



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI GIURIDICI ED ECONOMICI
DEL MEDITERRANEO: SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE

JONIAN DEPARTMENT - MEDITERRANEAN ECONOMIC AND
LEGAL SYSTEMS: SOCIETY, ENVIRONMENT, CULTURES



ANNALI 2014 – ANNO II

(ESTRATTO)
SONIA MEGGIATO

L'azione di adempimento nel processo amministrativo

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

BRUNO NOTARNICOLA

COORDINATORE DELLA COLLANA

FRANCESCO MASTROBERTI

COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO

BRUNO NOTARNICOLA, DOMENICO GAROFALO, RICCARDO PAGANO,
GIUSEPPE LABANCA, FRANCESCO MASTROBERTI,
NICOLA TRIGGIANI, AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

COMITATO SCIENTIFICO

DOMENICO GAROFALO, BRUNO NOTARNICOLA, RICCARDO PAGANO,
ANTONIO FELICE URICCHIO, MARIA TERESA PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI,
DANIELA CATERINO, MARIA LUISA DE FILIPPI, ARCANGELO FORNARO,
IVAN INGRAVALLO, GIUSEPPE LABANCA, TOMMASO LOSACCO,
GIUSEPPE LOSAPPPIO, FRANCESCO MASTROBERTI, FRANCESCO MOLITERNI,
CONCETTA MARIA NANNA, FABRIZIO PANZA, PAOLO PARDOLESI,
FERDINANDO PARENTE, GIOVANNA REALI, LAURA TAFARO,
SEBASTIANO TAFARO, NICOLA TRIGGIANI

COMITATO REDAZIONALE

STEFANO VINCI (COORDINATORE), AURELIO ARNESE,
MARIA CASOLA, PATRIZIA MONTEFUSCO, ANGELICA RICCARDI,
ADRIANA SCHIEDI, GIUSEPPE SANSEVERINO

REDAZIONE:

PROF. FRANCESCO MASTROBERTI

DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI ECONOMICI E GIURIDICI DEL MEDITERRANEO: SOCIETÀ,
AMBIENTE, CULTURE

CONVENTO SAN FRANCESCO, VIA DUOMO, 259 - 74123 TARANTO, ITALY

E-MAIL: FRANCESCO.MASTROBERTI@UNIBA.IT

TELEFONO: + 39 099 372382

FAX: + 39 099 7340595

HTTP://WWW.ANNALIDIPARTIMENTOJONICO.ORG

Sonia Meggiato

L'AZIONE DI ADEMPIMENTO NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO*

ABSTRACT	
<p>Con l'entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo, il principio di atipicità delle azioni sembra ormai assurgere a principio consolidato nel nostro ordinamento. Difatti, per tutelare il privato dal cattivo o mancato esercizio del potere amministrativo, le azioni disciplinate dagli artt. 29, 30 e 31 del codice del processo amministrativo non esauriscono l'elenco degli strumenti processuali esperibili, dal momento che il legislatore ha individuato nell'articolo 34 c. p. a. un ulteriore rimedio a garanzia delle pretese del ricorrente, ritenuta da autorevoli interpretazioni "reincarnazione" dell'azione di adempimento, non esplicitamente annoverata nel nuovo testo in vigore. Attesa l'afferenza allo stesso <i>genus</i>, il contributo analizza il rapporto tra l'azione di condanna e l'azione di adempimento, dunque le posizioni invalse sulla configurabilità della condanna pubblicistica per arrivare ad evidenziare i profili di novità elaborati dalle recenti pronunce giurisdizionali, con riferimento in particolare al concetto di attività vincolata.</p>	<p>With the entry into force of the new code of administrative process, the atypical nature principle is already consolidated in our legal order. Infact, the actions governed by the articles 29, 30 and 31 c. a. p. are not the only ones allowed in order to protect the private interests against the bad or missing exercise of the administrative power because the legislator has identified also the article 34 c. a. p. as a further instrument of warranty. Many authors consider the article 34 c. a. p. the "reincarnation" of the fulfillment action that is not present in the new code text. Even if belonging to the same genus, this work analyzes the relationship between the sentence action and the fulfillment action, the positions firmly rooted on the configurability of the public sentence and innovations elaborated by the court decisions, with regard to the bounded activity concept.</p>
Azione di adempimento – azione di condanna	Fullfillment action – sentence action

SOMMARIO. 1. Introduzione. – 2. L'azione di adempimento nel testo originario del codice. – 3. L'azione di adempimento nell'evoluzione giurisprudenziale.

1. - Il nuovo codice del processo amministrativo (D.Lgs. n. 104 del 2010) disciplina esplicitamente in termini di azione le forme di tutela di fronte al giudice amministrativo attraverso l'individuazione delle azioni esperibili, regolando i

*Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

procedimenti che scaturiscono dal loro esercizio e lasciando intravedere i rimedi che la parte può conseguire.

L'intero impianto normativo, così come si evince dal contenuto delle bozze che ne hanno segnato la genesi, nonché dai criteri di delega fissati dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, articolo 44¹, è ispirato al principio della tutela piena ed effettiva², individuando però le singole azioni proponibili in una logica di tipicità.

Nel codice del processo amministrativo non vi è dunque spazio, almeno in linea di principio, per l'agire libero che caratterizza invece la tutela giurisdizionale davanti al giudice civile³.

Tra le forme di responsabilità della pubblica amministrazione, quella per inattività o silenzio ha da sempre costituito oggetto di particolare attenzione, in considerazione del fatto che tale comportamento negativo incide notevolmente sul fattore tempo, variabile di certezza nella definizione dei rapporti giuridici, nonché termine di funzionalità della giurisdizione.

E' da ritenersi ormai pacifico che il ritardo o il mancato esercizio del potere amministrativo a fronte di un'istanza legittimamente avanzata da parte del privato possa produrre in capo a questo un danno risarcibile dal giudice amministrativo, proprio perché la pubblica amministrazione con il proprio comportamento negativo, non assolve i propri doveri pubblicistici aventi ad oggetto lo svolgimento delle proprie funzioni amministrative.

Con l'art. 2, l. n. 241 del 1990, è stata introdotta una disposizione avente portata generale volta a canonizzare il principio di doverosità dell'esercizio del potere amministrativo e della certezza dei tempi dell'azione pubblica.⁴

¹ Cfr. L. 18 giugno 2009, n. 69, articolo 44 (Delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo), in G.U. 19 giugno 2009, n. 140, *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*: «1. Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele. 2. I decreti legislativi di cui al comma 1, oltre che ai principi e criteri direttivi di cui all'articolo 20, comma 3, della legge 15 marzo 1997, n. 59, in quanto applicabili, si attengono ai seguenti principi e criteri direttivi: a) assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo, anche mediante il ricorso a procedure informatiche e telematiche, nonché la razionalizzazione dei termini processuali, l'estensione delle funzioni istruttorie esercitate in forma monocratica e l'individuazione di misure, anche transitorie, di eliminazione dell'arretrato; b) disciplinare le azioni e funzioni del giudice riordinando le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni, ... prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa».

² Cfr. D.Lgs. 02 luglio 2010, n.104, G.U. 07.07.2010, Codice del processo amministrativo, articolo 1: «La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo».

³ Cfr. B. SASSANI, R. VILLATA, *Il codice del processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 349; B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Maggioli, Rimini, 1983, p. 77 ss.

Relativamente ai rimedi contro le inerzie amministrative, concernenti gli atti amministrativi individuali, occorre riferirsi anzitutto alla nuova previsione dell'articolo 2 bis della L. 241/1990 che prevede il risarcimento del danno provocato dal ritardo amministrativo nell'adottare un provvedimento richiesto dal privato⁵.

L'articolo 2 *bis* citato sembra come configurare tale ritardo come fatto illecito ammettendo in maniera esplicita la risarcibilità del danno da ritardo mero⁶, laddove stabilisce che «le pubbliche amministrazioni (...) sono tenute al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento».

Sempre in questo ambito, il Codice oggi prevede espressamente una forma di tutela contro l'inerzia della pubblica amministrazione e una specifica per il silenzio, disciplinate rispettivamente all'articolo 30 e 31 c. p.a.

Più precisamente, il legislatore nel caso di illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o in caso di mancato esercizio di quella obbligatoria, per porre rimedio al danno ingiusto che ne deriva, offre a tutela del portatore di interessi legittimi l'azione di condanna.

Quest'ultima può essere proposta contestualmente ad altra azione, nel termine di decadenza di 120 giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo⁷.

L'azione di condanna può essere esercitata anche in via del tutto autonoma, limitatamente ai casi di giurisdizione esclusiva, la presenza della quale consente anche di poter riconoscere il risarcimento per la lesione di diritti soggettivi.

Nel determinare il risarcimento, il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti. Inoltre, sussistendone i presupposti di cui all'articolo 2058 c.c.⁸, può essere richiesto il danno in forma specifica⁹.

⁴ In tal senso, Cons. Stato, sez. IV, 18 ottobre 2007, n. 5433.

⁵ A livello generale, sul rapporto fra beni della vita e modelli di responsabilità ed anche relativamente al danno da ritardo, cfr. E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, in *Dir. Amm.* (2009), p. 521 ss.

⁶ In tema, M. RENNA – F. SAIITA, *Il principio di tempestività dell'azione amministrativa*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 477 e ss.; A. BONOMO, *Inefficienza della pubblica amministrazione e "nuove" tutele del cittadino*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Bari, Cacucci, 2012, p. 1373 e ss.; D. VAIANO, *Il principio di tempestività dell'azione amministrativa*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 477 e ss.; S. D'ANTONIO, *Risarcimento del danno da mero ritardo e situazioni giuridiche soggettive*, in *Giur. It.*, 6(2011), p. 1426 ss.; F. FIGORILLI, *Commento agli artt. 2 e 2 bis, l. n. 241/1990*, A. BARTOLINI – S. FANTINI – G. FERRARI (a cura di), in *Codice dell'azione amministrativa*, Roma, Giuffrè, 2010, p. 105 ss.

⁷ Articolo 30 D.Lgs. n. 104 del 2010.

⁸ Articolo 2058 codice civile: «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».

Nel caso in cui sia stata proposta l'azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza.

2. - Nel testo originario del codice, l'unico modo per imporre all'amministrazione ogni tipo di obbligo a pena di sostituzione in via di esecuzione forzata era ricavabile dalla combinazione dell'articolo 29 con l'articolo 34, lett. e) e dal meccanismo processuale del silenzio avverso l'amministrazione.

Il D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160 ha allargato l'ambito di applicazione dell'azione di condanna, finalizzata ora al rilascio di un provvedimento richiesto, tramite l'integrazione dell'articolo 34, comma 1, lett. c), secondo cui «il giudice amministrativo condanna l'amministrazione all'adozione di misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio».

In via definitiva, la condanna al risarcimento dei danni può essere comminata in ragione dell'annullamento dell'atto lesivo, ovvero indipendentemente, in ragione di un giudizio di illiceità fondato sulla valutazione incidentale dell'illegittimità del comportamento dell'amministrazione.¹⁰

La seconda ipotesi fa riferimento all'onere che, in base all'art. 2 legge 241/1990, incombe sulla pubblica amministrazione di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso, a meno che al silenzio della stessa, la legge non riconosca un effetto di accoglimento o rigetto dell'istanza avanzata dal privato.

Anche in questo caso, nell'ottica di offrire una tutela adeguata, rapida ed efficace nei confronti del cittadino di fronte ad un comportamento silente della pubblica amministrazione, il legislatore, mediante la formulazione dell'articolo 31 c. p. a., prevede una specifica azione avverso appunto il silenzio con conseguente declaratoria di nullità.

Tale tipo di azione trova il suo precedente nell'articolo 21 – bis della legge n. 1034 del 1971, inserito nel corpo dell'articolo 2 della legge n. 205/2000, con il quale si riconoscevano al giudice amministrativo ampi poteri di valutare la fondatezza della pretesa sostanziale sottostante all'inerzia denunciata, a patto però che si trattasse di poteri non connotati da discrezionalità amministrativa o da valutazioni tecniche complesse¹¹.

La valutabilità del merito della pretesa dipendeva dunque dalla presenza di un potere vincolato dall'accertamento dei cosiddetti fatti semplici.

⁹ Cfr. P. VIRGA, *La reintegrazione in forma specifica*, in *Dir. Proc. amm.*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 322; A. ZITO, *Risarcimento del danno e reintegrazione in forma specifica*, in *Giudice amministrativo e tutele in forma specifica*, Atti della Tavola Rotonda di Teramo, Milano, Giuffrè, 2003, p. 271 ss.

¹⁰ B. SASSANI, R. VILLATA, *Il codice del processo amministrativo*, cit., 356.

¹¹ Per una ricostruzione del tema cfr. A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 227 ss.

Successivamente, tale orientamento fu contestato dal Consiglio di Stato, il quale con l'adunanza plenaria n. 1/2002¹², nel timore che il giudice divenisse anche amministratore, limita la sua cognizione solo alla legittimità dell'inerzia dell'amministrazione e non anche all'esame della fondatezza della pretesa avanzata dal soggetto privato.

Stando ad un'attenta analisi, la norma fu interpretata dalla successiva giurisprudenza come facoltà, proprio per la presenza nella sua formulazione della locuzione "può", del giudice di pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza.

La nuova formulazione del comma 3 dell'articolo 31 c.p.a., ammette che il giudice possa pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza, ma subordina il potere del giudice di entrare in merito all'istanza del soggetto, solo qualora ci si trovi dinanzi ad 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.

Dunque, coloro che ne abbiano interesse, possono chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere, fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine per la conclusione del procedimento.

In altri termini, l'azione avverso il silenzio non solo consente di accertare l'obbligo dell'amministrazione di provvedere, ma laddove il giudice si pronunci sulla fondatezza, sempre qualora ricorrano le condizioni di cui al terzo comma dell'articolo 31, della pretesa dedotta in giudizio può condannare l'amministrazione stessa a provvedere.

Sulla base di tali riflessioni sembra potersi concludere che l'azione avverso il silenzio è da ritenersi intrinsecamente un'azione di condanna.

Tuttavia, nel testo antecedente il nuovo codice del processo amministrativo, era specificamente prevista la cosiddetta azione di adempimento, mutuata dalla *Verpflichtungsklage* prevista dal legislatore tedesco al paragrafo 42 della legge sul processo amministrativo del 1960 (*Verwaltungsgerichtsordnung* – VwGO), quale

¹² Cons. Stato, Ad. Plen., sentenza 9 giugno 2002, n. 1: «Quanto alla distinzione fra casi di agevole o meno agevole conoscibilità della fondatezza della pretesa sostanziale, ovvero di maggiore o minore ampiezza della discrezionalità dell'amministrazione, deve osservarsi che non è ammissibile far discendere l'estensione dei poteri cognitivi e dispositivi del giudice dal grado di complessità dalla controversia. Si tratta di un criterio empirico che poteva semmai trovare spazio nella soluzione elaborata dalla giurisprudenza, ma non più dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina, nel cui contesto, come già osservato, nulla autorizza ad effettuare simili distinzioni. Dalle considerazioni svolte emerge, in via riepilogativa, che: il giudizio disciplinato dall'art. 21 bis è diretto ad accertare se il "silenzio" violi l'obbligo dell'amministrazione di adottare un provvedimento esplicito sull'istanza del privato; il giudice non si sostituisce all'amministrazione in nessuna fase del giudizio, ma accerta se il "silenzio" sia o non sia illegittimo e, nel caso di accoglimento del ricorso, impone all'amministrazione di provvedere sull'istanza entro il termine assegnato; il commissario ad acta esercita, in via sostitutiva, la potestà amministrativa appartenente all'organo rimasto inadempiente».

strumento di condanna della pubblica amministrazione all'emanazione del provvedimento amministrativo richiesto.¹³

Tale strumento, che si affiancava alle tradizionali azioni di condanna e avverso il silenzio, completando in questo modo il quadro processuale dei rimedi giurisdizionali a tutela del cittadino, rappresentava l'azione tipica a tutela delle situazioni di carattere pretensivo.

L'azione di adempimento così originariamente formulata all'articolo 42 del testo provvisorio¹⁴, anche se poi espunta dall'odierno codice¹⁵, era esperibile contestualmente all'azione di annullamento entro il termine decadenziale per essa previsto o in caso di inerzia della pubblica amministrazione entro il termine previsto per l'azione avverso il silenzio.

Tra l'altro, tale norma doveva essere applicata unitamente a quella relativa alle sentenze di merito¹⁶, secondo cui il giudice amministrativo aveva la facoltà di conoscere della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo se si fosse trovato dinanzi ad attività vincolata, quando non residuavano margini di esercizio della discrezionalità e infine non erano necessari ulteriori adempimenti istruttori che dovevano essere compiuti dall'amministrazione.

La previsione di tale rimedio trovava l'entusiasmo di dottrina e giurisprudenza¹⁷, dal momento che consentiva di «superare la dicotomia esistente tra annullamento e condanna a provvedere a seguito dell'inerzia della pubblica amministrazione da una parte, e ottemperanza dall'altra, racchiudendo direttamente in un'unica pronuncia giudiziale l'ordine alla pubblica amministrazione di emanare un determinato provvedimento, senza forzare il principio della divisione dei poteri».¹⁸

¹³ Così in A. CARBONE, *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova*, in *Foro Amm. TAR* (2011).

¹⁴ L'articolo 42 del testo provvisorio statuiva che «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 47, comma 2. 2. L'azione è proposta contestualmente a quella di annullamento o avverso il silenzio entro i termini previsti per tali azioni».

¹⁵ Sul punto cfr. M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *Giorn. Dir. Amm.* (2010), p. 1121 ss.

¹⁶ L'articolo 47 del testo originario stabiliva alla lettera c), che il giudice amministrativo «se è stata proposta anche l'azione di adempimento e se 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», precisando al secondo comma 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 ulteriori adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione».

¹⁷ M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.* (2005), p. 561.

¹⁸ C. VANTAGGIATO, *La riconducibilità dell'azione di adempimento nell'ambito di azione della condanna atipica*, in www.iusexplorer.it.

Tale sistema inoltre garantisce maggiore certezza e adeguata protezione alle situazioni giuridiche soggettive dedotte in giudizio dal cattivo uso del potere amministrativo.

Al momento della riscrittura del nuovo codice però siffatta azione veniva depennata.

Occorre quindi a questo punto verificare se tale rimedio, ovvero il suo fantasma, possa enuclearsi dal contenuto di altre disposizioni presenti nel nostro codice.

Innanzitutto, sembra assolutamente doveroso il raffronto con l'articolo 31 c.p.a., già citato, il quale nel disciplinare l'azione avverso il silenzio dell'amministrazione, conferma il potere attribuito al giudice amministrativo di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio "solo quando si tratti di attività vincolata o quando non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari ulteriori adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione".

Uno stralcio di azione di adempimento può inoltre essere rinvenuto nell'articolo 34, comma 1, lettera c), laddove si prevede che il giudice amministrativo adotti tutte le misure idonee a tutelare la situazione giuridica dedotta in giudizio, ivi compreso l'ordine all'amministrazione di provvedere. In base alla successiva lettera e) il giudice dispone «le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato».

Le due previsioni prefigurano un potere di condanna senza restrizione di oggetto, modulabile a seconda del bisogno differenziato emerso in giudizio, ovvero, all'occorrenza, quale sblocco di una tutela restitutoria, ripristinatoria ovvero di adempimento pubblicistico coattivo.

Tale norma però pone una sorta di temperamento stabilendo che se nel corso del giudizio l'annullamento non risulta più utile al ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto solo se sussiste l'interesse ai fini risarcitori.

Come si può agevolmente notare, la mancata previsione espressa dell'azione di adempimento nel nuovo codice, non è dovuto ad ostacoli di carattere pratico o sistematico, ma si è ritenuto superfluo il suo espresso inserimento dal momento che il testo vigente fornisce una serie di azioni adeguate e complete¹⁹ che sono in grado di soddisfare pienamente la posizione soggettiva dedotta in giudizio.

Gli unici limiti che il giudice amministrativo incontra in sede di giurisdizione di legittimità attengono al divieto di sostituirsi alla pubblica amministrazione nell'adozione di nuovi atti o nella modifica o riforma di quello impugnato, nonché nel divieto di pronunciarsi in relazione a poteri amministrativi non ancora esercitati.

Risulta quindi ormai pacifico che il processo amministrativo ammetta, seppur velatamente e in talune ipotesi, un'azione di adempimento.

Siffatta tecnica legislativa però pone ancora dei dubbi.

¹⁹ Per un ulteriore approfondimento si rinvia a A. CARBONE, *Azione di adempimento e Codice del processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2010; M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, cit., p. 1121 ss.

Ci sono casi in cui è ancora controverso se si tratti di azione di adempimento a tutela di interessi legittimi o invece azione di condanna a garanzia di diritti soggettivi (si pensi ad esempio al giudizio sull'accesso ex articolo 116 c.p.a.), nonché nel caso del giudizio sul silenzio.

In quest'ultimo caso, su richiesta della parte ricorrente, il giudice amministrativo può imporre all'amministrazione un comportamento determinato, in particolare quando accerti che la domanda del cittadino, su cui l'amministrazione non ha provveduto, avrebbe dovuto essere accolta.

La domanda ora nasce spontanea.

Come è possibile ammettere un'azione di adempimento nel caso di inerzia della pubblica amministrazione e non anche se vi è stato un illegittimo diniego?

Paradossalmente il cittadino ottiene una tutela più favorevole nel caso in cui l'amministrazione non risponda alla sua istanza, piuttosto che nell'ipotesi in cui la stessa, in pendenza del giudizio, adotti un provvedimento sfavorevole, comportando così un effetto negativo sul cittadino, al quale è preclusa la possibilità di esercitare l'azione di adempimento.

Di fronte a tale incertezza legislativa non è ancora stata trovata una risposta valida; in questa prospettiva l'introduzione dell'azione di adempimento nel nostro codice, avrebbe contribuito a superare molti di questi ostacoli di carattere pratico – teorico.

3. - Una conferma dell'ammissibilità dell'azione di adempimento nel nostro processo amministrativo è fornita da una sentenza dei giudici amministrativo di primo grado²⁰.

Nel caso di specie, un agente di polizia in servizio presso la questura di Milano, inoltrava istanza al Ministero dell'Interno per ottenere il trasferimento per gravi motivi familiari, che veniva rigettata dall'amministrazione di appartenenza.

Di conseguenza, il ricorrente chiedeva al giudice adito di annullare il provvedimento ritenuto illegittimo, nonché di ordinare il suo trasferimento presso qualsiasi ufficio o reparto della polizia di Stato per essere collocato nelle competenze territoriali delle questure più vicine al luogo di residenza del nucleo familiare.

Con ordinanza propulsiva il TAR Lombardia sollecitava il riesame dell'istanza, tuttavia, l'amministrazione reiterava il diniego, impugnato nuovamente dal ricorrente attraverso la formulazione dei motivi aggiunti.

I giudici milanesi, dopo aver accertato la fondatezza delle istanze del privato²¹, dichiarano nulli i dinieghi opposti all'istanza di trasferimento poiché ritenuti illegittimi.

²⁰ TAR Lombardia – Milano, sez. III,04 giugno 2011 n. 1428, in www.giustizia-amministrativa.it.

²¹ TAR Lombardia – Milano, cit.: I.1:«E' utile preliminarmente precisare che l'istanza si fonda sull'articolo 55, comma 4, D.P.R. 24 aprile 1982 n. 355 (recante l'ordinamento del personale della Polizia di Stato che espleta le funzioni di polizia) secondo cui il trasferimento ad altra sede può essere

A questo punto, però, occorre verificare se, dopo l'accertamento giurisdizionale della illegittimità di un diniego su un'istanza, l'amministrazione possa negare nuovamente al ricorrente il bene della vita a cui il ricorrente aspira in base ad accertamenti o valutazioni che sarebbero potuti essere già compiuti nell'originario procedimento amministrativo, ovvero se ne consegua il vincolo conformativo di accordare la richiesta al cittadino.

Con la decisione in rassegna, i giudici de quo nell'inquadrare la questione nell'ambito dei rapporti tra gli effetti della sentenza ed il fluire dell'attività giuridica amministrativa, superano l'opinione tradizionale che esclude di poter riconnettere alla sentenza amministrativa l'effetto di imporre una disciplina del rapporto tra amministrazione e cittadino "sostitutiva" della disciplina dell'atto annullato²².

In altre parole, al giudice amministrativo non resta che la declaratoria di illegittimità del provvedimento impugnato dal ricorrente, dal momento che gli è negata l'indagine sul rapporto instaurato con la pubblica amministrazione tesa alla valutazione della fondatezza della pretesa avanzata dal privato.

Tale impostazione, che evidenzia proprio la voluta separazione tra potere giurisdizionale e potere amministrativo, affida al giudice amministrativo unicamente il sindacato sulla validità del provvedimento; difatti lo stesso accerta l'invalidità dell'atto e delle relative ragioni, stabilisce qual è il corretto modo di esercizio del potere e fissa la regola alla quale l'amministrazione si deve attenere nella sua attività futura.

Ma si tratta di una conformazione dell'attività della p.a., implicata dal giudicato di annullamento, senza che il sindacato del giudice amministrativo possa trasformarsi nella condanna della p.a. all'adozione di una determinata decisione.

In altre parole, ciò che è precluso al giudice della cognizione è accordato al giudice dell'esecuzione.

Con la pronuncia in esame, il Collegio inverte la rotta e valorizza la tendenza legislativa e giurisprudenziale tesa a far convergere nel giudizio di cognizione, per quanto possibile, tutte le questioni dalla cui definizione possa derivare una risposta definitiva alla domanda del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita.

disposto per gravissime ed eccezionali situazioni personali»; II: «Il Collegio ritiene di dover confermare la valutazione, compiuta in sede cautelare avverso il diniego impugnato con il ricorso introduttivo, dal momento che il comportamento dell'amministrazione appare irrimediabilmente affetto da insufficienza ed irragionevolezza della motivazione, operata semplicemente tramite il mero rinvio ai due dinieghi precedenti»; III: «Sono fondate inoltre le censure articolate con i motivi aggiunti avverso il successivo diniego formulato, in esecuzione dell'istanza cautelare propulsiva del Collegio».

²² Sentenza cit., punto V.3: «Anche quando il contenuto ordinatorio della sentenza di accoglimento consentiva un'ampia definizione della fattispecie sostanziale, esso mai poteva tradursi in un espresso dispositivo di condanna, e ciò pur ammettendosi l'insorgere di un obbligo pubblicistico in capo alla pubblica amministrazione di ripristinare lo status quo ante e di conformarsi alle regole di azione statuite. La regola "implicita, elastica, incompleta" della pronuncia sarebbe potuta divenire titolo esecutivo soltanto "progressivamente" nella successiva sede del giudizio di ottemperanza».

Senza dubbio è merito del codice del processo amministrativo l'abbandono definitivo della concezione oggettiva del giudizio amministrativo di annullamento come strumento di controllo dell'azione amministrativa.

Di qui la trasformazione del giudizio amministrativo da giudizio 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, sempre che non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione.²³

In tal senso si inverte il rapporto tra fase della cognizione e fase dell'esecuzione, anticipando all'esito della prima ciò che tradizionalmente si riservava nella fase dell'ottemperanza, ovvero la fissazione della regola del caso concreto.

Il codice, con la previsione dell'articolo 34, comma 1, lettera e, consente di esplicitare a "priori", ovvero nel dispositivo della sentenza, gli effetti conformativi e ripristinatori da cui discende la regola del rapporto, e non più a "posteriori", in sede di scrutinio della condotta tenuta dall'amministrazione dopo la sentenza di annullamento. Ne consegue pertanto la possibilità di concentrare in un unico episodio giurisdizionale tutta quell'attività di cognizione che prima doveva essere necessariamente completata in sede di ottemperanza.²⁴

Ovviamente, occorre precisare che non sempre con l'accoglimento del ricorso è possibile conseguire la fissazione del caso concreto, ma ciò sarà consentito solo in presenza di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di discrezionalità.

A tal proposito, il Collegio interpreta in maniera ampia il concetto di attività vincolata, ricomprendendo anche l'azione che non sia originariamente qualificata come tale ma che lo divenga in seguito, laddove non residuano ulteriori margini di esercizio discrezionale.

Difatti, i giudici pur tenendo presenti i parametri enunciati dall'articolo 31 c.p.a. in tema di silenzio inadempimento, li considerano di carattere generale, proprio poiché considerano che l'interesse pretensivo, sia che l'amministrazione rimanga

²³ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 23 marzo 2011, n.3, punto 3.1: «Deve inoltre rilevarsi che il legislatore, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l'adozione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto. Alla stregua di tale dilatazione delle tecniche di protezione, viene confermata e potenziata la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo in una con la centralità che il bene della vita assume nella struttura di detta situazione soggettiva».

²⁴ Sentenza cit., punto V.5: «La nuova visione del processo sta, soprattutto, nell'aver radicato tra le attribuzioni del giudice della cognizione il potere, una volta spendibile solo nella successiva sede dell'ottemperanza, di disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, ivi compresa la nomina di un commissario ad acta (articolo 34, comma 1, lettera e)».

inerte sia che emani un provvedimento espresso di diniego, ha la stessa consistenza e lo stesso bisogno di tutela.

In particolare la discrezionalità dell'amministrazione può risultare "modificata" a seguito dell'operato di un'ordinanza propulsiva e motivi aggiunti.

Si ritiene infatti che l'attività amministrativa nella situazione successiva all'ordinanza propulsiva, disperda l'originario carattere discrezionale, dal momento che l'amministrazione non ha sfruttato la possibilità di ripensare alla questione oggetto del diniego, recuperando così la legittimità della propria azione²⁵.

Ebbene con la decisione in rassegna, i giudici milanesi superano l'impostazione tradizionale secondo cui viene affidata al giudice amministrativo la cognizione del rapporto tra amministrazione e cittadino come unicamente "filtrata" dal sindacato di validità del provvedimento amministrativo impugnato. E ciò proprio al fine di promuovere il carattere sostanziale della tutela sperimentabile in sede giurisdizionale, valorizzato proprio dalla ritenuta ammissibilità dell'azione tesa ad ottenere la condanna della p. a. ad un *facere* preciso, ovvero all'adozione del provvedimento negato al ricorrente.

L'azione di adempimento si configura quindi come esplicazione del principio di effettività della tutela, in vista del conseguimento da parte del ricorrente dell'"utilità primaria" specificatamente oggetto dell'aspettativa riconosciuta dall'ordinamento.

Tale tendenza trova il proprio fondamento ulteriore nell'articolo 30, co. 1, c.p.a., che menziona l'azione di condanna in termini generali, senza distinguere tra condanna risarcitoria e condanna satisfattiva, ed è proprio la generalità della formula legislativa che ha indotto a ritenere la sussistenza di una condanna al risarcimento non solo per comportamenti materiali, ma anche a comportamenti pubblicistici che si concretizzano nell'emanazione di provvedimenti satisfattori della pretesa sostanziale. Tutto ciò suffragato poi dall'articolo 34 che, al primo comma, lett. c) che, nel precisare i contenuti della sentenza di condanna, prevede anche l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio.

Le due previsioni prefigurano un potere di condanna senza restrizione di oggetto, modulabile a seconda del bisogno differenziato emerso in giudizio; ovvero, all'occorrenza, quale sbocco di una tutela restitutoria, ripristinatoria ovvero di adempimento pubblicistico coattivo.

In conclusione, il carattere innovativo della sentenza de quo risiede proprio nella commentata equiparazione tra gli effetti dell'ordinanza cautelare e quelli della sentenza, nonché nella possibilità per il giudice amministrativo di emanare nel primo giudizio sentenza di adempimento.

²⁵ Sentenza cit., punto V.7: «Se pure non può dirsi attualmente condivisa dalla comunità giuridica l'opinione secondo cui l'amministrazione esaurirebbe con il primo provvedimento di rigetto la propria discrezionalità, essendo dai più riconosciuta la possibilità di emettere un nuovo atto di diniego per motivi diversi da quelli indicati, tuttavia deve ritenersi vincolata l'attività amministrativa successiva al secondo annullamento sulla medesima istanza pretensiva».

L'azione di adempimento viene quindi accolta come *ratio decidendi*, accogliendo la teoria tedesca dell'*Ermessensreduzierungaufnull*, vale a dire l'azzeramento della discrezionalità per assenza di alternative al caso concreto²⁶ (c.d. “discrezionalità esaurita”).

In base a tale teoria se la fattispecie, ancorché strettamente discrezionale, abbia esaurito, in ragione degli accertamenti di fatto o delle risultanze del procedimento, i margini per una scelta di merito da parte dell'Amministrazione, questa si presenta sostanzialmente come vincolata, non essendovi spazi per possibili esiti differenti dell'azione amministrativa: è così permesso al giudice di emanare una sentenza di condanna ad un *facere* senza invadere la sfera di autonomia della pubblica amministrazione.²⁷

Nella stessa direzione si è mosso anche il TAR Puglia, Bari, in una del 2011²⁸.

La pronuncia trae origine dal diniego di permesso di costruire opposto da un Comune a causa del mancato rispetto degli indici di fabbricabilità. Di fronte al provvedimento di diniego, il cittadino leso ne chiedeva l'annullamento e contestualmente formulava l'azione di accertamento del diritto a costruire.

A seguito di tutti gli accertamenti esperiti, il Tar annulla il diniego al rilascio del permesso di costruire e, allo stesso tempo, «accerta il diritto del ricorrente ad ottenere il rilascio del permesso di costruire conformemente a quanto richiesto con l'istanza presentata».

A fronte di attività pacificamente vincolata quale il rilascio di titoli abilitativi edilizi, in quanto costituente mero risultato dell'attività di controllo circa la conformità alla normativa urbanistico-edilizia, è possibile contestualmente all'annullamento, se richiesto dal ricorrente, l'accertamento (definitivo) della stessa fondatezza della pretesa a costruire, nell'ambito di un giudizio oramai avente ad oggetto il “rapporto” sostanziale dedotto ovvero la fondatezza della pretesa azionata, con soddisfazione completa della posizione sostanziale di interesse legittimo e senza più il limite costituito dal riesercizio del potere a seguito dell'annullamento giurisdizionale, proprio di un giudizio vertente sulla legittimità (formale) degli atti impugnati.

L'azione dichiarativa, pur non trovando una sistematica collocazione in seno al Codice, al di fuori di previsioni specifiche (art. 117 e 31 in tema di silenzio, 31 c.4 in tema di nullità) deve ritenersi ugualmente ammissibile in sede di giurisdizione generale di legittimità, in forza, oltre che del principio cardine di effettività della tutela di cui all'art. 1 c.p.a., in base allo stesso principio di atipicità delle azioni

²⁶ Sul punto cfr. TAR – Trento, sentenza 16 dicembre 2009, n. 305, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁷ Sul punto si veda F. SCHOCH, E. SCHIDMT–ABMAN, R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Munchen, Beck, 2009, Rn. 27. Nell'ordinamento italiano questa impostazione è stata recepita in parte dalla sentenza TAR Trento, 16 dicembre 2009, n. 305, avente ad oggetto tuttavia una tradizionale azione di annullamento.

²⁸ TAR Puglia – Bari, sentenza 25 novembre 2011, n. 1807, in www.giustizia-amministrativa.it.

giurisdizionali da tempo affermato in seno alla disciplina processual-civilistica, essendo l'accertamento della posizione sostanziale che si vuole far valere elemento proprio e comune di ogni azione di cognizione.

Si può dunque dedurre e concludere che l'azione di adempimento anche se non tipicamente prevista dal legislatore, rientra comunque a far parte delle azioni proponibili, per effetto del combinato disposto dell'articolo 30, c.1 e 34 l.c) c. p. a.

Sarà poi compito della giurisprudenza valutare se questa interpretazione sia plausibile e a farla divenire diritto vigente, facendo in modo che detta azione diventi un rimedio non subordinato, bensì speculari all'azione di annullamento: i due strumenti insieme, infatti, sono idonei ad assicurare la tutela in forma specifica delle varie tipologie di interessi protetti, siano essi di carattere pretensivo, ovvero oppositivo.

Si capovolge, in tal modo, l'originaria struttura processuale amministrativa, per cui era l'azione esperibile a fornire il dato contenutistico della situazione giuridica fatta valere. Al contrario, è la pretesa del ricorrente a costituire ora la realtà con cui si rapporta la tutela processuale.

Si giunge così al definitivo riconoscimento della dimensione sostanziale dell'interesse legittimo e all'effettiva attuazione dell'articolo 24 della Costituzione, non più inteso in senso formale come generico principio di uguaglianza e di azionabilità delle situazioni giuridiche, con ampia libertà del legislatore processuale a fronte delle scelte di tutela che si rinvengono nell'ordine sostanziale²⁹, ma piuttosto come norma che richiama uno standard massimo di protezione che assicuri al titolare del diritto o dell'interesse legittimo un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela da cui sia motivato il provvedimento del giudizio.³⁰

²⁹ I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 67.

³⁰ Cfr A. CARBONE, *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova*, cit., p. 2959 ss.