

Alla ricerca dell'azione di adempimento

1. Da alcuni decenni è stata prospettata da più parti l'introduzione di un'azione di adempimento anche nel processo amministrativo italiano¹. Queste proposte sembravano destinate ad essere accolte nel codice del processo amministrativo del 2010 ed in effetti, in coerenza anche con una specifica previsione della legge di delega, il testo elaborato dall'apposita Commissione costituita dal Consiglio di Stato contemplava espressamente un'azione di adempimento: si trattava di un'azione accessoria a quella di annullamento e richiedeva perciò come condizione ordinaria l'annullamento del provvedimento di diniego. Nel testo finale del codice l'articolo che prevedeva l'azione di adempimento fu cassato, per ragioni non ancora del tutto chiarite, e nella Relazione al codice si conclude che tale azione è rimasta esclusa dal nostro processo amministrativo². Tuttavia il dibattito non è esaurito; sulla base di vari elementi testuali e sistematici una parte della dottrina ha sostenuto che l'azione di adempimento dovrebbe comunque ammettersi³ e di recente questa lettura è stata accolta, sul piano delle affermazioni di principio, in due sentenze dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (le sentenze n. 3 e n. 15 del 2011) e, soprattutto, ha trovato applicazione in una sentenza del Tar Lombardia (sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428).

La discussione è dunque aperta⁴. Nella mia relazione non esaminerò gli argomenti dell'una e dell'altra parte, ricavati dalle disposizioni del codice del processo amministrativo: il tema è già stato ampiamente illustrato in altre occasioni ed è inutile ripetere argomenti ormai noti. Personalmente ho espresso i dubbi sulla esperibilità, in via generale, di un'azione del genere, sulla base del testo del codice oggi vigente, e non ho ragione di mutare posizione⁵. Tuttavia l'intensità della discussione nulla toglie alla convinzione generale che l'azione di adempimento segnerebbe un progresso importante nella nostra giustizia amministrativa. Proprio per questo motivo, dopo le sentenze dell'adunanza plenaria e quella del Tar Lombardia, dobbiamo acquisire consapevolezza delle ragioni e delle condizioni per un'azione di adempimento che sia veramente utile per la tutela del

¹ Mi riferisco, in particolare, a Merusi, Verso un'azione di adempimento ?, in AA.VV., Il processo amministrativo, Scritti in onore di Miele, Milano 1979, p. 331 ss. Per gli sviluppi successivi cfr. Clarich, Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 2005, 557 ss.

² "Non sono state reintrodotte, così come richiesto dalla Commissione Giustizia della Camera, le azioni di adempimento e di accertamento, che pure erano state disciplinate dalla Commissione insediata presso il Consiglio di Stato. Il Governo ha infatti 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 nel Capo II (cfr. in particolare, anche quanto previsto dall'art. 31)." (il testo della Relazione si legge anche in www.giustizia-amministrativa.it)

³ Cfr. Clarich, Le azioni, in Giorn. dir. amm. 2010, 1121.

⁴ Il tema è stato ampiamente dibattuto già in occasione del Convegno di Varenna del 2010, dedicato al codice del processo amministrativo.

⁵ Travi, La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo, in Atti del Convegno di Varenna 2010, Milano 2011, 75 ss.

cittadino: l'azione di adempimento sollecita oggi un'analisi giuridica, e non puramente di politica legislativa. Fra l'altro, come cercherò di spiegare, questa analisi può contribuire anche alla discussione in corso, perché consente di apprezzare meglio le opzioni di fondo che ne sono all'origine.

La presenza di illustri ospiti stranieri mi induce a dare atto innanzi tutto della situazione del processo amministrativo italiano e del suo progressivo avvicinamento ad un'azione di adempimento. Successivamente accennerò ad alcuni problemi di fondo, che a mio parere richiedono una soluzione meditata se si voglia perseguire in modo costruttivo la prospettiva di un'azione di adempimento.

2. E' ormai opinione comune che il nuovo assetto del processo amministrativo nell'Europa continentale sia caratterizzato dal superamento di una tutela incentrata sull'azione di annullamento⁶. Anche nel processo amministrativo italiano questo superamento è in atto; tuttavia gli istituti che in passato, già prima del codice del 2010, lo hanno segnato e che in passato erano sembrati la punta avanzata del modello italiano, oggi, se inquadrati in una prospettiva più generale, dimostrano elementi sempre più evidenti di inadeguatezza, se non addirittura margini di contraddizione. Il codice li ha recepiti in termini pressoché immutati e così ha perpetuato anche i limiti precedenti.

a) Primo punto: l'effetto rinnovatorio della sentenza di annullamento.

In Italia l'azione per l'annullamento del provvedimento amministrativo si caratterizza pacificamente per effetti ulteriori rispetto alla eliminazione dell'atto: si ritiene infatti che la sentenza di annullamento condizioni anche l'attività dell'amministrazione successiva alla sentenza. E' il c.d. vincolo conformativo della sentenza: esso comporta che all'amministrazione sia preclusa, nel caso di rinnovazione del procedimento, la ripetizione del vizio accertato nella sentenza stessa. Se l'amministrazione riproduce comunque tale vizio, non si verifica soltanto una duplicazione del vizio precedente, ma si verifica una violazione della sentenza; per il caso di violazione della sentenza amministrativa in Italia è ammesso, da quasi tre quarti di secolo, un giudizio di esecuzione, il giudizio di ottemperanza, nel quale il giudice amministrativo esercita direttamente o attraverso un commissario poteri sostitutivi rispetto all'amministrazione⁷. L'esecuzione tipica del processo amministrativo italiano è dunque una esecuzione di ordine sostitutivo (non è un'esecuzione 'indiretta', perseguita attraverso la comminatoria di sanzioni – 'astreintes' o 'Zwangsgeld' nei

⁶ In un testo recente di giustizia amministrativa comparata, tradotto anche in Francia e in Italia, Garcia de Enterría sostiene che il superamento dell'assimilazione fra tutela nei confronti dell'amministrazione ed azione d'annullamento identifica il 'nuovo paradigma' della giustizia amministrativa nell'Europa continentale (cfr. Garcia de Enterría, Le trasformazioni della giustizia amministrativa, Milano 2010 – traduz. di S. Rodolfo Masera; di S. Rodolfo Masera cfr. in argomento anche La supremazia della legge ed il valore del diritto nel giudizio amministrativo, ivi XVII ss.).

⁷ Cfr., in generale, Nigro, Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza, in Riv. trim.dir.proc.civ. 1981, 1157.

confronti dell'autorità inadempiente⁸); questo carattere non subisce deroghe neppure in presenza di un'attività discrezionale dell'amministrazione e ciò rappresenta indubbiamente un elemento di forza.

La sentenza di annullamento determina quindi un vincolo preciso sull'attività amministrativa successiva. Nello stesso tempo, però, deve essere chiaro che non produce un esito equivalente a quello di un'azione di adempimento: l'effetto rinnovatorio stabilisce che cosa l'amministrazione non debba fare, ed ha perciò una portata tipicamente negativa, mentre l'azione di adempimento dovrebbe imporre all'amministrazione che cosa fare, operando cioè in positivo e trasformando il successivo potere amministrativo in una mera attività esecutiva. La distinzione è fondamentale: altro è il risultato di una sentenza che annulli il diniego di un permesso di costruire, magari anche per vizi sostanziali, altro è il risultato di una sentenza che ordini all'amministrazione di rilasciare il permesso di costruire. Nel primo caso l'amministrazione può esercitare ancora il potere, negando nuovamente il permesso di costruire, seppur per ragioni diverse da quelle del primo diniego; nel secondo caso l'amministrazione può solo rilasciare il permesso richiesto dal cittadino.

La differenza sostanziale fra i due modelli non è superata neppure se si considerano unitariamente il processo di cognizione e il giudizio di ottemperanza, così come nel processo civile vale per la sentenza di condanna e la successiva esecuzione forzata, configurate nel codice di procedura civile in stretta continuità. Infatti la giurisprudenza italiana ha respinto la tesi, pur sostenuta in passato da una autorevole dottrina, secondo cui ogni questione insorta successivamente alla sentenza di annullamento avrebbe dovuto essere demandata al giudizio di ottemperanza⁹: la giurisprudenza ha ancorato l'esperibilità del giudizio di ottemperanza alla violazione della sentenza¹⁰. In altre parole, il ricorso per l'ottemperanza nel diritto italiano è assimilabile a un'azione di adempimento, ma l'esperibilità di tale azione è subordinata a condizioni molto strette, quasi in una logica di eccezionalità. Di conseguenza anche la sommatoria dell'azione di annullamento e del ricorso per ottemperanza non comporta oggi risultati equivalenti a quelli dell'azione di adempimento; anzi non evita neppure il rischio di una serie indefinita di sentenze di annullamento e di successivi provvedimenti negativi dell'amministrazione.

Una situazione del genere appare di dubbia compatibilità con i principi costituzionali sulla garanzia della tutela giurisdizionale. Il tema delle condizioni di esperibilità del giudizio di ottemperanza identifica oggi un elemento critico per la tutela del cittadino anche nella prospettiva

⁸ Strumenti di esecuzione indiretta sono stati introdotti soltanto con il codice del 2010 (art.114, lett. e, c.p.a.)

⁹ Cfr. Villata, Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento, in AA.VV., Studi per il centenario della Quarta sezione, Roma 1989, vol. II, 949 ss.; per una soluzione 'intermedia' ma comunque respinta dalla giurisprudenza prevalente, cfr. De Giorgi, Sulla «inesauribilità» del potere amministrativo, in Urbanistica e appalti, 2002, 955.

¹⁰ E ad altre situazioni equivalenti: l'inerzia e l'elusione della sentenza. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2010, n. 8053, Foro it. 2010, III, 605.

che qui interessa. E questo profilo è rimasto irrisolto, purtroppo, anche nel recente codice del processo amministrativo.

b) Secondo punto: la tutela cautelare nei confronti di provvedimenti negativi.

In Italia la tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi dell'amministrazione¹¹ ha assunto negli ultimi trent'anni contenuti più ampi di quelli propri dell'azione di annullamento. Si ammette infatti che nei confronti di provvedimenti negativi il giudice amministrativo, in sede cautelare, possa adottare qualsiasi misura necessaria per tutelare l'interesse del cittadino alla sentenza: può anche consentire interinalmente l'attività preclusa dal provvedimento negativo, o può ordinare all'amministrazione di ammetterla in attesa della sentenza. Non interessa qui la discussione sulla compatibilità di questa soluzione con il criterio fondamentale della strumentalità della tutela cautelare rispetto alla pronuncia di merito: è sufficiente ricordare che la linea più avanzata è stata recepita anche dal legislatore, già con la riforma del processo amministrativo dell'anno 2000¹².

Una tutela cautelare così estesa garantisce più efficacemente dal rischio che la durata del processo possa sacrificare l'interesse del ricorrente alla sentenza. Tuttavia si delinea, a questa stregua, anche una contraddizione di fondo, perché in concreto il cittadino può ottenere in sede cautelare utilità maggiori di quelle che può conseguire dalla sentenza che accolga l'impugnazione del provvedimento. Si confronti l'ammissione con riserva, disposta in sede cautelare alla classe successiva di un ciclo scolastico, con l'annullamento del giudizio di non ammissione alla classe successiva, che è compatibile con un nuovo giudizio negativo. Con la sentenza cadono gli effetti della misura cautelare; ciò può comportare però (e comporta in molti casi) la perdita dei benefici acquisiti interinalmente in sede cautelare.

A questa contraddizione si è cercato di ovviare istituendo il confronto fra misura cautelare ed esito del giudizio di ottemperanza: il giudizio di ottemperanza può anche comportare, come si è appena visto, una sostituzione del giudice o di un suo commissario all'amministrazione nell'emanazione di un provvedimento¹³. Abbiamo rilevato, però, come la prospettiva di un giudizio amministrativo normalmente bifasico, costituito insieme dalla fase di cognizione e dall'ottemperanza, non sia realistica, alla stregua della giurisprudenza prevalente. L'ordinanza cautelare nel giudizio di cognizione va dunque confrontata inevitabilmente con la sentenza che conclude tale giudizio.

¹¹ Provvedimenti 'negativi' sono il rigetto dell'istanza del cittadino per il conseguimento di un'autorizzazione amministrativa, di un permesso di costruire, ecc., ma anche il diniego di ammissione a un esame o a un concorso, il diniego di rinnovo di una concessione, l'esclusione da una gara d'appalto, ecc.

¹² Cfr. art. 3 l. 21 luglio 2000, n. 205.

¹³ Per un quadro generale, su questa tematica, cfr. Cacciavillani, La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego di provvedimento e l'inerzia della P.A., Dir. proc. amm. 2002, 91 ss.

In questo modo, però, in un sistema che ammetta in via generale solo l'azione di annullamento, la contraddizione appare insuperabile.

c) Terzo punto: l'azione nei confronti del silenzio dell'amministrazione.

E' pacifico che il processo amministrativo italiano ammetta già oggi, in ipotesi particolari, un'azione di adempimento. Queste ipotesi corrispondono ad alcuni casi in cui è controverso se si tratti di azione di adempimento a tutela di interessi legittimi, o invece di azione di condanna a tutela di diritti soggettivi (si pensi al giudizio sull'accesso – art. 116 c.p.a.), e a un caso più importante e coinvolgente, che è quello del giudizio sul silenzio (art.31 c.p.a.). In quest'ultimo caso, se lo chiede la parte ricorrente, il giudice amministrativo può imporre all'amministrazione un comportamento determinato, in particolare quando accerti che la domanda del cittadino, su cui l'amministrazione non ha provveduto, avrebbe dovuto essere accolta.

Ammettere un'azione di adempimento nel caso del silenzio e non consentirla invece nel caso di un provvedimento negativo comporta una contraddizione. Paradossalmente il cittadino finisce col trovarsi in una situazione processuale più favorevole se l'amministrazione non abbia risposto alla sua istanza; se poi, in pendenza del giudizio, l'amministrazione adotta un provvedimento negativo, il cittadino perde comunque la possibilità di un'azione di adempimento (cfr. art. 117, comma 5, c.p.a.).

Nello stesso tempo il giudizio sul silenzio testimonia come l'ambito dell'accertamento nel processo amministrativo non sia determinato necessariamente o rigidamente dal provvedimento impugnato. L'estensione dell'accertamento alla fondatezza della pretesa sostanziale del cittadino non viola nessun principio istituzionale.

d) Le contraddizioni che emergono alla luce dei tre elementi che ho appena illustrato verrebbero invece superate se si ammettesse in via generale l'azione di adempimento. Per questa ragione, l'introduzione di un'azione di adempimento non costituisce una mera opzione di politica legislativa, opportuna magari anche per diminuire il 'gap' rispetto a sistemi stranieri, ma appare necessaria anche per recuperare coerenza nel nostro processo amministrativo.

3. L'azione di adempimento nella dottrina italiana è stata considerata soprattutto nella logica della estensione dei poteri decisorii del giudice: in realtà in questo modo si finisce col confinare il suo rilievo e non si colgono le implicazioni più importanti. Ad ogni modo, dato che la tematica dell'azione di adempimento viene risolta in genere nella tipologia delle sentenze nel processo amministrativo, ritengo utile fare un cenno anche a questo profilo.

Il diritto processuale italiano, soprattutto quello civile (quello amministrativo segue a ruota, ma con qualche ritardo), si ispira da quasi un secolo all'insegnamento di Giovanni Chiovenda e alla

sua fondamentale teorizzazione dei caratteri dell'azione giurisdizionale. In base a questo insegnamento l'azione è strumento a tutela della situazione soggettiva¹⁴; ciò che spetta a un cittadino secondo il diritto sostanziale, se non venga conseguito spontaneamente, deve poter essere assegnato a quel cittadino dal giudice. La garanzia giurisdizionale non è a sé stante, e non rappresenta neppure il punto d'origine per la creazione del diritto sostanziale (come invece era, per esempio, nel processo formulare romano), ma va modellata sulla situazione soggettiva. Questa prospettiva ha determinato, nel processo civile, un progressivo superamento della rigidità nell'assetto delle azioni e delle sentenze: l'azione è fondamentalmente l'attuazione del diritto soggettivo attraverso lo strumento del processo e in un contesto del genere la distinzione fra le azioni svolge un'utilità principalmente descrittiva.

A questa conclusione, nel processo amministrativo italiano è stata opposta la specificità dell'interesse legittimo, intesa come categoria soggettiva diversa e inconfondibile rispetto al diritto soggettivo. Nelle sistematiche più comuni, l'interesse legittimo si caratterizza, a differenza del diritto soggettivo, per il fatto di esprimere la relazione giuridica di un cittadino con il c.d. potere amministrativo: rispetto al potere dell'amministrazione il cittadino non è titolare di un diritto, ma è titolare di un interesse legittimo. In questo modo il cittadino che aspira a conseguire un'utilità dall'amministrazione (si pensi al cittadino che chiede un'autorizzazione commerciale, un permesso di costruire, o che partecipa a un concorso o a una gara per un appalto pubblico) deve sempre transitare attraverso la mediazione necessaria del provvedimento amministrativo; solo nel caso estremo rappresentato dal giudizio di ottemperanza, e cioè quando l'amministrazione si ostini a violare la sentenza amministrativa, questa regola generale ammette una deroga.

Su questo tema, quello del livello di 'necessarietà' del potere amministrativo, l'azione di adempimento introduce prospettive nuove. Come ho ricordato, nel caso dell'azione di annullamento, il provvedimento illegittimo è annullato, ma il potere amministrativo sopravvive, fatto salvo soltanto il divieto per l'amministrazione di ripetere l'illegittimità già accertata nella sentenza. Invece l'azione di adempimento può comportare un superamento del potere amministrativo, perché il giudice, ove ne sussistano le condizioni di diritto sostanziale, può accertare che al cittadino spetta il rilascio di un provvedimento positivo. L'attività successiva dell'amministrazione, di esecuzione della sentenza, non può essere considerata esercizio di potere, perché la sentenza assorbe i profili più caratteristici del potere amministrativo, rappresentati dalla sua capacità di decidere come, quando e a favore di chi distribuire utilità e risorse. In questo senso, chi sostiene che già oggi sia possibile in via generale un'azione di adempimento nel nostro processo amministrativo dà rilievo alla circostanza che il codice del processo amministrativo, nel trattare

¹⁴ Cfr., p. es., Chiovenda, L'azione nel sistema dei diritti, prolusione all'Università di Bologna, 1903, oggi in Saggi di diritto processuale civile, vol. I, Milano 1993, 3 ss.; Principi di diritto processuale civile, 3° ediz., Napoli 1923, p. 43 ss.

della sentenza, non contempla più la clausola di salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione, che invece era sancita nell'art. 45 del regolamento di procedura del 1907 e nell'art. 26 della legge istitutiva dei Tar (cfr. art. 34 c.p.a.).

Una dottrina processualcivile¹⁵ afferma che proprio per questa ragione l'azione di adempimento è un'azione di condanna (e questo viene ritenuto un argomento ulteriore per ammetterla già oggi, sulla base dell'art.30 cod.proc.amm.) e, coerentemente, dall'esperibilità di un'azione di condanna deduce che la distinzione generale fra interesse legittimo e diritto soggettivo non avrebbe più un carattere decisivo. Infatti, almeno in molti casi, la pretesa giudica del cittadino è pretesa a un particolare provvedimento amministrativo, in forza direttamente della legge o anche del concreto svolgimento del procedimento. Pertanto in questi casi il cittadino sarebbe titolare nei confronti dell'amministrazione di una pretesa riconosciuta dal diritto sostanziale, qualificata per un risultato specifico, e in base ai principi illustrati da Chiovenda non si dovrebbe escludere la possibilità di una tutela adeguata. Una tutela adeguata, ovviamente, non potrebbe essere di tipo annullatorio, perché non sarebbe garantita altrimenti una componente importante della pretesa giuridica¹⁶.

Questa lettura aiuta a cogliere alcuni profili significativi per l'azione di adempimento: la sua coerenza con il quadro sostanziale, l'irriducibilità nell'azione di annullamento, le implicazioni rispetto alla tematica delle situazioni soggettive. Nello stesso tempo, sottolinea ulteriormente il profilo rappresentato dall'esaurimento del potere amministrativo: infatti a una condanna, per definizione, non sopravvive alcuna posizione di potere giuridico. Inoltre esprime la consapevolezza che l'azione di adempimento presupponga un'attività di accertamento del giudice, proprio come si verifica normalmente nella condanna civile, ed è questo il punto sul quale a mio parere è necessaria la riflessione più attenta.

Un problema di fondo del processo amministrativo italiano è rappresentato dall'accertamento del giudice amministrativo e questo problema, che è generale, risulta ancora più importante rispetto a un'azione di adempimento. Infatti, nel caso dell'azione di adempimento, l'accertamento, se non si può esaurire nella verifica di un profilo di illegittimità dell'atto e deve spingersi fino alla verifica della fondatezza della pretesa del cittadino alla stregua dell'ordinamento, a maggior ragione richiede una cognizione piena della pretesa.

Il giudizio amministrativo ha come oggetto una pretesa giuridica del cittadino. A questi fini, il giudice amministrativo deve poter accertare tutti gli elementi della pretesa che siano di rilevanza

¹⁵ Questa posizione è stata espressa in particolare in alcuni recenti interventi di Proto Pisani: cfr. Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo, in corso di stampa, Foro it. 2011, V.

¹⁶ Infatti anche la pretesa al risultato assume pieno rilievo giuridico.

giuridica. Rispetto a una sentenza di annullamento, la cui utilità è innanzi tutto cassatoria, questi aspetti sono già di per sé importanti; essi però diventano decisivi rispetto alla pronuncia di adempimento, perché essa definisce in modo puntuale e definitivo il rapporto fra il cittadino e l'amministrazione. Altrimenti l'azione di adempimento rischia di produrre un esito inutile o addirittura ingiusto, perché sarebbe determinata da un accertamento e da una valutazione dei fatti operati dall'amministrazione in modo insoddisfacente o addirittura parziale¹⁷. In questo modo l'esigenza di fondo, di garantire un rapporto corretto fra il cittadino e l'amministrazione, rimarrebbe inattuata.

Oggi nel dibattito sull'azione di adempimento questo aspetto sembra complessivamente trascurato. Al centro appare soprattutto la preoccupazione di estendere i poteri decisori del giudice. In realtà una prospettiva incentrata sui poteri decisori risulta inadeguata. Preliminare è invece un assetto più ampio dei poteri di cognizione del giudice.

4. Una 'civilizzazione' dell'azione di adempimento richiede quindi che la cognizione del giudice abbia tutta l'ampiezza necessaria per consentire, sul piano istituzionale, che la sentenza possa essere 'giusta'. Il giudice amministrativo deve poter conoscere ed accertare tutti i profili dell'azione amministrativa che siano rilevanti da un punto di vista giuridico.

Da questo punto di vista, mi pare che vadano riconosciuti innanzi tutto tre corollari.

In primo luogo l'accertamento deve poter riguardare tutti i fatti, storici o materiali, rilevanti per l'azione amministrativa. L'accertamento dei fatti, nel nostro ordinamento, non è mai oggetto di riserva all'amministrazione: di conseguenza, il giudice, quando un fatto sia controverso, deve poterlo conoscere. Riservare all'amministrazione la ricostruzione dei fatti equivale ad amputare di una componente fondamentale il sindacato di legittimità, dato che la legge ancora sempre il potere amministrativo a condizioni specifiche di fatto. D'altra parte la terzietà del giudice, oggi richiesta anche dall'art.111 Cost., è incompatibile con l'assegnazione di un peso preferenziale all'accertamento dei fatti compiuto dall'amministrazione.

Ciò comporta anche che al giudice amministrativa deve disporre di mezzi di prova adeguati per la conoscenza dei fatti. Purtroppo da questo punto di vista il codice del processo amministrativo

¹⁷ A questa considerazione preliminare, però, se ne riallaccia una più profonda, che attiene alla 'qualità' (ma possiamo anche dire, alla 'giustizia') dell'accertamento del giudice amministrativo. Tutti possiamo immaginare quale risultato produrrebbe un'azione di adempimento, se i profili di verifica dei fatti che confluiscono nell'accertamento del giudice fossero sostanzialmente riservati all'amministrazione. La sentenza di adempimento sarebbe il frutto di un accertamento che è sostanzialmente estraneo al giudice, e che è riconducibile all'amministrazione, ma che – in quanto recepito nella sentenza – produrrebbe ugualmente tutti gli effetti di una sentenza giurisdizionale, compresi quelli inerenti al giudicato; nonostante le lacune e i limiti dell'attività dell'amministrazione, essa verrebbe comunque acquisita e resa definitiva e irrevocabile. D'altra parte la sentenza ha una sua stabilità, ben superiore a quella di un provvedimento, ed essa non viene in alcun modo limitata per il fatto di avere all'origine verifiche compiute dall'amministrazione.

non ha rappresentato sempre un progresso: infatti alcune disposizioni, come quella sulla limitazione della testimonianza (art.63, comma 3, c.p.a.), sono irragionevolmente limitative¹⁸.

In secondo luogo la valutazione dei fatti, per quanto concerne la loro qualificazione per profili di ordine tecnico, di norma non è riservata all'amministrazione. Se sia controversa la valutazione del fatto compiuta dall'amministrazione, il giudice deve poter procedere a una valutazione autonoma, perché si tratta di profili inerenti alla legittimità, e non al merito¹⁹ (si pensi agli indici di anomalia dell'offerta in una gara d'appalto, alla gravità dell'infrazione ai fini della esclusione dei requisiti generali per i contratti pubblici, ma anche alla ragionevolezza del termine ai fini dell'annullamento d'ufficio, alla gravità di un'infermità ai fini della dispensa dal servizio, ecc.). Questa conclusione si riallaccia all'osservazione più generale che di fronte ai c.d. concetti giuridici indeterminati, o alle c.d. clausole generali, non vige alcuna riserva istituzionale di potere a favore dell'amministrazione: la loro applicazione non è esercizio di discrezionalità amministrativa. Fra l'altro proprio in questi ultimi anni un indirizzo meditato della Cassazione ha ammesso che la contestazione nell'applicazione di clausole generali da parte del giudice di merito possa essere dedotta con ricorso per cassazione²⁰. A maggior ragione, pertanto, deve escludersi una ragione istituzionale che limiti o precluda una cognizione diretta del giudice amministrativo.

Purtroppo anche per questo profilo il codice del processo amministrativo risulta insoddisfacente. Mi riferisco particolarmente alla disposizione (che, peraltro, lo stesso Consiglio di Stato sta interpretando con molta larghezza) che ha limitato la consulenza tecnica a casi eccezionali ed ha invece enfatizzato il ricorso del giudice alla verifica amministrativa (art.63, comma 5, c.p.a.). Si tratta di una delle previsioni più deludenti della recente riforma.

In terzo luogo, più in generale, è necessaria una maggiore prudenza a riconoscere spazi di discrezionalità amministrativa. L'assimilazione dei concetti giuridici indeterminati alla discrezionalità amministrativa, che ha condizionato parte della dottrina e ampia parte della giurisprudenza, ha prodotto come esito anche l'individuazione di spazi esorbitanti per la discrezionalità. Perché vi sia discrezionalità amministrativa è invece necessario che la legge dia rilievo, in modo inequivocabile, a concezioni soggettive dell'interesse pubblico, come si verifica tipicamente per gli atti che ammettano una componente di apprezzamento politico. Invece, là dove la legge demanda all'amministrazione valutazioni riconducibili a clausole generali, analoghe a quelle che si riscontrano anche per l'attività privata (si pensi alle clausole generali che richiamano l'esigenza di una corretta gestione delle risorse, nella logica del buon padre di famiglia), non vi è

¹⁸ Cfr. D'Angelo, L'istruttoria, in Il codice del processo amministrativo, Foro it. 2010, V, 215 ss.

¹⁹ Cfr. già Cass., sez. un., 18 luglio 2000, n. 507.

²⁰ Cfr. E. Fabiani, Il sindacato della corte di cassazione sulle clausole generali, in Riv. dir. civ., 2004, II, 581.

alcuna discrezionalità e non vi è ragione per introdurre limiti particolari quanto alla cognizione del giudice²¹.

L'azione di adempimento, per essere efficace, richiede la pienezza della cognizione del giudice amministrativo in merito alla ricostruzione dei fatti, alla loro valutazione per i profili latamente tecnici e all'applicazione dei concetti giuridici indeterminati. Altrimenti il progresso rispetto al vincolo rinnovatorio della sentenza di annullamento sarà molto labile, in termini concreti. Si ripeterebbe, insomma, la situazione che già oggi riscontriamo nella giurisprudenza sul silenzio, che tende quasi sistematicamente a negare la possibilità di sentenze che ordinino all'amministrazione di emanare provvedimenti specifici, perché in definitiva sarebbero quasi sempre identificabili spazi di discrezionalità amministrativa o margini di valutazioni complesse (è esemplare, in proposito, la giurisprudenza sul silenzio rispetto a domande di permesso di costruire).

5. Con particolare riferimento all'azione di adempimento, l'accesso del giudice ai fatti sollecita un'ultima riflessione.

A questi fini è opportuno precisare innanzi tutto quali fatti identifichino la pretesa del ricorrente, nel caso dell'azione di adempimento, anche per definire i contenuti essenziali della domanda. Nell'azione di annullamento assumono rilievo i fatti che attengono alla posizione giuridica del ricorrente, alla luce dei vizi del provvedimento dedotti nel ricorso, nell'articolazione dei tre vizi tipici di legittimità (cfr. art. 29 c.p.a.). Nel caso dell'azione di adempimento non sono rilevanti i tre vizi tipici di legittimità, perché si controverte invece sulla pretesa al rilascio di un certo provvedimento. Assumono rilievo fondamentalmente la presentazione della domanda di provvedimento (se il procedimento è a iniziativa di parte), la legittimazione del ricorrente a richiedere quel provvedimento in base alla norma sostanziale, la sussistenza delle condizioni richieste dalla legge per il rilascio di quel provvedimento. Il ricorrente è pertanto gravato dall'onere di 'allegare' questi fatti nel ricorso.

Questi stessi fatti, se siano tutti o in parte contestati, possono essere oggetto di un'indagine istruttoria. Altrimenti, sulla base della disciplina generale, dovrebbe valere il principio di non contestazione (art. 64, comma 2, c.p.a.), in base al quale il giudice pone a fondamento della

²¹ Su questo tema gli spunti in dottrina sono ormai ampi, anche se sono prospettate impostazioni talvolta molto diverse: cfr. E. Codini, Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale - Per una ridefinizione della discrezionalità, Napoli, 2008; C. Cudia, Funzione amministrativa e soggettività della tutela - Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto, Milano 2008; G. Sigismondi, Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto, Milano 2006. La riflessione appare favorita dai risultati raggiunti dalla giurisprudenza e dalla dottrina sui rapporti di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione, in seguito alla c.d. privatizzazione: cfr. P. Cerbo, Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione, Padova, 2007; A. Pioggia, Giudice e funzione amministrativa - Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro, Milano 2004.

decisione “*i fatti non specificamente contestati dalla parte convenuta*”. Ciò significa, per esempio, che se il ricorrente richieda il rilascio di un permesso di costruire, allegando tutti i fatti che identificano il suo titolo a conseguirlo, e il Comune si limiti a una difesa formale, il giudice è comunque tenuto ad accogliere la domanda e ad ordinare all'amministrazione il rilascio del provvedimento.

E' evidente che una difesa poco curata dell'amministrazione può compromettere interessi di rilievo più generale. Ma vi è di più: si profila anche il rischio che l'amministrazione riesca ad eludere le proprie responsabilità, perché di fronte a una sentenza che le ordini di rilasciare il permesso di costruire non può configurarsi alcuna responsabilità a carico del Comune che la esegua; l'azione di adempimento finisce col rappresentare così una soluzione fin troppo comoda. Si può obiettare che un rischio del genere si presenta anche nell'azione di annullamento, ed è senz'altro vero, ma indubbiamente le conseguenze appaiono molto più gravi nell'azione di adempimento. Infatti proprio in questo caso la sentenza di accoglimento ha un carattere proprio di definitività, dato che non lascia spazio ad ulteriori esercizi del potere amministrativo.

Il problema non si risolve invocando la necessità della notifica del ricorso ai terzi controinteressati e perciò introducendo una dialettica più ampia nel processo. La garanzia della legalità non può essere rimessa ai controinteressati. Fra l'altro, anche la loro stessa identificazione, nel caso di azione di adempimento, può essere problematica: si pensi al giudizio sulla pretesa ad un permesso di costruire, se si segue con coerenza il criterio della ‘vicinitas’.

Viene quindi naturale prospettare modelli alternativi all'attuale, per esempio modelli che riconoscano una più ampia iniziativa istruttoria al giudice, anche in presenza di fatti non contestati. In questo modo, però, risulterebbe disatteso un indirizzo ormai acquisito nella giurisprudenza amministrativa recente ²² e sostanzialmente confermato anche nel codice (art. 64 c.p.a.). Alla stregua di questo indirizzo anche nel processo amministrativo alla condotta processuale delle parti dovrebbe essere ricondotta la determinazione, nell'ambito dei fatti rilevanti, di quelli che richiedano una prova ²³.

Nella prospettiva dell'azione di adempimento, questo indirizzo meriterebbe di essere verificato criticamente. A mio parere, dal principio dell'onere di contestazione non dovrebbe essere

²² Cons. Stato, sez. IV, 21 maggio 2010, n. 3229; Cons. Stato, sez. VI, 21 settembre 2010, n. 6990.

²³ In realtà dobbiamo chiederci se una concezione del genere del processo amministrativo sia veramente coerente con la dottrina originaria del c.d. metodo acquisitivo, che risale, come è noto, a Benvenuti. Infatti Benvenuti, L'istruzione nel processo amministrativo, Padova 1953, p. 284 ss., escludeva che nel processo amministrativo l'insussistenza della contestazione della parte sul fatto allegato dall'altra parte potesse produrre effetti vincolanti per la decisione del giudice; anzi, anche questo profilo testimonierebbe, secondo Benvenuti, l'esigenza di una distinzione fra metodo acquisitivo e metodo c.d. dispositivo.

In generale, per un quadro di alcuni dei principali indirizzi della dottrina sul principio di non contestazione nel processo civile, alla luce del nuovo testo dell'art. 115 c.p.c., cfr. Mocci, Principio del contraddittorio e non contestazione, in Riv.dir.proc. 2011, 316 ss. (specialmente 326 ss.).

desunto alcun vincolo per l'attività del giudice amministrativo nell'indagine sui fatti rilevanti per la decisione²⁴. Non si può trascurare, però, che il testo del codice sembra alludere a una soluzione diversa²⁵. Dobbiamo essere consapevoli che questa soluzione comporta un costo elevato per il nostro processo amministrativo, perché espone in modo più netto al rischio di un esito del processo concretamente divergente dalla legge sostanziale.

Aldo Travi

²⁴ Di conseguenza, a mio parere, il giudice amministrativo può disporre un'istruttoria anche rispetto a fatti non contestati, fermo restando sempre il dovere di garantire il contraddittorio fra le parti.

²⁵ Cfr. Giani, La fase istruttoria, in Giustizia amministrativa (a cura di Scoca), 3° ediz., Torino 2011, p. 368, ove si individua come temperamento al principio di non contestazione la considerazione, da parte del giudice, dei fatti comunque emersi nel corso del giudizio. La soluzione da me proposta, invece, tende ad ammettere con maggiore ampiezza un intervento istruttorio del giudice, anche indipendentemente dai fatti emersi nel corso del giudizio.