilità e contendibilità del provvedimento tra tutela costitutiva e risarcitoria nell'ordinamento tedesco, in *Stabilità*

e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata, Giuffrè, Padova, 2011.

R. GAROFOLI,

La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo, in *Dir. proc. amm.*, 2002.

M. LIPARI,

L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Giuffrè, Milano, 2011.

M. S. GIANNINI,

voce Motivazione dell'atto amministrativo, in *Enc. dir.*, XXVII, Giuffrè, Milano, 1977.

Diritto amministrativo, Giuffrè, Milano, 1970.

Discorso generale sulla giustizia amministrativa, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963.

voce Atto amministrativo, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959.

Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi, in *Stato e Diritto*, 1941.

Il potere discrezionale della pubblica amministrazione - concetti e problemi, Giuffrè, Milano, 1939.

M. GIORGIANNI,

L'inadempimento, Corso di diritto civile, Giuffrè, Milano, 1975.

R. GIOVAGNOLI,

Liberalizzazioni, semplificazioni ed effettività della tutela, in www.giustamm.it, 2012.

commento a CGCE, Sez. III, 30 settembre 2010, C-314/09 in Urb. App. 2011.

R. GIOVAGNOLI, L. IEVA, G. PESCE,

Il processo amministrativo di primo grado, Giuffrè, Milano, 2005.

P. GOTTI,

Considerazioni su sorte del contratto di appalto pubblico e discrezionalità del giudice amministrativo, in *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino*, 2012.

G. GRECO,

Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2010.

L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo, Milano, Giuffrè, 1980.

G. GRÜNER,

L'esecutorietà del provvedimento amministrativo e la sua crisi
in *Dir. amm.*, 2011.

E. GUICCIARDI,

La giustizia amministrativa, Cedam, Padova, 1942.

L. IANNOTTA,

L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato,
in *Dir. amm.*, 2006.

Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni
amministrative (l'arte di amministrare), in *Dir. proc. amm.*,
2005.

G. IMPAGNIATIELLO,

La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile,
Giuffrè, Milano, 2008.

F. LA VALLE,

Azione d'impugnazione ed azione d'adempimento nel giudizio
amministrativo di legittimità in *Jus*, 1965.

P. LAZZARA,

L'opera scientifica di Enzo Capaccioli tra fatto, diritto e teoria
generale, in *Dir. amm.*, 2009.

F. LEDDA,

La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti, in *Jus*,
1997.

Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica, in *Dir. proc. amm.*, 1993.

L. LAMBERTI,

L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto nel codice del processo amministrativo, 2011, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2010.

M. LIPARI,

L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza, Relazione al 56° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 23-25 settembre 2010, Giuffrè, Milano, 2011.

F. LUCIANI,

Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo, in *Dir. proc. amm.*, 2012.

A. LUMINOSO,

sub art. 1453 C.C., in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento, I, 1 (art. 1453-1454)*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Zanichelli, Bologna-Roma, 1990.

E. MARINUCCI,

Azioni collettive e azioni inibitorie da parte delle associazioni dei consumatori, in *Riv. dir. proc.*, 2005.

B.G. MATTARELLA,

L'imperatività del provvedimento amministrativo, Cedam, Padova, 2000.

C. MANDRIOLI,

Diritto processuale civile, vol. I, Giappichelli, Torino, 2004.

E. M. MARENGHI,

Giusto processo e processualprocedimento, in *Dir. proc. amm.*, 2008.

L. MARUOTTI,

La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela, sul sito istituzionale della giustizia amministrativa, www.giustizia-amministrativa.it, 2010.

C. MARZUOLI,

Potere amministrativo e valutazioni tecniche, Giuffrè, Milano, 1985.

S.R. MASERA,

Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo, Padova, Cedam, 2006.

M. MAZZAMUTO,

I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile in *Dir. proc. amm.*, 2012.

La nozione di rimedio nel diritto continentale, in *Eur. dir. priv.*, 2007.

L. MAZZAROLLI,

Il Consiglio di Stato come giudice di diritti soggettivi, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 1983.

S. MENCHINI,

La tutela del giudice ordinario, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Tomo V, II ed., Giuffrè, Milano, 2003.

L. MENGONI,

Responsabilità contrattuale, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano.

F. MERUSI,

Giurisdizione e amministrazione: ancora separazione dopo il codice sul processo amministrativo? in www.giustamm.it, 2010.

Il Codice del giusto processo amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 2010.

In viaggio con Laband ..., in *Giorn. di dir. amm.*, 2010.

La Teoria generale di Enzo Capaccioli nel dibattito amministrativo contemporaneo, in *Dir. amm.*, 2009.

Verso un'azione di adempimento, in *Scritti in onore di Giovanni Miele*, Giuffrè, Milano, 1979.

C. MIGNONE,

Il giudizio di primo grado, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Vol. II, Monduzzi, Bologna, 1998.

S. MURGIA,

Crisi del processo amministrativo e azione di accertamento, in *Dir. proc. amm.*, 1996.

F. M. NICOSIA,

L'interesse legittimo come pretesa a una quota del bene comune in regime di scarsità, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2012.

M. NIGRO,

Giustizia amministrativa, Il Mulino, Bologna, 2002, (a cura di E. CARDI e A. MAGNO);

Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27 n. 4 delle leggi sul Consiglio di Stato, in *Rass. dir. pubbl.*, 1954.

V.E. ORLANDO,

Il primo trattato completo di diritto amministrativo italiano, Giuffrè, Milano 1897-1914.

Principi del diritto amministrativo, G. Barbera, Firenze, 1892.

A. ORSI BATTAGLINI,

Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988.

N. PICARDI,

Manuale del processo civile, Giuffrè, Milano, 2010.

I. PAGNI,

L'azione di adempimento nel processo amministrativo, in *Riv. dir. proc.*, 2012.

A. PAJNO,

La giustizia amministrativa all'appuntamento della codificazione, in *Dir. proc. amm.*, 2010.

Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa, in *Dir. proc. amm.*, 1994.

F. PIRAINO,

Adempimento e responsabilità contrattuale, Jovene, Napoli, 2011.

A. PIRAS,

Interesse legittimo e giudizio amministrativo, Giuffrè, Milano, 1962.

A. PROTO PISANI,

Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo, in *Foro it.*, 2012.

Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo), in *Foro it.*, 2010.

Per un nuovo codice di procedura civile, in Foro it., 2009.

Appunti sulle prove civili, in Foro it., 1994.

Appunti sulla tutela c.d. costitutiva, in Riv. dir. proc., 1991.

Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi, in Riv. dir. proc., 1990.

Appunti preliminari su rapporti tra diritto sostanziale e processo, in Dir. e giur., 1978.

M. RAMAJOLI,

Giusto processo e giudizio amministrativo, in Dir. proc. amm.. 2013.

A. ROMANO TASSONE,

Ancora sul D. lgs. n. 80 del 1998, in Giust. civ., 1998.

C. ROMEO,

I presupposti sostanziali della domanda di adempimento, Giuffrè, Milano, 2008.

G. ROTONDI,

Dalla lex aquilia all'art. 1151 c.c., in Riv. dir. comm., 1917.

C. RUSSO - F. FORNATARO,

Le azioni del codice del processo. Termini, condizioni e forme di proposizione, Giuffrè, Milano, 2013.

F. SAITTA,

Ancora sulla condanna dell'amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto dal ricorrente: un'azione di adempimento che c'è, ma non si vede? in *Giur. it.*, 2012, p. 2678.

F. SALVIA,

Attività amministrativa e discrezionalità tecnica, in *Dir. proc. amm.*, 1992.

A.M. SANDULLI,

Manuale di diritto amministrativo, Napoli, 1989.

Il giudizio dinanzi al Consiglio di Stato ed ai giudici sottordinati, Jovene, Napoli, 1963.

M. A. SANDULLI,

Codice dell'azione amministrativa, Giuffrè, Milano, 2011.

Prmissima lettura della adunanza plenaria n. 15 del 2011, in *Riv. giur. edil.*, 2011.

B. SASSANI,

Arbor Actionum. L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo, in *Riv. dir. proc.*, 2011.

Riflessioni sull'azione di nullità, in *Dir. proc. amm.*, 2011.

Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto, Giuffrè, Milano, 1997.

Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto, Cedam, Padova, 1989.

F. SATTA,

Giustizia amministrativa, Cedam, Padova, 1997.

M.E. SCHINAIA,

Controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione, in *Dir. proc. amm.*, 1999.

R. SCHRÖDER,

L'azione di adempimento §§ 42 comma 1 113 comma 5 del codice di procedura amministrativa tedesco federale (VwGO), in www.osservatorioappalti.unitn.it.

F.G. COCA,

Giustizia amministrativa, Giappichelli, Torino, 2013.

Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Giuffrè, Milano, 1998.

La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000.

Profili sostanziali del merito amministrativo, in *Nuova Rass.*, 1981.

Il silenzio della pubblica amministrazione, Giuffrè, Milano, 1971.

S.S. SCOCA,

L'effettività della tutela nell'azione di annullamento, in *Dir. proc. amm.*, 2012.

A. SCOGNAMIGLIO,

Appunti per una prima lettura dell'art. 34, comma 1, lett. c), d) ed e): le sentenze di condanna e condanna al risarcimento dei danni, in *Atti del Convegno Incontro di studio: prime riflessioni sulla riforma del processo amministrativo*, Campobasso, 24 novembre 2010, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi del Molise, sul sito istituzionale della giustizia amministrativa, www.giustizia-amministrativa.it, 2010.

E. SCOTTI,

Tra tipicità e atipicità delle azioni del processo amministrativo (a proposito di ad. plen. 15/11) in *Dir. amm.*, 2011.

F. SECCHI,

L'esecuzione del giudicato amministrativo l'esecuzione del giudicato amministrativo nell'esperienza italiana e tedesca: nell'esperienza italiana e tedesca: le soluzioni al problema dell'inottemperanza in www5.unitn.it/Biblioteca/it/Web/Tesi.

G. SILVESTRI,

Poteri dello Stato (divisione dei) in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1985.

G.C. SPATTINI,

Le decisioni tecniche dell'Amministrazione e il sindacato giurisdizionale, in *Dir. proc. amm.*, 2011.

P. STELLA RICHTER,

Per l'introduzione dell'azione di mero accertamento nel giudizio amministrativo, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1988.

G. TACCOGNA,

Giusto processo amministrativo e integrazione della motivazione dell'atto impugnato, in *Dir. proc. amm.*, 2005.

L. TARANTINO,

L'azione di condanna nel processo amministrativo, Giuffrè, Milano, 2003.

TONOLETTI,

Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti, in *Dir. proc. amm.*, 2012.

L. TORCHIA,

Condanna ed adempimento nel nuovo processo amministrativo, in *Giorn. dir. amm.*, 2011.

Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo, in *Giorn. dir. amm.*, 2010.

A. TRAVI,

Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo, in Urb. App., 2011.

Tipologia delle azioni nel processo amministrativo, in Gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali, Atti del LVI Convegno di Studi. Varenna Villa Monastero, 23-25 settembre 2010, Giuffrè, Milano, 2011.

La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria, in Dir. proc. amm., 2003.

Tutela risarcitoria e giudice amministrativo, in Dir. amm., 2001.

L'opposizione di terzo e la tutela del terzo nel processo amministrativo, in Foro It., 1997.

M. TRIMARCHI,

Il divieto di «pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati» attraverso il prisma della giurisprudenza., in Foro amm. CdS, 2013.

Dai vizi di legittimità alla pluralità delle tecniche di sindacato, in Dir. amm., 2010.

N. TROCKER,

Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, in Riv. trim. di dir. e proc. civ., 2007.

C. TROPEA,

Il vincolo etnoantropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità: “relazione pericolosa” o “attrazione fatale”?, in *Dir. proc. amm.*, 2012.

G. VACIRCA

Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, IPZS, Roma, 1981.

D. VAIANO,

Sindacato di legittimità e «sostituzione» della pubblica amministrazione, in *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2013.

Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo, in *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, a cura di R. Prefetti, Cedam, Padova, 2002.

Pretesa di provvedimento e processo amministrativo, Giuffrè, Milano, 2002.

G. VERDE,

Con la sentenza che accoglie l'azione di adempimento si “consuma” il potere dell'amministrazione in *Guida al diritto*, 2011.

Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice, in Dir. proc. amm., 2010.

Prova (dir. proc. civ.), in Enc. dir., XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988.

L. VIOLA,

Ancora sulla pretesa incompatibilità tra astreintes ed esecuzione delle sentenze in materia di obbligazioni pecuniarie della p.a., in Foro amm. TAR, 2013.

P.M. VIPIANA,

Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità, Cedam, Padova, 2003.

P. VIRGA,

Diritto amministrativo, Giuffrè, Milano, 2001.

La reintegrazione in forma specifica, in Dir. proc. amm., 2000.

F. VOLPE,

Il sindacato sulla discrezionalità tecnica tra vecchio e nuovo rito (considerazioni a margine della sentenza Cass. SS. UU., 17 febbraio 2012, n. 2312), in www.giustamm.it, 2012.

Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo, in Dir. amm., 2008.

G. ZANOBINI,

Corso di diritto amministrativo, II, Giuffrè, Milano, 1957-1958.

N. ZANON,

Fonti comunitarie, indipendenza funzionale del giudice italiano e “controlimiti” in www.forumcostituzionale.it, 2002.