

# AZIONE DI ADEMPIMENTO, DISPONIBILITÀ DELLA SITUAZIONE GIURIDICA E ONERE DELLA PROVA (\*)

di Andrea Carbone,  
*Dottorando in diritto amministrativo presso la Sapienza Università di Roma*

## 1. Interesse legittimo e azione di adempimento

Il problema trattato in queste giornate di studio può essere oggetto di analisi anche sotto l'ulteriore aspetto relativo al rapporto tra situazione giuridica tutelata e azioni esperibili dinanzi al g.a.

Emerge, da questo punto di vista, la questione inerente la tutela processuale dell'interesse legittimo pretensivo e le profonde modifiche intervenute in merito ad opera del Codice del processo amministrativo.

Si consideri, preliminarmente, come la disponibilità della situazione giuridica deve essere intesa, tanto nel diritto amministrativo quanto nel diritto civile, nella facoltà di porre in essere atti in grado di soddisfare o tutelare, sia nel processo sia al di fuori di esso, il bene della vita sottostante alla situazione giuridica stessa. In relazione all'interesse legittimo, tale definizione si traduce, secondo quanto le fondamentali pagine del Nigro sull'argomento<sup>1</sup>, nella possibilità di influire sull'esercizio del potere amministrativo di modo da provocare l'adozione di un atto ampliativo della propria sfera giuridica (interesse legittimo pretensivo) ovvero di resistere contro un atto restrittivo della stessa (interesse legittimo oppositivo).

Per quanto concerne la prima delle due categorie, si è assistito, fino all'adozione del Codice, ad un rafforzamento degli strumenti procedimentali idonei ad assicurarne la tutela, attraverso soprattutto lo sviluppo dell'istituto della partecipazione di cui agli artt. 7, 9 e 10 della legge n. 241/1990, nonché mediante la previsione del c.d. preavviso di rigetto di cui all'art. 10 *bis* della medesima legge.

Non si è però avuta anche una parallela evoluzione delle azioni processuali dirette alla soddisfazione di questo genere di situazioni giuridiche: ed anche su questo punto può richiamarsi

---

\* **Intervento alla X edizione delle Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada-Bartoli.** L'Autore ringrazia in particolar modo il prof. Alberto Romano e il prof. Vincenzo Cerulli Irelli per aver permesso la sua partecipazione al Convegno.

Per ulteriori riflessioni sul tema qui trattato sia consentito rimandare a A. CARBONE, *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, in *Foro amm. TAR*, 2011, pp. 1499 ss.

<sup>1</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, p. 113.

l'insegnamento del Nigro, che bene ha notato come il potenziamento delle garanzie procedurali può nascondere un'insoddisfazione nei confronti del sistema processuale<sup>2</sup>.

Il giudizio dinnanzi al g.a., perlomeno in sede di legittimità, è rimasto improntato, infatti, al tradizionale canone impugnatorio, idoneo, come noto, ad assicurare una piena tutela solo agli interessi legittimi oppositivi. Nel caso in cui invece si aspiri ad ottenere un bene della vita, l'annullamento dell'atto lesivo non produce la soddisfazione della pretesa del privato, ma soltanto la sua rimessione al nuovo e successivo agire della pubblica Amministrazione, coerentemente con il disposto – eliminato solo con l'adozione del Codice del processo amministrativo – dell'art. 45 del T.U. Cons. St. che faceva salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa dall'annullamento dell'atto a seguito di accoglimento del ricorso.

Le esigenze sopra riportate non sono comunque rimaste inascoltate da parte del giudice amministrativo, il quale è riuscito a sopperire alle mancanze più gravi del sistema attraverso una valorizzazione del momento cognitivo contenuto nella sentenza di annullamento, da considerarsi quale vero e proprio accertamento rilevante ai fini del successivo riesercizio del potere (c.d. effetto conformativo)<sup>3</sup>.

Il risultato è stato però quello di una tutela soltanto indiretta della situazione di carattere pretensivo del ricorrente, atteso che l'effetto conformativo, per sua natura, lascia scoperti gli aspetti dell'azione amministrativa che non discendano direttamente dall'esame dei vizi dell'atto, così consentendo un accertamento solo parziale del rapporto.

Veniva in evidenza, infatti, l'impossibilità per il privato di riportare la propria pretesa sostanziale, espressione del bisogno di tutela della sua posizione soggettiva, ad una corrispondente pretesa processuale, così in definitiva subordinandosi la piena disponibilità della situazione giuridica alla limitatezza dei rimedi previsti nel giudizio amministrativo.

Né a tali problematiche aveva risposto la pur fondamentale introduzione dell'azione risarcitoria ad opera della legge n. 205/2000, idonea di per sé a fornire una soddisfazione solo per equivalente della lesione subita. Così come, sotto lo stesso punto di vista, nemmeno la reintegrazione in forma specifica era risultata idonea ad assumere il ruolo di azione generale a tutela degli interessi legittimi pretensivi. A fronte di un orientamento dottrinale volto ad interpretarla quale azione di adempimento<sup>4</sup>, è prevalsa infatti in giurisprudenza<sup>5</sup> l'impostazione che riconduce la r.f.s.

---

<sup>2</sup> Secondo M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, in *Scritti Giuridici*, III, Milano, 1996, pp. 1427 ss., abbia affermato che tanto maggiore è la tutela giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione, tanto meno è necessaria la processualizzazione del procedimento amministrativo, e viceversa. Secondo l'A. lo sviluppo degli istituti di partecipazione procedimentale, già negli anni '80 del secolo scorso, non doveva tradursi in un mancato adeguamento dei rimedi processuali ai bisogni dei cittadini.

<sup>3</sup> Sull'effetto conformativo si veda M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 300 ss.

<sup>4</sup> Così P. VIRGA, *La reintegrazione in forma specifica*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 322; A. ZITO, *Risarcimento del danno e reintegrazione in forma specifica*, in *Giudice amministrativo e tutele in forma specifica*, Atti della Tavola

nell'ambito di una tutela comunque risarcitoria, a cui è estraneo sia l'adempimento che l'esecuzione in forma specifica<sup>6</sup>. Orientamento, peraltro, fatto proprio anche dallo stesso Codice del processo amministrativo<sup>7</sup>.

Gli spunti per il superamento dei limiti alla disponibilità della propria situazione giuridica, rappresentato dal ristretto numero di azioni disponibili, era arrivato proprio con la delega al Governo per l'emanazione di una normativa di riforma del processo amministrativo: l'art. 44, comma 2, lett. b), n. 4), della legge n. 69/2009, prevedeva infatti la possibilità di “*disciplinare le azioni e le funzioni del giudice ... prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa*”.

Come è noto tale norma è stata attuata solo in parte, in quanto il testo definitivo approvato dal Consiglio dei Ministri e poi trasfuso nel D. Lgs. n. 104/2010, discostandosi sul punto da quanto previsto nel testo provvisorio redatto dalla Commissione incaricata presso il Consiglio di Stato<sup>8</sup>, non ha disciplinato né un'azione generale di accertamento, né l'azione di adempimento.

Quest'ultimo strumento, mutuato dalla *Verpflichtungsklage* prevista dal legislatore tedesco al § 42 della Legge sul processo amministrativo del 1960 (*Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO*), consiste nella *condanna della P.A. all'emanazione del provvedimento amministrativo richiesto dal ricorrente* e rappresenta l'azione tipica a tutela delle situazioni di carattere pretensivo.

Nonostante il Codice del processo amministrativo non abbia recepito la proposta in tal senso pervenuta dalla Commissione, che all'art. 42 del testo provvisorio aveva espressamente disciplinato tale azione<sup>9</sup>, ciò non ha impedito a parte della dottrina, nei mesi successivi all'entrata in vigore del

---

*Rotonda di Teramo*, Milano, 2003, pp. 271 ss.; C. VARRONE, *Giurisdizione amministrativa e tutela risarcitoria*, in *Verso il nuovo processo amministrativo*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Torino, 2000, pp. 80 ss.; G. GRECO, *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in *Diritto amministrativo*, I, a cura di L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERESI MONACO, F.G. SCOCA, Bologna, 2005, pp. 926 ss.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione*, Padova, 2001, II, pp. 339 ss.; D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, p. 295.

<sup>5</sup> Cons. St., ad. plen., n. 2 del 29 aprile 2005; Cons. St., sez. VI, n. 3338 del 18 giugno 2002; Cons. St., sez. VI, n. 1716 del 3 aprile 2003; Cons. St., sez. VI, n. 4028 del 7 luglio 2003; Cons. St., sez. V, n. 1280 del 15 marzo 2004; Cons. St., sez. VI, n. 5562 del 23 ottobre 2007; Cons. St., sez. VI, n. 2622 del 31 maggio 2008.

<sup>6</sup> A. TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2001, pp. 8 ss.; nonché ID., *Processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno: il risarcimento in forma specifica*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, pp. 1009 ss.

<sup>7</sup> L'art. 30, comma 2, ultima parte, c.p.a., dispone infatti che “*sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica*”. Il richiamo agli elementi dell'art. 2058 cod. civ., nonché l'utilizzo della terminologia “risarcimento in forma specifica” non permettono più di revocare in dubbio che ci si trovi dinanzi un rimedio risarcitorio.

<sup>8</sup> Ci si riferisce alla Commissione nominata dal Presidente del Consiglio di Stato con proprio decreto del 23 luglio 2009, composta da professori ordinari, magistrati amministrativi e avvocati dello Stato. Con nota 8 luglio 2009 il Governo, avvalendosi della facoltà di cui all'art. 14, n. 2, T.U. n. 1054 del 26 giugno 1924, aveva infatti commesso al Consiglio di Stato la formulazione del testo del Codice.

<sup>9</sup> L'art. 42 del testo provvisorio statuiva che “*1. Il ricorrente può chiedere la condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento richiesto o denegato. Le parti allegano in giudizio tutti gli elementi utili ai fini dell'accertamento della fondatezza della pretesa ai sensi dell'art. 47, comma 2. 2. L'azione è proposta contestualmente a quella di annullamento o avverso il silenzio entro i termini previsti per tali azioni*”. Ed il successivo art. 47, relativo

D. Lgs. n. 104 del 2 luglio 2010, di ricavarla in via interpretativa: si è notato infatti come la previsione di un'azione generale di condanna (art. 30, comma 1, c.p.a.), unita alla circostanza che la sentenza di merito possa contenere la condanna “*all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*” (art. 34, lett. c, c.p.a.), permettesse di raggiungere risultati analoghi a quelli di una previsione espressa in tal senso<sup>10</sup>.

Quest'impostazione ha trovato accoglimento in un lungo e importante *obiter dictum* dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 3 del 23 Marzo 2011, e, da ultimo, nella sentenza del TAR Lombardia, Milano, sez. I, n. 1428 dell'8 giugno 2011, ove si è condannata l'Amministrazione a porre in essere il trasferimento di sede richiesto dal ricorrente<sup>11</sup>.

## **2. Disponibilità della situazione giuridica e posizione della parte: il problema dell'onere della prova nel processo amministrativo di condanna (ad un *facere*)**

La possibilità per la parte di rapportare direttamente la propria pretesa sostanziale a quella processuale permette una effettiva tutela della situazione giuridica sottesa alla pretesa stessa e, in definitiva, un importante avvicinamento del sistema del giudizio amministrativo a quello proprio del processo civile.

Rimane però da considerare l'atteggiarsi in concreto di una condanna ad un *facere*: se, in altri termini, all'introduzione di quest'azione nel quadro processuale amministrativo si accompagni una posizione sostanziale della parte in grado di poter effettivamente influire sull'azione amministrativa. Sotto questo punto di vista, il problema si traduce in una disponibilità della domanda che non sia solo formale, ma che invece permetta al ricorrente di dimostrare in giudizio la fondatezza della sua pretesa. Poiché infatti la disponibilità della situazione giuridica di interesse legittimo subisce il limite strutturale di doversi confrontare con l'apprezzamento dell'autorità amministrativa, si deve valutare in che modo tale limitazione si introduce nella realtà processuale.

---

alle sentenze di merito adottabili dal g.a., stabiliva, alla lettera c), che il g.a. “*se è stata proposta anche l'azione di adempimento e se ritiene che sussistano i presupposti per una decisione sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, condanna l'amministrazione all'emanazione, entro un termine, del provvedimento rifiutato o omesso*”, precisando, al secondo comma, che “*nei casi di cui alla lettera c) del comma 1, il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio quando si tratta di attività vincolata o accerta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione*”.

<sup>10</sup> Per un approfondimento si rinvia ad A. CARBONE, *Azione di adempimento e Codice del processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2010; nonché R. GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010; E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2010; M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 1121 ss.

<sup>11</sup> Per un'analisi approfondita di tale pronuncia, nonché per ulteriori riflessioni sul tema qui proposto, sia consentito rinviare ad A. CARBONE, *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, cit., pp. 1499 ss.

In proposito è sufficiente ricordare come il potere amministrativo, di per sé, sia insindacabile nel merito. Ciò significa che intanto il ricorrente potrà chiedere la condanna all'emanazione del provvedimento richiesto in quanto l'attività sottesa alla sua istanza si presenti come vincolata.

Quanto detto non significa, però, come si è invece ritenuto per il ricorso avverso il silenzio, che i profili di vincolatezza debbano caratterizzare in astratto il modulo di azione della P.A. Significa invece che, nel caso concreto, le risultanze, procedimentali e processuali, non possono portare ad altro risultato se non a quello della soluzione prospettata dal ricorrente.

Tale impostazione, accolta anche dalla sentenza del TAR Lombardia sopra richiamata, introduce nel nostro ordinamento il concetto, caro alla giurisprudenza tedesca, dell'*Ermessensreduzierung auf Null*, cioè l'azzeramento della discrezionalità per assenza di alternative nel caso concreto<sup>12</sup> (c.d. 'discrezionalità esaurita'), per cui se la fattispecie, ancorché astrattamente discrezionale, abbia esaurito, in ragione degli accertamenti di fatto o delle risultanze del procedimento, i margini per una scelta di merito da parte dell'Amministrazione, questa si presenta sostanzialmente come vincolata, non essendovi spazi per possibili esiti differenti dell'azione amministrativa: è così permesso al giudice di emanare una sentenza di condanna ad un *facere* senza invadere la sfera di autonomia della P.A.

Il concetto della discrezionalità esaurita sposta, in definitiva, il nodo problematico dell'azione di adempimento dalla sua ammissibilità alla possibilità per la parte di dimostrarne in giudizio la fondatezza.

Più in particolare, ciò che vuole essere oggetto di questo intervento è la questione relativa alla disponibilità della parte in ordine alla prova dell'esaurimento della discrezionalità e il conseguente atteggiarsi del principio dell'onere della prova in questa ipotesi.

Il rapporto tra regola di giudizio e disponibilità della prova in relazione alla posizione della parte nel rapporto giuridico è stata oggetto di analisi da parte della migliore dottrina amministrativista<sup>13</sup>. I risultati raggiunti meritano a nostro avviso una riconsiderazione in ragione dell'introduzione dell'azione di adempimento, la quale, andando a toccare i profili relativi all'agire *in positivo* dell'autorità amministrativa e non semplicemente definendo i limiti *in negativo* di esplicazione del potere amministrativo, pone differenti e più delicate problematiche.

Secondo l'insegnamento dell'autorevole dottrina appena richiamata, il processo di parti è improntato al principio dispositivo, secondo cui *iudex secundum alligata et probata partium*

---

<sup>12</sup> Sul punto si veda F. SCHOCH, E. SCHMIDT-AßMAN, R. PIETZNER (cur.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, München, 2009, Rn. 27. Quest'impostazione era stata recepita nell'ordinamento italiano già da parte della sentenza TAR Trento, n. 305 del 16 dicembre 2009, avente ad oggetto tuttavia una tradizionale azione di annullamento.

<sup>13</sup> Si fa riferimento ovviamente a F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953.

*iudicare debet*<sup>14</sup>, ove la regola di giudizio è quella per cui *affirmandi incumbit probatio*. Tuttavia tale principio deve essere modulato in ragione della posizione sostanziale della parte privata, posizione che nel processo amministrativo è di “materiale e (...) istituzionale inferiorità nei confronti dell’Amministrazione”<sup>15</sup>. Poiché infatti il ricorrente potrebbe non avere l’effettiva disponibilità del fatto, il principio dispositivo deve essere in questi casi mitigato dal metodo acquisitivo di introduzione del fatto rilevante, per cui, mentre se nel processo di parti con metodo dispositivo “quell’introduzione è mezzo per la disposizione del fatto ad opera della parte, e perciò all’onere dell’introduzione si sovrappone, assorbendolo, l’onere della disposizione; nel metodo acquisitivo, invece, l’introduzione del fatto è mezzo per la disposizione che ne opererà il giudice e perciò all’onere dell’introduzione consegue il dovere del giudice”<sup>16</sup>: ciò significa che se nel processo civile l’attività di produzione è strettamente collegata con quella di introduzione dei fatti, così che all’inadempimento dell’onere relativo alla prima attività corrisponde l’inadempimento anche di quello relativo alla seconda, “nel processo a metodo inquisitivo la regola di giudizio non può avere un’esplicazione così automatica, ben potendo la parte che ha adempiuto all’onere dell’introduzione essere sollevata dall’onere della rappresentazione”<sup>17</sup>

E’ stato però notato, e si è ricordato anche in questo stesso convegno<sup>18</sup>, come tale sistema sia stato interpretato dalla giurisprudenza in chiave prettamente inquisitoria, riducendo in definitiva l’onere della prova al principio della domanda<sup>19</sup> ed introducendo una distinzione tra fatti principali e secondari estranea alla teorizzazione del Benvenuti. Mentre, per quanto concerne il risarcimento del danno, si è assistito ad un’impostazione diametralmente opposta, fondata su un’applicazione rigorosa del principio dell’onere della prova<sup>20</sup>.

Sul punto deve valutarsi come il Codice del processo si sia inserito in questa realtà: la norma fondamentale in merito è l’art. 64, comma 1, c.p.a., la quale dispone che “*spetta alle parti l’onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità*” riguardanti i fatti posti a fondamento delle proprie affermazioni, precisando anche, al terzo comma, il potere del giudice di

---

<sup>14</sup> Sul punto si veda F. BENVENUTI, *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 205, secondo cui “sono dunque le parti e non il giudice che possono compiere l’introduzione nel processo dei fatti della realtà esterna occorrenti per mettere il giudice in grado di verificare la esattezza delle loro affermazioni, siano essi i fatti (principali) che formano oggetto della prova che si vuol dare, siano essi quegli altri fatti (secondari) destinati a fornire, per via di indizio, la prova dei fatti principali. Resta, pertanto, escluso che l’introduzione dei fatti nel processo possa avvenire ad opera del giudice, come è nel sistema inquisitorio”.

<sup>15</sup> F. BENVENUTI, *L’istruzione nel processo amministrativo*, cit., p. 125.

<sup>16</sup> F. BENVENUTI, *L’istruzione nel processo amministrativo*, cit., p. 295.

<sup>17</sup> F. BENVENUTI, *L’istruzione nel processo amministrativo*, cit., pp. 442-443.

<sup>18</sup> Si veda la relazione di C. LAMBERTI, *Disponibilità ed onere della prova*.

<sup>19</sup> Sul punto L. MIGLIORINI, *L’istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977, p. 27 nota 7; C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994, p. 44; D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, cit., pp. 519 ss.

<sup>20</sup> Giurisprudenza costante: si veda, da ultimo Cons. St., sez. IV, n. 2113 del 4 aprile 2011.

acquisire anche d'ufficio informazioni e documenti utili ai fini del decidere “*che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione*”.

In definitiva il sistema tradizionale non sembra essere stata disatteso dal Codice, che lo riconduce, piuttosto, nei termini della sua originaria elaborazione, non cioè come mero onere di allegazione, ma tuttavia nemmeno nel senso dell'asettica applicazione del principio dell'onere della prova.

Così intesa la regola di giudizio nel processo amministrativo, ci si può chiedere se nel caso di richiesta di condanna all'adempimento il principio dell'onere della prova debba essere considerato in termini più rigorosi, ovvero se, al contrario, la particolare delicatezza di un sindacato volto a scrutinare i profili relativi al successivo esercizio del potere non giustifichi un maggior ricorso, da parte del g.a., ai suoi strumenti inquisitori, di modo da sopperire all'impossibilità del privato di dimostrare l'orientamento dell'azione amministrativa nella direzione a lui favorevole.

La risposta non può che essere nel secondo senso: proprio laddove si tratti di verificare se, in base alle risultanze procedimentali, siano venuti meno nel caso concreto gli spazi di discrezionalità in astratto conferiti dalla legge, potrebbe infatti rivelarsi necessaria una più penetrante valutazione delle determinazioni effettuate dalla P.A., che può essere effettuata, ad esempio, attraverso l'utilizzo degli schiarimenti, della testimonianza in forma scritta *ex art. 63, comma 3, c.p.a.*, o della consulenza tecnica d'ufficio.

Si delineano così tre modelli diversi a seconda della tipologia di giudizio: un giudizio risarcitorio, ove il principio dell'onere della prova è applicato rigorosamente; un giudizio di annullamento, in cui il metodo acquisitivo non dovrebbe essere abusato, ma rapportarsi all'effettiva disponibilità delle prove da parte del ricorrente; e, da un ultimo, un giudizio di condanna ad un *facere*, che, per i motivi sopra analizzati, sarà improntato – così come avviene per il processo amministrativo tedesco<sup>21</sup> – ad un *onere di allegazione*, cioè al mero rispetto del principio della domanda, unico confine invalicabile perché il processo di parti non si trasformi in un processo inquisitorio.

### **3. Conclusioni**

Quanto detto finora può ritenersi sufficiente in relazione al tema qui trattato. Sia consentita tuttavia un'ulteriore e più generale riflessione in merito al 'nuovo' processo amministrativo, così come si presenta dopo l'adozione del Codice.

A nostro avviso il giudizio dinnanzi al g.a., anche dopo il superamento della sua struttura eminentemente impugnatoria, è sempre stato comunque improntato ad una centralità dell'azione di annullamento. Oggi il Codice del processo amministrativo si lascia alle spalle anche quest'ultimo residuo dell'impostazione tradizionale.

---

<sup>21</sup> Così il § 86 *VwGO* che impronta al principio inquisitorio l'istruttoria processuale.

Sarebbe erroneo pensare che tali innovazioni abbiano una portata meramente formale, e che, in definitiva, il Codice non sia davvero nient'altro che una sistemazione della disordinata disciplina previgente alla luce delle novità apportate dalla giurisprudenza.

Per sconfessare questo assunto è infatti sufficiente richiamare quelle pronunce che successivamente all'entrata in vigore del D. Lgs. n. 104/2011 hanno disposto l'effetto conformativo o la condanna senza sancire l'annullamento dell'atto<sup>22</sup>, ovvero hanno accertato l'illegittimità dell'atto ai soli fini risarcitori secondo la regola del c.d. accertamento in continuazione di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a.<sup>23</sup>.

In questa situazione, l'interprete è chiamato a dare soluzioni ai problemi che si presentano nel giudizio amministrativo lasciando da parte lo strumentario a cui era legato, capace di descrivere una parte, ma non più la totalità, della realtà processuale.

Un ruolo fondamentale è destinato allora a rivestire l'azione di adempimento, quale rimedio non subordinato, bensì specularmente all'azione di annullamento: i due strumenti, insieme, sono infatti idonei ad assicurare la tutela in forma specifica delle varie tipologie di interessi protetti, siano essi di carattere pretensivo, ovvero oppositivo.

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

Si giunge così al definitivo riconoscimento della dimensione sostanziale dell'interesse legittimo e all'effettiva attuazione, da lungo tempo auspicata, dell'art. 24 Cost.

---

<sup>22</sup> Cons. St., sez. VI, n. 2755 del 10 maggio 2011.

<sup>23</sup> Cons. St., sez. V, n. 2817 del 12 maggio 2011.