

## L'AZIONE DI ADEMPIMENTO NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. Atipicità o tipicità delle azioni nel processo amministrativo? – 2. Le situazioni soggettive e i bisogni di tutela. – 3. Quale modello di tutela per gli interessi pretensivi? – 4. Le condizioni per l'accoglimento dell'azione di adempimento: l'esaurimento della discrezionalità e la distribuzione dei carichi di allegazione e prova.

1. – Un'azione di adempimento nel processo amministrativo, modellata sulla *Verpflichtungsklage* tedesca, è reclamata da tempo dalla dottrina (1). Nel testo del Codice definitivamente approvato, l'azione di adempimento, inizialmente introdotta, scompare.

Obiettivo dell'indagine è perciò capire se sia possibile, nel sistema del processo amministrativo risultante dal Codice, immaginare ugualmente la possibilità di agire in via di adempimento. Affrontare questo problema non significa, tuttavia, esaurire le questioni che il tema comporta, perché restano aperti gli interrogativi, che si sono già posti per l'azione risarcitoria e che qui possono solo essere accennati, circa il modo in cui si deve strutturare il processo amministrativo, anche soltanto sotto il profilo della distribuzione degli oneri di allegazione e prova, per accogliere questo tipo di domanda.

Nel processo civile, l'atipicità dell'azione è postulata sulla base dell'art. 24 Cost., pur in presenza di un sistema di azioni tipiche previste nel Codice civile, per ragioni storiche, a protezione di diritti la cui tutela affonda le proprie radici nella tradizione romanistica, come nel caso del diritto di proprietà, e più in generale di diritti, come quello al nome e all'immagine, o al diritto dell'impresa in materia di concorrenza sleale, dove è stata avvertita la necessità di prevedere in modo esplicito un assetto di rimedi che contemplasse anche misure di natura inibitoria (2). Nel progetto di codice di procedura civile di Andrea Proto Pisani si distingue tra atipicità del diritto di azione, ricavato dall'art. 24 Cost., e atipicità delle forme di tutela,

(1) Cfr. F. Merusi, *Verso un'azione di adempimento*, in *Il Processo amministrativo. Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano 1979, 331 s.; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, 6ª ed., a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna 2002, 89.

(2) Sull'argomento v., *si vis*, il mio *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano 2004, *passim*.

principio enunciato sul rilievo per cui l'interesse della parte ad una forma di tutela rende ammissibile la tutela stessa nei limiti della strumentalità tra diritto sostanziale e processo (salva la necessità di previsioni espresse per quanto riguarda la tutela costitutiva). A ciò si aggiunge, in virtù del principio di effettività, la regola per cui il processo deve assicurare la *massima* strumentalità dei propri risultati rispetto al diritto sostanziale.

In un sistema basato sulla atipicità delle forme di tutela, è dunque sufficiente, e al tempo stesso necessario, che il legislatore riconosca la rilevanza dell'interesse sostanziale, perché soccorra il rimedio processuale, costruito sull'esigenza che il processo consenta al titolare di un diritto di ottenere «*tutto quello e proprio quello*» che gli derivi dal riconoscimento di quella determinata situazione soggettiva.

Per questa strada si arriva a riconoscere, in materia civile e commerciale, la possibilità dell'azione di adempimento del credito anche in assenza di una disposizione espressa che quell'azione preveda (previsione espressa che, nel codice civile, manca, se si tiene conto che l'art. 1453 c.c. non è norma generale del sistema delle obbligazioni, ma è rivolta a disciplinare la materia del credito nascente dal contratto a prestazioni corrispettive), e pur in presenza di una norma, l'art. 1218 c.c., il cui tenore letterale è tutto incentrato, all'esatto contrario, sulla previsione di un rimedio risarcitorio.

E si discute poi se esista un ordine di priorità tra le azioni, e, in particolare, se dinanzi ad un ordinamento che stabilisce che il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta sia tenuto al risarcimento del danno, il creditore possa, o se addirittura *debba*, optare per la richiesta di adempimento dell'obbligo, almeno in prima battuta; e, allora, a quali condizioni possa poi sostituire la pretesa all'adempimento con quella all'equivalente monetario della prestazione, ferma l'estinzione dell'obbligo in caso di impossibilità di esecuzione dello stesso per causa non imputabile al debitore.

Per provare a mutuare, con riferimento alla giustizia amministrativa, l'impostazione del problema tratta dal sistema della giustizia civile (e pur nella consapevolezza che la caratteristica della situazione sostanziale qui rende assai più difficile ragionare di quali siano le conseguenze della richiamo al principio di effettività della tutela compiuto dal Codice), il punto di partenza è innanzitutto stabilire se sia possibile parlare di atipicità delle azioni dinanzi ad un testo normativo che quelle azioni tipicizza. Una atipicità che la giurisprudenza più recente, prima del Codice, sembrava avere accolto, quantomeno con riferimento all'azione di accertamento: azione che si reputa essere sopravvissuta alla soppressione, dal progetto, della norma dell'art. 36, che quell'azione prevedeva in generale e non limitava al caso dell'azione di nullità (e dell'azione avverso il silenzio) (3).

(3) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139, in *Giorn. dir. amm.* 2010, 1249 (m), con nota di E. Giardino, *La natura giuridica della Dia e la tutela del terzo*; Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498, in *Foro amm.* – *Cons. Stato* 2010, 1549 ss., con nota di S. Foà, *Pubblica amministrazione ricorrente, domanda riconvenzionale e accertamento della nullità: tra diritto ci-*

Perché le azioni sono state tipizzate dal Codice del processo amministrativo?

Le molteplici ragioni che si possono addurre in proposito non implicano la necessaria negazione del principio di atipicità.

Il legislatore delegato era chiamato, dalla delega, a «prevedere le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa». E lo ha fatto, per offrire al meglio la dimensione della strumentalità delle azioni rispetto ai bisogni di tutela e riordinare le azioni introdotte nel tempo in modo episodico e frammentato (4); con la tipizzazione delle azioni, inoltre, si è cercato di spostare il baricentro dei rimedi dai poteri del giudice (muovendo dai quali l'interprete tradizionalmente ricostruiva le azioni) alle esigenze di tutela poste dalle situazioni soggettive che ricorrono nel sistema della giustizia amministrativa, costruendo le azioni sulla base di queste (non più l'interesse legittimo come strumento del rimedio giurisdizionale introdotto con la legge del 1889, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, ma l'interesse legittimo come situazione sostanziale).

In questo contesto, l'atipicità delle azioni – per taluno ricavabile già dall'art. 32 sulla convertibilità delle azioni (5) – sarebbe riaffermata dalla previsione (sempur riferita ai contenuti possibili della sentenza, e non della domanda) per cui l'art. 34, comma 1°, lett. c), postula l'adozione, da parte del giudice, delle «misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio», cui si accompagna il potere di disporre, nella lett. e), le «misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato», tra le quali è espressamente prevista la possibilità della nomina, già in sede di cognizione, di un commissario *ad acta*, con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza.

Si avrebbe così un allineamento con quanto accade in sede di tutela cautelare, dove già la l. 21 luglio 2005, n. 205, e oggi l'art. 55 del Codice, consentono che il ricorrente possa richiedere «le misure cautelari che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione di merito» (anche se, per la verità, non è dall'ampiezza della tutela cautelare innominata che si

vile e nuovo Codice del processo amministrativo; Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, in *Vita not.* 2009, 264 ss.; in *Urb. e appalti* 2009, 572 ss., con nota di A. Formica, *DIA e accertamento nel processo amministrativo*; in *Foro amm.-Cons. Stato* 2009, 478 ss., con nota di E. Scotti, *Denuncia d'inizio attività e processo amministrativo: verso nuovi modelli di tutela*; in *Foro amm.-Cons. Stato* 2009, 1566 (m), con nota di A. Lupo, *Denuncia di inizio di attività in edilizia e tutela giurisdizionale delle posizioni di controinteresse: il Consiglio di Stato ammette l'esperibilità dell'azione di accertamento (atipica)*; in *Giorn. dir. amm.* 2009, 1079 ss., con nota di G. Mannucci, *La necessità di una prospettiva obbligatoria per la tutela del terzo nel modello della Dia*; in *Riv. giur. edilizia* 2009, I, 465 ss.

(4) Cfr. M. Clarich, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e nuove tutele*, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it); nonché in *Giorn. dir. amm.* 2010, 1121 s.

(5) Cfr. F. Merusi, in commento a T.A.R. Lombardia, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, in *Osservatorio al codice del processo amministrativo Guida dir.* – Luiss.

desume la portata della tutela di merito, laddove il ragionamento dovrebbe operare piuttosto al contrario).

Nella linea di pensiero di coloro che predicano l'atipicità delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica dedotta in giudizio, si colloca anche la pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 23 marzo 2011, n. 3, che valorizza essa pure l'ampiezza del contenuto degli artt. 30 e 34 del Codice, e perciò riconosce nel disegno codicistico, pur dopo le modifiche, la piena attuazione della delega, col superamento della tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo modello impugnatorio e in virtù dell'ammissibilità di azioni – tra le quali appunto quella di adempimento – tese al conseguimento di tutti i tipi di pronuncia idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa (6).

Opposta è la lettura di chi reputa che il Codice sarebbe ispirato ad un canone di «tipicità moderata», affermando che, pur in assenza di un vero e proprio catalogo delle azioni (talvolta l'intervento normativo – si osserva – appare piuttosto casuale), tuttavia l'identificazione puntuale dei rimedi che il legislatore ha consentito non lascerebbe spazio all'individuazione di ulteriori azioni in chiave atipica (7). Al fondo c'è anche la convinzione che, nel sistema della giustizia amministrativa, il principio di atipicità si scontri con l'insufficienza dell'art. 24 Cost. a tracciare una curvatura del rapporto tra diritto e azione analoga a quella della giustizia civile, dove quel rapporto è il risultato naturale dell'inquadramento delle situazioni protette nella categoria del diritto soggettivo, mentre nella materia amministrativa la tutela giurisdizionale deve convivere con la procedimentalizzazione dell'attività e con l'inserimento della posizione del privato nel procedimento (8).

Dell'affermazione della tipicità delle azioni soffrirebbe le conseguenze proprio l'azione di adempimento, che non rientra tra le azioni, come quella di annullamento, per le quali sono previsti puntualmente i presupposti e i possibili risultati;

(6) Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Corriere giur.* 2011, 979 ss., con nota di F. G. Scoca, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*; in *Corr. merito* 2011, 547 (m), con nota di M. L. Maddalena, *La fine della c.d. pregiudiziale amministrativa*; *ibidem*, 995 (m), con nota di C. Lamberti, *La cooperazione del danneggiato nella domanda risarcitoria: un apprezzabile compromesso?*; in *Giorn. dir. amm.* 2011, 962 ss., con nota di F. Cortese, *L'adunanza plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*; in *Guida dir.* 2011, fasc. 15, 64 ss., con nota di G. Palliggiano, *Diventa inammissibile la richiesta di risarcimento proposta a distanza di tempo dal provvedimento*; in *Urb. e appalti* 2011, 694 ss., con nota di C. E. Gallo, *Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice*.

(7) A. Travi, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *Gestione del nuovo processo amministrativo. Atti del 56° Convegno Nazionale di Studi Amministrativi tenutosi a Varenna dal 23 al 25 settembre 2010*, Milano 2011, 75 ss.; cfr. B. Sassani, in commento a T.A.R. Lombardia, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, in *Osservatorio al codice del processo amministrativo Guida dir.* – Luiss.

(8) Cfr. B. Sassani, *op. cit.*; Id., *Arbor actionum. L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, in questa *Rivista* 2011, fasc. 6, e poi in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2-5.

né si colloca tra le azioni ammesse "implicitamente", in quanto già acquisite alla realtà del processo amministrativo, come l'azione di accertamento.

L'azione di adempimento sembrerebbe *consapevolmente* esclusa dal legislatore, e le previsioni collegate ad essa, e conservate qua e là, più che disposizioni fondanti un istituto, sarebbero rimaste come semplici «frammenti» di norme, probabilmente frutto di un coordinamento impreciso nella fase finale di redazione del decreto legislativo (9).

È evidente che, se si parte dall'idea dell'atipicità delle azioni, per fondare l'ammissibilità dell'azione di adempimento, almeno in linea teorica, è necessario, ma al tempo stesso sufficiente, capire quale sia la consistenza, oggi, dell'interesse legittimo: se e a quali condizioni le situazioni diverse dal diritto soggettivo consentano di agire per l'attuazione, da parte della p.a., della situazione che le fronteggia dal lato passivo.

Se si parte invece dal presupposto della tipicità, occorre ancor prima ragionare sugli indici invocati per il permanere nel Codice dell'azione di adempimento, e valutare se questi siano in grado di superare la circostanza che la volontà del legislatore sembra espressa in modo chiaro dalla soppressione dell'azione di adempimento, inizialmente prevista nel testo proposto dal Consiglio di Stato. E solo dopo si potrà passare ad analizzare la consistenza delle situazioni soggettive implicate nel processo amministrativo, per comprendere quali siano le condizioni alle quali gli interessi legittimi consentano di agire per l'adempimento.

Per la verità, la formulazione dell'art. 30 sembra tale da alludere alla sopravvivenza dell'azione di adempimento, accanto all'azione risarcitoria. L'art. 30, comma 1°, infatti, stabilisce che l'azione di condanna possa essere proposta contestualmente ad altra azione, oppure in via autonoma, ma allora solo «nei casi di giurisdizione esclusiva, e nei casi di cui al presente articolo» (che prevede l'azione di condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria, anche nelle forme del risarcimento in forma specifica, nonché, nelle materie di giurisdizione esclusiva, anche per la lesione dei diritti soggettivi: tutte domande, queste, delle quali oggi conosce esclusivamente il giudice amministrativo).

La previsione, così, alluderebbe ad azioni di condanna necessariamente *diverse* da quella risarcitoria, con un riferimento ampio, senza qualificazioni restrittive: un'azione che potrebbe essere appunto quella di adempimento, da proporsi contestualmente all'azione avverso il silenzio, in caso di inerzia della p.a., o contestualmente all'azione di annullamento, in caso di provvedimento assunto illegittimamente dall'amministrazione. La differenza starebbe nel termine, perché nel caso del diniego dovrebbe essere rispettata la scadenza dei sessanta giorni, mentre nel caso del silenzio l'azione sarebbe proponibile «fintanto che perdura l'inadempimento, e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento».

Rafforzativa dell'idea del permanere dell'azione in questione sarebbe, inoltre,

(9) Cfr. A. Travi, *op. cit.*, 87.

la circostanza che il Codice contempli, nella disciplina dei riti speciali, casi di azioni di adempimento.

Così fa l'art. 124, per la domanda di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto, prevista in alternativa a quella di risarcimento del danno per equivalente, che opera in via subordinata, nei casi in cui il giudice non dichiari l'inefficacia del contratto ai sensi degli artt. 121, comma 1°, e 122; o l'art. 116, comma 4°, che, in materia di accesso ai documenti amministrativi, contempla la condanna all'esibizione dei documenti richiesti.

Né va dimenticato che l'art. 4 d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, individua, quale conseguenza di una «*class action*» nei confronti della p.a. intesa a ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio, la possibilità che il giudice ordini alla pubblica amministrazione o al concessionario di porre rimedio alla violazione, all'omissione o all'inadempimento, con un provvedimento di condanna ad adempiere (in virtù di questa previsione, il T.A.R. Lazio, sez. III bis, con la sentenza 20 gennaio 2011, n. 552 (10), accertata la mancata emanazione del piano generale di edilizia scolastica previsto dall'art. 3 d.p.r. 20 marzo 2009, n. 81, ha condannato il Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca scientifica e il Ministero dell'Economia e delle Finanze, all'emanazione, di concerto, del piano generale in questione).

Tutti questi indici consentirebbero di fondare, nel Codice, un'azione di condanna, da invocarsi quale misura idonea a tutelare l'interesse del privato quante volte quell'interesse non possa essere adeguatamente soddisfatto mediante l'impiego della sola azione di annullamento (pur coi passi avanti che quest'ultima ha compiuto, anche grazie all'eliminazione dell'inciso «fatti salvi gli ulteriori provvedimenti della p.a.», contenuto nell'art. 45 t.u. Cons. Stato, e alla previsione per cui la nomina del commissario *ad acta* può avvenire anche in sede di cognizione) (11), e senza dover ricorrere al risarcimento in forma specifica, che il Codice prevede, ma che è cosa diversa dalla tutela specifica di cui stiamo parlando (12).

(10) In *Foro it.* 2011, III, 107 ss.; in *Corr. merito* 2011, 749 ss., con nota di R. Proietti, *Class action contro la p.a. per mancata adozione di atti generali*; in *Urb. e appalti* 2011, 825 ss., con nota di C. Zanda, *La class action pubblica tra interessi legittimi e giustiziabilità dell'azione amministrativa*; in *Giorn. dir. amm.* 2011, 862 (m), con nota di C. Tubertini, *La prima applicazione della "class action amministrativa"*; in *Resp. civ.* 2011, 1367 ss., con nota di S. Baiona, *Prime applicazioni della c.d. «class action» contro la pubblica amministrazione: luci ed ombre del nuovo istituto*; in *Guida dir.* 2011, fasc. 7, 27 ss., con note di E. Loddo, *Scuola: l'ingorgo normativo sulle "classi pollaio" apre la strada alla difesa degli interessi legittimi*; S. Mezzacapo, *Senza l'approvazione di atti generali obbligatori legittimo il ricorso presentato dai consumatori*; G. Palligiano, *Così il giudice si insinua nelle disfunzioni degli enti*.

(11) Cfr. T.A.R. Lombardia, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, in *www.giustamm.it*; M. Clarich, *op. cit.*; L. Ferrara, in commento a T.A.R. Lombardia, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, in *Osservatorio al codice del processo amministrativo Guida dir.* - Luiss; C. E. Gallo, *op. cit.*, spec. 697, 698.

(12) Nel senso della differenza, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2763, in *Foro*

Rimane la difficoltà, a monte, almeno dove amministrativo non è in astratto o in concreto vincolata, di parlare di adempimento in una situazione in cui – anche a voler accogliere le posizioni più avanzate sulla portata della situazione soggettiva che il privato fa valere nei confronti della p.a. – resta il dato di partenza per cui l'assetto degli interessi non è stato predeterminato dal legislatore (come avviene quando lo schema di riferimento è quello, tradizionale, norma-fatto-effetto), e neppure concordato tra le parti (secondo lo schema, all'apparenza analogo al modello in cui si iscrive l'operare del potere pubblico, norma-potere-effetto, dove però il potere è quello che discende dall'espressione dell'autonomia negoziale, e perciò è frutto di una scelta bilaterale espressa nel contratto), ma è l'amministrazione che, comunque, detta la regola del caso concreto, sia pure, nel far ciò, condizionata da una serie di paletti, derivanti dal rafforzamento degli obblighi e dei vincoli procedurali, e dalla necessità di rispettare i canoni di azione dell'imparzialità, ragionevolezza, proporzionalità, affidamento.

Se è vero che il processo deve dare al titolare della situazione soggettiva «tutto quello e proprio quello» che il riconoscimento dell'interesse sul piano sostanziale comporta, qui il problema è che non è il legislatore a pre-ordinare l'assetto degli interessi, né le parti a concordarlo, ma l'amministrazione ad individuare la regola di condotta, nel rispetto di garanzie essenzialmente procedurali: la legalità c.d. sostanziale, connessa all'esistenza di un'espressa norma di legge, cede il passo ad una legalità soprattutto procedurale, che poggia le sue basi nelle garanzie procedurali, e quindi nel dialogo diretto fra diritti e interessi ed amministrazione pubblica (13).

amm. – Cons. Stato 2008, 1802 ss.; Cons. Stato, sez. VI, 31 maggio 2008, n. 2622, in *Giurisd. amm.* 2008, 714 ss.; Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6371, in *Arch. giur. oo. pp.* 2005, 1107 ss.; Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2004, n. 1280, in *Cons. Stato* 2004, I, 575 ss., con note di M. Bisanti, *La responsabilità della pubblica amministrazione*; M. Cecchini, *Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo: la giurisprudenza adotta la tesi «civilistica»*; in *Dir. e giustizia* 2004, 46 ss., con nota di C. Giurdanella, S. Mattia, *Risarcimento in forma specifica e condanna della P.a. ad un fare*; Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, in *Foro it.* 2003, III, 311 ss., con nota adesiva di S. R. Masera; in *Dir. proc. amm.* 2003, 208 ss., con nota adesiva di A. Travi, *La reintegrazione in forma specifica nel giudizio amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria*; F. P. Luiso, *Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione fra giudice ordinario e amministrativo*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 43 s., spec. 49 s. In senso contrario cfr. D. Vaiano, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano 2002, 295 s.; C. Varrone, *Giurisdizione amministrativa e tutela risarcitoria*, in *Verso il nuovo processo amministrativo*, a cura di V. Cerulli Irelli, Torino 2000, 33 s.; P. Virga, *La reintegrazione in forma specifica*, in *Dir. proc. amm.* 2000, 322 s.; A. Zito, *Risarcimento del danno e reintegrazione in forma specifica nel sistema amministrativo dopo la L. n. 205 del 2000*, in *Giudice amministrativo e tutele in forma specifica. Atti della Tavola rotonda: Teramo, 3 maggio 2002*, a cura di A. Zito e D. De Carolis, Milano 2003, 251 s.

(13) Cfr. L. Torchia, *Le nuove pronunce nel codice del processo amministrativo*, in *Atti del 56° Convegno Nazionale di Studi Amministrativi tenutosi a Varenna dal 23 al 25 settembre 2010*, cit., 337 s.; nonché in *Giornale dir. amm.* 2010, 1319 s.

Sicché la strada verso la tutela specifica non si mostra agevole per chi non voglia muovere nella prospettiva più radicale, che all'azione di adempimento arriva perché sussume nella categoria dell'obbligo i vincoli gravanti sulla Pubblica amministrazione, e perciò sembra rifiutare l'idea stessa di una situazione soggettiva che dialoga con il potere, sul presupposto che «laddove il potere è disciplinato dalla legge, è in realtà il potere stesso a non sussistere, mentre quello che esiste è solo il vincolo (l'insieme dei vincoli) di carattere normativo, che (ormai) è quanto dire l'obbligazione della pubblica amministrazione e il diritto di credito del cittadino» (14).

Di certo, per affermare la possibilità della domanda di condanna dell'Amministrazione a provvedere in un certo modo non basta affermare che l'interesse legittimo, oggi, ha valore di situazione sostanziale. Per fare un passo avanti, è necessario stabilire, innanzitutto, cosa implichi davvero, sul piano dei rimedi, l'attribuzione di rilevanza giuridica all'interesse in questione, dal momento che il principio di effettività della tutela, e dell'atipicità dell'azione, non può essere la leva da utilizzare per scardinare gli assetti dettati dalle norme sostanziali (15): punto di partenza è che il processo deve dare al vincitore quanto gli spetta sul piano del diritto sostanziale, e non certo qualcosa di diverso, tantomeno qualcosa di più.

2. – Il problema, allora, è di stretto diritto sostanziale, e l'indagine non può non incentrarsi sul ruolo che deve attribuirsi oggi all'interesse legittimo. La riflessione dev'essere condotta con riferimento all'attività discrezionale della pubblica amministrazione, sul presupposto che, con riguardo all'attività vincolata, i problemi sono di gran lunga minori.

In proposito, fin troppo nota è l'evoluzione che quell'interesse ha avuto nel tempo, da situazione processuale, mirante ad una tutela impugnatoria e ad un giudizio sull'atto, a situazione con una propria consistenza sostanziale, che ha consentito un rafforzamento delle tutele del cittadino nei confronti della p.a. E si è accennato a come la somiglianza ravvisata da taluno tra l'interesse legittimo e il diritto di credito (16) abbia permesso di immaginare che, nonostante il bene della vita cui il ricorrente aspira passi comunque attraverso un provvedimento dell'amministrazione

(14) V. L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano 2003, VIII.

Sulla consistenza, oggi, delle situazioni soggettive nel diritto amministrativo, v. C. Marzuoli, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Questione giustizia* 2009, fasc. 2, 34 s.

(15) Cfr. S. Menchini, in commento a T.A.R. Lombardia, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, in *Osservatorio al codice del processo amministrativo Guida dir. – Luiss.*

(16) Cfr. L. Ferrara, *op. cit.*; *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pubbl.* 2010, 637 s.; nonché in commento a T.A.R. Lombardia, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, cit.

ne, sia possibile, tuttavia, assicurare alla parte privata il raggiungimento di risultati analoghi a quelli che nel sistema delle tutele civili sono riconosciuti al diritto di credito, ivi compreso il risarcimento del danno da lesione dello stesso e non soltanto da inadempimento dell'obbligo.

Eppure, se la necessità è quella di confrontarsi comunque con le prospettive più tradizionali (pur se sufficientemente «avanzate» da non trascurare le prospettive aperte dall'idea del processo sul rapporto, e dai vincoli derivanti alla p.a. dall'effetto conformativo del giudicato di annullamento), nessuno può negare che, nel caso degli interessi pretensivi, candidati naturali al rimedio dell'adempimento, il riconoscimento della spettanza del bene della vita passa per una strada ben più impervia, di quella che può essere tracciata per gli interessi oppositivi, nonostante l'accentuazione dell'effetto conformativo in parola. La tutela specifica rivolta all'attuazione del «credito» non è semplice da immaginare, infatti, se si fatica a scorgere, dall'altro lato, un obbligo del convenuto a tenere un comportamento determinato; in ogni caso, di un obbligo ad una prestazione non totalmente determinata (17).

Diversamente dal diritto civile, il diritto amministrativo sostanziale non seleziona gli interessi, ma demanda all'azione amministrativa, sia pure sottoponendola ad una serie di condizioni, l'individuazione e la scelta dell'interesse che deve prevalere nel caso concreto. La correlazione tra diritto sostanziale e processo, nel diritto amministrativo, è perciò ben più difficile da delineare, come in tutti quei settori dell'ordinamento (non troppo diverso è il diritto societario) che si caratterizzano per la presenza di un potere che non è rivolto ad un risultato predeterminato, com'è per il potere di licenziamento, o di risolvere il contratto avvalendosi della clausola risolutiva espressa, ma è piuttosto, e soltanto, condizionato nel modo di esercizio. E dove perciò parlare di spettanza del bene della vita non è sufficiente, finché non si riesce a stabilire *quando* il bene della vita spetti; quando, cioè, la vicenda sia giunta ad un punto tale di maturazione da consentire che si imponga all'amministrazione di emettere il provvedimento positivo richiesto.

In questo contesto, si inseriscono gli sforzi di fondare un'azione di adempimento che il Codice aveva immaginato e poi ha scelto di eliminare.

Il panorama del diritto sostanziale, riguardato al momento dell'entrata in vigore del Codice, contemplava le ipotesi di invalidità dell'atto amministrativo (annullamento e nullità, art. 21 *octies*, comma 2°, e 21 *septies* l. 7 agosto 1990, n. 241), il diritto al risarcimento del danno, da illegittimità o da ritardo (art. 7 l. 21 luglio 2000, n. 205, art. 2 *bis* l. 7 agosto 1990, n. 241), l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso (art. 2 l. 7 agosto 1990, n. 241), l'obbligo di consentire l'accesso ai documenti amministrativi, l'obbligo di ottemperare alle pronunce del giudice. Si potrebbe dire, allora, che mentre non v'è dubbio che il Codice non abbia avuto difficoltà a disciplinare le azioni connesse alle

(17) In tal senso, cfr. C. Consolo, *Piccolo discorso sul riparto di giurisdizioni. Il dialogo fra le corti e le esigenze dei tempi*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, Padova 2007, vol. IV, 51 s., spec. 70.

situazioni in questione, per il rimedio specifico ad un particolare *facere*, quale quello di emanare il provvedimento avuto di mira, non vi fosse proprio lo spazio per lo stato del diritto sostanziale (18). Mentre è certo che per potersi ricavare l'azione di adempimento dal principio di atipicità delle forme di tutela e dal principio di effettività, bisogna poter postulare la preesistenza di una posizione soggettiva tale da consentire l'individuazione del bene della vita da attribuire attraverso la condanna della pubblica amministrazione.

Di certo non basta parlare di «spettanza» del bene al cittadino, per poter immaginare una condanna all'adempimento, finché non si riescono a tracciare con precisione i confini entro cui può muoversi la valutazione della fondatezza della pretesa.

La riconosciuta esistenza, da parte del giudice, di un interesse pretensivo illegittimamente violato da un diniego dell'amministrazione non significa infatti ancora il riconoscimento della spettanza del bene finale (19). Dire, come ha fatto il Consiglio di Stato nella pronuncia 23 marzo 2011, n. 3, che l'interesse legittimo «non si risolve in un mero interesse alla legittimità dell'azione amministrativa in sé intesa, ma si rivela posizione schiettamente sostanziale, correlata, in modo intimo e inscindibile, ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione a seconda che si tratti di interesse oppositivo o pretensivo) può concretizzare un pregiudizio», non esclude che quell'interesse si compendi, in realtà, soltanto «nell'attribuzione al soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere», in modo che la realizzazione o la difesa dell'interesse al bene avverranno in ogni caso *in via mediata* (20). Un po' come accade, fatte le debite differenze, nel diritto societario, dove il socio ha diritto ad un'azione della società orientata secondo il canone del rispetto della legalità del procedere dell'agire sociale, mentre non vanta – almeno di norma – situazioni riducibili allo schema del diritto soggettivo, almeno nell'accezione consueta che ne identifica l'essenza col potere di agire per la soddisfazione del proprio interesse, che si realizza autonomamente, per effetto della stessa azione del soggetto (come nei diritti assoluti) oppure sollecitando un comportamento *dovuto* altrui (come nei diritti relativi).

Per ragionare dei modi in cui si arriva ad accertare la spettanza del bene, di certo ci sono di aiuto le previsioni contenute oggi nelle disposizioni in materia di silenzio, che riprendono in parte i risultati cui era giunta la giurisprudenza a seguito della novella dell'art. 2, comma 5°, l. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto nel 2005, ma chiariscono meglio quali sono le condizioni alle quali il giudice può conoscere della fondatezza della pretesa altrui.

Come si legge nell'art. 31, comma 3°, del Codice, occorre che si sia dinanzi ad

(18) Cfr. G. Veltri, *Le azioni di accertamento, adempimento, nullità ed annullamento nel codice del processo amministrativo*, in [www.giustiziamministrativa.it](http://www.giustiziamministrativa.it).

(19) Cfr. S. Menchini, *op. cit.*

(20) V. nota 6.

un'attività vincolata dell'amministrazione, oppure che non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità, o non siano necessari ulteriori adempimenti istruttori: se si vogliono mutuare le condizioni della tutela avverso l'inerzia della p.a., e mettendo da parte quest'ultimo limite – che per alcuni opererebbe soltanto nel giudizio sul silenzio, dato il carattere semplificato dello stesso (21) –, un ordine all'amministrazione, in caso di diniego illegittimo del provvedimento, potrebbe ipotizzarsi allora non soltanto nel caso dell'attività vincolata, ma anche quando tutti i motivi addotti per respingere la pretesa siano stati esaminati e giudicati illegittimi, e non vi siano ulteriori verifiche né ulteriori possibili valutazioni da fare. Certo – oltre all'applicazione dell'art. 10-bis l. 7 agosto 1990, n. 241, inteso nel senso di imporre all'amministrazione centrale, di comunicare (tutti) i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza prima di rigettare la pretesa – questo presupporrebbe, da parte del giudice, l'abbandono della prassi dell'assorbimento dei motivi, dal momento che, se si vuol arrivare progressivamente a restringere il margine della discrezionalità dell'amministrazione, occorre concludere che l'accoglimento di una censura, che sia in grado di provocare la caducazione dell'atto impugnato, non faccia venire meno l'interesse del ricorrente all'esame delle altre cause di giustificazione dell'agire dell'amministrazione, che potrebbe reiterare l'atto (nel caso degli interessi pretensivi, ripetere il provvedimento di diniego) adducendo diverse ragioni che sorreggano quella conclusione.

Il richiamo all'art. 31, comma 3°, per stabilire le condizioni dell'azione di adempimento, sarà possibile, ovviamente, a patto che si ritenga quel disposto come espressione di una norma di portata generale (22), operante anche nel caso in cui, in luogo del silenzio, vi sia stato l'illegittimo diniego del provvedimento richiesto; e non si escluda, invece, che le due vicende possano essere assimilate, accentuandosi la differenza sussistente per il fatto che, nel primo caso, l'amministrazione è venuta meno all'obbligo di sciogliere l'incertezza e per ciò solo dev'essere sanzionata: sarebbe per questo, allora, che qui l'ordinamento – analogamente a quanto avviene per l'ipotesi del silenzio assenso – avrebbe scelto di tutelare il cittadino accordandogli il provvedimento che la p.a. ha omesso di rilasciare, sia pur subordinando il rilascio dell'atto in questione, in quest'ipotesi, non al semplice decorso del termine, ma ad un vaglio giudiziale (23).

Se si sceglie di seguire la strada tracciata dalla disciplina del silenzio, ritenendola espressione di un principio generale, occorrerà allora stabilire quand'è che, in concreto, le condizioni previste dall'art. 31, 3° comma, possano ritenersi verificate: ed è questo lo sforzo che ha fatto la giurisprudenza nella, ben nota, pronuncia del TAR Lombardia, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, accogliendo

(21) In tal senso cfr. V. Carbone, *Azione di adempimento e Codice del processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

(22) Cfr. S. Menchini, *op. cit.*

(23) Cfr. G. Veltri, *op. cit.*

il principio, di impronta tedesca, dell'azzeramento della discrezionalità *per assenza di alternative nel caso concreto* (24).

Naturalmente, tutto ciò presuppone che ci si muova nella logica tradizionale della possibilità di riesercizio del potere da parte della pubblica amministrazione, e si ritenga che il giudice amministrativo, almeno in prima battuta, intervenga sul persistente potere dell'amministrazione, e non *giudichi già del suo consumato esercizio*. Una concezione del modo di operare del procedimento e del processo, questa, che è giudicata contraddittoria da chi, al contrario, afferma che, una volta concluso il procedimento amministrativo e il processo di legittimità dinanzi al giudice, non abbia senso immaginare che il potere dell'amministrazione si «rieffonda» (25), perché l'idea del riesercizio del potere contraddice l'affermazione del superamento della visione del processo all'atto, che pure quella concezione afferma di aver abbandonato.

In tal modo, predicando la tesi della consumazione della discrezionalità nel procedimento amministrativo prima, e nel processo di cognizione originario poi, con l'applicazione a carico delle parti (di entrambe) della preclusione da dedotto e deducibile, si evita di dover immaginare un esaurimento della discrezionalità a scoppio ritardato, dopo che il potere sia stato riesercitato a seguito della sentenza di annullamento (26).

3. – Guardando all'evoluzione che nel tempo ha avuto il giudizio di annullamento, e alle novità contenute nel Codice in proposito (prima fra tutte la norma che oggi consente al giudice della cognizione di disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato, anche anticipando la nomina del commissario *ad acta*), l'interprete potrebbe trovarsi di fronte alla conclusione che, anche a non voler ammettere la sopravvivenza, nel Codice, dell'azione di adempimento, sia tuttavia possibile ragionare sulla possibilità di offrire analoga tutela al titolare dell'interesse legittimo, attraverso una rivisitazione del percorso che, tradizionalmente, portava all'attuazione completa della pretesa (secondo la tesi del giudicato a formazione progressiva) soltanto in seno al giudizio di ottemperanza.

Il fatto che, diversamente dal modello tedesco, l'azione di adempimento italiana debba comunque agganciarsi all'annullamento dell'atto o alla pronuncia avverso il silenzio, dato il limite, generale alla tutela giurisdizionale degli interessi legittimi, che il giudice non possa pronunciare «con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati» (art. 34, comma 2°), avvicina di molto le due soluzioni, tanto che si potrebbe dire che il nucleo del problema dell'introduzione dell'azione di adempimento in realtà stia tutto qui: nella necessità, cioè, di sostituire il

(24) Cfr. T.A.R. Lombardia, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, in *Giorn. dir. amm.* 2011, 1187, con nota di L. Torchia, *Condanna e adempimento nel nuovo processo amministrativo*.

(25) Cfr. G. Verde, in commento a T.A.R. Lombardia, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, in *Osservatorio al codice del processo amministrativo Guida dir. – Luiss; Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice*, in *Dir. proc. amm.* 2010, 795 s.

(26) Cfr. L. Ferrara, *op. cit.*

giudice della cognizione al giudice dell'ottemperanza come giudice cui compete accertare se il ricorrente abbia «diritto» ad un comportamento della p.a. che ne soddisfi gli interessi materiali, consegnando quindi il giudizio di ottemperanza alla funzione di vero e proprio processo di esecuzione, anche grazie alla già ricordata introduzione, nell'art. 34, comma 1°, lett. e), della facoltà di nomina del commissario *ad acta* già in seno al giudizio di cognizione (27).

Qualunque sia la soluzione preferita, in entrambi i casi si devono fare i conti con la mancata introduzione nel Codice di preclusioni più puntuali a carico dell'amministrazione: preclusioni che servirebbero tanto ai fini della rinnovazione del provvedimento dopo la sentenza di annullamento, quanto, nella prospettiva dell'azione di adempimento, ad evitare le difficoltà che si incontrano nella ricostruzione degli oneri di allegazione e prova della sussistenza (o della insussistenza) dei requisiti richiesti dalla legge per il conseguimento del provvedimento positivo (28).

Che il giudizio di cognizione porti ad un ordine all'amministrazione costruito come pronuncia accessoria dell'azione di annullamento, secondo l'impostazione originaria del Codice, oppure (soltanto) all'annullamento, che attraverso una sempre maggiore valorizzazione dell'effetto conformativo e ripristinatorio della sentenza imprime un vincolo all'amministrazione a riconoscere la pretesa del ricorrente, quasi cambia poco, alla fine, sul piano pratico (al di là del possibile appesantimento dell'*iter* da seguire), se comunque dall'annullamento si deve passare. Cambia moltissimo, invece, sul piano teorico, per ciò che attiene al significato che all'accoglimento della prima soluzione deve riconoscersi, sotto il profilo dell'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa e del superamento dei residui della concezione oggettiva del processo alla Pubblica amministrazione.

Se infatti è vero che, in entrambi i casi, il processo amministrativo non rappresenta più soltanto una parentesi nel fluire dell'azione amministrativa, di certo, però, l'idea dell'ammissibilità in sé della tutela specifica di carattere non soltanto invalidante risponde maggiormente alla visione di un giudice che assicura tutela piena ed effettiva, rispetto a quanto non avvenga se il giudizio si conclude con un provvedimento di annullamento che non ordina all'amministrazione di provvedere, ma rinvia a quest'ultima perché provveda (a meno che, si ripete, non si reputi che in nessun caso la p.a. possa rimettere in discussione i presupposti già discussi nel giudizio di merito e tantomeno motivare il proprio ulteriore provvedimento sulla base di premesse non versate nel corso del giudizio medesimo).

Nell'un caso, infatti, al giudice è chiesto di verificare i profili relativi all'agire *in positivo* dell'autorità amministrativa, nell'altro, invece, di definire i limiti *in negativo* dell'esplicazione del potere pubblico; solo nel secondo caso, inoltre, il giudice conosce del rapporto tra amministrazione e cittadino sempre e soltanto attraverso lo schermo del problema di validità dell'atto amministrativo. Una differenza,

(27) In questi termini, A. Romano Tassone, in commento a T.A.R. Lombardia, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, in *Osservatorio al codice del processo amministrativo Guida dir.* - Luiss.

(28) Cfr. A. Travi, *op. cit.*, spec. 229.

quest'ultima, che sfuma nell'azione di adempimento «all'italiana», dato che quell'azione, nell'impostazione del Codice, è comunque agganciata all'annullamento dell'atto di diniego.

4. - Nel tempo, per postulare l'effetto conformativo, è stato accentuato un profilo analogo a quello che la giurisprudenza oggi evoca per ordinare all'amministrazione di provvedere.

«Quanto più la sentenza è in grado di 'convertire' l'insieme delle circostanze relative all'esercizio concreto di un dato potere in un vincolo per l'Autorità, tanto più l'azione amministrativa successiva alla sentenza rappresenta non la manifestazione di un potere 'proprio' quanto la sua mera esecuzione», osserva la giurisprudenza che sottolinea la possibilità di immaginare un vincolo derivante dall'annullamento e che da qui pone le basi per arrivare poi alla condanna all'adempimento.

È noto peraltro che il principale ostacolo ad una individuazione piena della regola di condotta a carico della Pubblica amministrazione, nel caso dell'annullamento, era dato dal fatto che, per quanto il contenuto ordinatorio della sentenza di annullamento potesse consentire una ampia definizione della fattispecie sostanziale (giungendo, talvolta, a prefigurare l'assetto finale), «la regola 'implicita, elastica, incompleta' della pronuncia» poteva diventare «titolo esecutivo» (ovvero statuizione concreta dei tempi e modi per adempiere all'obbligo) soltanto «progressivamente» nella successiva sede del giudizio di ottemperanza». Oggi, come accennato, le cose potrebbero evolversi in una situazione diversa, dato che il giudice della cognizione può prescrivere già nel dispositivo della sentenza le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato, e, per questo, esplicitare *a priori* gli effetti da cui discende la regola del rapporto, senza farlo *a posteriori*, in sede di scrutinio della condotta tenuta dall'amministrazione dopo la sentenza di annullamento.

Rimane il fatto che con l'annullamento il giudice si limita a definire le modalità di riesercizio del potere, mentre con l'azione di adempimento - in presenza di un'attività vincolata o di un'attività discrezionale che, a seguito della concentrazione in giudizio delle questioni rilevanti, risulti ormai segnata nel proprio sviluppo - è possibile pronunciare una vera e propria condanna a provvedere.

Nella sentenza del T.A.R. Lombardia, questa possibilità è misurata sul terreno dell'esperienza concreta, e il giudice amministrativo davvero non si limita al dispositivo di annullamento, ma ne pronuncia uno di condanna a provvedere, ordinando, nella specie, che venga disposto il trasferimento del ricorrente - un agente della Polizia di Stato -, richiesto in base a gravi motivi familiari *ex art. 55*, comma 4°, d.p.r. 24 aprile 1982, n. 335, e rigettato sulla base di due distinti provvedimenti, il secondo dei quali emesso a seguito di un'ordinanza cautelare (il cd. *remand*), con consumazione, ad avviso del T.A.R., della discrezionalità dell'amministrazione, la cui attività, a seguito del secondo annullamento sulla medesima istanza pretensiva, viene ritenuta vincolata. Ciò sul presupposto, teorizzato dalla pronuncia e messo in pratica nel caso di specie, che la p.a., chiamata ripetutamente a provvedere, si trovi - a seguito del reiterato annullamento dei provvedimenti assunti e non già per una

preclusione da dedotto e deducibile operante fin dall'inizio – a non aver più motivi da opporre per rifiutare il bene della vita al ricorrente (29).

Al di là della indiscutibile difficoltà di applicare un analogo criterio in vicende più complesse di quelle esaminate dalla pronuncia in questione, occorre segnalare, anche, che – pur una volta ammessa, per questa strada, l'esperibilità dell'azione di adempimento – il problema si sposta, dal riconoscimento in linea teorica dell'ammissibilità dell'azione, alla necessità di capire come dovrebbe strutturarsi la pretesa avanzata in giudizio, e quale sia il soggetto su cui gravi l'onere di dimostrare nel processo la sussistenza (o, per converso, l'insussistenza) dei presupposti per il rilascio del provvedimento. Il tema della prova si intreccia con quello dell'allegazione, dal momento che, nel processo amministrativo, disponibilità del fatto (dei motivi che ostano all'adozione del provvedimento richiesto, o, all'opposto, in caso di interesse oppositivo, dei motivi che ne hanno determinato il rilascio) e disponibilità della prova vanno di pari passo (30).

La questione è complessa e non può essere affrontata in questa sede nel modo che meriterebbe.

Dinanzi alla domanda di annullamento, la distribuzione dei carichi di allegazione e prova è di solito ricostruita in modo diverso da quel che avviene quando il privato, sul presupposto della consistenza «sostanziale» dell'interesse legittimo, chiedi invece il risarcimento del danno. Nell'un caso, si alleggerisce il ricorrente che attacchi il provvedimento attraverso il ruolo di supplenza del giudice, riaffermato nelle norme del Codice in tema di istruttoria; nell'altro caso, si richiama in pieno il principio dispositivo, senza il correttivo del cd. metodo acquisitivo, sul presupposto che i fatti rilevanti, e gli elementi per provarli, non siano più nella disponibilità dell'amministrazione, ma sia il privato ad avere conoscenza dei pregiudizi che ha subito e ad essere in possesso degli elementi necessari a dimostrarli.

Nel caso dell'azione di adempimento nel processo amministrativo, la difficoltà di adattare alla particolarità della vicenda sostanziale la regola cardine del processo civile per cui «il creditore che agisce in giudizio (...) per l'adempimento del contratto deve fornire la prova della fonte (...) del suo diritto (ed eventualmente del termine di scadenza), limitandosi ad allegare l'inadempimento della controparte, su cui incombe l'onere della dimostrazione del fatto estintivo costituito dall'adempimento» (31) è di assoluta evidenza. L'adattamento è tutt'altro che semplice, e pro-

(29) Cfr. T.A.R. Lombardia, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, cit.

(30) Ciò si comprende bene leggendo L. Ferrara, *L'allegazione dei fatti e la loro prova nella disciplina dell'annullabilità non pronunciabile: problematiche processuali e trasformazioni sostanziali*, in nota a Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2009, n. 2737, in *Dir. proc. amm.* 2010, 229 ss.

(31) Cass. civ., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.* 2002, I, 769 ss., con nota di P. Laghezza, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammen-do*; in *Contratti* 2002, 113 ss., con nota di U. Carnevali, *Inadempimento e onere della prova*; in *Gius* 2002, 909 ss., con nota di G. M. Berruti, *Onere della prova nelle azioni d'inadempimento contrattuale*; in *Nuova giur. civ. comm.* 2002, I, 349 ss., con nota di B. Meoli, *«Risoluzione per*

tabilmente possibile in modo pieno solo a patto che, come accennato, si intenda l'art. 10-bis l. 7 agosto 1990, n. 241 nel senso che all'amministrazione sia imposto di comunicare *tutti* i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza prima di rigettare la pretesa, o che in ogni caso si reputi che la p.a. debba versare nel corso del giudizio le ragioni che fanno da premessa della decisione (ma si è già detto delle difficoltà a trasferire dal processo civile a quello amministrativo il principio della preclusione da dedotto e deducibile).

Di certo, già da questo accenno appare chiaro che, una volta conclusa la fase della riflessione sull'ammissibilità o meno dell'azione di adempimento (ammettendo che quella fase conclusa lo sia davvero), se ne apre un'altra, non meno delicata della prima, che impone l'analisi delle caratteristiche della particolare domanda giudiziale che per la prima volta il cittadino sembra poter avanzare, e con essa l'individuazione dei criteri che dovranno essere utilizzati per stabilire dove arrivi il fatto costitutivo e dove cominci, invece, il fatto impeditivo che l'Amministrazione è chiamata ad allegare e provare per escludere la stessa possibilità della condanna all'emanazione del provvedimento.

Ma questa, appunto, è un'altra storia, che non ci spetta questa volta di scrivere.

ILARIA PAGNI  
Professore ordinario  
nell'Università di Firenze

*inadempimento ed onere della prova*»; in *Giust. civ.* 2002, I, 1934 ss.; in *Corriere giur.* 2001, 1565 ss., con nota di V. Mariconda, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*.