

L'azione di adempimento
§§ 42 comma 1 113 comma 5 del
codice di procedura amministrativa
tedesco federale (VwGO)

Dr. Regine Schröder
**Consigliere presso la Corte d'Appello amministrativa
del Land Nord Reno-Westfalia**

Relazione per il convegno d'autunno dell'Associazione dei Giudici amministrativi tedeschi-italiani e francesi
Milano, 7 ottobre 2011

Gentili Signore e Signori, cari Colleghe e Colleghi,

oggi vi illustrerò l'azione di adempimento. Al riguardo non potrò dire cose nuove ai Colleghi tedeschi, che di questa azione si occupano tutti i giorni. Per i partecipanti francesi e italiani la relazione potrebbe avere un diverso valore, il che comunque mi auguro, visto che i due ordinamenti processuali non prevedono un'azione di questo tipo. Darò inizio alla mia esposizione, richiamando le ragioni che hanno mosso il Legislatore tedesco a introdurre l'azione di adempimento fra le azioni previste dal codice di procedura amministrativa. Successivamente approfondirò il tema, concludendo, poi, la relazione con alcune osservazioni in materia di esecuzione di una sentenza che abbia accertato l'obbligo di adempimento.

Dando uno sguardo al passato premetto che una disciplina generale dell'azione di adempimento si è avuta nella Repubblica federale con l'entrata in vigore del codice di procedura amministrativa nel 1960. Il fatto non integra, tuttavia, una peculiarità di questa azione, posto che, prima di questa data, si registrava in Germania uno stato di frammentazione del diritto processuale amministrativo. Sin dalla costituzione della giurisdizione amministrativa i singoli Länder avevano istituito Tribunali amministrativi indipendenti e una corrispondente disciplina processuale. Immediatamente dopo il periodo del nazionalsocialismo e nel quadro della tutela giurisdizionale amministrativa che fu istituita ebbe inizio un lungo processo di unificazione. La competenza per la disciplina del processo amministrativo fu assunta dalle forze di occupazione, che la esercitarono gradualmente con finalità unitarie.

Vorrei qui ricordare le norme introdotte nelle zone occupate dalle truppe americane e inglesi, perché è proprio con queste ultime che s'identificano i precedenti dell'azione di adempimento. Nelle aree di occupazione americana vigevano tra il 1946 e il 1947 le cosiddette leggi processuali amministrative per la Germania del Sud, che non prevedevano ancora alcuna autonoma azione di adempimento, limitandosi a stabilire che avverso il silenzio ovvero il diniego di un provvedimento fosse ammissibile soltanto l'azione d'impugnazione. La sentenza di accoglimento, tuttavia, e questa era la sua particolarità, pronunciava l'obbligo per l'Autorità amministrativa di emanare il richiesto provvedimento o comportamento. Nel caso che la causa non fosse matura per la sua definizione nel merito il Tribunale pronunciava una sentenza di obbligo alla stregua della quale restava aperta per

L'Amministrazione un'area di apprezzamento, che trovava una formulazione allora alquanto imprecisa sul piano tecnico. Nella zona occupata dalle forze inglesi vigeva dal 1948 l'ordinanza militare n. 165, che conosceva già un tipo di azione assimilabile all'attuale azione di adempimento. Il suo § 24 prevedeva che un'azione diretta a conseguire il provvedimento amministrativo richiesto poteva essere avanzata quando il ricorrente fosse titolare di una pretesa al suo rilascio e l'Amministrazione l'avesse negato o avesse osservato il silenzio senza giusto motivo per due mesi.

Nel 1949 è entrata in vigore la Costituzione, il cui art. 74 ha attribuito la disciplina del processo amministrativo alla competenza concorrente della Repubblica federale, il che ha posto le premesse per una disciplina unitaria. Nondimeno sono dovuti trascorrere 11 anni ed è stato necessario un lungo e complicato *iter* legislativo per pervenire il 21 gennaio 1960 ad una disciplina federale comune. Da allora il § 42 del codice di procedura amministrativa è rimasto inalterato nella sua formulazione: "Con un ricorso può essere richiesto l'annullamento di un provvedimento amministrativo (azione d'impugnazione) ovvero richiesta la condanna al rilascio di un provvedimento amministrativo negato o sulla domanda del quale l'Amministrazione abbia serbato il silenzio".

Quali sono stati, tuttavia, i motivi che hanno indotto il Legislatore ad associare nella Germania del dopoguerra un'azione di adempimento alla tradizionale azione d'impugnazione? Dagli atti preparatori del codice del processo amministrativo e, in particolare, nel progetto di legge del Governo del 1952 non emerge una chiara risposta a questa domanda. Deve essere in ogni caso sottolineato che l'azione di adempimento integra l'oggetto dell'azione d'impugnazione e realizza il rafforzamento della tutela nei confronti del pubblico Potere: Otto Bachof ne ha dato la formula più puntuale nella sua tesi per la libera docenza nel 1951: "Con questa azione la tutela del singolo nei confronti di un dominante Potere si è completata in modo compiuto".

Lasciamo ora da parte questi riferimenti storici e rivolgiamo l'attenzione ai problemi che si profilano per l'istruttoria nel processo attivato con un'azione di adempimento, premettendo alcune osservazioni di carattere generale.

Mentre con l'impugnazione di un provvedimento amministrativo se ne può chiedere l'annullamento l'azione di adempimento è diretta a conseguire un provvedimento negato oppure quello sulla cui domanda l'Amministrazione abbia serbato il silenzio. Che cosa si debba intendere per provvedimento amministrativo non è peraltro disciplinato dal codice. Una definizione positiva si trova nel § 35 della legge sul procedimento amministrativo. A tale stregua deve intendersi provvedimento amministrativo qualunque disposizione, decisione o altra statuizione, con i quali l'Amministrazione regoli una singola vicenda nel quadro del diritto pubblico e che sia direttamente produttiva di effetti giuridici verso l'esterno. Deve essere sottolineato che una pretesa a comportamenti, che non integrino un provvedimento amministrativo, è azionabile con l'azione generale diretta a conseguire un obbligo di prestazioni.

L'azione d'impugnazione e quella di adempimento non hanno in comune soltanto il fatto che involgono un provvedimento amministrativo. Il Legislatore ha previsto per entrambe particolari presupposti di ammissibilità e dunque oneri procedurali comuni, che debbono essere assolti per consentire la definizione nel merito della vicenda in sede giurisdizionale. Per esempio l'azione è per norma ammissi-

bile soltanto dopo aver proposto il cosiddetto ricorso gerarchico. In questo modo, prima che il Giudice possa pronunciarsi, spetta all'Amministrazione il potere di statuire nuovamente, riaprendo un procedimento amministrativo.

Nonostante le esistenti caratteristiche comuni non è esatto definire l'azione di adempimento come un riflesso speculare dell'azione d'impugnazione, essendo essa una particolare specie dell'azione generale diretta a conseguire una prestazione. Mentre nel processo d'impugnazione il Tribunale annulla direttamente con sentenza il provvedimento amministrativo avverso il quale è stato proposto il ricorso nel caso di una sentenza di accoglimento dell'azione di adempimento l'Amministrazione può essere soltanto condannata a porre in essere un determinato comportamento.

La lettera del § 42, 1° comma del codice di procedura amministrativa distingue due tipi di azione di adempimento. **Quando** il ricorrente contesta nel suo ricorso un diniego oppostogli dall'Amministrazione di un provvedimento dallo stesso richiesto si parla di ricorso contro il diniego. In giurisprudenza si ritiene che questa azione sia diretta non soltanto ad ottenere il richiesto rilascio, ma comprenda anche l'annullamento del diniego impugnato. Nella prassi è perciò usuale che nel dispositivo di una sentenza che statuisca l'obbligo figuri anche l'annullamento del rifiuto di provvedere. Si parla invece di azione contro l'inattività ogni volta che l'Amministrazione non abbia dato alcuna risposta alla domanda avanzata da un cittadino. In questo caso il § 75 del codice prevede un'eccezione rispetto all'onere della proposizione previa di un ricorso gerarchico. L'azione è ammissibile quando sulla richiesta di rilascio di un provvedimento amministrativo non sia stata assunta alcuna statuizione senza sufficiente motivo nel termine prescritto. L'azione non può essere proposta prima del decorso di tre mesi dall'avvenuta ricezione della domanda, a meno che per particolari circostanze del caso concreto non sia stabilito un termine più breve.

Veniamo ora al tema della fondatezza dell'azione di adempimento. La norma da applicare è il § 113, 5° comma del codice di procedura, che si occupa del dispositivo della sentenza che pronunci un obbligo di adempimento e traccia il quadro di come debba essere accertata la sua fondatezza. La norma trova i suoi precedenti nell'ordinamento vigente durante l'occupazione militare e corrisponde a quanto previsto dal § 114, 4° comma del progetto di un processo amministrativo del 1952. Dall'entrata in vigore del codice di procedura amministrativa nel 1960 la norma è rimasta inalterata.

Il § 113, 5° comma del codice prevede due varianti in caso di accoglimento del ricorso. In applicazione della prima parte della norma il Tribunale pronuncia l'obbligo dell'Amministrazione di dar corso al prescritto comportamento, nel che s'intende l'adozione del provvedimento amministrativo in questione ogni volta che il suo diniego ovvero l'opposto silenzio siano illegittimi, il ricorrente sia stato inciso nei suoi diritti e la causa sia matura per la decisione. Secondo il § 113, 5° comma, nella sua seconda parte il Tribunale, ove la causa non sia matura per la decisione pronuncia l'obbligo di adottare il provvedimento nell'osservanza dei parametri di diritto indicati nella sentenza.

Con l'ausilio della suddetta distinzione tra cause mature per essere definite nel merito e cause che non lo siano il § 113, 5° comma distingue dunque tra due specie di decisioni di accoglimento. Da una parte ci sono quelle che si fondano su una pretesa a base normativa vincolata e dall'altra quelle pertinenti una pretesa

all'emanazione di una decisione esente da errori da parte di un'Amministrazione cui compete la statuizione finale. Con questa differenziazione è rispettata la divisione di competenze tra l'Amministrazione e i Tribunali e dunque il principio di divisione dei poteri.

Quando si può dire che una causa sia matura per la sua definizione nel merito? In sintesi si può affermare che tale connotazione sussista quando il Tribunale è in grado di pronunciare una sentenza in ordine alla spettanza di un provvedimento amministrativo da emanare. Per una più puntuale parametrizzazione dell'una e dell'altra pendiamo in esame le ipotesi nelle quali la causa non è matura per la decisione. In linea di principio si tratta di quelle vicende nelle quali l'Amministrazione disponga ancora di un potere discrezionale ovvero possa statuire, fruendo comunque di un margine di apprezzamento ovvero ancora in sede di programmazione o pianificazione.

Nell'esposizione che segue tralascerò di esaminare tale ultima ipotesi, trattenendomi brevemente sulla discrezionalità e sul margine di apprezzamento. Entrambi i concetti rappresentano un'area di apprezzamento riservata all'Amministrazione. La distinzione tra di loro può essere compresa, facendo riferimento all'usuale differenziazione in Germania tra la vicenda di fatto e gli effetti che discendono da una norma giuridica. Come esempio per questa tipizzazione è utile la seguente disciplina: *"Il permesso di costruire deve essere rilasciato quando la realizzazione dell'opera non sia preclusa da norme di diritto pubblico"*. Soltanto nell'ipotesi che la fattispecie in fatto della norma assuma il suddetto significato viene in considerazione il rilascio del correlato provvedimento amministrativo. Sul piano degli effetti indotti dalla norma *"Il permesso di costruire deve essere rilasciato"* si comprende che, nel ricorso di quei presupposti, deve essere assunta una determinata statuizione amministrativa. La vicenda si definisce dunque come attività amministrativa vincolata. Se invece la disposizione preveda un'area di apprezzamento si parla di discrezionalità. Un esempio in materia di discrezionalità è il seguente: *"Rispetto alle previsioni di un piano regolatore possono essere autorizzate delle deroghe, che sono espressamente previste quanto alla loro natura e ambito di applicazione"*. Non si tratta di discrezionalità invece, ma di un margine di apprezzamento quando la norma attribuisca la finale decisione in ordine alla sussistenza degli elementi della fattispecie di fatto all'Amministrazione. Non è, tuttavia, frequente che una norma assegni all'Amministrazione la statuizione finale. Il problema si pone invece tipicamente nell'ipotesi di margini di apprezzamento, quando nella fattispecie normativa siano presenti dei concetti giuridici a contenuto indeterminato. Esempi di tali concetti sono la necessità di un *"pubblico interesse"*, di una *"necessità"* o di un *"opportunità"*. In ogni caso un concetto giuridico a contenuto indeterminato non integra di per sé un'area di apprezzamento. È vero invece proprio il contrario, posto che la loro finale lettura e la correlata sussunzione di dati di fatto appartiene all'area tipica del lavoro del Giudice. Al riguardo è dall'interpretazione della disciplina della singola vicenda che si ricava se sia stato attribuito in via eccezionale all'Amministrazione un margine di apprezzamento. La Corte di Cassazione amministrativa riconosce l'esistenza di siffatte aree nel caso di valutazioni in materia di pubblici dipendenti, giudizi in materia di esami o di analoghe decisioni, valutazioni prognostiche con risvolti politici, decisioni in tema di pianificazione ovvero stime da parte di consulenti tecnici o di commissioni consultive.

Quanto esposto dovrebbe essere sufficiente per chiarire i concetti della discrezionalità e dei margini di apprezzamento. Quando essi non si configurino il ricorso

ha per oggetto un provvedimento amministrativo vincolato e la vicenda diviene matura per la definizione nel merito dopo che siano stati chiariti da parte del Tribunale i termini giuridici e di fatto della causa. Identica conclusione va tratta in via di eccezione quando, seppure l'Amministrazione sia titolare di una potestà discrezionale, il suo possibile esercizio si sia nel caso concreto talmente ridotto da rendere vincolato il rilascio del provvedimento richiesto, integrando quest'ultimo l'unica statuizione da assumere (si tratta della cosiddetta riduzione a zero della discrezionalità). Una siffatta riduzione può essere ad esempio ipotizzata quando il rilascio del richiesto provvedimento debba essere effettuato in applicazione del principio di pari trattamento. Il che vale in casi eccezionali anche nella diversa ipotesi in cui l'Amministrazione fruisca di un mero margine di apprezzamento.

Per l'individuazione degli indici che rendono una causa matura per la decisione nel merito deve essere sottolineato che il Tribunale è fondamentalmente tenuto a istruire la vicenda di causa; in altre parole il Tribunale deve accertare i presupposti di fatto e di diritto della pretesa. Il che vale anche nelle vicende nelle quali, in virtù dell'esistenza di un'area di apprezzamento, non ogni profilo sia suscettibile di essere puntualmente definito nel merito, posto che tutti gli altri presupposti della decisione devono essere compiutamente accertati. Una diversa gestione dell'istruttoria aprirebbe di fatto al Tribunale la possibilità di una restituzione della vicenda all'Amministrazione. Il che dopo l'istituzione dell'azione di adempimento è stato puntualmente precluso.

Si afferma in ogni caso che il Tribunale dovrebbe, nel ricorso di determinate circostanze, non dar corso ad un'esauritiva istruttoria della vicenda di causa, da affidarsi all'Amministrazione con una sentenza di mero obbligo. Si deve pensare a casi nei quali siano da istruire complesse vicende tecniche, se del caso con la partecipazione di altre Autorità a ciò competenti o anche in quelle ipotesi nelle quali sia prescritto uno speciale procedimento amministrativo, che non sia stato ancora ultimato. Con la pronuncia di una sentenza di mero obbligo il processo per il Tribunale si chiude e l'ulteriore definizione della vicenda spetta in via esclusiva all'Amministrazione. Tale successivo svolgimento del procedimento resta, tuttavia, governato ai sensi del § 113, 5° comma seconda parte dai parametri di diritto, che il Tribunale deve stabilire nella sentenza di obbligo. Se il procedimento, tuttavia, involga il solo obbligo di dar corso ad una istruttoria sui fatti di causa la finale statuizione in merito spetterà all'Amministrazione. Peraltro, ove sopravvengano problemi o dissensi fra coloro che siano parti di quel procedimento resta aperta la possibilità di un nuovo ricorso al Tribunale dopo che l'Amministrazione si sia pronunciata sulla pretesa avanzata in giudizio.

Lasciamo ora l'area astratta dei processi che siano o meno maturi per la decisione sulla pretesa per volgere l'attenzione sull'istruttoria della fondatezza o meno di un'azione di adempimento. In questa fase si è consolidata la prassi, perverso contrario alla lettera del § 113, 5° comma del codice, di non effettuare alcuna istruttoria sull'illegittimità del diniego della pretesa avanzata. Ciò che va, infatti, accertato è se la pretesa del ricorrente avanzata in un determinato lasso temporale contro l'Amministrazione sia fondata ovvero se lo fosse stata e se non sia stata ancora soddisfatta.

In definitiva una pretesa al rilascio di un provvedimento amministrativo o di una statuizione legittima può fondarsi prima di tutto su una legge o in applicazione di una legge, su un diritto fondamentale, su una garanzia, su un contratto di diritto

pubblico, su un provvedimento amministrativo o su atti che fondino la ridetta pretesa. Sono, quindi, da verificare singolarmente i cosiddetti presupposti formali della pretesa (termini processuali, contraddittorio con altre Amministrazioni) al pari dei presupposti in fatto della domanda.

Considerando che l'azione di adempimento è diretta a conseguire un provvedimento che non è stato rilasciato trova applicazione il principio che la data da individuare per la verifica dei presupposti dell'azione è quella dell'ultima discussione sulle istanze istruttorie ovvero, in caso non vi sia stata un'udienza, la data della sentenza. Eventuali sopravvenute novelle giuridiche sono rilevanti nel giudizio di cassazione. Pertanto il Tribunale può ordinariamente ordinare il rilascio del richiesto provvedimento amministrativo quando i presupposti della pretesa persistano alla data della sentenza. Il principio ora enunciato non si applica quando la norma da applicare preveda determinati riferimenti temporali. Esemplicativamente si possono ricordare quelle vicende che necessariamente si svolgono in determinati lassi temporali (ammissione all'Università, speciali prestazioni sociali) oppure con determinate scadenze.

Ove il Tribunale abbia accertato la sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto della pretesa fa obbligo all'Amministrazione di rilasciare il richiesto provvedimento. Se alla pretesa si debba una risposta, che presupponga l'esercizio di una potestà discrezionale o comunque ove si profilino margini di apprezzamento deve essere accertato se in entrambe le ipotesi sia da emanare un solo provvedimento (nell'ipotesi che la discrezionalità o il margine di apprezzamento si siano ridotti a zero). Anche in questo caso deve essere emessa una sentenza che faccia obbligo del rilascio alla stregua del § 113, 5° comma, prima parte.

Nell'ipotesi che, sussistendo un'area di riserva discrezionale o comunque di apprezzamento, la causa non sia matura per la decisione può essere emanata una sentenza di mero obbligo. Questa sentenza può essere, peraltro, pronunciata soltanto quando la pretesa del ricorrente non sia stata ancora soddisfatta. In questo quadro il Giudice amministrativo deve darsi carico del diniego di rilascio del provvedimento da parte dell'Amministrazione e, se detto provvedimento appaia legittimo, la pretesa del ricorrente alla pronuncia è ritenuta soddisfatta e il ricorso deve essere respinto. Quando si tratti di un apprezzamento discrezionale esente da errori il Tribunale deve applicare il § 114, 1° comma del codice e dar corso a un'istruttoria. Si deve, infatti, accertare che i confini della discrezionalità siano stati oltrepassati o se il potere discrezionale sia stato esercitato con modalità non conformi al fine da perseguire. E' da segnalare che l'Amministrazione può integrare la motivazione addotta anche durante il processo a norma del § 114, 2° comma del codice. Quando sussista un margine di apprezzamento l'istruttoria si svolge secondo la prassi corrente in giurisprudenza con la completa e metodologicamente corretta acquisizione dei dati di fatto, l'osservanza delle regole del procedimento e i parametri giuridici da applicare ovvero i comuni criteri di valutazione, il disconoscimento delle norme da applicare come pure l'influenza esercitata da valutazioni di fatto estranee alla materia sulla quale decidere.

Nel caso che, pur in presenza di un provvedimento su base discrezionale da ritenersi corretto, i suddetti principi non siano stati rettamente osservati l'opposto diniego viene annullato e l'Amministrazione è condannata a reiterare una pronuncia, osservando i motivi in diritto enunciati nella motivazione della sentenza, che sono vincolanti in sede di riesame.

Quando il ricorrente abbia avanzato una domanda di adempimento e il Tribunale possa emettere la sola sentenza di obbligo, non essendo la causa matura per la decisione nel merito, il ricorso deve essere respinto. Il ricorrente soccombe quindi parzialmente, il che va valutato anche per quanto concerne le spese di lite a suo carico. Per offrire al ricorrente la possibilità di evitare una condanna a corrispondere le spese è nella prassi ritenuto che lo stesso sin dall'inizio abbia avanzato una sola richiesta di sentenza di obbligo.

Senza indulgere in dettagli intendo ora illustrare un'azione di adempimento che si discosta dalle altre per il fatto che compaiono nel giudizio non soltanto il ricorrente e l'Amministrazione, ma anche soggetti terzi che siano incisi dal ricorso. Da menzionare per primi sono quei casi nei quali il ricorrente intenda procurarsi un vantaggio, che è stato assicurato a un terzo (per esempio il ricorrente vorrebbe essere promosso in luogo del concorrente prescelto oppure essere ammesso ad una manifestazione). Con l'azione di adempimento si può inoltre richiedere il rilascio di un provvedimento nei confronti di un terzo. Un esempio è rappresentato dal ricorso diretto a conseguire un intervento contro un terzo. Un'azione di adempimento che si proponga questo fine si configura quando un cittadino richiede che l'Amministrazione proceda ad un controllo edilizio nei confronti del vicino, essendo egli persuaso che non siano state osservate le norme dello strumento urbanistico.

Al termine della mia relazione illustro ora il tema dell'esecuzione della sentenza che abbia accolto un'azione di adempimento. Come ho già detto in precedenza l'azione di adempimento è diretta a conseguire soltanto una sentenza che pronunci l'obbligo dell'Amministrazione di adottare un successivo provvedimento. Se l'Amministrazione non adempia l'ordine contenuto nel dispositivo della sentenza questo risultato può e deve essere raggiunto con la sua successiva esecuzione. Per conseguenza resta aperta al ricorrente la possibilità di richiedere l'esecuzione quando egli sostenga che, in sede di riedizione del provvedimento, non siano stati osservati i parametri in diritto indicati dal Tribunale. Questa opinione non è peraltro pacifica; secondo un diverso orientamento in tali casi si potrebbe soltanto riproporre una nuova azione in sede giurisdizionale contro l'Amministrazione. Lo stesso vale per l'ipotesi che l'Amministrazione abbia emanato il richiesto provvedimento, nel caso contro il vicino in materia edilizia, ma successivamente rifiuti di darvi esecuzione.

La disciplina dell'esecuzione è prevista al § 172 del codice, per il quale la competenza in materia spetta al Tribunale in prima istanza.

Il Tribunale può a richiesta ordinare entro un termine all'Amministrazione, che si sottragga all'obbligo impostole dalla sentenza, di pagare una sanzione pecuniaria fino a € 10.000.00 e dopo il decorso del termine dar corso agli atti esecutivi. Il che può essere ripetuto. Secondo quanto prescritto dal § 172 sono escluse diverse misure. Con questo strumento sanzionatorio l'Amministrazione dovrebbe essere indotta ad adempiere personalmente all'obbligo, ma alla giurisdizione è preclusa ogni intromissione nella sfera dell'Amministrazione. In particolare non è possibile dopo la statuizione dell'Amministrazione alcun intervento di natura sostitutiva (nel quadro di eventuali misure di controllo). Non posso sottacere comunque che l'area di applicazione del § 172 così come il problema se nel caso singolo siano ammissibili altre misure, che siano adottate per garantire un'effettiva tutela giurisdizionale sono oggetto di vivaci discussioni in dottrina e in giurisprudenza.

Signore e Signori, molte grazie per la vostra attenzione.