

CRISTIANA BENETAZZO

Ricercatore di Diritto amministrativo
nell'Università degli Studi di Padova

L'azione «atipica» di condanna; caratteri, limiti e sua esperibilità nei casi di diniego di titoli abilitativi edilizi.

SOMMARIO: 1. Le sentenze T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428 e T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 25 novembre 2011, n. 1807 quali significativi esempi dell'orientamento favorevole alla ammissibilità, anche nel processo amministrativo, della c.d. azione di adempimento. – 2. La tesi che esclude l'ammissibilità dell'azione di adempimento nel processo amministrativo. – 3.1. La tesi favorevole e il percorso evolutivo seguito dalla dottrina e dalla giurisprudenza per superare gli ostacoli tradizionalmente opposti dalla tesi contraria. Gli argomenti di diritto positivo utilizzati a questo scopo: il carattere strumentale del processo e il principio di effettività della tutela. – 3.2 Ulteriori argomenti di diritto positivo a supporto del principio di atipicità delle azioni proponibili nel processo amministrativo. – 4. I dati normativi e le ragioni sistematiche che confermano la previsione, nel Codice del processo amministrativo, di un'azione «atipica» di condanna, ammessa in via generale. – 5. I caratteri e i limiti dell'azione «atipica» di condanna: applicabilità del principio sancito dall'art. 31, comma 3, c.p.a. per le pronunce rese avverso il silenzio, in ordine alla fondatezza della domanda. – 6.1. Azione di adempimento ed onere della prova. – 6.2. Cenni al problema – irrisolto – del corretto inquadramento dell'azione di condanna «atipica» nell'ambito del processo amministrativo.

- 1. Le sentenze T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428 e T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 25 novembre 2011, n. 1807 quali significativi esempi dell'orientamento favorevole alla ammissibilità, anche nel processo amministrativo, della c.d. azione di adempimento.**

E' noto che l'azione di adempimento è stata, per lungo tempo, oggetto di rivendicazione da parte della dottrina, sia in termini *de jure condito* (si è parlato, a tal fine, di accertamento autonomo del rapporto, in quanto accertamento sulla fondatezza

della pretesa non mediato dal giudizio di annullamento), sia *de jure condendo*. Se ne sono viste avvisaglie di applicazioni, da parte del diritto positivo, prima nella azione di condanna al risarcimento in forma specifica (allorché il risarcimento avrebbe dovuto consistere nel rilascio dell'atto ampliativo richiesto), e, poi, nel giudizio sul silenzio, laddove, con la novella dell'art. 2, comma 5, della legge 7 agosto 1990, n. 241 (ad opera della legge 14 maggio 2005, n. 80), è stato consentito al giudice amministrativo di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa ⁽¹⁾. Sono, altresì, note le letture riduttive, che sono state compiute (soprattutto dalla giurisprudenza) in ordine a tali poteri giurisdizionali, in specie con riferimento alla materia degli appalti. Così come sono note le vicende del Codice del processo amministrativo ⁽²⁾, recentemente emanato, che, in un primo tempo, contemplava un'azione generale di tal fatta, poi espunta dal testo definitivo.

Tuttavia, secondo un recente orientamento della giurisprudenza amministrativa, l'azione di adempimento, pur non essendo espressamente codificata, sarebbe comunque presente nello stesso Codice, oltre che nella clausola generale dell'azione di condanna *ex art. 30, comma 1, c.p.a.*, anche nella più specifica disposizione dell'art. 34, comma 1, lett. c), che consente al giudice di condannare la p.A. «*all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*».

Sotto questo profilo, risultano particolarmente interessanti le pronunce T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428 e T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 25 novembre 2011, n. 1807. Tali sentenze appaiono, invero, idonee a costituire precedenti importanti in favore della ammissibilità, anche nel processo amministrativo, della c.d. azione di adempimento: è, dunque, inevitabile che una riflessione su questo tema prenda le mosse dalla disamina delle due sentenze anziché dall'analisi del dato normativo.

In particolare, la sentenza del T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, n. 1428/2011 appare pregevole sotto diversi punti di vista: innanzitutto, perché ricostruisce in maniera accurata le tappe del più che ventennale dibattito sul tema ⁽³⁾; in secondo luogo, perché

⁽¹⁾ Su tali profili ci si soffermerà più approfonditamente nei §§ 2, 3.1 e 3.2.

⁽²⁾ Su cui, *infra*, § 4.

⁽³⁾ Cfr. F. MERUSI, *Verso un'azione di adempimento?*, in *Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979, p. 337; V. CAIANIELLO, *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in

demolisce, con argomenti convincenti, la tesi tradizionale che esclude la ammissibilità di un'azione (autonoma) di condanna ad un *facere* specifico; infine, perché, sulla base di una condivisibile interpretazione degli artt. 30 e 34, comma 1, lett. c) ed e), del Codice del processo amministrativo, delinea più nettamente di quel che risulta dalle stesse disposizioni, i contorni della c.d. azione di condanna «atipica».

Altrettanto significativa – anche se meno argomentata – è la pronuncia del T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, n. 1807/2011: essa applica i principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa in tema di azione di adempimento alla materia edilizia, giungendo, quindi, a ritenere ammissibile, nell'ambito di un giudizio avente ad oggetto l'annullamento di titoli abilitativi edilizi, il contestuale «*accertamento (definitivo) della stessa fondatezza della pretesa a costruire*»⁽⁴⁾.

Foro amm., 1980, p. 851 ss.; G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto*, Milano, 1980, p. 86 ss.; G. VERDE, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 650 ss.; P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 3 ss.; M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in AA. VV., *Il giudizio di ottemperanza*, in *Atti del XXVII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, 17-19 settembre 1981)*, Milano, 1983, p. 65 ss.; M. CLARICH, *Il processo amministrativo «a rito ordinario»*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 1063 ss. e, dello stesso Autore, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 557 ss. nonché *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it; G. ABBAMONTE, *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. I, Milano, 1988, p. 31 ss.; B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto – Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, 1997, p. 121 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, p. 40 ss.; A. TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2001, p. 7 ss. e, dello stesso Autore, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Atti del LVI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, promosso da Provincia di Lecco, Provincia di Como, Istituzione Villa Monastero, Milano, 2011, p. 90 ss.; D. VAIANO, *La pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, p. 644 ss.; R. GISONDI, *Alcune riflessioni sulla permanenza di un'azione di adempimento nell'ultima bozza del nuovo codice amministrativo*, in www.giustamm.it, n. 6/2010; A. CARBONE, *Azione di adempimento e Codice del processo amministrativo*, *ivi*, n. 7/2010; e, dello stesso Autore, *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova*, *ivi*, n. 7/2011 nonché *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012; E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, *ivi*, n. 11/2010 e, dello stesso Autore, *Le azioni di condanna*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2011, p. 192 ss..

⁽⁴⁾ Prima di esaminare, nel dettaglio, i profili appena enunciati, può essere utile ricostruire brevemente le fattispecie concrete sottoposte all'esame dei due T.A.R..

La vertenza esaminata dal T.A.R. Lombardia concerneva il ricorso presentato dall'agente della Polizia di Stato, M.G., avverso il diniego opposto dal Ministero dell'Interno alla sua richiesta di

In ambedue i casi, dunque, il T.A.R., nell'accogliere il ricorso, ha soddisfatto pienamente la pretesa della parte ricorrente ad ottenere il bene della vita cui essa aspirava mediante la condanna ad un *facere* specifico (in un caso, ordinando all'Amministrazione di disporre il trasferimento del ricorrente ad altra sede da lui indicata nel ricorso; nell'altro caso, accertando il diritto delle ricorrenti ad ottenere il rilascio del permesso di costruire).

Tali statuizioni – come già più sopra accennato – sembrano fornire argomenti sistematici importanti nel quadro della teoria della c.d. azione di adempimento.

2. La tesi che esclude l'ammissibilità dell'azione di adempimento nel processo amministrativo.

Per comprendere appieno la portata innovativa delle due sentenze, sembra opportuno ricostruire, almeno nelle sue linee essenziali, il dibattito svoltosi prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo in merito alla ammissibilità di un'azione atipica di adempimento, e cioè quella azione diretta ad ottenere dal giudice amministrativo, in sede cognitoria (e non di ottemperanza), una sentenza ordinatoria e di

trasferimento per gravi motivi familiari ai sensi dell'art. 55 del d.P.R. 24 aprile 1982, n. 335. Con tale ricorso, il Sig. G. aveva impugnato il provvedimento suddetto chiedendone contestualmente la sospensione, in via cautelare, degli effetti, e chiedendo, altresì, al Tribunale adito di voler ordinare «*il trasferimento presso qualsiasi ufficio o reparto della Polizia di Stato collocato nelle competenze territoriali delle questure di Chieti o Pescara o, in subordine, presso altro ufficio o reparto comunque ravvicinato presso la città di Ortona (CH)*». Peraltro, nelle more del giudizio, lo stesso ricorrente si era visto costretto a proporre ricorso per motivi aggiunti avverso il provvedimento con cui l'Amministrazione aveva nuovamente negato il trasferimento, in seguito all'ordinanza del T.A.R. che, in accoglimento dell'istanza cautelare, aveva imposto il riesame del provvedimento principalmente gravato.

In esito all'udienza pubblica, il T.A.R., definitivamente pronunciando sulla questione, accoglieva il ricorso, annullando i provvedimenti impugnati e ordinando, altresì, all'Amministrazione di disporre il trasferimento del ricorrente presso qualsiasi ufficio o reparto della Polizia di Stato, la cui prossimità fosse tale da consentire allo stesso l'assistenza nei confronti del genitore.

La fattispecie sottoposta all'esame del T.A.R. Puglia aveva, invece, ad oggetto la domanda di annullamento di un provvedimento – a firma del Dirigente del Settore Territorio del Comune di Molfetta – di diniego di un permesso di costruire (nonché degli ulteriori atti a questo presupposti e/o consequenziali, tra cui il preavviso di rigetto dell'istanza *ex art. 10-bis* della legge n. 241/1990 e le norme di P.R.G. disciplinanti l'area oggetto dell'intervento denegato). Con il medesimo ricorso, le parti ricorrenti avevano richiesto, oltre all'annullamento dei provvedimenti impugnati, anche l'accertamento del diritto al rilascio del permesso di costruire: domande che sono state entrambe accolte dal T.A.R. Puglia.

condanna ad un *facere* giuridico e non meramente ripristinatoria della posizione di partenza, attraverso l'annullamento dell'atto illegittimo.

A questo scopo giova prendere le mosse dalla tesi che esclude l'ammissibilità dell'azione di adempimento.

Plurime le argomentazioni addotte a sostegno di tale opzione ermeneutica.

Un primo argomento, di tipo formale, fa leva sulla perdurante mancanza – pur a seguito dei numerosi ed importanti interventi di riforma del processo amministrativo, operati negli ultimi anni – di una norma, analoga a quella prevista nell'ordinamento tedesco ⁽⁵⁾, che attribuisca, in via generale, al giudice amministrativo, il potere di condannare l'Amministrazione ad un *facere* infungibile ⁽⁶⁾. Secondo tale orientamento, anche le disposizioni che ammettono in via eccezionale un siffatto potere nel rito speciale sull'accesso ai documenti amministrativi e in quello sul silenzio avrebbero natura eccezionale e confermerebbero, sia pure *a contrario*, la tesi dell'inammissibilità dell'azione di adempimento nel processo amministrativo.

Né – secondo la tesi in esame – a sostegno della esperibilità di un'atipica e generale azione di adempimento possono essere richiamati gli artt. 35 del d.lgs. n. 80/1998 e 7, comma 4, della legge n. 205/2000 (come trasfusi nell'art. 30, comma 2, c.p.a.), che attribuiscono al giudice il potere di disporre «*anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto*» ⁽⁷⁾. Le perplessità sul punto sono, peraltro, condivise dalla prevalente giurisprudenza che, anche sulla scorta degli

⁽⁵⁾ Si fa qui riferimento alla *Verpflichtungsklage* prevista dal par. 42, comma 2, della legge tedesca sul processo amministrativo (VWGO del 21 gennaio 1960).

⁽⁶⁾ In questo senso espressamente Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3355, in *Foro it.*, 2005, III, p. 549, che, nel rimettere all'Adunanza Plenaria una serie di questioni inerenti al rapporto tra l'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto *medio tempore* stipulato (tra cui, appunto, anche la questione relativa alla ammissibilità nel giudizio amministrativo di una condanna ad un *facere* e, in particolare, all'aggiudicazione dell'appalto), ha espressamente affermato che «*quando il legislatore ha voluto configurare la possibilità da parte del giudice amministrativo di ordinare un *facere* all'amministrazione lo ha fatto espressamente*». Nello stesso senso, cfr., inoltre, Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2002, p. 1506.

⁽⁷⁾ Considerata la particolare morfologia di detto rimedio, infatti, taluni, in passato, avevano ritenuto che esso potesse assumere, in concreto, un significato diverso da quello generalmente attribuito nel sistema della responsabilità civile e fondare, così, l'azione di adempimento: cfr., sul punto, F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, op. cit., p. 40 ss. e D. VAIANO, *La pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, op. cit., p. 644 ss..

insegnamenti della dottrina civilistica, continua a tenere distinti gli ambiti dell'azione di adempimento e dell'azione di risarcimento; in tale prospettiva, la reintegrazione in forma specifica resta un rimedio prettamente risarcitorio, realizzando l'interesse rimasto insoddisfatto a causa dello scorretto uso del potere amministrativo (⁸).

Un secondo argomento speso per escludere l'ammissibilità di un'atipica azione di adempimento – che potrebbe essere definito «*dell'equivalenza dei rimedi*» (⁹) – fa leva sul legame tra dispositivo e motivazione della decisione ai fini della determinazione dei limiti oggettivi del giudicato, e, dunque, dell'obbligo di conformazione che grava sull'Amministrazione. Secondo tale impostazione, sarebbe superfluo ipotizzare un dispositivo di condanna della p.A. ad un *facere* specifico: il necessario coordinamento fra dispositivo e motivazione, nel caso in cui si tratti di potere vincolato, sarebbe, infatti, già di per sé idoneo a far sorgere in capo all'Amministrazione l'obbligo di provvedere in un modo determinato (c.d. effetto conformativo del giudicato) (¹⁰). In questo senso è stato evidenziato, ad esempio, che «*non vi è molta differenza tra una sentenza che disponga il rilascio di un determinato provvedimento e analoga decisione che annulli*

(⁸) Cfr., tra le più significative pronunce in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, cit., in *Foro amm.- C.d.S.*, 2002, p. 1506, secondo cui il risarcimento del danno, in forma generica o specifica, «*si caratterizza per l'imposizione al debitore (rectius, all'amministrazione) di una "prestazione" diversa in sostituzione di quella originaria*»; nel medesimo senso, Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 aprile 2003, n. 1716, in *Giur. it.*, 2003, p. 1953, ove si legge che l'azione di risarcimento «*non va confusa né con l'azione di adempimento (con la quale si chiede la condanna del debitore all'adempimento dell'obbligazione), né con il diverso rimedio dell'esecuzione in forma specifica, quale strumento per l'attuazione coercitiva del diritto*»; Id., Sez. V, 15 marzo 2004, n. 1280, in *Foro amm.- C.d.S.*, 2004, p. 825 ss., secondo cui «*contrasta con il dato letterale ogni interpretazione*» che pone l'istituto della reintegrazione in forma specifica «*al di fuori di una alternativa risarcitoria*».

(⁹) Tale definizione è di M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., p. 575.

(¹⁰) Espressamente in tal senso M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., p. 575, il quale pone, altresì, in evidenza i limiti della tesi della c.d. «*equivalenza degli effetti*», asserendo, da un lato, che l'effetto conformativo derivante dal dispositivo della sentenza di annullamento di un provvedimento di diniego «*può prestarsi a interpretazioni restrittive da parte dell'Amministrazione nei casi in cui la motivazione presenti ambiguità lessicali*» (un dispositivo che accoglie il ricorso e annulla un dato provvedimento può non essere illuminante ogni volta in cui gli effetti conformativi di tale annullamento non siano evidenti, ma vadano ricavati dalla motivazione: cfr., ad es., Consiglio di Stato, Sez. V, 1 febbraio 2010, n. 419, in www.giustizia-amministrativa.it); dall'altro, che l'azione di adempimento precluderebbe il ricorso alla prassi giudiziaria dell'assorbimento dei motivi di ricorso, spesso destinata ad «*impoverire la sentenza quanto a contenuto di accertamento e dunque a effetto conformativo*».

un diniego riconoscendo in parte motiva la fondatezza della pretesa sostanziale del privato, imponendo così all'Amministrazione di conformarsi. Il rimedio alla mancata attuazione sarebbe pur sempre, in entrambi i casi, il giudizio per l'esecuzione del giudicato» ⁽¹¹⁾.

Ulteriore argomento, di tipo sistematico, è quello con cui si rimarca l'assoluta incompatibilità dell'azione di adempimento – anche dopo la legge n. 205/2000 – con la struttura attuale del processo amministrativo. Come già accennato, infatti, l'azione di adempimento implica, sostanzialmente, la verifica dell'utilità specifica che spetta al ricorrente, con un giudizio esteso al rapporto. Se tale deve essere l'assetto attuale della cognizione del giudice amministrativo – si sostiene – sarebbe necessario assimilare *tout court* il processo amministrativo a quello civile, conferendo al giudice la capacità di introdurre d'ufficio nel processo i fatti rilevanti e introducendo un meccanismo di preclusioni che imponga all'Amministrazione di enunciare subito nei suoi atti, in modo esaustivo, ogni ragione contraria alla pretesa del privato, senza possibilità di integrazioni successive ⁽¹²⁾.

Nella medesima prospettiva, ulteriori ostacoli all'ammissibilità dell'azione di adempimento nel processo amministrativo deriverebbero dalla limitazione dei mezzi di prova utilizzabili dal giudice amministrativo, il quale – per la «povertà» dei suoi poteri

⁽¹¹⁾ Così Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, cit., in *Foro amm.- C.d.S.*, 2002, p. 1506.

⁽¹²⁾ Si veda, in argomento, A. TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, op. cit., p. 7 ss., secondo cui un problema reale rispetto all'impostazione tradizionale è costituito dal fatto che, nelle controversie risarcitorie, correlate agli interessi legittimi pretensivi, il giudice possa ormai formulare, sulla scia dell'insegnamento impartito dalla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 22 luglio 1999, n. 500, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2261, un giudizio prognostico. Ma – rileva lo stesso Autore – «Altro è il giudizio prognostico ammesso dalla Cassazione, che si riferisce a come avrebbe dovuto agire l'Amministrazione in un dato momento del passato, altro è l'accertamento richiesto per un'azione di adempimento, che si indirizza verso un'attività amministrativa futura». Di diverso avviso è M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., p. 578 ss., il quale ritiene che «anche nell'azione di adempimento la valutazione della spettanza del bene della vita va riferita al momento in cui viene emanata la sentenza e il vincolo in capo all'amministrazione è suscettibile di venir meno in relazione ai limiti cronologici del giudicato e in particolare in presenza di mutamenti della situazione di fatto e di diritto».

istruttori – non sarebbe, quindi, in grado di compiere un accertamento pieno del rapporto controverso ⁽¹³⁾.

3.1. La tesi favorevole e il percorso evolutivo seguito dalla dottrina e dalla giurisprudenza per superare gli ostacoli tradizionalmente opposti dalla tesi contraria. Gli argomenti di diritto positivo utilizzati a questo scopo: il carattere strumentale del processo e il principio di effettività della tutela.

Nel paragrafo che precede, si sono riassunti alcuni dei principali argomenti addotti, in dottrina e giurisprudenza, anche nel nuovo contesto legislativo, contro l'ammissibilità dell'azione di adempimento. Vanno ora considerate le diverse argomentazioni utilizzate – anche per confutare la tesi contraria – dall'orientamento che, viceversa, ne ammette l'esperibilità.

Come è noto, l'azione di adempimento è, da lungo tempo, oggetto di rivendicazione da parte di un certo orientamento dottrinale, che ha più volte «spezzato una lancia» – senza trovare risponda né da parte del legislatore né da parte della giurisprudenza – a favore dell'introduzione, nel nostro ordinamento, di un'azione di adempimento secondo il modello tedesco della *Verpflichtungsklage* ⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ Una limitazione in tal senso deriverebbe anche dalla tesi – invalsa soprattutto in passato – secondo la quale l'interesse legittimo non costituisce una posizione giuridica sostanziale avente la stessa dignità del diritto soggettivo: cfr., in giurisprudenza, Consiglio di Stato, 21 maggio 2004, n. 3355, cit., in *Foro it.*, 2005, III, p. 549, ove si sottolinea che l'azione di adempimento, cioè la condanna dell'Amministrazione all'adozione di un provvedimento favorevole al ricorrente, «*postula, infatti, logicamente la configurabilità in capo al privato di un vero e proprio diritto a quell'atto ed in capo all'amministrazione di un vero e proprio obbligo alla soddisfazione di quella pretesa*» e, in dottrina, L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione – La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, p. 175 ss., il quale, criticando la dicotomia tradizionale potere – interesse legittimo, riconduce l'interesse legittimo allo schema del diritto di credito «*avente a oggetto una prestazione consistente in un comportamento – in un atto – dalle caratteristiche predeterminate*».

⁽¹⁴⁾ Per più ampi approfondimenti al riguardo, cfr. M. CLARICH, *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive ed orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, p. 66 ss.; A. MASUCCI, *La legge tedesca sul processo amministrativo*, Milano, 1991, p. 23 ss.; C. FRAENKEL – HAEBERLE, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa (Germania – Austria – Italia)*, in *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche – Università degli Studi di Trento*, 2004, p. 67 ss.; nonché M. CARRÀ, *Risarcimento in forma specifica e*

A supporto di tale opzione ermeneutica, sono stati, in primo luogo, evidenziati i limiti strutturali dell'azione di annullamento in relazione alla tutela degli interessi legittimi pretensivi, constatando, cioè, l'inadeguatezza di tale azione – sia nel caso del silenzio sia nel caso di provvedimento espresso di diniego – a soddisfare pienamente l'interesse sostanziale del ricorrente al conseguimento di un certo bene della vita.

Secondo tale orientamento, l'annullamento del provvedimento illegittimo non potrebbe comunque soddisfare l'interesse pretensivo del ricorrente, nonostante l'effetto conformativo (e ripristinatorio) nascente dal giudicato ⁽¹⁵⁾. In questo senso è stato osservato che *«il divieto di integrare la motivazione nel corso del giudizio e l'inapplicabilità al processo amministrativo del principio secondo il quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile rendono comunque povera di contenuti di accertamento la sentenza di annullamento del provvedimento di diniego»* ⁽¹⁶⁾. Quanto all'ipotesi del silenzio, si è sottolineato, in particolare, che *«l'abbandono del modello del processo impugnatorio a favore di quello del processo di accertamento dell'inadempimento e di condanna dell'amministrazione a provvedere lascia egualmente insoddisfatto*

Folgenbeseitigung: le frontiere mobili della responsabilità pubblica tra annullamento dell'atto e risarcimento per equivalente, in *Dir. amm.*, 2004, p. 784 ss..

⁽¹⁵⁾ Così M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., p. 564, il quale ritiene che *«anche una volta costruito, per così dire, un ponte tra la sentenza di annullamento e il successivo tratto di azione amministrativa – e ciò sia attraverso l'individuazione di un effetto conformativo (oltre che ripristinatorio), sia attraverso l'estensione, operata dal Consiglio di Stato attraverso un'operazione di "bruta formazione giurisprudenziale", del giudizio di ottemperanza, previsto originariamente soltanto per le sentenze emanate dal giudice ordinario, anche alle sentenze del giudice amministrativo – la visione del processo amministrativo come giudizio sull'atto anziché come giudizio sul rapporto rende comunque insufficiente l'azione di annullamento»*.

⁽¹⁶⁾ Cfr. M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., p. 564, il quale rileva che *«il provvedimento emanato in sostituzione di quello annullato costituisce nuova esplicazione del potere conferito all'amministrazione, giustificata in base al principio della doverosità dell'esercizio dei poteri amministrativi e non collegata in modo diretto alla sentenza di annullamento»*. Secondo l'Autore, il nuovo provvedimento potrebbe cioè essere considerato come *«un fatto nuovo»* non coperto dal giudicato; per cui, ove affetto dagli stessi vizi accertati con riferimento al primo provvedimento o da altri vizi, esso dovrebbe considerarsi *«passibile di impugnazione, ma il nuovo giudizio sarebbe comunque un giudizio autonomo»*. Lo stesso Autore rileva che *«una siffatta impostazione, giustificabile sul piano teorico in base a una concezione rigida della separazione dei poteri, finisce per collocare la fase procedimentale correlata all'esercizio del potere e la fase processuale di verifica della legittimità del provvedimento conclusivo del procedimento in una sequenza lineare destinata a ripetersi lungo una retta potenzialmente infinita»*.

l'interesse legittimo pretensivo fin tanto che la questione circa la fondatezza della pretesa resta esterna al perimetro dell'oggetto del giudizio».

Al fine di superare i limiti insiti nell'azione di annullamento, vengono, quindi, valorizzati i rapporti tra diritto sostanziale e processuale, come delineati dalla nota sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204 ⁽¹⁷⁾.

Tale pronuncia, secondo l'orientamento in esame, avrebbe sostanzialmente avallato la piena parificazione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi in termini di effettività della tutela e di adeguatezza dei poteri del giudice, inducendo una «rilettura» – costituzionalmente orientata – delle disposizioni legislative oggi vigenti in materia di processo amministrativo ⁽¹⁸⁾.

In particolare, secondo la Corte, l'art. 24 Cost., nel positivizzare il diritto di difesa sottolinea, da un lato, il carattere strumentale del processo rispetto al diritto sostanziale, dall'altro, il principio di effettività della tutela, che, come è noto, deve concretarsi nella possibilità di proporre nel processo tutte le azioni che tendano a *«far ottenere ai titolari delle situazioni di vantaggio gli stessi risultati (o, se questo impossibile, risultati equivalenti) che avrebbero dovuto ottenere attraverso la cooperazione spontanea da parte dei consociati»* ⁽¹⁹⁾. In questa prospettiva, l'atipicità delle forme di tutela – peraltro sempre più diffusa nell'ambito del processo civile ⁽²⁰⁾ – costituisce, dunque, il

⁽¹⁷⁾ In questo senso, viene spesso richiamata quella parte della pronuncia (pubblicata in *Giur. cost.*, 2004, p. 2181, con note di L. ALBINO, F.G. SCOCA, S. LARICCIA; in *Dir. proc. amm.*, 2004, 799, con note di V. CERULLI IRELLI e R. VILLATA; in *Foro amm., C.d.S.*, 2004, p. 2475, con nota di L. MARZANO; in *Servizi pubbl. e app.*, 2004, p. 570, con nota di F. FRACCHIA), ove si precisa che l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di disporre il risarcimento del danno ingiusto anche nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità – che non costituisce una nuova «materia», ma solo uno strumento di tutela ulteriore rispetto a quello demolitorio – affonda anch'essa le radici nell'art. 24 Cost. *«il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri».*

⁽¹⁸⁾ In particolare, secondo la Corte, l'art. 24 Cost. *«costituzionalizza»* il carattere strumentale del processo rispetto al diritto sostanziale e l'effettività della tutela, che deve trovare nel processo la fonte di tutte le azioni praticamente possibili, che tendano all'attuazione di una volontà della legge. A questa stregua, l'atipicità delle forme di tutela appare, pertanto, come un corollario del principio di effettività della tutela.

⁽¹⁹⁾ Cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. e giur.*, 1978, p. 6.

⁽²⁰⁾ Cfr. M. TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, in *Riv. critica di dir. priv.*, 1986, pp. 644-646, il quale ricorda, con riguardo al processo civile, che l'esigenza di effettività della tutela può dirsi soddisfatta solo quando detta tutela assicuri in modo specifico l'attuazione del diritto in

logico corollario del principio di effettività della tutela, che, pertanto, deve ritenersi, applicabile anche nel processo amministrativo.

3.2. Ulteriori argomenti di diritto positivo a supporto del principio di atipicità delle azioni proponibili nel processo amministrativo.

A tali argomentazioni, volte a desumere l'immanenza di un'azione atipica di adempimento e condanna, nel processo amministrativo, si aggiungono quelle che valorizzano taluni più specifici dati di diritto positivo e, in particolare, quelli che sembrano indicare il superamento della tradizionale concezione del processo amministrativo come giudizio sull'atto e non sul rapporto.

Un primo indice normativo in questo senso è desunto dalla possibilità di impugnare, con motivi aggiunti, i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso ⁽²¹⁾.

Un altro indice della trasformazione del processo amministrativo in giudizio sul rapporto viene ravvisato nel potere del giudice *ex art. 21-octies*, comma 2, della legge n. 241/1990 (come introdotto dalla legge n. 15/2005) di negare l'annullamento dell'atto impugnato nelle ipotesi di «*violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti*», quando giudichi palese, per la natura vincolata del provvedimento, che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato ⁽²²⁾.

funzione del contenuto che gli è proprio e delle specifiche prestazioni che ne discendono come dovute; pertanto, si ha carenza di tutela quando il provvedimento giurisdizionale attua solo in parte tale diritto, ne modifica il contenuto, trasforma o riduce le prestazioni originariamente dovute.

⁽²¹⁾ In effetti, nella disciplina dei motivi aggiunti, introdotta dalla legge n. 205/2000, ed oggi trasfusa nell'art. 43 del Codice del processo amministrativo, si è intravista una conferma, nel diritto positivo, della concezione del processo amministrativo inteso come giudizio sul rapporto: cfr., ad es., Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 luglio 2006, n. 4307, in *Riv. giur. edil.*, 2007, I, p. 300, ove vengono messi in evidenza anche gli altri indici normativi della trasformazione del processo di legittimità da giudizio sul provvedimento a giudizio sul rapporto (desumibili dagli artt. 2 e 21-*octies* della legge 241/1990, su cui si veda anche la nota successiva).

⁽²²⁾ Si veda, in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 luglio 2006, n. 4307, cit., in *Riv. giur. edil.*, 2007, I, p. 300, da cui è possibile trarre alcune importanti precisazioni non solo sulla natura del divieto di annullamento di cui all'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990 (e, in particolare, sulla distinzione tra vizio di legittimità, vizio non invalidante *ex art. 21-octies* e mera irregolarità) ma anche con riguardo alla ripartizione dell'onere della prova e alla natura dei provvedimenti soggetti alla disciplina prevista dalla disposizione citata. A tale proposito, la pronuncia, da un lato, chiarisce che spetta all'Amministrazione

Non è certo questa la sede per affrontare il problema della «natura» sostanziale o processuale della norma citata o per interrogarsi sulle conseguenze che essa comporta sul regime giuridico del provvedimento amministrativo affetto dai suddetti vizi, trattandosi di questioni già da anni oggetto di attento esame da parte della dottrina⁽²³⁾.

Qui ci si limita ad osservare che, secondo una certa impostazione, l'art. 21-*octies*, comma 2, cit., induce a ritenere che il privato, ove agisca per l'annullamento di un atto per vizi formali o procedurali, possa chiedere al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione generale di legittimità, non solo la tipica pronuncia caducatoria, ma anche l'accertamento della spettanza del bene della vita, con conseguente estensione della cognizione dello stesso giudice al rapporto esistente fra le parti⁽²⁴⁾. In altre parole, il legislatore, nel prescrivere che «*non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*», ammette implicitamente che il

provare che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso (di «*inversione dell'onere della prova*» ha già parlato, in più di un'occasione, la giurisprudenza di primo grado: cfr., *ex multis*, T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 6 giugno 2006, n. 821, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2006, p. 2163); dall'altro, esclude la possibilità di assoggettare alla «*prova di resistenza processuale*» i provvedimenti contenenti valutazioni di stretto merito, che solo all'Amministrazione («*e solo in sede procedimentale*») è consentito svolgere. Su tale ultimo profilo, si veda anche T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 20 aprile 2006, n. 1042, in *Foro amm.*, 2006, p. 1205.

⁽²³⁾ Cfr., in argomento, A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali e vizi procedurali*, in *www.giustamm.it*, n. 2/2005; M. D'ORSOGNA, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, Torino, 2005, p. 605 ss.; D.U. GALETTA, *L'art. 21-*octies* della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla Costituzione e al diritto comunitario*, in AA.VV. (a cura di M.A. Sandulli), *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo, Quaderni de Il Foro amministrativo - TAR*, quaderno n. 2 (reperibile anche come supplemento al fascicolo 5-6/2005), Milano, 2006, p. 89 ss. e, della stessa Autrice, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, p. 96 ss.; F.G. SCOCA, *Considerazioni introduttive sulla legge di modifica della disciplina del procedimento*, in *La legge di modifica del procedimento amministrativo e le norme generali sull'azione amministrativa*, Venezia-Mestre, 2006, p. 26 ss.; G. BERGONZINI, *Art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 339.

⁽²⁴⁾ Sotto tale profilo, la sentenza del T.A.R. Lombardia, qui in esame, precisa che l'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241/1990 «*attribuisce alla p.A. la possibilità di introdurre nel processo anche fatti non dedotti nell'atto o versati nel procedimento per dimostrare che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso*».

giudice possa emettere una pronuncia di accertamento della spettanza, anche qualora risulti palese che tale atto avrebbe dovuto assegnare al privato il bene della vita al quale aspirava.

In questo senso deporrebbe anche l'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990, il quale prevede che l'Amministrazione, prima dell'eventuale adozione di un provvedimento di diniego, debba comunicare, a chi ha presentato l'istanza, i motivi che ostano al suo accoglimento ⁽²⁵⁾: essa sembra, dunque, obbligata a condurre un'istruttoria completa e a dar corso a un contraddittorio procedimentale rinforzato ⁽²⁶⁾.

Ulteriori argomenti di diritto positivo a supporto della ammissibilità, anche nel processo amministrativo, dell'azione di adempimento, sono stati ravvisati, come già accennato, non solo nell'azione di condanna al risarcimento in forma specifica *ex art. 7* della legge 205/2000, ma anche e soprattutto nel giudizio sul silenzio, nel cui ambito è stata introdotta la previsione (l'art. 3, comma 6-*bis*, del d.l. 14 marzo 2005, convertito dalla legge n. 80/2005), secondo la quale «*il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza*» ⁽²⁷⁾.

Il comune obiettivo di tali tendenze legislative e giurisprudenziali – come viene ben evidenziato nella sentenza del T.A.R. Lombardia qui in esame, che ricostruisce puntualmente tale percorso evolutivo – «*è quello di far convergere nel giudizio di cognizione, per quanto possibile, tutte le questioni dalla cui definizione possa derivare una risposta definitiva alla domanda del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita (...) consentendo al processo di giovare della estensione del*

⁽²⁵⁾ Ai sensi della medesima disposizione, l'interessato può, quindi, presentare osservazioni scritte e documenti dei quali l'Amministrazione deve dar conto nella motivazione del provvedimento finale.

⁽²⁶⁾ In questo senso espressamente M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., pp. 572-573 (specialmente la nota 32), secondo cui «*l'espressione legislativa "i motivi che ostano all'accoglimento della domanda" sembra indicare che l'Amministrazione non possa limitarsi a individuare "uno o più dei possibili motivi" di rigetto dell'istanza, anche se sarebbe stata più precisa la formula "tutti i motivi"*». L'Autore ritiene, inoltre, che «*Un'interpretazione restrittiva della disposizione non appare giustificata anche in base alla sua ratio che sembra essere, per un verso, quella di favorire, per quanto possibile, l'accoglimento delle istanze di privati tutte le volte che l'interessato sia in grado di dimostrare, integrando la domanda originaria, l'esistenza dei presupposti e requisiti di legge, per altro verso, quella di deflazionare il contenzioso attraverso un rafforzamento del contraddittorio procedimentale*».

⁽²⁷⁾ Cfr. M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., specialmente le pp. 571-572.

contraddittorio procedimentale a tutti i profili della disciplina del rapporto» ⁽²⁸⁾. «*Ma senza dubbio – prosegue la suddetta pronuncia – spetta al Codice del processo amministrativo il merito di avere abbandonato definitivamente ogni residuo della concezione oggettiva del giudizio amministrativo di annullamento come strumento di controllo dell’azione amministrativa, e di aver consolidato lo spostamento dell’oggetto del giudizio amministrativo dall’atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, al rapporto regolato dal medesimo, al fine di scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata, sempre che non vi si frapponga l’ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica Amministrazione».*

Sul punto, la sentenza del T.A.R. Lombardia richiama pedissequamente l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 23 marzo 2011, n. 3 ⁽²⁹⁾. Nell’esaminare il tema dei rapporti tra azione di annullamento e azione risarcitoria, la Plenaria – dando atto dell’ampliamento delle tecniche di tutela dell’interesse legittimo e, in specie, dell’introduzione del principio di pluralità delle azioni – ha, infatti, affermato «*che il legislatore, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili*

⁽²⁸⁾ Lo stesso percorso evolutivo è evidenziato da R. GISONDI, op. cit., p. 1, il quale rileva che l’esigenza di introdurre nel processo amministrativo un’azione di adempimento «*si è posta anche in termini di una maggiore rispondenza del processo amministrativo alle esigenze di efficienza e competitività del “sistema paese”*». Prosegue l’Autore: «*Una giustizia amministrativa legata ad aspetti formali che gira a vuoto senza influire sui risultati della azione amministrativa, che deve intervenire con più processi di cognizione per definire una medesima vicenda, non è sembrata più tollerabile nemmeno al legislatore, che con la riforma della legge 241 del 1990 del 2005 ha introdotto significativi correttivi allo schema cassatorio tradizionale del processo: basti pensare all’art. 21 octies della legge 241 del 1990 e alla possibilità che l’azione contro il silenzio della p.a. possa avere ad oggetto anche la fondatezza della istanza e non più solo l’obbligo formale di provvedere».*

⁽²⁹⁾ In *Foro amm.-C.d.S.*, 2011, p. 826, ma alle stesse conclusioni era pervenuta già anche una significativa parte della giurisprudenza amministrativa. Basti qui ricordare che il giudice amministrativo, all’indomani delle riforme del biennio 1998-2000, ha potuto «usufruire» della reintegrazione in forma specifica per disporre l’aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori, servizi o forniture al secondo classificato a seguito di annullamento della gara, sempre che fosse ancora possibile il subentro nel contratto e non residuassero margini per l’esercizio di poteri discrezionali da parte della p.A.: si vedano, in tal senso, ad es., Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6281, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1417; Id., Sez. VI, 14 gennaio 2002, n. 157, in *Foro amm. - C.d.S.* 2002, p. 155; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 24 gennaio 2001, n. 189, in *Urb. e app.*, 2001, p. 1351; T.A.R. Napoli, Sez. I, 8 febbraio 2001, n. 603, in *Foro amm.*, 2001, p. 1339; Id., 27 marzo 2002, n. 1651, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2002, p. 1014; Id., 29 maggio 2002, n. 3177, *ivi*, 2002, p. 2579.

di discrezionalità amministrativa e tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto». E' quanto, ad avviso della Plenaria, può desumersi «dal combinato disposto dell'art. 30, comma 1, che fa riferimento all'azione di condanna senza una tipizzazione dei relativi contenuti (...) e dell'art. 34, comma 1, lett. c), ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio».

4. I dati normativi e le ragioni sistematiche che confermano la previsione, nel Codice del processo amministrativo, di un'azione «atipica» di condanna, ammessa in via generale.

Nei paragrafi che precedono si è illustrato, sia pure sommariamente, il percorso evolutivo seguito dalla dottrina e dalla giurisprudenza, prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, per superare gli ostacoli tradizionalmente opposti alla ammissibilità di un'azione di adempimento nel processo amministrativo, nonché gli argomenti di diritto positivo utilizzati a questo scopo.

Movendo dalle due pronunce in esame – e, in particolare, dalla sentenza del T.A.R. Lombardia, che, come detto, ricostruisce in modo accurato tale evoluzione legislativa e giurisprudenziale – occorre ora chiedersi se, e in che termini, il Codice del processo amministrativo abbia inciso innovativamente sul percorso evolutivo fin qui tratteggiato.

In tale contesto, appare in primo luogo opportuno un breve cenno all'*iter* legislativo che ha condotto, dapprima, all'introduzione e, poi, alla eliminazione dell'azione di adempimento nel testo definitivo del Codice del processo amministrativo.

Come si è già accennato, nello schema di Codice elaborato dalla Commissione tecnica, nel Capo II del Libro I, era prevista una vasta gamma di azioni, tra le quali spiccavano quelle di accertamento, di condanna e di adempimento. Tralasciando le prime, nel testo erano previste due diverse tipologie di azione di condanna: accanto ad una azione di condanna «propriamente detta» che riguardava il pagamento di somme di danaro ed un *facere* comportamentale della p.A., veniva introdotta l'azione di adempimento, avente ad oggetto l'attività provvedimentoale. Più precisamente, nella bozza uscita dalla Commissione, 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».

Tale azione era esperibile in via accessoria a quella di annullamento e serviva a «chiudere definitivamente il cerchio intorno alla pretesa del privato» nei casi in cui l'esaurimento di ulteriori margini del potere discrezionale della p.A. rendesse superfluo affidarne la soddisfazione ad un nuovo provvedimento amministrativo, successivo al giudicato di annullamento⁽³⁰⁾.

Come è stato anche da altri rilevato, 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., all'emanazione di un certo provvedimento; e ciò senza forzare più di tanto il principio cardine della divisione dei poteri, ove si consideri che tale pronuncia, da un lato, era utilizzabile solo a fronte di attività amministrativa interamente vincolata, dall'altro, rimaneva confinata alle ipotesi di esercizio della giurisdizione estesa al merito⁽³¹⁾.

Cionondimeno, nel testo approvato ed inviato alle Commissioni parlamentari dal Governo è rimasta (solo) l'azione di condanna generica, mentre è scomparsa quella di adempimento (pur potendosene rinvenire traccia, come si vedrà *infra*⁽³²⁾, in numerose altre disposizioni del Codice). Tale modifica è stata, forse, dettata dal timore che,

⁽³⁰⁾ In questo modo viene efficacemente descritta da R. GISONDI, op. cit., p. 2, la funzione della soppressa azione di adempimento. In senso analogo, A. STORTO, Commento all'art. 34 c.p.a., in *Codice del nuovo processo amministrativo*, a cura di F. Caringella, M. Protto, Roma, 2010, pp. 404-405.

⁽³¹⁾ Cfr., in tal senso, F. MERUSI, Trascrizione dell'intervento al Seminario «La sistematica delle azioni nel nuovo processo amministrativo», organizzato dal Dipartimento di Studi Giuridici «Angelo Sraffa» dell'Università Bocconi di Milano e dalla Scuola di specializzazione per le professioni legali delle Università Bocconi e di Pavia, tenutosi il 6 maggio 2010 presso l'Università Bocconi, consultabile in www.giustamm.it, n. 6/2010, secondo cui 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 c.d. 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")»; nel medesimo senso A. STORTO, op. cit., pp. 404-405.

⁽³²⁾ Nel presente paragrafo.

attraverso l'azione di adempimento, il giudice amministrativo potesse assumere in prima persona compiti di amministrazione attiva, riservati alla p.A. ⁽³³⁾.

Ebbene, a prescindere dalle reali intenzioni degli emendatori della bozza, pare – anche ad avviso di chi scrive – che vi sia più di un motivo per dubitare che, nella attuale versione del Codice, debba ritenersi davvero «*espunta ogni tutela reintegratoria o ripristinatoria degli interessi legittimi pretensivi*» ⁽³⁴⁾. Se invero, per effetto delle modifiche intervenute nel passaggio dal progetto di Codice licenziato l'8 febbraio 2010 dalla Commissione istituita presso il Consiglio di Stato al testo definitivo (poi entrato in vigore, dopo i consistenti «ritocchi» governativi), è stata persa la storica occasione di codificare l'azione di adempimento e condanna ⁽³⁵⁾, lo stesso Codice contiene, tuttavia, non pochi dati normativi idonei ad irrobustire il convincimento – già emerso, come si è visto, in giurisprudenza prima della sua entrata in vigore – della generale praticabilità di una azione di condanna «atipica».

Tale convinzione è espressa, in particolare, dalla sentenza del T.A.R. Lombardia in esame, la quale, dopo aver accuratamente ricostruito l'evoluzione subita dal processo amministrativo negli ultimi anni, con particolare riferimento al regime delle azioni, passa ad esaminare gli elementi di ordine testuale e logico-sistematico rintracciabili nel Codice del processo amministrativo, a sostegno dell'azione generale di adempimento.

Il primo argomento – di ordine testuale – sembra essere offerto proprio dall'art. 30 del Codice che disciplina, in via generale, l'azione di condanna.

⁽³³⁾ In tal senso R. GISONDI, op. cit., p. 2.

⁽³⁴⁾ Così R. GISONDI, op. cit., p. 2.

⁽³⁵⁾ Secondo R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo, commento a tutte le novità del giudizio amministrativo (D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, Milano, 2010, pp. 172-176, la codificazione dell'azione di adempimento, la cui importanza era stata del resto esaltata dal Presidente del Consiglio di Stato nel discorso di inaugurazione dell'anno giudiziario 2010, «*avrebbe rappresentato una forte spinta verso l'effettività della tutela del cittadino e avrebbe dato piena attuazione al criterio di delega, che richiedeva di prevedere le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa*». Lo stesso Autore rileva, poi, che il mancato inserimento dell'azione di adempimento nel Codice rappresenta «*un'occasione persa e persa malamente viste le giustificazioni adottate alle modifiche apportate dal Governo in sede di approvazione preliminare del testo, costituite dal dichiarato fine di non introdurre istituti che, anche indirettamente o mediamente ed in prospettiva temporale di medio periodo, potessero essere suscettibili di determinare incremento di oneri per la finanza pubblica, evidentemente insostenibili nell'attuale fase congiunturale*».

Significativa è già la rubrica dell'art. 30 c.p.a. che fa riferimento all'«*Azione di condanna*» in senso ampio ⁽³⁶⁾.

Ma è soprattutto il primo comma dell'art. 30 c.p.a., cit., che merita particolare attenzione sotto questo profilo. Invero, al contrario dei commi successivi, che disciplinano le varie tipologie di azioni risarcitorie, tale disposizione contiene un riferimento alla azione di condanna, senza alcuna qualificazione restrittiva ⁽³⁷⁾. In particolare, la suddetta disposizione sembra introdurre una dicotomia di azioni (di condanna) laddove stabilisce che «*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*».

Da ciò si evince che le azioni di condanna proponibili in via autonoma sono quelle disciplinate nei commi successivi dello stesso art. 30 (e cioè, come detto, l'azione di condanna al risarcimento dei danni, in forma specifica o per equivalente pecuniario, a tutela degli interessi legittimi e, nelle materie di giurisdizione esclusiva, dei diritti soggettivi); mentre l'azione di condanna «atipica» si connota per l'ovvio profilo che non può essere proposta in via autonoma ma solo «*contestualmente ad altra azione*» ⁽³⁸⁾.

E poiché l'espressione «*altra azione*» va riempita di contenuto prescrittivo, occorre anche chiedersi quali siano le altre azioni, cui fa riferimento il citato comma 1 dell'art. 30 c.p.a. ⁽³⁹⁾.

⁽³⁶⁾ Così M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it, p. 4.

⁽³⁷⁾ In tal senso espressamente M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, op. cit., p. 4.

⁽³⁸⁾ Cfr. E. FOLLIERI, in *Giustizia amministrativa*, op. cit., a cura di F.G. Scoca, Torino, 2011, p. 192 ss., il quale correttamente rileva che l'azione di condanna c.d. atipica non è disciplinata, se non per quanto riguarda la forma in cui può essere proposta – contestualmente ad altra azione –, dal suddetto art. 30, comma 1, c.p.a.. Invero, come meglio si dirà *infra*, il contenuto di questa domanda atipica va determinato con riferimento ad altre disposizioni del Codice.

⁽³⁹⁾ Secondo E. FOLLIERI, in *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 193, la disposizione non si riferisce alle azioni di condanna previste in altre disposizioni, quali: la condanna della p.A. ad esibire i documenti richiesti di cui all'art. 116 c.p.a.; la condanna alla restituzione di un bene immobile occupato senza titolo di cui all'art. 43 del d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327; la condanna a provvedere a seguito di silenzio della p.A., che è azione autonoma e direttamente disciplinata dagli artt. 31 e 117 c.p.a..

La risposta più convincente – come sottolineato da autorevole dottrina ⁽⁴⁰⁾ – «è che esse siano costituite essenzialmente dall'azione di annullamento e dall'azione avverso il silenzio». A tale soluzione – anche sistematicamente più corretta – è agevole giungere sulla base dell'ovvia considerazione che la lesione di un interesse legittimo pretensivo – azionabile in sede giurisdizionale – può verificarsi in due ipotesi: nel caso in cui all'istanza del privato venga opposto un provvedimento espresso di diniego oppure nell'ipotesi di silenzio-inadempimento.

Nel primo caso, l'azione di annullamento è indispensabile per accertare l'illegittimità del diniego e rimuovere il provvedimento. Nel secondo caso, l'azione avverso il silenzio consente di accertare l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere (art. 31, comma 1, c.p.a.) ed, altresì, la fondatezza della pretesa «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» (art. 31, comma 3, c.p.a.) ⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, op. cit., p. 5; nel medesimo senso E. FOLLIERI, in *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 193.

⁽⁴¹⁾ Sulla disciplina del rito avverso il silenzio, prima e dopo l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, cfr., *ex multis*, B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1995, XIV, pp. 156 ss. e, dello stesso Autore, *Commento all'art. 2, l. n. 205*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, p. 575 ss.; F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, p. 393 ss.; F.G. SCOCA, *La tutela processuale del silenzio dell'amministrazione*, in *Funzione ed oggetto della giurisdizione. Nuove e vecchie questioni* (a cura di G. Morbidelli), Torino, 2000, p. 85 ss. e, dello stesso Autore, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 239 ss.; R. GIOVAGNOLI, *L'oggetto del sindacato giurisdizionale nel ricorso contro il silenzio-rifiuto della p.A.*, in *Urb. e app.*, 2001, pp. 1124-1133, e, dello stesso Autore, *L'accertamento del rapporto nel rito speciale per il silenzio della p.a.*, in *www.lexfor.it*, n. 3/2002; *I silenzi della Pubblica Amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, Milano, 2005, p. 158 ss. nonché *Dia e silenzio-assenso dopo la legge n. 80/2005*, in *Urb. e app.*, 2005, pp. 1001-1011; S. FANTINI, *Il rito speciale in materia di silenzio della pubblica amministrazione*, in *Giustizia amministrativa*, 2001, p. 417 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il rito del silenzio nel processo amministrativo*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di M. De Paolis, Milano, 2001, p. 25 ss. e, dello stesso Autore, *I riti speciali*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, op. cit., p. 499 ss.; A. TRAVI, *Silenzio-assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, pp. 16 ss.; G. MORDIBELLI, *Il Silenzio-assenso*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, pp. 265 ss.; V. PARISIO, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attizie e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 e dalla legge 14 maggio 2005, n. 80*, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2006, p. 2798 ss. e, della stessa Autrice, *L'azione avverso il silenzio*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di R.

In entrambi i casi, il completo soddisfacimento dell'esigenza di tutela del titolare dell'interesse legittimo pretensivo può essere conseguito solo se, insieme all'azione di annullamento o all'azione avverso il silenzio si cumula l'azione di condanna all'emanazione del provvedimento richiesto e/o denegato, e cioè l'azione di condanna «atipica» di cui al comma 1 dell'art. 30 c.p.a.. Ne deriva che il ricorrente potrà chiedere l'annullamento del provvedimento negativo o proporre azione contro il silenzio e, contestualmente, la condanna dell'Amministrazione all'adozione dello specifico provvedimento «satisfattivo» del suo interesse al bene della vita ⁽⁴²⁾.

Altro dato testuale che va in questa direzione è l'art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a.. Tale disposizione, nel precisare i contenuti della sentenza di condanna, prevede non soltanto il pagamento di una somma di denaro, anche a titolo di risarcimento del danno (incluse le misure di risarcimento in forma specifica), ma anche l'adozione «*delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*». E poiché queste misure, pur innominate, sono funzionalmente collegate alla soddisfazione («*idonee a tutelare*») della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio, una siffatta disposizione sembra ammettere implicitamente che tra situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e pronuncia di condanna atipica si interponga un'azione che è «*altrettanto atipica*» ⁽⁴³⁾.

Sembra muovere nella stessa direzione anche la successiva lettera e) dell'art. 34, comma 1, cit., in base alla quale il giudice dispone «*le misure idonee ad assicurare*

Caranta, Bologna, 2011, pp. 675-695; S.S. SCOCA, *I difficili rapporti tra l'art. 2-bis legge 241/90 e l'art. 21-bis legge TAR*, in *www.giustamm.it*, n. 12/2009; L. GUAGLIANO, R. ROLLI, *Tempo, silenzio e processo*, *ivi*, n. 10/2010; L. VIOLA, *Le azioni avverso il silenzio della p.a. nel nuovo codice del processo amministrativo: aspetti problematici*, *ivi*, n. 11/2010.

⁽⁴²⁾ Secondo E. FOLLIERI, in *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 194, una tale interpretazione appare «*in linea con i principi della Costituzione (artt. 24 e 111), dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 e del Codice del processo amministrativo che proclama la tutela piena ed effettiva (art. 1 c.p.a.) e il giusto processo (art. 2 c.p.a.)*».

⁽⁴³⁾ Così M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, op. cit., pp. 3 e 4; nello stesso senso E. FOLLIERI, in *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 194, secondo cui «*non si può fare a meno di pensare all'azione di adempimento che, nel testo della Commissione presso il Consiglio di Stato, era proponibile "contestualmente a quella di annullamento o avverso il silenzio" (art. 40, comma 2) e che consiste nel "chiedere la condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento richiesto o denegato" (art. 40, comma 1), indubbiamente misura idonea a tutelare l'interesse legittimo pretensivo dedotto in giudizio*».

l'attuazione del giudicato», inclusa la nomina già in sede di cognizione, di un commissario *ad acta* con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza ⁽⁴⁴⁾. Come opportunamente sottolineato dal T.A.R. Lombardia, nella pronuncia in esame ⁽⁴⁵⁾, «*La previsione, con tutta evidenza, consente di esplicitare “a priori”, ovvero nel dispositivo della sentenza, gli effetti conformativi e ripristinatori da cui discende la regola del rapporto, e non più “a posteriori”, in sede di scrutinio della condotta tenuta dall'amministrazione dopo la sentenza di annullamento; ne consegue la possibilità di concentrare in un solo episodio giurisdizionale tutta quella attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza*» ⁽⁴⁶⁾.

In definitiva, molti dati normativi testuali sembrano avvalorare la conclusione che non si tratti di semplici «*frammenti di norme*» ⁽⁴⁷⁾, frutto di un coordinamento impreciso nella fase finale di redazione del Codice, ma di norme che, sia pure non esplicitamente, riconoscono una tutela specifica dell'interesse legittimo, nelle forme dell'azione di condanna «*atipica*».

Vi sono poi ragioni sistematiche – oltre che letterali – che inducono a ritenere che, anche nel testo definitivo del Codice, permanga una azione di questo genere. Nel

⁽⁴⁴⁾ Secondo M. RAMAJOLI, *La condanna a un facere*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di R. Caranta, Milano, Bologna, 2011, p. 589, «*La novità introdotta è importante perché costituisce la base normativa idonea a consentire alla sentenza amministrativa di espandere i suoi effetti, oltre l'oggetto formale del giudizio, nella direzione della tutela dell'interesse sostanziale del ricorrente*». In senso analogo M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, op. cit., p. 4 (nota 10), il quale sottolinea che le suddette disposizioni «*allineano il giudizio di cognizione al giudizio cautelare nel quale l'atipicità della misura era stata introdotta già dalla legge 21 luglio 2000, n. 205 e confermata dall'art. 55, comma 1, del Codice che prevede che il ricorrente possa richiedere (e il giudice disporre) le “misure cautelari (...) che appaiano, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso”*».

⁽⁴⁵⁾ Cfr. il par. V.6. della motivazione.

⁽⁴⁶⁾ In questa prospettiva, prosegue la sentenza, «*Le misure attuative, talvolta, saranno limitate alla sola definizione dei modi di riesercizio del potere; altre volte, invece, quando l'accoglimento della questione di legittimità non lasci residuare margine alcuno per soluzioni alternative, potranno spingersi a statuire in via soddisfattiva sulla spettanza del provvedimento richiesto; all'occorrenza, con la nomina del commissario, le misure potranno anche essere esecutive e sostitutive (salvo chiedersi, in tal caso, se la nomina differita del commissario segni, come pure è stato suggerito, il limite massimo dell'estensione del giudizio di cognizione)*».

⁽⁴⁷⁾ L'espressione è di A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, op. cit., p. 93, il quale ritiene che le disposizioni succitate – art. 30, comma 1, c.p.a. e art. 34, comma 1, lett. c) e lett. e), c.p.a. – non costituiscano «*norme fondanti*» dell'azione di adempimento.

predetto testo, come si è visto, l'azione di annullamento continua a coesistere accanto ad altre due azioni che hanno una portata altrettanto generale: quella di risarcimento del danno – anche in forma specifica – e quella di condanna, che si distingue dalla prima perché non è volta alla eliminazione delle conseguenze patrimoniali (e non patrimoniali) della lesione ma alla reintegrazione della posizione soggettiva lesa. Sembra, quindi, sussistere, anche nell'attuale impianto del Codice, una «*generale azione reintegratoria*»⁽⁴⁸⁾, posta indistintamente a presidio dei diritti soggettivi così come degli interessi legittimi, che consente al giudice di adottare «*tutte le misure idonee a tutelare la posizione giuridica dedotta in giudizio*».

Sempre sotto il profilo sistematico, va anche considerato che il Codice del processo amministrativo già contempla, nella disciplina dei riti speciali, delle ipotesi di azione di adempimento. Ci si riferisce, in particolare: all'art. 124, comma 1, c.p.a., che, con riferimento al rito speciale in materia di contratti pubblici, menziona espressamente «*la domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto*», il cui accoglimento è, però, condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto, nei casi in cui questa sia consentita⁽⁴⁹⁾; all'art. 116, comma 4, c.p.a., che, nel rito in materia di accesso,

⁽⁴⁸⁾ Tale è l'espressione utilizzata da R. GISONDI, op. cit., p. 2, per definire l'azione di condanna «atipica».

⁽⁴⁹⁾ In questo senso «*la previsione della domanda di subentro ... sembra in effetti configurare una speciale domanda di adempimento o di condanna a un facere specifico (...) mercé la quale il giudice, in caso di accoglimento (...), può condannare l'amministrazione a stipulare il nuovo contratto con il ricorrente vittorioso*»: cfr. P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, in *www.giustamm.it*, n. 3/2011, p. 33, il quale rileva, però, che se, da un lato, tale disposizione sembra aver codificato quell'azione di condanna che taluna giurisprudenza aveva già ipotizzato in via pretoria, «*per altro verso, la presenza di una previsione speciale potrebbe, in tesi, deporre anche in senso sfavorevole alla configurabilità, in generale, di un'azione "atipica" di adempimento nel nuovo processo amministrativo*». Per la tesi dell'ammissibilità dell'azione di adempimento, anche nel testo finale del Codice, si sono espressi anche F. MERUSI, *In viaggio con Laband ...*, in *www.giustamm.it*, n. 4/2010 e F.G. SCOCA, nella relazione tenuta dallo stesso Autore nel corso del Seminario «*L'attuazione della nuova direttiva ricorsi*», organizzato dal Dipartimento di Studi Giuridici «Angelo Sraffa» dell'Università Bocconi di Milano e dalla Scuola di specializzazione per le professioni legali delle Università Bocconi e di Pavia, tenutosi il 20 maggio 2010 presso l'Università Bocconi, in *www.giustamm.it*, n. 7/2010, p. 8 ss., il quale ritiene che in questo caso il legislatore abbia introdotto una vera e propria azione di adempimento, sicché, ancora una volta, «*la materia degli appalti pubblici sembra porsi come materia "apri strada" per le altre materie*». In senso contrario A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, op. cit., p. 91 (specialmente le note 30 e 31), il quale, basandosi sulla lettura che esclude che il giudice amministrativo possa sostituirsi all'Amministrazione nel disporre l'aggiudicazione e nell'assegnare il contratto al ricorrente, sottolinea che «*queste disposizioni particolari (...) si collocano in*

contempla il potere del giudice di ordinare l'esibizione dei documenti richiesti; ed, infine, all'art. 4 del d.lgs. n. 20 dicembre 2009, n. 189, sulla c.d. «*class action*» contro la pubblica Amministrazione, che prevede il potere del giudice di ordinare all'Amministrazione soccombente di porre rimedio alla violazione accertata mediante il ripristino del corretto svolgimento delle funzioni o la corretta erogazione di un servizio⁽⁵⁰⁾.

In presenza di queste previsioni tipiche sembra naturale chiedersi se si tratta di disposizioni eccezionali, che confermano la mancanza di un'azione di adempimento come rimedio generale per gli interessi legittimi pretensivi, oppure soltanto di esemplificazioni di un'azione ammessa in via generale.

Sotto tale profilo, sono particolarmente significativi alcuni passaggi della sentenza del T.A.R. Lombardia, in esame, laddove si rileva, da un lato, che la tesi volta ad escludere, per gli interessi pretensivi, ogni forma di tutela diversa da quella di annullamento (e sul silenzio) si porrebbe in contrasto con i «*principi (di ascendenza costituzionale comunitaria) in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale (richiamati dall'art. 1 c.p.a.)*»⁽⁵¹⁾, oltre che con le finalità generali del Codice, tra cui vi è il perseguimento di una maggiore efficienza del sistema della giurisdizione amministrativa, onde evitare un'inutile ripetizione di processi di cognizione su vicende che si prestano ad essere decise in un'unica battuta⁽⁵²⁾; dall'altro, che l'omesso riconoscimento di una forma di tutela essenziale, come quella «*reintegratoria*», verrebbe, poi, nuovamente, a creare ingiustificate disparità tra le forme di tutela del diritto soggettivo e quelle previste per l'interesse legittimo,

un contesto di "circostrizione" della sfera d'operatività propria dell'azione di annullamento, e non nella logica di una estensione della tutela, come sembra invece postulato dall'art. 34».

⁽⁵⁰⁾ Si vedano, in argomento, ad es., A. BARTOLINI, *La class action nei confronti della p.a tra favole e realtà*, in *www.giustamm.it*, n. 11/2009; F. CINTIOLI, *Note sulla cosiddetta class action amministrativa*, *ivi*, n. 8/2010; A. GIUFFRIDA, *La c.d. class action amministrativa: ricostruzione dell'istituto e criticità*, *ivi*, n. 8/2010; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Buona amministrazione tra garanzie interne e prospettive comunitarie. (A proposito di "class action all'italiana")*, *ivi*, n. 9/2010; GERARDO SORICELLI, *Considerazioni sulla class action amministrativa nell'amministrazione di risultato*, *ivi*, n. 1/2011.

⁽⁵¹⁾ Si veda, in particolare, il par. VI.1. della motivazione. Nel medesimo senso, in dottrina, R. GISONDI, *op. cit.*, p. 3.

⁽⁵²⁾ Cfr. il par. V.4. della motivazione.

riproponendo i medesimi problemi e temi che sono stati al centro dello scontro fra Cassazione e Consiglio di Stato a proposito della c.d. «pregiudiziale amministrativa». Peraltro, il Codice non limita l'esperibilità di tale rimedio ai soli interessi legittimi oppositivi, né ai soli casi in cui la posizione soggettiva del privato sia lesa da comportamenti: non si vedono, quindi, ragioni né testuali né sistematiche per cui essa non debba riguardare anche «*le pretese provvedimenti che chiamiamo interessi legittimi pretensivi*»⁽⁵³⁾.

Non è, poi, priva di significato sistematico – ad avviso dei giudici lombardi – anche la circostanza della intervenuta abrogazione del Regolamento di procedura approvato con il r.d. 17 agosto 1907, n. 642, da cui consegue la rimozione della disposizione secondo cui «*l'esecuzione delle decisioni si fa in via amministrativa, eccetto che per la parte relativa alle spese*»: art. 88⁽⁵⁴⁾, dalla quale, in passato, pure, si argomentava che il giudice amministrativo non avesse un potere generale di emanare sentenze di condanna⁽⁵⁵⁾.

Le considerazioni che precedono consentono di assegnare alle azioni di adempimento «tipiche» il ruolo non di disposizioni eccezionali ma di esemplificazioni di un'azione ammessa in via generale, seppure avente carattere residuale. Ciò porta, dunque, a ritenere che, pur a seguito della formale eliminazione dal Codice dell'azione di adempimento ad un *facere* specifico, permanga, in capo al giudice amministrativo, il potere di condannare l'Amministrazione all'adozione di uno specifico provvedimento,

⁽⁵³⁾ In questo senso espressamente R. GISONDI, op. cit., p. 3.

⁽⁵⁴⁾ La disposizione del Regolamento secondo la quale la pronuncia di accoglimento deve contenere l'ordine «*che la decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa*» (art. 65, n. 5) è stata, invece, ripresa dall'art. 88, comma 2, lett. f), c.p.a..

⁽⁵⁵⁾ Cfr. il par. VI.3. della motivazione. Nel medesimo senso, cfr. M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, op. cit., p. 4, il quale richiama in proposito, la posizione espressa da A. ALBINI, *Le sentenze dichiarative nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1953, p. 6. Lo stesso CLARICH ricorda, inoltre, che, in epoca più recente si era, peraltro, già sostenuto che, dopo l'estensione del giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo, l'art. 88 del Regolamento non avrebbe più alcun contenuto precettivo (G. VERDE, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 650).

anche al di fuori dei casi tassativi di giurisdizione di merito e delle particolari ipotesi previste dai riti speciali in materia di appalti e di accesso ai documenti ⁽⁵⁶⁾.

«Infatti – come efficacemente rilevato dal T.A.R. Puglia nella pronuncia qui esaminata – nonostante l'apparente silenzio del codice al riguardo, gli artt. 30, 1° comma, e 34 lett. c) c.p.a. consentono al G.A., nei limiti della domanda, di emanare sentenze di condanna “all’adozione di misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e disporre misure di risarcimento in forma specifica ai sensi dell’art. 2058 c.c.”. Tale norma, che si pone in stretta correlazione con il generale principio di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale amministrativa, sancisce dunque l’ingresso nell’ordinamento processuale dell’azione tipica di adempimento (c.d. condanna pubblicistica) nell’ottica della soddisfazione completa della posizione sostanziale di interesse legittimo di cui si chiede tutela, pur nel limite della necessaria contestualità con l’azione di annullamento, nonché dell’assenza di profili di discrezionalità amministrativa o tecnica» ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁶⁾ Va, peraltro, rimarcato che la Relazione al Codice, nel dar conto della soppressione dell’azione di accertamento e di quella di adempimento, spiega che il Governo ha ritenuto di «non esercitare, allo stato, in parte qua, tale facoltà concessa dalla delega, ritenendo adeguata e completa la tutela apprestata dalle azioni già previste dal Capo II»: si vedano, sul punto, le interessanti considerazioni di M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, op. cit., p. 3, il quale ritiene che «Il legislatore non sembrerebbe dunque aver inteso, quanto meno, compiere passi indietro rispetto ai livelli di tutela assicurati in precedenza dalla giurisprudenza recente anche in punto di atipicità delle azioni. Altrimenti, saremmo in presenza di una violazione di un principio contenuto nella legge di delega secondo il quale il legislatore delegato doveva tener conto degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori (art. 44, comma 1, della legge delega)». In maniera più netta E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, op. cit., p. 4, sottolinea che «il codice del processo non ha affermato la tipicità delle azioni e, anzi, ha introdotto un’azione atipica di condanna, come espressamente rilevato nella relazione al codice che evidenzia il “carattere residuale della condanna atipica” (...). Pertanto, l’azione di adempimento può ritenersi strumento conosciuto e disciplinato dal codice per la tutela effettiva della situazione giuridica soggettiva del ricorrente e, quindi, espressione dei principi ispiratori del codice, comunque, non estranea ad esso». Esprime, invece, perplessità circa l’introduzione, nel nostro ordinamento, di una generale azione di adempimento A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, op. cit., p. 90 ss., su cui si veda anche quanto osservato nella nota 81.

⁽⁵⁷⁾ Sotto tale profilo, risulta particolarmente efficace anche quel passaggio della sentenza del T.A.R. Lombardia in cui si descrive il rapporto tra l’art. 30 e l’art. 34 c.p.a. (par. VI.2 della motivazione). Secondo i giudici lombardi «Il codice del processo amministrativo, complice la peculiare commistione tra “processo” e “sostanza” tipica degli strumenti di reazione avverso l’azione amministrativa invalida, ha ritenuto opportuno enumerare all’art. 34 quei rimedi che, per quanto si trovino a stretto ridosso della giurisdizione in quanto la loro concreta realizzabilità è assicurata dagli strumenti del processo, sono

5. I caratteri e i limiti dell'azione «atipica» di condanna: applicabilità del principio sancito dall'art. 31, comma 3, c.p.a. per le pronunce rese avverso il silenzio, in ordine alla fondatezza della domanda.

Se, alla luce di quanto illustrato nei paragrafi precedenti, sembra potersi ritenere ammissibile un'azione di condanna «atipica» (in quanto *species* del *genus* azione di condanna, espressamente contemplata dal Codice del processo amministrativo), si pone, tuttavia, l'ulteriore problema dei caratteri e dei limiti di questa originale azione di condanna, nell'assoluto silenzio del legislatore sul punto ⁽⁵⁸⁾. Ci si chiede, in particolare, se il giudice amministrativo abbia la possibilità di emettere pronunce di adempimento, a fronte di attività discrezionale della p.A..

Va, al riguardo, ricordato che nella bozza originaria del Codice l'azione di condanna «*all'adozione di ogni altra misura idonea a tutelare la posizione giuridica soggettiva*» presentava carattere residuale: il testo specificava che la tutela del ricorrente «*non (doveva essere) conseguibile con il tempestivo esercizio delle altre azioni*» (art. 41, comma 1, prima bozza provvisoria del Codice); ma, questa precisazione è stata soppressa nel testo definitivo del Codice, che pare così attribuire carattere generale all'azione, che non risulta essere condizionata esplicitamente in alcuna maniera ⁽⁵⁹⁾.

Va però anche aggiunto che, nella disciplina dell'azione avverso il silenzio (art. 31, comma 3, c.p.a.) è stata confermata la (già vigente) possibilità per il giudice

tuttavia di pertinenza del diritto sostanziale; tale norma, pertanto, nel discernere le forme di tutela che garantiscono il conseguimento delle utilità oggetto dell'aspettativa degli amministrati, rappresenta sul piano sistematico ed ermeneutico il "prius". L'art. 30 c.p.a., invece, da una parte, disciplina soltanto alcuni aspetti del "veicolo" processuale del rimedio (i termini e la necessaria contestualità dell'azione di condanna ad altra azione, salvo i casi di giurisdizione esclusiva e di condanna al risarcimento), che dunque costituiscono il "posterius"; dall'altro, per quanto rubricato come disciplina dell'azione di condanna, contiene spezzoni di fattispecie sostanziale (in particolare, in tema di risarcimento del danno, pur disinteressandosi del profilo causale o di imputazione soggettiva del danno, vengono dettate alcune disposizioni in punto di danno risarcibile). In definitiva, come si vede, il rapporto tra l'art. 34 e l'art. 30 va propriamente invertito: dalla prima norma si traggono quali rimedi sono a disposizione degli amministrati a tutela dei loro interessi; dalla seconda alcuni specifici e complementari aspetti processuali (oltre che spezzoni di fattispecie sostanziale)».

⁽⁵⁸⁾ A tale problema accennano: M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, op. cit., pp. 5-6; M. RAMAJOLI, op. cit., p. 603; A. STORTO, op. cit., p. 405.

⁽⁵⁹⁾ Analoghe, sul punto, le conclusioni di M. RAMAJOLI, op. cit., p. 602.

amministrativo, di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio ⁽⁶⁰⁾, limitando – come si è visto – tale possibilità ai casi di attività vincolata e alle ipotesi in cui non residuano margini di discrezionalità.

Tale disposizione – la quale non ha fatto altro che codificare un principio già applicato da una parte della giurisprudenza amministrativa per procedere all'accertamento della pretesa in caso di azione di annullamento ⁽⁶¹⁾ – appare suscettibile di generale applicazione, anche al di fuori del rito sul silenzio: infatti, al di là della sua collocazione specifica, essa può essere riferita anche al caso di provvedimento espresso di diniego ⁽⁶²⁾. Ciò, ovviamente, nei limiti in cui la posizione soggettiva azionata dal ricorrente non si confronti con un residuo potere discrezionale della p.A.: ma, in tal caso, i limiti alla esperibilità della azione non sono processuali ma attengono allo stesso contenuto della posizione soggettiva fatta valere ⁽⁶³⁾.

Non è, del resto, immaginabile che l'ambito dell'accertamento in tale giudizio di impugnazione sia confinato alla contestazione dei motivi di diniego e non possa estendersi, così come accade nel giudizio sul silenzio, anche alla verifica dell'esistenza in concreto dei presupposti e requisiti vincolati, in presenza dei quali il ricorrente può ottenere il provvedimento richiesto. *«L'interesse pretensivo del quale si chiede tutela in entrambi i casi ha la stessa consistenza e la forma di tutela non può essere diversa a*

⁽⁶⁰⁾ Come già ricordato, la previsione secondo cui, nel rito sul silenzio, il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza della domanda era stata originariamente introdotta dall'art. 3, comma 6-bis, del d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (convertito con modificazioni dalla legge n. 80/2005), come inserito nell'art. 2, comma 5, della legge n. 241/1990.

⁽⁶¹⁾ Si vedano, in proposito, le interessanti considerazioni di R. CHIEPPA, op. cit., p. 172, secondo cui *«il sistema previgente non era nella sostanza molto dissimile da quello tedesco e se ne differenziava per il fatto che nel nostro ordinamento per i provvedimenti denegati l'accertamento della fondatezza della pretesa si concludeva con una decisione di annullamento dell'atto, la cui parte dispositiva andava letta unitamente alla parte motiva, in cui era precisato quale era l'obbligo conformativo dell'amministrazione. E, in alcuni casi, tale obbligo consisteva proprio nel rilascio del provvedimento richiesto e negato»*. Cfr., inoltre, tra le più significative pronunce in tal senso, T.A.R. Puglia, Sez. II, 1 ottobre 1999, n. 577, in *Urb. e app.*, p. 1355; T.A.R. Lombardia, Sez. III, 31 luglio 1999, n. 2889, *ivi*, 1999, p. 1353; Id., Sez. II, 30 ottobre 2000, n. 6165 e T.A.R. Campania, Sez. I, 8 febbraio 2001, n. 603, entrambe consultabili in *Urb. e app.*, 2001, p. 666 ss..

⁽⁶²⁾ Peraltro, come rilevato da R. CHIEPPA, op. cit., p. 172, la stessa formula di cui all'art. 31, comma 3, cit. *«è stata ripresa dal Governo dalla (eliminata) norma sull'azione di adempimento, che riguardava sia i dinieghi che il silenzio»*.

⁽⁶³⁾ In questo senso espressamente R. GISONDI, op. cit., p. 3.

seconda che l'Amministrazione decida di mantenere un atteggiamento inerte o di emanare un provvedimento di diniego» ⁽⁶⁴⁾.

Tale convincimento – che corrisponde all'opinione più accreditata in dottrina ⁽⁶⁵⁾ – viene efficacemente espresso in quel passaggio della sentenza del T.A.R. Lombardia qui esaminata ove si afferma: *«Il principio, stabilito dall'art. 31, comma 3, deve ritenersi di ordine generale dal momento che l'interesse pretensivo, sia che l'Amministrazione rimanga inerte sia che emani un provvedimento espresso di diniego, ha la stessa consistenza e lo stesso bisogno di tutela. Mentre nei casi anzidetti la pronuncia potrà estendersi a tutti gli aspetti del potere determinandone i successivi svolgimenti, ove per contro, nonostante l'operatività degli istituti di concentrazione, permanga un nucleo di valutazioni discrezionali riservate, il giudice, anche nel nuovo assetto, rimane di certo non autorizzato a spostare dal procedimento al processo la sua definizione»* ⁽⁶⁶⁾.

Traendo spunto dalla fattispecie concreta sottoposta al suo esame, lo stesso T.A.R. Lombardia ha anche aggiunto che il medesimo principio risulta applicabile anche *«nella consimile ipotesi in cui l'Amministrazione venga reinvestita della questione a seguito di “remand” (tecnica cautelare che si caratterizza proprio per rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto gravato, restituendo quindi all'Amministrazione l'intero potere decisionale iniziale)»* ⁽⁶⁷⁾. Ciò porta, dunque, a ritenere che *«anche una attività “in limine litis” connotata da discrezionalità possa, a seguito della progressiva concentrazione in giudizio delle questioni rilevanti (ad esempio, mediante il combinato operare di ordinanza propulsiva e motivi aggiunti), risultare, all'esito dello scrutinio del Giudice, oramai “segnata” nel suo sviluppo»* ⁽⁶⁸⁾.

Le due pronunce in esame costituiscono significativo esempio dell'applicazione del principio stabilito dall'art. 31, comma 3, c.p.a., cit. – in ordine al potere del giudice

⁽⁶⁴⁾ Così M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, op. cit., p. 6.

⁽⁶⁵⁾ Cfr., a titolo esemplificativo, oltre allo scritto di CLARICH citato nella nota precedente, R. CHIEPPA, op. cit., pp. 171-173; M. RAMAJOLI, op. cit., pp. 602-603; R. GISONDI, op. cit., p. 3.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. il par. V.6. della motivazione.

⁽⁶⁷⁾ Si veda il par. V.7. della motivazione.

⁽⁶⁸⁾ Anche tale passaggio è tratto dal par. V.7. della motivazione della pronuncia del T.A.R. Lombardia, qui esaminata.

amministrativo di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa – anche all’azione «atipica» di condanna.

Nel caso affrontato dal T.A.R. Lombardia, come già ricordato, l’Amministrazione aveva, infatti, negato, per ben due volte, il rilascio del provvedimento di trasferimento richiesto dal ricorrente; e il secondo diniego era stato emesso a seguito del provvedimento giurisdizionale con cui era stato accolto il ricorso ai fini del riesame: doveva, quindi, ritenersi vincolata – *«in quanto successiva al secondo annullamento sulla medesima istanza pretensiva»* ⁽⁶⁹⁾ – l’attività amministrativa conseguente alla sentenza di accoglimento del ricorso per motivi aggiunti proposto avverso il secondo diniego ⁽⁷⁰⁾.

Il T.A.R. Puglia ha, invece, applicato i principi già previsti per le pronunce avverso il silenzio ad una attività pacificamente vincolata, quale è il rilascio di titoli abilitativi edilizi ⁽⁷¹⁾. A fronte di tale attività – secondo i giudici pugliesi – *«è possibile contestualmente all’annullamento, se richiesto dal ricorrente, l’accertamento (definitivo) della stessa fondatezza della pretesa a costruire, nell’ambito di un giudizio oramai avente ad oggetto il “rapporto” sostanziale dedotto ovvero la fondatezza della*

⁽⁶⁹⁾ Come si precisa nella stessa sentenza del T.A.R. Lombardia.

⁽⁷⁰⁾ Tale impostazione – accolta dalla pronuncia del T.A.R. Lombardia sopra citata – sembra introdurre, 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 (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: in tal modo è consentito al giudice di emanare una sentenza di condanna ad un *facere* senza invadere la sfera di autonomia della p.A.; cfr., sul punto, A. CARBONE, *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova*, op. cit., p. 5 e, in giurisprudenza, T.R.G.A., Sez. Trento, 16 dicembre 2009, n. 305 in *Foro amm. – T.A.R.*, 2009, p. 3421.

⁽⁷¹⁾ Che il rilascio di titoli abilitativi edilizi possa considerarsi attività *«pacificamente vincolata in quanto costituente mero risultato dell’attività di controllo circa la conformità alla normativa urbanistico-edilizia»* è affermazione costante in giurisprudenza: cfr., ad es., Consiglio di Stato, Sez. V, 24 agosto 2007, n. 4507, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2007, p. 2249; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 6 novembre 2006, n. 2875, in *Foro amm. – TAR*, 2006, p. 3510; T.A.R. Liguria, Sez. I, 1 agosto 2007, n. 1430, in *Riv. giur. edil.*, 2008, I, p. 388; Id., Sez. I, 16 febbraio 2008, n. 305, in *Foro amm. – TAR*, 2008, p. 422; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 17 giugno 2008, n. 314, *ivi*, 2008, p. 1649; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 15 ottobre 2010, n. 2070, *ivi*, 2010, p. 3346; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 5 marzo 2011, n. 302, *ivi*, 2011, p. 990; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 19 ottobre 2011, n. 2478, in www.giustizia-amministrativa.it.

pretesa azionata, con soddisfazione completa della posizione sostanziale di interesse legittimo e senza più il limite costituito dal riesercizio del potere a seguito dell'annullamento giurisdizionale, proprio di un giudizio vertente sulla legittimità (formale) degli atti impugnati».

L'orientamento espresso dalle due pronunce appare pienamente condivisibile, non solo perché afferma che la condanna ad un *facere* può riguardare anche l'emanazione di un provvedimento amministrativo – dovendo l'atipicità dell'azione di condanna consentire di conseguire anche questo risultato – ma altresì laddove ritiene che il limite per l'esercizio di tale azione sia costituito dalla necessità di evitare sconfinamenti di poteri e valutazioni di merito in capo al giudice amministrativo, che dovrebbe, quindi, valutare la spettanza del provvedimento nei (soli) casi di attività vincolata o di consumazione, anche nel corso del giudizio, della discrezionalità della p.A..

Appare, pertanto, preferibile, in assenza di una indicazione normativa, mantenere fermi, anche con riferimento all'azione «atipica» di condanna, i limiti già previsti per le pronunce rese avverso il silenzio in ordine alla fondatezza della domanda ⁽⁷²⁾.

6.1. Azione di adempimento ed onere della prova.

Altra questione che emerge dall'orientamento giurisprudenziale in esame attiene ai profili istruttori: si pone, in particolare, il problema dei limiti entro i quali il giudice amministrativo possa attivare i poteri istruttori allo scopo di accertare l'esistenza dei presupposti e requisiti vincolati del potere ⁽⁷³⁾.

Sotto tale profilo, le pronunce esaminate si inseriscono nell'ambito dell'orientamento interpretativo prevalente, secondo cui, in assenza di una disposizione

⁽⁷²⁾ Ad analoghe conclusioni giunge R. GISONDI, op. cit., p. 3, ad avviso del quale «*all'azione di adempimento fa da controcanto sul piano sostanziale l'individuazione di un'attività amministrativa vincolata*». Nello stesso senso R. CHIEPPA, op. cit., pp. 171-173, secondo cui la formula contenuta nell'art. 31, comma 3, c.p.a., è stata ripresa dal Governo dalla (eliminata) norma sull'azione di adempimento, che riguardava sia i dinieghi che il silenzio.

⁽⁷³⁾ Un analogo interrogativo si pone M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, op. cit., p. 6.

espressa, occorre fare riferimento ai principi tradizionali in tema di istruttoria nel processo amministrativo ⁽⁷⁴⁾.

Alla stregua di tali regole generali, fermo restando l'onere delle prove a carico delle parti, il giudice «*potrà spingersi alla verifica dell'esistenza in concreto dei presupposti e requisiti vincolati in presenza dei quali il ricorrente può ottenere il provvedimento richiesto*»; ma tale verifica sarà possibile «*sempre che il ricorrente abbia allegato in giudizio gli elementi di fatto atti a dimostrare la fondatezza della pretesa*» ⁽⁷⁵⁾.

In altre parole, spetta al ricorrente allegare in giudizio gli elementi di fatto atti a dimostrare la fondatezza della domanda in relazione ai quali il giudice potrà chiedere alle parti chiarimenti o documenti (*ex art. 63 c.p.a.*) o disporre – anche d'ufficio – l'acquisizione di informazioni e documenti che siano nella disponibilità della p.A. (*ex art. 64, comma 2, c.p.a.*) ⁽⁷⁶⁾.

Ciò dovrebbe consentire – come rilevato da autorevole dottrina – di esaurire in sede processuale – l'accertamento dei presupposti di fatto vincolati, ferme restando le eventuali valutazioni discrezionali dell'Amministrazione da effettuare a valle della sentenza ⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁴⁾ Cfr., ad es., M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, op. cit., p. 6 e A. CARBONE, *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova*, op. cit., p. 4.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. il par. VI.4. della sentenza del T.A.R. Lombardia.

⁽⁷⁶⁾ Mentre non dovrebbero ritenersi necessari adempimenti istruttori più complessi quali la verifica dei fatti o la consulenza tecnica d'ufficio, stante il carattere vincolato dell'attività richiesta alla p.A. in relazione alla pretesa dedotta in giudizio. Diverso è il punto di vista espresso da A. CARBONE, *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova*, op. cit., p. 7, il quale ritiene che «*proprio laddove si tratti di verificare se, in base alle risultanze procedurali, 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*».

⁽⁷⁷⁾ Cfr. M. CLARICH, op. cit., p. 6.

6.2. Cenni al problema – irrisolto – del corretto inquadramento dell’azione di condanna «atipica» nell’ambito del processo amministrativo.

Un altro aspetto irrisolto dal nuovo Codice del processo amministrativo, al quale si vuole qui dedicare soltanto un breve cenno, attiene ai presupposti necessari per il corretto inquadramento di una tale azione di condanna «atipica» nell’ambito del processo amministrativo: ci si chiede se la condanna ad un *facere* specifico richieda la presenza degli elementi costitutivi della fattispecie illecita, così come descritta dall’art. 2043 c.c., oppure prescindano da essi, trattandosi di azione che solo in senso «atecnico» è definibile come di condanna ⁽⁷⁸⁾.

Se – come si è ipotizzato più sopra ⁽⁷⁹⁾ – l’azione in questione costituisce davvero una *species* del genere azione di condanna, a essa si dovrà applicare la clausola di salvezza per il debitore della «*eccessiva onerosità*» prevista dall’art. 2058 c.c., contemperando così la soddisfazione, comunque perseguibile in via risarcitoria, dell’interesse privato con la tutela dell’interesse pubblico ⁽⁸⁰⁾.

Se, invece, l’azione di condanna in esame va intesa come «sucedanea» alla soppressa azione di adempimento, dovrebbero valere per essa gli stessi limiti che la Commissione speciale presso il Consiglio di Stato aveva introdotto per l’azione di adempimento ad un *facere* specifico; in particolare, l’azione dovrebbe essere esperibile nei confronti dei soli atti vincolati, vuoi in astratto, vuoi in concreto ⁽⁸¹⁾. Ad analoghe

⁽⁷⁸⁾ Tale questione viene affrontata da M. RAMAJOLI, op. cit., p. 603, la quale ricostruisce puntualmente le diverse opinioni dottrinali al riguardo.

⁽⁷⁹⁾ Nel § 4.

⁽⁸⁰⁾ La tesi – espressa da M. RAMAJOLI, op. cit., p. 603 – trova conferma nelle Osservazioni del Consiglio di Presidenza allo schema di Codice del processo amministrativo inviato alle Camere.

⁽⁸¹⁾ Si veda, in argomento, A. TRAVI, *Osservazioni generali sullo schema di decreto legislativo con un “codice” del processo amministrativo*, cit., p. 3, il quale pure ricorda che nel testo elaborato dalla Commissione speciale vi era una previsione analoga a quella contenuta nell’art. 30, comma 1, c.p.a. – in base alla quale nella giurisdizione generale di legittimità l’azione di condanna, salvo che non sia richiesta la condanna al risarcimento dei danni, non può essere esercitata autonomamente – riferita proprio all’azione di adempimento. Lo stesso Autore, in altro lavoro (*La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, op. cit., pp. 90-94), pur non escludendo, a priori, la configurabilità di un’azione generale di adempimento nel processo amministrativo (ed anzi, individuando gli argomenti testuali ricavabili dal Codice a sostegno della tesi favorevole), allo stesso tempo ritiene che non ci si debba discostare dal modello processuale delineato dallo stesso Codice (e, dunque, dalle azioni tipiche in esso previste). Secondo TRAVI «*La volontà del legislatore si ricava in modo chiaro dalla soppressione dell’azione di*

conclusioni è possibile giungere ove si acceda ad un'interpretazione minimalista dell'azione di condanna atipica, nel senso che essa coincida con l'azione avverso il silenzio nell'ipotesi in cui il giudice si spinga ad accertare la fondatezza della pretesa.

Non è, infine, mancato chi ha ritenuto che l'azione di condanna ad un *facere* dell'Amministrazione sia idonea a comprendere ogni tipo di misura ordinatoria, senza esclusione alcuna ⁽⁸²⁾.

Ma, al di là del problema della natura dell'azione di condanna «atipica» – al quale, probabilmente, non si potrà fornire una risposta unitaria, data la varietà delle situazioni concrete che si possono presentare – quel che appare certo è che tale azione potrebbe completare la strumentazione processuale a disposizione del ricorrente, apparendo idonea a fornire una tutela pienamente soddisfattiva della sua posizione sostanziale e, così, dell'interesse legittimo pretensivo di cui risulta titolare.

Va, in ogni caso, tenuto presente che il contenuto dell'azione di condanna – come emerge anche dalla presente disamina ⁽⁸³⁾ – «*appare eterogeneo sia quanto a contenuti della pronuncia, sia soprattutto quanto a presupposti soggettivi per la tutela*» ⁽⁸⁴⁾: non si può, quindi, che auspicare un intervento correttivo e/o integrativo delle disposizioni che disciplinano l'azione di condanna (artt. 30 e 34, comma 1, lett. c) e lett. e), c.p.a.), in assenza del quale le stesse disposizioni rischiano di divenire lettera morta o, all'opposto, di fornire la base normativa per ardite pronunce giurisprudenziali ⁽⁸⁵⁾.

adempimento, prevista inizialmente nel testo proposto dal Consiglio di Stato. E rispetto alla legge processuale, nessuna forzatura deve ammettersi; non importa se ciò possa andare frequentemente a scapito di una parte: il processo è regolato dalla legge».

⁽⁸²⁾ Cfr., in tal senso, R. GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽⁸³⁾ Su cui si veda, *supra*, il § 4.

⁽⁸⁴⁾ In questo senso espressamente A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo* op. cit., p. 90.

⁽⁸⁵⁾ Lo stesso timore è espresso da M. RAMAJOLI, op. cit., p. 603, la quale pure ritiene che «una maggiore chiarezza da parte del legislatore sarebbe stata doverosa».