

Nuovi strumenti di tutela nel codice del processo amministrativo

di

Raffaello Gisondi

Magistrato Tar

Publicato sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it/> il 4 aprile 2011

1. Speranze e delusioni suscitate dal nuovo codice a proposito delle azioni esperibili davanti al giudice amministrativo.

Il nuovo codice del processo amministrativo nasce con l'ambizione di essere qualcosa di più di una mera opera di riordino della legislazione preesistente.

Nelle intenzioni di coloro che hanno concorso alla sua realizzazione la codificazione del processo amministrativo dovrebbe recepire e consolidare il nuovo statuto della giurisdizione amministrativa che è andato emergendo a seguito del riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi e della devoluzione delle relative controversie al giudice amministrativo.

L'allargamento degli strumenti di tutela posti a disposizione del giudice amministrativo è stato, infatti, considerato come il naturale corollario del ruolo tendenzialmente paritario che egli riveste rispetto a quello ordinario, quanto a pienezza ed effettività della protezione assicurata alle posizioni soggettive devolute alla sua cognizione¹[1].

Tale impostazione non ha esaurito la sua spinta innovatrice con la attribuzione alla giurisdizione del g.a. della tutela risarcitoria degli interessi legittimi, ma ha dato il via ad ulteriori aspettative di trasformazione del processo amministrativo.

Si è ipotizzato, infatti, che la parificazione delle tutele dell'interesse legittimo e del diritto soggettivo dovesse comportare l'ingresso nel processo amministrativo di legittimità anche di una tutela di tipo satisfattivo, volta, cioè, a far conseguire

¹[1] Il punto di arrivo di questo processo è stato efficacemente descritto raffigurando il g.a. come “giudice ordinario degli interessi legittimi” che opera in un sistema non più di rigida separazione ma di unità funzionale della giurisdizione (pur esercitata da giudici appartenenti ad ordinamenti autonomi) quale sistema complessivamente teso a garantire la protezione delle situazioni giuridiche soggettive (Corte Cost. 140/2007 in www.giurcost.org). Di tali affermazioni si trova eco anche nella relazione di accompagnamento al codice nella quale si legge che l'esigenza “sostanziale” che sta alla base della codificazione del processo amministrativo “discende sia dalla evoluzione normativa che dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale che hanno condotto al riconoscimento al giudice amministrativo dei medesimi strumenti di tutela di cui dispone il giudice ordinario”, in corrispondenza del “mutamento sostanziale dell'interesse legittimo, la cui tutela esige uno strumentario non dissimile da quello previsto per i diritti soggettivi”.

direttamente al titolare della posizione soggettiva il bene della vita attraverso l'accertamento per via giudiziale del corretto esercizio del potere amministrativo²[2]. In questa direzione sembrava muoversi la delega conferita al Governo per la redazione del codice³[3] che recava fra i suoi criteri direttivi anche l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di emettere pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a *soddisfare la pretesa* della parte vittoriosa.

Sulla scorta di tale mandato, la Commissione mista insediata presso il Consiglio di Stato con il compito di elaborare un primo testo del nuovo codice da presentare al Governo, aveva previsto che, oltre alla tradizionale pronuncia *costitutiva* di annullamento, il g.a. potesse altresì emettere sentenze *dichiarative* della nullità di atti o dell'assetto dei rapporti e, addirittura, *condannare* la p.a. all'adempimento dell'obbligo di emanare un determinato atto richiesto o denegato.

Il testo redatto dalla Commissione è stato tuttavia largamente rielaborato in sede governativa e ne è uscito impoverito, soprattutto nella parte concernente le azioni. Le norme relative alle azioni di accertamento ed adempimento sono state, infatti, espunte dall'articolato che, nella sua versione definitiva, prevede ora solo le azioni di annullamento, sul silenzio e di condanna.

I tagli operati dall'Esecutivo hanno suscitato aspre critiche da parte di alcuni primi opinionisti e commentatori ai quali la versione definitiva del codice è apparsa come un'opera incompiuta che, al di là del mero riordino normativo, avrebbe fallito nel suo intento di mettere la giustizia amministrativa al passo con gli standards di tutela richiesti dalla Carta Costituzionale e dalla Giurisprudenza europea⁴[4].

Superata l'emotività del primo impatto, tuttavia, sono emersi giudizi più articolati.

Si è osservato che, pur dopo le modifiche governative, la disciplina dettata dal codice in materia di azioni continua a presentare significativi aspetti di novità rispetto a quella preesistente.

2[2] Con ciò determinando il definitivo superamento della concezione impugnatoria del giudizio amministrativo da tempo auspicato da una parte della dottrina: G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto amministrativo*, Milano, 1980, M. CLARICH, *Tipicità delle azioni ed azione di adempimento nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it. D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002.

3[3] Delega, come è noto, contenuta nell'art. 44 della L. 69 del 2009.

4[4] Si vedano gli interventi di N. SAITTA, *Il codice che poteva essere* e di A. ROMANO TASSONE, *Così non serve a niente* in www.giustamm.it. Ma anche secondo F. G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, sempre in www.giustamm.it, "la nuova disciplina non raggiunge quello che avrebbe dovuto esserne l'obiettivo, garantire una tutela piena ed efficiente del privato nei confronti dell'azione (e inazione) illegittima (e dannosa) della pubblica Amministrazione".

Nuova è innanzitutto la scelta di prevedere un sistema di azioni unico per la giurisdizione di legittimità e per quella esclusiva⁵[5].

E nuovi sono anche alcuni poteri che il codice attribuisce al g.a. in caso di accoglimento del ricorso, come quello di condannare la p.a. ad adottare tutte le misure idonee a tutelare la posizione soggettiva dedotta in giudizio (art. 34 comma 1 lett. “c”), o di disporre, già in sede di cognizione, misure attuative del giudicato (art. 34 comma 1 lett. “e”).

Sulla portata di tali novità si è acceso un dibattito.

Secondo una parte della dottrina il carattere aperto delle predette disposizioni dimostrerebbe che il sistema delle tutele previsto dal codice ammette anche azioni atipiche, a contenuto indeterminato⁶[6], nell’ambito delle quali potrebbero rientrare anche quelle di adempimento ed accertamento formalmente espunte dal Governo⁷[7].

Altra parte della dottrina si è, invece, attestata su posizioni più caute, osservando che la riserva di legge apposta dall’art. 111 della Costituzione alla disciplina del processo (non solo amministrativo) non consentirebbe di introdurre per via interpretativa azioni che il legislatore delegato non ha espressamente previsto ed, anzi, ha addirittura ritenuto di dover escludere dal testo che gli era stato proposto dalla Commissione costituita presso il Consiglio di Stato⁸[8].

⁵[5] Come osserva R. CHIEPPA, *Il Codice del Processo Amministrativo*, Milano, 2010, p. 15 le modifiche operate dal Governo non hanno, in realtà, intaccato la struttura di fondo del codice nella quale non predomina più l’azione di annullamento, oramai stabilmente affiancata da altre forme di tutela.

⁶[6] M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo fra reticenze del codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it. L. TORCHIA, *Le nuove pronunce e l’ambito di decisione del giudice*, intervento al 56° Convegno di studi amministrativi di Varenna, 23-25 settembre 2010, secondo cui “il codice consente al giudice di pronunciare sentenze di condanna...indipendentemente dal tipo di situazione soggettiva fatta valere in giudizio” i cui “possibili contenuti.. sono indefiniti, e, quindi, non circoscritti a specifiche misure..”.

⁷[7] E’ un’osservazione proveniente sia da illustri esponenti della stessa magistratura amministrativa che del mondo accademico. Per i primi si veda P. DE LISE, *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, intervento al 56° Convegno di studi amministrativi, Varenna 23-25 settembre 2010, secondo cui “molti degli interventi modificativi del governo di cui oggi si lamenta l’impatto finiranno per rivelarsi alla prova dei fatti più formali che sostanziali”. Per l’accademia, senza pretesa di completezza, si leggano S. RAIMONDI *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie* in www.giustamm.it, E. FOLLIERI *Le azioni di annullamento e adempimento nel codice del processo amministrativo* in www.giustamm.it, M. A. SANDULLI, *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 5/2010. Secondo M. PROTTO e M. BELLAVISTA, *La giurisdizione in generale*, in *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2010, p. 167 dall’esame congiunto degli artt. 30 comma 1 e 34 comma si potrebbe affermare che “oggi nel petitum formale possono rientrare tutte le domande volte a far ottenere le utilità necessaria per proteggere la situazione di interesse legittimo del ricorrente; in maniera simmetrica, nel dispositivo formale della sentenza può essere disposta la condanna ad un facere dell’amministrazione, al di fuori del risarcimento in forma specifica”..

⁸[8] A. TRAVI *Tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, relazione scritta dell’intervento al 56° incontro di studi, Varenna cit.

Muovendo dalla suddetta impostazione si afferma, quindi, che l'elenco delle azioni contenuto nel capo II del titolo III del codice⁹[9] avrebbe carattere *tassativo* e non lascerebbe spazio ad alcuna altra azione atipica¹⁰[10].

Il richiamo delle predetta dottrina ad affrontare il tema delle azioni ammissibili nel processo amministrativo in stretta aderenza al dato legislativo appare del tutto condivisibile.

La notoria mancanza di certezza sui caratteri dell'interesse legittimo come posizione soggettiva di natura sostanziale, rende arduo, infatti, stabilire in astratto quali dovrebbero essere le azioni più adeguate a realizzarne la piena tutela sul piano processuale¹¹[11].

⁹[9] Che contempla le azioni di annullamento (art. 29), condanna al risarcimento del danno (art. 30) e sul silenzio (art. 31).

¹⁰[10] Secondo questa dottrina le norme del codice dalle quali sembrerebbe ancora trasparire il riferimento all'azione di adempimento costituirebbero meri «frammenti», sopravvissuti alla revisione governativa del testo elaborato dalla Commissione per un mero difetto di coordinamento. La loro presenza non potrebbe, quindi, rovesciare la chiara volontà di espungere dal codice tale azione insieme a quella di accertamento espressa dal Governo in sede di esercizio della delega.

¹¹[11] Alla base della tesi che fa derivare l'ammissibilità di un'azione accertamento autonomo o di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità dal principio di effettività della tutela giurisdizionale, desunto dall'art. 24 della Costituzione, vi è, infatti, una particolare configurazione dell'interesse legittimo come *interesse ad un bene della vita* protetto da «norme sostanziali» che stabiliscono i presupposti in presenza dei quali un determinato atto amministrativo può essere adottato; in questa prospettiva solo un'azione che consenta al giudice amministrativo di accertare la sussistenza nel caso concreto di *tutti* predetti presupposti sarebbe idonea ad attribuire in via definitiva al ricorrente vittorioso il bene della vita garantito dalla posizione soggettiva, mentre tale risultato non sarebbe perseguibile attraverso l'azione di annullamento, stante la rilevanza che assume nell'ambito di essa l'accertamento della violazione di norme meramente strumentali che nulla dicono in ordine alla spettanza del bene della vita e stante, soprattutto, il fatto che i vincoli che derivano alla p.a. dal suo utile esercizio non esauriscono l'intero rapporto amministrativo ma sono limitati ai motivi di ricorso accolti (G. GRECO, *L'accertamento autonomo* cit.). La predetta concezione dell'interesse legittimo e le conseguenze che se ne fanno derivare in ordine alle azioni ammissibili nel processo amministrativo sono, tuttavia, accettate solo da una parte della dottrina. Molti autori ritengono, infatti, che il principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dalla Costituzione, pur comportando la definitiva affermazione della *natura sostanziale* dell'interesse legittimo e del carattere *soggettivo* della giustizia amministrativa, non implichi affatto il superamento della natura impugnatoria del giudizio amministrativo di legittimità. A tale conclusione essi giungono muovendo da una definizione dell'interesse legittimo come posizione soggettiva idonea a far conseguire al suo titolare solo il legittimo esercizio dell'azione amministrativa in funzione di un "interesse strumentale" o, comunque, autonomo rispetto al cd. «bene della vita». In quest'ottica illegittimità dell'atto e lesione dell'interesse legittimo (strumentale) del privato vengono considerati come un tutt'uno, e, conseguentemente, la pronuncia di annullamento viene ritenuta perfettamente idonea a ripristinare sia la legalità violata che la posizione soggettiva lesa. Il fatto che tale azione non sia idonea ad assicurare (se non in via strumentale) il bene della vita non sarebbe indice di un deficit di tutela ma solo del fatto che tale bene rimane al di fuori della protezione accordata dall'ordinamento. In tal senso, pur nell'ambito di differenti impostazioni: E. CAPACCIOLI, *Per l'effettività della giustizia amministrativa – Saggio sul giudicato amministrativo*, in *Diritto e processo- scritti vari di Diritto pubblico* – Padova 1978; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 493 e ss.; del medesimo autore, *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, in *Studi in onore di A. Amorth*, I, Milano, Giuffrè, 1982; in posizione parzialmente diversa F. SCOCA, *Il Silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, il quale, pur nel quadro di una concezione dell'interesse legittimo come posizione soggettiva strumentale, ritiene che nel giudizio sul silenzio il ricorrente possa dedurre in giudizio l'intero rapporto amministrativo.

In realtà è probabilmente uno sforzo vano cercare di trarre dal diritto sostanziale la risposta al quesito se l'interesse legittimo tuteli direttamente un bene della vita o sia una posizione meramente strumentale. Il diritto sostanziale disciplina il potere amministrativo apponendo all'azione della p.a. vincoli di vario genere la cui osservanza può riverberarsi a vantaggio di interessi giuridicamente protetti dei privati. Nell'azione di annullamento tali vincoli rilevano "atomisticamente" considerati, bastando la dimostrazione che l'osservanza anche di uno solo di essi (e non importa se di natura sostanziale o formale) possa determinare un risultato diverso e più favorevole al ricorrente. Nell'azione di accertamento o di adempimento rileva invece l'intera trama del potere amministrativo, occorrendo la dimostrazione che dal suo *complessivo* legittimo esercizio comporti o

Ciò non significa, però, che al fine di stabilire se il nuovo codice contenga o meno nuovi strumenti di tutela degli interessi legittimi, debba attribuirsi una rilevanza addirittura dirimente alle vicende che ne hanno contrassegnato l'elaborazione.

Tali vicende, come è stato osservato¹²[12], fanno ormai parte della storia legislativa e non possono condizionare oltre un certo limite l'interpretazione delle disposizioni approvate che va effettuata tenendo conto del contesto sistematico indubbiamente nuovo in cui esse sono inserite e con lo sguardo aperto a cogliere le non poche innovazioni che esse, nonostante tutto, presentano rispetto al quadro legislativo preesistente.

Ed è in questa ottica, appunto, che verranno esaminate alcune delle novità introdotte dal codice del processo amministrativo nel sistema delle azioni.

2) *L'azione di condanna satisfattiva: ambito di applicazione e contenuto.*

Il problema principale che si trova a dover affrontare l'interprete nell'esaminare la disciplina delle azioni dettata dal nuovo codice è quello della portata da attribuire all'azione di condanna.

A seguito dell'intervento del Governo le altre azioni previste nel capo II del titolo III sono quelle tradizionali e ben conosciute di annullamento e accertamento dell'obbligo di provvedere le quali non presentano significative innovazioni rispetto alla disciplina preesistente.

L'azione di condanna, invece, pur nel quadro di una disciplina dagli incerti contorni, è quella da cui sembrano derivare i maggiori spunti di novità nella direzione di una più completa tutela degli interessi legittimi, soprattutto pretensivi.

Alla suddetta azione il codice dedica l'intero articolo 30 che al primo comma prevede i casi in cui essa può essere esperita in via autonoma o solo congiuntamente

meno il conseguimento del bene della vita. E ciò vale soprattutto ove vengano in gioco interessi pretensivi. La scelta fra l'una o l'altra opzione dipende, quindi, più che dal diritto sostanziale, dal modo in cui la disciplina del processo configura l'oggetto dell'azione e, quindi, del giudizio. Nella determinazione di tali fondamentali elementi del processo appare difficile prescindere dalla mediazione legislativa, in quanto, assai più di quanto accade nel processo civile, le esigenze di tutela del cittadino vanno mediate con la salvaguardia di un certo grado di autonomia del potere amministrativo. Tale, del resto, sembra il significato da attribuire all'art. 113 Cost. laddove riserva al legislatore non solo la determinazione degli organi giurisdizionali che possono annullare i provvedimenti amministrativi, ma anche "i casi" in cui la sentenza di annullamento può essere pronunciata e i suoi "effetti".

¹²[12] M. CLARICH *Le azioni..* cit.; non sono, inoltre, chiare le reali finalità che hanno ispirato il rimaneggiamento del testo licenziato dalla Commissione. Dovendosi escludere ogni rilevanza finanziaria delle disposizioni che contenevano e azioni di accertamento ed adempimento, le modifiche sembrerebbero dirette più alla eliminazione di certi eccessi di dogmatismo che caratterizzavano l'impostazione iniziale che ad un espresso intento di riduzione dei livelli di tutela.

ad altre azioni. Nei commi successivi la norma disciplina solo aspetti riguardanti l'azione risarcitoria, senza fare alcun riferimento a condanne di diverso tipo.

Tuttavia, passando dalla disciplina delle azioni a quella delle pronunce che il g.a. può emettere quando accoglie il ricorso (art. 34 comma 1 c.p.a.), ci si avvede che, la sentenza di condanna può avere un contenuto molto più ricco ed articolato di quello che l'art. 30 lascerebbe intendere: ivi è infatti previsto che il giudice possa condannare l'amministrazione oltre che al risarcimento del danno (per equivalente o in forma specifica) anche all'adempimento di obbligazioni pecuniarie e alla adozione delle *misure idonee a tutelare la posizione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*.

Molte sono le domande che tale disciplina pone.

Ci si chiede, in particolare, perché la possibilità di una pronuncia di condanna diretta ad accordare alla posizione soggettiva dedotta in giudizio una tutela satisfattiva e non meramente risarcitoria sia contemplata solo nell'art. 34 del c.p.a. e non trovi riscontro nell'art. 30.

Ci si interroga, inoltre, sul fatto se la condanna di tipo satisfattivo possa riguardare gli interessi legittimi pretensivi e, quindi, avere ad oggetto l'emanazione di un provvedimento favorevole, anche al di là della espressa previsione dell'art. 31 comma 3° c.p.a. che ammette tale possibilità nell'ambito del giudizio avverso il silenzio.

Ci si domanda, infine, se il potere di condanna della p.a. ad adottare un determinato provvedimento sia compatibile con la disposizione che vieta al g.a. di pronunciarsi su poteri non ancora esercitati (art. 34 comma 2 c.p.a.) e, in ogni caso, quali siano i suoi limiti.

Come si è già anticipato, muovendo dal principio della tipicità delle azioni, una parte della dottrina sostiene che l'unico tipo di condanna che il giudice amministrativo potrebbe emanare in caso di illegittimo o ritardato esercizio del potere amministrativo sarebbe quella risarcitoria; e ciò perché l'art. 30 del c.p.a. non contemplerebbe azioni di diversa natura. Secondo questa tesi i rimedi di natura specifica che il codice appresta a tutela degli interessi legittimi sarebbero limitati alle azioni di annullamento e sul silenzio previste rispettivamente dagli art. 29 e 31. Le pronunce di condanna di tipo satisfattivo previste dall'art. 34 comma 1 lett. c) del c.p.a. potrebbero essere, perciò, adottate solo nell'ambito di controversie relative a

diritti soggettivi nelle quali il ricorrente pretenda l'esatto adempimento di obbligazioni pecuniarie o materiali¹³[13].

Limitare l'azione di condanna satisfattiva alla sola tutela dei diritti soggettivi sembra, però, contrastare con la scelta del codice di dettare una disciplina delle azioni comune sia alla giurisdizione di legittimità che a quella esclusiva, equiparando, così, quanto a strumenti di tutela, diritti ed interessi¹⁴[14].

L'equiparazione delle forme di protezione degli interessi a quelle dei diritti va ben oltre la sola azione risarcitoria e si estende a tutti i mezzi atti a garantire l'effettività della loro tutela¹⁵[15]. Non a caso, infatti, l'art. 34 comma 1 lett. c) del c.p.a. prevede che la condanna della p.a. ad adottare misure satisfattive possa essere pronunciata a tutela di qualunque "situazione giuridica soggettiva" dedotta in giudizio.

Non convince, inoltre, l'affermazione secondo cui il rapporto fra i rimedi che il giudice può adottare ai sensi dell'art. 34 comma 1 del codice e le posizioni soggettive lese dovrebbe essere sempre mediato da una corrispondente azione prevista nel capo II del titolo III.

Appare, infatti, singolare che il codice abbia potuto prevedere dei rimedi sforniti di azione¹⁶[16], e cioè ipotesi in cui il giudice, pur disponendo di un rimedio astrattamente idoneo a soddisfare la posizione soggettiva dedotta in giudizio, non possa accordarlo per difetto di una corrispondente azione tipica¹⁷[17].

Occorre piuttosto osservare che, in realtà, la disciplina delle azioni dettata dagli articoli 29, 30 e 31 del c.p.a. non costituisce un sistema chiuso ed autosufficiente.

¹³[13] A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, p. 196 e ss.

¹⁴[14] Con ciò, ovviamente, non si vuole affermare che sia stata cancellata ogni distinzione fra diritto ed interesse legittimo sul piano sostanziale o su quello processuale, ma solo che nell'impostazione generale del codice entrambe le posizioni soggettive debbono poter beneficiare il linea di principio delle medesime tutele, con la conseguenza che l'esclusione o la riduzione di alcune forme di tutela per l'una o per l'altra o sono strettamente correlate con la loro natura sostanziale (ad esempio il diritto soggettivo non è compatibile con l'azione di annullamento se si postula che esso possa essere leso solo da comportamenti e non anche da provvedimenti), oppure devono essere espressamente previste da norme speciali del codice.

¹⁵[15] Si vedano in proposito anche M. PROTTO e M. BELLAVISTA, *La giurisdizione in generale*, in *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2010, p. 167

¹⁶[16] In tal senso sembra pronunciarsi anche M. LIPARI, *Effettività della decisione fra cognizione ed ottemperanza* in www.federalismi.it, il quale afferma che "non avrebbe senso ipotizzare poteri decisori del giudice in astratto molto estesi, ma non esercitabili, concretamente, per mancanza radicale della facoltà di richiederne l'esercizio".

¹⁷[17] Peraltro, anche a voler aderire all'ordine di idee criticato nel testo, occorre comunque osservare che la pronuncia di condanna satisfattiva prevista dall'art. 34 comma 1 lett. c) del c.p.a. non rimane orfana di una corrispondente azione, in quanto l'art. 30 comma 1, configura l'azione di condanna in termini generali senza distinguere fra condanna risarcitoria e condanna satisfattiva. Il fatto che le disposizioni contenute nei commi successivi si riferiscano alla sola condanna al risarcimento del danno, non significa che il anche il primo comma debba riferirsi esclusivamente ad essa, né può significare che tipologie di condanna diverse da quella risarcitoria siano ammesse solo in sede di giurisdizione esclusiva.

Le suddette norme, infatti, sono volte a stabilire le condizioni processuali e sostanziali che devono sussistere affinché le domande di annullamento, condanna ed accertamento del silenzio possano trovare accoglimento¹⁸[18]. E', invece, l'art. 34 comma 1 a determinare il catalogo dei rimedi idonei a dare effettiva soddisfazione alle posizioni soggettive lese¹⁹[19].

La disciplina di cui agli artt. 29, 30 e 31 del c.p.a. si interpone, quindi, fra la lesione della posizione soggettiva ed i rimedi previsti dall'art. 34 comma 1 lett. c) del non perchè ogni rimedio debba essere doppiato da un'azione tipica, ma solo al fine di stabilire quali sono i termini, condizioni e presupposti (processuali e sostanziali) per potervi accedere.

Ciò accade anche con riguardo all'azione di condanna di tipo satisfattivo.

L'art. 30 comma 1 c.p.a., infatti, si limita a prevedere che, in sede di giurisdizione di legittimità, le azioni di condanna aventi tale natura debbano sempre essere proposte congiuntamente alle altre azioni, lasciando all'art. 34 comma 1 il compito di definirne il contenuto in relazione ai diversi bisogni di tutela²⁰[20].

Alla luce di quanto si è detto, non sembra interamente condivisibile la tesi secondo cui il nuovo codice continuerebbe ad individuare nelle azioni "tipiche" di annullamento e sul silenzio gli unici strumenti di tutela diretta e satisfattiva degli interessi legittimi.

¹⁸[18] L'art. 29 stabilisce il termine di sessanta giorni per proporre l'azione di annullamento, l'art. 30 comma 1 stabilisce quando l'azione di condanna può essere autonomamente proposta e quando no, l'art. 30 comma 3 stabilisce il termine per la proposizione dell'azione risarcitoria autonoma e in quali limiti il danno può essere, in tale ipotesi, riconosciuto, l'art. 30 comma 4 riguarda il termine per la proposizione della domanda di risarcimento del danno da ritardo, l'art. 30 comma 5 riguarda il termine di proposizione dell'azione risarcitoria non proposta contestualmente a quella di annullamento, l'art. 31 comma 1 sancisce che l'azione relativa all'accertamento dell'obbligo di provvedere può essere proposta solo dopo la scadenza del termine per la conclusione del procedimento, l'art. 31 comma 2 stabilisce il termine entro cui l'azione sul silenzio può essere proposta, l'art. 31 comma 3 stabilisce i casi in cui la domanda può avere ad oggetto l'accertamento della fondatezza della istanza, l'art. 31 comma 4 stabilisce il termine per l'esperimento dell'azione di nullità.

¹⁹[19] Secondo E. FOLLIERI *Le azioni di annullamento e adempimento nel nuovo codice amministrativo*, in www.giustamm.it, "nell'espone le azioni, occorre fare riferimento non solo alla disciplina positiva dettata per queste ultime, ma anche a quella che riguarda le pronunzie del giudice".

²⁰[20] A voler diversamente opinare si dovrebbe arrivare alla conclusione per cui il giudice non potrebbe mai condannare la p.a. al pagamento di una somma di danaro in adempimento di una propria obbligazione perchè l'art. 30 non contempla tale tipologia di condanna fra le azioni tipiche, oppure si dovrebbe affermare che azioni di condanna diverse da quella al risarcimento del danno sarebbero ammissibili solo a tutela dei diritti soggettivi di cui il g.a. conosce in sede di giurisdizione esclusiva, discostandosi, in tal modo, dal disegno unitario delle tutele operato dal codice. Del resto, anche nella relazione di accompagnamento alla versione finale del c.p.a., l'azione di condanna viene indicata come strumento idoneo a soddisfare una serie di piuttosto ampia di esigenze di tutela che insorgono "dopo l'annullamento" le quali sono direttamente riferibili a posizioni di interesse legittimo pretensivo. La relazione, fa, infatti, riferimento ad obbligazioni che – dopo l'annullamento - risultino inadempite, ma ciò può accadere solo nel caso di annullamento di provvedimenti che abbiano negato, revocato o annullato la concessione di un beneficio economico. L'azione di condanna, si legge ancora nella relazione, può inoltre comportare che il giudice adotti (sempre dopo l'annullamento) ogni *altra* misura idonea a tutelare la posizione giuridica soggettiva, estendendo così il raggio di azione del rimedio anche a misure diverse dalla rimessione in pristino e dall'ordine di pagamento di una somma di danaro che, in difetto, di una specifica preclusione, ben potrebbero consistere nell'ordine di adottare un determinato provvedimento che risulti dovuto a seguito dell'annullamento di quello illegittimamente emanato.

E' vero, infatti, che, non essendo ammessa, al di fuori della azione risarcitoria, la proposizione di un'azione di condanna in via autonoma, la reazione giurisdizionale avverso l'illegittimo esercizio del potere continua ad avere quali necessari termini di riferimento il provvedimento illegittimo o il silenzio della p.a. e deve essere strutturata secondo le modalità tipiche previste per la loro impugnazione²¹[21].

Tuttavia, alla tipicità dei presupposti e delle modalità di introduzione del giudizio di legittimità si accompagna una maggiore elasticità delle forme di tutela della posizione soggettiva azionata in quanto l'annullamento del provvedimento e l'accertamento dell'obbligo di provvedere non costituiscono gli *unici rimedi* per soddisfare o reintegrare gli interessi legittimi lesi dal silenzio o da un provvedimento illegittimo.

Nel caso del silenzio l'estensione dell'oggetto del giudizio dal formale obbligo di provvedere all'accertamento della fondatezza della pretesa era già avvenuto per mano della L. 80 del 2005²²[22] e viene ora confermato dal codice che, in proposito, si limita a precisare in quali ipotesi ciò sia possibile.

Nel caso di emanazione di un provvedimento illegittimo, invece, l'introduzione dell'azione di condanna anche in sede di giurisdizione di legittimità fa sì che, ora, la sentenza di accoglimento del ricorso non debba più limitarsi (come avveniva in passato) all'annullamento del provvedimento impugnato ma, nei limiti della domanda, possa contenere *statuizioni ulteriori* dirette a dare completa soddisfazione alla posizione soggettiva lesa.

L'azione di condanna viene, quindi, concepita come strumento di tutela *integrativo* della statuizione di annullamento²³[23] che, siccome limitata all'accertamento di specifici vizi di legittimità del provvedimento impugnato, è sempre stata considerata

²¹[21] Il legislatore delegato ha voluto in tal modo evitare che, attraverso l'azione di condanna, il giudice amministrativo possa essere investito di questioni concernenti il corretto esercizio del potere amministrativo indipendentemente dalla impugnazione di un provvedimento (si veda anche l'art. 34 comma 2 secondo capoverso c.p.a.) o dall'accertamento del silenzio che continuano, quindi, a costituire le *uniche forme tipiche con le quali può essere introdotto il giudizio amministrativo di legittimità*. La paventata possibilità della proposizione della azione di condanna congiuntamente a quella avverso il silenzio (art. 30 comma 1 c.p.a.) è, tuttavia, da considerarsi un vero e proprio refuso derivante da un difetto di coordinamento delle modifiche introdotte dal governo al testo elaborato dalla Commissione che hanno eliminato la norma dedicata all'azione di adempimento. Nella sua configurazione attuale, infatti, l'azione sul silenzio è di per sé azione di accertamento e condanna e non necessita quindi di essere integrata da un'ulteriore azione del medesimo tipo.

²²[22] Tale legge, come è noto, ha modificato nel senso indicato nel testo l'art. 2 della L. 241 del 1990, superando, in tal modo, la concezione del giudizio ex art. 21 bis della L. 1034 del 1971 come meccanismo propulsivo volto solo a costringere la p.a. silente a provvedere che era stata fatta propria dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 1 del 2002 (in *Foro It.*, 2002, III, 227)

²³[23] Come ipotizza M. LIPARI, *L'effettività della decisione* cit., p. 35.

strutturalmente inidonea a soddisfare la pretesa alla emanazione del provvedimento favorevole illegittimamente denegato²⁴[24].

Sotto questo profilo, l'introduzione della predetta azione nell'ambito della giurisdizione di legittimità comporta un allargamento degli orizzonti di questa oltre le colonne d'Ercole della cognizione sull'atto che la separavano da quella di merito²⁵[25].

Una conferma di ciò è data dal fatto che il nuovo codice del processo amministrativo non prevede più che, in sede di giurisdizione di legittimità, la sentenza di accoglimento del ricorso debba limitarsi ad annullare il provvedimento impugnato con la salvezza degli ulteriori atti dell'autorità amministrativa²⁶[26].

Il codice dispone ora che il giudice amministrativo non possa mai *pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati* (art. 34 comma 2 c.p.a.). Ma tale norma non ha lo stesso significato della vecchia formula dell'art. 45 del R.D. 1054 del 1924.

Questa comportava che la sentenza di annullamento non potesse esaurire tutti i profili del potere amministrativo; il divieto di pronuncia su poteri amministrativi non esercitati si riferisce, invece, ai *presupposti della domanda*, impedendo che il giudice amministrativo possa essere chiamato a pronunciarsi (anche in sede di giurisdizione di merito) in relazione ad un pericolo di lesione che potrebbe derivare da un'attività amministrativa futura o, comunque, in corso di formazione²⁷[27].

Il predetto divieto, pertanto, non opera una volta che la p.a. abbia omissis di esercitare il proprio potere nei tempi prescritti o lo abbia illegittimamente esercitato,

²⁴[24] La giurisprudenza ritiene, infatti che il giudicato che si forma sulla sentenza di annullamento non copre il dedotto ed il deducibile, con la conseguenza che la p.a., anche dopo la sentenza di annullamento può emanare un provvedimento avente identico contenuto di quello annullato sulla base di presupposti e valutazioni nuove rispetto a quelle che hanno formato oggetto dei motivi di ricorso accolti dal giudice. Ciò accade anche nei casi in cui il potere sia interamente vincolato qualora determinati presupposti del potere esercitato vengano presi in considerazione dalla p.a. solo nella fase di rinnovo del procedimento successiva alla pronuncia di annullamento.

²⁵[25] Ed anche ciò corrisponde al disegno del codice di creare un sistema di tutele quanto più possibile unitario nei tre ambiti in cui opera la giurisdizione del g.a.

²⁶[26] Formula che, come è noto, era prevista dall'art. 45 del R.D. 1054 del 1924 e dall'art. 26 della L. 1034 del 1971 nel caso in cui il g.a. avesse annullato il provvedimento impugnato per violazione di legge o eccesso di potere.

²⁷[27] La norma trova, pertanto, il suo corrispondente nella regola del processo civile che vieta le condanne in futuro. Tale impostazione trova conferma nella relazione di accompagnamento alla versione finale del codice nella quale si afferma che lo scopo della disposizione è quello di "evitare *domande* dirette ad orientare l'azione amministrativa pro futuro con palese violazione del principio della divisione dei poteri". Emerge, quindi, con chiarezza che la norma, nonostante la sua collocazione nell'articolo 34, non si riferisce, in realtà, al contenuto delle *pronunce* ma è volta a rendere inammissibili *domande* che non abbiano ad oggetto una lesione attuale della posizione soggettiva azionata, ma siano dirette unicamente ad orientare l'azione amministrativa nel corso della sua formazione. Del resto, occorre ricordare che il divieto di pronuncia su poteri non esercitati era originariamente previsto nell'ambito dell'azione di accertamento collocata nel Capo II del Titolo III del codice e solo a seguito della eliminazione dell'articolo concernente tale azione, la previsione del predetto divieto è stato spostata all'interno dell'art. 34 che riguarda le pronunce di accoglimento.

poiché, in tali casi, la domanda ha ad oggetto una patologia dell'azione amministrativa che ha oramai assunto carattere di attualità e non riguarda, perciò, il futuro ma il passato anche quando si chieda al g.a. di accertare *a tutto tondo* come il potere avrebbe dovuto essere esercitato²⁸[28].

Se è vero ciò, non pare più proponibile (almeno nella sua assolutezza) l'idea che il processo amministrativo di legittimità costituisca una mera parentesi nell'ambito del fluire del potere amministrativo²⁹[29]: ora l'esigenza di salvaguardare il potere della p.a. comporta solo il divieto fatto al giudice di sovrapporsi ad essa nel corso (fisiologico) del procedimento amministrativo ma non preclude più che la sua pronuncia possa estendersi a tutti gli aspetti vincolati del potere determinandone per intero i successivi svolgimenti³⁰[30].

²⁸[28] Né si dica che, in forza del divieto di pronuncia su poteri non ancora esercitati, l'accertamento del giudice potrebbe cadere solo sugli errori già commessi dalla p.a. ma non sui profili di attività su cui essa non si è ancora pronunciata, con conseguente necessità di fare rinvio, per questi, al successivo esercizio del potere amministrativo. Infatti, se il significato della norma fosse effettivamente questo, non si spiegherebbe il perché nel giudizio sul silenzio la cognizione del g.a. non si limiti all'accertamento dell'inadempimento dell'obbligo di provvedere ma, a certe condizioni, si estenda all'accertamento sul modo in cui la p.a. avrebbe dovuto provvedere. Tale previsione rende evidente che, nel caso in cui vengano superati i termini fissati per la conclusione del procedimento amministrativo, la tutela che l'ordinamento accorda all'interesse leso non si ferma al semplice ordine di emettere il provvedimento finale, ma comprende l'accertamento di ogni aspetto della funzione amministrativa omessa correlato alla sua completa soddisfazione, salvo che, a tal fine, risulti necessario compiere valutazioni discrezionali o effettuare adempimenti istruttori riservati alla p.a.

Analogo ragionamento, pur con alcune varianti, può ripetersi con riguardo all'ipotesi in cui l'interesse a conseguire un determinato provvedimento sia stato leso da un atto di diniego illegittimo. In tal caso, infatti, al profilo commissivo della patologia dell'azione amministrativa, che attiene alla illegittimità del provvedimento, se ne aggiunge uno omissivo che riguarda la mancato rispetto dei termini per la conclusione del procedimento: la pronuncia di annullamento non comporta, infatti, una riapertura di tali termini ma solo l'obbligo della p.a. di provvedere nuovamente anche se (oramai) in ritardo. A livello sostanziale la situazione in cui viene a trovarsi chi ha ottenuto l'annullamento di un atto negativo è, quindi assimilabile a quella di colui che non ha ancora ottenuto dalla p.a. alcun provvedimento nei termini previsti. La differenza rispetto all'ipotesi del silenzio è tuttavia processuale e non dipende dal divieto fatto al g.a. di pronunciarsi su poteri non ancora esercitati ma sta nel fatto che l'azione di annullamento non ha ad oggetto la fondatezza di una pretesa ma l'accertamento degli specifici vizi di legittimità dedotti nei motivi di ricorso. Essa, quindi, di regola, determina un vincolo limitato ai tratti di azione amministrativa che sono stati conosciuti dal giudice, con conseguente rinvio alla p.a. di ogni decisione sui profili del potere rimasti impregiudicati. Tuttavia, qualora si riconosca che il nuovo codice consente al titolare dell'interesse pretensivo leso da un provvedimento illegittimo di esperire, congiuntamente a quella di annullamento, anche un'azione di condanna alla emanazione del provvedimento richiesto, viene meno ogni ragione di carattere processuale che possa ostacolare l'equiparazione delle tutele di situazioni che sotto ogni aspetto appaiono omogenee.

²⁹[29] L'immagine, come è noto, è di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna, VI ed., 2002.

³⁰[30] Osserva E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e adempimento nel nuovo codice amministrativo*, in www.giustamm.it, che nel nuovo codice si riscontra "un'accentuazione e distacco dell'attività giurisdizionale rispetto all'azione amministrativa. Quest'ultima è necessaria e doverosa a seguito della sentenza di accoglimento, ma quale esecuzione della decisione del giudice, non più quale attività amministrativa fatta salva per il carattere della inesauribilità del potere". Secondo A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, p. 299 il principio di inesauribilità del potere amministrativo continuerebbe, invece, ad essere sancito dall'art. 34 comma 2 del codice. La questione non va affrontata in termini assoluti. Il divieto di pronuncia su poteri non ancora esercitati, per le ragioni indicate nel testo, non può considerarsi equivalente alla formula che faceva salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa dopo la sentenza di annullamento, ma ciò significa solo che nella sentenza che accoglie il ricorso il giudice amministrativo può arrivare a fissare la regola del caso concreto, ma non che questo debba necessariamente accadere. E', anzi, presumibile che, nella maggioranza dei casi, nel giudizio sul silenzio il g.a. (in ragione della domanda o per la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa non spesa) si limiterà ad accertare l'obbligo della p.a. di provvedere e in quello di annullamento (per le medesime ragioni) si limiterà ad annullare l'atto impugnato senza pronunciare alcuna condanna. Certo è che, anche in tali ipotesi, laddove il giudice nomini anticipatamente un commissario ad acta, l'esercizio del

Resta da capire dove si collochi la nuova linea di confine fra la giurisdizione di legittimità e quella di merito.

E' indiscusso che rimane sottratta al giudice della legittimità la cognizione su profili della fattispecie del potere che richiedono valutazioni discrezionali o tecniche riservate all'amministrazione. In questi casi, pertanto, egli dovrà limitarsi a pronunciare l'annullamento del provvedimento lesivo e, come vedremo fra poco, a stabilire le modalità di attuazione del giudicato in relazione ai motivi accolti, senza, però arrivare a definire il contenuto del provvedimento da emanare.

Più dubbia è, invece, l'ipotesi in cui l'accertamento della fondatezza della pretesa richieda indagini istruttorie su profili vincolati del potere che non sono state compiute dall'amministrazione nel corso del procedimento.

Non sembra, tuttavia, che l'accertamento processuale di determinati fatti possa considerarsi come esercizio da parte del giudice di poteri riservati all'amministrazione.

Il nuovo codice, infatti, ha completamente abbandonato l'idea che la conoscenza diretta della realtà costituisca una prerogativa riservata alla giurisdizione di merito³¹[31], ed ammette ora, anche nel giudizio di legittimità, l'esperimento di mezzi di prova, quali la c.t.u. o la prova testimoniale, che consentono al giudice di avere piena ed autonoma contezza delle circostanze rilevanti ai fini del decidere³²[32].

Laddove il giudizio non verta su valutazioni o apprezzamenti discrezionali, l'istruttoria processuale non si risolve, quindi, in una verifica sulla attendibilità e la coerenza degli accertamenti compiuti dalla p.a. nel procedimento amministrativo ma procede in totale autonomia rispetto alle acquisizioni procedurali (allorchè, ovviamente, queste siano poste in contestazione)³³[33].

potere amministrativo, pur non essendo riconducibile ad un'attività meramente esecutiva, viene posto preventivamente "sotto tutela" e, in caso di mancato adempimento, può essere immediatamente sostituito da un'attività sostanzialmente giurisdizionale (quale è quella del commissario) senza che a tal fine sia necessario ipotizzare la sussistenza di una giurisdizione di merito.

³¹[31] Sottolineano la coerenza di questa scelta del legislatore delegato con il principio del giusto processo sancito dall'art. 111 Cost. M. PROTTO e M. BELLAVISTA, *La giurisdizione in generale*, cit., p. 163.

³²[32] Anche i presupposti per l'attivazione dei poteri istruttori del giudice non sono ora correlati alla necessità di chiarire aspetti lacunosi o contraddittori dell'istruttoria procedimentale, così come prevedeva l'art. 44 del RD 1054 del 1924, ma alla necessità di dare prova dei fatti che sono oggetto delle domande o delle eccezioni (art. 64 comma 1 c.p.a.).

³³[33] Da tempo la giurisprudenza ammette che quando si tratta di accertare «fatti semplici» di cui può essere predicata la sussistenza o l'insussistenza in base ad parametri scientifici che conducono a conclusioni certe e non opinabili (altezze, pesi, misure, operazioni aritmetiche, etc.), il sindacato del g.a. è di tipo sostitutivo in quanto il giudice può procedere ad un nuovo accertamento del fatto contestato che prescinde e si sovrappone a quello compiuto dalla pubblica amministrazione nel procedimento amministrativo (Cons. Stato, VI, 7/11/2005 n. 6152 in *Foro Amm.*, CdS, 2005, 11, p. 3360).

Se così è, non sembra allora avere grande importanza il fatto che l'accertamento autonomo del fatto che il giudice può compiere riguardi circostanze già acquisite al procedimento, oppure elementi della realtà non preventivamente conosciuti dalla p.a.

Come si è già detto, infatti, in tali ipotesi il giudice amministrativo non si ingerisce in un'attività amministrativa futura ma accerta come il potere amministrativo (non speso o mal speso) *avrebbe dovuto* essere esercitato.

3) *Il potere di disporre misure attuative del giudicato.*

Oltre all'azione di condanna della p.a. all'adozione delle misure soddisfattive della posizione giuridica soggettiva dedotta in giudizio l'art. 34 del codice introduce alla lettera e) un altro inedito strumento di tutela, prevedendo che la sentenza che accoglie il ricorso possa contenere disposizioni idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato, fra cui anche la nomina differita di un commissario ad acta qualora la p.a. non ottemperi entro un certo termine.

Poiché tale potere non corrisponde ad alcuna delle azioni di cognizione tipizzate nel Capo II del titolo III, esso, secondo alcuni commentatori, si inquadrebbene nel paradigma dell'*azione esecutiva*.

Si è, quindi, ritenuto che, con la sola eccezione della nomina del commissario ad acta, le misure attuative del giudicato potrebbero essere disposte solo nell'ambito della sentenza che conclude il giudizio di ottemperanza³⁴[34]. Mentre altri hanno parlato di una anticipazione alla sede della cognizione di misure esecutive del giudicato tipiche del giudizio di ottemperanza³⁵[35].

Secondo una diversa impostazione, invece, le misure previste dall'art. 34 comma 1 lett. e) consentirebbero al giudice di esplicitare nel dispositivo gli effetti conformativi e ripristinatori propri della sentenza che conclude il giudizio³⁶[36]. Si tratterebbe, quindi, di strumenti di completamento della fase di cognizione più che di misure esecutive in senso proprio.

³⁴[34] A. STORTO, Commento all'art. 34 in *Codice del nuovo processo amministrativo*, a cura di F. CARINGELLA e M. PROTTO, Dike ed., p. 405.

³⁵[35] M. LIPARI, *Effettività della decisione fra cognizione ed ottemperanza* cit.

³⁶[36] M. RAMAJOLI, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2010, p. 590.

Tali incertezze rivelano la difficoltà di mettere a fuoco la natura e la morfologia di queste nuove tipologie di pronuncia che il codice inserisce nel catalogo dei rimedi messi a disposizione del g.a.

Se appare, tutto sommato, scontato che il disposto dell'art. 34 comma 1 lett. e) comporti lo spostamento di una fetta di attività giurisdizionale dal giudizio di ottemperanza a quello di cognizione³⁷[37], non è facile identificare con esattezza i confini di questo trasferimento di competenze.

Il giudice della ottemperanza compie, infatti, una serie di attività che possono essere di natura *cognitiva*, quando verifica se la p.a. ha dato esatta esecuzione al giudicato, *ordinatoria*, quando, ne stabilisce le modalità di esecuzione, o *sostitutiva*, quando, tramite il commissario ad acta o direttamente, adotta provvedimenti in luogo dell'amministrazione inadempiente.

L'attrazione al giudizio di cognizione sembra senz'altro riguardare le prime due tipologie di attività.

Ciò significa che la ricostruzione della *regula juris* che promana dal giudicato non deve più avvenire *a posteriori*, per il tramite della valutazione dell'operato della p.a. successivo alla sentenza di annullamento, ma può essere effettuata già in sede di cognizione³⁸[38]: il giudice può, quindi, trarre dalla applicazione della disciplina legale del potere alla fattispecie concreta non solo un giudizio di illegittimità del provvedimento impugnato ma anche una precisa modalità di comportamento che la p.a. avrebbe dovuto osservare³⁹[39].

L'accoglimento dei motivi di ricorso si carica, pertanto, di una *doppia valenza* in quanto se, da un lato, continua a costituire un elemento dell'iter logico necessario per pervenire alla pronuncia caducatoria (che a livello formale trova la sua sede nella

³⁷[37] Il disposto dell'art. 34 comma 1 lett. e) non pare, infatti, riferirsi al giudizio di ottemperanza che il codice, anche con riferimento alle misure adottabili, disciplina con apposite norme. Sembra, inoltre, difficile dissociare il potere di nomina del commissario ad acta (che la norma intesta espressamente al giudice della cognizione) da quello di dettare i criteri e modalità della esecuzione del giudicato, soprattutto ora che l'art. 21 del nuovo codice qualifica tale figura come ausiliario del giudice.

³⁸[38] Con riferimento agli effetti restitutori e ripristinatori del giudicato la soluzione indicata nel testo non costituisce una novità, in quanto, già prima della entrata in vigore del codice, la giurisprudenza riteneva che tali misure potessero essere contenute nella medesima sentenza che pronunciava l'annullamento a titolo di risarcimento in forma specifica. Che, invece, non si trattasse di forme risarcitorie è ben messo in luce da A. TRAVI, *Processo Amministrativo ed azioni di risarcimento del danno: il risarcimento in forma specifica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 04, 994. il quale osserva che la tutela ripristinatoria non presuppone necessariamente il realizzarsi di una fattispecie di illecito e non è, pertanto, subordinata al ricorrere del requisito generale della colpa, né di quelli specifici prefigurati dall'art. 2058 c.c. per il risarcimento in forma specifica. La distinzione fra tutele risarcitorie e tutele ripristinatorie assume notevole importanza pratica anche in relazione alla disciplina dettata dal c.p.a. in quanto solo per le prime vale il termine di 120 giorni previsto dai commi 3 e 5 dell'art. 30.

³⁹[39] La necessità che la pronuncia di merito si appropri dei quei contenuti cognitivi che, a causa della struttura impugnatoria del giudizio, sono refluiti nel giudizio di ottemperanza era stata messa in evidenza dalla dottrina anche prima dell'entrata in vigore del codice. Sul punto, L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003, soprattutto p. 208 e ss.

motivazione della sentenza), dall'altro, può ora dar luogo ad una diversa pronuncia di contenuto ordinatorio che entra a tutti gli effetti a far parte del dispositivo⁴⁰[40].

In molti casi, peraltro, una specificazione delle modalità di riesercizio del potere potrà apparire del tutto superflua, trattandosi di adempimenti semplici che emergono in modo sufficientemente chiaro e preciso dalla motivazione con cui il giudice ha accolto il motivo di ricorso⁴¹[41].

L'indicazione delle modalità di rinnovo potrà, invece, essere utile qualora l'attività amministrativa successiva alla sentenza presenti una certa complessità o, comunque, debba essere accompagnata da particolari cautele.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui venga annullata una prova di esame di Stato per mancata adozione di misure compensative nelle prove svolte da un alunno disabile. Qui, specie se nel giudizio si sia svolta un istruttoria in merito alla idoneità delle facilitazioni messe in opera dall'istituto scolastico, la pronuncia di accoglimento del ricorso può essere dotata di maggiore incisività qualora contenga una indicazione sufficientemente precisa degli ausili che devono essere messi a disposizione del candidato.

Le misure attuative del giudicato possono, inoltre, presentare utilità quando sono volte a preservare l'imparziale svolgimento di procedure di gara o di concorso che debbano essere ripetute: è questo il caso in cui la sentenza, una volta annullata la valutazione di una prova di concorso, disponga che la rinnovazione del giudizio sia effettuata da un'altra commissione⁴²[42].

⁴⁰[40] Con la conseguenza che il giudice non può dichiarare assorbito il motivo al quale sia correlata la richiesta di una specifica misura attuativa del giudicato in quanto, in tal caso, esso viene a formare oggetto di una domanda distinta (anche nel *petitum*) da quella di annullamento in relazione alla quale sussiste, senza dubbio, il dovere di pronuncia. Peraltro, non sembra necessario che sia il ricorrente ad indicare quale specifica misura attuative discenda dall'accoglimento di uno o più motivi di ricorso, ben potendo godere in proposito il giudice della cognizione della stessa libertà di movimento che ordinariamente si riconosce a quello dell'ottemperanza. La giurisprudenza usa, infatti, criteri elastici per individuare l'oggetto della domanda ritenendo che essa possa anche essere "tacitamente e virtualmente proposta" quando si trovi in un rapporto di connessione necessaria con l'oggetto della lite (Cons. Stato, IV, 22/10/2004 n. 6959).

⁴¹[41] Ad esempio, se viene accolta la censura relativa al mancato avviso di avvio del procedimento, o viene annullata l'esclusione di un offerta, il fatto che ciò comporti un rinnovo del procedimento in contraddittorio con l'interessato o tenendo conto dell'offerta illegittimamente esclusa, non richiede certo un apposita statuizione. Anche se, in questi casi la richiesta al giudice di disporre una specifica misura attuativa potrebbe avere l'effetto di imporre una pronuncia sul motivo, evitando così che il Collegio possa procedere ad un suo assorbimento improprio.

⁴²[42] In questi casi la natura dell'attività compiuta dal giudice non sembra, tuttavia, pienamente riconducibile alla cognizione, trattandosi di misure, che pur mantenendo il loro carattere strumentale, attengono a modalità organizzative dell'attività di rinnovo che hanno carattere strettamente esecutivo e sono paragonabili ai provvedimenti che, su istanza di parte può emettere il giudice della esecuzione ai sensi dell'art. 610 c.p.c.

Vi sono, poi, ipotesi – tratte dalla casistica giurisprudenziale⁴³[43] - in cui la misura attuativa non ha carattere meramente strumentale ma arriva a soddisfare direttamente l'interesse finale che sta alla base del ricorso. Ciò accade nei casi in cui, una volta risolta in senso favorevole al ricorrente la questione (di legittimità) posta alla base del ricorso, non residuino margini per una diversa soluzione, in quanto già in base al quadro fattuale emerso in sede di giudizio l'emanazione del provvedimento richiesto dal privato risulti un adempimento necessitato e senza alternative⁴⁴[44].

Non sembra, invece, che in sede di giudizio di cognizione le misure attuative del giudicato possano assumere carattere sostitutivo⁴⁵[45], ostandovi il disposto della

⁴³[43] Si tratta di fattispecie in cui appare di immediata evidenza che l'adozione del provvedimento richiesto non ha alternative senza che, a tal fine, sia necessario compiere particolari indagini istruttorie. Si pensi al caso in cui la p.a. abbia negato ad un dipendente pubblico un beneficio economico o giuridico in relazione ad una valutazione di demerito fondata *esclusivamente* su un presupposto fattuale che si rivela essere errato (una sanzione amministrativa mai irrogata o annullata), come ad esempio è accaduto nella decisione della IV Sezione del Consiglio di Stato n. 2789 del 30/05/2005. Ancora si veda il caso deciso da TAR Lombardia, Sez. III Milano, n. 55 del 14/01/2011. Qui si trattava di una procedura per l'ammissione ad un corso finalizzato all'assunzione di personale da parte dei Vigili del fuoco. Il ricorrente, che, nella graduatoria, era risultato il primo degli idonei non vincitori, a seguito della rinuncia di un candidato collocatosi in posizione superiore, aveva chiesto di essere ammesso al corso. L'Amministrazione, ritenendo erroneamente che la domanda fosse stata presentata per una sede diversa da quella per cui il concorso era stato bandito, l'aveva rigettata. Il TAR, appurato che la normativa di settore imponeva la copertura di tutti i posti disponibili, e chiarito l'errore in cui era incorsa l'Amministrazione, ha annullato l'atto di diniego e disposto che l'Amministrazione, in attuazione del giudicato, provvedesse alla ammissione al corso e poi (accogliendo un successivo ricorso per motivi aggiunti) alla ammissione in ruolo. Si veda ancora TAR Lombardia, Sez. III, Milano, n. 7721 del 28/12/2010. In questo caso l'amministrazione, erroneamente interpretando la disciplina sull'assunzione dei lavoratori stranieri, aveva ritenuto che le dimissioni rassegnate da una lavoratrice straniera dal rapporto di lavoro temporaneo instaurato come infermiera in relazione al quale il suo datore di lavoro aveva ricevuto il nulla osta prefettizio alla assunzione, comportasse la revoca del predetto nulla osta e il diniego del permesso di soggiorno chiesto dalla prestatrice di lavoro, senza tener conto che questa, aveva subito dopo instaurato un altro rapporto di lavoro per lo svolgimento della medesima attività. Accertata tale circostanza, e preso atto della particolare normativa di favore predisposta per gli stranieri esercenti la professione infermieristica, i quali, anche se inizialmente assunti a titolo temporaneo, possono successivamente permanere in Italia qualora continuino a svolgere la predetta professione per altro datore di lavoro, il TAR ha annullato il provvedimento di revoca e, in attuazione del giudicato, ha ordinato all'Amministrazione di P.S. di rilasciare alla lavoratrice straniera un nuovo permesso di soggiorno previa verifica che essa continui a regolarmente a svolgere la sua professione e della insussistenza di altre cause ostative previste dalla legge.

⁴⁴[44] In queste fattispecie le misure attuative del giudicato tendono a confondersi con l'azione di condanna soddisfatta prevista dall'art. 34 comma 1 lett. c) dalla quale si distinguono, tuttavia, per il fatto che l'ordine di emanazione del provvedimento favorevole non è il risultato dell'accertamento della fondatezza di una pretesa, ma costituisce semplicemente la proiezione delle conseguenze che derivano dall'accoglimento del ricorso: il giudice, cioè, non accerta egli stesso la sussistenza di tutte le circostanze ed i presupposti per il favorevole esercizio del potere, ma si limita a risolvere le specifiche questioni che stanno alla base dei motivi di ricorso prendendo atto, per i restanti aspetti, che gli accertamenti già compiuti le determinazioni già adottate dall'amministrazione non ostano al rilascio del provvedimento richiesto. C'è da chiedersi tuttavia, quale sia il grado di cogenza per la p.a. di ordini di questo tipo. E cioè se essa, rispetto alle circostanze che non hanno formato oggetto di diretto accertamento giudiziale, conservi un potere di riesame nella fase di rinnovo o, successivamente, attraverso l'esercizio del potere di autotutela. In passato ciò si è reputato ammissibile in quanto nel giudizio amministrativo non opererebbe il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto ed il deducibile (TAR Lombardia, III, 23/02/2010 n. 429). Nell'assetto attuale del processo amministrativo gli oneri processuali che gravano sulla parte pubblica sembrerebbero, tuttavia, essere più intensi, essendo stato introdotto il principio di disponibilità delle prove e, soprattutto, l'onere di contestazione che vale anche per la p.a. (art. 64 comma 2 c.p.a.). E' ancora presto, però, per stabilire se tali novità potranno comportare un rafforzamento della stabilità del giudicato.

⁴⁵[45] Questa è, invece, la tesi sostenuta da M. LIPARI, op. cit.

lettera d) dell'art. 34 comma 1 del c.p.a. che riserva alla giurisdizione di merito la possibilità di riformare, adottare o modificare gli atti della p.a.

La nomina differita del commissario ad acta segna, quindi, il limite massimo dell'estensione del giudizio di cognizione: il sindacato sulla conformità dell'operato del commissario al contenuto precettivo della sentenza ricade, quindi, nell'ambito del giudizio di ottemperanza⁴⁶[46].

⁴⁶[46] In tal senso, A. TRAVI, *Lezioni cit.*, p. 372.