

**Art. 30**  
**Azione di condanna**

1. L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma.
2. 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.
3. La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. 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.
4. Per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprovi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 3 non decorre fintanto che perdura l'inadempimento. Il termine di cui al comma 3 inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere.
5. Nel caso in cui sia stata proposta 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.
6. Di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo.

**SOMMARIO: I INTRODUZIONE ALLA NORMA** 1. Le azioni di condanna ammesse nel processo amministrativo prima della entrata in vigore del codice: lacune ed incertezze – 1.1 Segue: Mancanza di un'azione di condanna avente ad oggetto l'attività provvedimentale della p.a. – Segue: 1.2 Il problema della autonomia dell'azione risarcitoria. **II IL COMMENTO** 1. L'azione di condanna atipica: ambito di applicazione e distinzione rispetto al risarcimento in forma specifica (comma 1 e comma 2) – 1.1 Segue: Tipologie di misure che possono rientrarvi: in particolare la condanna ad un facere provvedimentale – 1.3 Segue: La struttura della azione di condanna atipica, i rapporti con il giudizio di ottemperanza ed i limiti alla sua ammissibilità – 2. La distinzione fra azioni di condanna con funzione reintegratoria ed attuativa della posizione soggettiva dedotta in giudizio ed azioni di condanna con funzione risarcitoria: rilevanza. 3. L'azione risarcitoria: ambito della giurisdizione del g.a. (comma 2 e comma 6) - 4 Il principio dell'autonomia della azione risarcitoria ed i suoi temperamenti (comma 3) - 4.1 Segue: Il Termine decadenziale - 4.2 Segue: La decorrenza del termine decadenziale nel caso di domanda risarcitoria proposta dopo l'esperimento dell'azione di annullamento (Comma 5) - 4.3 Segue: La decorrenza del termine nel caso di danni derivanti dall'inosservanza del termine per provvedere (comma 4) - 5. La riduzione del risarcimento per il danno evitabile con l'uso dell'ordinaria diligenza: le divergenti ispirazioni che stanno alla base della norma e la loro incidenza sul suo iter formativo – 5.1 Segue: Le differenze rispetto all'art. 1227 del codice civile: il carattere speciale del principio della preferenza per la tutela specifica dell'interesse legittimo – 5.2 Segue: Configurabilità di un onere della p.a. di annullare d'ufficio l'atto illegittimo accanto a quello del privato di attivarsi per la sua impugnazione – 5.3 Segue: Riparto fra privato ed amministrazione dell'onere di agire per la riduzione del danno. 6 La proposizione dell'azione risarcitoria autonoma a seguito dell'abbandono della domanda di annullamento. **III QUESTIONI APERTE:** 1. Nell'ambito della generale azione di condanna "atipica" può ritenersi compresa anche l'azione di adempimento? - 2. L'onere di ridurre il danno risarcibile incombe anche sull'amministrazione che ha adottato l'atto illegittimo? – 3. L'opzione per l'azione risarcitoria autonoma in corso di giudizio comporta l'esclusione del danno evitabile coltivando quella di annullamento?

## **I INTRODUZIONE ALLA NORMA**

---

### **1. Le azioni di condanna ammesse nel processo amministrativo prima della entrata in vigore del codice: lacune ed incertezze.**

La norma in commento detta la disciplina dell'azione di condanna nel processo amministrativo. Si tratta di una disposizione che svolge un ruolo cruciale nel sistema del codice in quanto, in attuazione dei criteri direttivi della delega contenuta nell'art. 44 comma 2 lett. b) n. 3 della **L. 18 giugno 2009 n. 69**, introduce nel processo amministrativo strumenti di tutela prima inediti completando il processo di

avvicinamento delle forme di protezione giurisdizionale dell'interesse legittimo a quelle del diritto soggettivo iniziato alla fine degli anni '90 con l'affermarsi della risarcibilità di tale posizioni soggettiva.

In passato l'azione di condanna nel processo amministrativo di cognizione era ammessa solo in sede di giurisdizione esclusiva e di merito. L'art. 26 della **L. 6 dicembre 1971 n. 1034** prevedeva, infatti, che nell'esercizio di tali attribuzioni i tribunali amministrativi potessero condannare l'amministrazione al pagamento di somme di danaro.

Dall'ambito della predetta azione rimanevano originariamente escluse le domande risarcitorie e, più in generale, tutti i c.d. "diritti patrimoniali consequenziali" la cui cognizione, in base all'art. 7 della L. n. 1034/71 ed all'art. 30 del **R.D. 26 giugno 1924 n. 1054**, era riservata al giudice ordinario. Tale limite è poi venuto meno con il **D.Lgs 31 marzo 1998 n. 80** che ha attribuito al giudice amministrativo la possibilità di disporre il risarcimento del danno ingiusto nelle materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva eliminando altresì la riserva del giudice ordinario sui diritti patrimoniali consequenziali (art. 35 comma 1 D.Lgs n. 80/98).

Dopo l'affermarsi della tutela risarcitoria degli interessi legittimi per merito della sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione la possibilità di adottare pronunce di condanna al risarcimento del danno per equivalente o in forma specifica è stata, infine, estesa anche alla giurisdizione di legittimità (art. 7 **L. n. 21 luglio 2000 n. 205**).

### **1.1 Segue: Mancanza di un'azione di condanna avente ad oggetto l'attività provvedimentale della p.a.**

Pur dopo la descritta evoluzione il sistema delle azioni esperibili innanzi al giudice amministrativo continuava a presentare lacune ed incertezze.

Mancava in primo luogo la previsione di un'azione di condanna della p.a. ad un facere che consentisse al giudice di puntualizzare in un preciso comando il comportamento dovuto dall'amministrazione in esecuzione del giudicato.

La struttura impugnatoria del giudizio di cognizione faceva sì che la p.a. rimanesse vincolata dal giudicato solo in relazione ai motivi di ricorso accolti dalla sentenza lasciando per il resto impregiudicata la possibilità di emanare un nuovo atto di contenuto identico a quello annullato per motivi diversi da quelli posti a fondamento della pronuncia.

La soddisfazione del bene della vita sotteso all'interesse legittimo rimaneva così fuori dall'orizzonte del giudizio di cognizione ed era rimandata al giudizio di ottemperanza nel quale il giudice amministrativo, essendo investito di poteri di merito, riteneva di potersi addentrare nella definizione del rapporto fra cittadino e p.a.

Tuttavia, proprio per i descritti limiti della sentenza di annullamento, non sempre la conclusione positiva del giudizio impugnatorio apriva le porte a quello di ottemperanza, poichè laddove il nuovo atto lesivo si fosse basato su elementi nuovi esso sfuggiva alle maglie del giudicato e doveva quindi essere impugnato con un nuovo giudizio di cognizione.

Allo stesso modo, anche in caso di silenzio della p.a., la limitazione dell'oggetto del giudizio al solo accertamento dell'obbligo formale di provvedere comportava che il privato dopo aver costretto la p.a. a pronunciarsi sulla istanza, in caso di esito negativo della stessa, dovesse instaurare uno o anche più giudizi di impugnazione prima di vedere definita la propria posizione.

Il sopra descritto sistema si è rivelato, quindi, non sempre idoneo a garantire alle posizioni degli amministrati una tutela celere ed effettiva; e ciò soprattutto nei casi in cui l'interesse legittimo fosse correlato ad un potere interamente vincolato assumendo nel diritto sostanziale la consistenza di una vera e propria pretesa provvedimentale suscettibile di essere autonomamente definita senza dover passare per il filtro della critica avverso un atto lesivo.

Ed è proprio con lo sguardo rivolto a tali ipotesi che una parte della dottrina, già nel quadro legislativo anteriore al codice, aveva ipotizzato che nel giudizio amministrativo potessero, anche de *jure condito*, trovare ingresso azioni diverse da quella di annullamento come quella di accertamento autonomo del rapporto (G. GRECO, (1)) o quella di adempimento (M. CLARICH, (2)).

Il tema delle azioni è tornato alla ribalta grazie alle novità legislative che hanno interessato il processo amministrativo nella prima decade degli anni 2000.

A riaprire il dibattito è stata in primo luogo l'attribuzione al g.a. del potere di disporre il risarcimento del danno in forma specifica che, secondo un certo indirizzo, avrebbe introdotto nel giudizio amministrativo la possibilità di condannare l'amministrazione ad un facere sia a tutela di interessi oppositivi che pretensivi.

In questa prospettiva talune pronunce della giurisprudenza amministrativa di primo grado avevano condannato la p.a. ad aggiudicare il contratto al concorrente illegittimamente pretermesso che, in caso di corretta applicazione delle regole di gara, sarebbe risultato vincitore (Tar Veneto, 25 marzo 2003 n. 2078).

Il Consiglio di Stato ha fatto proprio solo in parte siffatto indirizzo.

L'azione di condanna al risarcimento in forma specifica è stata, infatti, ritenuta ammissibile in funzione restitutoria e ripristinatoria dei diritti patrimoniali consequenziali riemersi a seguito della pronuncia di annullamento (Cons. St., Sez. IV, 14 giugno 2001 n. 3169; Cons. St., Sez. VI, 21 maggio 2008 n. 2622).

Si e' invece escluso che il risarcimento in forma specifica consenta al giudice amministrativo di pronunciare una condanna della p.a. ad emanare un determinato provvedimento.

A tal fine il giudice amministrativo d'appello ha osservato che il risarcimento in forma specifica, diversamente dalla azione di adempimento, costituisce un rimedio che non ha ad oggetto la posizione soggettiva lesa ma il danno alla cui eliminazione esso tende attraverso l'imposizione di un provvedimento di una prestazione di fare diversa e succedanea rispetto a quella originaria diretta a produrre una situazione materiale corrispondente a quella che si sarebbe realizzata se non fosse intervenuto il fatto illecito. Per il suo tramite il privato può, quindi, chiedere il ripristino dello status quo antecedente alla emanazione dell'atto annullato ma non può ottenere una statuizione di condanna della p.a. ad emettere un certo provvedimento che assuma essergli dovuto.

Un più significativo passo in avanti verso l'introduzione nel processo amministrativo di una forma di tutela non impugnatoria di tali posizioni soggettive e' stato compiuto a seguito della modifica dell'art. 2 della **L. n. 7 agosto 1990 n. 241** apportata dalla **L. n. 14 maggio 2005 n. 80** che ha attribuito al g.a., in sede di giudizio sul silenzio contro la p.a., la possibilità di accertare la fondatezza della istanza del privato.

Tale disposizione ha legittimato per la prima volta il giudice amministrativo a scendere all'esame diretto del rapporto sostanziale fra amministrazione e cittadino ed a condannare la p.a. non semplicemente a provvedere ma ad emettere il provvedimento richiesto dal privato, qualora ciò non richieda la spendita di poteri discrezionali.

L'apertura operata dal legislatore è stata però incompleta in quanto la possibilità di conoscere dell'intero rapporto è stata conferita al g.a. solo nell'ambito del giudizio sul silenzio e non anche nell'ordinario giudizio di impugnazione dell'atto lesivo nel quale hanno continuato ad operare i limiti strutturali dell'azione di annullamento che limitano la cognizione del giudice ai soli motivi di ricorso specificamente dedotti.

## **1.2 Il problema della autonomia dell'azione risarcitoria.**

Con riguardo all'azione di condanna al risarcimento del danno per equivalente i problemi processuali che erano sul tappeto prima della entrata in vigore del codice non riguardavano la sua ammissibilità, sancita dalla Cassazione con la sentenza 500 del 1999 e confermata dal legislatore con la L. n. 205 del 2000, ma in che rapporto dovesse porsi tale azione con le tradizionali forme di tutela del giudizio amministrativo basate, come si e' detto, sul binomio giudizio di annullamento - giudizio di ottemperanza.

Il modello di tutela risarcitoria coniato dalla sentenza 500 del 1999 era, come e' noto, basato sulla assoluta autonomia dell'azione risarcitoria per lesione degli interessi legittimi rispetto alla domanda di annullamento dell'atto lesivo.

Siffatta conclusione derivava dalla omologazione dell'illecito provvedimento a qualunque altra forma di illecito civile: il provvedimento amministrativo era considerato dalla Corte di Cassazione non come atto della autorità produttivo di determinati effetti giuridici ma come fatto (o, se si vuole, mero atto) lesivo di una posizione soggettiva, in quanto tale fonte di un'obbligazione risarcitoria volta a riparare il danno patrimoniale conseguente alla lesione (F. TRIMARCHI BANFI (3), 2).

In tale prospettiva si verificava una totale separazione fra la considerazione del provvedimento illegittimo come fatto illecito e la sua considerazione come forma invalida di manifestazione del potere, separazione che, sul piano giurisdizionale, corrispondeva a due distinte azioni correnti su un piano parallelo e tendenti a risultati diversi: il risarcimento del danno e la eliminazione degli effetti dell'atto.

La Corte di Cassazione era così pervenuta ad una «civilizzazione» estrema della fattispecie dell'illecito provvedimento distaccandosi dalla sua stessa giurisprudenza che, in precedenza, prendeva in considerazione, anche nell'accertamento della responsabilità aquiliana della p.a., il provvedimento amministrativo come atto di autorità produttivo di effetti giuridici che dovevano essere rimossi per poter pervenire ad un giudizio di anti-giuridicità dell'operato della p.a.

Questa ricostruzione interamente privatistica della responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi, all'indomani del passaggio al giudice amministrativo della giurisdizione sulle relative controversie, non e' stata da questi fatta propria in quanto contrastante sotto troppi profili con consolidati principi del diritto amministrativo sostanziale e processuale fra cui, in particolare: la natura *imperativa* dell'atto amministrativo che deve essere considerato espressione della volontà della legge nel caso concreto fino a quando non venga annullato; la *stabilità* dei rapporti giuridici creati dal provvedimento, tradizionalmente presidiata dal termine decadenziale breve previsto per l'impugnazione dell'atto, il cui venir meno determinerebbe situazioni di incertezza destinate a prolungarsi per tutto il termine di prescrizione quinquennale dell'azione risarcitoria, incidendo anche sul normale funzionamento dei meccanismi di autotutela della p.a. e sulle posizioni dei terzi beneficiari dell'atto estranei alla domanda risarcitoria (Cons. St., Sez. VI, 18 giugno 2002 n. 3338); il carattere necessariamente *principale* e non incidentale della cognizione del g.a. sull'atto lesivo il quale si ricollega alla specialità della giurisdizione amministrativa che, diversamente da quella ordinaria, non e' preordinata alla risoluzione di controversie in cui sono in gioco solo interessi individuali delle parti, ma e' altresì volta a garantire l'interesse generale alla legalità dell'azione amministrativa, incidendo "dall'interno" sull'esercizio del potere attraverso l'annullamento degli atti illegittimi e la conformazione dell'attività della p.a. (**Cons. St., Ad. plen., 22 ottobre 2007 n. 12**).

Tali considerazioni hanno portato il giudice amministrativo a costruire un modello di responsabilità provvedimento della p.a. nel quale il risarcimento del danno non costituisce una forma di tutela auto-

noma ed alternativa rispetto a quella demolitoria conformativa ma e' rispetto ad essa residuale e complementare, servendo a riparare quelle conseguenze patrimoniali negative (come, ad esempio, il danno da ritardo) non eliminabili attraverso la rimozione degli effetti dell'atto lesivo e l'esecuzione del giudicato da parte della p.a.

Al privato che voglia ottenere il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi è, quindi, imposto un doppio onere: innanzitutto quello di impugnare tempestivamente il provvedimento lesivo e poi quello di coltivare il giudizio di impugnazione ed, eventualmente, quello di ottemperanza fino a quando dall'annullamento dell'atto e l'esecuzione del giudicato possa sortire un effetto utile ai fini della realizzazione dell'interesse azionato.

Il sistema della pregiudiziale amministrativa, se, per il g.a. ha rappresentato un punto di equilibrio fra l'esigenza di dare piena soddisfazione alle posizioni soggettive lese dall'illegittimo esercizio del potere amministrativo e quella di continuare a presidiare l'interesse generale alla legalità della azione amministrativa, per il privato ha costituito, invece, un indubbio arretramento rispetto al modello civilistico coniato dalla sentenza 500 del 1999 che consentiva la possibilità di proporre l'azione risarcitoria entro il termine quinquennale di prescrizione senza dover necessariamente impugnare l'atto lesivo entro il breve termine decadenziale di sessanta giorni.

Per rimediare a tale situazione una parte della dottrina aveva ipotizzato che l'azione risarcitoria autonoma, negletta dal g.a., potesse essere esperita innanzi al g.o.; soluzione che pareva essere anche in linea con il dato letterale dell'art. 7 della L. n. 205 del 2000 nella parte in cui attribuiva al g.a. la cognizione sulle domande risarcitorie in quanto consequenziali all'annullamento dell'atto lesivo (F.P. LUISO (4)).

Tale proposta ermeneutica, dopo qualche incertezza iniziale (**Cass. Sez. un. 23 gennaio 2007 n. 1207**), e' stata tuttavia rifiutata dalla Corte di Cassazione.

Le Sezioni Unite della Corte Suprema hanno infatti ritenuto che siffatta soluzione sia incompatibile con i principi di *pienezza e concentrazione* della tutela giurisdizionale che si ricavano dagli artt. 24 e 111 della Costituzione in base ai quali tutte le forme di protezione di una medesima situazione soggettiva devono essere accordate dal giudice costituzionalmente preposto a garantirne la tutela.

Spetta quindi al g.a. garantire al privato tutti gli strumenti di difesa che l'ordinamento predispone a garanzia degli interessi legittimi, ivi compresa l'azione risarcitoria autonoma (**Cass. Sez. un. 13 giugno 2006 n. 13659**).

Sulla base di tali premesse, il rifiuto del giudice amministrativo di accordare tale forma di tutela è parso alla Suprema Corte un diniego di esercizio del potere giurisdizionale sul quale essa ha ritenuto di poter esercitare il proprio sindacato previsto dall'art. 111 ultimo comma della Costituzione (**Cass. Sez. un. 23 dicembre 2008 n. 30254**).

La suddetta presa di posizione ha determinato uno scontro istituzionale fra le Sezioni Unite della Cassazione ed il Consiglio di Stato che non si e' ritenuto ad esse subordinato nell'applicazione delle norme processuali interne alla sua giurisdizione (Cons. St., Sez. VI, 21 aprile 2009 n. 2436). Scontro rispetto al quale, come si dirà, il nuovo codice dovrebbe rappresentare un momento di composizione e compromesso.

## II IL COMMENTO

---

### **1. L'azione di condanna atipica: ambito di applicazione e distinzione rispetto al risarcimento in forma specifica (comma 1 e comma 2).**

Rispetto al quadro sopra descritto la disciplina dell'azione di condanna prevista dal nuovo codice amministrativo presenta indubbi profili di novità.

Il codice, infatti, accanto alle preesistenti azioni di condanna al risarcimento del danno (per equivalente o in forma specifica) e di condanna al pagamento ad altro titolo di somme di danaro, introduce un'azione di "condanna atipica" che consente al giudice di adottare tutte le misure idonee a tutelare la posizione giuridica dedotta in giudizio (art. 34 comma 1 lett. «c» del codice).

Siffatta azione, come emerge dalla norma citata, non e' preordinata solo alla protezione dei diritti soggettivi di cui il g.a. conosce in sede di giurisdizione esclusiva ma può essere intrapresa a tutela di tutte le "posizioni soggettive" innanzi ad esso deducibili e, quindi, anche degli interessi legittimi con l'unico limite che, in questo caso, non può essere proposta autonomamente dall'azione di annullamento.

Si tratta, peraltro, di un rimedio che il codice tiene espressamente distinto dal risarcimento del danno in forma specifica. Esso non mira, infatti, alla eliminazione materiale del danno attraverso una prestazione diversa e succedanea rispetto a quella originaria (C.M. BIANCA (5), 186), ma tende a dare diretta soddisfazione alla posizione soggettiva lesa dall'atto illegittimo consentendo al giudice di formulare, dopo la sentenza di annullamento, un comando puntuale in ordine al modo in cui la p.a. deve comportarsi per restituire o attribuire al ricorrente la specifica utilità che gli doveva essere garantita sul piano sostanziale.

#### **1.1. Segue: Tipologie di misure che possono rientrarvi: in particolare la condanna ad un facere provvedimentoale.**

Nel giudizio di legittimità l'azione di condanna tipica può, quindi, svolgere più funzioni. Può innanzitutto servire a ristabilire il pieno godimento dei diritti consequenziali che «riemergono» a seguito dell'annullamento dell'atto lesivo attraverso misure ripristinatorie dello status quo ante. Può poi costituire uno strumento per far conseguire al privato beni o prestazioni pubblicistiche consequenziali alla emanazione di un provvedimento ampliativo o di un accordo amministrativo: si pensi alla possibilità di ottenere la condanna alla consegna di beni demaniali oggetto di una concessione o strumentali allo svolgimento di un determinato servizio. Deve, inoltre ritenersi che nelle ipotesi in cui ciò non comporti valutazioni di tipo discrezionale o tecnico-discrezionale l'azione di condanna atipica possa anche avere ad oggetto l'emanazione di un provvedimento favorevole alla pretesa del ricorrente. La formulazione ampia della norma che definisce il contenuto del potere di condanna atipica è infatti idonea a ricomprendere ogni tipo di misura ordinaria che possa soddisfare l'interesse dedotto in giudizio dal ricorrente. E, del resto, un potere di condanna della p.a. ad adottare uno specifico atto amministrativo è già contemplato nel rito degli appalti pubblici come riformato dal **D.Lgs 20 marzo 2010 n. 53**, attuativo della direttiva ricorsi emanata dalla Comunità Europea, ove si prevede che il concorrente che, in caso di regolare svolgimento della gara, sarebbe risultato vincitore, previa impugnazione dell'atto lesivo e declaratoria del g.a. di inefficacia del contratto, possa chiedere di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto (art. 245 quinquies comma 1 del D.Lgs. **12 aprile 2006 n. 163** introdotto dall'art. 12 del D.Lgs n. 53 del 2010).

## **1.2. Segue: La struttura della azione di condanna atipica, i rapporti con il giudizio di ottemperanza ed i limiti alla sua ammissibilità.**

L'azione di condanna atipica può essere esperita autonomamente solo in sede di giurisdizione esclusiva quando si tratti di reintegrare il privato nel godimento di diritti soggettivi lesi da comportamenti che, benché ricollegabili all'esercizio di un potere, non costituiscano diretta attuazione di un provvedimento amministrativo efficace.

In sede di giurisdizione di legittimità la predetta azione può essere, invece, esperita autonomamente da quella di annullamento solo nei casi previsti dai commi 3° e 4°; nelle altre ipotesi è complementare ed integrativa.

Come si è detto, infatti, l'azione di annullamento, per la sua stessa struttura, limita la cognizione del g.a. ai soli profili di esercizio del potere dedotti attraverso la formulazione dei motivi di ricorso, con la conseguenza di lasciare fuori dallo spettro del giudicato tutti gli aspetti che non hanno potuto formare oggetto di critica in quanto non toccati dall'istruttoria e dalla motivazione che sorregge il provvedimento impugnato o in quanto non esaminati dal giudice amministrativo in ragione del loro "assorbimento". L'azione di condanna consente oggi al ricorrente di superare tali limiti "chiudendo il cerchio" intorno al modo in cui il potere amministrativo deve essere esercitato al fine di soddisfare pienamente l'interesse dedotto in giudizio.

Ciò produce il duplice effetto di escludere che alla sentenza di condanna possa seguire un nuovo giudizio di cognizione vertente su profili di potere non intaccati dal giudicato di condanna (che, diversamente da quello di annullamento, copre il dedotto ed il deducibile) e di relegare il giudizio di ottemperanza ad un ruolo puramente esecutivo della pronuncia emessa in sede di cognizione: il giudice dell'ottemperanza, in caso di mancata esecuzione dell'ordine impartito nella sentenza di condanna, potrà egli stesso sostituirsi alla p.a. nell'emanare l'atto dovuto disponendo a tal fine dei poteri propri della giurisdizione di merito (art. 34 comma 1 lett. "d", art. 137 comma 1 lett. "a" del codice del processo amministrativo).

Ovviamente la sentenza con cui si conclude il giudizio di cognizione potrà assumere i predetti contenuti solo nel caso in cui il potere da cui dipende la soddisfazione dell'interesse azionato dal privato abbia carattere vincolato o quando la p.a. abbia già esaurito le valutazioni discrezionali o tecnico discrezionali di sua spettanza e la controversia verta solo su profili di diritto o di fatto suscettibili di accertamento mero, senza necessità di apprezzamenti connotati da margini di opinabilità.

Si tratta, in sostanza, degli stessi limiti previsti dall'art. 31 comma 3 del codice a proposito della possibilità di pervenire ad un accertamento della fondatezza della istanza che sono espressione del generale divieto del g.a. di sostituirsi alla p.a. ogni qualvolta sia necessario compiere valutazioni che, esulando dall'interpretazione di norme o dall'accertamento di fatti, impingono in sfere di responsabilità nella gestione della cosa pubblica che l'ordinamento riserva alla p.a. (art. 7 comma 6 del codice).

Deve, invece, ritenersi che non costituisca un autonomo limite alla esperibilità dell'azione di condanna la necessità di compiere accertamenti istruttori anche di natura complessa.

Talvolta la complessità dell'istruttoria è stata considerata dal Consiglio di Stato come ostativa all'accertamento della fondatezza della istanza del privato sulla quale la p.a. abbia omesso di pronunciarsi facendo leva sulla incompatibilità di tale incumbente con la natura camerale ed accelerata del rito sul silenzio (Cons. St., Sez. V, 3 giugno 2010 n. 3487).

Siffatto argomento non pare tuttavia riferibile all'azione di condanna atipica, sia per il fatto che il relativo giudizio si svolge con il rito ordinario e non con quello camerale, sia perché con il nuovo codice l'accelerazione dei tempi di svolgimento del processo non è più una caratteristica peculiare del rito del silenzio ma costituisce una nota che contraddistingue tutti i giudizi camerali (art. 87 comma 3 del

codice), ivi compreso quello di ottemperanza nel quale, notoriamente, il giudice esercita poteri di merito che necessitano spesso di istruttorie complesse.

Non costituisce un limite all'esercizio del potere di condanna atipica neanche la necessità di compiere accertamenti istruttori vertenti su fatti "nuovi" non preventivamente acclarati dalla p.a. nel corso dell'istruttoria procedimentale.

L'accesso diretto al fatto da parte del g.a. costituiva, infatti, un dato acquisito già prima della entrata in vigore del codice e lo è tanto più oggi che la nuova disciplina del processo amministrativo ha potenziato gli strumenti istruttori messi a disposizione del g.a. consentendo anche l'esperimento della prova testimoniale (sebbene solo quella in forma scritta).

## **2. La distinzione fra azioni di condanna con funzione reintegratoria ed attuativa della posizione soggettiva dedotta in giudizio ed azioni di condanna con funzione risarcitoria: rilevanza.**

Il sistema delle azioni di condanna previsto dal codice nell'ambito della giurisdizione di legittimità impone una rigorosa distinzione fra azioni aventi natura risarcitoria ed azioni aventi funzione attuativa o ripristinatoria della posizione soggettiva lesa.

In sede di giurisdizione di legittimità le due tipologie di domanda sono, infatti, soggette ad una diversa disciplina: le domande risarcitorie sono subordinate ad un termine decadenziale di 120 giorni, ma possono essere proposte anche in via autonoma senza la previa impugnazione dell'atto lesivo, quelle ripristinatorie, invece non possono essere proposte autonomamente.

Il problema della esatta qualificazione delle due forme di tutela si pone in primo luogo quando l'azione venga proposta a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di annullamento dell'atto lesivo: se si tratta di una domanda di condanna al risarcimento del danno in forma specifica essa dovrà essere proposta a pena di decadenza entro 120 giorni da quello in cui la sentenza di annullamento è diventata definitiva, mentre, qualora si tratti di una domanda di condanna avente natura ripristinatoria, non sussiste alcun termine decadenziale per la sua proposizione.

Ad esempio, nel caso della richiesta di reintegro nella disponibilità di beni illegittimamente occupati dalla p.a. in base a provvedimenti di espropriazione o occupazione annullati dal giudice amministrativo, inquadrare la domanda nell'ambito del risarcimento in forma specifica, come suole fare oggi la giurisprudenza, porta alla indesiderata conseguenza che la restituzione del bene espropriato rimanga definitivamente impedita qualora il proprietario non la chieda entro previsto il termine decadenziale.

Specularmente il problema può anche presentarsi quando la condanna ad un facere venga proposta senza il previo annullamento dell'atto lesivo: anche qui ai fini dell'ammissibilità dell'iniziativa processuale sarà necessario stabilire se il comportamento richiesto alla p.a. abbia natura di risarcimento in forma specifica oppure costituisca la reintegrazione della posizione soggettiva lesa.

La distinzione fra le due tipologie di azioni dovrà essere operata in base al diverso risultato a cui esse mirano, che, per quanto riguarda le azioni di condanna mera è quello di far cessare la lesione in atto della posizione soggettiva, mentre per quanto riguarda la condanna al risarcimento in forma specifica è quello di eliminare un danno già prodotto mediante l'imposizione al danneggiante dell'obbligo di compiere una determinata attività materiale "nuova" alla quale egli prima dell'illecito non sarebbe stato tenuto (ad esempio la ricostruzione di un immobile abbattuto in esecuzione di un'ordinanza di demolizione poi annullata).

## **3. L'azione risarcitoria: ambito della giurisdizione del g.a. (comma 2 e comma 6).**

Con riguardo all'azione risarcitoria il nuovo codice conferma la risarcibilità del danno derivante dal mancato o illegittimo esercizio dell'attività amministrativa, chiarendo che delle relative domande conosce esclusivamente il g.a. .

La norma costituisce un'applicazione del principio della concentrazione delle tutele in più occasioni affermato dalla Corte Costituzionale quale corollario del diritto di difesa e della regola del giusto processo sanciti dagli artt. 24 e 111 della Costituzione (**Corte Cost. 6 luglio 2004 n. 204; Corte Cost. 11 maggio 2006 n. 191**).

Alla luce della disciplina dettata dal codice dovrebbero, perciò, rientrare nell'ambito della giurisdizione di legittimità tutte le domande risarcitorie che traggano fondamento dalla violazione di norme che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo a prescindere dal fatto che esse abbiano carattere procedurale o sostanziale oppure siano finalizzate alla tutela dell'interesse pubblico o preordinate alla garanzia di interessi individuali.

Ciò dovrebbe porre fine ad ogni disputa in ordine alla residua giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie con cui si lamenta la lesione dei c.d. "interessi procedurali" che una parte della dottrina ha qualificato come veri e propri diritti soggettivi sull'assunto che si tratterebbe di posizioni soggettive protette in via diretta e specifica e non meramente riflesse dall'ordinamento (M. RENNA (6)).

Il codice attribuisce, poi, al g.a. anche la giurisdizione sulle domande risarcitorie relative alla lesione dei diritti soggettivi rientranti nella sua giurisdizione esclusiva.

Come è stato osservato dalla dottrina (F.G. SCOCA (7)), in realtà, hanno consistenza di diritto soggettivo anche i c.d. "diritti patrimoniali consequenziali" la cui lesione diviene giuridicamente rilevante a seguito dell'annullamento di atti dotati di efficacia imperativa che li avevano estinti.

Benchè si tratti di diritti soggettivi, il giudice amministrativo ne conosce nell'ambito della sua generale giurisdizione di legittimità (art. 7 comma 4 del codice) in quanto la tutela risarcitoria e reintegratoria

degli stessi è consequenziale e complementare rispetto all'annullamento del provvedimento lesivo. Opera, quindi, anche in tal caso, il richiamato principio della concentrazione delle tutele.

#### **4. Il principio dell'autonomia della azione risarcitoria ed i suoi temperamenti (comma 3).**

Il nuovo codice, come si è accennato, ha cercato di operare un compromesso fra le contrastanti posizioni della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato sul tema della pregiudizialità amministrativa. Sicchè, da un lato, l'articolato prevede l'abbandono del modello rigido di relazione fra l'azione risarcitoria e quella di annullamento basata sulla pregiudiziale amministrativa, e, dall'altro, l'autonomia della azione risarcitoria viene controbilanciata con l'assoggettamento della stessa ad un termine decadenziale breve, benchè più lungo di quello per l'impugnazione dell'atto lesivo, e, soprattutto, attraverso il recupero della rilevanza della mancata impugnazione dell'atto sul piano della esclusione della risarcibilità delle conseguenze dannose che avrebbero potuto essere evitate con l'uso della ordinaria diligenza.

##### **4.1. Segue: Il Termine decadenziale.**

Come si è accennato in premessa uno dei maggiori motivi di preoccupazione rispetto alla ammissibilità di un'azione risarcitoria autonoma nel processo amministrativo riguardava il protrarsi dell'instabilità dei rapporti costituiti dal provvedimento per tutto il periodo quinquennale di prescrizione durante il quale tale azione avrebbe potuto essere proposta.

Anche per tale ragione si era radicata la convinzione che il sopravvenire della inoppugnabilità del provvedimento sarebbe valsa non solo ad impedire l'esperimento dell'azione di annullamento ma anche a rendere incontestabile la lesione subita dal privato in conseguenza del provvedimento illegittimo, precludendo così ogni forma di reazione giurisdizionale che da essa traesse fondamento.

Il nuovo codice, affermando il principio dell'autonomia dell'azione risarcitoria, ne ha affrancato la proposizione dal termine di sessanta giorni previsto per l'impugnazione dell'atto lesivo, ma, al contempo, ha introdotto un autonomo termine decadenziale di 120 giorni per la sua instaurazione.

Oggi, pertanto, dall'inoppugnabilità dell'atto non deriva più la perdita di ogni rilevanza giuridica della lesione dell'interesse legittimo, ma solo il venir meno della possibilità di esperire uno dei mezzi di tutela che l'ordinamento predispone a presidio di tale posizione soggettiva, mentre la definitiva copertura dell'operato della p.a. da ogni forma di reazione giurisdizionale contro l'atto lesivo dell'interesse legittimo si perfeziona solamente con il decorso del più lungo termine previsto per la proposizione dell'azione risarcitoria autonoma.

Non del tutto chiara risulta, però, l'individuazione del momento in cui il predetto termine inizia a decorrere. Il comma 3° dell'art. 30 prevede, infatti, che la domanda di risarcimento per la lesione di interessi legittimi deve essere proposta entro il termine di centoventi giorni «dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo».

La prima parte della norma riproduce la formula dell'art. 2947 del codice civile che fa decorrere la prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento «dal momento in cui il fatto si è verificato», mentre, la seconda riconduce il dies a quo dal quale decorre il termine decadenziale alla conoscenza del provvedimento nei casi in cui il danno derivi direttamente da questo.

Il modo in cui è formulata la disposizione fa sorgere il dubbio se il legislatore abbia inteso ricollegare la decorrenza del termine per la proposizione della azione risarcitoria alla semplice percezione da parte della vittima della lesione della sua posizione soggettiva ad opera del provvedimento (cd. «danno evento») oppure al momento in cui si sono verificate le conseguenze dannose sul piano patrimoniale o dei diritti della persona (cd. «danno conseguenza»).

Fra le due alternative quella più rispondente alla logica del risarcimento del danno e al dato letterale della norma sembra essere la prima: diversamente da quanto avviene per l'azione di annullamento, ai fini dell'utile esperimento della azione risarcitoria non è, infatti, sufficiente la semplice percezione della lesione della sfera giuridica individuale provocata dall'atto illegittimo, ma è altresì necessaria un'esatta percezione delle conseguenze dannose che, nella maggior parte dei casi, non avviene al momento della conoscenza dell'atto ma in quello in cui tali conseguenze si sono prodotte e sono divenute conoscibili alla vittima anche in relazione al nesso eziologico che le lega al fatto illecito (Cass. Sez. un. 18 novembre 2008 n. 27337; Cass. Sez. un. 11 gennaio 2008 n. 576).

La lettura della norma che appare preferibile è, quindi, quella che fa decorrere il termine per la proposizione della azione risarcitoria dal momento in cui le conseguenze dannose siano esattamente percepibili e quantificabili dalla vittima con l'uso dell'ordinaria diligenza, salva l'ipotesi, da considerarsi eccezionale, in cui l'emanazione del provvedimento illegittimo costituisca non solo fonte della lesione della posizione soggettiva ma anche un danno conseguenza.

##### **4.2. Segue: la decorrenza del termine decadenziale nel caso di domanda risarcitoria proposta dopo l'esperimento dell'azione di annullamento (Comma 5).**

Il termine per la proposizione della azione risarcitoria muta qualora venga esperita anche l'azione di annullamento dell'atto lesivo. In tal caso il comma 5° dell'articolo in commento prevede che la domanda risarcitoria possa essere formulata in corso di giudizio e fino al 120° giorno dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento.

La norma costituisce un corollario dello sfavore con cui il codice guarda alla proposizione dell'azione risarcitoria autonoma. Infatti, qualora il danneggiato non voglia correre il rischio di vedersi decurtato il risarcimento del danno evitabile con l'ordinaria diligenza, deve preventivamente impugnare l'atto e, va da sé, che, in tal caso, il termine di prescrizione del diritto al risarcimento debba rimanere sospeso. Tuttavia, logica avrebbe voluto che la sospensione del termine durasse fino al momento in cui il danno provocato dall'atto illegittimo fosse stato, per quanto possibile, rimosso in conseguenza della esecuzione del giudicato da parte della p.a. o di un commissario *ad acta* nominato dal giudice della ottemperanza.

Il codice, invece, individua il *dies a quo* dal quale il termine decorre nel momento del passaggio in giudicato della sentenza che ha disposto l'annullamento la quale, di per sé, raramente vale ad eliminare la lesione subita dal privato, occorrendo, quasi sempre, al tal fine, un nuovo esercizio di potere amministrativo che tenga conto degli effetti conformativi del giudicato.

Ciò produce non poche incongruenze.

Infatti, il danneggiato, per non incorrere in decadenza, è costretto ad esperire un'azione risarcitoria "autonoma" anche qualora la p.a. non abbia ancora concluso il procedimento diretto a dare esecuzione al giudicato, frustrando, così, la stessa ragion d'essere della norma che è quella di dare la preferenza alla tutela demolitoria conformativa. Oppure, sempre per evitare di perdere definitivamente il diritto al risarcimento, il privato si vede costretto ad instaurare il giudizio di ottemperanza avvalendosi della previsione di cui al comma 4° dell'art. 112 che consente di proporre l'azione risarcitoria anche in tale sede, ma sempre nel termine di 120 giorni. Anche quest'ultima soluzione appare, tuttavia, poco coerente in quanto impone al privato di adire il giudice della ottemperanza anche nei casi in cui l'amministrazione stia dando spontanea esecuzione al giudicato, ancorché non abbia ancora concluso il relativo procedimento.

Vi sono poi ipotesi in cui il danno viene in essere soltanto dopo il passaggio in giudicato della sentenza come accade quando, dopo tale momento, si verifichi un evento che renda impossibile l'emanazione del provvedimento favorevole dal privato.

In questi casi il termine per la proposizione della azione risarcitoria non può iniziare a decorrere dal momento in cui la sentenza di annullamento è diventata definitiva ma deve iniziare a conteggiarsi solo a seguito del prodursi del danno, perché è solo da quel momento il diritto al risarcimento può essere fatto valere.

Il termine previsto dalla norma riguarda, quindi, le domande concernenti i danni già esistenti prima della formazione del giudicato. Mentre per i danni successivi che siano causalmente riconducibili al provvedimento illegittimo il termine decorrerà dal momento del loro verificarsi.

Una disciplina speciale è poi dettata per i danni derivanti dalla mancata esecuzione del giudicato da parte della p.a., i quali, ai sensi degli artt. 112 comma 3° e 114 comma 4° lettera "e" del codice, possono essere chiesti nell'ambito del giudizio di ottemperanza entro il più ampio termine decennale in cui tale giudizio può essere introdotto.

#### **4.3. Segue: La decorrenza del termine nel caso di danni derivanti dall'inosservanza del termine per provvedere (comma 4).**

Il comma 4° della norma in commento disciplina, poi, l'ipotesi in cui il danno non derivi da un provvedimento ma dall'inosservanza del termine per la conclusione del procedimento (cd. "danno da ritardo").

In tal caso, diversamente da quanto accade nell'ipotesi di danno derivante da illegittimo diniego dell'istanza, è previsto che il termine di 120 giorni per la proposizione dell'azione risarcitoria inizi a decorrere dal momento in cui cessa l'inadempimento e cioè quando l'amministrazione (o il commissario nominato dal g.a.) emetta il provvedimento dovuto.

Il ritardo della p.a. nel provvedere viene, quindi, considerato alla stregua di un "illecito permanente" che cessa soltanto al momento dell'adozione dell'atto conclusivo del procedimento sulla falsariga di quanto il Consiglio di Stato aveva già affermato (Cons. St. Sez. V, 30 settembre 2009 n. 5899).

Il codice chiarisce, tuttavia, che, nel caso in cui l'azione contro il silenzio della p.a. non venga instaurata entro un anno dalla scadenza del termine per la conclusione del procedimento, l'azione risarcitoria deve essere proposta entro i successivi centoventi giorni.

La soluzione adottata dal legislatore, discostandosi da quanto fino ad oggi affermato dalla giurisprudenza (che assegna al termine per intraprendere il giudizio sul silenzio una valenza meramente processuale, TAR Lecce, Sez. III, 3 febbraio 2010 n. 421), presuppone che il decorso del termine annuale comporti l'estinzione dell'obbligo della p.a. di provvedere e, quindi, del permanere dell'illecito omissivo fino alla eventuale successiva presentazione di una nuova istanza, la quale non determina la riviviscenza del diritto al risarcimento relativo ai danni verificatisi nel periodo precedente.

#### **5. La riduzione del risarcimento per il danno evitabile con l'uso dell'ordinaria diligenza: le divergenti ispirazioni che stanno alla base della norma e la loro incidenza sul suo iter formativo.**

Come si è già anticipato il codice non colloca più il nesso fra l'azione risarcitoria e quella di annullamento nel momento del prodursi dell'antigiuridicità della lesione, ma in quello successivo della possibile eliminazione o riduzione delle conseguenze dannose derivanti dall'illecito. Il comma 3° della

norma in commento esclude, infatti, la risarcibilità dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza e fra i modelli di comportamento diligente atti ad evitare il danno include "l'esperimento dei mezzi di tutela previsti".

L'evidente ambiguità della formula risente della tensione irrisolta fra due opposti orientamenti che si sono fronteggiati durante l'iter formativo del codice: il primo espresso da coloro che auspicavano un pieno recupero della pregiudiziale amministrativa addossando esclusivamente al ricorrente l'onere di evitare il prodursi o l'aggravarsi del danno causato dal provvedimento illegittimo attraverso la sua tempestiva impugnazione, e l'altro da coloro che attribuivano alla norma solo la funzione di temperare il principio della autonomia dell'azione risarcitoria per lesione degli interessi legittimi, consentendo al giudice di verificare, caso per caso, se la mancata impugnazione dell'atto sia dipesa da un intento malizioso del ricorrente, interessato più a lucrare una somma di danaro che a conseguire un provvedimento favorevole, oppure se l'onere di evitare l'aggravamento del danno avrebbe potuto essere assolto anche dalla p.a. attraverso l'esercizio dei suoi poteri di autotutela.

In relazione alla prevalenza in un certo momento dell'una o dell'altra posizione si sono succedute nell'iter formativo dell'articolato diverse formulazioni della norma.

Nella versione licenziata dalla Commissione mista era previsto che il giudice amministrativo avrebbe dovuto escludere i danni evitabili attraverso l'uso dell'ordinaria diligenza, "anche attraverso l'esercizio dei mezzi di tutela o invito all'autotutela".

La revisione governativa del testo inviato alle Commissioni parlamentari ha cancellato ogni riferimento all'invito all'autotutela ricollegando l'esclusione del risarcimento "anche" alla mancata "impugnazione, nel termine di decadenza, degli atti lesivi di interessi legittimi".

Nel corso delle audizioni tenutesi presso la Commissione Giustizia della Camera la predetta formulazione della norma è stata oggetto di critiche da parte del mondo accademico.

Degne di menzione sono però le osservazioni formulate dal Primo Presidente della Corte di Cassazione secondo cui "le modifiche introdotte nel nuovo testo rendono la soluzione inaccettabile in quanto a) ulteriormente riducono il termine di decadenza; b) condizionano il riconoscimento della tutela non già ad elementi di leale collaborazione ma alla formale previa proposizione di una diversa azione di un'azione di annullamento" dando "così vita ad una norma poco comprensibile atteso che, da un lato, si afferma l'esistenza di una tutela risarcitoria autonoma, ma, dall'altro, la si subordina all'aver formalmente attivato la tutela impugnatoria".

Delle critiche del Primo Presidente ha in qualche modo tenuto conto il parere approvato dalla Commissione permanente giustizia il quale, al fine di accentuare il potere di valutazione del giudice, conformemente ai principi generali espressi dall'art. 1227 c.c. ha proposto l'eliminazione del riferimento alla mancata impugnazione dell'atto lesivo fra le circostanze che il giudice deve valutare ai fini della esclusione del risarcimento sostituendolo con una dizione più generica secondo cui il fra i comportamenti diligenti di cui il g.a. dovrebbe tener conto vi sarebbe "anche" l'"esercizio di ogni mezzo di tutela".

In sede di approvazione finale del testo il Governo ha ulteriormente modificato la formulazione contenuta nel parere della Commissione giustizia prevedendo che il giudice debba escludere il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, "anche attraverso il ricorso agli strumenti di tutela previsti".

Appare evidente come sul punto il legislatore non sia riuscito ad esprimere un orientamento chiaro ed univoco preferendo ricorrere a formule ambigue che lasciano all'interprete la soluzione dei problemi.

### **5.1. Segue: Le differenze rispetto all'art. 1227 del codice civile: il carattere speciale del principio della preferenza per la tutela specifica dell'interesse legittimo**

Volendo comunque tentare un approccio ermeneutico oggettivo e sistematico alla norma balza subito all'occhio che essa è volta a risolvere un problema di rapporti fra diverse forme di tutela che è del tutto estraneo all'art. 1227 del codice civile. Detto articolo, infatti, in armonia con i principi solidaristici a cui è ispirata l'intera disciplina delle obbligazioni del codice civile, impone al danneggiato di attivarsi per non aggravare la posizione del debitore compiendo quegli atti che, senza un particolare sforzo economico, possono ridurre o contenere il danno. Non rientra però fra i doveri del danneggiato quello di agire giudizialmente contro il debitore per ridurre un danno (come ad esempio la maturazione degli interessi moratori) che potrebbe essere evitato attraverso lo spontaneo adempimento dell'obbligazione (Cass. 22 marzo 1991 n. 3101).

L'onere di esperire mezzi di tutela diversi dall'azione risarcitoria per non aggravare il danno non può, quindi, essere mutuato dalla citata disposizione civilistica ma costituisce una regola «speciale» (R. GAROFOLI (8), 97) che affonda le sue radici in una permanente concezione pubblicistica della responsabilità della p.a. per l'esercizio della sua funzione autoritativa secondo la quale l'annullamento dell'atto lesivo costituisce il modo ordinario di protezione dell'interesse legittimo.

Ciò, tuttavia, non significa necessariamente che l'onere di ridurre il danno debba essa addossato esclusivamente sul soggetto leso sul presupposto che egli potrebbe provocare l'annullamento dell'atto lesivo impugnandolo in sede giurisdizionale o amministrativa. Uguale possibilità, infatti, ha anche l'amministrazione esercitando il suo potere di annullamento d'ufficio.

Sul punto, come si è accennato, la disciplina del codice, dopo aver oscillato nel suo iter formativo nell'uno e nell'altro senso, è rimasta alla fine volutamente ambigua, lasciando aperta la questione se fra gli "strumenti di tutela previsti" il cui esperimento avrebbe potuto evitare o ridurre il danno possa includersi anche l'invito alla p.a. ad esercitare il suo potere di annullamento dell'atto lesivo. La risposta a

tale domanda implica un'analisi più approfondita in ordine alla doverosità dell'esercizio del potere di autotutela a fronte della commissione di un illecito provvedimento per la quale si rinvia alla sezione dedicata alle "questioni aperte".

### III QUESTIONI APERTE

---

#### 1. Nell'ambito della generale azione di condanna "atipica" può ritenersi compresa anche l'azione di adempimento?

Come si è accennato in premessa prima della entrata in vigore del codice la giurisprudenza (soprattutto del Consiglio di Stato) aveva escluso che il potere di condanna al risarcimento in forma specifica attribuito al g.a., anche in sede di giurisdizione di legittimità, dall'art. 7 della L. n. 205 del 2000 potesse comportare la possibilità di condannare l'amministrazione ad emettere un determinato provvedimento soddisfacente dell'interesse sostanziale del privato. Secondo tale orientamento, pertanto, la tutela degli interessi legittimi pretensivi continuerebbe ad essere legata ai tradizionali meccanismi demolitorio conformativi propri della sentenza di annullamento, i quali, tuttavia, non sempre si rivelano idonei a fornire una tutela celere ed effettiva alla posizione soggettiva azionata.

Con l'introduzione dell'azione di condanna atipica tale indirizzo parrebbe, tuttavia, superato, in quanto tale azione ha ad oggetto non il danno ma la tutela diretta della posizione soggettiva lesa che, come si è detto, può avere anche la consistenza di un interesse legittimo oppositivo o pretensivo.

Viene, quindi espressamente sancito che, non solo nell'ipotesi del silenzio della p.a., ma anche quando la lesione sia causata da un provvedimento negativo l'interesse legittimo pretensivo può essere tutelato attraverso una misura di carattere ordinatorio che assume le forme di una sentenza di condanna.

Alla luce di ciò non sembra decisiva, al fine di escludere la possibilità che il g.a. possa emanare una pronuncia di condanna alla emanazione di un provvedimento favorevole, la circostanza che tale tipologia di azione (rubricata come "azione di adempimento") fosse specificamente prevista nella bozza di codice redatta dalla Commissione istituita presso il Consiglio di Stato e, a seguito della revisione governativa del testo, sia stata stralciata non comparando più nel corpo del decreto legislativo definitivamente approvato dal Governo.

Infatti, lo stralcio della norma che contemplava l'azione di adempimento sta solo a significare che il legislatore delegato, in un'ottica di semplificazione e di ricompattamento del testo del codice, ha ritenuto superflua la sua espressa previsione, essendo tale rimedio già ricompreso nella ampia definizione dei possibili contenuti della pronuncia di condanna atipica che può avere ad oggetto tutte le misure idonee a tutelare la posizione giuridica dedotta in giudizio.

In tale senso depone anche la relazione di accompagnamento al testo definitivo del codice che giustifica la mancata previsione della azione di adempimento non sulla base della sussistenza di ragioni ostative di carattere pratico o sistematico ma sulla scorta del fatto che le azioni previste dal nuovo testo normativo sarebbero di per sé "adeguate e complete" al fine di consentire una tutela piena e soddisfacente alle posizioni soggettive dedotte in giudizio.

L'avversità nei confronti dell'azione di adempimento ha tratto argomenti anche dal paventato pericolo che attraverso tale strumento il g.a. possa travalicare i limiti della giurisdizione di legittimità e sostituirsi alla p.a. nell'esercizio della potestà amministrativa.

Tuttavia, come si è già osservato, i soli limiti che incontra il g.a. nella giurisdizione di legittimità atengono alla impossibilità di sostituirsi alla p.a. nel compiere valutazioni discrezionali non ancora esaurite e nell'emettere o modificare provvedimenti amministrativi.

Il codice, infatti, ha definitivamente abbandonato l'originaria impostazione cassatoria del processo amministrativo che tendeva ad equiparare i poteri decisorii esercitabili dal g.a. in sede di giurisdizione di legittimità a quelli della Corte di Cassazione, imponendogli di annullare l'atto con la salvezza degli ulteriori provvedimenti della autorità amministrativa (art. 45 del R.D. n. 1054 del 1924 e nell'art. 26 comma 2 della L. n. 1034 del 1971).

Tale formula, infatti, non è più riprodotta nella norma che attualmente disciplina il contenuto delle sentenze di merito (art. 34 del codice).

Gli unici limiti che incontra il g.a. in sede di giurisdizione di legittimità sono ora costituiti dal divieto di sostituirsi alla p.a. nell'adottare nuovi atti o nel modificare o riformare quello impugnato (art. 34 comma 1 lett. "d" del codice), e dal divieto di pronunciarsi in relazione a poteri amministrativi non ancora esercitati (art. 34 comma 2 del codice).

Ma nessuno di tali limiti preclude l'emanazione di sentenze di condanna ad un facere provvedimento: non il primo perché nel condannare l'amministrazione a provvedere il giudice amministrativo non si sostituisce alla stessa nella emanazione dell'atto dovuto (rispetto alla quale l'amministrazione può conservare limitati spazi di scelta in ordine al modo o ai tempi); non il secondo perché la condanna ad emettere il provvedimento richiesto presuppone che la p.a. si sia già pronunciata sulla istanza del privato attraverso un diniego risultato illegittimo e, quindi, annullato e comunque, il predetto divieto non preclude al g.a. di accertare autonomamente se sussistessero i presupposti per il rilascio del provvedimento richiesto, salvo che ciò comporti la necessità di effettuare valutazioni discrezionali riservate alla p.a. Tuttavia tale risultato potrebbe essere ridimensionato in ragione di due considerazioni: in primo luogo, non è stata ammessa un'azione generale di mero

accertamento, così lasciandosi scoperti rilevanti spazi di tutela; in secondo luogo, non v'è chi non veda come altro è un'esplicita introduzione dell'azione di adempimento, altro la sua ammissibilità implicita in forza della previsione dell'esperibilità di un'azione di condanna atipica.

## **2. L'onere di ridurre il danno risarcibile incombe anche sull'amministrazione che ha adottato l'atto illegittimo?**

Nella parte dedicata al commento della norma in esame si è detto che una delle questioni più controverse riguardo all'azione risarcitoria concerne gli strumenti di cui può avvalersi il danneggiato per evitare il prodursi o l'aggravarsi del danno provocato dal provvedimento illegittimo e, in particolare, se questi anziché ricorrere in sede giurisdizionale o amministrativa possa formulare alla p.a. che ha emesso l'atto un'istanza di annullamento nella quale se ne evidenzino i profili di illegittimità ed i danni provocati.

A siffatta tesi sembrerebbe opporsi il noto principio secondo cui il potere di annullamento officioso del provvedimento costituirebbe uno strumento di autotutela attivabile nell'esclusivo interesse pubblico ed al quale la p.a. non sarebbe obbligata a ricorrere anche per rimediare alla lesione di un interesse del privato, essendovi altri rimedi a tal fine preordinati.

Tale assunto, tuttavia, presuppone che la lesione inferta al privato dall'atto illegittimo sia divenuta giuridicamente irrilevante a causa del consumarsi dei rimedi che questi ha a sua disposizione per tutelare la sua posizione soggettiva. E' solo in tal caso che il potere di annullamento è attivabile solo in via di autotutela e non per sopperire ad una tutela non più esperibile. Quando, invece, la lesione della posizione soggettiva non è ancora divenuta incontestabile, la posizione della p.a. rispetto all'esercizio del proprio potere di autoannullamento muta. Non a caso, infatti, la giurisprudenza ha affermato che la p.a. è obbligata a prendere in considerazione un'istanza di annullamento officioso presentata dal soggetto leso prima della decorrenza del termine di impugnazione dell'atto lesivo (Cons. St., Sez. V, 10 ottobre 2006 n. 5056). Orientamento che è stato sostanzialmente recepito dal legislatore in sede di Codice dei contratti pubblici con l'introduzione dell'art.243 bis ad opera dell'art. 6 **D.Lgs** n.53/2010.

Il principio della spontaneità della autotutela non pare, quindi, invocabile, a fronte di un'istanza di annullamento presentata prima della scadenza del termine di 120 per la proposizione della azione risarcitoria: fino a tale momento, infatti, l'emanazione del provvedimento illegittimo rimane qualificabile come un fatto illecito di cui è la p.a. in primis ad essere responsabile e, quindi, onerata della rimozione delle relative conseguenze dannose.

L'onere del privato di esperire i mezzi di tutela previsti può quindi consistere nell'informare l'amministrazione dei profili di illegittimità da cui è affetto l'atto e dei danni che lo stesso sta provocando nella sua sfera patrimoniale o personale.

Spetterà poi alla p.a. esaminare l'istanza e trarne le debite conseguenze.

Il giudice dovrà valutare il comportamento di entrambe le parti alla luce di un parametro di diligenza e buona fede: sarà, quindi, censurabile, sotto questo punto di vista, il comportamento della p.a., che, nonostante l'evidenza dei vizi e dei danni evidenziati dal soggetto leso, rifiuti pretestuosamente di annullare l'atto. Ed altrettanto censurabile dovrà ritenersi il comportamento del privato che proponga l'azione risarcitoria senza aver prima assolto all'onere di cooperazione con l'amministrazione o lo abbia assolto in modo parziale o insufficiente (non evidenziando taluni vizi o tacendo importanti profili relativi al danno).

Ciò, peraltro, non rende la decisione dell'amministrazione in ordine all'annullamento dell'atto lesivo obbligatoria e, quindi, coercibile attraverso il giudizio sul silenzio: il decorso del termine di sessanta giorni per l'impugnazione dell'atto preclude infatti, come in passato, ogni forma di reazione giurisdizionale atta a rimetterne in discussione gli effetti. Per cui, spirato tale termine, la rimozione degli effetti dell'atto costituisce una scelta discrezionale della p.a. che dovrà bilanciare i costi ed i benefici per l'interesse pubblico che derivano dalla mancata eliminazione di conseguenze dannose che essa può essere condannata a risarcire.

## **3. L'opzione per l'azione risarcitoria autonoma in corso di giudizio comporta l'esclusione del danno evitabile coltivando quella di annullamento?**

Il Codice disciplina anche l'ipotesi in cui l'opzione per la tutela risarcitoria autonoma intervenga dopo la proposizione dell'azione di annullamento, prevedendo che "quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori" (art. 34 comma 3).

L'abbandono della domanda di annullamento viene, quindi, condizionato al venir meno della utilità della pronuncia di annullamento, circostanza che può verificarsi non solo nel caso in cui sopravvenga un evento che renda impossibile la soddisfazione della pretesa sostanziale del privato (come una nuova normativa che impedisca l'accoglimento di una istanza che originariamente avrebbe potuto essere favorevolmente esitata), ma anche nelle ipotesi in cui, nelle more del giudizio, il privato perda ogni ragionevole interesse ad ottenere un determinato provvedimento favorevole (ad esempio perché il costo della immobilizzazione delle risorse necessarie ad intraprendere una determinata attività economica impedita dal provvedimento impugnato divenga insostenibile e non esigibile).

In tali fattispecie sembra preferibile ritenere che il ricorrente non debba scontare il rischio della decurtazione del risarcimento per la perdita della utilità che avrebbe potuto conseguire coltivando ad oltranza

la domanda di annullamento, in quanto ciò significherebbe addossargli anche le conseguenze derivanti dai tempi (non brevi) del giudizio costringendolo ad insistere per l'ottenimento di un bene a cui a causa dell'illegittimità dell'azione amministrativa e della durata del processo egli non ha più alcun interesse a conseguire.

**BIBLIOGRAFIA:** (1) G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto amministrativo*, Milano, 1980; (2) M. CLARICH *Tipicità delle azioni ed azione di adempimento nel processo amministrativo* in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); (3) F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa: Questioni attuali*, Torino, 2009; (4) F.P. LUISO, *Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 46; (5) C.M. BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, Milano, 1994; (6) M. RENNA *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione* in *Dir. Amm.*, 2005, 03, 557; (7) F.G. SCOCA *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione* in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 1, 1; (8) R. GAROFOLI, *La pregiudiziale: per un superamento regolato* in *Verso il codice del processo amministrativo* a cura di G. PELLEGRINO, Roma, 2010;

## Art. 31

### Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità

1. *Decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere.*
2. *L'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti.*
3. *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.*
4. *La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può essere sempre opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle nullità di cui all'art. 114, comma 4, lettera b), per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV.*

**SOMMARIO: I INTRODUZIONE ALLA NORMA** - 1. *Genesi e rilevanza sistematica della norma.* **II IL COMMENTO** - 1. *Azione avverso il silenzio e accertamento dell'obbligo di provvedere.* - 2. *Termine di proposizione del ricorso.* - 3. *Il giudizio sulla fondatezza della pretesa.* - 4. *Qualificazione dell'azione avverso il silenzio. Azione di accertamento e di condanna. Rapporti con l'azione di adempimento.* - 5. *L'azione di nullità.* - 5.1. *La nullità per violazione o elusione del giudicato.* **III. LE QUESTIONI APERTE** - 1. *La disciplina dell'azione di nullità.*

## I INTRODUZIONE ALLA NORMA

---

### 1. Genesi e rilevanza sistematica della norma.

L'art. 31 disciplina due diverse tipologie di azioni di cognizione: azione avverso il silenzio e azione di nullità.

La prima è una azione tipica del processo amministrativo che non ha ricevuto una corrispondente elaborazione nel sistema processuale civile. Si tratta, infatti, di una forma di tutela connessa strettamente al mancato esercizio del potere amministrativo. In essa, come diremo nel prosieguo, sono presenti profili riconducibili alle domande di accertamento e di condanna.

La seconda dovrebbe appartenere al *genus* delle azioni di accertamento. Non è un caso che nella versione iniziale elaborata dalla commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato tale azione era disciplinata nell'ambito della più ampia azione di accertamento. Nel successivo *iter* governativo e parlamentare la collocazione sistematica della norma è mutata con l'inserimento della stessa nella disposizione in esame.

## II IL COMMENTO

---

### 1. Azione avverso il silenzio e accertamento dell'obbligo di provvedere.

Come è noto, il giudizio amministrativo è stato strutturato come impugnazione e annullamento di atti (V., per una ricostruzione aggiornata, la decisione Cons. di St. Sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717), per cui nel caso di comportamento inerte dell'autorità amministrativa (sia in sede di esame di un'istanza sia in sede di ricorso gerarchico) la tutela dell'interessato veniva impedita appunto dalla mancanza dell'atto o della decisione amministrativa gerarchica impugnabile. Di ciò si era reso conto il sen. Cavallini, che durante i lavori parlamentari che portarono all'approvazione della legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato (L. 31 marzo 1889 n. 5992) aveva rilevato la lacuna del relativo progetto di legge atteso che l'autorità amministrativa "può abusare sia con il provvedere contro la legge sia con il non provvedere omettendo di rendere giustizia a chi la invoca" (V. U. Borsi, (1), ove è riportato per intero l'intervento del sen. Cavallini). Con la conseguenza che il Consiglio di Stato ha dovuto sopperire in sede pretoria a tale inconveniente, inventando prima il c.d. silenzio rigetto (ora disciplinato dall'art. 6 D.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199 e dall'art. 20 L. 6.12.1971 n. 1034) e poi progressivamente il c.d. silenzio rifiuto (ora disciplinato dall'art. 2, L. n. 241/1990 e successive modificazioni). La prima decisione sul silenzio rifiuto che si può citare è Sez. V, 22 luglio 1926 n. 280, ove si osserva che "il provvedimento deve ritenere intervenuto quando l'interessato abbia notificato all'Amministrazione l'atto formale che la invitava a provvedere in merito alla propria richiesta e malgrado ciò l'Amministrazione non abbia provveduto, dovendosi il suo persistente silenzio considerare come rigetto della domanda".

Il primo comma dell'art. 31 prevede che "*decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere*".

Dalla formula impiegata si desume chiaramente che il legislatore abbia inteso disciplinare la sola fattispecie di silenzio-inadempimento e non anche, per la finzione della loro assimilazione al provvedimento espresso, le ipotesi di silenzio significativo e devolutivo.

Il contenuto minimo dell'oggetto del giudizio è rappresentato dall'*accertamento* dell'obbligo di provvedere (si rinvia anche al commento art. 117).

E' necessario, pertanto, in sede applicativa, verificare quando sussiste tale obbligo per potere valutare se l'amministrazione si trovi in una situazione di effettivo inadempimento.

Sul punto, in mancanza di indicazioni legislative, rimane aperta la questione relativa al fondamento astratto o concreto di siffatto dovere.

Infatti, secondo un orientamento restrittivo (Cons. St., sez. VI, 11 novembre 2008, n. 5628), l'obbligo di provvedere deve discendere esclusivamente dalla legge, da un regolamento o anche da un atto di autolimitazione dell'amministrazione stessa.

Altro orientamento, che sembra dominante, ritiene, invece, che l'esistenza dell'obbligo in esame può essere, altresì, desunta da esigenze di "giustizia sostanziale" che impongono l'adozione di un provvedimento espresso, in ossequio al dovere di correttezza e buona amministrazione (tra gli altri, Tar Calabria-Catanzaro, sez. II, 19 maggio 2008, n. 523).

In giurisprudenza è, inoltre, costante l'affermazione che il dovere procedimentale non sorge in presenza, tra l'altro di: riproposizione di istanze già esaminate dall'amministrazione (Cons. St., sez. VI, 16 dicembre 2008, n. 6234), istanze manifestamente infondate (Cons. St., sez. VI, 1 febbraio 1999, n. 101), domande non dotate dei requisiti minimi di ammissibilità secondo la legislazione di settore (quali, ad esempio, la carenza di legittimazione dell'istante: Tar Sardegna, sez. II, 24 ottobre 2008, n. 18339).

Per quanto attiene all'esatto individuazione del dovere di provvedere in presenza di procedimenti ad iniziativa d'ufficio si v. sub commento art. 117, par. 1.

## **2. Termine di proposizione del ricorso.**

Il secondo comma della norma in commento stabilisce che *"l'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. E' fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti"*.

La suddetta norma ribadisce, sul punto, quanto già contenuto nel comma 8 dell'art. 2 della L. 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi).

Si conferma, pertanto, la natura ordinatoria e non perentoria del termine di conclusione del procedimento (cfr. Cons. St., sez. V, 14 aprile 2009, n. 2291; **Corte costituzionale, sentenza n. 176 del 2004**, ove si afferma chiaramente che la decorrenza del termine non determina consumazione del potere amministrativo; nel medesimo senso sentenza n. 355 del 2002). Ma nello stesso tempo si pone il termine massimo di un anno entro il quale deve essere proposta l'azione.

## **3. Il giudizio sulla fondatezza della pretesa.**

La questione più rilevante in tema di azione avverso il silenzio attiene alla esatta individuazione dell'oggetto del giudizio.

Come si è già rilevato, il contenuto minimo del sindacato giurisdizionale attiene all'accertamento dell'obbligo di provvedere. Occorre adesso verificare se tale sindacato possa estendersi anche al rapporto sostanziale dedotto in giudizio.

Prima dell'emanazione del Codice il citato art. 2, comma 8, della L. n. 241 del 1990 prevedeva che il giudice amministrativo potesse "conoscere della fondatezza dell'istanza".

In relazione al significato da assegnare alla generica espressione impiegata dal legislatore erano state prospettate diverse interpretazioni.

Un primo orientamento minoritario (tra gli altri, Cons. giust. sic. 4 novembre 2005, n. 726) riteneva che il legislatore, impiegando un'ampia espressione che non limita il sindacato giurisdizionale alle sole ipotesi di attività vincolata, avesse inteso introdurre una vera e propria giurisdizione estesa al merito. Questa ricostruzione non era, però, condivisibile. A prescindere dalla mancanza di una espressa qualificazione normativa in tale senso, tale inquadramento avrebbe significato ammettere una sindacato di merito del giudice amministrativo senza alcuna predeterminazione oggettiva del suo ambito, essendo sufficiente riscontrare un comportamento omissivo dell'amministrazione, con buona pace del principio di separazione tra attività amministrativa e attività giurisdizionale.

L'orientamento giurisprudenziale prevalente (*ex multis*, Cons. St., sez. IV, 16 settembre 2008, n. 4362; Id., sez. IV, 12 maggio 2008, n. 2159) assumeva, invece, che il giudice potesse pronunciare sulla fondatezza della pretesa soltanto in presenza di un'attività vincolata che non richiedesse complessi accertamenti; ciò sempre che fosse stata formulata una espressa domanda (112 c.p.c.).

Il legislatore, con la norma in commento, ha codificato la "regola" giurisprudenziale da ultimo esposta, stabilendo che il giudice possa sindacare il rapporto dedotto in giudizio quando si tratta di attività vincolata e "non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione".

Si è, inoltre, svolta una ulteriore puntualizzazione, che amplia l'ambito del giudizio sulla fondatezza della pretesa, prevedendosi che lo stesso è possibile anche quando "risulta che non residuano ulteriori margini

di esercizio della discrezionalità”. La ragione della suddetta aggiunta sta nella consapevolezza che tra i due poli del provvedimento interamente vincolato e interamente discrezionale spesso si collocano attività che presentano sia profili vincolati sia profili discrezionali. Se, in ipotesi, l’amministrazione procedente ha già esercitato le scelte discrezionali, è corretto consentire al giudice di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa mediante un sindacato che si estende alle scelte vincolate non ancora effettuate. Ciò ovviamente sempre che, in relazione a quest’ultima, la causa si presenti sostanzialmente “matura per la decisione”, nel senso che non occorre svolgere ulteriori accertamenti istruttori.

E’ bene, infine, aggiungere che il legislatore, impiegando l’ampia espressione “discrezionalità”, abbia voluto includere nell’ambito oggettuale del giudizio anche questioni che involgono il sindacato sulla discrezionalità tecnica. Per quanto quest’ultima abbia natura diversa rispetto alla discrezionalità amministrativa, anche per essa valgono i limiti posti in generale dalla norma in commento. E’ dunque possibile effettuare il giudizio sulla fondatezza della pretesa quando lo stesso implica la verifica della legittimità di meri *accertamenti tecnici*, anche se gli stessi “residuano” al pregresso esercizio di valutazioni tecniche. In altri termini, non è consentito al giudice, in ossequio al principio di separazione dei poteri, sostituirsi all’amministrazione nell’effettuazione di scelte tecniche opinabili, essendo la sostituzione consentita unicamente quando vengono in rilievo accertamenti aventi, per loro natura, contenuto vincolato. In conclusione, dunque, ferme, si ribadisce, le diversità ontologiche tra discrezionalità amministrativa e tecnica, il legislatore ha operato una loro assimilazione sul piano processuale ai fini della individuazione dei limiti all’esercizio del sindacato giurisdizionale sul rapporto amministrativo nell’azione avverso il silenzio.

#### **4. Qualificazione dell’azione avverso il silenzio. Azione di accertamento e di condanna. Rapporti con l’azione di adempimento.**

E’ necessario a questo punto individuare la esatta natura dell’azione che introduce il giudizio sul silenzio e conseguentemente della sentenza che può essere emanata all’esito del processo.

A tale proposito, si potrebbe ritenere che non si debba procedere ad alcuna qualificazione avendo già il legislatore “tipizzato” l’azione avverso il silenzio riconoscendole autonomia dommatica. Nondimeno, avendo riguardo alle categorie tradizionali delle azioni, si può tentare un inquadramento che tenga conto del possibile diverso oggetto della domanda proposta.

Nei casi in cui non sussistono i presupposti per un giudizio sulla fondatezza della pretesa azionata ovvero, pur sussistendo detti presupposti, la parte interessata si limita a chiedere l’accertamento dell’obbligo di provvedere, l’azione deve essere qualificata quale azione di *accertamento* e di *condanna a provvedere*.

Nelle ipotesi in cui, invece, sono presenti i requisiti di cui al terzo comma dell’articolo in commento l’azione deve essere qualificata quale azione di *accertamento* e di *condanna ad emanare il provvedimento richiesto*.

Nell’iniziale versione del Codice, elaborata dalla commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato, si era ritenuto che nei casi da ultimo indicati il ricorrente esercitasse di fatto, sulla falsariga di quanto previsto dal sistema tedesco, una vera e propria azione di adempimento.

La disposizione all’epoca proposta consentiva, inoltre, l’esercizio di siffatta domanda anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto.

Una volta che, nel successivo *iter* governativo e parlamentare, si è deciso di “cancellare” l’azione di adempimento, è rimasta “soltanto” l’azione avverso il silenzio che ugualmente può essere qualificata quale azione di adempimento (*rectius*: azione di condanna ad emanare il provvedimento richiesto) in presenza dei presupposti contemplati dalla legge. Non dovrebbe, invece, essere consentito l’esercizio di tale azione in presenza di un provvedimento espresso. Tale preclusione desta, però, qualche perplessità in quanto vengono trattate diversamente situazioni che meriterebbero invece una regolamentazione uniforme: non si comprende, infatti, perché se l’amministrazione rimane inerte il ricorrente possa, ricorrendo le condizioni più volte enunciate, ottenere una sentenza con cui il giudice condanna l’amministrazione ad emanare il provvedimento richiesto; se l’amministrazione, invece, emana un provvedimento di rigetto, ricorrendo le medesime condizioni, il giudice non possa emanare una analoga decisione di condanna.

#### **5. L’azione di nullità.**

Nell’ambito dello stesso articolo relativo all’azione avverso il silenzio è stata disciplinata l’azione di nullità.

Come è noto, l’art. 21-*septies* della L. n. 241 del 1990, introdotto dalla L. n. 15 del 2005, prevede che “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. Le questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”.

Nella prima versione della norma, elaborata dalla commissione speciale, l’azione di nullità rinveniva coerentemente la propria disciplina, come già sottolineato, nella disposizione codicistica relativa all’azione di accertamento. Si prevedeva, infatti, al primo comma che “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”; al secondo comma si stabiliva che poteva essere chiesto anche l’accertamento della nullità di un provvedimento amministrativo.

Una volta che si è deciso, per ragioni di difficile decifrabilità, di eliminare dal Codice l'azione di accertamento (che rimane comunque esperibile in presenza degli stessi presupposti che erano stati codificati, perché consustanziale ad ogni tipologia di processo), si è posto il problema di rinvenire un'altra collocazione all'azione di nullità e per questo si è stabilito di inserirla nella disposizione dedicata all'azione avverso il silenzio che, per quanto sforzi si possano fare, non presenta alcun collegamento con l'azione in esame.

Oltre alla esposta modifica sistematica, è stato stabilito che "la domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice".

Non è condivisibile la scelta legislativa di sottoporre ad un termine decadenziale la proposizione dell'azione di nullità.

Come risulta dall'elencazione contenuta nel citato art. 21-*septies*, le fattispecie ricondotte a cause di nullità si connotano per la gravità della patologia che inficia il provvedimento amministrativo.

Già sul piano pratico, lascia, pertanto, molto perplessi che sia possibile che si consolidino gli effetti di un provvedimento nullo una volta trascorso il breve termine previsto.

Sul piano sistematico, poi, per quanto non si possa postulare una similitudine tra negozio giuridico e provvedimento amministrativo, deve rilevarsi come, alla luce dei principi generali relativi agli atti giuridici, sussista una intima contraddizione tra la invalidità contemplata dal legislatore e la previsione del suddetto termine decadenziale.

La stessa giurisprudenza amministrativa aveva ritenuto, nel silenzio legislativo, applicabile analogicamente il nucleo essenziale delle norme contenute nel codice civile, riguardanti la nullità del contratto, nella parte in cui esse riflettono principi sistematici di portata più generale. In particolare, si era affermato che "trova applicazione la regola della imprescrittibilità dell'azione di nullità. La gravità delle patologie elencate dall'articolo 21-*septies* comporta che l'atto sia, in radice, inidoneo a produrre effetti giuridici. Questa assoluta inidoneità strutturale dell'atto comporta che l'interessato possa fare accertarne la nullità, senza limitazioni temporali, ferma restando l'eventuale prescrizione delle connesse azioni di condanna" (Cons. St., sez. V, 9 giugno 2008, n. 2872).

In definitiva, sarebbe stato preferibile non prevedere alcun termine per proporre ricorso.

Dello statuto della nullità è rimasto il potere officioso del giudice.

### **5.1. La nullità per violazione o elusione del giudicato.**

Le evidenziate anomalie aumentano se si legge l'ultimo inciso della norma in esame, che esclude che le disposizioni contenute nel quarto comma si applichino alle nullità (per la violazione o elusione del giudicato) previste dall'art. 114, comma 4, lettera b), "per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV".

La disposizione non è chiara, in quanto opera un rinvio ad una norma che non detta alcuna disciplina in relazione alle fattispecie richiamate. L'art. 114 si limita, infatti, a stabilire, in linea con quanto già stabilito dall'art. 21-*septies* della L. n. 241 del 1990, che il giudice dell'esecuzione dichiara nulli gli atti di violazione o elusione del giudicato.

A questo punto le possibili interpretazioni della disposizione in esame sono due ed entrambi insoddisfacenti.

La prima. Il legislatore ha voluto escludere che si possa applicare il termine di decadenza di centottanta giorni quando vengono in rilievo atti che contrastano con il giudicato, al fine di assicurare una maggiore effettività di tutela nella fase esecutiva. Ma se così fosse si introdurrebbe una peculiare duplicazione di regimi delle nullità dei provvedimenti: per le nullità, che dovrebbero essere "meno gravi", varrebbe il termine decadenziale; per le nullità, che dovrebbero essere "più gravi", non varrebbe alcun termine specifico, salva la prescrittibilità decennale dell'azione di giudicato.

La seconda. Il legislatore ha voluto escludere la possibilità che venga proposta una azione di cognizione volta a far valere le nullità degli atti posti in essere in violazione o elusione del giudicato. In altri termini, si potrebbe ritenere che il legislatore abbia voluto affermare il principio secondo cui la nullità degli atti in esame possa essere proposta soltanto unitamente all'azione di esecuzione. Ma anche questa seconda interpretazione si espone a taluni (ancorché minori) rilievi critici. Infatti, l'eventuale ammissibilità del *solo* giudizio di ottemperanza avverso gli atti di violazione o elusione del giudicato finirebbe per risolversi in una non consentita limitazione del potere di scelta che spetta al privato. Quest'ultimo potrebbe, infatti, volere ottenere una tutela giurisdizionale "limitata" alla declaratoria di nullità degli atti posti in essere senza ricorrere contestualmente alle forme di tutela esecutiva della propria situazione giuridica soggettiva. In altri termini, una volta che si qualificano come nulli gli atti posti in essere in violazione o elusione del giudicato, al privato deve essere riconosciuto il "diritto" di scelta delle modalità di difesa della propria posizione giuridica lesa. Il ricorrente non può essere "costretto" a chiedere l'attuazione esecutiva delle proprie pretese qualora lo stesso voglia ottenere "soltanto" una tutela in sede di cognizione ai fini di una eventuale (contestuale o successiva) proposizione di un'azione risarcitoria.

---

## **III. LE QUESTIONI APERTE**

### **1. La disciplina dell'azione di nullità.**

Le questioni che rimangono ancora aperte sono certamente quelle relative al regime processuale degli atti nulli.

In particolare, non è stato chiarito quale sia il rapporto tra l'azione di nullità proponibile nel processo di cognizione e l'azione di nullità per violazione o elusione del giudicato proponibile nel processo esecutivo. Sul punto valgono tutte le perplessità espresse in sede di commento.

**BIBLIOGRAFIA:** (1) V. U. Borsi, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, in G. I. 1893, IV, c. 273.

## ARTICOLO 34

### SENTENZE DI MERITO

*1. In caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda:*

*a) annulla in tutto o in parte il provvedimento impugnato;*

*b) ordina all'amministrazione, rimasta inerte, di provvedere entro un termine;*

*c) condanna al pagamento di una 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;*

*d) nei casi di giurisdizione di merito, adotta un nuovo atto, ovvero modifica o riforma quello impugnato; e) 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.*

*2. In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati. Salvo quanto previsto dal comma 3 e dall'articolo 30, comma 3, il giudice non può conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento di cui all'articolo 29.*

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

*4. In caso di condanna pecuniaria, il giudice può, in mancanza di opposizione delle parti, stabilire i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, ovvero non adempiono agli obblighi derivanti dall'accordo concluso, con il ricorso previsto dal Titolo I del Libro IV, possono essere chiesti la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti.*

*5. Qualora nel corso del giudizio la pretesa del ricorrente risulti pienamente soddisfatta, il giudice dichiara cessata la materia del contendere.*

**SOMMARIO: I INTRODUZIONE ALLA NORMA:** 1. Genesi e trasformazione della norma. **II IL COMMENTO:** 1. Esiste (ancora) nel processo amministrativo il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato? L'assorbimento dei motivi. Cenni. 2. La sentenza di annullamento. 3. La pronuncia sul silenzio. 4. La sentenza di condanna. Rinvio. 5. La sentenza resa nel giudizio di ottemperanza. 6. il divieto di azioni amministrative *pro futuro* e le ipotesi di superamento della pregiudizialità amministrativa. 7. La pronuncia di cessazione della materia del contendere. **III LE QUESTIONI APERTE:** 1. La pronuncia di adempimento. Nascita e tramonto di due norme. 2. Configurabilità a codice vigente.

#### **I INTRODUZIONE ALLA NORMA**

---

##### **1. Genesi e trasformazione della norma.**

La norma in commento, nel disegno della Commissione tecnica istituita presso il Consiglio di Stato, doveva costituire il riflesso operativo del catalogo sistematico delle azioni di cognizione che, per la prima volta, comprendeva a fianco a quelle tradizionali di annullamento, di condanna, avverso il silenzio, esecutive e cautelari, anche la nuovissime azioni di accertamento e di adempimento.

In sostanza, a ciascuna di tali azioni doveva corrispondere una pronuncia la cui ampiezza era ritagliata dal complesso delle norme generali di previsione e da quelle sui tipi di decisioni che avrebbero dovuto concretarle realizzando la tutela specifica prefissa in catalogo.

E' noto come tale schema sia stato rivisto dal Governo che, nell'esercizio della delega legislativa, ha proceduto su tre piani.

Ha innanzitutto espunto dall'elencazione del Capo II del Libro I la previsione generale di alcune azioni, riallocandone la disciplina in altri libri del codice. Così è avvenuto per l'azione cautelare, che trova ora la sua disciplina organica nel Libro I; così è avvenuto anche per l'azione esecutiva, la cui regolamentazione è ora rinvenibile nel Titolo I del Libro IV, *sub* art. 115.

Le previsioni generali dell'azione di accertamento e dell'azione di adempimento, di assoluta novità nel sistema delle fonti processuali amministrative, sono state invece espunte *tout court* dal catalogo del Libro I.

Infine, le restanti azioni – di annullamento, di condanna, avverso il silenzio e per la declaratoria di nullità – sono state risistemate sia nei contenuti che nelle formule legislative.

In estrema sintesi, il quadro normativo attuale continua ad offrire all'interprete alcune certezze in ordine all'esistenza e alla regolamentazione delle azioni di annullamento, di condanna, cautelare, di esecuzione, avverso il silenzio e per la declaratoria di nullità. Altra cosa sarà poi, partitamente, verificare l'ampiezza delle attuali previsioni codicistiche attraverso la disciplina concreta e nel confronto con le aspettative della dottrina e con il cammino segnato dalla giurisprudenza.

Rimangono, invece, sul piano della normazione positiva, consistenti margini di incertezza in ordine alla configurabilità e, quindi, alla regolamentazione dell'azione di accertamento mero e dell'azione di adempimento; ciò che non può dirsi costituisca senz'altro un difetto del codice laddove si saprà cogliere, attraverso la consueta via interpretativa e soprattutto pretoria e attraverso gli spunti che il testo comunque offre, un risultato ricostruttivo il quale, alla fine, potrebbe avere il pregio della flessibilità necessaria a catturare la mutevolezza della realtà delle situazioni in cerca di tutela.

In conseguenza del mutamento dell'originario progetto è quindi cambiata anche la norma oggi in commento che, per un verso, coglie i possibili esiti processuali delle rinnovate previsioni delle azioni e, per altro verso, costituisce la cartina di tornasole circa l'effettivo allineamento di questi ultimi alle prime.

In altre e più chiare parole, se è vero che ad ogni pronuncia di merito deve corrispondere un diritto di azione, è dunque necessario verificare – ed in questo, in definitiva, consiste il compito dell'interprete dell'art. 34, posto che i limiti e i contenuti delle azioni in quanto tali sono analizzati in punto di esame delle norme che le prevedono e le disciplinano – se tale allineamento sia completo ovvero se non vi siano margini di emersione dinamica di tutele non espressamente enunciate sul piano statico.

## II IL COMMENTO

---

### **1. Esiste (ancora) nel processo amministrativo il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato? L'assorbimento dei motivi. Cenni.**

In premessa all'esame della norma, occorre considerare come l'art. 34, comma 1, nel disciplinare il contenuto delle sentenze di merito, utilizza la formula generale per cui, in caso di accoglimento, il giudice provvede «nei limiti della domanda».

L'espressione è chiaramente evocativa del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, o meglio di quella parte del principio che pone il divieto di pronunce *ultra o extra petita*. Se a tale notazione si affianca quella per cui nel codice non compare (o meglio non compare più rispetto al progetto della Commissione tecnica) la riproduzione dell'intero principio sancito, nel codice di rito civile, dall'art. 112 c.p.c., è lecito chiedersi se il legislatore non abbia voluto, per qualche ragione, escludere l'applicabilità al processo amministrativo proprio di quella parte del principio di corrispondenza secondo cui «il giudice deve pronunciare su tutta la domanda».

La questione non è di poco momento perché costituisce uno degli argomenti più consistenti sui quali fa perno l'ampio fronte dottrinale che stigmatizza l'utilizzo, ad opera della giurisprudenza, dell'**assorbimento dei motivi** di ricorso per effetto dell'accoglimento di censure, per lo più formali, che, determinando l'annullamento del provvedimento, di fatto evitano di conformare in qualsiasi modo la successiva attività dell'amministrazione (oltre alle tradizionali trattazioni monografiche, tra le quali B. CAVALLO (2), M. NIGRO (3), 17, F. SATTA (5), il tema è diffusamente esaminato anche nella manualistica tra cui, in particolare, v. V. CAIANIELLO, (7) 711 s., E. CASSETTA (9) 771, E. PICOZZA, (11) 151).

In realtà, non vi sono indici univoci, emergenti dal tessuto normativo del codice, i quali possano far ritenere che sia stata compiuta la precisa scelta di evocare solo parte del principio di corrispondenza allo scopo di espungere dal sistema processuale amministrativo l'obbligo del giudice di pronunciare su tutta la domanda. In primo luogo, infatti, ciò costituirebbe un arretramento rispetto ad una accettazione consolidata sia in dottrina che in giurisprudenza (v., solo tra le più recenti, Cons. St., 4.8.2009, n. 4904, Cons. St. 8.6.2009, n. 3480). In secondo luogo, tale eliminazione non sarebbe necessaria al fine di ammettere l'operatività, entro certi limiti, del principio dell'assorbimento dei motivi i cui confini, più volte, proprio la giurisprudenza, a dispetto di prassi poco virtuose, ha tentato di tracciare in armonia col principio di effettività della tutela giurisdizionale. Così è stato ritenuto che «dall'art. 112 c.p.c. applicabile al processo amministrativo, in base del quale il giudice deve pronunciare su tutta la domanda, discende il principio secondo cui il giudice deve procedere nell'ordine logico, preliminarmente all'esame delle questioni che manifestano in astratto una più radicale illegittimità del provvedimento impugnato, appaiono idonei a soddisfare più efficacemente l'interesse sostanziale del ricorrente, per passare poi all'esame degli altri motivi che, pur idonei a provocare l'annullamento del provvedimento impugnato manifestano profili meno radicali di illegittimità, costituiscono corollario di tale principio le regole per il corretto esercizio, da parte del giudice, del potere di assorbimento dei motivi, in forza delle quali non è ammesso prescindere dalla pronuncia su alcuna questione della quale si riconosca la rilevanza nella fattispecie, in considerazione del risultato cui praticamente il giudice pervenga in base a diverso criterio di decisione, ostativo della cognizione di merito delle domande» (così Cons. St., 21.11.1992, n. 925); per arrivare, più di recente, ad affermazioni di principio, per la verità non ricorrenti, molto più vicine alle posizioni dottrinali secondo cui «il c.d. assorbimento dei motivi è da stigmatizzare, anche nei casi di accoglimento del ricorso, perché è interesse del ricorrente avere una compiuta disamina della questione sotto tutti i profili prospettati, anche ai fini del successivo giudizio di ottemperanza ovvero della tutela risarcitoria e, segnatamente, avere una compiuta disamina dei motivi maggiormente soddisfatti. I principi di effettività e completezza della tutela impongono di valorizzare il ruolo della domanda dell'interessato, riducendo la pronuncia di assorbimento dei motivi ai soli casi - in realtà del tutto marginali - in cui sussista un rapporto di chiara continenza, pregiudizialità logica o implicazione tra la censura accolta e quella non esaminata; si pensi alle ipotesi in cui il giudice accoglie il motivo riguardante l'omessa motivazione e, contestualmente, dichiara assorbita la censura di insufficiente motivazione. Tale conclusione, strettamente collegata al principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, espresso dall'art. 112 c.p.c., con disposizione avente il valore di principio generale di ogni processo, diventa inevitabile in un contesto sistematico diretto ad assicurare il più intenso e integrale accertamento del rapporto amministrativo controverso, in relazione ai profili ritualmente prospettati dalle parti interessate, anche per evitare lunghi e defatiganti contenziosi diretti a riproporre le stesse domande in seguito al rinnovo del provvedimento, affetto dagli stessi vizi non esaminati dal giudice» (Cons. St., 4.8.2009, n. 4905).

In realtà, come è stato ben messo in evidenza dalla dottrina, la pratica dell'assorbimento - la quale pure risponde ad una rilevante esigenza di economia dei mezzi - rientra senz'altro nella fisiologia decisionale laddove è determinata dalla fungibilità dei motivi all'interno di un medesimo capo di domanda o tra capi di domanda fungibili o interdipendenti (A. ANDREANI, (6) 5, che distingue tra assorbimento proprio e improprio, dove il primo, l'unico ammissibile, è quello appena esemplificato). Così, è senz'altro ammissibile l'assorbimento nel caso di accoglimento di uno dei più motivi articolati in funzione di alternative interpretazioni del provvedimento impugnato, ovvero nel caso venga riconosciuta l'incompetenza dell'autorità emanante, o ancora sia dichiarata l'invalidità derivata dall'annullamento di un atto presupposto (per questa casistica v. F. PATRONI GRIFFI, (8), 3399). Tale assetto è peraltro oggi sostanzialmente conservato dal codice rispetto alla versione normativa proposta dalla Commissione tecnica che aveva invece imposto in via generale al giudice, quando accoglie il ricorso, «di esaminare tutti i motivi, ad eccezione di quelli dal cui esame non possa con evidenza derivare alcuna ulteriore utilità al ricorrente».

D'altra parte, la circostanza che sia in atto un percorso di razionalizzazione nell'uso dell'assorbimento dei motivi rileva oggi, sul piano esegetico, anche da quanto significativamente previsto nella Relazione al codice ove è chiarito che, «disattendendo un'osservazione della Commissione Giustizia della Camera, non è stato espressamente sancito il dovere del giudice di non dichiarare l'assorbimento dei motivi nel caso in cui sussista un apprezzabile interesse della parte, ciò essendo insito nel sistema».

## **2. La sentenza di annullamento.**

Venendo più nel dettaglio all'esame delle singole pronunce di merito, il comma 1, lettera *a*), dell'art. 34 non riserva particolari sorprese in ordine all'esito dell'esercizio, nella giurisdizione generale di legittimità, in quella di merito e in quella esclusiva attraverso le forme tipiche del processo impugnatorio, dell'azione di annullamento per i tradizionali vizi di violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere.

La norma sembra dunque perfettamente allineata alla corrispondente previsione del "catalogo" contenuta nell'art. 29 che è stata opportunamente riformulata in sede governativa in termini meno definitivi (e maggiormente corrispondenti al modello redazionale del codice di rito civile) rispetto a quelli che la Commissione tecnica aveva concepito sia per

tale azione («chiunque sia leso da un provvedimento amministrativo può proporre, nel termine di decadenza di sessanta giorni, azione di annullamento»), che per quella di condanna («chiunque vi abbia interesse può chiedere la condanna dell'amministrazione al pagamento di somme di denaro o all'adozione di ogni altra misura idonea a tutelare la posizione giuridica soggettiva, non conseguibile con il tempestivo esercizio di altre azioni»), provocando vivaci critiche in dottrina (A. TRAVI, (13), 2).

La pronuncia di annullamento, della cui natura costitutiva non si dubita, costituisce dunque il paradigma originario del processo amministrativo come processo «sull'atto», oggi peraltro messo in crisi dall'introduzione, nella legge sul procedimento, dell'art. 21-*octies* e, in particolare, del comma 2 di quella norma che postulerebbe ormai, a fronte dell'eccezione di vizi formali o procedimentali, una verifica, sempre modulata in base al chiesto e pronunciato, in ordine alla spettanza o meno del bene della vita in chiave di sostanziale superamento di pronunce demolitorie solo formalmente soddisfattive in quanto inidonee ad accordare proprio il bene della vita. Si è parlato, pertanto, di una nuova fisionomia dell'azione di annullamento come espressione di una giurisdizione sul rapporto e non più sull'atto e, al contempo, si è ampiamente dibattuto sulla natura della norma, oscillando tra posizioni processualistiche e sostanzialistiche (nel primo, preferibile senso, si vedano, tra le altre, le sentenze del Cons. St., 23.1.2008, n. 143, 9.10.2007, n. 5251, nel secondo cfr. Cons. St., 20.3.2007, n. 7307. Più in generale, per un quadro ricostruttivo delle questioni suscitate dall'art. 21-*octies*, v. F. CARINGELLA, (10) 113 ss.).

Rinviando per un esame compiuto dell'oggetto e dei contenuti dell'azione di annullamento al commento sub art. 29, occorre qui invece occuparsi della satisfattività della tutela accordata attraverso la sentenza di annullamento, soprattutto in tutti quei casi in cui vengono in rilievo interessi pretesivi che non sono immediatamente realizzati attraverso l'effetto conformativo della pronuncia demolitoria, potendo l'amministrazione riesercitare il potere, astrattamente riadottando l'atto in una serie potenzialmente infinita di successivi dinieghi, fondati su motivi diversi, con un effetto finale di «irrisione della giustizia» (V. CAIANIELLO, (7) 465).

Proprio per porre rimedio a questa situazione, la giurisprudenza ha finora elaborato il sistema del c.d. doppio diniego (inaugurato da Cons. St. 6.2.1999, n. 134 e poi ripreso anche dalla giurisprudenza di primo grado: v., ad es., Tar Liguria, 7.7.2004, n. 1078) per cui, se da un lato l'annullamento di un primo diniego non impone *ex se* il rilascio del titolo sotteso all'interesse legittimo pretensivo, potendo l'amministrazione in sede di riesame individuare altri e nuovi motivi ostativi, dall'altro lato, l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale resterebbe garantita dall'individuazione del punto di equilibrio tra il diritto del cittadino alla rapida definizione dell'affare dopo un giudicato d'accoglimento e la giustificata aspettativa del potere pubblico di esercitare la propria discrezionalità anche sugli aspetti del rapporto controverso prima non esaminati; per cui dopo un annullamento giurisdizionale, l'autorità amministrativa riesamina la vicenda con un'attenzione particolare, individuando eventualmente ogni possibile ulteriore motivo di diniego ed evitando di esporre i privati alla prospettiva di una pluralità di altri giudizi.

### 3. La pronuncia sul silenzio.

Come recita la Relazione al codice, «si è mantenuta la rilevanza autonoma per l'azione avverso il silenzio» che trova la sua previsione generale nell'art. 31 e la disciplina procedurale nel Libro IV, all'art. 117, venendo ad essere così interamente riportata nell'opportuna *sedes materiae* processuale. Recita infatti oggi l'art. 2, comma 8, della legge n. 241 del 1990, come riformato dal D.lgs n. 104 del 2010, che «la tutela in materia di silenzio dell'amministrazione è disciplinata dal codice del processo amministrativo», nel mentre è abrogato, a decorrere dal 16.9.2010, l'art. 21-bis della legge n. 1034 del 1971.

La pronuncia in questione – da rendere in camera di consiglio (art. 87, comma 2, lett. *b*) e in forma semplificata (art. 117, comma 2) – com'è noto, copre uno spazio di tutela che la sentenza di annullamento non riesce a garantire, posto che essa è utilizzabile nel caso in cui difetta l'oggetto stesso della tutela demolitoria, essendo rimasta l'amministrazione inerte in violazione dell'obbligo di provvedere.

La pronuncia conserva, nel sistema del nuovo codice, la duplice funzione di *accertamento* (della violazione all'obbligo di provvedere) e di *condanna* (a provvedere entro un termine di norma non superiore a trenta giorni).

A queste statuizioni si può affiancare, ai sensi dell'art. 117, comma 3, su istanza di parte, la nomina di un commissario *ad acta*.

L'art. 31, peraltro, disciplinando uno dei possibili contenuti della pronuncia sul silenzio, riproduce la precedente formula dell'art. 2, comma 8, della legge n. 241 del 1990, secondo cui «il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza», la quale ha generato una notevole varietà di interpretazioni, che oscillano dal riconoscimento di una posizione di «mera facoltà» del giudice, peraltro esercitabile nel solo caso di manifesta fondatezza o infondatezza della pretesa, in ragione del carattere vincolato del provvedimento da adottare (Cons. St., 23.7.2009, n. 4653,

Cons. St., 7.7.2008, n. 3371), ad una concezione estremamente restrittiva del potere secondo la quale il giudice, anche nei casi in cui il provvedimento da emettere abbia natura vincolata, non può sostituirsi all'amministrazione in alcuna fase del giudizio, dovendosi limitare, in caso di accoglimento del ricorso, ad imporre alla stessa l'obbligo di provvedere sull'istanza entro il termine assegnato, non potendo compiere un accertamento sulla fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente, indicando all'amministrazione il contenuto del provvedimento da adottare (Cons. St., 14.4.2009, n. 2291 e, in dottrina, prima dell'introduzione del rito del silenzio, A. QUARANTA, (4) 351 s. il quale parlava di azione di accertamento mero). La gran parte della giurisprudenza ha invece riconosciuto che è possibile superare la barriera della divisione dei poteri, ogni volta che l'attività amministrativa sia vincolata (v. Cons. St., 12.5.2008, n. 2159, che lo afferma sia nel caso di manifesta fondatezza che in quello di manifesta infondatezza, «sicché risulta del tutto diseconomico obbligare l'amministrazione a provvedere laddove l'atto espresso non potrà che essere di rigetto» e, comunque, fermo il limite per il giudice di sostituirsi all'amministrazione) e non risultano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità (Cons. St., 16.9.2008, n. 4362) ovvero non siano necessari complessi accertamenti istruttori (Tar Veneto, 12.5.2008, n. 1299).

Si tratta, a ben vedere, proprio dei limiti che oggi sono codificati dall'art. 31, comma 3, in relazione all'esercizio di un potere la cui doverosità di esercizio, ogni volta che v'è una domanda di parte e ricorrono i presupposti di legge, non dovrebbe essere più messa in discussione una volta accertata la permanenza nel processo amministrativo del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (v., *supra*, sub II, 1).

E proprio l'ipotesi disciplinata dall'art. 31, comma 3, è stata considerata come l'archetipo della c.d. pronuncia di adempimento (su cui v., *infra*, sub III, 1), quella cioè che contiene la condanna dell'amministrazione ad emanare un provvedimento richiesto (e, dunque, esperibile in uno all'azione per il silenzio), ovvero negato (e, dunque, collegata all'azione di annullamento), inevitabilmente condizionata, già nella previsione dell'art. 2 della l. n. 241 del 1990 ed oggi dell'art. 31, dal limite di esercizio nei soli casi contraddistinti dal carattere totalmente vincolato e non discrezionale della pretesa azionata (cfr. Tar Liguria, 17.3.2010, n. 1174). In questi termini, d'altra parte, si era già espressa la dottrina che, nell'esaminare agli albori l'azione di impugnazione del silenzio, aveva riconosciuto al comando giudiziale, esteso al *quomodo* di adempimento dell'obbligo di provvedere, una portata di accertamento costitutivo che si risolveva in una pronuncia di condanna avente ad oggetto immediato, a differenza di quella costitutiva di annullamento (ancorché contrassegnata dall'effetto conformativo), proprio l'ordine all'amministrazione di provvedere in un certo modo, ciò in cui consisterebbe la peculiarità dell'azione di adempimento (F. LA VALLE, (1) 165 ss.).

Sia ben chiaro, peraltro, che anche la pronuncia di adempimento non comporta se non un'anticipazione rispetto al risultato conseguibile in sede di ottemperanza, non potendo comunque il giudice emanare direttamente il provvedimento se non a patto di violare il principio di separazione dei poteri. Ciò che risulta ancora una volta ben chiaro dall'esame della disposizione del comma 1, lettera d), dell'art. 34 il quale prevede che solo nei casi di giurisdizione di merito il giudice adotta un nuovo atto, ovvero modifica o riforma quello impugnato (si deve ritenere anche nei casi di provvedimenti aventi natura discrezionale). E certamente, in assenza di una precisa indicazione in tal senso, non può essere ritenuta una giurisdizione di merito quella *ex art. 2, comma 8, della l. n. 241 del 1990*, oggi disciplinata dall'art. 31, comma 3, del codice (v. sul punto F. CARINGELLA, (10) 153 s.).

#### **4. La sentenza di condanna. Rinvio.**

Il comma 1, lett. c), dell'art. 34, tenta evidentemente l'operazione di traslare, sul piano dei contenuti della relativa sentenza, le prescrizioni che l'art. 30 reca con riguardo all'azione di condanna.

Per un verso, la simmetria è mantenuta per il fatto che anche la norma che riguarda la sentenza contempla la condanna dell'amministrazione al pagamento di una somma di denaro e, se del caso, al pagamento di una somma a titolo di risarcimento del danno attraverso la reintegrazione monetaria ovvero, ove sia in tutto o in parte possibile, predisponendo misure di reintegrazione in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 c.c. (su cui v. *supra*, sub art. 30).

Si è visto, invece, come altre ipotesi di pronunce di condanna (all'obbligo di provvedere in caso di silenzio, all'esibizione di atti e documenti chiesti mediante l'accesso) trovano autonomia trattazione attraverso specifiche disposizioni codicistiche.

E, tuttavia, a fianco di tali contenuti tipizzati, proprio dal confronto tra l'art. 30 e l'art. 34, comma 1, lettera c), emerge, in evidente disallineamento, la previsione per la pronuncia di condanna, considerata su un piano generale, di una serie indefinita di possibili ulteriori contenuti in una sorta di atipicità scolpita dalla formula per cui il giudice condanna «all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio».

Non vi sono, infatti, elementi che inducano a dubitare dell'esistenza, sulla scorta di questa previsione, di un ampio (e sostanzialmente indefinito) potere del giudice di dotare la propria decisione di tutti quei contenuti idonei a soddisfare

la pretesa della parte vittoriosa, in definitiva in linea con la previsione dell'art. 44, comma 2, lett. b), n. 4), della legge di delega.

Si vedrà (*sub* III, 2) in che termini questa norma possa essere considerata idonea a configurare nell'attuale assetto processuale una generale azione di adempimento.

L'art. 34, inoltre, prevede al comma 4 che «in caso di condanna pecuniaria, il giudice può, in mancanza di opposizione delle parti, stabilire i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine», autorizzando in caso di mancato accordo, ovvero di mancata attuazione degli obblighi derivanti da tale accordo, il ricorso all'ottemperanza per ottenere la determinazione della somma ovvero l'adempimento degli obblighi sanciti nell'accordo stesso.

La norma riprende, sostanzialmente, la tecnica di liquidazione del risarcimento del danno introdotta dall'art. 35, comma 2, della legge 31.3.1998, n. 80 e la estende a tutte le condanne pecuniarie, aggiungendo altresì l'ottemperabilità degli obblighi sanciti nell'accordo liquidatorio raggiunto dalle parti.

Il meccanismo, di indubbia semplificazione, è applicabile ove la quantificazione monetaria, in particolare del danno, necessiti di una ulteriore attività collaborativa dell'Amministrazione (Cons. St., 22.2.2010, n. 1038) che, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe in prima battuta saldarsi in un vero e proprio accordo di tipo privatistico. Solo ove tale negozio non dovesse essere concluso tra la parti, ovvero ove concluso non fosse esattamente adempiuto da queste, sarebbe possibile il ricorso all'ottemperanza.

Sotto la vigenza dell'art. 35 sopra richiamato si era negato che, in assenza di esplicita disciplina normativa in tal senso, fosse stata introdotta nel processo amministrativo un'azione di condanna generica, prevista dall'art. 278 c.p.c., essendo unicamente la norma di riferimento (art. 35) a rendere possibile - sulla base del mero principio di prova fornito dalla parte interessata - la fissazione di parametri in base ai quali sia possibile pervenire ad un accordo fra le parti, fatto salvo il ricorso per l'ottemperanza (v. Cons. St., 8.9.2009, n. 5266).

Inoltre, erano state evidenziate alcune criticità (su cui v. M.T. CAVUOTI, (12) 2433 ss.):

- con riguardo all'ottemperabilità dell'accordo che, in assenza di una previsione *ad hoc*, non avrebbe potuto essere considerato titolo esecutivo;

- ancora, circa l'ottemperabilità mediante il meccanismo «anomalo» dell'art. 35 (perché volto ad integrare con sindacato di merito il precetto giudiziale incompleto) delle sentenze esecutive di primo grado non sospese. Divisa era la giurisprudenza tra chi (Tar Campania, Napoli, 22.6.2009, n. 3429) riteneva che l'art. 35, comma 2, non avesse introdotto una autonoma azione di accertamento del *quantum debeatur* a seguito di un condanna generica e, comunque, la norma non autorizzasse l'utilizzo dell'ottemperanza per conseguire, come sarebbe per il risarcimento del danno, effetti definitivi difficilmente rimuovibili a seguito della riforma in appello e chi, invece (Tar Basilicata, Potenza, 30.10.2009, n. 584), riteneva che l'art. 33 comma 5, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, ai sensi del quale il giudizio di ottemperanza può essere azionato anche per l'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo di primo grado, che ai sensi del comma 1 dello stesso art. 33 sono esecutive, si applicasse anche alle sentenze del giudice amministrativo di primo grado le quali, *ex* art. 35 comma 2, D.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, stabiliscono i criteri di quantificazione del danno.

Ora, è stata senz'altro risolta proprio dal comma 4 dell'art. 34 la prima di tali questioni, tenuto conto che espressamente la norma oggi consente di utilizzare il ricorso per l'ottemperanza allo scopo di ottenere l'esecuzione dell'accordo raggiunto tra le parti del giudizio.

Con riguardo invece alla seconda questione, se pure manca una previsione che ne detti espressamente la soluzione, non può non tenersi nel dovuto conto il fatto che l'art. 34, comma 4, considera indistintamente nel meccanismo in questione tutte le sentenze che contengano una condanna pecuniaria, nel mentre l'art. 112, comma 2, lett. b), prevede senz'altro l'ottemperabilità delle «sentenze esecutive».

## **5. La sentenza resa nel giudizio di ottemperanza.**

Il comma 1, lettera e), dell'art. 34 prevede che 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».

Il riferimento, sostanzialmente confermando la disciplina previgente, è alle pronunce rese nel giudizio di ottemperanza delle sentenze passate in giudicato e di quelle esecutive partitamente enunciate nell'art. 112, comma 2, nel mentre, se è chiesta l'esecuzione di un'ordinanza, il giudice provvede con ordinanza (art. 114, comma 5).

Ora, sul riflesso del fatto che col giudizio di ottemperanza il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito (v. art. 134, comma 1, lett. a), la norma in commento descrive il contenuto dispositivo della sentenza in termini amplissimi ed innominati in funzione del pieno conseguimento del risultato stabilito nella sentenza.

E' noto, peraltro, come l'oggetto del giudizio di ottemperanza sia stato individuato dalla giurisprudenza nella puntuale verifica da parte del giudice dell'esatto adempimento ad opera dell'Amministrazione dell'obbligo di conformarsi al giudicato, per far conseguire concretamente all'interessato l'utilità o il bene della vita già riconosciutogli in sede di cognizione; cosicché detta verifica, che deve essere condotta nell'ambito dello stesso quadro processuale che ha costituito il substrato fattuale e giuridico della sentenza di cui si chiede l'esecuzione, comporta da parte del giudice dell'ottemperanza una delicata attività di interpretazione del giudicato, al fine di enucleare e precisare il contenuto del comando, attività da compiersi esclusivamente sulla base della sequenza "*petitum - causa petendi - motivi - decisum*". Inoltre, in sede di giudizio di ottemperanza non può essere riconosciuto un diritto nuovo ed ulteriore rispetto a quello fatto valere ed affermato con la sentenza da eseguire, anche se sia ad essa conseguente o collegato, non potendo essere neppure proposte domande che non siano contenute nel "*decisum*" della sentenza da eseguire (v. Cons. St., 14.12.2009, n. 7809 e 2.2.2010, n. 472), salvo qualche apertura introdotta dall'art. 112, commi 3 e 4 (rivalutazione ed interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza e risarcimento dei danni connessi alla mancata esecuzione, violazione od elusione del giudicato; connessa domanda risarcitoria di cui all'art. 30, comma 5), al cui commento si rinvia.

Ne deriva che la pronuncia di ottemperanza ha contenuto misto di cognizione ed esecuzione: la prima, necessaria per l'esecuzione delle sentenze dell'a.g.o. (attraverso la verifica dell'avvenuta eliminazione dell'atto amministrativo ritenuto illegittimo) ed eventuale per l'esecuzione delle sentenze dell'a.g.a. (nel caso di più penetrante attività di specificazione del principio contenuto nella sentenza di annullamento o sul silenzio); la seconda, di conseguenza, eventuale per le sentenze del giudice ordinario e necessaria per quelle del giudice amministrativo.

Anche per l'ottemperanza – proprio muovendo dalla non applicabilità del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e facendo altresì leva sul compito del giudice di verificare lo spontaneo adeguamento della p.a. al giudicato e di applicare e interpretare correttamente i principi della sentenza, da eseguire anche attraverso l'attività discrezionale del commissario *ad acta* – si è recentemente tentato un inquadramento quale forma di esercizio dell'azione di adempimento, sottraendola invece all'area dell'esecuzione in senso stretto, istituzionalmente scevra da attività di «rivisitazione del contenuto oggettivo della sentenza di cognizione» (E. PICOZZA, (11) 203 ss.).

## **6. Il divieto di azioni amministrative *pro futuro* e le ipotesi di superamento della pregiudizialità amministrativa.**

Come opportunamente sottolineato dalla relazione al codice, l'art. 34, comma 2, primo periodo, esclude «che il giudice possa pronunciare in relazione a poteri amministrativi ancora non esercitati e ciò al fine di evitare domande dirette ad orientare l'azione amministrativa *pro futuro*, con palese violazione del principio della divisione dei poteri».

Pertanto, salvo il caso dell'azione avverso il silenzio ex art. 31 – nel quale è proprio il mancato esercizio del potere, quale violazione dell'obbligo di provvedere, a costituire il fondamento giustificativo dell'intervento giudiziale – e salvo l'interpretazione che sarà fornita dalla giurisprudenza sull'art. 114, comma 6 (il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario *ad acta*), al cui commento si rinvia, non è possibile ricorrere al giudice amministrativo per ottenere una pronuncia *ex ante* in ordine alle modalità ed al contenuto dell'esercizio del potere da parte dell'amministrazione. Tale norma, peraltro, assumeva certamente maggiore incisività nella bozza di codice varata dalla Commissione tecnica la quale aveva previsto, tra le azioni esperibili, quella generale di accertamento «dell'esistenza o inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle consequenziali pronunce dichiarative», vietando appunto l'esperimento dell'azione con riferimento a poteri non ancora esercitati.

La seconda parte del comma 2 ripristina poi, in linea generale, il principio di pregiudizialità per cui il giudice non può conoscere, a nessun fine, della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento, concedendo soltanto due eccezioni: a) nei casi in cui la domanda di risarcimento per lesione di interesse legittimo è proponibile in via autonoma (art. 30, comma 3); b) quando, nel corso del giudizio, non risultando più utile

per il ricorrente l'annullamento del provvedimento impugnato, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto solo se sussiste l'interesse ai fini risarcitori (art. 34, comma 3).

A ben guardare, in particolare quest'ultima ipotesi costituisce un vero e proprio superamento del vincolo della pregiudiziale, tenuto conto che l'accertamento incidentale dell'illegittimità dell'atto, pur innestandosi in un giudizio necessariamente originato da una domanda di annullamento, consegue tuttavia ai fini risarcitori senza che venga disposta l'eliminazione del provvedimento illegittimo in ragione del sopravvenuto difetto di interesse del ricorrente alla pronuncia demolitoria.

E' il caso della graduatoria di concorso a suo tempo impugnata da chi, pendente il processo, ha perso interesse all'assunzione per avere, ad esempio, vinto altro e più prestigioso concorso, ma ha invece conservato l'interesse ad avere risarciti i danni frattanto patiti per effetto della mancata assunzione.

In tal caso, peraltro, alla stregua della lettera della norma, neppure è necessario che la domanda risarcitoria venga formulata nel medesimo giudizio, essendo invece sufficiente che nel corso di questo sia stato manifestato tale interesse, seppure con la riserva di esercitare la detta azione nei centoventi giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di accertamento incidentale, alla stregua del principio generale previsto dall'art. 30, comma 5.

### **7. La pronuncia di cessazione della materia del contendere.**

La collocazione della pronuncia di cessazione della materia del contendere tra le sentenze di merito consegue al fatto che essa, come specificato anche nella relazione al codice, «contiene un accertamento di merito in ordine all'avvenuta soddisfazione della pretesa azionata e, per questo, differisce dalle sentenze di rito indicate nell'art. 46» (*recte* 35).

Occorre infatti ricordare che, mentre la cessazione della materia del contendere si verifica allorché l'amministrazione, in pendenza del giudizio, annulli o comunque riformi in maniera soddisfacente per il ricorrente il provvedimento amministrativo contro cui è stato proposto il ricorso, la declaratoria di improcedibilità di un ricorso per sopravvenuta carenza di interesse può derivare o da un mutamento della situazione di fatto o di diritto presente al momento della presentazione del ricorso, che faccia venire meno l'effetto del provvedimento impugnato, ovvero dall'adozione, da parte dell'Amministrazione, di un provvedimento che, idoneo a ridefinire l'assetto degli interessi in gioco, pur senza avere alcun effetto soddisfacente nei confronti del ricorrente (*ex multis*, Cons. St., 5.3.2010, n. 1280; Tar Lombardia, Milano, 5.5.2010, n. 1223, il quale osservava anche, ovviamente prima dell'adozione dell'art. 35 del codice oggi in esame, come l'istituto processuale della improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, di notoria derivazione pretoria, conservasse intatta la sua validità e attualità, malgrado la legge Tar all'art. 23 avesse codificato soltanto l'istituto della cessata materia del contendere, perdurando la sua autonomia concettuale anche rispetto alla rinuncia).

Pertanto, la decisione che dichiara la cessazione della materia del contendere non ha valenza meramente processuale, ma contiene l'accertamento relativo al rapporto amministrativo controverso e alla pretesa sostanziale vantata dall'interessato. L'elemento che la caratterizza è costituito, infatti, dalla causa che determina l'effetto estintivo del giudizio: l'amministrazione, con le proprie determinazioni, ha dato piena soddisfazione alla pretesa sostanziale invocata dall'interessato in giudizio (Cons.St., 12.12.2009, n. 7800).

## **III LE QUESTIONI APERTE**

---

### **1. La pronuncia di adempimento. Nascita e tramonto di due norme.**

Si è detto (*sub* II, 3) come nello schema di codice elaborato dalla Commissione tecnica, nel Capo II del Libro I, tra le azioni di cognizione era compresa (art. 40 dello schema) l'azione di adempimento funzionale alla «condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento richiesto o denegato». La domanda di adempimento, proponibile contestualmente all'azione di annullamento e a quella avverso il silenzio negli stessi termini di queste, comportava che il giudice, avendo le parti allegato in giudizio tutti gli elementi utili, avrebbe potuto pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa con gli stessi limiti oggi previsti dall'art. 31, comma 3, per la pronuncia avverso il silenzio-rifiuto (così l'art. 45 dello schema).

L'innovazione costituiva lo sbocco di un lungo percorso dottrinale che, sulla scia di quanto previsto soprattutto nel sistema tedesco, intendeva superare la dicotomia esistente tra annullamento e condanna a provvedere a seguito dell'inerzia della p.a., da una parte, e ottemperanza dall'altra, racchiudendo direttamente in una pronuncia giudiziale l'ordine alla p.a. di emanare un certo provvedimento; e ciò senza forzare più di tanto il principio cardine della divisione dei poteri, laddove, per un verso, tale pronuncia era utilizzabile solo a fronte di attività amministrativa intera-

mente vincolata mentre, sotto altro profilo, la possibilità di emanare direttamente una decisione che producesse gli effetti del provvedimento rimaneva confinata alle ipotesi di esercizio della giurisdizione estesa al merito.

Inoltre, sempre più pressante diveniva l'esigenza di conseguire l'effettività di tutela delle posizioni sostanziali devolute in giudizio, difficilmente ottenibile attraverso l'effetto conformativo della sentenza di annullamento, limitato in fase esecutiva dall'entità e dall'ampiezza dei motivi articolati in ricorso ed esaminati dal giudice, o comunque puramente formale ogni volta che la pronuncia si fosse arrestata all'esame di censure procedurali (per questa ricostruzione v. R. GISONDI, (14) 1).

In sostanza, anche sulla scorta del modello europeo degli atti obbligatoriamente emanabili (e, cioè, da emanarsi sulla scorta del mero accertamento di determinati presupposti), l'azione di adempimento finiva per soddisfare l'esigenza di «accertamento di una situazione già in parte esistente e derivante da un fenomeno sempre più affermato, ossia quella della previsione di provvedimenti a presupposto vincolato o semivincolato o legato soltanto all'interpretazione dei cc.dd. concetti giuridici indeterminati (con riferimento a questi ultimi, basti pensare a tutta la giurisprudenza in materia di *antitrust*, per cui oggi il giudice amministrativo può benissimo accertare cosa voglia dire, per esempio, "abuso di posizione dominante" )» (così I. MERUSI, (15) 2).

In questi casi si è pertanto ritenuto che non avesse più senso la finzione di sentenze di annullamento che, in realtà, accertando l'esistenza dei presupposti di legge, come tali vanno ottemperate.

La fine è nota.

Nel testo del codice l'azione di adempimento (come anche quella generale di accertamento) è stata eliminata dal catalogo del Libro I.

## 2. Configurabilità nel codice vigente.

Tale esito lascia comunque aperto l'interrogativo circa la sorte dell'azione generale di adempimento e la possibilità di rintracciare norme utili a questo scopo nell'assetto attuale del codice.

Ad un primo esame, sembra emergere il seguente sillogismo: a) l'azione di adempimento è un tipo di azione di condanna; b) l'azione di condanna è espressamente regolata dal codice e, in particolare, l'art. 34, comma 2, lett. c), prevede un contenuto atipico di condanna all'adozione di tutte le misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio; c) pertanto, è ben possibile che il giudice possa adottare direttamente pronunce che condannano l'amministrazione ad emanare un certo provvedimento, richiesto o denegato (è, nella sostanza, il ragionamento di quasi tutti gli Autori che si sono fin qui pronunciati, tra i quali R. GISONDI, (14) 3, e A. TRAVI, (13) 3), secondo un'interpretazione certamente in linea con il divieto di cui all'art. 31, comma 2, primo periodo.

Se così è, peraltro, non si vede perché tale previsione normativa non possa essere utilizzata anche per ottenere quella particolare pronuncia di adempimento attraverso la quale il privato, che abbia ottenuto un provvedimento favorevole ma affetto da vizi emendabili che lo rendono instabile, possa costringere l'amministrazione ad emendare l'atto, anche attraverso la rinnovazione del procedimento (per la configurazione di questa pronuncia v. V. CAIANIELLO, (7) 450 s.).

Quanto alla disciplina applicabile, rimane testualmente aperta, in assenza di una indicazione normativa, la questione concernente la possibilità di emettere pronunce di adempimento a fronte di attività discrezionale della p.a.

In realtà, appare preferibile mantenere fermi, sul necessario piano interpretativo, i limiti già previsti per le pronunce rese avverso il silenzio in ordine alla fondatezza della domanda.

E ciò tenuto conto, per un verso, di quanto già previsto nella bozza elaborata dalla Commissione tecnica e, per altro verso, del fatto che, comunque, «all'azione di adempimento fa da controcanto sul piano sostanziale l'individuazione di un'attività amministrativa vincolata» (R. GISONDI, (14) 3).

**BIBLIOGRAFIA:** (1) F. LA VALLE, *Azione di impugnazione ed azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, in Jus, 1965, 165 ss.; (2) B. CAVALLO, *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, Teramo, 1975; (3) M. NIGRO, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in Foro it., 1975, V, 17; (4) A. QUARANTA, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Novara, 1978; (5) F. SATTA, *Principi di giustizia amministrativa*, Padova, 1978; (6) A. ANDREANI, voce *Sentenza. I) Sentenza amministrativa*, in Enc. giur. Treccani, XXVIII, 1992; (7) V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, II ed., Torino, 1994; (8) F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza amministrativa*, in Trattato dir. amm., 2003, V; (9) E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, VII, Milano, 2005;

(10). F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007; (11) E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, II ed., Milano, 2009; (12) M.T. CAVUOTI, *Commento all'art. 35 del D.lgs. 31 marzo 1998, n. 80*, in *Codice amministrativo*, a cura di F. Caringella – L. Tarantino, Roma, 2009, 2432 ss.; (13) A. TRAVI, *Osservazioni generali sullo schermo di decreto legislativo con un "codice" del processo amministrativo*, Presentazione al Seminario su "Il progetto del codice amministrativo", Firenze 24 maggio 2010, in [www.Giustamm.it](http://www.Giustamm.it); (14) R. GISONDI, *Alcune riflessioni sulla permanenza di un'azione di adempimento nell'ultima bozza del nuovo codice amministrativo*, Intervento al Seminario su "Il progetto del codice amministrativo", Firenze 24 maggio 2010, in [www.Giustamm.it](http://www.Giustamm.it); (15) I. MERUSI, *Trascrizione dell'intervento al Seminario su "Il progetto del codice amministrativo"*, Firenze 24 maggio 2010, in [www.Giustamm.it](http://www.Giustamm.it).

## ARTICOLO 117 RICORSI AVVERSO IL SILENZIO

1. Il ricorso avverso il silenzio è proposto, anche senza previa diffida, con atto notificato all'amministrazione e ad almeno un controinteressato nel termine di cui all'articolo 31, comma 2.
2. Il ricorso è deciso con sentenza in forma semplificata e in caso di totale o parziale accoglimento il giudice ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni.
3. Il giudice nomina, ove occorra, un commissario ad acta con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata.
4. Il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario.
5. Se nel corso del giudizio sopravviene il provvedimento espresso, o un atto connesso con l'oggetto della controversia, questo può essere impugnato anche con motivi aggiunti, nei termini e con il rito previsto per il nuovo provvedimento, e l'intero giudizio prosegue con tale rito.
6. Se l'azione di risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 30, comma 4, è proposta congiuntamente a quella di cui al presente articolo, il giudice può definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria.

**SOMMARIO: I INTRODUZIONE ALLA NORMA:** 1. Contenuto della norma e articolazione del giudizio. **II IL COMMENTO:** 1. Modalità di proposizione del ricorso. Diffida "extraprocedimentale" ed "endoprocedimentale". 2. Legittimazione passiva e la questione dei controinteressati. 3. Poteri del giudice e natura della sentenza. 3.1. Il rito in camera di consiglio. 4. Provvedimento sopravvenuto e ricorso per motivi aggiunti. 5. Risarcimento del danno da ritardo e rito speciale. 6. Attività successiva all'emanazione della sentenza. Inadempimento dell'amministrazione e regime giuridico degli atti di violazione o elusione della sentenza di condanna ad emanare il provvedimento richiesto. 6.1. Nomina del commissario. 6.2. Regime giuridico degli atti posti in essere dal commissario. La tesi del commissario quale "soggetto ausiliario". **II LE QUESTIONI APERTE** 1. Natura degli atti di violazione e elusione della sentenza e poteri del giudice in presenza di attività posta in essere dal commissario.

### I INTRODUZIONE ALLA NORMA

---

#### 1. Contenuto della norma e articolazione del giudizio.

La norma in commento disciplina, nell'ambito dei riti speciali, le modalità di proposizione dell'azione avverso il silenzio, contemplata dall'art. 31, e lo svolgimento del relativo giudizio.

Come è noto, la pregressa disciplina era contenuta nell'art. 21-bis della legge Tar, il quale, almeno secondo il prevalente orientamento interpretativo, prevedeva un giudizio unico ancorché articolato in due fasi.

La prima fase (necessaria) consisteva in un *giudizio di cognizione sommaria*, che si concludeva con una sentenza succintamente motivata.

La seconda fase (eventuale) aveva natura di *giudizio di esecuzione* e si apriva soltanto nel caso in cui l'amministrazione rimanesse inadempiente nonostante l'emanazione della predetta sentenza.

La unitarietà del giudizio si desumeva, in particolare, dalla circostanza che tale seconda fase si svolgeva innanzi allo stesso giudice adito a seguito della presentazione di una semplice istanza e non con ricorso.

Dall'analisi del contenuto complessivo della nuova norma può ritenersi confermata la predetta articolazione del giudizio, con accentuazione della sua valenza unitaria desumibile, come si dirà più ampiamente nel prosieguo, dal fatto che è espressamente previsto che il commissario possa essere nominato già al momento dell'emanazione della sentenza.

### II. IL COMMENTO

---

#### 1. Modalità di proposizione del ricorso. Diffida "extraprocedimentale" ed "endoprocedimentale".

Il primo comma dell'articolo in commento prevede che il ricorso avverso il silenzio è proposto "anche senza diffida".

Il legislatore ha, pertanto, confermato la regola già contenuta nel comma 8 dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990, come modificato dalla legge n. 15 del 2005. La parte interessata può decidere ugualmente di fare precedere la proposizione del ricorso dalla "messa in mora" del soggetto inadempiente.

In questa sede, può essere opportuno fare cenno ad una questione che non è stata oggetto di regolamentazione e che attiene alla eventuale necessità della diffida "endoprocedimentale" in presenza di procedimenti ad iniziativa d'ufficio.

Come è noto, in tali casi, rispetto ai procedimenti ad iniziativa di parte, l'accertamento del momento in cui la doverosità dell'azione amministrativa si concretizza nella sua effettività può presentare profili di complessità.

Al di fuori dell'ipotesi in cui il dovere di provvedere è chiaramente delineato a livello normativo (Corte cost. n. 176 del 2004), negli altri casi può essere, in primo luogo, la stessa amministrazione che riconosce l'esistenza dei requisiti

fattuali per l'attivazione dell'*iter* procedimentale a seguito di segnalazioni provenienti dagli uffici preposti a svolgere determinate attività di controllo nei settori considerati. Pur potendo, in determinate circostanze, la stessa segnalazione determinare l'inizio del procedimento, normalmente il soggetto competente all'eventuale adozione del provvedimento si riserva un potere di accertamento preliminare in ordine alla sussistenza dei presupposti perché possa dirsi integrato il dovere di provvedere. In secondo luogo, le denunce possono provenire da privati "interessati" a chiedere l'emanazione del relativo provvedimento restrittivo. Anche in questa seconda ipotesi l'amministrazione deve procedere ad una delibazione e verifica, più pregnante rispetto all'ipotesi di segnalazione interna, del contenuto della denuncia presentata. In sintesi, le predette segnalazioni e denunce fanno sempre sorgere, sia pure con "intensità" diversa, un "dovere di procedere" a contenuto istruttorio che diventa "dovere di provvedere" soltanto a seguito di un atto deliberativo - che segna il *dies a quo* di decorrenza del termine di conclusione del procedimento - con cui il soggetto competente ritiene sussistenti i requisiti previsti dalla legge o ricavabili dai principi generali dell'azione amministrativa. Sul piano processuale, in presenza di un dovere di provvedere nei procedimenti ad iniziativa d'ufficio, il ricorso "diretto" al giudice amministrativo da parte di un soggetto titolare di un interesse strumentale dovrebbe essere possibile unicamente nel caso in cui risulti che sia stata la stessa amministrazione che, a seguito normalmente di una verifica interna, abbia riconosciuto la sussistenza di un dovere di provvedere e nondimeno non abbia emanato il provvedimento finale nel termine prescritto dalla legge. Nei casi in cui ciò non si verifichi, si potrebbe ritenere che il soggetto interessato, prima di adire l'autorità giudiziaria, abbia l'onere di diffidare l'amministrazione ad emanare il chiesto atto restrittivo mediante una denuncia circostanziata. Se la p.a. conclude in maniera negativa per il privato il giudizio di delibazione e verifica è possibile ricorrere innanzi al giudice amministrativo ai fini del sindacato sulle modalità di esercizio di siffatto potere. In definitiva, dunque, potrebbe ritenersi non ammissibile, nei soli procedimenti ad iniziativa d'ufficio, un ricorso "diretto" al giudice amministrativo, non preceduto da una diffida a provvedere, in assenza di un "riconoscimento" della sussistenza dell'obbligo di provvedere da parte della stessa amministrazione (v. Tar Calabria-Catanzaro, sez II, 19 maggio 2008, n. 523).

## **2. Legittimazione passiva e la questione dei controinteressati.**

Sempre il primo comma dell'articolo in esame stabilisce che il ricorso si propone "con atto notificato all'amministrazione e ad almeno un controinteressato".

Per la individuazione dell'amministrazione resistente valgono le regole generali.

Per quanto attiene, invece, alla posizione dei controinteressati il legislatore ha introdotto una rilevante novità, sui cui occorre soffermarsi.

Come è noto, prima dell'emanazione del Codice, la prevalente giurisprudenza amministrativa (*ex multis*, Cons. St., sez. V, 3 gennaio 2002, n. 12) era dell'avviso che nel giudizio sul silenzio non vi fossero soggetti controinteressati, in quanto, mancando il provvedimento, non sussisterebbe neanche l'assetto di interessi che gli stessi potrebbero essere legittimati a chiedere che non venga alterato o mutato. Sarebbe, inoltre, non opportuno gravare il ricorrente di complesse ricerche dei soggetti coinvolti nella vicenda amministrativa.

Un diverso orientamento giurisprudenziale (Cons. St., sez. IV, 9 agosto 2005, n. 4231; Tar Campania-Napoli, sez. VII, 10 aprile 2009 n. 1947; Tar Lazio-Roma, sez. III, 12 aprile 2007, n. 3166) se condivideva l'interpretazione esposta quando l'oggetto del giudizio si risolveva in una mera condanna dell'amministrazione ad adempiere, riteneva necessario, in presenza di un giudizio sulla fondatezza della pretesa (v. commentato art. 31), assicurare il coinvolgimento dei soggetti che potrebbero ricevere un pregiudizio da una decisione giudiziale che definisce il rapporto sostanziale.

Il legislatore della riforma ha ritenuto necessario, anche nel giudizio avverso il silenzio, assicurare il coinvolgimento dei controinteressati. Ma, rispetto all'orientamento da ultimo esposto, ha effettuato una scelta parzialmente differente ritenendo che occorre *sempre* notificare il ricorso ad almeno uno di essi. L'ampia dizione impiegata non consente, infatti, di limitare il coinvolgimento di tali soggetti soltanto quando la domanda proposta si estende all'accertamento della fondatezza della pretesa. Anche in presenza di una domanda di mera condanna ad adempiere, il ricorrente è, pertanto, gravato dell'onere di notificazione in esame.

La scelta normativa, sul piano teorico e sistematico, è mossa dalla convinzione, condivisibile, che soggetti controinteressati possono esistere anche quando il giudice è chiamato soltanto ad accertare la violazione dell'obbligo di provvedere; sul piano pratico, l'opzione legislativa si spiega in ragione del fatto che limitare il coinvolgimento di questi ultimi esclusivamente quando il sindacato giudiziale venga esteso al rapporto avrebbe imposto la necessità di modulare diversamente le regole processuali a seconda di una variabile, rappresentata dall'oggetto del giudizio, non sempre predeterminabile *ab initio* con certezza.

E' alquanto evidente che la norma in commento comporterà una serie di problemi in sede di applicazione concreta e di verifica giudiziale del rispetto di tale onere, non fosse altro perché, mancando il provvedimento, non può farsi ricorso al requisito formale che consente di ritenere controinteressati in senso processuale soltanto i soggetti che risultano direttamente o indirettamente dal provvedimento. In altri termini, avendo il processo in esame ad oggetto un comportamento e non un atto, ciò che rileva, ai fini della individuazione delle parti necessarie del processo, è la sussistenza del solo requisito sostanziale, rappresentato dalla possibile lesione che l'accoglimento eventuale del ricorso potrebbe cagionare nella sfera giuridica dei soggetti contrari al mutazione della situazione esistente.

### **3. Poteri del giudice e natura della sentenza.**

Il secondo comma dell'articolo in commento prevede che "il ricorso è deciso in forma semplificata e in caso di totale o parziale accoglimento il giudice ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni".

All'esito del giudizio, il giudice amministrativo emana, sussistendone i presupposti, una sentenza di condanna dell'amministrazione a provvedere.

Per quanto attiene alle modalità di definizione del giudizio mediante sentenza in forma semplificata si rinvia al commento relativo all'art. 74.

Per quanto attiene, invece, allo specifico contenuto della sentenza deve rilevarsi come, per quanto si impieghi la generica espressione sopra indicata, invero, il contenuto dell'ordine è diverso a seconda dell'oggetto del processo.

Più precisamente, in presenza di una attività discrezionale dell'amministrazione il giudice emana una sentenza di *accertamento* dell'obbligo di provvedere e di *condanna* dell'amministrazione a provvedere.

In presenza di una attività vincolata o parzialmente vincolata che non comporti accertamenti complessi, il giudice amministrativo emana una sentenza di *accertamento* della fondatezza della pretesa azionata e di *condanna* dell'amministrazione ad emanare il *provvedimento amministrativo richiesto*.

In altri termini, pur avendo il legislatore impiegato una espressione "omnicomprensiva", si deve ritenere che: a) a fronte della proposizione di una azione di condanna in un ambito caratterizzato da discrezionalità, il giudice adotta una sentenza di condanna ad adempiere, previo accertamento della violazione del dovere di provvedere nei tempi predefiniti; b) a fronte della proposizione di una azione di condanna in un ambito caratterizzato da scelte vincolate, il giudice adotta una sentenza di condanna ad emanare il provvedimento richiesto, previo accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale (per maggiori approfondimenti, anche in relazione al rapporto con l'azione di adempimento, si v. sub commento art. 31).

Il comma in esame puntualizza che la sentenza potrebbe essere di "totale o parziale accoglimento". La dizione, per quanto non sia detto esplicitamente, si riferisce ai casi in cui oggetto del giudizio è anche l'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere. Se poi si vuole ritenere che la dizione impiegata possa avere una sua utilità anche in un giudizio che si limiti ad una mera condanna ad adempiere senza giudicare del rapporto sostanziale, l'unica possibile spiegazione è di ritenere che il legislatore abbia inteso ricomprendere anche il caso di un ricorso nei confronti del silenzio tenuto dall'amministrazione a fronte di una richiesta di più provvedimenti e di un giudizio all'esito del quale sia stata ravvisata la violazione del dovere di provvedere soltanto in relazione ad alcuni di tali provvedimenti.

Il testo introdotto con la disposizione in esame ha omissis di riportare, come previsto dalla pregressa normativa, che è possibile disporre "adempimenti istruttori". Ciò non significa ovviamente che, in presenza di tale rito speciale, non sia ammissibile una fase istruttoria, ma si è ritenuto ultroneo riprodurre la dizione in esame, valendo le regole generali sui mezzi di prova poste dagli artt. 63 e ss.

#### **3.1. Il rito in camera di consiglio.**

Le diverse tipologie di sentenze sopra indicate sono emanate all'esito del rito speciale che si svolge in camera di consiglio.

A tale proposito, appare utile sottolineare come la scelta compiuta dal legislatore non fosse l'unica possibile.

Si sarebbe, infatti, potuto differenziare il rito a seconda dell'oggetto del giudizio e della natura dell'azione: camera di consiglio quando la parte propone un'azione di "mero" adempimento; udienza pubblica quando la parte propone un'azione di adempimento ad emanare il provvedimento richiesto. Questa soluzione avrebbe consentito che il rito speciale in esame fosse realmente semplificato e celere.

Non si è, però, optato per tale decisione per motivi di natura essenzialmente pratica. Infatti, la soluzione indicata comportava il rischio che l'eventuale trattazione dell'azione proposta in udienza pubblica, per la presenza di una domanda di accertamento della fondatezza della pretesa, terminasse, all'esito della verifica giudiziale, con una mera condanna ad adempiere. Senza contare poi che la diversità di rito avrebbe introdotto nel sistema un elemento di complicazione, considerato che, per come è formulata la norma in commento, non sussisterebbe di fatto alcuna apprezzabile differenza di trattamento processuale tra i due riti.

#### **4. Provvedimento sopravvenuto e ricorso per motivi aggiunti.**

Occorre adesso accertare come accade se nel corso del giudizio, prima dell'emanazione della sentenza, sopraggiunga il provvedimento espresso o un atto connesso con l'oggetto della controversia.

Prima dell'emanazione della disposizione in commento, un certo orientamento giurisprudenziale riteneva non ammissibile l'innesto di segmenti impugnatori nel contesto del rito speciale in esame, in quanto - si affermava - lo impedirebbero sia i principi di tipicità e tassatività dei casi di conversione dei riti (arg. ex art. 40 c.p.c.) sia la necessità di evitare facili elusioni dei tempi ordinari di trattazione delle controversie, anche in considerazione della incompatibilità, sul piano processuale, del procedimento camerale con quello ordinario (Cons. St., sez. V, 4 marzo 2008, n. 897; Id., sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1586; Id., sez. VI, 28 giugno 2004, n. 4632; Id., sez. IV, 23 aprile 2004, n. 2386). Conse-

guentemente, da un lato, il ricorso per motivi aggiunti avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile, dall'altro, il ricorso avverso il silenzio dovrebbe essere dichiarato: inammissibile, per carenza originaria di interesse, se il provvedimento, ancorché non comunicato, fosse stato emanato prima della proposizione del ricorso stesso; improcedibile, per carenza sopravvenuta di interesse, se il provvedimento fosse intervenuto nel corso del processo; se poi si fosse accertato che il provvedimento fosse interamente satisfattivo della pretesa azionata si sarebbe potuta dichiarare cessata la materia del contendere.

La giurisprudenza amministrativa prevalente riteneva, invece, che qualora nel corso del giudizio speciale in esame sopravvenisse il provvedimento espresso lo stesso, per esigenze di concentrazione delle liti, poteva essere impugnato con motivi aggiunti (tra le altre, Con. St., sez. VI, 27 ottobre 2006, n. 6439). La stessa giurisprudenza aggiungeva, però, che il giudice dovesse, sussistendone i presupposti, disporre la conversione del rito, applicando quello previsto per il provvedimento espresso. Si riteneva, così, ammissibile una decisione che, previa dichiarazione di improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse del ricorso proposto avverso il silenzio serbato dalla p.a., passi poi ad esaminare il ricorso per motivi aggiunti proposto da parte ricorrente e si pronunci circa la legittimità dell'atto sopravvenuto (tra gli altri, Tar Campania-Napoli, sez. I, 28 febbraio 2007, n. 1285). Qualora, invece, il provvedimento fosse stato emanato prima del ricorso, e non siano ovviamente scaduti i termini per ricorrere, dovrebbe procedersi nello stesso modo, previa questa volta dichiarazione di inammissibilità del ricorso avverso il silenzio. Vale ovviamente anche in questo caso il principio generale secondo cui, qualora il provvedimento sia pienamente satisfattivo della pretesa fatte valere, potrebbe essere dichiarata la cessazione della materia del contendere.

Il legislatore ha "codificato" la regola giurisprudenziale da ultimo esposta, stabilendo che "se nel corso del giudizio sopravviene il provvedimento espresso, o un atto connesso con l'oggetto della controversia, questo può essere impugnato anche con motivi aggiunti, nei termini e con il rito previsto per il nuovo provvedimento, e l'intero giudizio prosegue con tale rito" (comma 5).

E' bene aggiungere, anche se si tratta di un aspetto non disciplinato, che qualora, invece, venga introdotta un'azione di annullamento unitamente ad un ricorso avverso il silenzio, «il giudice è tenuto a verificare se la domanda di annullamento rispetti i termini e le modalità previste per il rito ordinario e, in casi di risposta affermativa, deve convertire il rito con trattazione del ricorso in udienza pubblica e non in camera consiglio» (Consiglio di Stato, sez. VI, 27 ottobre 2006, n. 6439).

## **5. Risarcimento del danno da ritardo e rito speciale.**

Il legislatore ha anche risolto la questione relativa alla ammissibilità dell'azione di risarcimento del danno da ritardo nel rito speciale sul silenzio.

Prima della emanazione dell'art. 2-bis della legge n. 241 del 1990, introdotto dall'art. art. 7, comma 1, lettera c), della legge 18 giugno 2009, n. 69, l'orientamento della giurisprudenza prevalente riteneva che non fosse possibile la contestuale proposizione dell'azione di condanna in esame (ex multis, Cons. St., sez. V, 30 novembre 2007, n. 6138; Id., sez. VI, 5 novembre 2007, n. 5713; Cons. St., sez. IV, 10 giugno 2004, n. 3729; Id., 23 aprile 2004, n. 2386; Tar Lazio-Roma, sez. II-ter, 27 luglio 2007, n. 7119), in quanto la stessa presupponeva, ai fini della sua ammissibilità, la dimostrazione della lesione del bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla. Soltanto una tesi minoritaria riteneva, invece, ammissibile tale azione (tra le altre, Tar Puglia-Bari, sez. III-ter, 3 giugno 2004, n. 2371), alla luce del riconoscimento normativo della possibilità di una cognizione estesa al rapporto sostanziale dedotto in giudizio.

A seguito delle modifiche introdotte dal citato art. 2-bis, e trasposte nel nuovo Codice, si è previsto che la pubblica amministrazione è tenuta "al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento». Rinviano al commento relativo all'art. 30, è sufficiente rilevare come il legislatore, contrariamente agli orientamenti espressi dalla giurisprudenza amministrativa, abbia ritenuto che la condanna al risarcimento del danno non debba essere più condizionata all'accertamento della "spettanza" del bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla. E' "sufficiente" la inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.

E' evidente come tale modifica renda più semplice, almeno sul piano astratto, l'accertamento del nesso causale materiale. Avendo, infatti, il legislatore del 2009 introdotto una forma di responsabilità che prescinde dall'accertamento della lesione del bene della vita, non dovrebbe essere più necessario effettuare il giudizio prognostico volto a stabilire se il comportamento dell'amministrazione abbia leso il predetto bene della vita e conseguentemente se sia stato idoneo a cagionare eziologicamente un danno ingiusto; quest'ultimo dovrebbe essere conseguenza della "sola" lesione della situazione giuridica soggettiva la cui protezione richiede il rispetto del termine di azione previsto dalla legge. Rimane fermo, ovviamente, sul piano dell'accertamento dei danni, l'onere, in capo al ricorrente, di dimostrare che il "fatto lesivo" abbia cagionato pregiudizi patrimoniali o non patrimoniali (c.d. causalità giuridica).

Alla luce di quanto esposto, le soluzioni possibili erano le seguenti.

Si sarebbe potuto ritenere, anche per fini di concentrazione delle forme di tutela, che l'accertamento degli elementi costitutivi della fattispecie dell'illecito civile fosse, soprattutto dopo la riforma del 2009, compatibile con le modalità di svolgimento del rito in esame.

Ma si sarebbe potuto sostenere anche il contrario: la verifica di tali elementi costitutivi potrebbe richiedere, soprattutto in presenza di determinate controversie, accertamenti non semplici. Senza contare poi che, a rigore, l'accertamento giudiziale, se è vero che può prescindere dalla verifica della spettanza del bene della vita, dovrebbe "considerare", soprattutto ai fini della determinazione del danno, anche il comportamento tenuto dall'amministrazione successivamente all'emanazione della sentenza contenente la condanna dell'amministrazione a provvedere ovvero ad emanare il provvedimento richiesto. L'alternativa, pertanto, all'ammissibilità dell'azione risarcitoria contestualmente all'azione di accertamento e di condanna ad adempiere avrebbe potuto essere quella di ritenere che il giudice fosse tenuto, sussistendone le condizioni, a disporre la conversione del rito limitatamente alla domanda di risarcimento del danno.

Il legislatore, con la norma in commento, tenendo conto (anche) delle modifiche introdotte, ha adottato una soluzione mediana e flessibile rispetto alle due sopra prospettate. Si è, infatti, previsto che quando l'azione di risarcimento del danno è proposta congiuntamente a quella avverso il silenzio "il giudice può definire con il rito camerale" (corsivo aggiunto) quest'ultima e "trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria". E' rimessa, pertanto, all'apprezzamento dell'autorità giudiziaria valutare se l'azione di risarcimento presenti profili di complessità la cui disamina non sarebbe compatibile con il rito speciale del silenzio ovvero se, al contrario, sia possibile una trattazione congiunta in camera di consiglio.

## **6. Attività successiva all'emanazione della sentenza. Inadempimento dell'amministrazione e regime giuridico degli atti di violazione o elusione della sentenza di condanna ad emanare il provvedimento richiesto.**

Terminata l'analisi delle principali questioni relative alla fase di cognizione sommaria, dobbiamo occuparci della fase esecutiva eventuale, che inizia qualora l'amministrazione non ottemperi all'ordine giudiziale di "provvedere".

La verifica della sussistenza del presupposto dell'inadempimento ancora una volta dipende dalla natura e dal contenuto della sentenza emanata all'esito della prima fase.

Se il giudice amministrativo si è limitato ad ordinare all'amministrazione di provvedere si avrà inadempimento soltanto in presenza di un comportamento omissivo. Qualunque comportamento commissivo che si è estrinsecato nell'emanazione di provvedimenti amministrativi costituisce, infatti, adempimento dell'ordine giudiziale con conseguente definizione del rito speciale. Le eventuali contestazioni dovranno essere fatte valere secondo le regole ordinarie di impugnazione.

Se, però, il giudice amministrativo ha anche accertato la fondatezza della pretesa fatta valere con condanna dell'amministrazione ad emanare il provvedimento richiesto, l'inadempimento potrà aversi non soltanto nel caso in cui l'amministrazione stessa rimanga inerte ma anche qualora emani un provvedimento dal contenuto diverso da quello indicato nella sentenza.

In tutti questi casi, che integrano gli estremi dell'inadempimento all'ordine giudiziale, prima del Codice, in assenza di una disciplina puntuale, si discuteva su quali potessero essere le modalità di tutela.

Per fini di concentrazione delle tutele il quarto comma della norma in commento ha chiaramente affermato che "il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto". Ne consegue che dovranno essere proposti nell'ambito dello stesso rito speciale tutte le azioni volte a contestare non solo il persistente comportamento omissivo dell'amministrazione ma anche l'adozione di eventuali atti di violazione o elusione della sentenza. Non è stata, però, risolta la questione relativa alla esatta qualificazione di tali atti (v. *infra*).

### **6.1. Nomina del commissario.**

Chiarito ciò, deve rilevarsi come, secondo la disciplina vigente prima dell'emanazione del Codice, la seconda fase esecutiva avrebbe dovuto aprirsi a seguito della presentazione di una istanza da parte del soggetto interessato volta ad ottenere la nomina di un commissario.

Muovendo dall'unicità del rapporto si riteneva possibile, in presenza di un richiesta espressa contenuta nel ricorso, che il commissario *ad acta* fosse nominato già nella prima fase.

Una diversa ricostruzione escludeva, invece, che la nomina del commissario *ad acta* potesse avvenire con la pronuncia che condanna l'amministrazione a provvedere, ciò sul presupposto che occorresse rispettare la gradualità degli interventi giurisdizionali previsti dal previgente art. 21-*bis*, comma 2, della legge Tar. In questo senso si era espresso, tra altri, Cons. St., sez. V, 14 aprile 2009, n. 2291, che aveva riformato una sentenza con la quale il giudice di primo grado, nell'accogliere un ricorso avverso il silenzio della p.a., aveva contestualmente nominato il commissario *ad acta* (nella motivazione si legge quanto segue: "l'art. 21-*bis* della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto con l'art. 2 della l. n. 205 del 2000, dispone al 2° comma che, in caso di accoglimento, il giudice amministrativo ordina alla stessa amministrazione di provvedere, prevedendo la nomina di un commissario *ad acta* solo in caso di inadempimento a quanto ordinato con la decisione, e su richiesta di parte").

Il legislatore della riforma ha "codificato" la regola giurisprudenziale per prima esposta, affermando chiaramente che il giudice possa nominare un commissario *ad acta* già con la sentenza con cui definisce il giudice ovvero successivamente su istanza della parte interessata.

Questa espressa presa di posizione conferma la unicità del rito speciale in esame e introduce una regola che si pone in linea con quanto previsto nel giudizio di esecuzione.

## 6.2. Regime giuridico degli atti posti in essere dal commissario. La tesi del commissario quale “soggetto ausiliario”.

Rimane da valutare quale sia il regime giuridico degli atti posti in essere dal commissario.

Nel periodo in cui, in assenza di alcuna previsione normativa, era prevalente l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il giudice adito *ex art. 21-bis* dovesse limitarsi a condannare l'amministrazione a provvedere senza potere valutare la fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere (vedi, per tutte, Cons. St., ad. plen., 9 gennaio 2002, n. 1), il commissario nominato, coerentemente, era qualificato quale organo straordinario dell'amministrazione piuttosto che semplice soggetto ausiliario del giudice. Ciò in quanto - in presenza di una mera declaratoria di condanna della p.a. di provvedere e in mancanza, pertanto, di alcun vincolo giudiziale posto al successivo esercizio del potere amministrativo - il commissario poteva agire con la massima libertà di azione. Gli atti posti in essere da quest'ultimo non potevano, dunque, essere considerati “atti” di esecuzione di una decisione giudiziale ma veri e propri provvedimenti amministrativi emanati in sostituzione dell'amministrazione rimasta inadempiente. La loro eventuale contestazione da parte dei privati avrebbe, pertanto, dovuto svolgersi non innanzi allo stesso giudice dell'esecuzione bensì in sede di giurisdizione generale di legittimità.

Come già rilevato la riforma del 2005 aveva chiarito che l'autorità giudiziaria potesse anche spingersi sino a valutare la fondatezza della pretesa azionata dal privato.

Alla luce di tale novità, escluso che il commissario potesse considerarsi “sempre” un organo straordinario, le possibili soluzioni erano due ed erano strettamente dipendenti dalla questione relativa ai poteri del giudice dell'esecuzione nel rito sul silenzio.

L'orientamento giurisprudenziale prevalente (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sezione IV, 25 giugno 2007, n. 3602) assegnava al commissario natura “mista”.

Più in particolare, nel caso di inadempimento dell'amministrazione al dovere di eseguire la sentenza che avesse “accertato” la fondatezza della pretesa sostanziale, il commissario nominato per provvedere in luogo della p.a. veniva qualificato quale “soggetto ausiliario” del giudice: in questo caso le analogie con l'ordinario processo di esecuzione erano evidenti.

Nell'ipotesi in cui, invece, l'inesecuzione riguardasse una sentenza con cui il giudice si fosse limitato, in ragione della sussistenza di un potere discrezionale o di un potere vincolato che presupponeva un accertamento complesso, a condannare l'amministrazione ad adempiere, il commissario nominato per provvedere in luogo della p.a. veniva qualificato quale “organo straordinario”.

Più in dettaglio, a fronte di una attività amministrativa connotata da discrezionalità il persistente inadempimento dell'amministrazione anche dopo l'emanazione della sentenza di condanna imponeva al giudice la nomina di un commissario che si sostituisse all'amministrazione inerte. Il commissario diventava così un organo straordinario della p.a. inserito nell'organizzazione amministrativa, con la conseguenza che i suoi atti venivano considerati veri e propri provvedimenti amministrativi imputabili all'amministrazione inadempiente e impugnabili secondo le regole ordinarie nel termine decadenziale di sessanta giorni.

Un secondo orientamento qualificava il commissario, sulla falsariga di quanto si riconosce nel processo di esecuzione “ordinario”, *sempre* quale soggetto ausiliario.

Il legislatore della riforma ha fatto propria questa seconda opzione interpretativa, stabilendo, al comma 4 della norma in commento, che il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto “*ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario*” (corsivi aggiunti).

La scelta legislativa è condivisibile, in quanto si pone in linea con il principio di effettività, concentrazione e ragionevole durata del processo.

Detto ciò, deve, però, rilevarsi come tale previsione imponga, a mio avviso, di ritenere che il giudice amministrativo, in presenza di tali fattispecie, eserciti una giurisdizione estesa al merito, abbia cioè gli stessi poteri del giudice dell'esecuzione di una sentenza emessa all'esito del rito ordinario. Ciò in quanto anche qualora l'amministrazione persista nell'inadempimento, in un ambito connotato da ampi margini di discrezionalità, non emanando il provvedimento dopo la condanna ad adempiere emessa dal giudice, quest'ultimo potrebbe decidere di adottare esso stesso la misura sostitutiva ovvero nominare un commissario che provveda in luogo dell'amministrazione. In questo caso, soltanto il riconoscimento della sussistenza di poteri di merito del giudice dell'esecuzione consente di ritenere che il commissario sia un ausiliario dell'ufficio giudiziario. In altri termini, mi sembra sussista una stretta correlazione tra la previsione di una giurisdizione estesa al merito e la configurazione della natura dell'attività del commissario: solo ritenendo che il giudice abbia penetranti poteri gli stessi potrebbero “trasferirsi” al commissario che diventa un suo ausiliario.

E' bene aggiungere che, così argomentando, non ci si è limitati ad estendere a questa fase le prerogative di “merito” dell'ordinario processo esecutivo, ma si è, invero, creata una nuova ipotesi di giurisdizione di merito. In mancanza di qualunque provvedimento amministrativo, la sentenza di esecuzione che dovrebbe seguire la sentenza di condanna, non potrebbe avere natura mista di cognizione e di esecuzione ma avrebbe natura di sola cognizione. In altri termini, saremmo in presenza di una decisione con cui il giudice non adotta eventuali misure sostitutive per eseguire una sen-

tenza che pone dei vincoli più o meno puntuali ma adotta “solo” misure sostitutive per “eseguire” una sentenza (*recte*: un ordine giudiziale ad adempiere) che non pone alcun vincolo. Il commissario verrebbe nominato non per attuare una sentenza ma per sostituire un’amministrazione rimasta inadempiente al suo dovere di provvedere.

Infine, deve rilevarsi come il legislatore non abbia trasposto nella norma in commento la disposizione previgente secondo cui all’atto dell’insediamento il commissario, preliminarmente all’emanazione del provvedimento da adottare in via sostitutiva, doveva accertare se anteriormente alla data dell’insediamento medesimo l’amministrazione avesse provveduto, ancorché in data successiva al termine assegnato dal giudice amministrativo. La omessa riproduzione di tale norma non significa che l’amministrazione non conservi il potere di intervenire anche dopo la proposizione del ricorso. Tale omissione si spiega soltanto in quanto si è ritenuto, con molta probabilità, che tale specificazione fosse ultronea a fronte di una norma che conferisce al commissario, quale organo ausiliario, ampi poteri sempre controllabili dallo stesso giudice del rito speciale.

## **II LE QUESTIONI APERTE**

---

### **1. Natura degli atti di violazione e elusione della sentenza e poteri del giudice in presenza di attività posta in essere dal commissario.**

Il legislatore ha risolto gran parte delle questioni esistenti prima dell’emanazione del Codice.

Forse l’unica problematica che rimane anche da definire compiutamente attiene all’esatta individuazione della natura giuridica degli atti posti in essere in violazione o elusione della sentenza. Nessuna norma contenuta nel codice e nella legge n. 241 del 1990 stabilisce se siamo in presenza di una mera ipotesi di annullabilità o di nullità. A rigore, essendo i casi di nullità tassativi dovremmo ritenere che tali atti siano meramente annullabili, ma detta qualificazione striderebbe con la loro impugnabilità innanzi allo stesso giudice del rito sul silenzio.

Rimane, inoltre, ancora aperta, almeno sul piano teorico, la questione relativa alla esatta natura dei poteri esercitati dal giudice a fronte dell’impugnazione di atti posti in essere dal commissario in presenza di una sentenza che si limita a condannare l’amministrazione a provvedere senza alcuna statuizione sul rapporto sostanziale dedotto in giudizio.