



Università degli Studi di Cagliari

DOTTORATO DI RICERCA

Diritto dell'attività amministrativa informatizzata
e della comunicazione pubblica

Ciclo XXVI

**Dall'azione di annullamento all'azione di adempimento:
il codice del processo amministrativo.**

Settore scientifico disciplinare di afferenza:

IUS/10 – Diritto amministrativo

Presentata da: Dott. Gianluca Pasquale Pierre Filigheddu

Coordinatore Dottorato Prof. Avv. Felice Ancora

Tutor/Relatore Prof. Avv. Enrico Follieri

Esame finale anno accademico 2012 – 2013

INDICE

	<i>pag.</i>
Introduzione	4

Capitolo primo

La trasformazione del processo amministrativo di legittimità da giudizio oggettivo di annullamento a giudizio soggettivo incentrato sulla situazione giuridica del ricorrente.

1. La legge abolitrice del contenzioso amministrativo.	7
2. L'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato.	10
3. Dallo Stato monoclasse allo Stato pluriclasse. L'interesse legittimo quale situazione sostanziale.	14
4. Forme di tutela dell'interesse legittimo quale posizione sostanziale, con particolare riferimento all'interesse legittimo pretensivo. Elaborazione della teoria dell'effetto conformativo. Interesse della dottrina per la <i>Verpflichtungsklage</i> .	19
5. Estensione delle forme di tutela dell'interesse legittimo ad opera del Consiglio di Stato e del Legislatore.	22
6. Il codice del processo amministrativo. Cenni sulle azioni e sul dibattito incentrato sull'ammissibilità dell'azione di adempimento.	27

Capitolo secondo

L'esperienza francese della subiettivizzazione del *recours pour excès de pouvoir*. L'informatizzazione del processo amministrativo francese.

1. Cenni comparativi. L'esperienza francese.	31
2. Criteri di classificazione e tipologie di ricorsi giurisdizionali amministrativi.	32
3. La nozione di eccesso di potere e la genesi	

del <i>recours pour excès de pouvoir</i> .	36
4. Evoluzione del <i>recours pour excès de pouvoir</i> .	
Analisi dei tipi di sindacato ammessi.	39
5. Lo stato dell'arte del <i>recours pour excès de pouvoir</i> .	41
6. Poteri del giudice in caso di accoglimento e di rigetto del ricorso.	45
7. La riforma del 1995 e l'attribuzione al giudice del potere di pronunciare <i>injonctions</i> .	50
8. L'informatizzazione del processo amministrativo francese.	55
9. Considerazioni finali.	58

Capitolo terzo

L'azione di adempimento nel codice del processo amministrativo.

1. L'azione di condanna e di adempimento nel codice del processo amministrativo. Fondamento e presupposti generali.	61
2. La struttura dell'azione di adempimento: contestualità con altra azione. Rapporti con l'art. 34 secondo comma c.p.a..	67
3. I limiti interni all'esercizio dell'azione di adempimento. La correlazione fissata dal legislatore tra adempimento e fondatezza della pretesa. Attività vincolata e dimostrazione in giudizio dell'assenza di discrezionalità residua.	73
4. Gli adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.	78
5. Una lettura evolutiva dei mezzi di prova e dell'attività istruttoria come previsti nel c.p.a.. La possibilità per il giudice di provocare l'esercizio della discrezionalità non esercitata.	81
6. L'informatizzazione del processo amministrativo quale strumento di tutela.	86
 Bibliografia	 94

INTRODUZIONE

Il codice del processo amministrativo rappresenta l'ultima tappa della lunga e costante evoluzione che ha interessato la giustizia amministrativa nel corso del ventesimo secolo.

Il presente lavoro si propone dunque innanzitutto di ricostruire in chiave storica il percorso di trasformazione del giudizio amministrativo di legittimità, istituito per apprestare una tutela degli “*affari*” indicati nell'art. 4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, e progressivamente orientato verso una piena tutela delle posizioni giuridiche vantate dai cittadini nei confronti della pubblica amministrazione.

L'opera ricostruisce la trasformazione dell'interesse legittimo, da mera figura di legittimazione processuale a situazione giuridica sostanziale, che ha portato seco la necessità di ampliare il catalogo delle azioni esperibili nell'ambito della giurisdizione di legittimità.

Vengono quindi analizzate le esigenze che, sin dagli anni '60, avevano portato la dottrina italiana a sollecitare l'introduzione di una azione di adempimento, sulla falsariga della *Verpflichtungsklage* tedesca, nella consapevolezza dei limiti di una struttura processuale formalmente incentrata sulla sola azione di annullamento, insufficiente a garantire una adeguata protezione dell'interesse legittimo pretensivo.

Il lavoro si sofferma poi, in chiave comparatistica, sull'evoluzione che ha interessato il *recours pour excès de pouvoir* nell'esperienza francese. Lo studio evidenzia come le soluzioni adottate nel sistema di giustizia amministrativa d'oltralpe siano di particolare interesse per l'interprete italiano, date le profonde analogie esistenti tra i due ordinamenti. In particolare, viene analizzata l'evoluzione in senso soggettivo del *recours pour excès de pouvoir*, che ha determinato un progressivo ampliamento dell'ambito della cognizione del giudice e dei suoi poteri decisorii, oggi non più limitati all'annullamento dell'atto illegittimo.

Il lavoro si focalizza infine sull'entrata in vigore del decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104, recante il codice del processo amministrativo, ed in particolare sulla portata degli artt. 30 e 34 c.p.a., disposizioni queste che hanno finalmente recepito le istanze di una piena tutela dell'interesse legittimo, non più costretto negli angusti confini di una tutela meramente caducatoria ed ormai beneficiario di un complesso di strumenti processuali idonei a garantirne una piena protezione.

Il primo capitolo è quindi dedicato alla nascita del processo amministrativo "moderno", con l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, e si sofferma sulle modifiche costituzionali e legislative che, accompagnate dall'incessante opera "creativa" della giurisprudenza amministrativa, hanno contribuito alla presa di coscienza della necessità di introdurre in via positiva strumenti processuali ulteriori e diversi dall'azione di annullamento e, quindi, su tutti, l'azione di condanna dell'amministrazione al rilascio del provvedimento omesso o denegato.

Il secondo capitolo reca uno studio in ottica comparata del processo amministrativo francese, i cui esiti testimoniano come l'esigenza di fornire adeguata tutela e protezione alle situazioni soggettive, coinvolte nell'ambito del *recours pour excès de pouvoir*, abbia spinto il legislatore transalpino ad introdurre, nel 1995, l'istituto delle *injonctions*, sotto diversi aspetti assimilabile all'azione di adempimento. Una particolare attenzione è rivolta anche alle misure recentemente introdotte in tema di informatizzazione della giustizia amministrativa francese, nella consapevolezza che queste possano fornire un importante contributo alla semplificazione e modernizzazione del processo.

Il terzo ed ultimo capitolo è dedicato invece alla elaborazione di alcune riflessioni critiche e propositive, incentrate sulle disposizioni del codice del processo amministrativo, relative all'azione di condanna, volte a massimizzare l'utilità dell'azione di adempimento, che di questa costituisce *species*.

Viene all'uopo proposta una interpretazione della disciplina processuale, orientata verso il pieno rispetto delle posizioni giuridiche coinvolte nel giudizio amministrativo ed il raggiungimento dell'effettività della tutela giurisdizionale

nei confronti della pubblica amministrazione, al fine di giungere, all'esito del giudizio di legittimità, ad una pronuncia definitiva sulla spettanza del bene della vita sotteso all'interesse legittimo.

La parte conclusiva del capitolo è consacrata infine ad una analisi delle disposizioni del codice relative alla informatizzazione del processo, intesa come misura organizzativa necessaria per assicurare una ragionevole durata del processo e rendere più *giusta* (art. 6 CEDU e 111 Cost.) la giurisdizione amministrativa. Si vedrà quindi come, sotto questo profilo, il codice non corrisponda però alle aspirazioni del legislatore delegante, e rappresenti piuttosto una occasione mancata.

CAPITOLO PRIMO

La trasformazione del processo amministrativo di legittimità da giudizio oggettivo di annullamento a giudizio soggettivo incentrato sulla situazione giuridica del ricorrente.

SOMMARIO: 1. La legge abolitrice del contenzioso amministrativo. - 2. L'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato. - 3. Dallo Stato monoclasse allo Stato pluriclasse. L'interesse legittimo quale situazione sostanziale. - 4. Forme di tutela dell'interesse legittimo quale posizione sostanziale, con particolare riferimento all'interesse legittimo pretensivo. Elaborazione della teoria dell'effetto conformativo. Interesse della dottrina per la *Verpflichtungsklage*. - 5. Estensione delle forme di tutela dell'interesse legittimo ad opera del Consiglio di Stato e del legislatore. - 6. Il codice del processo amministrativo. Cenni sulle azioni e sul dibattito incentrato sull'ammissibilità dell'azione di adempimento.

1. La legge abolitrice del contenzioso amministrativo.

Il processo amministrativo di legittimità nasce come giudizio di impugnazione, volto all'annullamento di atti e provvedimenti dell'autorità amministrativa ¹.

¹ La bibliografia sul punto è vastissima: si può fare riferimento ai seguenti lavori, che danno conto della genesi e della struttura originaria del processo amministrativo: ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 1958, p. 184 - 185; GIANNINI M.S. – PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 234 e ss.; CAIANIELLO V., *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, 1979, p. 89; GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, p. 70; CAIANIELLO V., *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Foro Amm.*, 1980, p. 851 e ss.; BENVENUTI F., *Processo amministrativo – Ragioni e struttura*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 458 e ss.; CLARICH M., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Diritto Processuale amministrativo*, 3/2005, p. 557 e ss.; DOMENICHELLI V., *Le azioni nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo* 1/2006, p. 1 e ss.; LUBRANO E., *Le azioni a tutela degli interessi pretensivi nel nuovo processo*

La legge abolitrice del contenzioso amministrativo preunitario (legge 20 marzo 1865 n. 2248, allegato E) aveva affidato all'autorità giudiziaria ordinaria la tutela dei “*diritti civili o politici*”, attribuendo invece alle autorità amministrative la cognizione e la tutela dei cosiddetti altri “*affari*”.

Al giudice ordinario era tuttavia comunque precluso il potere di annullare, revocare o modificare l'atto amministrativo non conforme alla legge che avesse leso un diritto civile o politico (art. 5 allegato E l. 2248/1865)².

Il modo in cui questa tutela veniva erogata era dunque fortemente condizionato dal rispetto del principio della separazione dei poteri: l'unica forma di “*intervento*” sull'atto era rappresentata dal potere di disapplicazione³.

Il sistema lasciava comunque privi di tutela giurisdizionale gli “*affari*”⁴ indicati nell'art. 4, che avrebbero potuto trovare una protezione soltanto nell'ambito della stessa amministrazione attiva, per il tramite dei rimedi descritti nell'art. 3 della legge abolitrice del contenzioso.

Il quadro era completato da un indirizzo giurisprudenziale (seguito sia dal Consiglio di Stato, quale organo risolutore dei conflitti di attribuzione tra giurisdizione e amministrazione sino al 1877, che dai giudici ordinari) estremamente rispettoso delle prerogative dell'amministrazione.

In virtù di detto indirizzo, il giudice ordinario veniva ritenuto carente di giurisdizione, pressoché in tutti i casi in cui fosse stato emanato un provvedimento amministrativo, ancorché illegittimo, e questo anche quando la situazione soggettiva vantata dal ricorrente fosse consistita originariamente in un diritto (civile o politico).

amministrativo, Roma, 2012, p. 15; FOLLIERI E., *La tipologia delle azioni proponibili*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di SCOCA F.G., Torino, 2013, p. 173 e ss..

² Secondo ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, II, cit., p. 37, il divieto era “.....ritenuto necessario per evitare il pericolo che il sistema della giurisdizione unica si risolvesse in una continua ingerenza dei tribunali ordinari negli affari amministrativi”.

³ GOTTI P., *La legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, nella giurisprudenza del giudice ordinario*, in *Le riforme crispine*, II, Milano, 1990, p. 44.

⁴ Di seguito identificati negli interessi legittimi. Si veda su tutti RANELLETTI O., *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, 1892, p. 80.

In sostanza, secondo detto indirizzo, nei casi in cui vi fosse stato un provvedimento, anche non legittimo, non vi sarebbe stato (più) diritto civile o politico, con sostanziale equiparazione degli effetti prodotti da un atto illegittimo rispetto ad uno legittimo ⁵. L'atto rimaneva infatti illegittimo, ma la sua intervenuta adozione era comunque idonea a trasformare il diritto in interesse.

Le ragioni di questo atteggiamento (fin troppo prudente) della giurisprudenza sono state rinvenute ⁶ nel recepimento pretorio di diverse teoriche, tutte accomunate dal rilievo centrale attribuito al provvedimento amministrativo quale espressione imperativa del potere pubblico servente l'interesse pubblico, di cui sarebbe stata unica depositaria l'amministrazione.

L'ideologia imperante attribuiva infatti un ruolo ontologicamente e pregiudizialmente sovraordinato alla pubblica amministrazione nei confronti della controparte privata, e tale ideologia si rifletteva nell'interpretazione del dato normativo, invero alquanto scarno.

Si vedrà nel prosieguo come siffatta "predominanza istituzionale" non sia oggi più tollerabile (o comunque vada drasticamente ridimensionata), in ragione delle profonde e radicali trasformazioni che hanno interessato l'ordinamento nazionale (peraltro affiancato oggi da diversi ordinamenti sovranazionali) ⁷, trasformazioni che comportano necessariamente l'abbandono di ogni teorica che non abbia saldo fondamento nell'attuale dato positivo.

⁵ FOLLIERI E., *Risarcimento dei danni per lesione degli interessi legittimi*, Chieti, 1984, p. 112.

⁶ Per una compiuta ricostruzione si veda GIANNINI M.S. – PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria*, cit., p. 239 e 278 e ss.; cfr. anche SCOCA F.G., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, p. 12.

⁷ La necessità di rimeditare i rapporti processuali tra privato ed amministrazione alla luce dei mutamenti sociali, politici ed istituzionali verificatisi nell'arco del '900 è stata messa in luce da quegli autori che si sono preoccupati di studiare gli strumenti di tutela dei destinatari dell'esercizio di situazioni potestative pubbliche; per tutti si vedano le considerazioni di SASSANI B., *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989, p. 23. Sul punto si veda anche ROSSI G., *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria – Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Torino, 2011, p. 51, il quale individua tre fasi nell'evoluzione del diritto amministrativo moderno, inteso quale processo e strumento di giuridicizzazione del potere, valorizzando l'idea del potere quale servizio.

2. *L'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato.*

Quello appena tratteggiato è, in linea estremamente sintetica, il quadro della tutela giurisdizionale e amministrativa al momento dell'entrata in vigore della "legge Crispi" (legge 31 marzo 1889, n. 5992, trasfusa nel testo unico sul consiglio di Stato con il R.D. 2 giugno 1889, n. 6166), istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato ⁸.

Secondo l'opinione corrente, tramite la "legge Crispi" il parlamento intervenne per colmare le lacune della normativa del 1865, al limitato fine di completare (e non modificare o riformare) il sistema vigente, mantenendo in vita il dualismo diritto – affare/interesse ed il sistema di tutela amministrativa apprestato per questi ultimi ⁹.

Il Legislatore del 1889 si preoccupò quindi di apprestare una tutela più efficace agli "affari – interessi", che ne erano rimasti privi in seguito all'entrata in vigore della legge abolitrice del contenzioso ¹⁰.

⁸ Sull'argomento PAOLANTONIO N., *L'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, Milano, 1991, nonché gli autori del volume *Le riforme crispine*, cit., *passim*.

Nel contesto di riforma si inquadra anche l'istituzione delle Giunte Provinciali Amministrative e l'attribuzione alle stesse, con le leggi n. 5865/1889 e 6837/1890, della competenza a decidere sull'impugnativa degli atti amministrativi degli enti locali, nonché su altre controversie coinvolgenti tali enti, con successivo appello al Consiglio di Stato. Anche per le Giunte Provinciali si prospettò la questione della natura delle loro funzioni, amministrativa o giurisdizionale, risolta nel 1907 in favore della seconda delle ipotesi. Si veda in proposito VERRIENTI L. - TRAVI A., *Giunta Provinciale Amministrativa*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, VII, Torino, 1991 p. 301 e ss..

⁹ ALLEGRETTI U., *Introduzione*, in *Le riforme crispine*, cit., p. 23.

¹⁰ Nella relazione al progetto di legge si affermava che la finalità della legge era quella di dare tutela agli interessi sacrificati dalla legge 20 marzo 1865, all. E: "La legge 20 marzo 1865, allegato E, [...] se per una parte fu l'applicazione del principio di libertà, segnò per l'altra un vero regresso, in quanto che lasciò al solo apprezzamento dell'autorità amministrativa interessi che prima avevano un giudice": il passo della relazione è riportato da BARBAGALLO G. *La Giustizia amministrativa, sistemi monisti e dualisti a confronto. La giurisdizione del Consiglio di Stato dalle origini al 1923, nel Regno di Sardegna e nel Regno d'Italia*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2006.

La scarsa attenzione per questi interessi, richiedenti per la loro soddisfazione l'intermediazione del potere pubblico, e la volontà di non stravolgere i risultati della riforma del 1865, impedì tuttavia che si addivenisse all'istituzione di un nuovo giudice, speciale, deputato a somministrare una tutela giurisdizionale.

Si negava addirittura che gli “*affari*” di competenza dell'autorità amministrativa coinvolgessero pretese sostanziali meritevoli di tutela giurisdizionale: qualora in tale ambito il privato fosse insorto per denunciare la mancata applicazione del diritto obiettivo, egli nell'occasione non avrebbe fatto altro che erigersi a difensore della legalità nell'amministrazione¹¹.

Si preferì allora piuttosto rafforzare la tutela amministrativa originariamente prevista dall'art. 3 della legge abolitrice del contenzioso, affidando alla istituenda IV sezione del Consiglio di Stato, innestata in seno ad un organo amministrativo, la decisione dei “*ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici...*”¹².

Non fu conseguentemente avvertita l'esigenza di attribuire al Consiglio di Stato una serie di poteri di cognizione e di decisione idonei a tutelare adeguatamente e compiutamente la posizione del cittadino nel contesto di tali “*affari*”, proprio perché detta posizione non veniva apprezzata in quanto tale.

Già all'epoca vi era infatti chi aveva ben compreso il crescente ruolo dello Stato nel controllo delle dinamiche sociali ed economiche: è d'obbligo il riferimento a SPAVENTA S., *Giustizia nell'Amministrazione*, Roma, 1880.

¹¹ Per tutti, inizialmente, SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi (con speciale riferimento alla situazione italiana)*, Torino, 1904, p. 758; GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, p. 43 e ss.; per una ricostruzione dei vari orientamenti si veda ora PROTTO M. e BELLAVISTA M., *La giurisdizione in generale*, in *Il nuovo processo amministrativo - commentario sistematico diretto da Roberto Caranta*, Bologna, 2011, p. 113 e ss. Una simile visione fu causa ed effetto delle varie teorie che descrivevano l'interesse legittimo come figura meramente processuale, quale situazione solo occasionalmente protetta, quale interesse alla legittimità dell'azione amministrativa. Si veda, per una sintesi delle varie elaborazioni a riguardo, LUBRANO F., *Le azioni*, cit., p. 11.

¹² Art. 3 l. 5992/1889.

Fu previsto quindi un limitato accesso al “fatto” da parte del Consiglio di Stato, sostanzialmente ridotto all’esame degli atti e dei documenti, al fine di stabilire se il fatto fosse diverso da quello in concreto tenuto in considerazione dall’autorità amministrativa, con esclusione di qualsiasi giudizio o apprezzamento di valore ¹³; non furono disciplinate positivamente azioni di condanna e di accertamento.

Peraltro, il sistema disegnato dal legislatore finì per attribuire efficacemente, ad un organo diverso dal giudice ordinario ¹⁴, il potere di annullare i provvedimenti che avessero leso quei diritti civili o politici ¹⁵, ritenuti - a torto o a ragione - non tutelabili dal giudice ordinario.

Il potere che si attribuiva al Consiglio di Stato di annullare gli atti amministrativi, ben poteva essere ritenuto sufficiente a tutelare non solo gli affari/interessi, ma anche quelli che erano (o erano stati originariamente, prima dell’adozione del provvedimento) “diritti civili” o “politici”: l’annullamento avrebbe eliminato il provvedimento che li avesse lesi e avrebbe consentito loro di “rivivere”.

¹³ FOLLIERI E., *Le riforme crispine*, cit., p. 467. E ciò, a dire il vero, accadeva anche perché il ricorso al Consiglio di Stato presupponeva il previo esperimento dei ricorsi amministrativi, sicché vi era comunque un precedente livello di indagine dei fatti, filtrati e recepiti nell’atto; al contempo, l’azione di annullamento non fu inizialmente considerata come costitutiva, nel senso di cui all’art. 2908 c.c. (posto che l’elaborazione della teoria delle azioni costitutive era di là da venire), ma piuttosto quale rimedio cassatorio, sulla falsariga del giudizio di cassazione, incentrato sul diritto e non sul fatto. Per queste acute considerazioni si veda GRECO G., *L’accertamento autonomo*, cit., p. 87.

¹⁴ Inizialmente, si dubitò pure della natura giurisdizionale dell’attività della IV sezione, sul presupposto, implicito ma ben saldo, che l’amministrazione non potesse essere sottoposta ad un simile “trattamento” da parte di un organo giurisdizionale; si riteneva che quindi si trattasse, in sostanza, di un’attività amministrativa, generatrice di decisioni inidonee a costituire cosa giudicata. Si veda FOLLIERI E., *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981, p. 13, nonché CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, p. 24. Solo con il T.U. del 1907 fu affermata *apertis verbis* la natura giurisdizionale della IV sezione; individua nell’entrata in vigore del T.U. il momento conclusivo della genesi del sistema di giustizia amministrativa, rimasto di seguito sostanzialmente immutato sino all’entrata in vigore del codice del processo ANGELETTI A., *Le origini del sistema di giustizia amministrativa*, in *Il nuovo processo amministrativo- commentario sistematico diretto da Roberto Caranta*, Bologna, 2011, p. 50.

¹⁵ Su tutti, il diritto di proprietà, fondamento dello stato borghese liberale e monoclasse: cfr. GIANNINI M.S., *Il pubblico potere – Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1984 p. 45 e ss..

Quantomeno sino al caso *Laurens*¹⁶ infatti, il titolare di un diritto civile e politico inciso da un atto amministrativo poteva beneficiare di una doppia tutela; sulla base del criterio del *petitum*, avrebbe potuto rivolgersi al Consiglio di Stato per ottenere l'annullamento dell'atto impugnato, ed al giudice ordinario per ottenere tutela risarcitoria¹⁷.

In definitiva, l'ordinamento era in grado di fornire una tutela (apparentemente¹⁸) adeguata alle situazioni giuridiche odiernamente definibili in termini di diritto soggettivo, ovvero di interesse legittimo oppositivo; mentre - a prescindere dalla loro scarsa "considerazione" giuridica - risultavano non adeguatamente tutelati i cosiddetti interessi legittimi pretensivi, poiché l'annullamento del provvedimento illegittimo, pur idoneo ad eliminare il provvedimento che ne avesse negato il soddisfacimento, non avrebbe comunque assicurato l'appagamento della pretesa sostanziale sottostante¹⁹.

¹⁶ Cass. Civ., Sez. Un., 24 giugno 1891, in *Foro it.*, 1891, I, 961.

¹⁷ Senza che ciò alterasse eccessivamente la struttura del contenzioso: la natura amministrativa delle decisioni del Consiglio di Stato recava con sé l'inidoneità di queste a passare in giudicato e quindi impediva che interferissero con le pronunce del giudice ordinario; si veda sul punto FOLLIERI E., *La legge 31 marzo 1889, n. 5992, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine*, cit., p. 453 e ss.

¹⁸ Apparentemente, poiché, secondo l'opinione tradizionale, fondata sulla teoria della *inesauribilità del potere*, l'annullamento dell'atto illegittimo non esclude che l'amministrazione possa reiterare un atto di segno analogo a quello caducato (modificativo/ablativo di una posizione già consolidata in capo al ricorrente o ostativo alla soddisfazione di una pretesa di questi), finanche fondato su fatti già esistenti e non originariamente valorizzati dalla parte pubblica; il tema delle azioni esperibili nel processo amministrativo è quindi intimamente connesso con l'individuazione dell'oggetto del processo e dell'ampiezza del giudicato.

Invero, la *causa petendi* dell'azione di annullamento è stata da sempre fatta coincidere con i motivi di ricorso, collegati a singoli vizi, il che ha comportato una ridotta cognizione del giudice, limitata per l'appunto agli aspetti del potere esplicitati nell'atto e riconosciuti affetti da vizi. Nel corso del presente lavoro occorrerà verificare se la trasformazione dell'interesse legittimo in una posizione giuridica sostanziale abbia comportato, da un lato, la necessità di ripensare i limiti del *potere* e, dall'altro lato, la possibilità di ritenere ampliato l'oggetto del processo, anche attraverso l'aumento qualitativo e non solo quantitativo del tipo di azioni esperibili. La questione, qui appena accennata, verrà trattata diffusamente *infra*; per un primo riferimento si veda SASSANI B., *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, cit., Padova, 1989.

¹⁹ La definizione di interesse legittimo attualmente condivisa da buona parte della dottrina e dalla giurisprudenza è quella affinata da NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, p. 93; secondo l'illustre autore l'interesse legittimo consiste nella "...posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad una utilità oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio

3. *Dallo stato monoclasse allo stato pluriclasse. L'interesse legittimo quale situazione sostanziale.*

Col tempo tuttavia, le conseguenze negative in termini di utilità ed effettività della tutela derivanti dalla carenza di poteri cognitori e decisorii in capo al giudice amministrativo sono divenute insostenibili.

L'insostenibilità si è manifestata in concomitanza ed è dipesa soprattutto dalla trasformazione dello stato liberale in stato sociale pluriclasse²⁰, e dal conseguente ruolo assunto dall'amministrazione in termini di prestatrice di servizi in favore della collettività.

Il ruolo centrale progressivamente assunto dall'individuo, singolo ed organizzato in formazioni sociali²¹, ha determinato l'emersione di innumerevoli bisogni che, per essere soddisfatti, presupponevano una organizzazione costituzionale ed amministrativa sempre più complessa, in grado di rispondere

del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità". Sulla insufficienza del processo di annullamento ai fini di una efficace tutela giurisdizionale degli interessi legittimi si veda FOLLIERI E., *Risarcimento*, cit., p. 138.

²⁰ Ancora cfr. GIANNINI M.S., *Il pubblico potere* cit., p. 69 e ss.. Si veda anche CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, cit., p. 14: "...dall'epoca in cui vennero gettate le basi del nostro sistema di giustizia amministrativa...è cambiato in alcuni aspetti essenziali il modo di essere della pubblica amministrazione. In questa sede è sufficiente porre in luce due fenomeni che danno il senso del mutamento: la crescita degli interessi legittimi di tipo pretensivo e la generalizzazione dei moduli procedurali di azione amministrativa. Il primo fenomeno si è manifestato in conseguenza del passaggio dallo Stato liberale classico allo Stato sociale interventista (o del benessere). Il campo di intervento della pubblica amministrazione, com'è noto, si è progressivamente esteso. Accanto alla tradizionale *Eingiffsverwaltung* - cioè all'amministrazione che impone obblighi e vincoli al privato, sottrae beni, comprime, in definitiva, la sfera giuridica del cittadino -, ha assunto una crescente importanza la *Leistungsverwaltung* - cioè l'amministrazione che mette a disposizione dei privati beni o altre utilità, eroga servizi, amplia, in definitiva, la sfera giuridica del cittadino -...Il secondo fenomeno è una conseguenza di molteplici fattori. Anzitutto, il carattere complesso assunto dall'organizzazione amministrativa (anche per effetto del decentramento amministrativo) con il moltiplicarsi dei centri di decisione preposti alla cura di interessi pubblici diversificati, ha reso necessaria l'adozione di strumenti di coordinamento, tra cui spicca per importanza il procedimento amministrativo. In secondo luogo, allo sviluppo dei modelli procedurali ha contribuito l'estendersi della *Planenverwaltung* - cioè della pubblica amministrazione che pianifica, programma nel contempo l'attività propria e quella dei privati -)."; sul punto anche ROSSI G., *Potere amministrativo*, cit., p. 55.

²¹ Sul tema, cfr. SPASIANO M.R., *Interessi pubblici e soggettività emergenti. Organismi non lucrativi di utilità sociale*, Napoli, 1996, p. 9 e ss..

positivamente alla domanda di benessere, attraverso attività concrete di contemperamento di interessi.

Siffatte modificazioni del quadro sociale sono state recepite con forza programmatica e precettiva nella costituzione repubblicana del 1948, la quale ha inteso tutelare l'individuo sotto diversi aspetti personali e relazionali, riconoscendo conseguentemente l'esistenza di (e comunque dando nuova linfa alle) correlate situazioni giuridiche sostanziali, anche diverse dai diritti soggettivi assoluti, sino ad allora assunti a paradigma delle situazioni giuridiche protette dall'ordinamento²².

Le trasformazioni in esame hanno anche portato all'affermazione di importanti principi in tema di organizzazione (art. 97 cost.) e ad una progressiva procedimentalizzazione dell'attività amministrativa²³, che ha consentito la concreta emersione degli interessi del cittadino, previamente ma solo astrattamente selezionati dalla legge e, soprattutto, ancora più a monte, a livello costituzionale.

²² Emblematico è stato il conseguente riconoscimento da parte della Corte di Cassazione della risarcibilità dei diritti di credito. Ci si riferisce alla storica sentenza delle Sezioni Unite n. 174 del 26 gennaio 1971, in *Foro It.*, 1971, I, 342, resa sul noto caso del calciatore del Torino Luigi Meroni. In dottrina, sulla questione della risarcibilità delle situazioni giuridiche diverse dai diritti assoluti, si era in precedenza limpidamente ed innovativamente espresso, in chiave solidaristica, RODOTA' S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, *passim* e soprattutto p. 96 e ss.. Per quanto concerne la risarcibilità degli interessi legittimi il riferimento va ovviamente alla storica sentenza n. 500/99, in *Foro it.*, 1999, I, 2487 e 3201; in dottrina, sulla risarcibilità degli interessi legittimi si veda FOLLIERI E., *Risarcimento*, cit., *passim*.

²³ In generale, sul procedimento GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 261 ss; BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, p. 118 ss; il dibattito si è poi evoluto ed è maturato attraverso l'adozione di una legge generale sul procedimento amministrativo: in proposito si veda NIGRO M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. proc. civ.*, 1980, p. 252 ss., ora in Id., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, p. 1435 ss.; NIGRO M., *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, VII, p. 5-24; ALLEGRETTI U., *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Diritto amministrativo*, 2007, p. 779 s.s.; CHITI E. *La dimensione funzionale del procedimento in Aa. Vv., Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Milano, 2008, p. 211 ss.; BUFFONI L., *Il rango costituzionale del "giusto procedimento" e l'archetipo del "processo"*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 277 ss..

Specularmente al loro riconoscimento sostanziale, la carta costituzionale ha riconosciuto ed affermato la necessità di una tutela processuale di questi interessi e situazioni, sia tra i privati che nei confronti della pubblica amministrazione.

Per quanto riguarda in particolare i rapporti con la pubblica amministrazione, vengono in rilievo gli artt. 24, 100, 103, 111, 113²⁴.

Dall'analisi di dette disposizioni si evince come la Costituzione abbia inteso affermare la natura sostanziale (e non già meramente processuale) degli interessi legittimi e quindi anche la natura tendenzialmente soggettiva della giurisdizione amministrativa²⁵, assicurando a detti interessi una tutela giurisdizionale non meno piena ed effettiva di quella relativa ai diritti soggettivi²⁶.

²⁴ BACHELET. V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione Italiana*, Milano, 1966, *passim*; più recentemente, PAJNO A., *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. Proc. amm.*, 1994, p. 458; ABBAMONTE G., *Completezza ed effettività della tutela giudiziaria secondo gli artt. 3, 24, 103 e 113 della Costituzione*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996, p. 39; CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione Amministrativa e costituzione*, in *Giur. Cost.*, 2004, p. 3031 e *Diritto europeo e diritto interno nel sistema di tutela giurisdizionale delle controversie di diritto pubblico (intorno al principio di effettività)*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1/2010, p. 197 e ss..

In seguito alla riforma dell'art. 118 Cost., vi è chi ha attribuito un ruolo fondamentale, nel mutamento dei rapporti tra cittadino ed amministrazione, anche al principio di sussidiarietà orizzontale, nel senso che la possibilità attribuita ai cittadini di perseguire direttamente l'interesse generale avrebbe eliminato una delle ragioni (il monopolio nel perseguimento dell'interesse pubblico) che hanno storicamente consentito di collocare l'amministrazione in posizione di supremazia e superiorità nei confronti dei cittadini: ARENA G., *Cittadini attivi – Un altro modo di pensare l'Italia*, Roma - Bari, 2006, p. 5 e ss.

²⁵ BACHELET V., *La giustizia*, cit., p. 17 e 27; GRECO G. *L'accertamento*, cit., p. 95; CAIANIELLO V., *Lineamenti*, cit., p. 93; FOLLIERI E., *La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. Proc. amm.* 4/2001, p. 911 e ss..

²⁶ In tal senso in dottrina già BACHELET V., *La giustizia*, cit, p. 18: "Si dovrebbe anzi dire che la lettera della costituzione nella ripetuta formulazione degli articoli 24 e 113 (confermata anche dall'art. 103) tende piuttosto ad accentuare la equiparazione degli interessi legittimi ai diritti soggettivi, almeno quanto alla loro tutelabilità in sede giurisdizionale, presentandoli quasi come gradazioni diverse di situazioni soggettive di vantaggio tutelate entrambe nel prevalente interesse dei loro titolari."

Si veda oggi CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (Dalla costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 2, p. 436 e ss.; LONGOBARDI N., *Itinerari della Giurisdizione Amministrativa*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, 2-3/13, p. 687 e ss..

Infine, un ruolo fondamentale nelle trasformazioni del diritto (e quindi del processo) amministrativo è da attribuirsi all'impatto del diritto comunitario sulla legislazione nazionale ²⁷.

Come è noto, il diritto comunitario si preoccupa di dettare una minima disciplina uniforme a fatti e situazioni che coinvolgano i valori direttamente espressi e tutelati dalle proprie carte fondative, senza che abbia particolare rilevanza la qualificazione delle varie situazioni giuridiche soggettive secondo i singoli ordinamenti nazionali. Si può osservare allora come il diritto comunitario abbia contribuito alla trasformazione del diritto e del processo amministrativo, nel senso sopra indicato, soprattutto attraverso l'affermazione della risarcibilità dei danni patiti dai singoli in materia di appalti (singoli quindi titolari di situazioni giuridiche ricondotte dall'ordinamento italiano nel novero degli interessi legittimi) ²⁸; affermazione che ha contribuito a spingere la

Corte cost. 6 luglio 2004 n. 204 ha finalmente esplicitato che "il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. L'attribuzione di tale potere non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato (sub 3), ma anche, e soprattutto, essa affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri; e certamente il superamento della regola (avvenuto, peraltro, sovente in via pretoria nelle ipotesi olim di giurisdizione esclusiva), che imponeva, ottenuta tutela davanti al giudice amministrativo, di adire il giudice ordinario, con i relativi gradi di giudizio, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento del danno (regola alla quale era ispirato anche l'art. 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, che pure era di derivazione comunitaria), costituisce null'altro che attuazione del precetto di cui all'art. 24 Cost.". Per un commento alla decisione si vedano, *ex multis*, VILLATA R., *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 832 e ss.; CLARICH M., *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte Costituzionale 5 luglio 2004 n. 204*, in www.giustizia.amministrativa.it., 2004.

²⁷ CHITI P.M., *Diritto amministrativo Europeo*, Milano, 2011, p. 559 e ss.; LUBRANO E. *Le azioni*., cit., p. 25; PICOZZA E., *L'effettività della tutela e l'impatto del diritto comunitario sul processo amministrativo*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2-3/2013, p. 797 e ss..

²⁸ Il riferimento va alla prima direttiva ricorsi n. 665 del 1989 in materia di appalti pubblici e alla giurisprudenza della Corte di giustizia che, a partire dalla sentenza Francovich (19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90), ha affermato il principio della responsabilità dello Stato per danni causati dai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili. Il principio

giurisprudenza ed il legislatore a riconoscere all'interesse legittimo una natura "sostanziale", meritevole di ristoro economico in caso di lesione.

trova il suo fondamento anche nell'obbligo di leale collaborazione di cui all'art. 5 del Trattato istitutivo (ora art. 4, par. 3, del TUE), in forza del quale gli stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi ad essi derivanti dal diritto comunitario e, quindi, ad eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario.

L'influenza del diritto comunitario è evidente nella sentenza n. 500/99 delle SS.UU. della Corte di Cassazione, la quale tuttavia giunge ad affermare la risarcibilità degli interessi legittimi non attraverso la generale estensione del principio comunitario, quanto, piuttosto e soprattutto, attraverso un percorso argomentativo fondato sulle mutazioni del dato legislativo e su di una lettura dell'art. 2043 c.c. in chiave riparatoria e non sanzionatoria, nel solco dell'orientamento inaugurato nel 1971 con riferimento ai diritti di credito: "Concorrono altresì a giustificare un ripensamento della soluzione negativa i vari interventi di segno contrario all'affermato principio dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi che si rinvengono nella recente legislazione. Va anzitutto ricordato il riconoscimento, sotto la spinta dell'ordinamento comunitario, dell'azione di risarcimento (davanti al giudice ordinario previo annullamento dell'atto ad opera del giudice amministrativo) ai soggetti che abbiano subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture (art. 13 della legge n. 142 del 1990, di recepimento della direttiva comunitaria n. 665/89, la cui disciplina è stata successivamente estesa agli appalti di servizi ed ai c.d. settori esclusi; la disposizione è stata peraltro abrogata dall'art. 35, comma 5, del d.lgs. n. 80 del 1998). Sul rilievo che il diritto comunitario non conosce la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi e che nella suindicata materia il privato (secondo il nostro ordinamento) è titolare di posizioni di interesse legittimo, si è sostenuto che la menzionata normativa avrebbe introdotto nel nostro ordinamento una ipotesi di risarcibilità di interessi legittimi, e si è suggerito di riconoscerle forza espansiva ultrasettoriale, così conformando l'ordinamento interno a quello comunitario (il cui primato è ormai incontrovertito) ed evitando disparità di trattamento, nell'ordinamento interno, nell'ambito della generale figura dell'interesse legittimo. Il suggerimento non è stato tuttavia accolto da questa S.C., che ha ritenuto di attribuire alla suindicata normativa carattere eccezionale, traendone conferma del principio, costantemente affermato, della irrisarcibilità, non suscettivo di essere posto in discussione da una norma dettata con riferimento ad uno specifico settore (sent. n. 2667/93; n. 3732/94; n. 10800/94).".

Invero, è ancora controversa l'esistenza di una forza espansiva (c.d. *spill over*) dei principi del diritto europeo nelle fattispecie non (direttamente) rilevanti per detto diritto. Si veda in senso favorevole MORBIDELLI G., *Corte Costituzionale e Corti Europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo)*, in *Dir. Proc. amm.*, 2006, p. 311; in termini dubitativi si esprime CIVITARESE MATTEUCCI S., *Attività amministrativa e principi dell'ordinamento comunitario*, in *Giur. It.*, 7/2012, p. 1678 e ss..

Ad ogni modo, il legislatore si è infine deciso a riconoscere la generale risarcibilità dei danni derivanti da lesione degli interessi legittimi (e ad attribuire il potere di erogare tale forma di tutela al giudice amministrativo) con la l. 205/2000, così riformulando il primo periodo del terzo comma dell'articolo 7 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 "Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali"; oggi il riferimento va all'art. 7 del codice del processo amministrativo.

In questo contesto, assumono un rilievo preponderante anche le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, che hanno progressivamente ricondotto alla nozione di *civil right and obligation* di cui all'art. 6 della CEDU anche posizioni soggettive che, nel nostro ordinamento, assumono la qualifica di interesse legittimo²⁹. Ciò è avvenuto attraverso la valorizzazione del contenuto patrimoniale dell'interesse legittimo, il che implica necessariamente il riconoscimento del suo contenuto sostanziale, meritevole di tutela in quanto tale

30

4. Forme di tutela dell'interesse legittimo quale posizione sostanziale, con particolare riferimento all'interesse legittimo pretensivo. Elaborazione della teoria dell'effetto conformativo. Interesse della dottrina per la Verpflichtungsklage.

E' evidente che, in un quadro di questo genere, l'originaria attribuzione al giudice amministrativo del solo potere di annullamento degli atti amministrativi non fosse più in grado di assicurare sul piano processuale una piena ed effettiva tutela delle posizioni come riconosciute a livello sostanziale.

L'azione di annullamento è infatti in grado di fornire una prima tutela alle posizioni di interesse legittimo oppositivo; nei confronti dell'interesse legittimo pretensivo invece l'annullamento dell'atto è una misura del tutto

²⁹ L'orientamento è stato inaugurato da Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 5 ottobre 2000, *Menitto c. Italia*, in *Giur. It.*, 2001, 1335.

³⁰ Per queste considerazioni si veda MIRATE S., *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007, p. 411 e ss.. L'amplificazione delle garanzie del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione si è avuta anche mediante la riconduzione, operata dalla Corte Europea, delle sanzioni amministrative pecuniarie nel novero delle pene disciplinate dall'art. 6 CEDU, con conseguente estensione delle garanzie previste dalla Convenzione già in fase procedimentale e, comunque e necessariamente *ex post*, in fase processuale. Si veda in proposito; ALLENA M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; ID., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2/2012 p. 569 e ss.; GOISIS F., *Un'analisi critica delle tutele procedimentali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della Pubblica Amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3/2013, p. 669 e ss..

insoddisfacente, poiché, in tali casi, l'interesse vantato dal privato non è integralmente soddisfatto, se non con la positiva adozione del provvedimento rifiutato ³¹. L'annullamento del provvedimento negativo infatti elimina dal mondo giuridico il provvedimento che ha dato una sistemazione degli interessi non favorevole al privato, ma non attribuisce direttamente ed immediatamente l'utilità sperata ³².

L'esigenza di assicurare la tutela effettiva dell'interesse legittimo si è quindi, inizialmente, estrinsecata in due forme.

De iure condito ed in termini generali, si è assistito alla crescente attenzione da parte della dottrina all'ampiezza della cognizione del giudice amministrativo, attraverso la valorizzazione della funzione di accertamento (propria di ogni processo, anche di quelli incentrati sulle azioni costitutive, e quindi) presente anche nell'ambito della sua giurisdizione; il che ha portato all'elaborazione dei concetti di effetto preclusivo e conformativo del giudicato di annullamento ³³.

E' stato tuttavia rilevato ³⁴, in senso critico, come l'ampiezza del vincolo conformativo sarebbe comunque direttamente proporzionale alla ricorrenza, nel caso concreto, di particolari condizioni favorevoli: innanzitutto, l'intervenuta adozione di un provvedimento negativo espresso; in secondo luogo, la deduzione da parte del ricorrente della violazione da parte dell'autorità amministrativa di norme sostanziali, e non solo formali/strumentali, sì da consentire al Giudice uno scrutinio prossimo all'utilità perseguita dall'interesse legittimo pretensivo; in terzo luogo, la valutazione dal parte del giudice di tutti i motivi di ricorso, con

³¹ FOLLIERI E., *Risarcimento*, cit., p. 107.

³² In questo senso già LEDDA F., *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, p. 267.

³³ PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano 1962; GRECO G., *L'accertamento*, cit., *passim*; ABBAMONTE G. *Sentenze d'accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Studi in onore di M.S. Giannini*, I, Milano, 1988; SASSANI B., *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, cit., ; SASSANI B., *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, Milano, 1998; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 313.

³⁴ FOLLIERI E., *Risarcimento*, cit., p. 126 e ss..

abbandono della tecnica dell'assorbimento dei motivi; in quarto luogo, la presenza nella fattispecie di un basso tasso di discrezionalità.

De iure condendo, la consapevolezza della rarità ed aleatorietà della compresenza di tali elementi nel caso concreto, ha portato dunque la dottrina ad evidenziare fin dagli anni '60, con particolare riferimento all'interesse legittimo pretensivo, la necessità di introdurre in via generale ed espressa un'azione, definita di adempimento³⁵, che consentisse al giudice amministrativo di condannare l'amministrazione al rilascio di un provvedimento amministrativo rifiutato od omissivo, richiamandosi alla *Verpflichtungsklage*, prevista negli artt. 42 e 113 della *Verwaltungsgerichtsordnung*³⁶.

L'interesse della dottrina per la *Verpflichtungsklage* si spiega agevolmente con il rilievo che tale azione, per come strutturata dal legislatore tedesco, porta il giudice ad accertare non solo e non tanto l'illegittimità del provvedimento negativo o del silenzio serbato dall'amministrazione, quanto piuttosto a verificare direttamente se sussista l'obbligo dell'Autorità di emanare il provvedimento amministrativo richiesto, e, specularmente, se esista il "diritto" del ricorrente ad ottenerne il rilascio³⁷.

Il *petitum* mediato e la *causa petendi* di tale azione sono infatti rappresentati dalla utilità cui ambisce il ricorrente, incarnata nel provvedimento richiesto, e dalle ragioni che ne giustificano l'adozione; il *petitum* immediato consiste nella domanda di accertamento della sussistenza di tutti gli elementi necessari per l'adozione dell'atto e di condanna al rilascio dello stesso³⁸.

³⁵ Utilizza tale terminologia il LA VALLE F., in *Azione d'impugnazione e azione d'adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, in *Jus*, 1965, p. 151 e ss.

³⁶ NIGRO M., *Linee necessarie di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, originariamente in *Riv. Dir. Proc.*, 1978, ora in "La riforma del processo amministrativo", Milano 1980, p. 118 - 119; MERUSI F., *Verso un'azione di adempimento?*, in *Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979, p. 331; MERUSI F. - SANVITI G., *L'ingiustizia amministrativa in Italia: per la riforma del processo amministrativo*, Bologna 1986, p. 16 e ss.; CLARICH M., *Tipicità delle azioni*, cit., p. 565. L'esigenza di esercitare la giurisdizione nei confronti dell'amministrazione attraverso ordini e precetti positivi era stata già avvertita, agli albori, da CAMMEO F., nel *Commentario delle leggi sulla Giustizia Amministrativa*, Milano, s.d., p. 407.

³⁷ MASUCCI A., *La legge tedesca sul processo amministrativo*, Milano, 1991, p. 23.

³⁸ FOLLIERI E., *Risarcimento*, cit., p. 142.

L'ampiezza dell'accertamento compiuto dal giudice tedesco dipende però dal verificarsi di una condizione essenziale: che la "causa" sia "matura per la decisione" ³⁹. E la causa è matura per la decisione quando l'affare risulti adeguatamente istruito, nel senso che siano già stati accertati tutti i presupposti la cui esistenza implica l'adozione del provvedimento ⁴⁰. Il punto critico del sistema è rappresentato dai dubbi della dottrina e della giurisprudenza in ordine alla possibilità per il giudice di utilizzare i propri poteri istruttori inquisitori al fine di portare a maturazione la questione ⁴¹. E' agevolmente intuibile il rischio che, accettando tale ipotesi, il giudice possa concorrere in qualche modo ad amministrare, esercitando funzioni che la legge riserva all'amministrazione.

Come si vedrà nel prossimo capitolo, simile rischio si è presentato anche nell'ordinamento francese, laddove ha rappresentato storicamente un ostacolo all'introduzione del potere del giudice amministrativo di condannare l'amministrazione ad un *facere*, e costituisce oggi l'aspetto probabilmente più controverso della c.d. azione di adempimento, come disciplinata dal legislatore italiano nel codice del processo amministrativo.

5. Estensione delle forme di tutela dell'interesse legittimo ad opera del Consiglio di Stato e del legislatore.

Si deve a questo punto rilevare come, dal canto suo, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, nell'inerzia del legislatore, abbia sintetizzato e metabolizzato queste due linee di tendenza sommariamente descritte sopra, dandosi carico di trovare gli spazi per tutelare l'interesse legittimo (soprattutto quello pretensivo) quale interesse sostanziale; ciò è avvenuto sia attraverso la estensione dell'esperibilità del giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice

³⁹ MASUCCI A., *La legge tedesca*, cit., p. 43;

⁴⁰ CLARICH M., *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, p. 82.

⁴¹ Si veda in proposito A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, p. 97, anche per gli ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

amministrativo⁴², sia attraverso l'estensione della tutela cautelare degli interessi legittimi (legislativamente limitata, quantomeno sino al 2000, alla sospensione degli effetti dell'atto impugnato), attraverso il riconoscimento della sua atipicità e quindi della sua idoneità ad assumere forme anche propulsive⁴³.

Un discorso particolare ha poi riguardato l'inerzia della pubblica amministrazione⁴⁴. La giurisprudenza, spinta da autorevole dottrina⁴⁵, ha infatti

⁴² Fin dalla risalente decisione della IV sezione del 9 marzo 1928 n. 181, in *Foro It.*, 1928, III, cc. 101 ss., con la quale il Consiglio di Stato ha affermato che la norma dell'art. 27 n. 4 T.U. Cons. St. dovesse applicarsi anche ai casi di inosservanza da parte della P.A. dell'obbligo di conformarsi ai propri giudicati. Pare opportuno riportare un passo fondamentale della pronuncia, che testimonia la crescente considerazione dell'interesse legittimo quale situazione sostanziale: "La sezione, dopo attento esame delle opposte tesi in argomento sì delicato, stima di dover aderire a quella che riconosce l'anzidetta potestà dell'autorità giurisdizionale amministrativa. Si concede che la concreta esecuzione del giudicato amministrativo spetta in proprio ed esclusivamente all'amministrazione, così come negli ordinamenti processuali civili il procedimento di cognizione e di dichiarazione di un diritto è compiutamente distinto dal procedimento di esecuzione nel quale si riconosce la presenza di un'attività meramente esecutiva dello Stato. Si concede altresì che la preminente potestà degli organi della gerarchia amministrativa è quella di annullamento di atti amministrativi non conformi alla legge; ma sempre sta fermo il principio che logico inscindibile contenuto della pronuncia di annullamento di un atto amministrativo è la pronuncia dichiarativa della lesione da parte dell'amministrazione di un interesse del privato giuridicamente protetto, pertanto dell'obbligo dell'amministrazione alla restaurazione di esso". A sua volta la Corte di Cassazione, fin dalla rinascita dello stato democratico, già nell'anno 1953, con una fondamentale pronuncia a sezioni unite, la n. 2157/1953, in *Foro It.*, 1953, I pp. 1081 e ss., estensore Torrente, si dichiarò concorde con la giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato che si era pronunciata per l'estensione del giudizio di ottemperanza al giudicato amministrativo: "Non pare che con l'annullamento dell'atto e per effetto della natura costitutiva della decisione pronunciata dal Consiglio di Stato in sede di legittimità, l'ordine giuridico venga senz'altro a restaurarsi. Le relazioni giuridiche non costituiscono una realtà fenomenica, gli effetti dell'attività giuridica non si producono materialmente come le conseguenze dei fenomeni fisici o chimici. Il mutamento che la sentenza costituiva opera resta una realtà spirituale, una qualificazione della situazione giuridica, alla quale è possibile non si adeguino i soggetti. Astenendosi dal compiere l'ulteriore attività che costituisce il logico corollario del mutamento medesimo. Se la cosa o il prezzo non sono restituiti o l'amministrazione si rifiuta di riprendere in servizio l'impiegato, è evidente la necessità di ulteriori comandi giurisdizionali che, sostituendosi eventualmente all'inerzia del soggetto, integrino nei suoi effetti la pronuncia...".

⁴³ Ci si riferisce alle note decisioni dell'Adunanza Plenaria nn. 17/1982 e 1/2000, che si innestano nel più generale solco tracciato da Corte cost. nn. 284/1974 e 227/1975.

⁴⁴ Per una ricostruzione dell'evoluzione del giudizio sul silenzio si veda GUCCIONE G. *Il ricorso avverso il silenzio – inadempimento dell'amministrazione: breve ricostruzione storica dell'istituto ed applicazioni giurisprudenziali del rito ex art. 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, p. 1085 ss.

⁴⁵ SCOCA F.G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971.

progressivamente trasformato il giudizio avverso il c.d. silenzio ⁴⁶ da fittizio processo di impugnazione di un provvedimento inesistente ⁴⁷, a giudizio di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo di provvedere ⁴⁸, e, successivamente, di accertamento della spettanza del bene sotteso al provvedimento omesso, quantomeno nelle ipotesi di attività vincolata ⁴⁹.

Un deciso rafforzamento degli strumenti di tutela si è avuto poi con l'affermarsi di un autorevole orientamento giurisprudenziale, favorevole al

⁴⁶ Ci si riferisce ovviamente alle ipotesi di silenzio non significativo, e cioè alle ipotesi in cui l'inerzia dell'amministrazione non assuma già un significato legalmente tipico, in termini di assenso o rigetto dell'istanza. Per una classificazione delle differenti tipologie si veda PARISIO V., *I silenzi della pubblica amministrazione La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996, p. 67 e ss..

⁴⁷ Per tale orientamento si veda la risalente Cons. Stato, sez. IV, 22 agosto 1902 n. 429, in *Giur. it.*, 1902, III, 1, 343 ss.

⁴⁸ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 8 del 1960, in *Foro It.*, 1961, III, pag. 42.

⁴⁹ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 10 del 1978, in *Cons. St.*, 1978, I, pag. 335 e ss.; Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 1997, n. 169, in *Cons. St.*, 1997, I, p. 225; Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 1999, n.1446; Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2000, n.3526; Un brusco *revirement* si è avuto tuttavia con Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 1/2002. Siffatta evoluzione ha comunque come presupposto la natura sostanziale dell'interesse legittimo, posto che implica il riconoscimento dell'insufficienza di una mera declaratoria di illegittimità del silenzio (e quindi della doverosità del provvedere) quale forma di tutela del cittadino, il quale ambisce a vedere riconosciuta la spettanza del bene sotteso al provvedimento, e non certo a vedere meramente dichiarata e censurata l'inerzia dell'amministrazione. Come aveva già autorevolmente rilevato GRECO G., *L'accertamento*, cit., pag. 23 "...anche sotto un profilo teorico l'azione (ricorso) per l'accertamento dell'antigiuridicità dell'inerzia e dell'obbligo di provvedere appare di assai dubbia ammissibilità. Occorre considerare che, anche a voler riconoscere la più ampia latitudine alle azioni di accertamento, è tuttavia sempre necessario che tale accertamento abbia ad oggetto posizioni giuridiche materiali o sostanziali (interesse ad un bene della vita, riconosciuto dall'ordinamento): l'accertamento può vertere, infatti, sull'esistenza, inesistenza o modalità di un rapporto giuridico, ma non - salvo casi eccezionali previsti espressamente dalla legge - sulla qualità di meri fatti giuridici".

Discorso analogo è quindi da farsi per il caso di impugnazione di un provvedimento espresso, sia esso ampliativo o ablativo, poiché l'amministrato non ha alcun interesse a che si "accerti" la mera illegittimità del provvedimento; il cittadino agisce in giudizio perché gli venga riconosciuto il provvedimento (o, meglio, il bene della vita soddisfabile tramite il provvedimento) o perché cessi una volta per tutte la pretesa pubblica a restringere la sua sfera giuridica (un discorso a parte può probabilmente farsi per il caso in cui il cittadino si opponga ad un provvedimento ablativo; in tali casi il privato potrebbe avere interesse all'annullamento dell'atto anche solo per un motivo formale; come si vedrà, l'ordinamento - art. 21 *octies* l. 241/90 - oggi non tutela più un siffatto interesse, nel momento in cui fa sì che il processo, più che alla definizione della singola controversia, tenda alla definizione sostanziale e finale delle posizioni dei soggetti del procedimento e del processo: il che conferma come il giudizio amministrativo si sia trasformato in giudizio sul rapporto, a vantaggio del privato ma anche della parte pubblica).

superamento del tradizionale principio della tipicità delle azioni nel processo amministrativo ⁵⁰.

In questo inarrestabile processo di trasformazione della tutela dinanzi al giudice amministrativo, il legislatore, come è sovente accaduto nella storia della giustizia amministrativa ⁵¹, ha per lo più positivizzato le linee di tendenza già emerse in dottrina e giurisprudenza.

Si è quindi assistito alla introduzione e disciplina in via legislativa:

- del giudizio di ottemperanza anche nei confronti delle sentenze giudice amministrativo ⁵²;
- della tutela cautelare atipica ⁵³;
- della consulenza tecnica d'ufficio in sede di giurisdizione di legittimità ⁵⁴,
- dell'istituto dei motivi aggiunti da proporsi avverso provvedimenti diversi da quello originariamente impugnati con l'atto introduttivo del giudizio ⁵⁵;

⁵⁰ Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 febbraio 2009, n. 717; per un commento alla sentenza CLARICH M. e SANCHINI ROSSI M., *Verso il tramonto delle azioni nel processo amministrativo*, in *NelDiritto*, 2009, n. 3, p. 446 e ss..

⁵¹ La funzione legislativa dei giudici amministrativi è stata a suo tempo autorevolmente evidenziata da GIANNINI M.S., nel *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1963, p. 536.

⁵² Inizialmente previsto unicamente per le sentenze passate in giudicato: così art. 27 l. 1034/1971, istitutiva dei TT.AA.RR.; con la l. 205/2000 l'esperibilità del giudizio di ottemperanza è stata estesa anche alle sentenze di primo grado non sospese ed alle ordinanze cautelari.

⁵³ Art. 3 l. 205/2000.

⁵⁴ Art. 16 l. 205/2000. Lo strumento della consulenza tecnica avrebbe dovuto consentire al Giudice Amministrativo di accedere maggiormente al "fatto" e di penetrare all'interno dell'ambito della discrezionalità tecnica. Sennonché la giurisprudenza maggioritaria non ha saputo o voluto cogliere a fondo le opportunità offerte dalla disposizione, schierandosi su posizioni restrittive: si veda ad esempio Consiglio di Stato sez. IV, 26 gennaio 2007, n. 318, in *Foro amm.* CDS 2007, 1, I, 106; Consiglio di Stato sez. VI, 12 maggio 2004, n. 3003, in *Riv. giur. edilizia* 2004, I, 2041; Consiglio di Stato sez. VI, 1 settembre 2000, n. 4658 in *Dir. proc. amm.* 2001, 534. Sull'estensione del potere del g.a. in ordine alla discrezionalità e al c.d. merito dell'attività della P.A. si veda PUBUSA A., *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1994, p. 412 e 415.

⁵⁵ Art. 1 l. 205/2000: "Tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso stesso, sono impugnati mediante proposizione di motivi aggiunti". L'innovazione è stata intesa quale sintomo dell'ampliamento dell'oggetto del

- della risarcibilità dell'interesse legittimo, anche nella forma della reintegrazione in forma specifica ⁵⁶;
- della tutela nei confronti del silenzio-inadempimento” ⁵⁷;

Una innovazione invece propria del legislatore è la modifica della legge n. 241/90, ad opera della l. 15/2005. Ci si riferisce in particolare all'introduzione degli artt. 10 *bis*, 21 *quinquies*, 21 *octies* ⁵⁸, 21 *nonies*; come si vedrà *infra*, l'intervento legislativo ha trasformato la relazione tra privato ed amministrazione in senso sostanzialistico, e, al contempo, ha dato notevole rilievo all'*affidamento* del cittadino nei confronti dell'amministrazione, configurando questo come situazione limitativa del potere pubblico ⁵⁹.

processo, non più identificato con il singolo provvedimento impugnato; la concentrazione delle impugnazioni in un unico processo, resa possibile dalla proposizione dei motivi aggiunti, estenderebbe infatti il sindacato giudiziale all'intera operazione amministrativa; in questi termini si esprime CHIEPPA R., *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, p. 234. In realtà, si deve rilevare come un giudizio veramente imperniato sulla pretesa sostanziale del ricorrente non richiederebbe la necessità di impugnare i provvedimenti sopravvenuti tra le stesse parti, potendo a tal fine essere sufficiente l'impugnazione del primo provvedimento “presupposto”, non ponendosi problemi di tutelare i terzi controinteressati, in quanto già parti in causa. In questa prospettiva, i motivi aggiunti non sembrano essere un sintomo decisivo della trasformazione, pur avvenuta, dell'interesse legittimo e quindi dell'oggetto del processo, evincibile piuttosto da altre innovazioni sostanziali e processuali.

⁵⁶ A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 7 della l. 205/2000 una parte della dottrina aveva ritenuto di poter intravedere nella reintegrazione in forma specifica una sorta di azione di adempimento; per tutti si veda TRIMARCHI BANFI F., *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000. In realtà, come rilevato da Cons. Stato, sezione VI, n. 3338 del 18 giugno 2002, la reintegrazione in forma specifica presuppone una lesione e costituisce la reazione alla stessa, mentre l'adempimento è rimedio volto ad attuare una situazione soggettiva quando essa non si sia ancora realizzata. In dottrina ha sottolineato la differenza tra r.f.s. e azione di adempimento TRAVI A., in *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. Amm.* 2001, p. 8 e ss..

⁵⁷ Con l'introduzione dell'art. 21 *bis* nel corpo della legge n. 1034/1971.

⁵⁸ Buona parte della dottrina, con riferimento all'art. 21 *octies*, non ha accolto favorevolmente la novella legislativa, sospettando una violazione dell'art. 113 Cost.. In tal senso FOLLIERI E., *L'annullabilità dell'atto amministrativo in Urb. e App.*, 2005, p. 25 e ss.; ID., *Il deficit di democrazia nella legislazione, amministrazione e giurisdizione*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2-3/13, p. 505 e ss. ed in particolare p. 514; GALETTA D.U., *Notazioni critiche sul nuovo art. 21-octies della legge n. 241/90*, in *Giustizia Amministrativa*, 2005/2, p. 1 e ss.; PUBUSA A., *La legge 241 novellata: autonomie e ipotesi ricostruttive*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2007, p. 571.

⁵⁹ Nel prosieguo del lavoro si tenterà di spiegare come, e perché, siffatte disposizioni abbiano prodotto una prima crepa nel concetto di inesauribilità del potere, con effetti rilevanti sulle possibilità e modalità di tutela dell'interesse legittimo, consentendo una lettura espansiva dei

6. Il codice del processo amministrativo. Cenni sulle azioni e sul dibattito incentrato sull'ammissibilità dell'azione di adempimento.

Ultimo punto di arrivo del percorso di trasformazione della giustizia amministrativa è rappresentato dall'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, allegato A del decreto legislativo n. 104/2010 ⁶⁰.

Invero, la maturata concezione dell'interesse legittimo quale situazione giuridica sostanziale, abbinabile a forme di tutela ulteriori e più pregnanti rispetto alla mera previsione dell'azione di annullamento, è percepibile già nei principi e criteri direttivi determinati dal parlamento nella relativa legge di delega n. 69/2009.

Tra questi spiccano quelli in virtù dei quali sarebbe stato necessario (art. 44 comma secondo "...b) disciplinare le azioni e le funzioni del giudice:... 4) prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa.").

Orbene, già l'utilizzo di una siffatta terminologia (soddisfare, pretesa) appare sintomatico ⁶¹ della volontà del legislatore di superare la tradizionale

limiti di ammissibilità dell'azione di adempimento come introdotta dal codice del processo amministrativo.

⁶⁰ In generale, sul codice del processo amministrativo, senza pretesa di completezza, si vedano: GALLO C.E., *Il Codice del processo amministrativo: una prima lettura*, in *Urbanistica e appalti*, 9/2010, p. 1030 e ss.; PAJNO A., *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, p. 119; ID., *Il Codice del processo amministrativo fra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9, 2010; CHIEPPA R., *Il codice del processo amministrativo*, cit.; SANDULLI M.A., *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*, in *Foro Amministrativo T.A.R.*, 5/2010; PICOZZA E. (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2010.

⁶¹ Significativa sul punto la relazione introduttiva generale di accompagnamento al codice: "L'esigenza sostanziale discende sia dall'evoluzione normativa che dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, che hanno condotto al riconosciuto [così nella relazione] al giudice amministrativo dei medesimi strumenti di tutela di cui dispone il giudice ordinario. In particolare, dopo il riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo (ad opera della Cassazione, Sez. Un., n. 500 del 1999) e i successivi interventi normativi e della Corte costituzionale, è emerso con chiarezza il mutamento sostanziale dell'interesse legittimo, la cui tutela esige uno strumentario non dissimile da quello previsto per i diritti soggettivi. Sicché le norme, formalmente vigenti, ancora legate in prevalenza ad una struttura processuale di tipo

concezione del processo amministrativo quale giudizio sulla legittimità del provvedimento impugnato ⁶², per addivenire ad un giudizio incentrato sulla possibilità di soddisfare, per l'appunto, la pretesa del ricorrente (ovviamente, per quanto e per come tutelabile, secondo la legge e gli elementi di fatto esistenti ed emersi nel caso concreto) ⁶³.

In attuazione della delega, il codice ha quindi disciplinato, nella sua versione originaria, le azioni ammissibili nel processo amministrativo e, correlativamente, i tipi ed i contenuti delle pronunce del Giudice ⁶⁴.

Nondimeno, la disciplina delle azioni prevista negli artt. 29 e ss. del codice è risultata significativamente “snellita” rispetto al testo che era stato licenziato dall'apposita commissione ⁶⁵, ove, accanto alle azioni di annullamento, avverso il silenzio e di condanna, erano espressamente contemplate tanto una generale azione di accertamento quanto quella di c.d. “esatto adempimento”.

Nella versione definitiva del codice è infatti scomparsa la previsione esplicita presente nella bozza (art. 42), in virtù della quale il ricorrente avrebbe potuto “...chiedere la condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento richiesto o denegato. Le parti allegano in giudizio tutti gli elementi utili ai fini dell'accertamento della fondatezza della pretesa ai sensi

impugnatorio, necessitavano di un adeguamento alla mutata struttura processuale estesa a un più ampio ambito di azioni e mezzi di tutela.”.

⁶² Per la tesi tradizionale si veda per tutti ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, cit., pag. 198.

⁶³ Per la tesi che individua nel rapporto l'oggetto del processo amministrativo si vedano PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit., *passim*; GIANNINI M.S. e PIRAS A. *Giurisdizione Amministrativa*, cit., p. 255 e ss.; PAJNO A., *Il codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al libro I*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2011, p. 104 ss..

⁶⁴ Sulla intima correlazione tra contenuto dell'azione e contenuto della sentenza si veda FOLLIERI E., *La tipologia delle azioni proponibili*, cit., p. 181.

⁶⁵ L'art. 44 della legge n. 69/2009 aveva infatti previsto la possibilità che una bozza del Codice fosse predisposta dal Consiglio di Stato, mediante una Commissione tecnica di Consiglieri di Stato, integrata da Magistrati dei Tribunali Amministrativi Regionali, esperti esterni, avvocati del libero foro e avvocati dello Stato; e così in effetti è avvenuto.

dell'art. 47, comma 2. *L'azione è proposta contestualmente a quella di annullamento o avverso il silenzio entro i termini previsti per tali azioni*"⁶⁶.

La dottrina e la giurisprudenza si sono quindi interrogate sulla possibilità di fondare l'esistenza dell'azione di adempimento, essenzialmente sulla base di due percorsi argomentativi.

Da un lato, l'ammissibilità dell'azione in esame è stata teorizzata sulla base del principio dell'atipicità delle azioni, ritenuto vigente anche nel processo amministrativo pure a seguito dell'entrata in vigore del codice⁶⁷: sennonché, è stato rilevato come una simile posizione avrebbe potuto essere difficilmente sostenuta, dopo che il codice aveva espressamente disciplinato sia le azioni esperibili, sia le pronunce adottabili dal giudice⁶⁸.

Dall'altro lato, la base per l'azione di adempimento è sembrata quindi rinvenibile nel primo comma dell'art. 30 del codice (che, stante il suo ampio tenore letterale, avrebbe lasciato spazi liberi per un'azione di condanna atipica)⁶⁹, da leggersi in combinazione con l'art. 34, primo comma, lett. c), secondo cui il giudice, tra le pronunce che è legittimato ad adottare nel merito, può condannare "*all'adozione di misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*"; misure idonee costituite, per l'appunto, anche dal rilascio del provvedimento richiesto dal ricorrente⁷⁰.

⁶⁶ La mancata previsione nel codice di siffatta disposizione e l'affermazione del principio della tipicità delle azioni ha inizialmente portato il Consiglio di Stato, nella sentenza del 27 giugno 2011, n. 3858 a negare l'ammissibilità dell'azione di adempimento.

⁶⁷ CLARICH M, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it, pubblicato sul sito in data 11 novembre 2010.

⁶⁸ CARBONE A., *Azione di adempimento e codice del processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2010.

⁶⁹ A tenore del quale "l'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma".

⁷⁰ Questa è la soluzione sposata, seppure in un *obiter dictum*, dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 3/2011: "Deve, inoltre, rilevarsi che il legislatore, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto. Ciò è desumibile dal combinato disposto dell'art. 30, comma 1, che fa riferimento all'azione di condanna senza una tipizzazione dei relativi contenuti (sull'atipicità di detta azione si sofferma la relazione governativa di accompagnamento al codice) e dell'art. 34, comma 1, lett. c), ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio".

Si sarebbe trattato quindi, più che di un'azione atipica di condanna, di un'azione di condanna atipica.

La *querelle* sorta in merito alla ammissibilità dell'azione di esatto adempimento è stata però definitivamente risolta in senso favorevole solo con il decreto legislativo 14 settembre 2012 n. 160 (c.d. secondo correttivo del c.p.a.)⁷¹.

Il dibattito scientifico si è quindi concentrato piuttosto sui limiti di esperibilità di tale azione e, in particolare, sulla possibilità per il giudice amministrativo di pronunciarsi sulla domanda di condanna avanzata dal ricorrente, in presenza di un'attività discrezionale.

⁷¹ Il decreto legislativo ha infatti modificato l'art. 34 del codice, inserendo il seguente inciso: "l'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'art. 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio."

CAPITOLO SECONDO

L'esperienza francese della subiettivizzazione del *recours pour excès de pouvoir*. L'informatizzazione della giustizia amministrativa francese.

SOMMARIO: 1. Cenni comparativi. L'esperienza francese. - 2. Criteri di classificazione e tipologie di ricorsi giurisdizionali amministrativi. - 3. La nozione di eccesso di potere e la genesi del *recours pour excès de pouvoir*. - 4. Evoluzione del *recours pour excès de pouvoir*. Analisi dei tipi di sindacato ammessi. - 5. Lo stato dell'arte. - 6. Poteri del giudice in caso di accoglimento e di rigetto del ricorso. - 7. La riforma del 1995 e l'attribuzione al giudice di pronunciare *injonctions*. - 8. L'informatizzazione del processo amministrativo francese. - 9. Considerazioni finali.

1. Cenni comparativi: l'esperienza francese.

Prima di procedere ad un esame più approfondito delle disposizioni del codice del processo amministrativo attualmente dettate in ordine all'azione di adempimento, è utile esaminare l'esperienza francese, poiché anche il diritto processuale amministrativo transalpino ha subito delle trasformazioni per molti versi assimilabili a quelle che hanno interessato il sistema italiano.

Il raffronto si rivela interessante poiché anche il sistema francese è stato caratterizzato – e per certi versi lo è tuttora – dalla centralità dell'azione di annullamento e, ovviamente, da una particolare attenzione al principio della separazione tra la giurisdizione amministrativa e l'amministrazione attiva.

Si tratta di due questioni decisive, che debbono essere chiarite nei loro contorni essenziali, poiché nell'ambito dell'esperienza francese - così come in quella italiana - hanno rappresentato per lunghissimo tempo un limite alla

possibilità di ottenere una statuizione di condanna nei confronti dell'amministrazione.

L'esame degli orientamenti dottrinali, giurisprudenziali e legislativi di simile ordinamento si rivelerà quindi utile per valutare in che modo, e sino a che punto, questo limite sia stato superato.

L'analisi infine potrà fornire delle indicazioni circa i limiti entro i quali sia possibile ottenere da parte del giudice amministrativo italiano una pronuncia di condanna dell'amministrazione all'adozione di un provvedimento. In Francia, il grado di maturità della riflessione appare infatti più elevato e, trattandosi di un sistema che ha rappresentato, quantomeno alle origini e nei suoi tratti essenziali, la principale fonte di ispirazione per il legislatore italiano ⁷², si ritiene che l'esame dei risultati raggiunti oltralpe possa stimolare una lettura espansiva delle disposizioni del codice del processo amministrativo dettate in proposito.

2. Criteri di classificazione e tipologie di ricorsi giurisdizionali amministrativi.

Nell'ordinamento francese i ricorsi giurisdizionali amministrativi vengono tradizionalmente classificati secondo due criteri distintivi: il criterio formale ed il criterio materiale ⁷³.

Il criterio formale ⁷⁴ consente di distinguere i ricorsi in relazione ai poteri del giudice. Secondo questa classificazione, vengono in rilievo quattro

⁷² Si veda il rilievo di DE LISE P., *L'organizzazione e le funzioni del Consiglio di Stato Italiano*, in www.giustizia-amministrativa.it. L'influsso del diritto francese sulle istituzioni italiane si spiega con la dominazione napoleonica e la conseguente propagazione dei principi della legislazione rivoluzionaria; le riforme napoleoniche furono poi prese a modello per la costruzione della struttura amministrativa degli stati italiani preunitari; in tal senso BASSI F., *Lo straripamento di potere (profilo storico)*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1964, p. 245 e ss.. Sull'argomento anche GIANNINI M.S., *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi Saresani*, Serie II, XVIII, 1940, p. 153.

⁷³ GUYOMAR M. e SEILLER B., *Contentieux administratif*, Paris, 2012, p. 100; CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Paris, 2008, p. 184.

⁷⁴ Elaborato da LAFERRIÈRE E. *Traité de la Juridiction administrative et des recours contentieux*, I, Paris, 1887 - 88, p. 15 e ss..

fondamentali tipi di contenzioso: il contenzioso di annullamento, quello di piena giurisdizione, quello dell'interpretazione e quello della repressione.

Nel contenzioso di annullamento (di cui il ricorso per *excès de pouvoir* costituisce il caso tipico), il giudice annulla l'atto ed è privo del potere di riformarlo, nonché, quantomeno alle origini, di pronunciare una condanna nei confronti dell'amministrazione. Nel contenzioso di piena giurisdizione il giudice si sostituisce alla pubblica amministrazione; può annullare l'atto, ma soprattutto può riformare la decisione dell'amministrazione, nel senso più ampio, sino a sostituirla con una determinazione di contenuto e senso diverso ⁷⁵.

Il contenzioso dell'interpretazione comprende i casi in cui si chiede al giudice di pronunciarsi sul senso da darsi ad un atto, ovvero di pronunciarsi sulla sua legalità (assicura quindi una tutela dichiarativa); il contenzioso della repressione vede infine il giudice stesso infliggere sanzioni e comminare pene pecuniarie, essenzialmente nelle controversie relative al demanio pubblico ⁷⁶.

Il criterio materiale ⁷⁷ riposa invece sulla considerazione della natura della questione posta al giudice.

Secondo questa prospettiva possono quindi individuarsi due tipi di ricorsi: quelli che pongono una questione di diritto oggettivo, ossia relativa alla conformità di un atto alla legalità, intesa come insieme delle regole giuridiche di origine costituzionale, legislativa, amministrativa, giurisprudenziale ed eventualmente sopranazionale; quelli che invece pongono al giudice una questione di diritto soggettivo, ossia tendono alla verifica dell'esistenza di una lesione di una situazione giuridica soggettiva.

I due criteri non sono però mai stati intesi in senso assoluto ed atomistico: ed invero, tanto il ricorso per eccesso di potere, che rappresenta storicamente il tipo emblematico di ricorso oggettivo, che il ricorso di piena giurisdizione,

⁷⁵ Cfr. LEPETIT – COLLIN H., *Recherches sur le plein contentieux objectif*, Paris, 2012, p. 411 e ss.

⁷⁶ GUYOMAR M. e SEILLER B., *Contentieux administratif*, Paris, 2012, p. 101.

⁷⁷ Elaborato principalmente da DUGUIT L., nel suo *Traité de droit constitutionnel*, II, Paris, 1928, pp. 458 – 526.

assunto invece a paradigma dei ricorsi soggettivi, contengono rispettivamente marcati elementi di soggettività e di oggettività.

Il ricorso per eccesso di potere nasce infatti, sulla scorta di una giurisprudenza “normativa” del Consiglio di Stato ⁷⁸, come rimedio unicamente volto alla verifica della competenza del soggetto autore dell’atto contestato. Viene poi progressivamente esteso alla verifica dei vizi di forma degli atti e delle decisioni impugnate ⁷⁹.

Tuttavia, a partire dalla seconda metà del diciannovesimo secolo ⁸⁰, si assiste ad una progressiva presa di coscienza, da parte della dottrina e della giurisprudenza, dell’insufficienza di un sindacato estrinseco sulla legalità dell’atto, quale era quello ammesso sino ad allora.

A partire dal 1864 il Consiglio di Stato infatti inizia a verificare la correttezza del fine perseguito dall’amministrazione, sindacando anche gli eventuali *detournements de pouvoir* e le violazioni di legge, relativamente al contenuto concreto dell’atto rispetto al paradigma normativo di riferimento ⁸¹.

Orbene, questa presa di coscienza non è altro che il sintomo del riconoscimento dell’esistenza di profili soggettivi - cioè degli interessi dei cittadini - nell’ambito della giurisdizione di annullamento: *“pourquoi dit-on parfois, de votre grand juge, qu’il se comporte, à l’égard de l’Administration, comme un chef hierarchique ? On l’affirme audacieux, il me semble timide.....ne pourrait – il pas donner quelque vigueur à cette annulation platonique, qui laisse l’administration maitresse, au fond, de faire peser, sur les citoyens, le plus implacable arbitraire sans que nul puisse l’entraver ?”* ⁸².

⁷⁸ VEDEL G., « *Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?* », in EDCE, 1979-1980, p. 31; WALINE M., « *Le pouvoir normatif de la jurisprudence*, in *Mélanges G. Scelle*, Paris, 1950; CHAPUS R., *De la valeur juridique de PGD et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif*, D. 1966, Chron., p. 99.

⁷⁹ LAURENT FRIER P. – PETIT J., *Droit Administratif*, Paris, 2012, p. 529.

⁸⁰ Si veda IMBERT L., *L’evolution du recours pour excès de pouvoir 1872-1900*, Paris, 1952, p. 141.

⁸¹ Il controllo sulla legalità intrinseca, implicante l’apprezzamento dei fatti, viene esercitato sistematicamente a partire dall’entrata in vigore del decreto del 2 novembre 1864; sul punto si veda HAURIOU M., *Précis de droit administratif*, Paris, 1901, pag. 310.

⁸² RIVERO J., *Le huron au palais royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir*, D., 1962, chron., p. 39.

Quanto al ricorso di piena giurisdizione, la presenza di elementi di oggettività è molto marcata nell'ambito del contenzioso *oggettivo* di piena giurisdizione, laddove la questione di legittimità dell'atto viene discussa in via principale, in contrapposizione al contenzioso *soggettivo* di piena giurisdizione, nell'ambito del quale la questione non rappresenta mai l'oggetto del giudizio ⁸³.

Tanto chiarito, considerato che, anche nell'ambito del contenzioso oggettivo di piena giurisdizione, il giudice amministrativo francese è dotato di poteri di riforma e sostitutivi (analogamente a quanto avviene in Italia nei casi di giurisdizione di merito), ai fini del corrente lavoro è opportuno soffermarsi piuttosto sull'evoluzione del contenzioso di annullamento e quindi, essenzialmente, del ricorso *pour excès de pouvoir*, poiché presenta maggiori elementi di affinità con la giurisdizione amministrativa di legittimità.

L'utilità dell'analisi è rafforzata dalla circostanza che, nell'ambito del contenzioso in parola, anche il legislatore francese ha avvertito l'insufficienza del potere di annullamento al fine di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo ⁸⁴, e questa riflessione è scaturita, nel 1995, in una riforma che ha introdotto nel codice della giustizia amministrativa gli artt. L – 911 - 1 e seguenti, i quali disciplinano il potere del giudice di pronunciare, su domanda di parte, delle *injonctions* nei confronti dell'amministrazione.

Come si vedrà, l'istituto presenta dei tratti comuni sia con l'azione di adempimento, come disciplinata dal codice del processo amministrativo italiano, sia con il giudizio di ottemperanza.

Ebbene, proprio il potere del giudice di “*adresser des injonction a l'administration*” ha contribuito, unitamente alla notevole profondità del

⁸³ Come rileva LEPETIT – COLLIN H., *Recherches sur le plein contentieux objectif*, cit., p. 404, “Dans le plein contentieux subjectif....., si la question de la légalité d'un acte administratif peut se trouver posée, elle l'est, en principe, de manière indirecte. Elle n'est jamais l'objet meme du litige, car telle n'est pas la question posée au juge. Certes le juge administratif est toujours saisi d'une décision administrative, conformément à la règle de la décision administrative préalable. Mais cette décision n'est pas, en elle – meme, l'objet du litige soumis au juge.”.

⁸⁴ Sulla connessione tra effettività della regola di diritto e potere del giudice di pronunciare *injonctions* si veda PERRIN A., *L'injonction en droit public francais*, Paris, 2009, p. 360 e ss..

sindacato sulla discrezionalità esercitato dal Consiglio di Stato, a trasformare il contenzioso di annullamento da giudizio sulla legalità a giudizio sulla situazione soggettiva dedotta in giudizio ⁸⁵.

3. La nozione di eccesso di potere e la nascita del *recours pour excès de pouvoir*.

Il ricorso per eccesso di potere affonda le sue radici nel periodo rivoluzionario e costituisce concreta applicazione del principio della separazione dei poteri, elaborato dal Montesquieu nella fondamentale opera *L'esprit de lois* ⁸⁶.

Inizialmente, il ricorso in parola ha rappresentato un rimedio giurisdizionale unicamente volto a circoscrivere, reprimere e sanzionare gli sconfinamenti dell'autorità giudiziaria in danno dell'autorità amministrativa e dei cittadini. Il legislatore rivoluzionario, memore delle lotte ingaggiate nel XVIII° secolo tra la monarchia ed i parlamenti, si preoccupò infatti di delineare una procedura giurisdizionale idonea ad eliminare dal mondo giuridico gli atti e le decisioni dei giudici affette da un vizio tanto grave quanto sovversivo dell'ordine costituito ⁸⁷, quale quello rappresentato dallo "sconfinamento" dei limiti costituzionali imposti al potere giudiziario.

Con gli artt. 77, 80 e 88 della legge 27 ventoso dell'anno VIII vennero dunque previste tre procedure finalizzate a consentire rispettivamente ai cittadini, al Governo ed al Commissario del Re di censurare dinanzi alla Corte di Cassazione gli atti e le decisioni dei giudici affette da *incompetence* o da *excès de pouvoir*.

La circostanza che fosse la Corte di Cassazione a valutare quando dovessero ravvisarsi i vizi in esame portò però rapidamente ad una estensione della portata originaria della nozione di *excès de pouvoir*.

⁸⁵ In questo senso GUYOMAR M. e SEILLER B., *Contentieux administratif*, cit., p. 125.

⁸⁶ BASSI F., *Lo straripamento*, cit., p. 249.

⁸⁷ Cfr. CARTAULT P., *De l'excès de pouvoir à la Cour de Cassation et de ses rapports avec l'excès de pouvoir contentieux*, Paris, 1911, p. 21.

Le esigenze di giustizia sostanziale, tenute in massima considerazione dal giudice al fine di assicurare la più ampia tutela ai ricorrenti, determinarono dunque l'inclusione all'interno della figura concettuale dell'*excès de pouvoir* non solo la tradizionale usurpazione da parte del giudice di un potere attribuito all'esecutivo o al legislatore, ma anche l'usurpazione di un potere appartenente ad un'altra autorità giudiziaria di grado o natura differente, nonché le più gravi violazioni delle regole processuali ⁸⁸.

Peraltro, il principio della separazione dei poteri assunse ben presto una valenza reciproca, quindi rilevante anche nei confronti degli altri poteri dello stato rivoluzionario: la portata generale del principio ha determinato dunque molto rapidamente anche all'emersione di una nozione di eccesso di potere amministrativo.

Diversamente da quanto accaduto per l'eccesso di potere giudiziario però, il concetto di eccesso di potere amministrativo non trovò una rispondenza immediata ed un riferimento in precisi testi di legge, né relativamente alla delimitazione dei suoi confini, né per quanto riguarda la predisposizione di strumenti giurisdizionali per denunciarne la sussistenza.

Il fondamento del ricorso *pour excès de pouvoir* amministrativo è stato quindi rinvenuto in ragioni principalmente di ordine logico, piuttosto che testuale ⁸⁹. Sino al 1872, la dottrina francese ha ricondotto il potere del Consiglio di Stato di annullare per incompetenza ed eccesso di potere le "decisioni contenziose" amministrative, nell'alveo delle funzioni da questi esercitate quale Corte di Cassazione ⁹⁰.

La sistemazione si spiega agevolmente, e trova una chiara giustificazione logica, per i casi in cui il Consiglio di Stato effettivamente avesse cassato - annullandola - una "decisione contenziosa" dei Tribunali Speciali (*id est* una decisione su un reclamo fondato sulla violazione di un diritto); si spiega meno

⁸⁸ BASSI F., *Lo straripamento*, cit., p. 266.

⁸⁹ CHEVALLIER J., *L'Elaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, 1970, p. 176.

⁹⁰ MACAREL L., *Des Tribunaux administratifs ou introduction à l'étude de la Jurisprudence administrative*, Paris, 1828; AUCOC L., *Conférences sur l'Administration e le droit Administratif*, I, Paris, 1869 - 1876, n. 349.

agevolmente, in relazione ai casi in cui il Consiglio avesse annullato una decisione puramente amministrativa, involgente semplici interessi, contrapposti all'apprezzamento ed al potere discrezionale del pubblico potere.

Di fatto, la teoria si spiega in ragione della confusione tra amministrazione attiva, contenzioso e giurisdizione, imperante all'epoca, nonché in ragione del pensiero della dottrina maggioritaria, secondo cui la violazione, da parte dell'amministrazione, delle regole sulla competenza e sulla forma avrebbe trasformato l'atto amministrativo in una decisione contenziosa, avendo i singoli un vero e proprio diritto soggettivo al rispetto di queste regole. In questa prospettiva, l'atto amministrativo presenterebbe un certo aspetto "giurisdizionale", e sarebbe quindi suscettibile di essere cassato⁹¹.

Ciò detto, è pacifico che il ricorso si sia sviluppato ed abbia assunto sempre maggiore rilevanza, in ragione soprattutto della sua attitudine a limitare l'arbitrio della pubblica amministrazione ed a sottoporre la sua azione al principio di legalità: sotto questa prospettiva, la formale dipendenza del Consiglio di Stato al Re, Capo di Stato e titolare della sovranità, ha contribuito, quantomeno agli inizi, a legittimare l'opera del Consiglio di Stato nei confronti dell'amministrazione⁹².

Preso coscienza di questa sua funzione, il Consiglio di Stato ha cercato di ancorare il proprio operato ad una fonte di legittimazione formale, facendo quindi riferimento⁹³ nelle proprie decisioni all'art. 3 della legge del 7/14 ottobre 1790, secondo cui "*les déclarations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux; elles seront portées au roi, chef de l'administration générale*".

⁹¹ CHAUVEAU A., *Principes de compétence et de juridiction administrative*, I, Paris, 1841-1844, p. 137.

⁹² CHEVALLIER J., *L'Elaboration historique*, cit., p. 179.; SANDEVOIR P., *Etudes sur le recours de pleine juridiction; l'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative*, Lille, 1962, p. 255.

⁹³ Con uno sforzo interpretativo notevole, come notano GUYOMAR M. e SEILLER B., *Contentieux administratif*, cit., pag. 104.

4. *Evoluzione del ricorso e tipi di sindacato ammessi.*

Nel 1872 il Consiglio di Stato viene reso indipendente dal Capo dello Stato⁹⁴: l'art. 9 della legge 24 maggio 1872 stabiliva infatti che “*Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'annulation pour excès del pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives*”.

Laferrière⁹⁵ può quindi distinguere finalmente e con precisione due funzioni del Consiglio di Stato: l'una tesa a giudicare degli atti amministrativi promananti dalle amministrazioni locali o centrali; l'altra a giudicare delle “decisioni giurisdizionali” dei Tribunali di ultima istanza.

In entrambi i casi il potere del Consiglio consiste nella possibilità di annullare l'oggetto della sua decisione, e si è quindi nell'alveo di un contenzioso di annullamento. Nel primo caso tuttavia si inizia a parlare di *recours pour excès de pouvoir*; nel secondo di *recours en cassation*.

Il ricorso *pour excès de pouvoir* viene immediatamente definito come un processo fatto all'atto⁹⁶: il ricorrente non agisce per ottenere il riconoscimento di un diritto nei confronti dell'amministrazione; agisce per il ripristino della legalità violata⁹⁷.

Così sistematizzato, il ricorso tendente all'annullamento degli atti amministrativi assume buona parte delle caratteristiche che lo contraddistinguono sino ai giorni nostri: rimedio generale⁹⁸, esperibile anche senza il patrocinio di un legale, vede il giudice pronunciarsi unicamente con

⁹⁴ CHEVALLIER J., *L'Elaboration historique*, cit., p. 201; DRAGO R., *La loi du 24 mai 1872*, Paris, 1972, p. 13.

⁹⁵ *Traité de la Juridiction administrative et des recours contentieux*, 1887 – 1888, prima edizione, volume primo, pag. 278 – 283.

⁹⁶ LAFERRIÈRE E., *Traité*, II, cit., p. 561. Affermazioni di questo tipo si rinveno anche in alcune pronunce del Consiglio di Stato: C.E. 19 aprile 1950, *de Villèle, Lebon*, p. 214.

⁹⁷ CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, cit., pag. 197.

⁹⁸ Sempre ammesso, tranne nell'ipotesi in cui sia espressamente escluso dalla legge; cfr. C.E., Ass., 17 febbraio 1950, *Ministre Agriculture c/Lamotte, Lebon*, pag. 110; RD publ. 1951, 478, con nota di WALINE M..

riferimento alle circostanze di fatto e di diritto sussistenti al momento in cui l'amministrazione ha emesso l'atto impugnato ⁹⁹. Quest'ultima è una caratteristica tipica del contenzioso di legalità (legittimità), dovendo il giudice limitarsi ad apprezzare la decisione per come è stata assunta, senza potersi sostituire nelle determinazioni del pubblico potere.

Come si vedrà, la regola non è priva di eccezioni, poiché, pur rimanendo nel perimetro del contenzioso di legittimità, il Consiglio di Stato ha da tempo sperimentato la tecnica della modulazione nel tempo degli effetti della pronuncia di annullamento, ritenendo di dover tenere conto delle situazioni prodottesi *medio tempore* ¹⁰⁰; nel campo delle *injonctions* poi, il giudice deve decidere tenendo conto della situazione di fatto e di diritto esistente alla data in cui si pronuncia ¹⁰¹.

Peraltro, la derivazione del *recours pour excès de pouvoir* in materia amministrativa dall'originario rimedio dettato per gli sconfinamenti del giudice e la natura "ibrida" del *Conseil d'Etat* hanno di fatto comportato anche in questo dominio un progressivo allargamento della nozione di *excès de pouvoir* e dei vizi che lo avrebbero integrato.

Il rimedio in esame viene invero progressivamente ammesso, oltre che nei casi classici di incompetenza e vizi di forma, anche nei casi di *detournement de pouvoir*, di errore di diritto, di errore di fatto; in questo ultimo caso il controllo del giudice si estende sia alla mera verifica dell'esistenza dei fatti, fino ad una più audace verifica della qualificazione giuridica dei fatti stessi.

Questa estensione dei vizi deducibili denota una crescente subbiettivizzazione del ricorso per eccesso di potere, poiché il giudice tiene in considerazione le esigenze, le tesi, le ambizioni del ricorrente, le sue prospettazioni da un lato, i motivi ed il movente dell'amministrazione dall'altro:

⁹⁹ C.E., Sect. 22 luglio 1949, *Sté des automobiles Berliet, Lebon*, p. 367.

¹⁰⁰ L'orientamento è stato inaugurato da C.E., Ass., 11 maggio 2004, *Assoc. AC !, Lebon*, p. 197.

¹⁰¹ C.E. 4 luglio 1997, *Bourezak, Lebon* p. 278.

il Consiglio di Stato non si interessa solo dell'atto e del suo contenuto attuale, ma anche del contenuto che l'atto dovrebbe o potrebbe avere ¹⁰².

5. *Lo stato dell'arte del recours pour excès de pouvoir.*

Attualmente, vi è una certa condivisione in dottrina e giurisprudenza nell'individuare i tipi di vizi dell'atto denunziabili nell'ambito del *recours pour excès de pouvoir* ¹⁰³.

Sono sempre sindacabili da parte del giudice amministrativo francese la competenza, il vizio di procedura (purché abbia prodotto una lesione sostanziale) ed il vizio di forma (*id est*, la mancanza degli elementi essenziali del provvedimento), quindi in definitiva la c.d. *legalité externe* ¹⁰⁴.

Con riferimento al *vice de procédure substantiel*, vi è una certa affinità tra i poteri del giudice amministrativo francese e quello italiano. Nel 2011, con l'arret *Danthony* ¹⁰⁵, il Consiglio di Stato, generalizzando quanto previsto dall'art. 70 della legge del 17 maggio 2011 per i *subprocedimenti* consultivi, ha posto il seguente principio: un "*vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable...est de nature à entacher d'illegalité la décision prise...s'il ressort des pièces du dossier qu'il à été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie*".

Evidentemente, si tratta del medesimo principio racchiuso nell'ultimo periodo del secondo comma dell'art. 21 *octies* della l. 241/90, esteso però anche

¹⁰² AUBY J. M. -DRAGO R., *Traité du contentieux administratif*, II, Paris, 1975, p. 143.

¹⁰³ GUEDON M.J., *La classification des moyens d'annulation des actes administratifs, réflexions sur un état des travaux*, AJDA, 1978, p. 82; CALO-GEROPOULOS A., *Le controle de la légalité eterne des actes administratifs unilatéraux*, Paris, 1984; FERNANDEZ - MAUBLANC L.V., *Le prétendu déclin du détournement de pouvoir*, in *Mél. Auby*, Paris, 1992, p. 239; GROS M., *Fonction manifeste et fonction latentes du détournement de pouvoir*, RDP 1997, p. 545; LABETOULLE D., *Le vice de procédure, parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation di juge de l'annulation*, in *Mél. Jegouzo*, Paris, 2009, p. 479.

¹⁰⁴ LAURENT FRIER P. - PETIT J., *Droit Administratif*, cit., p. 529 e ss..

¹⁰⁵ C.E., Ass. 23 dicembre 2011, *M.Danthony*, AJDA 2012 p. 195.

all'attività discrezionale ed al contempo non circoscritto, sotto questo profilo, ai vizi che abbiano privato il cittadino delle garanzie partecipative.

Quanto alla cosiddetta *légalité interne*, viene innanzitutto in rilievo il controllo del *détournement de pouvoir* (concetto assimilabile allo sviamento), ricondotto alla violazione di legge, sull'assunto che la legge affida all'amministrazione il perseguimento di un fine specifico e determinato, che deve essere rispettato, pena, per l'appunto, la violazione della norma attributiva del potere ¹⁰⁶.

Con riferimento poi agli ulteriori strumenti di controllo della *légalité interne*, la dottrina e la giurisprudenza hanno individuato essenzialmente tre tipi di sindacato ¹⁰⁷: quello sulle violazioni pure e semplici, in un certo modo meccaniche, da parte dell'atto amministrativo della lettera della legge regolante la fattispecie; quello sulle violazioni della *ratio legis*. Queste due ipotesi vengono ricondotte all'errore di diritto.

Vi è poi una terza ipotesi di violazione di legge, più sottile e che pone più difficoltà: considerato che ogni provvedimento amministrativo riposa su motivi e circostanze di fatto, è ovvio che questi fatti debbano effettivamente sussistere nel caso concreto.

Ora, è pacifico che il sindacato del giudice possa estendersi alla verifica dell'esistenza o inesistenza materiale dei fatti ¹⁰⁸; gli ostacoli si ravvisano laddove il giudice debba vagliare la correttezza della qualificazione giuridica di questi fatti, imposta dalla norma ed effettuata nel concreto dall'amministrazione.

In questi casi, l'azione dell'amministrazione è condizionata dalla norma attributiva del potere, la quale, ad esempio, prevede la possibilità di espropriare il diritto di proprietà nei casi di "*utilité publique*", ovvero di rifiutare un

¹⁰⁶ La prima elaborazione e sistemazione compiuta della teoria che riconduce il *détournement de pouvoir* alla violazione di legge si deve a EBREN H., *Théorie du détournement de pouvoir*, Lion, 1901.

¹⁰⁷ Per tutti LACHAUME J.F. - PAULIAT H. - BRACONNIER S. - DEFFIGIER C., *Droit Administratif (Les grandes décisions de la jurisprudence)*, Paris, 2010, p. 763.

¹⁰⁸ Controllo ammesso già da CE, 14 gennaio 1916, *Camino*, R, 15; RDP, 1917, 463. Nella giurisprudenza italiana la questione non è invece pacifica; in favore del sindacato diretto sull'esistenza dei fatti si veda Consiglio di Stato sez. V, 5 marzo 2001 n. 1247; *contra*, Consiglio di Stato sez. IV, 4 maggio 2011, n. 2683.

permesso di costruire laddove la costruzione pregiudichi la “*perspective monumentale*”¹⁰⁹.

Si tratta dunque del medesimo problema posto, nel contesto italiano, dai cc.dd. “concetti giuridici indeterminati”¹¹⁰, intimamente connesso con il tema dell’esercizio della discrezionalità anche tecnica dell’amministrazione, perlomeno secondo la tesi per la quale all’amministrazione sarebbe riservata la discrezionalità interpretativa sul significato delle norme generiche ed incomplete¹¹¹.

In concreto, un primo tipo di controllo, c.d. *minimum* o *inframinimum*, viene esercitato, ad esempio, con riferimento alle votazioni rese nell’ambito di concorsi ed esami (C.E., Sect., 17 marzo 1995, *Ministre de l’Education nationale/Ranieri et Jouanneau, R.*, 135), ovvero alle valutazioni effettuate per la concessione di onorificenze (C.E., 10 dicembre 1986, *Crépin Loredon, R.* 23; AJDA 1987, 91), ed esclude qualsiasi valutazione da parte del giudice in ordine alla correttezza dell’apprezzamento giuridico dei fatti come esplicitato dall’amministrazione.

Un secondo tipo di controllo è il *control restreint sur la qualification juridique des faits*, attraverso il quale il giudice amministrativo verifica la presenza di errori evidenti o manifesti nella qualificazione giuridica dei fatti e che sarebbe “scandaloso” non sanzionare in uno stato di diritto. Il terreno tipico di questo tipo di controllo è quello delle misure di polizia (C.E. 3 febbraio 1975, *Ministre de l’Interieur/Pardov, R.*, 83) ovvero della discrezionalità tecnica (C.E., 10 novembre 1999, *Soc. Pierre Fabre, DA*, 2000,75), anche se il confine tra i

¹⁰⁹ Per esempi di questo tipo e per un approccio generale al tema si vedano JANVILLE T. E SERGE GUINCHARD S., *La qualification juridique des faits*, Aix en Provence, 2004; VAUTROT SCHWARZ C.H., TRUCHET D., *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, 2009.

¹¹⁰ Come rilevato da VENEZIANO S., *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità in Italia*, in www.giustizia-amministrativa.it, la giurisprudenza amministrativa italiana ha sempre sindacato la “qualificazione giuridica dei fatti” eseguita dall’amministrazione, riconducendola al campo dell’eccesso di potere attraverso l’applicazione delle figure sintomatiche del difetto di motivazione ovvero del travisamento dei fatti: ciò che varia è l’intensità del sindacato.

¹¹¹ Per una recente riproposizione della tesi che riserva una discrezionalità interpretativa in capo all’amministrazione si veda CARPENTIERI P., *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2/2013, p. 385 e ss..

vari tipi di controllo è molto labile e non definibile *a priori*, essendo rimesso di fatto alla sensibilità del giudice.

Un terzo tipo di controllo, c.d. *normal*, viene esercitato a partire dal 1916, e consente al giudice di verificare appieno la qualificazione giuridica dei fatti operata dall'amministrazione.

L'orientamento è stato inaugurato dall'arret *Gomel* (C.E., 4 aprile 1914, R. 488); nel caso di specie il *Conseil d'Etat* ha ritenuto di poter stabilire se il contesto in cui era situata l'abitazione del ricorrente, fosse o meno una *perspective monumentale*, ai fini dello scrutinio sulla legittimità del provvedimento amministrativo che aveva riconosciuto tale qualità dei luoghi, ed aveva negato al privato il rilascio di un permesso di costruire.

Nella pronuncia il Consiglio ha reputato di poter verificare la qualificazione giuridica dei fatti, quando questa costituisca la condizione legale dell'azione dell'amministrazione.

In casi di questo tipo è evidente il rischio di sconfinamento nella sfera dell'opportunità, ma non occorre trascurare che in tali fattispecie il controllo di legalità implica necessariamente la valutazione di tali fatti e non solo la mera verifica della loro esistenza. Delle due l'una: o si desidera un sindacato efficace da parte del giudice, e quindi l'orientamento è da condividere, ovvero ci si arrende all'idea che il giudice controlli poco o nulla, e allora l'orientamento è da respingere ¹¹².

Ad ogni modo, non è possibile individuare *a priori* le materie nelle quali il giudice eserciti questo tipo di sindacato; la dottrina più attenta ha però rilevato come il controllo *normal*, anche a seguito del progressivo rilievo dell'art. 6 della CEDU nell'ordinamento francese, sia ormai divenuto la regola ed il controllo *minimum* o *restraint* l'eccezione ¹¹³.

¹¹² Già nel 1962 RIVERO J., « *Le huron au palais royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir* », cit. p. 50., con una efficace similitudine, rilevava che quando il giudice amministrativo stabilisce, secondo le leggi della caccia, a quale dei due cacciatori spetti la preda contesa, rimane un giudice che applica la legge della caccia e non diventa cacciatore.

¹¹³ In questi termini LACHAUME J.F. - PAULIAT H. - BRACONNIER S. - DEFFIGIER C., *Droit Administratif*, cit. p. 780. Sull'influenza della CEDU nel sindacato *pour excès de pouvoir* in tema di sanzioni si veda anche FORTIER C., *La consécration de l'arret Lebon: le choix de la*

Vi è da rilevare in proposito, come di fronte alla qualificazione giuridica dei fatti, il giudice amministrativo francese eserciti tendenzialmente un controllo “asimmetrico”, di tipo garantistico per i cittadini: *minimum* quando l’amministrazione interviene con poteri ablativi rispetto ad una situazione di vantaggio già conferita al privato; *normal* quanto l’amministrazione rifiuta l’adozione di un atto ampliativo della sfera giuridica del ricorrente.

Da ultimo, viene in rilievo un quarto tipo di controllo, c.d. *de proportionnalité*, analogo a quello esercitato dal giudice amministrativo italiano dietro l’influsso dell’ordinamento comunitario e convenzionale, e che consente al giudice di valutare la proporzionalità tra il fine pubblico perseguito ed il sacrificio del privato, ma solo in caso di manifesta sproporzione tra i due interessi (C.E., 28 maggio 1978, *Ministre de l’Equipement et du logement/Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé Ville nouvelle est, R.*, 409).

6. Poteri del Giudice in caso di accoglimento e di rigetto del ricorso.

Un sintomo evidente della soggettivizzazione del ricorso *pour excès de pouvoir* è rinvenibile nella giurisprudenza del Consiglio di Stato francese che, a partire dall’anno 2004, ha ritenuto possibile modulare nel tempo gli effetti di una decisione di annullamento.

Con l’*arrêt* AC (CE Ass., 11 maggio 2004, *Assoc. AC !, Lebon* p. 197) il Consiglio di Stato ha affermato che rientra nei suoi compiti quello di stabilire, in deroga al principio generale della retroattività degli effetti dell’annullamento, la conservazione di alcuni effetti prodottisi *medio tempore* in virtù dell’atto impugnato, ovvero la conservazione dell’efficacia del provvedimento sino ad una determinata data.

Secondo questo orientamento, peraltro in via di consolidamento (C.E. 12 dicembre 2007, *Sire, Lebon* p. 741; C.E. 17 dicembre 2010, *Syndicat de*

sanction disciplinaire fait désormais l’objet d’un contrôle plein di juge administratif, AJFP, Paris, 1/2014, p. 5 e ss..

l'industrie des technologies de l'information, AJDA, 854), il Giudice Amministrativo cessa dunque di essere mero controllore della legalità degli atti sottoposti al suo sindacato, assumendo evidentemente il delicato compito di bilanciare il principio di legalità con l'interesse generale, la certezza del diritto e le aspirazioni dei ricorrenti.

Ora, la dottrina francese ¹¹⁴ ha immediatamente rilevato come un simile potere del giudice, vieppiù in assenza di una previsione espressa del legislatore che lo preveda ¹¹⁵ e quindi fondato esclusivamente su ragioni di equità, rischi di snaturare le caratteristiche essenziali del contenzioso di legalità (legittimità), attribuendo al giudice amministrativo, nella sostanza, un potere abrogativo delle decisioni amministrative, più simile a quello di riforma dell'atto, che presuppone a sua volta la possibilità per il giudice di apprezzare direttamente - e non attraverso il filtro dell'atto, che diventa mera occasione della decisione e non ne è più (solo) l'oggetto - gli interessi in gioco.

Non è però certo un caso che anche il Consiglio di Stato italiano ¹¹⁶ abbia recentemente ritenuto, sulla base di un percorso argomentativo (basato sull'applicazione analogica degli artt. 121 e 122 c.p.a.) di natura essenzialmente equitativa, di poter derogare alla regola generale dell'annullamento con effetto retroattivo dell'atto impugnato, disponendo la limitazione parziale della retroattività degli effetti, ovvero la loro decorrenza *ex nunc*, ovvero ancora escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento per l'esclusiva esplicazione degli effetti conformativi scaturenti dalla pronuncia.

Al di là della (discutibile) solidità teorica di simili ricostruzioni, non può non rilevarsi come esse tentino di fornire una risposta alla domanda sociale concernente i bisogni di tutela dei ricorrenti, che rimangono evidentemente

¹¹⁴ PACTEAU P., *Vicissitudes (et vérifications) de l'adage "Juger l'administration, c'est encore administrer"*, in *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, 2004, p. 317 e ss..

¹¹⁵ A differenza di quanto avviene, ad esempio, nell'ordinamento belga, laddove, a partire dal 1996, il descritto potere del Giudice è stato previsto in via legislativa, pur essendo il suo oggetto limitato ai soli atti regolamentari. Si veda in proposito NIHOUL P., *La modulation dans le temps des effets d'un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat belge*, in *RFDA*, n. 6/2013, p. 1301 e ss...

¹¹⁶ Cons. St., sez. VI, n. 2755 del 10 maggio 2011.

insoddisfatti se confinati negli angusti tradizionali limiti del contenzioso oggettivo di annullamento.

Ai nostri fini, è importante evidenziare che nell'arret AC il Consiglio di Stato ha bilanciato la possibilità di modulare gli effetti dell'annullamento, con la necessità che la questione venga discussa in contraddittorio tra le parti, le quali dovranno essere invitate a prendere posizione sul punto, potendo dunque argomentare in ordine agli interessi ed alle situazioni ritenute meritevoli di considerazione dal giudice, e, per così dire, "esterne" rispetto al contenuto iniziale dell'atto impugnato ¹¹⁷.

Si tratta di un espediente molto importante, poiché, in una prospettiva più generale, garantisce un sindacato effettivo sugli interessi coinvolti dal giudizio, che possono essere scrutinati dal giudice anche senza essere stati veicolati per la prima volta in fase procedimentale (perché in ogni caso vengono dibattuti in giudizio), ed al contempo onera il ricorrente, ma soprattutto l'amministrazione, a prendere posizione sul punto e ad esplicitare definitivamente le proprie ragioni.

Attraverso la sottoposizione della questione al contraddittorio, il giudice evita quindi di amministrare, e rispetta il principio della separazione dei poteri, ma allo stesso tempo fa sì che le ragioni delle parti emergano una volta per tutte (se non in sede procedimentale quantomeno) in sede processuale, entrando a far parte in via diretta della sua cognizione - anche se non ricomprese *ab initio* nella materia del contendere - e quindi della portata del giudicato.

Come si vedrà, il principio potrebbe essere applicato, con i dovuti adeguamenti e temperamenti, anche nel campo dell'azione di adempimento di cui all'art. 30 e 34 c.p.a., al fine di ampliarne la portata, soprattutto nei casi di attività discrezionale.

Da ultimo, si deve osservare come, nel campo del contenzioso pour *excès de pouvoir*, anche e soprattutto le decisioni di rigetto del ricorso dimostrano la

¹¹⁷ CE 11 maggio 2004, cit.: "Il appartient au juge administratif, - après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre publique ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause - de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation."

profondità del sindacato del giudice amministrativo e testimoniano l'ingresso nel processo di valori e situazioni non previamente considerate nell'atto impugnato. Ed è proprio questo, come si vedrà *infra*, il punto nodale che riguarda la concreta estensione dei poteri del giudice amministrativo italiano nell'ambito dell'azione di adempimento: la possibilità che interessi, fatti e regole vengano combinati tra loro per la prima volta *davanti al giudice* (e non *dal giudice* stesso).

Queste evidenze sono quindi di notevole importanza teorica ai nostri fini, poiché smitizzano e depotenziano i limiti che, nel panorama italiano, tradizionalmente vengono frapposti ad un sindacato satisfattivo e definitivo del giudice amministrativo sulla situazione giuridica fatta valere nel processo amministrativo.

Ci si riferisce alle tecniche della *substitution de base légale*, della *substitution de motifs*, della *neutralisation des motifs illégaux de la décision*.¹¹⁸

Il giudice può innanzitutto rigettare il ricorso, dopo aver sostituito la base legale erroneamente richiamata dall'amministrazione, con quella che avrebbe comunque giustificato o consentito l'adozione del provvedimento impugnato.

La giustificazione teorica di tale potere risposa sull'inutilità dell'annullamento del provvedimento, in un caso in cui esso sarebbe stato comunque giustificabile sulla base di un testo normativo diverso da quello che l'amministrazione ha posto alla base dell'esercizio del potere.

E' evidente però che ciò è possibile solo quando il destinatario del provvedimento abbia beneficiato delle medesime garanzie partecipative, e che siano stati rispettati gli adempimenti istruttori e consultivi, previsti dalla legge "sostitutiva" (CE 18 dicembre 2002, *Préfet Seine-Saint-Denis/Buyukocak, Lebon* p. 774); anche in questo caso, come in tema di modulazione nel tempo degli effetti dell'annullamento, il giudice deve invitare le parti a presentare le proprie

¹¹⁸ In argomento, si vedano PERYCAL J. M., *Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'administration. Etude sur la neutralisation et la substitution des motifs*, in *AJDA*, 1996, p. 22; BERGERES M. C., *La substitution de base légale: un joker contentieux de l'administration fiscale*, *Procédures* 2002, chron., n. 8; CLAEYS A., *La technique juridictionnelle de la substitution de motifs et l'office du juge de l'excès de pouvoir*, in *Mélanges Lachaume*, Paris, 2007, p. 299.

osservazioni in proposito, sollecitando ed assicurando il contraddittorio (CE Sect., 3 dicembre 2003, *El Bahi*, AJ 2004, p. 202) ¹¹⁹.

Il giudice amministrativo può poi rigettare il ricorso sostituendo il motivo erroneamente ritenuto determinante dall'amministrazione, con quello, emergente dagli atti del procedimento e di causa, che avrebbe legittimato comunque l'azione dell'amministrazione.

Questo potere (*office*) del giudice è esercitabile innanzitutto nei casi di attività vincolata, e ciò rende evidente la somiglianza con l'istituto previsto nell'ordinamento italiano dall'art. 21 *octies* secondo comma primo periodo l. 241/90.

Sul punto, la peculiarità dell'ordinamento francese consiste nel fatto che a partire dal 2004 (CE Sect. 6 febbraio 2004, *Mme Hallal*, AJ 2004, p. 436), l'amministrazione è autorizzata ad integrare e/o sostituire la motivazione nel corso del giudizio, per evitare l'annullamento dell'atto.

Il giudice deve però verificare che il motivo suppletivo sia effettivamente tale da giustificare l'adozione della decisione (sia dunque serio e non pretestuoso), e che l'amministrazione avrebbe preso la medesima decisione se avesse fondato sin dall'origine il provvedimento su tale assunto (che vi sia quindi una marcata evidenza di fatto, dalla quale si evinca con chiarezza che essa sarebbe stata in effetti ritenuta decisiva sin dall'origine).

Infine, il giudice può rigettare il ricorso laddove ritenga che, a fronte di una pluralità di motivi giustificanti il provvedimento impugnato, anche uno solo di questi sia legittimo (CE Ass., 13 gennaio 1968, *Dme Pierrot*, AJ 1968, p. 179).

¹¹⁹ CHAPUS R, *Droit du contentieux administratif*, cit., p. 1004.

7. *La riforma del 1995 e l'attribuzione al Giudice del potere di pronunciare injonctions.*

Per lungo tempo la dottrina e la giurisprudenza francese hanno respinto l'idea che il giudice amministrativo potesse ingiungere all'amministrazione l'adozione di un comportamento o di un atto amministrativo.

Solo negli anni precedenti al 1872, quindi nel periodo della *justice retenue*, caratterizzata dalla subordinazione della giustizia amministrativa al Capo dello Stato, si registrano alcune rare pronunce in proposito. Essendo ancora radicato nell'organizzazione amministrativa, il Consiglio di Stato non teme di invadere, in tal modo, la sfera di autonomia dell'amministrazione ¹²⁰.

Successivamente al 1872, raggiunta l'indipendenza strutturale del Consiglio di Stato dall'amministrazione, il divieto del giudice di pronunciare ingiunzioni nei confronti dell'amministrazione è stato specularmente ricondotto al principio della separazione dei poteri: la previsione della possibilità di condannare l'amministrazione avrebbe comportato un allontanamento dal campo della giurisdizione, nella direzione dell'amministrazione attiva ¹²¹.

E' stato rilevato tuttavia come il potere in parola non fosse ontologicamente incompatibile con il principio della separazione dei poteri ¹²²: anzi, una certa concezione di questo principio avrebbe anche potuto richiedere la previsione della possibilità per il giudice di pronunciare *injonctions*, proprio al fine di rendere effettivo il controllo del potere giudiziario sul potere esecutivo, ristabilendo il primato della legge e garantendo l'equilibrio tra poteri ¹²³.

Tuttavia, occorre tenere in considerazione che il giudice amministrativo francese, come si è accennato sopra, è stato "partorito" dall'amministrazione; ciò

¹²⁰ CHEVALLIER J., *L'elaboration historique*, cit., p. 189.

¹²¹ LAFERRIÈRE, *Traité*, II, cit. p. 569.

¹²² MESTRE A., *Le Conseil d'Etat, protecteur des prérogatives de l'administration: études sur le recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1974, p. 68.

¹²³ La funzionalizzazione del principio al mantenimento dell'equilibrio tra poteri è stata messa in evidenza sin dalle origini da MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI, Chapitre IV, 1748: "C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser....Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir."

spiega quindi perché, almeno in un primo momento, l'eventualità in esame sia stata respinta con vigore: il divieto non rappresentava null'altro che la contropartita dell'indipendenza del giudice nei confronti dell'amministrazione attiva ¹²⁴. Il giudice amministrativo è sì indipendente, ma proprio per questo non può spingersi sino a condannare l'amministrazione.

Questo equilibrio si è tuttavia progressivamente modificato, in ragione della presa d'atto dell'insufficienza del potere di annullamento di fronte al crescente ruolo dell'amministrazione della società ¹²⁵, alla evidenza che anche il contenzioso dell'eccesso di potere coinvolge posizioni soggettive rilevanti, e della maggiore distanza istituzionale/strutturale raggiunta dal Consiglio di Stato (quantomeno formalmente) rispetto all'amministrazione.

Nel 1995, il legislatore francese ha quindi finalmente attribuito al giudice amministrativo il potere di *injonction* ¹²⁶, facendo cessare quello stato di cose che la dottrina aveva denunciato, qualificando come platoniche e quindi inefficaci le decisioni di mero annullamento ¹²⁷.

Prima di passare ad una breve analisi del contenuto della riforma, vi è da rilevare preliminarmente come l'istituto in esame venga ricondotto tra i rimedi volti all'esecuzione del giudicato: la stessa collocazione all'interno del libro nono del codice di giustizia amministrativa, dedicato alla *exécution des décisions*, depone in tal senso.

Siffatta sistemazione si spiega, innanzitutto, con la scarsa propensione della dottrina e giurisprudenza francese a distinguere tra adempimento ed esecuzione forzata ¹²⁸; in secondo luogo, con l'assenza, proprio fino al 1995, di

¹²⁴ AUBY J.M. - R- DRAGO R., *Traité du contentieux administratif*, I, cit., p. 96.

¹²⁵ PERRIN A., *L'injonction en droit public français*, cit., p. 589.

¹²⁶ In linea generale, sul tema si veda, oltre a PERRIN A., *L'injonction*, cit., *passim*, BRISSON J. F., *L'injonction au service de la chose jugée contre l'administration*, in *Rev. Justice*, 1996, n. 3, p. 167 e ss.; CAMILLERI A., *Le pouvoir d'injonction di juge administratif: une révolution avortée ?*, in *JCP* 1997, I, n. 3992.

¹²⁷ *Contentieux administratif*, GUYOMAR M. e SEILLER B., cit., p. 379.

¹²⁸ cfr. DE LABAUDERE A., VENEZIA J.C., GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif*, Paris, 1994, p. 100.

un rimedio generale per ottenere l'esecuzione della cosa giudicata ¹²⁹; in terzo luogo, probabilmente, con una certa latente preferenza a ricondurre la portata della decisione unicamente agli effetti della pronuncia di annullamento, e quindi a collocare il potere di *injonction* tra i rimedi esecutivi di una prescrizione già pienamente - ed unicamente - definita dalla pronuncia cassatoria ¹³⁰.

Nel dettaglio, l'art. 911 – 1 c.j.a., attribuisce al giudice, dietro domanda di parte e solo qualora questa acceda ad un ricorso per annullamento ¹³¹, il potere di prescrivere nel dispositivo della sua decisione l'adozione di una misura determinata, quando risulta che l'amministrazione debba provvedere univocamente in un determinato senso.

Il nuovo punto di equilibrio della separazione dei poteri è quindi rinvenibile da un lato nella limitazione del potere di *injonction* all'attività vincolata, dall'altro nella impossibilità di agire *in via principale* per ottenere la condanna dell'amministrazione.

In altri termini, quando il motivo di annullamento restituisce all'amministrazione una sola scelta possibile, il Giudice può prescrivere l'adozione dell'atto o del comportamento necessitato ¹³².

Nel caso in cui invece non sia emersa in giudizio la definitiva regola di diritto della fattispecie, ma solo il dovere dell'amministrazione di provvedere in un senso determinato, ma non univoco e vincolato, l'art. 911 – 2 c.j.a. stabilisce che il giudice, sempre su domanda di parte e nel contesto di un giudizio di annullamento, prescriva l'adozione della nuova misura entro un termine preciso.

¹²⁹ Sulla riconduzione del potere di *injonction* alle misure esecutive del giudicato si veda BRAIBANT G., *Remarque sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoirs*, E.D.C.E., 1961, p. 53 e ss..

¹³⁰ Ed in effetti, come rilevato da PERRIN A., "...les droits subjectifs ne sont appréhendés par le juge de l'excès de pouvoir qu'à travers une règle de droit objectif."; *L'injonction*, cit., p. 810.

¹³¹ La domanda di *injonction* non può essere proposta in via principale e diretta: CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, cit., p. 970.

¹³² Si veda CE 28 luglio 2006, *Dpt Yvelines, Lebon* p. 1029, in cui il Consiglio di Stato, dopo aver annullato l'iniziale rifiuto, ha ordinato al Presidente di un Consiglio Generale di rilasciare parere favorevole all'adozione di un bambino.

L'art. 911 – 3 c.j.a. stabilisce poi che, nei casi previsti dagli articoli 911 – 1 e 2, il giudice possa, su domanda di parte, accompagnare una *astreinte* all'ingiunzione, fissando la data della sua efficacia.

Considerata la difficoltà per i ricorrenti di identificare *a priori* il punto decisivo della controversia, il Consiglio di Stato ha ritenuto di poter pronunciare “d'ufficio” l'ordine di riattivare il procedimento, anche quando il ricorrente avesse richiesto una pronuncia di *injonction* all'adozione di un determinato comportamento (CE 19 ottobre 2005, *Renaud X*, n. 369442).

Di particolare interesse è il principio affermato dalla Cour Administrative d'Appel de Paris in una sua decisione del 13 febbraio 2008 (CAA Paris, n. 06PA02800, *Continella c/APHP : Rec. CE*, p. 507). La Corte ha chiarito che la proposizione della domanda di *injonction* impedisce al giudice di annullare l'atto impugnato per un motivo qualsiasi, nell'ipotesi in cui il ricorrente abbia indicato un motivo che, se accolto, porterebbe al rilascio del provvedimento richiesto.

Il giudice deve quindi accogliere il motivo più soddisfacente per il ricorrente, e che comporti il dovere dell'amministrazione di orientarsi in un senso univoco. Diversamente, la sua decisione sarebbe viziata per omessa pronuncia.

Attraverso questo percorso argomentativo il giudice amministrativo francese ha quindi messo fine alla prassi dell'assorbimento dei motivi (*économie des moyens*), perlomeno nelle ipotesi in cui alla richiesta di annullamento si accompagni quella di pronunciare una *injonction*.

Infine, l'art. 911 – 4 c.j.a. ha introdotto nell'ordinamento francese un istituto assimilabile al giudizio di ottemperanza. La parte interessata, a fronte della inesecuzione di una pronuncia giurisdizionale, può ricorrere al giudice affinché ne venga assicurata ed ordinata l'esecuzione.

Nel caso in cui la pronuncia di cui si chiedi l'esecuzione non abbia determinato a priori le misure per la sua esecuzione - nel caso in cui queste misure non siano state esplicitate dal giudice *a quo* -, il giudice adito deve individuarle e può fissare un termine per l'ottemperanza, stabilendo anche una *astreinte*.

Le innovazioni recate dalla riforma del 1995 hanno quindi restituito un giudice amministrativo molto più attento all'effettività delle sue decisioni ed al loro aspetto pedagogico ¹³³.

La trasformazione del ruolo del giudice dell'*excès de pouvoir* si percepisce del resto considerando che questi, quando pronuncia una *injonction*, pur restando nell'ambito del contenzioso di annullamento deve giudicare, proprio come nel campo della piena giurisdizione, tenendo conto delle circostanze e sopravvenienze di fatto e di diritto esistenti al momento della decisione (CE 4 luglio 1997, Bourezak, Lebon, p. 278).

Si tratta tuttavia di un'arma a doppio taglio, poiché se il giudice può verificare che il ricorrente abbia già medio *tempore* trovato soddisfazione alle proprie pretese in via amministrativa, con conseguente rigetto in tal caso della domanda (CE 16 maggio 2003, *Fréhel*, n. 242010), ciò significa anche che i mutamenti di fatto verificatisi tra la proposizione della domanda e la decisione possono impedire la pronuncia della *injonction* (CE 29 luglio 2002, Paillet, n. 210587).

Non è un caso infine se, a partire dal 1995, con frequenza sempre maggiore, il Consiglio di Stato ha ritenuto, anche al di fuori di una specifica domanda di parte, di poter specificare nella motivazione gli obblighi dell'amministrazione risultanti dalla pronuncia di annullamento (CE Ass., 29 giugno 2001, *Vassilikiotis*, Lebon p. 303) ¹³⁴.

¹³³ ARRIGHI DE CASANOVA J., *Les habits neufs du juge administratif*, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle - Juger l'administration, administrer la justice*, Paris, 2007, p. 11 e ss..

¹³⁴ Non si tratta certo di una novità: già nel 1924 NOEL M., *Les motifs dans les décisions des juridiction administratives*, in *RDP*, 1924, p. 350 e ss., notava come il giudice amministrativo indicasse nella motivazione il comportamento che l'amministrazione avrebbe dovuto tenere in conseguenza della pronuncia di annullamento; è innegabile però che a partire dal 1995 la tecnica abbia trovato nuovo vigore e legittimazione.

8. *L'informatizzazione del processo amministrativo francese.*

Oltre che negli aspetti funzionali, la trasformazione della giustizia amministrativa francese si è concretizzata anche nell'adozione di misure organizzative tendenti alla informatizzazione del processo ¹³⁵.

La recente pubblicazione del decreto n. 2012 – 1437 del 21 dicembre 2012, recante modifiche ed integrazioni alla parte regolamentare del codice della giustizia amministrativa, ha infatti segnato una nuova tappa nella dematerializzazione delle procedure del contenzioso amministrativo, iniziata con l'applicazione Sagace ¹³⁶.

In virtù del citato decreto, a partire dal 2013 gli avvocati dei ricorrenti e le amministrazioni possono infatti depositare i ricorsi e gli atti di causa in formato elettronico attraverso l'applicazione “Télérecours”.

“Télérecours” è aperta a tutti gli avvocati e a tutte le amministrazioni (compresi gli *organismes de droit privé* incaricati di pubblici servizi) per ogni tipo di contenzioso, quale che sia l'oggetto e la natura della procedura (art. R. 414 -1 codice giustizia amministrativa).

L'applicazione permette alle parti di trasmettere tutte le loro produzioni (richieste, memorie, *pieces*) e di ricevere tutti gli atti del processo promananti dalla giurisdizione (comunicazioni, richieste istruttorie, avvisi di fissazione udienza, notificazioni delle decisioni).

Le parti possono firmare le proprie produzioni in forma elettronica, conformemente alle prescrizioni dell'art. 1316 – 4 del codice civile, se dispongono di un certificato elettronico.

¹³⁵ Si veda, in generale, *L'e-justice*, SELAMI Y, 2009, in *www.e-juristes.org*, 2009; con particolare riferimento alla giustizia amministrativa: LEMAITRE M.F., *Téléprocédures administratives, le pari de la confiance*, in *AJDA*, 2001, p. 628; BODIN L., *La dématérialisation des procédures*, 2003, p. 2355, *ivi*; BRONDEL S., *Suite de l'expérimentation des téléprocédures* 2007, p. 1045, *ivi*.

¹³⁶ Diverse sperimentazioni erano state avviate dai singoli Tribunali: si veda ad esempio l'esperienza della *Cour administrative d'appel de Paris* negli anni 2007/2010, tesa a dematerializzare la fase della decisione della causa da parte del Giudice; l'iniziativa è descritta da LAPRADE B. M., *La procédure administrative et les NTIC*, in *L'E-justice Dialogue et Pouvoir*, Paris, 2011, p. 27 e ss..

Per utilizzare l'applicazione "Télérecours", le parti debbono preliminarmente iscriversi e figureranno così in un annuario nazionale valido davanti a tutte le giurisdizioni amministrative.

La generalizzazione di questa procedura ha avuto luogo per tappe:

- a partire dal 2 aprile 2013, l'applicazione è stata attivata dinanzi al Consiglio di Stato;
- a partire dal 3 giugno 2013, dinanzi alla Corte Amministrativa d'Appello di Nancy, di Nantes e nei Tribunali Amministrativi del circondario (Besancon, Caen, Chalons – en – Champagne, Nancy, Nantes, Orleans, Rennes e Strasbourg);
- a partire dal novembre 2013, dinanzi alle altre sei Corti Amministrative d'Appello (Bordeaux, Douai, Lyon, Marseille, Paris et Versailles) ed ai Tribunali Amministrativi del circondario.

Nel dettaglio, il decreto (art. R. 414 – 1 comma secondo) ha rimesso al Ministro della Giustizia il compito di regolamentare le caratteristiche tecniche necessarie per garantire l'identificabilità delle parti o dei loro rappresentanti, l'integrità dei documenti, oltre che la sicurezza e la riservatezza degli scambi di informazioni tra le parti ed i Tribunali.

L'*arret* ministeriale, adottato il 12 marzo 2013, ha quindi individuato i due indirizzi web tramite i quali accedere al programma Télérecours (www.telerecours.conseil-etat.fr per il Consiglio di Stato e www.telerecours.juradm.fr per le Corti d'Appello e i Tribunali di primo grado).

Ha poi disciplinato (artt. 2 e 3) il procedimento per l'iscrizione all'applicazione da parte degli avvocati e delle pubbliche amministrazioni; ha stabilito (art. 4) che la sicurezza e la riservatezza delle trasmissioni di dati e documenti siano garantite attraverso l'utilizzazione del protocollo HTTPS (Hyper Text Transfert Protocol Secure – SSLv3); ha previsto (art. 5) la possibilità di sottoscrivere con firma elettronica le richieste, le memorie e le comunicazioni dirette ai Tribunali, ferma restando la facoltà di produrre i citati documenti privi di firma elettronica, essendo in tal caso fatta salva la possibilità

per le cancellerie di richiedere la produzione del documento sottoscritto manualmente (art. R. 414 – 2 comma secondo codice giustizia amministrativa).

Ha infine individuato (art. 8) gli standard dei formati dei file, PDF, DOC, DOCX, RTF, TIF, TIFF, LPG, JPEG e ODT.

Volgendo lo sguardo alla nuova disciplina del codice della giustizia amministrativa, come modificato dal decreto del 2012, risultano di particolare interesse due disposizioni: l'art. R 414 – 3 e l'art. R. 611 – 8 – 2.

La prima disposizione dispensa le parti, che abbiano depositato i propri atti e documenti in formato elettronico, dalla produzione cartacea delle relative copie. Vi è quindi sul punto una prima importante differenza, rispetto a quanto previsto dal codice del processo amministrativo italiano, che impone ai difensori di fornire copia informatica di tutti gli atti di parte e, ove possibile, dei documenti (art. 136 c.p.a.), ma obbliga comunque le parti (art. 5 disposizioni di attuazione) a depositare un numero di copie degli atti pari ai componenti del collegio ed alle parti costituite, addirittura vietando al giudice, in caso di omesso o parziale deposito, di tenere in considerazione il relativo contenuto prima che la parte abbia provveduto all'integrazione.

E' evidente quindi come la normativa francese renda più effettiva la dematerializzazione del processo, rispetto alle disposizioni del codice del processo amministrativo italiano che, al momento, impongono alle parti un doppio onere.

La seconda disposizione stabilisce che le comunicazioni e le notificazioni di cancelleria (le quali vengono messe a disposizione nel fascicolo elettronico del relativo ricorso, previa comunicazione dell'avvenuto "deposito" all'indirizzo mail indicato dalle parti) si presumono conosciute solo al momento della loro effettiva prima consultazione, risultante dal sistema Télérecours, ovvero, al più tardi, decorsi otto giorni dalla messa a disposizione del documento all'interno del sistema.

La norma quindi rafforza le garanzie dei destinatari delle comunicazioni, poiché tende ad assicurare l'effettiva conoscenza della comunicazione da parte del destinatario, rispetto a quanto avviene nel processo amministrativo italiano

¹³⁷. A ben vedere, la disposizione francese riecheggia in sostanza le norme dettate dal legislatore italiano per le notificazioni tramite il servizio postale.

9. Considerazioni finali.

All'esito di questa breve analisi delle tipologie di contenzioso e dei poteri del giudice amministrativo francese, è possibile fare tesoro di alcuni orientamenti innovativi ed avanzati, che sembrano adattabili senza grosse difficoltà al processo amministrativo italiano.

In primo luogo, come si è visto, l'origine oggettiva del contenzioso di annullamento non ha impedito al Consiglio di Stato di sindacare la *légalité interne* dei provvedimenti amministrativi, raggiungendo una profondità di giudizio forse maggiore di quella sperimentata dal giudice italiano, soprattutto con riguardo alla verifica della correttezza della qualificazione giuridica dei fatti operata dall'amministrazione. Giudizi che nel nostro ordinamento vengono ricondotti e riservati alla discrezionalità dell'amministrazione, sono invece sindacati a fondo dal giudice francese.

In secondo luogo, il Consiglio di Stato francese non ha esitato ad allargare l'oggetto della sua cognizione a fatti ed argomenti non originariamente veicolati nel provvedimento impugnato, al fine di addivenire ad una pronuncia definitiva sulle situazioni giuridiche coinvolte nel giudizio.

In terzo luogo, il legislatore ha recepito le istanze della dottrina ed ha introdotto, oramai circa venti anni orsono, la possibilità per il giudice di ordinare un determinato "comportamento" all'amministrazione, quantomeno nei casi di attività vincolata.

In particolare, sembrano "esportabili" i livelli di profondità raggiunti dal giudice francese nel sindacato sulla discrezionalità; quello che il giudice francese perde in punto di domanda di adempimento, circoscritta all'attività

¹³⁷ Sulla presunzione di conoscibilità delle comunicazioni inoltrate tramite p.e.c. e sull'applicazione del principio ai soli giudizi introdotti successivamente all'entrata in vigore del c.p.a. si veda Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza n. 1702/2014.

vincolata, lo recupera in senso di profondità del sindacato, e non si ravvisano ragioni ostative a trasferire nel nostro ordinamento questi risultati.

Rimane il fatto però che l'ordinamento francese è ancorato alla centralità dell'azione di annullamento, e che quindi il sindacato del giudice appare limitato agli elementi che le parti abbiano scelto di veicolare in giudizio, il ricorrente nei propri scritti difensivi e l'amministrazione nel provvedimento prima ed in giudizio poi.

E' quindi sempre possibile che l'amministrazione conservi il potere di agire, anche successivamente ad una pronuncia di annullamento, negando o concedendo al privato l'utilità sperata ovvero intervenendo nuovamente in senso ablativo sulla sua sfera giuridica.

Occorre dunque chiedersi se il nuovo processo amministrativo italiano, come risulta dal codice e per come è influenzato dalla disciplina sostanziale e procedimentale, non tenda invece alla definizione della controversia, e se l'azione di adempimento non possa fornire un contributo alla causa.

Come si chiarirà nel prossimo capitolo, uno dei punti più critici dell'azione di adempimento è il nodo della discrezionalità, nel caso in cui questa sia già stata esercitata.

Ora, è innegabile che l'allargamento della cognizione del giudice, nell'ordinamento francese come in quello italiano, avvenga principalmente in *malam partem*, ai fini di una decisione di rigetto del ricorso; ma è anche vero che se il Giudice può compiere questo tipo di scrutinio, viene meno la giustificazione "istituzionale" che ha impedito l'allargamento della cognizione del Tribunale ad atti e fatti non esteriorizzati nel provvedimento impugnato (ovvero, ancora più a monte, nel procedimento); la disparità di trattamento nei confronti del ricorrente sarebbe difficilmente giustificabile¹³⁸.

Pare quindi che la possibilità di estendere l'oggetto del giudizio al di là del provvedimento, non sia del tutto incompatibile con un processo di legittimità/legalità quale quella esercitata dal giudice amministrativo italiano

¹³⁸ In questi termini si esprime anche CARBONE A., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, p. 255.

all'interno dell'omonima giurisdizione generale e dal Giudice Francese nel contenzioso pour *excès de pouvoir*.

Con particolare riferimento all'esperienza italiana, nel momento in cui l'amministrazione è autorizzata ad integrare la motivazione in corso di giudizio, e comunque ad introdurre nel *thema decidendum* elementi di fatto ed in diritto nuovi e diversi, rispetto a quelli emersi in sede procedimentale, e ciò al fine di evitare l'annullamento dell'atto impugnato, può forse ragionevolmente sostenersi che ci si trovi di fronte in realtà ad un onere, e non ad una mera facoltà processuale.

Se l'amministrazione deve dimostrare *in giudizio* (così l'art. 21 *octies* l. 241/90) - non prima, non dopo - che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato, poiché esisterebbero ragioni legittime, diverse ed ulteriori, rispetto a quelle illegittime, non pare peregrino affermare che l'amministrazione perda il potere di provvedere una volta conclusosi il giudizio stesso, qualora non le abbia eccepito in tale sede ¹³⁹.

E' proprio la legge, infatti, ad indicare il termine ed il contesto in cui debbono essere dedotti i diversi elementi di fatto e diritto che avrebbero giustificato la decisione: termine e contesto che coincidono con il giudizio, e non con un nuovo procedimento, successivo all'annullamento, che dunque non vi sarà o potrebbe comunque non esservi necessariamente.

In questo quadro, un'interpretazione elastica delle norme dettate dal legislatore italiano in tema di azione di adempimento può risultare decisiva: senza voler anticipare le conclusioni cui si giungerà nel prossimo capitolo, la combinazione del principio della domanda e della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (artt. 99 c.p.c. e 34 c.p.a.) con il principio di non contestazione e di vicinanza e disponibilità della prova (art. 64 c.p.a.), ed il tenore letterale dell'art. 31 c.p.a., può rendere la domanda di adempimento idonea ad esaurire il potere dell'amministrazione dell'ambito del giudizio.

¹³⁹ In questo senso VERDE G., in *Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3/2010, p. 798.

CAPITOLO TERZO

L'azione di adempimento nel codice del processo amministrativo.

SOMMARIO: 1. L'azione di condanna e di adempimento nel codice del processo amministrativo. Fondamento e presupposti generali. - 2. La struttura dell'azione di adempimento: contestualità con altra azione. Rapporti con l'art. 34 secondo comma c.p.a.. - 3. I limiti interni all'esercizio dell'azione di adempimento. La correlazione fissata dal legislatore tra adempimento e fondatezza della pretesa. Attività vincolata e dimostrazione in giudizio dell'assenza di discrezionalità residua. - 4. Gli adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione. - 5. Una lettura evolutiva dei mezzi di prova e dell'attività istruttoria come previsti nel c.p.a.. La possibilità per il Giudice di provocare l'esercizio della discrezionalità non esercitata. - 6. L'informatizzazione del processo amministrativo quale strumento di tutela.

1) L'azione di condanna e di adempimento nel codice del processo amministrativo. Fondamento e presupposti generali.

Nella conclusione del capitolo primo del presente lavoro, si è chiarito come i dubbi, insorti in dottrina ed in giurisprudenza, in ordine alla ammissibilità dell'azione di adempimento siano stati definitivamente risolti in senso positivo solo con l'entrata in vigore del decreto legislativo "correttivo" n. 160/2012¹⁴⁰.

Pare però possibile affermare che, nonostante il correttivo, il fondamento dell'azione in esame dovesse e debba rinvenirsi in ogni caso nell'art. 30 c.p.a..

Detta disposizione infatti disciplina in generale l'azione di condanna, prevedendo al primo comma¹⁴¹ che questa possa essere esperita in via autonoma, (solo) nei casi di giurisdizione esclusiva o qualora con essa si

¹⁴⁰ Secondo FERRARA L., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna ad un fare*, in Dir. Proc. Amm. 3/2013, p. 647, "il decreto.... ha chiuso la discussione..".

¹⁴¹ Art. 30 comma primo c.p.a.: "L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma..".

domandi il risarcimento dei danni derivanti dalla lesione di interessi legittimi o di diritti soggettivi rimessi alla giurisdizione amministrativa, ovvero in via contestuale, affiancandola ad altra azione.

Proprio questa differenziazione apre la strada all'ammissibilità di una azione di condanna, diversa da quella prevista in sede di giurisdizione esclusiva o veicolante una pretesa risarcitoria, priva di un contenuto tipico e predeterminato ¹⁴².

Diversi elementi consentono di affermare che, sin dall'entrata in vigore del codice, uno di questi contenuti potesse essere l'ordine, diretto all'amministrazione, di adottare il provvedimento richiesto dal ricorrente (prima, invano, in fase procedimentale e poi in fase processuale): l'art. 34 primo comma lettera c) c.p.a., sembra infatti prevedere un vero e proprio principio di atipicità delle statuizioni adottabili dal giudice ¹⁴³, tra le quali non si può escludere che sia ricompresa una pronuncia ordinatoria quale quella in esame.

Per altro verso, depone(va) in tal senso anche la presenza di ipotesi tipiche di azioni di adempimento, previste nell'ambito dei cc.dd. riti speciali, di cui agli artt. 124 e 116 c.p.a.; ancora più a monte poi, assume(va) rilievo il tenore dell'art. 40 primo comma lettera b) c.p.a. ¹⁴⁴, che testimonia l'intenzione del legislatore di legittimare l'esperimento di azioni diverse da quelle impugnatorie e riecheggia il contenuto dell'art. 163 c.p.c. comma terzo n. 3), ponendo al centro del processo il bene della vita per la cui tutela si agisce dinanzi al giudice amministrativo.

Se così è, l'intervento previsto nel correttivo deve leggersi quale precisazione e completamento di una disciplina già insita nel sistema: il

¹⁴² PAGNI I., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it, n. 6/2012.

¹⁴³ LIPARI M., *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, in www.federalismi.it, 2010, p. 26., precisa che "Anzi, a stretto rigore, si potrebbe ritenere che l'ampia formulazione dell'articolo 34, priva di limitazioni o di specificazioni, introduca, addirittura, un vero e proprio *principio di atipicità* delle statuizioni adottabili dal giudice, anche "oltre" lo stesso accoglimento dell'azione di adempimento. Quest'ultima, infatti, potrebbe essere riguardata come una (ancorché tra le più incisive e rilevanti) delle tante e diverse determinazioni soddisfattive pronunciabili dal giudice."

¹⁴⁴ Secondo cui il ricorso deve contenere "l'indicazione dell'oggetto della domanda, ivi compreso l'atto o il provvedimento eventualmente impugnato..."

legislatore delegato ha infatti inserito l'azione di adempimento proprio nel corpo della lettera c) dell'art. 34, chiarendo dunque che uno di questi contenuti può essere rappresentato proprio dall'azione di adempimento.

Dimostrato che nulla osta ormai all'ammissibilità dell'azione di adempimento nel processo amministrativo, deve a questo punto evidenziarsi una fondamentale differenza rispetto a quanto accade nell'ambito del diritto civile sostanziale e processuale.

Nel processo civile infatti l'azione di condanna¹⁴⁵ si contraddistingue per accordare una tutela giurisdizionale in funzione ed in preparazione dell'esecuzione forzata. La funzione di accertamento propria di ogni processo di cognizione viene infatti esercitata in vista della successiva esecuzione forzata, tramite la quale si interviene nel mondo materiale in caso di inerzia del soccombente¹⁴⁶.

Nel processo amministrativo non vi è una esecuzione forzata fondata sul titolo; esiste il giudizio di ottemperanza. Non si può quindi evidentemente configurare un accertamento teso all'esecuzione forzata (per il caso di mancata collaborazione), né ha grande senso contrapporre accertamento e condanna¹⁴⁷.

Il processo amministrativo è infatti sempre teso all'accertamento, ma la fase di non collaborazione da parte dell'amministrazione è "surrogata" nell'ambito della fase cognitiva del giudizio di ottemperanza, il quale funge senz'altro da giudizio esecutivo ma implica anche una ricognizione dell'inesecuzione della sentenza, ricognizione che è coessenziale alla sua esecuzione; ciò, diversamente dal processo civile, laddove normalmente questa fase ricognitiva è solo eventuale, poiché vi è il titolo esecutivo che astraie la inesecuzione del debitore e rimette l'accertamento dell'esecuzione e le

¹⁴⁵ Di cui l'azione di adempimento rappresenta una *species*, rappresentando un rimedio in virtù del quale viene assicurato all'avente diritto "il conseguimento di quel bene e/o utilità oggetto specifico dell'aspettativa contrattuale e/o della obbligazione". Così DI MAJO A., *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2007 p. 91 e ss..

¹⁴⁶ MANDRIOLI C., *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 1341 e ss.; *Contra*, PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1978, p. 1104 e ss., il quale rileva come vi siano casi in cui la condanna prescinde dalla correlazione con l'esecuzione forzata.

¹⁴⁷ SASSANI B., *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, cit., p. 145 e ss..

contestazioni ad un giudizio di cognizione solo eventuale (l'opposizione all'esecuzione di cui all'art. 615 c.p.c.).

Stando così le cose, nel processo amministrativo diventa quindi fondamentale, più che la possibilità stessa per il giudice di ordinare la condanna dell'amministrazione, l'ampiezza dell'accertamento ¹⁴⁸. Più è ampia la cognizione, più è ampio l'accertamento, meno è ampia la portata ricostruttiva del giudizio di ottemperanza.

Per quanto concerne poi, nello specifico, l'azione di adempimento, intesa quale *species* dell'azione di condanna, volta ad ordinare all'amministrazione il rilascio del provvedimento necessario per la soddisfazione della pretesa sostanziale del ricorrente, essa presuppone evidentemente che si possa parlare di un obbligo da (far) eseguire coattivamente in caso di mancanza di spontanea collaborazione.

Da un punto di vista sostanziale, occorre quindi domandarsi se possa parlarsi di obblighi della pubblica amministrazione. E la risposta non può che essere positiva.

Sul punto, sono senz'altro da condividere, perché confortati anche dal dato positivo, quegli orientamenti che assimilano l'interesse legittimo (pretensivo ma anche oppositivo) ad un diritto di credito (valorizzando la funzionalizzazione del potere e quindi il suo lato doveroso/passivo) ¹⁴⁹, quantomeno nelle ipotesi in cui l'attività amministrativa nasca a monte come vincolata, poiché in tali casi i presupposti per l'attribuzione al ricorrente dell'utilità sperata sono già predeterminati dalla legge e non sono nella disponibilità dell'amministrazione.

Il problema si pone, semmai, nei casi in cui l'attività dell'amministrazione sia configurata dal legislatore come discrezionale, nel qual caso può in effetti essere arduo rinvenire l'esistenza di un binomio obbligo determinato/credito determinato, preesistente all'esercizio dell'attività amministrativa.

¹⁴⁸ Per il ruolo fondamentale dell'accertamento nell'ambito della tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione si rinvia a GIANNINI M.S. e PIRAS A. *Giurisdizione Amministrativa*, cit., p. 255 e ss.

¹⁴⁹ FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, p. 105 e ss..

L'accertamento del rapporto racchiuso nel binomio obbligo/credito può però raggiungersi attraverso un diverso percorso, che consenta di determinare definitivamente il contenuto del "diritto di credito" del ricorrente e del corrispettivo "obbligo" dell'amministrazione.

Se è vero che nel caso di attività discrezionale la soddisfazione dell'utilità finale perseguita dal ricorrente - il bene della vita e la stabilità del suo godimento - dipende dalla duplice condizione¹⁵⁰ che l'esercizio del potere avvenga in senso conforme tanto alla legge che alle ambizioni della parte istante, è innegabile che *"dinanzi al giudice vengono portate situazioni in cui il potere di scelta dell'amministrazione è già stato esercitato o situazioni in cui il potere di scelta può essere ancora utilmente esercitato nel corso del giudizio"*¹⁵¹.

Sicché l'utilità la cui spettanza non è emersa nel corso del procedimento, vuoi perché l'amministrazione abbia esercitato il potere in maniera difforme dalla legge (provvedimento illegittimo), vuoi perché non lo abbia esercitato pur dovendolo esercitare (silenzio inadempimento), può emergere - deve emergere, se è possibile che esista, *ex post* - quantomeno nel processo.

Diversamente opinando, si imporrebbe al ricorrente un duplice ed ingiustificato svantaggio: questi, ontologicamente privo del potere di ampliare o conservare da sé la propria sfera giuridica, non otterrebbe il bene della vita né all'esito del procedimento, né all'esito del processo¹⁵².

Quand'anche si condividesse l'affermazione teorica secondo la quale la funzione del processo è quella di statuire sulla situazione fatta valere e non di

¹⁵⁰ Di diritti potestativamente condizionati parlava già GRECO G., in *L'accertamento*, cit., p. 154.

¹⁵¹ VERDE G., *Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice*, cit., p. 798.

¹⁵² Nella sua opera *Giudicato e potere amministrativo*, cit., p. 193, CLARICH M. rilevava come "sull'altare della speditezza e dell'efficienza dell'azione amministrativa gli interessi del cittadino sono sacrificati due volte: la prima volta, per effetto dell'inversione tra posizione sostanziale e posizione processuale delle parti; la seconda volta, per effetto della mancata imposizione in capo alla pubblica amministrazione dell'onere di far valere e dar conto fin dall'origine di tutte le ragioni atte a giustificare l'emanazione dell'atto".

definire per sempre tutta la relazione intercorrente tra le parti ¹⁵³, non può prescindere dal constatare e riconoscere che la parte ricorrente nel processo amministrativo può ricevere una adeguata tutela - sostanziale prima e giurisdizionale poi - solo ed unicamente quando questa relazione venga definita una volta per tutte, in un unico contesto.

Se l'interesse legittimo è posizione sostanziale - come è -, attribuita a fronte della titolarità di un bene della vita pur oggetto del potere amministrativo; se esso è dotato - come dovrebbe, ai sensi dell'art. 24 della Costituzione e dell'art. 6 della CEDU - di tutela giurisdizionale; se per la sua adeguata tutela esso necessita di un'attività della pubblica amministrazione, attiva (interesse pretensivo) o omissiva (interesse oppositivo), che per essere soddisfatta deve per definizione esaurirsi in un unico contesto; se tutto questo è vero, il procedimento amministrativo ed i suoi esiti, e comunque il processo quale *extrema ratio*, devono essere orientati a far emergere definitivamente ciò che spetta o che non spetta al ricorrente (e quindi anche il "diritto di credito"/interesse legittimo, pur parzialmente condizionato nel suo contenuto dall'esercizio del potere) ¹⁵⁴.

Si tratta di un risultato conseguibile, alla luce del dato normativo attualmente vigente ?

La risposta al quesito può essere positiva, a patto che vengano adeguatamente valorizzate quelle tesi che:

- impongono all'amministrazione, sulla base dell'art. 10 *bis* l. 241/90, di manifestare definitivamente in sede procedimentale tutti i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza (giacché, se così non fosse, la disposizione sarebbe priva di utilità e financo di senso) ¹⁵⁵;

¹⁵³ CERINO CANOVA A., *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario al codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, I, Torino, 1980, p. 139; MENCHINI S., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, p. 45.

¹⁵⁴ CORSO G., *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro It.*, 1989, V, p. 430.

¹⁵⁵ CLARICH M., *Tipicità delle azioni*, cit., p. 572; LUBRANO E., *Le azioni*, cit., p. 161; PAGNI I., *L'azione di adempimento*, cit.; GISONDI R., *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, pubblicato sul sito il 23 agosto 2010; PATRONI GRIFFI F., *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, in www.giustizia-amministrativa.it, pubblicato sul sito il 14 dicembre

- rinviengono nell'art. 21 *octies* l. 241/90 la disposizione idonea ad imporre all'amministrazione di esplicitare comunque, nel giudizio, tutte le ragioni ostative al soddisfacimento della pretesa - anche oppositiva - del ricorrente ¹⁵⁶, attraverso una sua applicazione analogica ai casi in cui il ricorrente non domandi solo l'annullamento dell'atto impugnato ma anche la condanna dell'amministrazione ad un *facere* (o, eventualmente e se utile, anche ad un *non facere*).

Queste considerazioni valgono ancor più oggi, nel vigore degli artt. 2, 21 *quinquies* e *nonies* l. 241/90, norme queste ultime che tendono ad attribuire certezza giuridica, valore meritevole di tutela, alle risultanze del procedimento, che non possono essere rimesse in discussione salvo casi eccezionali.

Su queste basi sostanziali, rese oggi ancora più solide dall'art. 1 del decreto legislativo 14 marzo 2013 n. 33, che espressamente pone l'amministrazione "...*al servizio del cittadino*", anche il processo ed i suoi istituti devono *tendere* verso una tutela effettiva, risolutiva dei bisogni del ricorrente.

2) La struttura dell'azione di adempimento: contestualità con altra azione. Rapporti con l'art. 34 secondo comma c.p.a..

Se si volge lo sguardo alla struttura dell'azione di adempimento, analizzando nel dettaglio gli artt. 30 e 34 c.p.a., emerge immediatamente come questa debba necessariamente proporsi contestualmente all'azione di annullamento ovvero all'azione avverso il silenzio.

L'art. 30 infatti stabilisce, in generale, che l'azione di condanna deve essere proposta contestualmente ad altra azione, oppure in via autonoma ma solo nei casi di giurisdizione esclusiva o quando si tratti di azione risarcitoria; dal canto suo l'art. 34 comma secondo prescrive che "*L'azione di condanna al*

2010; TORCHIA L., *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, pubblicato sul sito il 25 novembre 2010.

¹⁵⁶ VERDE G., *Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice*, cit., p. 798

rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata...contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio”.

Non può tuttavia escludersi, quantomeno in linea di principio e sussistendone i presupposti, che l'azione di adempimento possa essere affiancata anche all'azione per la declaratoria di nullità di cui all'art. 31 c.p.a. (fuori dai casi di violazione o elusione del giudicato), poiché la tutela giurisdizionale del ricorrente non può essere condizionata e svilita proprio nelle ipotesi di maggiore gravità del vizio che inficia il provvedimento ¹⁵⁷.

Al fine di vagliare i limiti “esterni” all'esercizio dell'azione di adempimento occorre quindi chiedersi quale sia la *ratio* delle previsioni in parola.

E' stato rilevato, in proposito, ¹⁵⁸ come la necessaria contestualità sia funzionale e connessa al rispetto del divieto per il Giudice, previsto dall'art. 34 comma secondo c.p.a., di “*pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*”, ipotesi che si verificherebbe se l'azione di adempimento fosse esperibile in via autonoma, intervenendo ed incidendo su un “terreno” radicalmente mai battuto dall'amministrazione.

Se così è, tanto più sarà restrittiva l'interpretazione del divieto, tanto meno l'azione di adempimento sarà incisiva, posto che essa postula, come si avrà modo di chiarire, che il Giudice, per accogliere la domanda, *debba* ontologicamente pronunciarsi su profili di fatto e di diritto non previamente vagliati dall'amministrazione, quantomeno nelle ipotesi di silenzio – inadempimento (ma anche nelle ipotesi di annullamento, quando il procedimento si sia concluso con un diniego “preliminare”, non basato su ragioni di merito).

E' quindi fondamentale chiarire cosa debba intendersi per “*poteri non ancora esercitati*”, ed in particolare: se si tratti dell'attività amministrativa

¹⁵⁷ *Contra*, CAPONIGRO R., *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, in *www.giustamm.it*, n. 10/2012, il quale sostiene che in presenza di un provvedimento nullo “è ben difficile che possa essere accertata la fondatezza della pretesa sostanziale dedotta in giudizio.”.

¹⁵⁸ FOLLIERI E., *La tipologia delle azioni proponibili*, cit., p. 191.

successiva all'annullamento dell'atto impugnato ¹⁵⁹; se si tratti dei casi in cui l'amministrazione sia titolare di un potere discrezionale e non vincolato, in sostanziale adesione alla tesi che esclude la presenza del potere - e di interessi legittimi - nei casi di attività vincolata ¹⁶⁰; se si tratti infine dei casi in cui l'amministrazione non abbia ancora esercitato il potere, non essendo ancora maturato il dovere di esercitare l'attività ad essa affidata dalla legge.

Quest'ultima ipotesi appare preferibile. I poteri non esercitati che ostano all'ammissibilità dell'azione di adempimento sono infatti solo quelli che l'amministrazione non aveva l'obbligo di esercitare al momento della proposizione della domanda giudiziale, o perché non è ancora decorso il termine per provvedere, o perché l'attività amministrativa non è stata (ancora) stimolata dal ricorrente nel caso di procedimenti ad istanza di parte, o perché non sono ancora sorti i presupposti affinché essa provveda d'ufficio.

Una volta esercitata o non esercitata l'attività amministrativa doverosa (art. 2 l. 241/90), non vi può essere infatti alcun pericolo di invasione della sfera della pubblica amministrazione, perché al potere si contrappone la pretesa del privato ad una definizione della controversia nel merito (merito inteso come definitiva attribuzione di stabilità al godimento del bene della vita sotteso all'interesse legittimo).

Questa ricostruzione può trovare conferma anche nell'art. 7 c.p.a., che ricomprende nell'oggetto della giurisdizione amministrativa le controversie “...concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo”; se

¹⁵⁹ In che non pare sostenibile, perché si tratterebbe di una interpretazione “abrogatrice” dell'effetto conformativo della sentenza di annullamento, oramai assodato e positivizzato nell'art. 113 c.p.a.. I vari significati attribuibili alla disposizione in esame sono esposti, con particolare riguardo all'atteggiamento della Giurisprudenza, da TRIMARCHI M., *Il divieto di pronunciare con riferimento a potersi amministrativi non ancora esercitati attraverso il prisma della giurisprudenza*, in *Foro Amm. C.D.S.*, 4/2013, p. 1097 e ss..

¹⁶⁰ La tesi in esame è smentita dal dato normativo (art. 31 comma 1 c.p.a.), che consente comunque al Giudice, a fronte di un'attività discrezionale, di ordinare all'amministrazione di provvedere, pur senza determinare il contenuto del provvedimento; la ricostruzione proposta nel testo non è in ogni caso condivisibile, alla luce di quanto rilevato nel precedente paragrafo, nel momento in cui il processo deve tendere alla definizione della controversia e quindi a superare gli ostacoli rappresentati dall'illegittimo mancato esercizio della discrezionalità da parte dell'amministrazione, che non può andare in danno del ricorrente.

l'amministrazione si è illegittimamente pronunciata o non si è pronunciata pur essendovi obbligata, non si tratta di poteri non esercitati, ma di poteri illegittimamente (non) esercitati ¹⁶¹.

In maniera più precisa e richiamando quanto esposto nel paragrafo precedente, si ritiene che il giudice possa pronunciarsi su tutti gli elementi la cui sussistenza è prevista e richiesta dalla norma attributiva del potere - e quindi specularmente costitutiva dell'interesse legittimo -, conferisca questa un potere vincolato o discrezionale.

E' evidente che, così argomentando, la discussione si orienta verso l'oggetto del processo, e quindi si presenta all'interprete il problema del possibile ingresso nella fase di cognizione di poteri - *rectius* di fatti e/o giudizi - non integralmente veicolati nel provvedimento finale o non veicolati, pur dovendolo essere.

Pare però possibile affermare che l'ingresso di tali "nuovi" elementi sia ammissibile, anzi necessario e doveroso, e quindi che il *thema decidendum* non debba essere limitato alla contestazione degli esiti dell'attività amministrativa doverosa illegittimamente esercitata o non esercitata.

Invero, se sulla base del diritto sostanziale la soddisfazione dell'interesse del ricorrente è ancorata al verificarsi di semplici presupposti di fatto già integralmente tipizzati dalla norma attributiva del potere, l'art. 21 *octies* secondo comma primo periodo l. 241/90 già oggi consente, anzi impone, al giudice, in un contesto impugnatorio, di accertare l'esistenza di tali presupposti al fine di verificare se al ricorrente spetti o meno l'utilità finale a tutela della quale ha agito in giudizio.

L'atto amministrativo ed i suoi vizi diventano dunque irrilevanti, nel momento in cui, a prescindere dalla fondatezza del ricorso, il giudice stesso può sussumere la fattispecie concreta all'interno della fattispecie astratta.

¹⁶¹ In questo senso anche TRIMARCHI M., *Il divieto di pronunciare con riferimento a potersi amministrativi non ancora esercitati*, cit., p. 1101.

Quello che il giudice amministrativo è chiamato a verificare oggi non è più la esistenza dei vizi dell'atto; è la esistenza dei requisiti previsti dalla legge affinché la pretesa del privato sia accoglibile ¹⁶².

Questo già avviene e deve avvenire nei casi di azione di annullamento, perché l'art. 21 *octies* l. 241/90, introdotto quando non era stata ancora positivizzata un'azione di adempimento, è chiarissimo.

A fronte di questo potere del giudice, l'azione di annullamento "diventa" insufficiente, o meglio non rilevante, perché nell'oggetto del giudizio già entrano elementi di fatto che non costituiscono il sostrato dei vizi fatti valere; l'annullamento è utilissimo ed anzi necessario, perché elimina dal mondo giuridico l'atto, ma quello che conta sono i poteri di cognizione – di accertamento – del giudice.

Un discorso analogo può farsi nelle ipotesi di attività discrezionale: la tensione del processo verso l'accertamento della sussistenza del bene della vita cui ambisce il ricorrente, implica la facoltà per costui di allegare in giudizio le ragioni, diverse da quelle dirette a contestare il provvedimento (ove esista), per le quali egli ritiene di poter conservare o ampliare la propria sfera giuridica; ed implica l'onere dell'amministrazione, a pena di soccombenza, di dimostrare in giudizio l'infondatezza delle tesi del ricorrente.

E' evidente che la questione diventa molto delicata quando l'amministrazione sia rimasta silente, ed anzi non abbia radicalmente effettuato né la ponderazione degli interessi tipica della discrezionalità, né l'accertamento dei fatti rilevanti ai fini del procedere.

Sul punto si ritornerà più approfonditamente nei prossimi paragrafi, laddove si tenterà di dimostrare che, in simili casi, il giudice è dotato del potere

¹⁶² In senso critico rispetto a questa impostazione si veda FOLLIERI E., *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *Dir. e Proc. Amm.*, n. 1/2008, p. 68 e ss., il quale rileva il pericolo che il giudice, così facendo, di fatto amministri. Il rischio in effetti sussiste; è vero però che è pur sempre l'amministrazione che è onerata di dimostrare la bontà del suo operato, e che la decisione del giudice si fonda comunque sulla legge. Non vi è quindi una vera e propria sostituzione del giudice all'amministrazione, quanto piuttosto solo uno spostamento dell'esercizio dell'attività amministrativa in sede processuale, sotto le spoglie di una difesa (tecnica).

di “spingere” l’amministrazione ad esercitare la discrezionalità non esercitata. Anche seguendo la tesi qui proposta, non vi è quindi mai un esercizio diretto della funzione amministrativa da parte del giudice, quanto piuttosto una contrapposizione tra le tesi di due parti - il ricorrente ed il resistente - in posizione di parità ¹⁶³.

L’azione di adempimento è dunque strumentale rispetto a questo nuovo ordine di idee, poiché essa consente proprio la cognizione di profili del potere non espressi nell’atto, dal momento che in questo caso il processo deve necessariamente assumere a suo oggetto direttamente la pretesa del ricorrente ¹⁶⁴; è così precluso all’amministrazione un nuovo esercizio del potere successivo al giudizio, poiché l’accertamento contenuto nella sentenza riguarda necessariamente tutte le possibili cause ostative al soddisfacimento della pretesa ¹⁶⁵.

Verrebbe in tal modo fatto un ulteriore e decisivo passo in avanti rispetto ai risultati sinora raggiunti dalla giurisprudenza amministrativa, che, sulla base di argomentazioni essenzialmente equitative e non positivo/sistematiche, ha ritenuto esaurito il potere dell’amministrazione (solo) dopo il secondo esercizio del potere, successivo ad una pronuncia favorevole al ricorrente ¹⁶⁶.

¹⁶³ Nel suo scritto *Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi*, in *Scritti Giuridici*, Padova, 2002, p. 307 e ss. ed in particolare p. 312, LEDDA F. dimostrava infatti come l’amministrazione entra nel processo non come detentrica del potere ma come parte, poiché il processo tende alla verifica dell’esistenza della correttezza giuridica della tesi del ricorrente, che sottende un bisogno di tutela di un bene della vita da conservare o da conseguire. Sul processo amministrativo come processo di parti e sulle conseguenze in punto di poteri e doveri delle parti si veda DOMENICHELLI V., *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.* 4/2001, p. 861, nonché, più di recente, sulla parità delle parti intesa come parità assertoria, RAMAJOLI M., *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 1/2013 p. 124.

¹⁶⁴ CLARICH M., *Tipicità*, cit., *passim*. L’assunto pare oggi confermato dalla circostanza che il codice del processo amministrativo ricollega concettualmente ammissibilità dell’azione di adempimento e “fondatezza della pretesa”, attraverso il rinvio compiuto dall’art. 34 all’art. 31 comma terzo.

¹⁶⁵ CARBONE A., *L’azione di adempimento*, cit. p. 121.

¹⁶⁶ Consiglio di Stato, sezione V, 6 febbraio 1999, n. 134, in *Foro it.* 1999, III, p. 166 e ss.

3) I limiti “interni” all’esercizio dell’azione di adempimento. La correlazione fissata dal legislatore tra adempimento e fondatezza della pretesa. Attività vincolata e dimostrazione in giudizio dell’assenza di discrezionalità residua.

Chiarita l’ammissibilità dell’azione di adempimento e circoscritta la portata dell’art. 34 comma secondo c.p.a., ci si deve interrogare sui limiti alla possibilità di ottenere la condanna dell’amministrazione all’adozione del provvedimento richiesto.

Prima dell’entrata in vigore del “correttivo”, la dottrina ¹⁶⁷ e la giurisprudenza ¹⁶⁸ avevano rinvenuto un limite “naturale” all’ammissibilità dell’azione di adempimento nel disposto dell’art. 31 terzo comma c.p.a., concernente l’azione avverso il silenzio: il giudice avrebbe potuto accertare la fondatezza della pretesa e quindi condannare l’amministrazione a rilasciare il provvedimento richiesto, solo nei casi di attività vincolata *ab origine* o di attività discrezionale oramai definitivamente ed irretrattabilmente esercitata.

Il d.lgs. 160/2012 ha confermato questa impostazione, stabilendo che l’azione di adempimento è esercitabile “*nei limiti di cui all’art. 31, comma 3*”, rinsaldando dunque il nesso tra azione di adempimento e accertamento della fondatezza della pretesa, essendo l’una funzionale all’altro e viceversa.

Peraltro, l’adozione di una pronuncia di condanna al rilascio del provvedimento, attribuendo al ricorrente proprio l’utilità specifica richiesta, implica e presuppone l’inesistenza di motivi ostativi alla soddisfazione della pretesa.

¹⁶⁷ CARBONE A., *L’azione di adempimento*, cit. p. 228; PAGNI I., *L’azione di adempimento*, cit.;

¹⁶⁸ cfr. T.A.R. Lombardia sez. III, sentenza 8 giugno 2011 n. 1428: “Tale disegno, è bene precisare, non consente certo di ritenere che all’accoglimento del ricorso possa sempre e comunque conseguire la fissazione della regola del caso concreto; ciò sarà consentito solo in presenza di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità. Il principio, stabilito dall’art. 31, comma 3, deve ritenersi di ordine generale dal momento che l’interesse pretensivo, sia che l’amministrazione rimanga inerte sia che emani un provvedimento espresso di diniego, ha la stessa consistenza e lo stesso bisogno di tutela”.

La spettanza del bene della vita potrà dunque essere accertata dal giudice amministrativo, innanzitutto, nei casi di attività vincolata: il che è coerente con il fatto che in simili ipotesi l'assetto degli interessi è già predeterminato dal legislatore, sicché il giudice si limita a sussumere una situazione di fatto all'interno della norma ¹⁶⁹.

I possibili motivi ostativi alla soddisfazione del bene della vita, cui ambisce ad essere definitivamente titolare il ricorrente, sono infatti già tutti precisamente individuati in astratto dalla norma.

Ora, se è vero che, in tali casi, la fondatezza della pretesa e l'obbligo per l'amministrazione di soddisfare l'istanza del privato potevano già desumersi, prima dell'entrata in vigore del codice, dalla motivazione della sentenza che avesse accolto l'azione di annullamento e dal conseguente effetto conformativo ¹⁷⁰, è anche vero però che la presenza, nel dispositivo, di un chiaro ordine di condanna può rappresentare un utile deterrente per quelle amministrazioni poco propense a conformarsi alle statuizioni del giudice amministrativo.

Il *punctum dolens* è allora senz'altro costituito dalla presenza nella fattispecie di elementi di discrezionalità: il giudice amministrativo può accertare la fondatezza della pretesa quando la spettanza del bene della vita dipende da una scelta dell'amministrazione, o da una ponderazione di interessi riservata all'autorità ?

L'art. 30 c.p.a. sul punto prevede che ciò sia possibile *“quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione”*.

¹⁶⁹ PAGNI I., *L'azione di adempimento*, cit.

¹⁷⁰ L'equiparazione tra l'effettività assicurata dall'effetto conformativo del giudicato di annullamento, in caso di attività vincolata, e dalla condanna al rilascio del provvedimento richiesto è stata sostenuta anche di recente dal Consiglio di Stato, dopo l'entrata in vigore del c.p.a. ma prima del correttivo, nella sentenza 27 giugno 2011, n. 3858, che ha negato l'ammissibilità dell'azione di adempimento.

Il codice richiede quindi di valutare la sussistenza della discrezionalità in termini concreti, e non già in termini astratti ¹⁷¹: tanto si desume dal fatto che il legislatore considera possibile una pronuncia di condanna anche di fronte ad un'attività che nasca come discrezionale, ma che nel suo dipanarsi - eventualmente provocato dal giudice, come si vedrà - abbia affrontato e valutato nel concreto tutti i presupposti tipizzati dalla norma attributiva del potere.

E' chiaro quindi che il riscontro sulla sussistenza degli "ulteriori margini" debba essere effettuato con riferimento al caso di specie, e quindi innanzitutto con riferimento al procedimento amministrativo e poi alla relativa verifica in sede giurisdizionale ¹⁷².

Ci si deve chiedere allora quando possa parlarsi di assenza di ulteriori profili discrezionali, e quali siano questi adempimenti istruttori ancora da compiersi che siano riservati all'amministrazione.

Quanto al primo aspetto (assenza di ulteriori profili di discrezionalità), possono ragionevolmente prospettarsi due soluzioni.

La discrezionalità può ritenersi "esaurita" innanzitutto nei casi in cui l'amministrazione abbia rifiutato espressamente il provvedimento richiesto per motivi per così dire di merito, "finali", avendo ritenuto sussistenti i requisiti di ammissibilità, di legittimazione ed i presupposti rilevanti per l'emanazione del provvedimento (art. 6 l. 241/90), ed i risultati di questa valutazione siano stati ritenuti illegittimi dal giudice.

In simili ipotesi, la tensione del processo amministrativo, come disegnato dal codice, verso la definizione della lite, già evidenziata e giustificata nei paragrafi che precedono, impedisce di ritenere sussistente un residuo potere dell'amministrazione di pronunciarsi nuovamente sulla questione dopo il processo, e ammantata di irretrattabilità gli esiti del procedimento come cristallizzati nel provvedimento ¹⁷³.

¹⁷¹ Si vedano sul punto le considerazioni di BENATAZZO C., *L'azione "atipica" di condanna: caratteri, limiti e sua esperibilità nei casi di diniego di titoli abilitativi edilizi*, in www.giustamm.it.

¹⁷² GALLO C.E., *Il forum sull'azione di adempimento*, in *Guida al diritto*, nov./dic. 2011, p. 91.

¹⁷³ Si vedano sul punto anche le osservazioni di LUBRANO E., *Le azioni*, cit., p. 163.

Il raggiungimento di tale risultato sembra poi essere legittimato dal disposto dell'art. 21 *quinquies* della l. 241/90, che ha posto un consistente limite alla cosiddetta inesauribilità del potere amministrativo ¹⁷⁴.

La disposizione citata infatti, nel legittimare la revoca di un provvedimento amministrativo ad efficacia durevole nei soli casi di sopravvenuti motivi di pubblico interesse, di mutamento dei fatti ovvero di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, consente all'amministrazione di pronunciarsi una seconda volta sulla medesima vicenda giuridica, incarnata nel procedimento e nel provvedimento, solo in presenza di un *quid novi*. Il che sembra presupporre che il potere di provvedere si consumi all'esito del procedimento, e che si riespanda solo in presenza di nuovo elementi di fatto.

Del resto, l'idea di un rapporto tra amministrazione e cittadino, fondato sulla fiducia e sulla buona fede, sul rispetto della certezza del diritto, viene oggi estesa non solo ai casi in cui il potere sia stato esercitato, ma anche al suo farsi dinamico e procedimentale, attribuendosi tendenziale stabilità agli elementi raccolti nel procedimento anche ad iniziativa del privato, che concorre alla determinazione del contenuto della funzione amministrativa ¹⁷⁵.

Vi è da rilevare peraltro come una simile impostazione, allo stato, non trovi riscontro nelle più recenti pronunce del giudice amministrativo.

Può sul punto citarsi la sentenza pronunciata dal T.A.R. Lazio – Roma, n. 6844 del 10 luglio 2013, resa all'esito dell'impugnazione di un diniego di autorizzazione di passo carrabile.

Pur avendo rilevato l'illegittimità del diniego, motivato dal comune di Roma in ragione di un asserito "notevole traffico pedonale" (art. 46, secondo comma, D.P.R. 495/92), che se esistente avrebbe condizionato il rilascio dell'autorizzazione alla presenza di una separazione dell'entrata carrabile da quella pedonale, ma in realtà inesistente sulla base di quanto emerso

¹⁷⁴ Sulla inesauribilità del potere si veda ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, p. 180; MONTEDORO G., *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2006, p. 334; CORSO G., *Manuale di diritto Amministrativo*, Torino, 2013, p. 300.

¹⁷⁵ GIGANTE M., *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008, p. 6.

nell'istruttoria procedimentale e processuale, il giudice amministrativo ha ritenuto di non poter accogliere l'azione di adempimento proposta dal ricorrente.

Il Tribunale capitolino ha ritenuto che residuasse ancora in capo all'amministrazione uno spazio di potere discrezionale, in ordine ad "*ogni decisione circa la compatibilità dello stato dei luoghi ed il rilascio dell'autorizzazione per il passo carrabile*".

A ben vedere, sembra possibile affermare al contrario che la mancata dimostrazione, da parte dell'amministrazione, prima nel procedimento e poi nel processo, dell'esistenza del "*notevole traffico pedonale*", non avrebbe potuto portare ad un risultato diverso dall'accoglimento della domanda di adempimento.

E' chiaro, in ogni caso, che la ricostruzione appena proposta non può valere per le ipotesi di inerzia della pubblica amministrazione, soprattutto nei casi in cui l'amministrazione non solo non abbia concluso il procedimento, ma non abbia neppure iniziato la fase istruttoria, essendo rimasta completamente inerte.

E' proprio in questi casi allora che assume fondamentale importanza la possibilità per il giudice amministrativo, al fine di acclarare la fondatezza della pretesa, di estendere il suo sindacato a profili discrezionali che non sono stati ancora esercitati - e che quindi non sono direttamente censurabili dal ricorrente - ma che erano doverosamente esercitabili.

Sul punto soccorre il tenore letterale dell'art. 30, che condiziona ma allo stesso tempo ancora (*il giudice può accertare...se risulta...*) la verifica della fondatezza della pretesa, alla risultanza in sede processuale della serietà e credibilità delle allegazioni del ricorrente, che questi avrà cura di effettuare a sostegno della propria domanda, ed alle difese dell'amministrazione.

Il problema si sposta quindi verso la verifica (*rectius* la prova) delle argomentazioni del ricorrente e delle difese dell'amministrazione.

E' innegabile che, così argomentando, il "problema amministrativo" venga impostato e risolto per la prima volta davanti al giudice (ma non dal giudice); ma è altrettanto innegabile che questo non possa e non debba rappresentare un

ostacolo in un processo non più incentrato sulla *logica dell'atto*, quanto piuttosto sulla tutela della situazione giuridica azionata dal ricorrente ¹⁷⁶.

Dovranno quindi essere massimamente valorizzati e padroneggiati, dal giudice come dalle parti, tutti gli istituti previsti dal codice in punto di istruttoria e di onere della prova, ed in particolare il disposto dell'art. 64 c.p.a. ¹⁷⁷, che positivizza anche nel processo amministrativo il principio della vicinanza della prova ¹⁷⁸ ed attribuisce fondamentale rilievo al principio di non contestazione, mutuando la disciplina del processo civile.

4) Gli adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

Prima di analizzare criticamente gli istituti previsti dal codice in tema di prova e di istruttoria, occorre ancora tentare di attribuire un significato preciso

¹⁷⁶ Secondo l'insegnamento di LEDDA F., che nel suo scritto *Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi*, cit., p. 324, rilevava come "può apparire già singolare il fatto che il problema amministrativo venga introdotto, impostato ed avviato a soluzione in sede giurisdizionale, mentre è nostra abitudine che il giudice debba assumere ad oggetto del suo esame un problema già risolto, od una decisione e il suo processo formativo; e quasi innaturale sembra a tutta prima il modo stesso di atteggiarsi dell'amministrazione, cioè il suo impegnarsi in indagini o valutazioni i cui esiti non possono essere condensati (come sarebbe avvenuto prima del processo) in una proposizione giuridica dotata di autorità. Ma queste singolarità non corrispondono ad alcuna anomalia, e a tutta prima possono disorientare solo quanti, più o meno consapevolmente, seguano quel modo di ragionamento che ancora è vincolato alla logica dell'atto, ed anzi, più precisamente, dell'atto imperativo".

¹⁷⁷ Per completezza si riporta il dato testuale della disposizione in esame: "art 64. Disponibilità, onere e valutazione della prova.

1. Spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni.

2. Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite.

3. Il giudice amministrativo può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione.

4. Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento e può desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo."

¹⁷⁸ Elaborato in materia di obbligazioni dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza n. 13533 del 30 ottobre 2001 e successivamente affinato nelle sentenze del 11.1.2008, nn. 577 e 582.

all'ulteriore limite posto dall'art. 31 c.p.a. all'accertamento della fondatezza della pretesa.

Ci si riferisce all'inciso “...*non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione*”.

Se interpretata letteralmente, la disposizione in esame escluderebbe l'ammissibilità dell'azione di adempimento in tutti i casi in cui il procedimento si sia arrestato prima della fase istruttoria, ovvero comunque senza che siano stati accertati tutti i fatti e le valutazioni - anche discrezionali - previsti e presupposti dalla norma attributiva del potere ¹⁷⁹.

Il che rappresenterebbe un notevole ostacolo al pieno utilizzo dell'azione di adempimento, che risulterebbe inammissibile proprio nelle ipotesi in cui l'amministrazione abbia tenuto un comportamento inerte, e quindi massimamente censurabile e pregiudizievole per il ricorrente.

Appare tuttavia possibile prospettare una diversa lettura della norma.

A ben vedere, la disposizione sembra piuttosto limitarsi a confermare, in ossequio al principio della separazione dei poteri, che il giudice non possa accertare i fatti rilevanti per la decisione in via autonoma, d'ufficio, tramite i suoi ausiliari (C.T.U., verificatore, commissario *ad acta* nominato all'esito dell'accoglimento di una ordinanza cautelare propulsiva), in assenza di una sollecitazione da parte del ricorrente, ad esempio quando questi si sia limitato a chiedere la condanna dell'amministrazione a provvedere, ma non anche a provvedere in un senso determinato.

Qualora invece fosse proprio il ricorrente a prospettare un possibile esito favorevole di questi accertamenti pur non ancora compiuti, ad esempio supportando le proprie tesi attraverso una consulenza tecnica di parte versata in atti, l'istruttoria processuale, svolta in contraddittorio tra le parti, potrebbe essere orientata a far compiere questi accertamenti direttamente dall'amministrazione, attraverso una richiesta di chiarimenti ai sensi dell'art. 63 c.p.a., ovvero disponendo una consulenza tecnica o una verifica.

¹⁷⁹ Per questa interpretazione si veda T.A.R. Sardegna, sezione II, sentenza n. 962 del 23 dicembre 2013.

La richiesta di tutela della posizione giuridica sostanziale potrebbe quindi fungere da “leva”, trasformando quelli che prima del processo erano “accertamenti riservati all’amministrazione”, in “semplici” elementi di fatto e di diritto la cui sussistenza deve essere vagliata dal giudice, al solo fine di accertare la fondatezza della pretesa ¹⁸⁰.

Se così non fosse, ancora una volta l’inerzia dell’amministrazione andrebbe in danno del ricorrente, il quale non otterrebbe all’esito del processo una pronuncia definitiva sulle proprie istanze.

Il fatto poi che l’istruttoria venga svolta in contraddittorio tra le parti consentirebbe comunque all’amministrazione di effettuare, in vista del processo ed al fine di riversarli in esso, detti accertamenti, sottoponendoli alla cognizione del giudice, il quale ne verificherebbe gli esiti, rispettando beninteso i limiti di sindacato propri di un processo di legittimità.

In altre parole, gli esiti dell’attività discrezionale, o, meglio, delle argomentazioni ed allegazioni difensive aventi ad oggetto quella che prima del processo sarebbe stata tale, e che in sede processuale coincide invece con la tesi dell’amministrazione volta al rigetto della domanda, potranno comunque essere sindacati dal giudice, il quale non potrà in ogni caso sostituire la propria valutazione a quella compiuta dall’amministrazione, laddove questa si dimostri corretta ¹⁸¹.

L’adunanza plenaria n. 3/2011 ha sul punto fornito una precisa indicazione, ammettendo l’azione di adempimento “*sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica*” ¹⁸².

¹⁸⁰ Sotto questo profilo risultano molto interessanti le proposte di LUBRANO E., *Le azioni*, cit., p. 164, il quale evidenzia come l’affidamento di simili compiti ad amministrazioni diverse da quelle chiamate in causa possa garantire, quantomeno in teoria, una maggiore imparzialità nel risultato.

¹⁸¹ La compatibilità del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità (tecnica) con l’art. 6 della CEDU è stata di recente riconosciuta dalla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo del 27 settembre 2011 - Ricorso n. 43509/08 - A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia.

¹⁸² Si veda in proposito il commento di CARINGELLA F., *La giurisprudenza regala all’interesse legittimo la tutela atipica*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 1/2012, p. 3 e ss.

L'inciso, apparentemente limitativo di una piena applicazione dell'azione di adempimento, può tuttavia essere inteso in senso compatibile con quanto affermato sino ad ora: la fondatezza della pretesa del ricorrente non potrà essere accertata qualora la valutazione discrezionale pura o tecnica abbia resistito anche al consueto vaglio del giudice.

Semmai, occorre chiedersi se il giudice amministrativo italiano non possa, anche alla luce degli strumenti messi a disposizione dal legislatore in punto di accesso diretto al fatto, rinforzare ed estendere il proprio sindacato in ordine ai "concetti giuridici indeterminati", sulla falsariga di quanto accade in Francia, laddove, come si è chiarito nel precedente capitolo, una simile attività del giudice viene ricondotta a mera applicazione della legge¹⁸³.

5) *Una lettura evolutiva dei mezzi di prova e dell'attività istruttoria previsti dal c.p.a.. La possibilità per il giudice di provocare l'esercizio della discrezionalità non esercitata.*

Si è già messo in luce come il processo amministrativo possa assicurare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, assicurando al cittadino il conseguimento definitivo del bene della vita, solo se il giudice è in grado estendere il suo sindacato anche ai profili dell'attività discrezionale che non sono stati (ancora) esercitati.

Beninteso, questo peculiare sindacato, ove ammissibile, dovrebbe comunque rimanere all'interno del perimetro della giurisdizione di legittimità e non sconfinare nel merito della scelta riservata dalla legge all'amministrazione¹⁸⁴.

¹⁸³ Di recente, a proposito della sentenza del T.A.R. Lombardia n. 1428/2011, è stato ribadito come in presenza di concetti giuridici indeterminati il giudice si limita ad interpretare una norma elastica e ad applicarla ad una fattispecie concreta: così MENCHINI S., *Il forum sull'azione di adempimento*, cit. p. 107.

¹⁸⁴ Secondo il tradizionale insegnamento della Corte di Cassazione, il giudice amministrativo invade la sfera riservata all'autorità amministrativa (solo) quando "eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato e sconfinando nella sfera del merito (riservato alla p.a.), compia una diretta e concreta valutazione della opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento,

Si tratta quindi essenzialmente di stabilire se il giudice possa “provocare” l’esaurimento della discrezionalità non ancora esaurita ¹⁸⁵.

Sul punto, il codice del processo amministrativo sembra avere previsto una disciplina parzialmente diversa da quella prevista nel sistema tedesco di giustizia amministrativa, che, come si è visto, ha costituito per lungo tempo il punto di riferimento per la dottrina che ha sollecitato l’introduzione nel nostro ordinamento dell’azione di adempimento.

Secondo la tesi maggioritaria in giurisprudenza ¹⁸⁶, il giudice amministrativo tedesco non può esercitare i propri poteri istruttori al fine di rendere matura la questione per la decisione (*Spruchreife*), quando la questione stessa implichi l’esercizio di poteri discrezionali ovvero lo svolgimento di attività istruttorie complesse o riservate a soggetti dotati di competenze tecniche particolari.

Invece, il codice del processo amministrativo, ammettendo l’azione di adempimento anche in presenza di attività in astratto discrezionale, purché risulti in giudizio che non sussistono ulteriori margini per un suo esercizio, esige unicamente che, prima della decisione dell’organo giudicante, la discrezionalità sia stata esercitata, ma non preclude che questo possa - debba - sostanzialmente avvenire in sede processuale.

In altre parole, si vuol dire che l’art. 31 c.p.a. sembra unicamente riaffermare che le valutazioni discrezionali siano riservate all’amministrazione, ma non anche escludere che il processo possa essere orientato a far emergere in concreto tutti i profili dell’attività discrezionale rilevanti per la decisione, anche perché la “pretesa” della parte ricorrente, collegata al bene della vita, rimane tale anche di fronte ad un’attività discrezionale.

esprima la volontà dell’organo giudicante di sostituirsi a quella dell’amministrazione, così esercitando una giurisdizione di merito in situazioni che avrebbero potuto dare ingresso soltanto a una giurisdizione di legittimità.”. Così, da ultimo, Cassazione Civile, Sezioni Unite, sentenza 30.10.2013 n. 24468.

¹⁸⁵ Come ipotizza CARBONE A., *L’azione di adempimento*, cit., p. 243, sulla falsariga di quanto avviene nel processo amministrativo tedesco.

¹⁸⁶ Si vedano gli esempi citati in KOPP F.O. – SCHENKE W.R., *Verwaltungsgerichtsordnung: Kommentar*, 2009, Rn. 199, p. 1379.

In quest'ottica, rileva innanzitutto l'affermazione, l'allegazione e la dimostrazione da parte del ricorrente di tutti gli elementi di fatto, che siano nella sua disponibilità, anche relativi ad aspetti discrezionali dell'attività amministrativa non ancora esercitata ¹⁸⁷, e l'indicazione nel ricorso introduttivo di tutti i mezzi di prova eventualmente necessari per addiversi alla dimostrazione della fondatezza della pretesa.

Nulla osta a che il ricorrente prospetti anche un possibile esito dell'attività discrezionale, ad esso favorevole, giustificando la sua tesi sulla base dei fatti dedotti ed emersi in sede procedimentale ¹⁸⁸, affermando quindi la compatibilità della propria pretesa con la norma attributiva del potere discrezionale.

Si tratterebbe, in definitiva, dell'adattamento al processo amministrativo del principio per cui *“il creditore, sia che agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte: sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento”* ¹⁸⁹.

Beninteso, l'esercizio della discrezionalità in senso sfavorevole al ricorrente costituirebbe piuttosto un fatto astrattamente impeditivo della pretesa, pur sindacabile dal giudice nei limiti della legittimità.

A fronte delle deduzioni del ricorrente, l'amministrazione sarebbe, innanzitutto, quantomeno onerata di contestare i fatti da questi allegati, i quali,

¹⁸⁷ In questo senso CARBONE A., *L'azione di adempimento*, cit., p. 253.

¹⁸⁸ LEDDA F., *Efficacia del processo*, cit., p. 323, rilevava come il ricorrente non dovrebbe neppure essere “tenuto ad indicare analiticamente tutti gli elementi che condizionano la legittimità del provvedimento atteso, e per altro aspetto la doverosità della sua emanazione: trattandosi di presupposti che secondo i principi di diritto sostanziale debbono formare oggetto in prevalenza di una verifica dell'amministrazione pubblica, una indicazione sarà necessaria per quei soli elementi rispetto ai quali un onere a carico dell'istante si può affermare secondo la disciplina del procedimento amministrativo”.

¹⁸⁹ Cass. Civ. SS. UU., 30 ottobre 2001, n. 13533.

diversamente, dovrebbero darsi per ammessi, e quindi non abbisognavoli di essere provati, pur se liberamente valutabili dal giudice ¹⁹⁰.

A prescindere dal comportamento dell'amministrazione, un ruolo fondamentale spetterebbe comunque al giudice amministrativo ¹⁹¹, tenuto a riequilibrare lo squilibrio derivante dalla detenzione, in capo all'amministrazione, non tanto e non solo degli elementi di fatto rilevanti per la decisione, quanto piuttosto delle ragioni, anche giuridiche e connesse al dipanarsi della discrezionalità, ostative all'accoglimento della domanda.

In questa prospettiva, la "disponibilità" richiamata dall'art. 64 primo comma c.p.a. ¹⁹² potrebbe essere intesa non come disponibilità dei soli fatti, ma anche dei giudizi di valore rimessi all'amministrazione che né il ricorrente né il giudice possono direttamente effettuare.

Senza violare il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, il giudice potrebbe allora richiedere all'amministrazione chiarimenti o documenti (art. 63 primo comma c.p.a.), ovvero direttamente anche informazioni (art. 64 comma terzo c.p.a.) ¹⁹³, aventi ad oggetto proprio

¹⁹⁰ Sulla non contestazione quale *relevatio ab onere probandi* si veda CEA C. M., *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in *Foro It.*, 2011, V, p. 101; RICCI G. F., *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, p. 39;

¹⁹¹ FOLLIERI E., *Il forum sull'azione di adempimento*, cit., p. 93, rileva come oggi "il giudice deve fare la sua parte tesa alla risoluzione della specifica controversia, regolando il rapporto sottoposto al suo sindacato, senza prosecuzione dell'attività amministrativa".

¹⁹² Art. 64 primo comma c.p.a.: "Spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni."

¹⁹³ Si veda T.A.R. Firenze Toscana, sez. III 17/09/2013 n. 1279, in *Foro Amm. - T.A.R.* 2013, 9, p. 2725, che ha ritenuto provata la tardività dell'annullamento da parte della Soprintendenza di una concessione in sanatoria, rilasciata da un comune, in seguito alla mancata ottemperanza da parte dell'amministrazione Statale di fornire chiarimenti su quanto affermato dal ricorrente; sul punto si può rilevare come, forse, il giudice amministrativo non avrebbe neppure dovuto disporre tale pur minima istruttoria, essendo l'amministrazione comunque onerata di contestare specificamente l'assunto del ricorrente, anche in base al principio della vicinanza della prova. Degna di nota è anche T.A.R. Milano sez. III, 06/04/2011 n. 904, in *Diritto e Giustizia online* 2011, 3 maggio (s.m), che ha ritenuto l'ammissibilità dell'interrogatorio libero delle parti, non preclusa dal carattere formale dell'attività amministrativa procedimentale, in ragione dell'ammissibilità della testimonianza scritta e della possibilità del giudice di desumere argomenti di prova anche dal comportamento delle parti nel corso del processo, ex art. 64, quarto comma, c.p.a., ed anzi imposta sia in considerazione della

quei profili dell'attività discrezionale non ancora esercitata, ma il cui esercizio risulta necessario affinché si possa affermare all'esito del processo la spettanza o meno del bene della vita che muove il ricorrente, e che costituisce il vero oggetto della domanda posta al giudice amministrativo, condizionando la fase istruttoria del processo ¹⁹⁴.

Anche nella fase processuale insomma, l'amministrazione rimarrebbe al servizio del cittadino (art. 1 d.lgs. 33/13).

Qualora poi l'amministrazione rimanesse inerte, ovvero non prendesse specifica posizione sulle tesi del ricorrente, limitandosi a contestarle genericamente o rimanendo silente, il giudice potrebbe desumere argomenti di prova (art. 64 quarto comma c.p.a.) da questo particolare contegno della parte pubblica, addivenendo in ipotesi anche a ritenere fondata la domanda di adempimento.

Occorre, peraltro, onestamente rilevare come difficilmente il solo contegno omissivo o generico possa assumere indirettamente il valore di prova piena della spettanza del provvedimento, e come tale dotata di autosufficienza decisoria. Sotto questo profilo, il comportamento processuale dell'amministrazione dovrà necessariamente inserirsi in un più ampio contesto valutativo, come già affermato dalla Corte di Cassazione in casi analoghi ¹⁹⁵.

Si consideri che la tesi appena esposta sembra iniziare a trovare accoglimento anche in alcune pronunce dei Tribunali amministrativi di primo grado.

Con la sentenza n. 9478 del 6 novembre 2013 il T.A.R. Lazio, sezione seconda *bis*, ha infatti condannato il Comune di Roma e la competente Soprintendenza a rilasciare il titolo edilizio richiesto dal ricorrente ¹⁹⁶,

pari dignità delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, sia in ossequio al principio di parità delle parti.

¹⁹⁴ L'importanza di orientare l'istruzione probatoria verso l'assetto degli interessi contrapposti tra le parti viene nettamente messa in risalto da VERDE G., *Il forum*, cit. p. 99.

¹⁹⁵ Si vedano su tutte le sentenze n. 3822 del 1 aprile 1995, in *Giust. Civ.* 1995, 748, e n. 7800 del 13 luglio 1991, in *Giust. Civ.*, 1991, fasc. 7.

¹⁹⁶ Nel dettaglio, il Tribunale ha ritenuto che "Nel caso di specie la Soprintendenza, nonostante l'ampia istruttoria svolta da questo Tribunale, con il suo silenzio non ha adempiuto all'onere probatorio di dimostrare il carattere di inedificabilità assoluta del vincolo o comunque la sua

annullando il generico diniego oppostogli, dal momento che il privato aveva depositato una perizia giurata, a firma di un professionista abilitato, che, attraverso una ricostruzione delle norme e dei vincoli esistenti sull'area e la comparazione delle altre realtà edilizie esistenti nell'area, aveva concluso per la conformità dell'intervento rispetto ai vincoli paesaggistici esistenti, e la Soprintendenza, dal canto suo, era rimasta inerte nei confronti dell'ordinanza istruttoria, con la quale il T.A.R. le aveva ordinato di depositare una "... *dettagliata e documentata relazione sulla vicenda di cui al ricorso e ogni altro elemento utile alla decisione stessa... nel termine di 45 giorni dalla notificazione della presente ordinanza a cura della parte ricorrente ...* ".

Si tratta quindi di un primo segnale, seppur isolato, della presa di coscienza da parte del giudice amministrativo della possibilità e necessità di utilizzare al massimo le potenzialità offerte, in punto di cognizione e di istruttoria, da parte del codice del processo.

6) *L'informatizzazione del processo quale mezzo di tutela.*

Nei paragrafi che precedono si è tentato di dimostrare come il nuovo codice, orientando il processo verso una piena tutela della pretesa del ricorrente, abbia fatto compiere alla giustizia amministrativa un notevole passo in avanti.

Un cenno a parte merita l'informatizzazione del processo, poiché anche questa, sotto un certo profilo, può essere intesa come strumento per migliorare l'effettività della tutela dinanzi al giudice amministrativo.

incompatibilità con il progetto edilizio in esame, in quanto ai sensi dell'articolo 52, comma 1°, C.p.a. "I termini assegnati dal giudice, salva diversa previsione, sono perentori", e secondo l'articolo 54 C.p.c. la sospensione feriale dei termini non si applica al processo cautelare; Al contrario, il progetto è stato motivatamente valutato compatibile dalla perizia giurata di parte ricorrente, e il Comune competente, secondo la documentazione versata in atti, lo ha ritenuto assentibile per la parte di competenza; Alla stregua delle regole probatorie del giudizio amministrativo, si è quindi in presenza di un immotivato diniego, adottato in carenza dei necessari presupposti di fatto e di diritto, in ordine ad un progetto che, viceversa, risulta conforme alle prescrizioni normative ad esso applicabili, e di cui è quindi consentita la realizzazione, avendo l'Amministrazione ormai esaurito il proprio spazio logico e temporale per deliberare".

Autorevole dottrina ha innanzitutto messo in evidenza come lo sviluppo dell'informatica abbia contribuito a trasformare il diritto amministrativo sostanziale, depotenziandone gli aspetti autoritari, poiché la dematerializzazione della società e la crisi dei tradizionali concetti di spazio e di tempo ha reso più sfuggenti e meno controllabili gli oggetti del potere ¹⁹⁷.

Da un punto di vista processuale, l'informatizzazione può operare invece come strumento di ammodernamento del processo, in vista di una sua maggiore equità e giustizia.

E' verosimilmente questa l'ottica in cui si è mosso il legislatore, il quale, all'art. 44 della legge recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo, ha previsto che *“I decreti legislativi di cui al comma 1, oltre che ai principi e criteri direttivi di cui all'articolo 20, comma 3, della legge 15 marzo 1997, n. 59, in quanto applicabili, si attengono ai seguenti principi e criteri direttivi:*

a) assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, al fine di garantire la ragionevole durata del processo, anche mediante il ricorso a procedure informatiche, nonché la razionalizzazione dei termini processuali, l'estensione delle funzioni istruttorie esercitate in forma monocratica e l'individuazione di misure, anche transitorie, di eliminazione dell'arretrato”.

Orbene, secondo alcuni autori l'utilizzo del termine “anche” avrebbe avuto un senso limitativo, nel senso di precludere una completa digitalizzazione del processo amministrativo ¹⁹⁸, con conseguente vizio di eccesso di delega del decreto che avesse completamente informatizzato il processo.

In realtà, sembra più corretto ritenere che il termine vada ricollegato alle due proposizioni che lo precedono, e che quindi l'informatizzazione del processo rappresentasse, nell'ottica del legislatore delegante, una misura sicuramente idonea ¹⁹⁹ a contribuire a rendere *giusto*, ai sensi dell'art. 6 della CEDU e dell'art. 111 Cost., il processo amministrativo.

¹⁹⁷ ROSSI G., *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria*, cit. pag. 60.

¹⁹⁸ Così MANCARELLA M., *Ejustice amministrativa in europa*, Trento, 2010, p. 26.

¹⁹⁹ Per l'appunto individuata a titolo esemplificativo, e non esaustivo, quale uno degli strumenti che il legislatore ritiene idonei ad assicurare la ragionevole durata del processo.

Come noto però, il legislatore delegato ha esercitato la delega con molta parsimonia.

Sono infatti molto scarse le disposizioni del codice del processo amministrativo che possono essere ricondotte alle intenzioni del legislatore delegante. Ci si riferisce agli artt. 52, 90, 130 e 136 c.p.a.; nonché agli artt. 2 e 13 dell'allegato n. 2, recante le norme di attuazione del codice.

L'analisi delle singole disposizioni consentirà di verificare la reale efficacia delle stesse rispetto al fine prefissato nella legge di delega.

L'art. 52 secondo comma c.p.a.²⁰⁰ consente al Presidente del Tribunale di autorizzare le parti alla notifica, anche direttamente tramite il difensore, del ricorso o dei provvedimenti di causa, con qualunque mezzo idoneo e quindi anche per *via telematica* o via fax, ai sensi dell'art. 151 c.p.c..

La disposizione non brilla per chiarezza²⁰¹ e comunque risulta parzialmente superata, sia laddove sembra qualificare come eccezionale, e quindi sottoposta ad autorizzazione, la notificazione effettuata "direttamente dal difensore", sia nella parte in cui pare richiedere l'autorizzazione del Presidente del Tribunale anche per la notifica in via telematica.

In questo quadro, solo il rinvio previsto dall'art. 52 all'art. 151 c.p.c. consente di riportare a logica il sistema; la richiamata disposizione del codice di procedura civile infatti, più correttamente, richiede l'autorizzazione del giudice

CARINGELLA F. – PROTTO M., *Codice del processo amministrativo – commento articolo per articolo al D.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 e a tutte le altre leggi della giustizia amministrativa*, Roma, 2012, p. 74, nell'ambito dei rimedi adottati dal codice del processo per assicurarne la ragionevole durata, definiscono il processo telematico un rimedio organizzatorio, teso a disciplinare l'organizzazione degli uffici giudiziari, contrapposto ai rimedi funzionali, volti invece a regolare le singole fasi processuali. Si veda anche POLITO B.R., *Il tempo del decidere: profili formali e strutturali alla luce del riassetto del processo amministrativo in attuazione della legge di delega n. 69 del 2009*, in www.giustizia-amministrativa.it, pubblicato sul sito il 16 dicembre 2011, secondo il quale, attualmente, lo strumento informatico incide sugli aspetti operativi e sulle attività materiali del processo, ma non sulla sostanza della fase decisoria.

²⁰⁰ Che riprende sostanzialmente il testo dell'art. 12 della l. 205/2000 (abrogata dal c.p.a.), il quale recitava "Il Presidente del Tribunale può disporre che la notificazione del ricorso o di provvedimenti sia effettuata con qualunque mezzo idoneo, compresi quelli per via telematica o fax, ai sensi dell'art. 151 del codice di procedura civile".

²⁰¹ Per analogo rilievo si veda LEPORE M.C. in *Codice del processo amministrativo*, a cura di SANINO M., Torino, 2011, p. 241.

nei soli casi in cui si intenda effettuare una notificazione in forme diverse da quelle già previste dalla legge²⁰².

La notificazione effettuata direttamente ad opera del difensore, anche in forma telematica, dovrebbe quindi giocoforza essere esclusa da quelle che richiedono un previo vaglio autorizzatorio da parte del Presidente del T.A.R..

Il monopolio dell'ufficiale giudiziario nell'attività di notificazione era infatti da tempo venuto meno con l'entrata in vigore della legge 21 gennaio 1994 n. 53, che attribuendo agli avvocati la facoltà di notificazione tramite il servizio postale di atti civili, amministrativi e stragiudiziali, aveva già affievolito il principio della intermediazione necessaria dell'ufficiale giudiziario, ammettendo che questa funzione potesse essere esercitata (anche) dagli avvocati²⁰³.

Quanto poi alla particolare forma di notificazione a mezzo posta elettronica certificata, l'art. 149 *bis* c.p.c., introdotto dal d.l. 29 dicembre 2009, n. 193, convertito con modificazioni in l. 22 febbraio 2010 n. 24, già consentiva di rivolgersi all'ufficiale giudiziario affinché procedesse alla notificazione tramite lo strumento telematico.

Successivamente all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, con la legge di stabilità 12 novembre 2011 n.183, il Legislatore ha poi modificato gli artt. 1, 3 4 e 5 della l. 53/1994, attribuendo all'avvocato anche la facoltà di procedere alla notificazione a mezzo della posta elettronica certificata, con le modalità previste dall'art. 149 *bis* c.p.c..

Con l'art. 16 *quater* del DL 18 ottobre 2012 n. 179 convertito con modificazioni dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221, il Governo ha infine disciplinato organicamente, apportando alcune semplificazioni, la facoltà in esame, introducendo un nuovo articolo nella legge 53/94, l'art. 3 *bis*. L'efficacia delle nuove disposizioni è stata tuttavia differita al quindicesimo giorno

²⁰² Per una particolare forma di notificazione per pubblici proclami, da eseguirsi solo in forma telematica, quindi senza pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale si veda T.A.R. Lazio, Sezione III *Bis*, Decreto Presidenziale N. 27429/2013.

²⁰³ Si veda PUNZI C., *Le notificazioni eseguibili dagli avvocati e dai procuratori legali*, in *Studi in onore di C. Mandrioli*, I, Milano, 1995, p. 197 e ss.; BALENA G., *Sulle notificazioni eseguibili dal difensore (legge 21 gennaio 1994, n. 53)*, in *Foro it.*, 1994, I, p. 2373 e ss.; BRUNELLI B., *Prime riflessioni intorno alla nuova legge sulle notificazioni affidate agli avvocati*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 645.

successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale di un decreto ministeriale di adeguamento delle regole tecniche di cui al decreto del Ministro della giustizia 21 febbraio 2011, n. 44. Il decreto di adeguamento è stato finalmente adottato in data 3 aprile 2013 (D.M. Giustizia n. 48); suo tramite è stato integralmente riscritto l'art. 18 del D.M. 44/11.

Peraltro, le regole tecniche contenute nei decreti ministeriali, che integrano e rendono operativo il procedimento previsto da tali articoli, sono state dettate esclusivamente in relazione ai processi civili e penali ²⁰⁴.

Il che dimostra una certa incoerenza del legislatore e del governo, i quali da una parte, con la legge di delega ed il conseguente decreto legislativo recante il codice del processo, hanno riformato integralmente il sistema di giustizia amministrativa, e dall'altra ad oggi si sono astenuti dal dettare regole tecniche peculiari e specifiche con riferimento al processo amministrativo telematico, nonostante la sua informatizzazione fosse stata caldeggiata dalla legge di delega.

Dal canto suo, l'art. 90 c.p.a. consente al giudice amministrativo di disporre la pubblicazione della sentenza in siti internet individuati dallo stesso, ove ciò possa contribuire a riparare il danno patito dalla parte vittoriosa.

L'art. 129 prevede invece quale unica ²⁰⁵ forma di notificazione del ricorso elettorale quella effettuata dalla parte personalmente o dal suo difensore tramite la "*consegna diretta*" ovvero "*l'invio tramite posta elettronica certificata o fax*".

In questo caso, l'utilizzo dello strumento informatico è funzionale ad eliminare, in radice, lo iato normalmente esistente tra il perfezionamento della

²⁰⁴ Il D.M. GIUSTIZIA 21 febbraio 2011, n. 44 è intitolato infatti "Regolamento concernente le regole tecniche per l'adozione nel processo civile e nel processo penale, delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, in attuazione dei principi previsti dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, ai sensi dell'articolo 4, commi 1 e 2, del decreto-legge 29 dicembre 2009, n. 193, convertito nella legge 22 febbraio 2010 n. 24."; mentre il D.M. 48/2013 reca nel preambolo la seguente considerazione: "Rilevata la necessità di modificare l'articolo 18 del predetto regolamento, per adeguarlo alle sopravvenute modifiche della legge 21 gennaio 1994, n. 53 in tema di notificazioni per via telematica eseguite dagli avvocati, relativamente agli atti civili e agli atti stragiudiziali destinati ad essere prodotti in un giudizio civile".

²⁰⁵ Per un caso di inammissibilità di ricorso elettorale notificato a mezzo posta si veda Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 24 aprile 2012, n. 429.

notificazione per il notificante, rispetto al momento in cui essa si perfeziona per il notificato²⁰⁶, mirando ad assicurare la simultaneità dei due momenti.

Degna di rilievo è invece la disposizione contenuta nell'art. 136 c.p.a., che impone ai difensori, sotto pena di una sanzione pecuniaria a carico della parte, di indicare un indirizzo di posta elettronica ed un recapito fax per le comunicazioni di segreteria (art. 2 delle norme di attuazione), e di depositare copia in via informatica di tutti gli atti di parte ed ove possibile dei documenti²⁰⁷.

La disposizione tuttavia, almeno nella sua versione originaria, non esime(va) le parti dal previo deposito cartaceo degli atti e dei documenti, in un numero di copie pari ai membri del collegio e delle controparti (art. 5 comma secondo norme di attuazione c.p.a.), contribuendo quindi ad appesantire ulteriormente il compito del difensore della parte pubblica o privata.

Sul punto, il legislatore è intervenuto tramite il decreto legislativo correttivo 14 settembre 2012 n. 160, che, con l'inserimento del comma 2 *bis* nell'art. 136 c.p.a., ha riconosciuto la possibilità che tutti gli atti del giudice, dei suoi ausiliari, del personale degli uffici e delle parti possano essere firmati digitalmente, il che implica, ancora più a monte, che tutte le attività processuali che si traducano e consistano nella redazione di atti, possano essere effettuate direttamente in forma telematica.

Da questa pur sintetica panoramica delle disposizioni dettate dal codice e latamente riconducibili ad un'opera di informatizzazione del processo, emerge come l'ampiezza della delega conferita dal legislatore non sia stata esercitata appieno.

²⁰⁶ Corte Costituzionale, sentenze nn. 69/94, 358/96, 477/02, 28/04, 3/2010.

²⁰⁷ Il comma 6 *bis* dell'art. 13 del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115, prevede infatti che l'importo del contributo unificato è aumentato “della metà ove il difensore non indichi il proprio indirizzo di posta elettronica certificata e il proprio recapito fax, ai sensi dell' articolo 136 del codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104”. Sul punto si vedano le considerazioni di PISANO I. S. I., *Manuale di teoria e pratica del processo amministrativo telematico*, Milano, 2013, p. 24 e p. 59, la quale mette in evidenza la differenza rispetto al processo civile, nell'ambito del quale il legislatore ha perentoriamente escluso, a partire dal 30 giugno 2014, la possibilità di deposito cartaceo degli atti e dei documenti di causa.

La completa informatizzazione del processo è infatti rinviata “a data da destinarsi”, in attesa che il Presidente del Consiglio dei Ministri adotti il decreto previsto nell’art. 13²⁰⁸ delle norme di attuazione del codice.

Detta disposizione, di carattere e contenuto meramente programmatico²⁰⁹, demanda dunque ad una fonte regolamentare, agevolmente adattabile ai progressi della tecnologia, la compiuta disciplina del processo telematico, la quale dovrà, però, necessariamente inserirsi in un quadro processuale ancora oggi non del tutto “dematerializzato”, fatta eccezione per quanto previsto dal comma 2 *bis* dell’art. 136 c.p.a..

Non occorre poi trascurare che, come ribadito anche nella relazione di accompagnamento al codice²¹⁰, la informatizzazione del processo amministrativo dovrà avvenire senza “*ulteriori oneri a carico della finanza pubblica*”.

²⁰⁸ Così l’art. 13: “Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentiti il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa e il DigitPA, sono stabilite, nei limiti delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, le regole tecnico-operative per la sperimentazione, la graduale applicazione, l’aggiornamento del processo amministrativo telematico, tenendo conto delle esigenze di flessibilità e di continuo adeguamento delle regole informatiche alle peculiarità del processo amministrativo, della sua organizzazione e alla tipologia di provvedimenti giurisdizionali.”

²⁰⁹ Così PISANO I. S. I., *Manuale*, cit., p. 17.

²¹⁰ Di cui si riporta, per completezza, il passo relativo al processo amministrativo telematico: “Si segnala, in particolare, la norma unica del Titolo IV, relativa all’introduzione del processo amministrativo telematico. La norma – attuativa di un’espressa previsione della legge di delega – ha un contenuto programmatico, demandando ad un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da emanare sentiti il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa e il DigitPA, la determinazione delle regole tecnico-operative per la sperimentazione, l’applicazione e l’aggiornamento del processo amministrativo telematico. Alcune norme del codice anticipano l’introduzione di elementi utili per l’attuazione di tale processo, che costituisce un necessario punto di approdo per un più tempestivo ed efficiente esercizio della giurisdizione amministrativa. Il rinvio ad una normativa di rango regolamentare appare lo strumento più idoneo per consentire l’introduzione del processo amministrativo telematico, analogamente a quanto avvenuto con il d.m. 17 luglio 2008, che ha fissato le regole tecnico-operative per l’uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile. Lo strumento regolamentare ha infatti il pregio della flessibilità e della tempestività di adeguamento, caratteristiche essenziali in un settore connotato dalla continua evoluzione. Il regolamento potrà altresì tenere conto dei risultati ad oggi conseguiti, con l’introduzione del Nuovo Sistema Informativo della Giustizia Amministrativa (NSIGA) ed assicurarne l’interoperabilità con il Sistema Informatico Civile (SICI) da cui dipende il processo civile telematico. La norma, nel rispetto delle previsioni della legge di delega, vincola l’introduzione, la sperimentazione e l’applicabilità del processo amministrativo telematico alle disponibilità di bilancio, in tal modo escludendo ulteriori oneri a carico della finanza pubblica.”

Sul punto, può dubitarsi che un risultato ambizioso ed avveniristico, quale la completa informatizzazione del processo, possa essere conseguito senza l'impiego di ingenti risorse pubbliche, da destinarsi all'ammodernamento delle apparecchiature ed alla formazione delle professionalità comunque coinvolte nell'esercizio della giurisdizione.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Il forum sull'azione di adempimento*, in *Guida al diritto*, 2011;
- ABBAMONTE G., *Sentenze d'accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Studi in onore di M. S. Giannini*, I, Milano, 1988;
- ABBAMONTE G., *Completezza ed effettività della tutela giudiziaria secondo gli articoli 3, 24, 103 e 113 della Costituzione*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996;
- ALLEGRETTI U., *Introduzione*, in *Le riforme crispine*, II, Milano, 1990;
- ALLEGRETTI U., *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. Amm.*, 2007;
- ALLENA M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012;
- ALLENA M., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012;
- ANGELETTI A., *Le origini del sistema di giustizia amministrativa*, in *Il nuovo processo amministrativo – commentario sistematico diretto da Roberto Caranta*, Bologna, 2011;
- ARENA G., *Cittadini attivi – un altro modo di pensare l'Italia*, Roma, 2006;
- ARRIGHI DE CASANOVA J., *Les habits neufs du juge administratif*, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle – Juger l'administration, administrer la justice*, Paris, 2007;
- AUBY J.M. - DRAGO R., *Traité du contentieux administrative*, I e II, Paris, 1975;
- AUCOC L., *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, I, Paris, 1869-1876;
- BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella costituzione italiana*, Milano, 1966;

- BALENA G., *Sulle notificazioni eseguibili dal difensore (legge 21 gennaio 1994, n. 53)*, in *Foro it.*, 1994;
- BARBAGALLO G., *La Giustizia amministrativa, sistemi monisti e dualisti a confronto. La giurisdizione del Consiglio di Stato dalle origini al 1923, nel Regno di Sardegna e nel Regno d'Italia*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2006;
- BASSI F., *Lo straripamento di potere (profilo storico)*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1964;
- BENATAZZO C., *L'azione "atipica" di condanna: caratteri, limiti e sua esperibilità nei casi di diniego di titoli abilitativi edilizi*, in *Giustamm.it*, 2012;
- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952;
- BENVENUTI F., *Processo amministrativo – Ragioni e struttura*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987;
- BERGERES M.C., *La substitution de base légale: un joker contentieux de l'administration fiscale*, *Procédures* 2002, chron., n. 8;
- BODIN L., *La dématérialisation des procédures*, in *AJDA*, 2003;
- BRAIBANT G. *Remarque sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoirs*, in *EDCE*, 1961;
- BRISSON J.-F., *L'injonction au service de la chose jugée contre l'administration*, in *Rev. Justice*, 1996;
- BRONDEL S., *Suite de l'expérimentation des téléprocédures*, in *AJDA*, 2007;
- BRUNELLI B., *Prime riflessioni intorno alla nuova legge sulle notificazioni affidate agli avvocati*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994;
- BUFFONI L., *Il rango costituzionale del "giusto procedimento" e l'archetipo del "processo"*, in *Quad. cost.*, 2009;
- CAIANIELLO V., *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, 1979;

- CAIANIELLO V., *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Foro Amm.*, 1980;
- CALO-GEROPOULOS A., *Le control de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, Paris, 1983;
- CAMILLERI A., *Le pouvoir d'injonction di juge administratif: une révolution avortée?*, in *JCP*, 1997;
- CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla Giustizia Amministrativa*, Milano, s.d.;
- CAPONIGRO R., *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, in *www.giustamm.it*, 2012;
- CARBONE A., *Azione di adempimento e codice del processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2010;
- CARBONE A., *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, in *Foro amm. TAR*, 2011;
- CARBONE A., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012;
- CARINGELLA F., *La giurisprudenza regala all'interesse legittimo la tutela atipica*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, Roma, 2012;
- CARINGELLA F. – PROTTO M., *Codice del processo amministrativo – commento articolo per articolo al D.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 e a tutte le altre leggi della giustizia amministrativa*, Roma, 2012;
- CARPENTIERI P., *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013;
- CARTAULT P., *De l'excès de pouvoir à la Cour de Cassation et de ses rapports avec l'excès de pouvoir contentieux*, Paris, 1911;
- CEA C. M., *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in *Foro It.*, 2011;
- CERINO CANOVA A., *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario al codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, I, Torino, 1980;

- CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione amministrativa e Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 2004;
- CERULLI IRELLI V., *Diritto europeo e diritto interno nel sistema di tutela giurisdizionale delle controversie di diritto pubblico (intorno al principio di effettività)*, in *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, 2010;
- CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012;
- CHAPUS R., *De la valeur juridique des PGD et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif*, Paris, 1966;
- CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Paris, 2008;
- CHAUVEAU A., *Principes de compétence et de juridiction administrative*, I, Paris, 1841-1844;
- CHEVALLIER J., *L'elaboration historique di principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, 1970;
- CHIEPPA R., *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010;
- CHITI E., *La dimensione funzionale del procedimento*, in AA. VV., *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Milano, 2008;
- CHITI P. M., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011;
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Attività amministrativa e principi dell'ordinamento comunitario*, in *Giur. It.*, 2012;
- CLAEYS A., *La technique juridictionnelle de la substitution de motifs et l'office du juge de l'excès de pouvoir*, in *Mélanges Lachaume*, Paris, 2007;
- CLARICH M., *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1985;
- CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989;

- CLARICH M., *La “tribunalizzazione” del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte Costituzionale 5 luglio 2004 n. 204*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004;
- CLARICH M., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005;
- CLARICH M., *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010;
- CLARICH M. e SANCHINI ROSSI M., *Verso il tramonto delle azioni nel processo amministrativo*, in *Nel Diritto*, 2009;
- CORSO G., *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro It.*, 1989;
- CORSO G., *Manuale di diritto Amministrativo*, Torino, 2013;
- DE LABAUDERE A., VENEZIA J.C., GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif*, Paris, 1994;
- DE LISE P., *L’organizzazione e le funzioni del Consiglio di Stato Italiano*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011;
- DI MAJO A., *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2007;
- DOMENICHELLI V., *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001;
- DOMENICHELLI V., *Le azioni nel processo amministrativo*, in *La giustizia amministrativa in trasformazione*, Padova, 2006;
- DRAGO R., *La loi du 24 mai 1872*, in *E.D.C.E.*, Paris, 1972;
- DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, II, Paris, 1928;
- EBREN H., *Théorie du détournement de pouvoir*, Lion, 1901;
- FERNANDEZ - MAUBLANC L.V., *Le prétendu déclin du détournement de pouvoir*, in *Mélanges Auby*, Paris, 1992;
- FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003;

- FERRARA L., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna ad un facere*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013;
- FOLLIERI E., *Giudizio amministrativo cautelare ed interessi tutelati*, Milano, 1981;
- FOLLIERI E., *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984;
- FOLLIERI E., *La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001;
- FOLLIERI E., *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urb. e App.*, 2005;
- FOLLIERI E., *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2008;
- FOLLIERI E., *Il deficit di democrazia nella legislazione, amministrazione e giurisdizione*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2013;
- FOLLIERI E., *La tipologia delle azioni proponibili*, in SCOCA F.G. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013;
- FORTIER C., *La consécration de l'arrêt Lebon: le choix de la sanction disciplinaire fait désormais l'objet d'un contrôle plein du juge administratif*, in *AJFP*, 2014;
- GALLETA D. U., *Notazioni critiche sul nuovo art. 21-octies della legge n. 241/90*, in *Giustamm.it*, 2005;
- GALLO C.E., *Il Codice del processo amministrativo: una prima lettura*, in *Urb. e App.*, 2010;
- GALLO C. E., *Il forum sull'azione di adempimento*, in *Guida al diritto*, nov./dic. 2011;
- GIANNINI M.S., *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi Sassaressi*, XVIII, Sassari, 1940;
- GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950;
- GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1963;

- GIANNINI M.S., *Il pubblico potere – Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1984;
- GIANNINI M.S. – PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970;
- GIGANTE M., *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008;
- GISONDI R., *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010;
- GOISIS F., *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della Pubblica Amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013;
- GOTTI F., *La legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, nella giurisprudenza del giudice ordinario*, in *Le riforme crispine*, II, Milano, 1990;
- GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980;
- GROS F., *Fonction manifeste et fonction latentes du détournement de pouvoir*, in *RDP*, 1997;
- GUCCIONE G., *Il ricorso avverso il silenzio – inadempimento dell'amministrazione: breve ricostruzione storica dell'istituto e applicazioni giurisprudenziali del rito ex art. 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004;
- GUEDON M.J., *La classification des moyens d'annulation des actes administratifs, réflexion sur un état des travaux*, in *AJDA*, 1978;
- GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957;
- GUYOMAR M. e SEILLER B., *Contentieux administratif*, Paris, 2012;
- HAURIOU M., *Précis de droit administratif*, Paris, 1901;

- IMBERT L., *L'évolution du recours pour excès de pouvoir 1872 – 1900*, Paris, 1952;
- JANVILLE T. - GUINCHARD S., *La qualification juridique des faits*, Aix en Provence, 2004;
- LABETOULLE D., *Le vice de procedure, parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation*, in *Mélanges Jégouzo*, Paris, 2009;
- KOPP F.O. – SCHENKE W.R., *Verwaltungsgerichtsordnung: Kommentar*, 2009;
- LACHAUME J.F. - PAULIAT H. - BRACONNIER S. – DEFFIGIER C., *Droit administratif (Les grandes décisions de la jurisprudence)*, Paris, 2010;
- LAFERRIÈRE E., *Traité de la juridiction et des recours contentieux*, I e II, Paris, 1887-1888;
- LAPRADE B.M., *La procedure administrative et les NTIC*, in *L'E-justice Dialogue et Pouvoir*, Paris, 2011;
- LAURENT FRIER P. - PETIT J., *Droit Administratif*, Paris, 2012;
- LA VALLE F., *Azione di impugnazione ed azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, in *Jus*, 1965;
- LEDDA F., *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964;
- LEDDA F., *Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi*, in *Scritti Giuridici*, Padova, 2002;
- LEMAITRE M.F., *Téléprocédures administratives, le pari de la confiance*, in *AJDA*, 2001;
- LEPETIT – COLLIN E., *Recherches sur le plein contentieux objectif*, Paris, 2012;
- LIPARI M., *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, in *www.federalismi.it*, 2010;
- LONGOBARDI N., *Itinerari della Giurisdizione Amministrativa*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2013;

- LUBRANO E., *Le azioni a tutela degli interessi pretensivi nel nuovo processo amministrativo*, Roma, 2012;
- MACAREL L. A., *Des Tribunaux administratifs ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, Paris, 1828;
- MANCARELLA M., *Ejustice amministrativa in europa*, Trento, 2010;
- MANDRIOLI C., *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1976;
- MASUCCI A., *La legge tedesca sul processo amministrativo*, Milano, 1991;
- MENCHINI S., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987;
- MERUSI F., *Verso un'azione di adempimento ?*, in *Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979;
- MERUSI F. – SANVITI G., *L'ingiustizia amministrativa in Italia: per la riforma del processo amministrativo*, Bologna, 1986;
- MESTRE A., *Le Conseil d'Etat, protecteur des prerogatives de l'administration: études sur le recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1974;
- MIRATE S., *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007;
- MONTEDORO G., *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2006;
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, s.e., 1748;
- MORBIDELLI G., *Corte Costituzionale e Corti Europee, la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo)*, in *Dir. proc. Amm.*, 2006;
- NIGRO M., *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, ora in *La riforma del processo amministrativo*, Milano, 1980;
- NIGRO M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. Proc. civ.*, 1980;

- NIGRO M., *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989;
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002;
- NIHOUL P., *La modulation dans le temps des effets d'un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat belge*, in *RFDA*, 2013;
- NOEL M., *Les motifs dans les décisions des juridiction administratives*, in *RDP*, 1924;
- PACTEAU B., *Vicissitudes (et vérifications) de l'adage "juger l'administration, c'est encore administrer"*, in *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, 2004;
- PAGNI I., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 2012;
- PAJNO A., *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1994;
- PAJNO A., *Il Codice del processo amministrativo fra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010;
- PAJNO A., *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010;
- PAJNO A., *Il codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al libro I*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011;
- PAOLANTONIO N., *L'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, Milano, 1991;
- PARISIO V., *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996;
- PATRONI GRIFFI F., *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010;
- PERRIN A., *L'injonction en droit public francais*, Paris, 2009;

- PERYCAL J.-M., *Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'administration. Etude sur la neutralization et la substitution des motifs*, in AJDA, 1996;
- PICOZZA E. (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2010;
- PICOZZA E., *L'effettività della tutela e l'impatto del diritto comunitario sul processo amministrativo*, in *Dir. e proc. Amm.*, 2013;
- PIRAS. A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962;
- PISANO I. S. I., *Manuale di teoria e pratica del processo amministrativo telematico*, Milano, 2013;
- POLITO B.R., *Il tempo del decidere: profili formali e strutturali alla luce del riassetto del processo amministrativo in attuazione della legge di delega n. 69 del 2009*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011;
- PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela della condonna*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1978;
- PROTTO M. e BELLAVISTA M., *La giurisdizione in generale*, in *Il nuovo processo amministrativo – commentario sistematico diretto da Roberto Caranta*, Bologna, 2011;
- PUBUSA A., *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Torino, 1994;
- PUBUSA A., *La legge 241 novellata: antinomie e ipotesi ricostruttive*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2007;
- PUNZI C., *Le notificazioni eseguibili dagli avvocati e dai procuratori legali*, in *Studi in onore di C. Mandrioli*, I, Milano, 1995;
- RAMAJOLI M., *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 2013;
- RANELLETTI O., *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, 1892;
- RICCI G. F., *La riforma del processo civile*, Torino, 2009;
- RIVERO J., *Le huron au palais royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1962;

- RODOTA' S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964;
- ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953;
- ROSSI G., *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria – Crisi e prospettive del diritto amministrativo*, Torino, 2011;
- SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi (con speciale riferimento alla situazione italiana)*, Torino, 1904;
- SANDEVOIR P., *Etudes sur le recours de pleine juridiction; l'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative*, Lille, 1962;
- SANDULLI M. A., *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*, in *Foro Amministrativo T.A.R.*, 2010;
- SANINO M. (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2011;
- SASSANI B., *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989;
- SASSANI B., *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, Milano, 1998;
- SPASIANO M.R., *Interessi pubblici e soggettività emergenti. Organismi non lucrativi di utilità sociale*, Napoli, 1996;
- COCA F.G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971;
- COCA F.G., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990;
- SELAMI Y., *L' e-justice*, in www.e-juristes.org, 2009;
- SPAVENTA S., *Giustizia nell'Amministrazione*, Roma, 1880;
- TORCHIA L., *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010;
- TRAVI A., *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2001;
- TRIMARCHI BANFI F., *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000;

- TRIMARCHI M., *Il divieto di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati attraverso il prisma della giurisprudenza*, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2013;
- VAUTROT SCHWARZ C. H. - TRUCHET D., *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, 2009;
- VEDEL G., *Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?*, in *EDCE*, 1979-80;
- VENEZIANO G., *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità in Italia*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2005;
- VERDE G., *Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010;
- VERRIENTI L. – TRAVI A., *Giunta Provinciale amministrativa*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, VII, Torino, 1991;
- VILLATA R., *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte Costituzionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004;
- WALINE M., *Le pouvoir normatif de la jurisprudence*, in *Mélanges G. Scelle*, Paris, 1950;
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 1958;