

GRAZIANA URBANO

Già Ricercatrice a tempo determinato in Diritto Amministrativo presso l'Università degli studi di Foggia

graziana.urbano@unifg.it

**RIFLESSIONE SUI RIMEDI (*PREVENTIVI O SUCCESSIVI*)
PREVISTI DALL'ORDINAMENTO ALLE IPOTESI DI
INESECUZIONE DEL GIUDICATO AMMINISTRATIVO DA
PARTE DELL'AMMINISTRAZIONE**

**REFLECTION ON THE REMEDIES (PREVENTIVE OR
SUBSEQUENT) PROVIDED BY THE ORDER TO THE
ASSUMPTIONS OF NON-EXECUTION OF THE
ADMINISTRATIVE COURT BY THE
ADMINISTRATION**

SINTESI

Nell'ambito dell'effettività della tutela giurisdizionale del privato, il contributo approfondisce un tema delicato e complesso legato alle ipotesi di inesecuzione del giudicato amministrativo da parte dell'amministrazione, ossia la scarsa propensione dell'amministrazione soccombente a conformarsi alle sentenze del giudice amministrativo. Il contributo, infatti, offre spunti di riflessione in ordine a eventuali rimedi sul piano processuale offerti dall'ordinamento al privato per scongiurare *ex ante* (ossia, già nell'arco del processo cognitorio) che accada tale situazione (rimedi preventivi) o, una volta verificatasi l'inadempienza, per ottenere *ex post* (a processo cognitorio conclusosi) tutela piena ed effettiva, senza tralasciare le eventuali conseguenze di tale condotta (in termini di responsabilità amministrativo-contabile) posta in essere dalle autorità amministrative (rimedi successivi). Rimedi che, chiaramente, si collocano al di là del giudizio di ottemperanza o del potere esercitato dal commissario *ad acta* o, sebbene di tutt'altra natura, degli effetti dello strumento processuale dell'*astreinte*, che rimangono sicuramente ancora di salvezza che il legislatore offre al privato, seppur con le loro indiscusse criticità.

Rimedi, ancora, che, tuttavia, non sono facilmente utilizzabili dal privato in quanto legati alla particolarità che connota le dinamiche del giudizio amministrativo- approfondite nel contributo - di tipo fortemente impugnatorio che ricalcano essenzialmente quelle del dialogo sostanziale tra privato e amministrazione.

ABSTRACT

In the context of the effectiveness of the judicial protection of the private individual, the contribution examines a delicate and complex issue related to the hypothesis of non-execution of the administrative judgement by the administration, namely the unwillingness of the losing administration to comply with the judgements of the administrative judge. The contribution offers food for thought with regard to possible procedural remedies offered by the legal system to the private individual to prevent *ex ante* (i.e., already during the cognitive process) the occurrence of such a situation (preventive remedies) or, once the default has occurred, to obtain *ex post* (once the cognitive process has been concluded) full and effective protection, without overlooking the possible consequences of such conduct (in terms of administrative-accounting responsibility) put in place by the administrative authorities (subsequent remedies). Remedies that go beyond the judgment of compliance or the power exercised by the commissioner *ad acta* or, albeit of an entirely different nature, the effects of the procedural tool of the *astreinte*, which certainly remain anchors of salvation that the legislator offers to the private individual, albeit with their undoubted criticalities.

Remedies are not easily usable by the private individual insofar as they are linked to the particularity that connotes the dynamics of the administrative judgement - examined in depth in this contribution - of a strongly impugnatory type that essentially follows those of the substantial dialogue between the private individual and the administration.

PAROLE CHIAVE: rimedi alla inesecuzione giudicato amministrativo – effetto conformativo – azione di adempimento – principi di correttezza e buona fede – responsabilità amministrativo contabile dei pubblici funzionari

KEYWORDS: remedies for non-execution of the administrative judgment - compliance effect - compliance action - principles of correctness and good faith - administrative and accounting responsibility of public employees

INDICE: 1. Inquadramento generale delle caratteristiche del giudizio amministrativo - 2. I diversi rimedi processuali all'inesecuzione del giudicato amministrativo da parte dell'autorità amministrativa. Rimedi *preventivi*: la combinazione dell'effetto conformativo e dell'effetto preclusivo della pronuncia giudiziale del giudice amministrativo - 2.1. (*segue*): il rafforzamento dell'effetto conformativo della pronuncia del giudice amministrativo - 3. La proposizione dell'azione di adempimento dinanzi al giudice amministrativo a fronte dell'esercizio di un potere vincolato – 3.1. Limiti della proposizione dell'azione di adempimento dinanzi al giudice amministrativo a fronte del potere discrezionale esercitato dall'amministrazione - 4. Rimedi *successivi*: la rilevanza dei principi di correttezza e buona fede sul piano processuale. – 5. I profili di responsabilità amministrativo-contabile dei pubblici funzionari.

1. Inquadramento generale delle caratteristiche del giudizio amministrativo

La funzione attribuita tradizionalmente al giudicato amministrativo consta essenzialmente nella garanzia della stabilità del diritto e dei rapporti giuridici da esso regolati, che rappresenta lo scopo a cui mira il cittadino azionando la sua pretesa.

Nell'adire il giudice, nel caso di specie il giudice amministrativo, il ricorrente aspira a ottenere una tutela piena ed effettiva e, ancor più, certezza del diritto e del rapporto giuridico di cui è titolare, in quanto sottoposto al vaglio del giudice.

La richiesta di certezza del diritto, appagata dalla pronuncia del giudice adito, in altri termini, rappresenta lo strumento per garantire una tutela piena ed effettiva di cui il giudicato rappresenta la più importante manifestazione.

Esigenza di certezza e di effettività della tutela che, tuttavia, pur essendo i fulcri essenziali anche del giudicato amministrativo, nel corso del tempo sono passati talvolta in secondo piano, non solamente a fronte di una disciplina le cui linee portanti sono state delineate spesso da una giurisprudenza piuttosto altalenante o dal susseguirsi di differenti tesi dottrinali¹ per lo più concentrate

¹Sul tema del giudicato, cfr. *ex multis*, E. GUICCIARDI, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, in *Giur.it.*, 1941, III, p.17 ss.; E. CASETTA, *Sulle potestà di annullamento d'ufficio, di revoca e di rinunzia della pubblica amministrazione di fronte al giudicato amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1951, 1,

sulla individuazione dei limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo; ma anche da un'evoluzione normativa che ha interessato per lo più il rapporto - sostanziale, prima, e quello processuale, poi - tra le parti coinvolte (privato e pubblica amministrazione) contraddistinti e condizionati fortemente dalla presenza "ingombrante" della autorità pubblica.

Nelle controversie di diritto pubblico dinanzi al giudice amministrativo, infatti, una delle due parti processuali, ossia l'amministrazione, è un soggetto pubblico che, sul piano sostanziale, agisce tradizionalmente in veste di autorità (quindi, in modo non paritario rispetto al cittadino ricorrente), essendo titolare

p.187 ss.; E. GUICCIARDI, *L'art. 27 n. 4 e il giudicato amministrativo*, in *Atti del Convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962, p.107; F. BENVENUTI, (voce) *Giudicato (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p.897 ss.; E. CAPACCIOLI, *Per l'effettività della giustizia amministrativa (saggio sul giudicato amministrativo)*, in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1978, p.457 ss.; C.E. GALLO, *Giudicato amministrativo e successione di leggi nel tempo*, in *Foro it.*, 1980, III, p.100 ss.; M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 4, p.1157 ss.; M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Atti XXVII Convegno di Studi di Varenna*, Milano, Giuffrè, 1983, p.75 ss.; F. BARTOLOMEI, *Il giudizio di ottemperanza con particolare riferimento all'adempimento del giudicato amministrativo*, in *Atti XXVII Convegno di Varenna 1981*, Milano, Giuffrè, 1983, p.330 ss.; F. FRANCIARIO, *Inerzia e inottemperanza al giudicato: spunti per una riflessione sull'atto di ottemperanza*, in *Foro amm.*, 1985, 6, p.746 ss.; F. BARTOLOMEI, *Giudizio di ottemperanza e giudicato amministrativo. Contributo per un nuovo processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1987, *passim*; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989, *passim*; P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1990, *passim*; A. LOLLI, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo: stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, *passim*; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, Cedam, 2005, *passim*; A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 4, p.912 ss.; F. SATTA, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 2, p.302 ss.; C. CACCIAVILLANI, *Il giudicato*, in F.G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2011, p.546 ss.; L. MARUOTTI, *Il giudicato*, in *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da SANTANIELLO G., Padova, Cedam, 2014; C. CACCIAVILLANI, *Sull'oggetto del giudicato del giudice amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2016, 5, p.1708 ss.; S. VALAGUZZA, *Il giudicato nella teoria del processo*, Milano, Giuffrè, 2016, *passim*; S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, *passim*; G. VERDE, *Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1, p.13 ss.; N. PAOLANTONIO, *Riapertura del processo, giurisprudenza Cedu e giudicato nazionale: un irragionevole orientamento della Corte Costituzionale*, in F. FRANCIARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; A. POLICE, *Giudicato amministrativo e sentenze di Corti sovranazionali. Il rimedio della revocazione in un'analisi costi benefici*, in F. FRANCIARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p.190 ss.; M. TRIMARCHI M., *Il giudicato e l'esecuzione della sentenza*, in P.M. VIPIANA, V. FANTI, M. TRIMARCHI (a cura di), *Manuale di giustizia amministrativa*, Milano, Cedam - Wolters Kluwer, 2019, p. 453 ss. e sia consentito rinviare a G. URBANO, *Contributo sull'effettività del giudicato amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, *passim*.

di un potere amministrativo preposto alla cura di interessi pubblici concreti e attuali.

Posizione di superiorità della pubblica amministrazione, rispetto alle altre parti, che si rintraccia e si ripercuote anche nel processo² e che, talvolta, si “trascina” nell’eventuale momento in cui l’autorità pubblica, laddove soccombente in giudizio, debba dare esecuzione alle pronunce giudiziali.

Come noto, infatti, nel giudizio di accoglimento (parziale o totale) della domanda, sulla parte soccombente (ordinariamente l’amministrazione, ma non è escluso possa essere anche il privato) grava il dovere di dare esecuzione alle sentenze del giudice amministrativo. Anzi, essa è tenuta a porre in essere tutti i comportamenti e gli atti necessari a dare compimento a quanto disposto dal giudice.

In particolare, per quanto attiene all’amministrazione, il legislatore, già con l’art. 4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, la legge n. 2248, allegato E, del 20 marzo 1865, imponeva un onere a carico dell’amministrazione di dare esecuzione all’atto giurisdizionale, tale da attribuire alla deci-

²La presenza di più parti processuali nel processo amministrativo denota un evidente squilibrio tra di esse: il giudizio amministrativo è, infatti, strutturalmente sperequato, dal momento che la parte propositiva del processo, il ricorrente, si trova solitamente a <<combattere>> contro due parti (amministrazione e controinteressato) che, seppur formalmente e sostanzialmente diverse e con propri autonomi poteri processuali, difendono un medesimo interesse. Queste due parti, infatti, pur nella diversità degli interessi, si schierano insieme *versus* una parte sola, il ricorrente, che è colui che dà adito all’inizio del processo, si impegna alla sua prosecuzione e nutre l’interesse maggiore ad ottenere una pronuncia satisfattiva da parte del giudice. Tale singolare dialettica avviene in ogni grado del giudizio amministrativo: la disparità delle armi nel contraddittorio non è, però, “a senso unico” cioè a favore solo dell’amministrazione e a discapito del privato, ma riguarda tutte le parti del processo in primo e in secondo grado, al di là che la parte intimata sia pubblica o privata, giacché parte intimata può essere anche il soggetto privato. Cfr. E. FOLLIERI, *Il privato parte resistente nel processo amministrativo nelle materie di cui agli artt. 33 e 34 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 3, p.634 esamina l’ipotesi in cui parte resistente sia il privato in qualità di stazione appaltante. Altro caso è quello della Pa. che ricorre per l’adempimento contrattuale affrontato da S. FOÀ, *Pubblica amministrazione ricorrente, domanda riconvenzionale e accertamento della nullità: tra diritto civile e Codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. CdS*, 2010, 7-8, p.1552 ss.; V. DOMENICHELLI, *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 4, p.4331. S. SPUNTARELLI, *La parità delle parti nel giusto processo amministrativo*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2013, *passim*; G. DE GIORGI CEZZI, *Parti del processo (dir. amm.)*, in *Diritto on line – Treccani*, 2016, p.1 ss. e ID., *Note in tema di parti nel processo amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2017, 15, p.1 ss.

sione giudiziale un ruolo di prevalenza rispetto a qualsiasi atto amministrativo³. Successivamente la previsione ha trovato conferma nella (recente) formulazione di cui all'art. 88, comma 1, lett. f), del codice del processo amministrativo laddove stabilisce espressamente che la sentenza debba contenere «l'ordine che la decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa»⁴.

Ma, talvolta, l'amministrazione rimane inadempiente circa il dovere contenuto nel dettato giudiziale, costringendo il ricorrente a percorrere altre vie per ottenere una tutela che gli è stata comunque riconosciuta prime cure dal giudice adito.

Senza dubbio, il contenuto del dovere dipende da quelli che sono gli effetti extraprocessuali della sentenza, nel senso che incombe maggiormente, laddove la pronuncia giudiziale produca effetti ordinatori.

Come noto, infatti, il giudice può adottare sentenze di merito⁵ (oltre quelle di rito) che possono acquisire la forza di giudicato esterno: sono queste ad assumere efficacia extraprocessuale, cioè al di fuori del processo, nella realtà materiale e sul terreno del diritto sostanziale, nel momento in cui vanno ad accertare una volontà di legge sostanziale⁶ e si pronunciano sulla situazione giuridica sostanziale dedotta in giudizio⁷.

³A TRAVI, (voce) *Giudizio di ottemperanza*, in *Enc. Treccani online*, 2013, p.1 ss.

⁴Cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2019, p.385, il quale, nel richiamare l'art. 88, co. 1, c.p.a. circa il dovere per l'amministrazione di dare esecuzione alla sentenza del giudice amministrativo, precisa che tale dovere «ha una connotazione di ordine istituzionale, che contribuisce a definire il rapporto fra amministrazione e autorità giurisdizionale, e anche per questo aspetto trova riscontro nel principio espresso nell'art. 4 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo sul dovere dell'amministrazione di dare esecuzione alle pronunce del giudice civile».

⁵Cfr., sul punto, F. FRANCIOSI, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p.1025 ss.

⁶Cfr. C. CACCIAVILLANI, *Il giudicato*, cit., p.545 ss., la quale affronta dettagliatamente la distinzione tra i vari tipi di sentenze, distinguendo, in particolare, quelle interlocutorie, definitive e non definitive e l'efficacia endoprocessuale o extraprocessuale delle sentenze strettamente legata all'oggetto dell'accertamento trasfuso in sentenza. Aggiunge anche un'ulteriore categoria, quelle dell'efficacia panprocessuale delle sentenze limitatamente a quelle rese dalla Corte di Cassazione sulle questioni di competenza e di giurisdizione che, chiaramente, non producono effetti nella realtà materiale, limitandosi all'accertamento di una volontà di legge processuale.

⁷A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 2019, p.380.

Nel giudizio amministrativo, tradizionalmente, la dottrina ha individuato, all'interno dell'efficacia extraprocessuale delle sentenze (di annullamento) di merito, differenti effetti: quello (tradizionale) costitutivo demolitorio, quello ripristinatorio e quello conformativo (o rinnovativo) strettamente legati all'azione costitutiva di annullamento proponibile dal ricorrente⁸. In sostanza, i tre tipi di effetti possono rintracciarsi nella sentenza tipica adottata dal giudice amministrativo che è quella di annullamento⁹.

Invero, l'effetto costitutivo demolitorio dell'atto impugnato è sempre presente nelle sentenze di annullamento e «*si produce in via del tutto automatica*»¹⁰, tanto da definire le stesse come sentenze auto-esecutive, nel senso che non richiedono il passaggio in giudicato per essere portate ad esecuzione, dal momento che, in quanto soddisfattive degli interessi del ricorrente, non richiedono alcuna ulteriore attività amministrativa per adeguare lo stato di fatto a quello di diritto¹¹. Esso consiste nella eliminazione dell'atto impugnato con efficacia, di regola, *ex tunc*, cioè dal momento in cui l'atto è stato adottato, con, da una parte, il «*ripristinato automatico dell'assetto giuridico preesistente che non richiede alcuna attività da parte dell'amministrazione*»¹² e, di riflesso, dall'altra, il divieto a carico

⁸Cfr. E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, in F.G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2011, p.181 ss.

⁹Cfr., di recente, E. FOLLIERI, *La tutela del paesaggio culturale negata per la tesi sulla graduazione di ufficio degli effetti dell'annullamento*, in *Giur. It.*, Agosto – Settembre 2021, 1950, il quale afferma che «*l'azione di annullamento è tipica e gli effetti che produce, nel caso venga accolta dal giudice, sono di tre tipi: eliminazione dell'atto impugnato e dei suoi effetti ex nunc; decorrenza retroattiva degli effetti dell'annullamento e il c.d. effetto conformativo*».

¹⁰P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo, cit.*, p.321, la quale, sul punto, precisa che tale effetto è automatico nel senso che non necessita di alcun ulteriore annullamento da parte dell'amministrazione, «*il che riveste notevole importanza, perché dimostra come perlomeno questo effetto promana dalla sentenza e si esplica in forza della stessa, al di fuori di qualsiasi intervento amministrativo*». L'effetto eliminatorio, aggiunge l'A., «*riguarda, con sicurezza, soltanto l'atto amministrativo che sia stato investito dall'impugnativa e quelli strettamente consequenziali, mentre alla caducazione degli altri atti possono provvedere le autorità amministrative (ed i giudici che siano aditi con il ricorso contro di essi)*».

¹¹P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo, cit.*, p.117.

¹²P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo, cit.*, p.96.

dell'amministrazione di eseguire il provvedimento annullato o di continuarne l'esecuzione¹³.

A tale effetto, se ne aggiungono altri due¹⁴ (derivanti pur sempre dalla pronuncia amministrativa esecutiva, al di là della circostanza che sia passata in giudicato¹⁵) che arricchiscono la natura del giudicato amministrativo tradizionalmente solo di impugnazione o di annullamento¹⁶.

Trattasi dell'effetto ripristinatorio o retroattivo e dell'effetto ordinatorio che si snoda, a sua volta, in quello conformativo e preclusivo¹⁷ delle pronunce caducatorie: il primo consta nell'obbligo imposto dal giudice all'amministrazione soccombente di ripristinare la situazione di fatto e di diritto nella quale si trovava il ricorrente vittorioso prima dell'emanazione dell'atto dichiarato illegittimo in sentenza.

¹³Cfr. P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, cit., p.96 che definisce tale effetto della sentenza a carico dell'amministrazione come un «effetto paralizzatorio nei confronti di un determinato tipo di attività amministrativa».

¹⁴Cfr., sul punto, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 2019, p.313, il quale rintraccia in tali effetti non un carattere «reale», proprio, invece della caducazione dell'atto prodotta dall'annullamento, ma un carattere «obbligatorio», dal momento che costituiscono a carico dell'amministrazione doveri di condotta.

¹⁵P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, cit., p.98 ss., la quale, affrontando la questione della esecutività delle sentenze del giudice amministrativo e gli effetti dalle medesime prodotti, precisa, in primo luogo, che la portata del principio di esecutività delle sentenze amministrative non ancora passate in giudicato, non possa essere vanificato, al momento che devono colmare il «divario che sussiste fra il ricorrente vittorioso e l'amministrazione, che è titolare di una pubblica potestà, di fronte alla quale il privato resterebbe privo di tutela ove la sentenza del giudice amministrativo non fosse dotata di esecutività» e, in secondo luogo, che «non paiono sussistere differenze di fondo tra gli effetti che - esplicitandosi ex se o con l'intervento dell'amministrazione - promanano, rispettivamente, da una sentenza soltanto esecutiva e da una sentenza passata in giudicato».

¹⁶M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2002, p.279, il quale afferma che «il giudicato amministrativo sia più ricco di contenuti di quanto non risulti strettamente dalla natura di giudizio di impugnazione o di annullamento di questo processo. Se il nucleo centrale della sentenza amministrativa è l'eliminazione dell'atto impugnato, previo accertamento del diritto del ricorrente a provocare tale eliminazione, e quindi l'effetto principale di essa è l'effetto di eliminazione, la sentenza non esaurisce in ciò il suo contenuto e la sua funzione».

¹⁷P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, cit., p.332, che in ordine all'effetto ordinatorio, distingue quello connotato da un «elemento meramente negativo, concretante una preclusione, ossia, di regola, un divieto dell'autorità amministrativa di riemanare il medesimo atto che è stato annullato dal giudice, con i medesimi vizi da lui riconosciuti» rispetto a quello con una «componente positiva», cioè la cd. conformazione delle future attività amministrative».

Effetto ripristinatorio che, salvo il verificarsi di sopravvenienze di fatto o il ricorrere di un interesse pubblico nuovo e preminente di segno opposto, soddisfa la pretesa del ricorrente, richiedendo un eventuale intervento dell'amministrazione teso al ripristino dello *status quo ante* l'adozione del provvedimento¹⁸. Eventuale, dal momento che non è escluso che anche tale effetto si produca in via automatica, ossia senza il «concorso di attività provvedimentali dell'amministrazione»¹⁹.

L'effetto ordinatorio di tipo conformativo e di tipo preclusivo consistono rispettivamente, invece, nell'obbligo imposto dal giudice nella motivazione della sentenza²⁰ e diretto all'amministrazione soccombente di uniformare la futura azione alle sue direttive²¹, tese a dare soddisfazione piena al ricorrente vittorioso e a vietare (qui è l'effetto preclusivo) che l'amministrazione reiteri l'atto inficiato dai vizi già stigmatizzati nella sentenza di annullamento, violando, così, il principio generale del *ne bis in idem*²². In questo senso, l'effetto preclusivo della sentenza è idoneo a limitare il riesercizio del potere amministrativo: «la preclusione relativa ai fatti accertati dalla sentenza trova un fondamento (non già nell'incontrovertibi-

¹⁸Cfr. P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, cit., p.96 ss. che qualifica l'effetto ripristinatorio come positivo, dal momento che comporta un *facere* dell'amministrazione ma, al contempo, di portata non innovativa.

¹⁹P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, cit., p.325. L'A. distingue, sul punto, l'effetto ripristinatorio «automatico» che assume dei connotati reali, nel senso che discendono direttamente dalla sentenza, ossia dal «carattere retroattivo dell'annullamento ad opera del giudice e si esplica propriamente sulla situazione giuridica, nonché su quelle conseguenze di fatti suscettibili di essere riportate ipso iure al pristino stato», a differenza dell'effetti ripristinatorio che richiede l'intervento dell'amministrazione che assume dei connotati «obbligatorî», nel senso che il suo esplicarsi richiede «una qualche attività amministrativa, più o meno complessa. In tal caso riacquista rilievo l'effetto ripristinatorio dell'altro tipo, in quanto la restitutio in integrum è rimessa all'amministrazione».

²⁰Secondo M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, p.1166, la motivazione che contiene l'effetto conformativo del futuro esercizio del potere amministrativo, acquisisce vera e propria forza precettiva.

²¹Cfr. A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi al giudicato*, in *Atti del Convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962. Cfr. anche P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, cit., p.97 che qualifica tali effetti come positivi e innovativi, dal momento che constano nell'«emanazione degli atti amministrativi idonei a creare un nuovo assetto di interessi congruente con i vincoli e le direttive che scaturiscono dalla pronuncia del giudice amministrativo».

²²M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2018, p.785.

lità del giudicato, bensì) in un una regola inespressa che include l'accertamento contenuto nella sentenza, come fatto, tra i limiti del poteres»²³.

Le sentenze che producono tali effetti, quindi, non sono autoesecutive, dal momento che non si limitano ad annullare l'atto, ma possono anche proporre l'assetto degli interessi soddisfacente della situazione giuridica soggettiva (in particolare, quella pretensiva): in sostanza, il giudice amministrativo può, insieme all'annullamento dell'atto, spingersi anche a determinare le modalità di svolgimento della successiva azione da parte dell'amministrazione tenuta a dare esecuzione alla sentenza²⁴.

La sede in cui l'effetto viene stabilito è la motivazione della sentenza del giudice amministrativo che, pertanto, assume a un ruolo determinante e incisivo sul futuro comportamento che devono tenere le parti, tanto da connotare la pronuncia del giudice amministrativo. Quest'ultimo, infatti, in particolare nel giudizio impugnatorio, conclude la sentenza, in caso di accoglimento, con un dispositivo di mero annullamento dell'atto, rimettendo alla motivazione il compito di spiegare non solo e non tanto le ragioni della decisione, ma il profilo ricostruttivo e di riedizione del potere cui l'amministrazione è tenuta in esecuzione della sentenza medesima. In sostanza, in questa sede, la motivazione non si limita a indicare le ragioni che conducono alla soluzione della controversia, ma rappresenta essa stessa la soluzione²⁵.

Altro aspetto non meno rilevante attiene agli effetti delle sentenze del giudice amministrativo che sono per lo più proiettati sul futuro e non solo sul

²³M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p.32 ss. il quale richiama la dottrina che ha intravisto come limite al riesercizio del potere amministrativo dopo l'annullamento giustiziale dell'atto impugnato, il contenuto (dichiarativo o costitutivo) della sentenza del giudice amministrativo che "preclude", condizionandone il potere, la successiva azione amministrativa. Sul punto: cfr., G. DE GIORGI CEZZI, *Sulla "inesauribilità" del potere amministrativo (Nota a TAR PU Lecce sez. I 7 febbraio 2002, n. 842)*, in *Urb. e app.*, 2002, 8, p.958 ss.; F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)*, cit., p.898 ss.; M. CLARICH, *Giudicato e potere*, cit., p.101 ss.; ID., *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995, *passim*.

²⁴E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, cit., p.187 ss.

²⁵Cfr. E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, cit., p.191.

passato²⁶. Nel primo caso, in ossequio al principio di certezza dei rapporti giuridici, garantiti dalla stabilità della questione oggetto del *decisum* giudiziale; nel secondo caso, come formula di equilibrio tra immutabilità della sentenza e il naturale mutamento dei rapporti giuridici e dell'ordinamento.

Infatti, la sentenza del giudice amministrativo emessa, al pari di tutte le pronunce giudiziali, per risolvere un caso concreto, è essenzialmente più delle altre proiettata sul futuro, soprattutto sulla successiva attività delle parti e in particolare su quella che andrà a svolgere l'amministrazione, connotata da un fisiologico dinamismo.

Questo avviene principalmente quando la sentenza di annullamento contenga affermazioni di natura conformativa o preclusiva²⁷, rivolti alla futura azione della p.a., a differenza degli altri effetti che possono contraddistinguere le sentenze del giudice amministrativo (gli effetti demolitori o ripristinatori) che guardano, invece, per lo più al passato²⁸.

2. I diversi rimedi processuali all'inesecuzione del giudicato amministrativo da parte dell'autorità amministrativa. Rimedi *preventivi*: la combinazione dell'effetto conformativo e dell'effetto preclusivo della pronuncia giudiziale del giudice amministrativo

Il breve inquadramento dei connotati del giudizio amministrativo e, in particolare, degli effetti delle sentenze adottate dal giudice amministrativo rappresenta la premessa necessaria per entrare nel vivo di una delle maggiori criticità che avvolgono la disciplina del giudicato amministrativo, ossia la scarsa propensione dell'amministrazione soccombente a conformarsi alle sentenze del giudice amministrativo.

È su questo aspetto che il presente contributo intende soffermarsi, offrendo qualche spunto di riflessione in ordine a eventuali rimedi sul piano pro-

²⁶F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)*, cit., p.895 ss.

²⁷Cfr. I. RAIOLA, *Esecutività della sentenza ed efficacia preclusiva o conformativa* e A. ANGIULI, *Esecutività della sentenza ed efficacia conformativa o preclusiva. Profili introduttivi*, in F. FRANCIARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p.291 ss. e p.319 ss.

²⁸M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche*, cit., p.783.

cessuale offerti dall'ordinamento al privato per scongiurare *ex ante* (ossia, già nell'arco del processo cognitorio) che accada tale situazione (rimedi preventivi) o, una volta verificatasi l'inadempienza, per ottenere *ex post* (a processo cognitorio conclusosi) tutela piena ed effettiva, senza tralasciare le eventuali conseguenze di tale condotta posta in essere dalle autorità amministrative (rimedi successivi). Rimedi che, chiaramente, si collocano al di là del giudizio di ottemperanza o del potere esercitato dal commissario *ad acta* o, sebbene di tutt'altra natura, degli effetti dello strumento processuale dell'*astreinte*, che rimangono sicuramente ancora di salvezza che il legislatore offre al privato, seppur con le loro indiscusse criticità.

Rimedi, ancora, che, tuttavia, non sono facilmente utilizzabili dal privato in quanto legati alla particolarità che connota le dinamiche del giudizio amministrativo (a cui si è già fatto cenno) di tipo fortemente impugnatorio e che, come detto, ricalcano a loro volta quelle del dialogo sostanziale tra privato e amministrazione.

Il potere giudiziario e la sentenza (che ne è manifestazione) si confrontano, infatti, inevitabilmente, con un altro potere dello Stato che è quello amministrativo, esternatosi nel provvedimento amministrativo, oggetto della impugnazione²⁹. In questo senso, alla imperatività attribuita al giudice nell'esercizio del potere giurisdizionale³⁰ si frappone quella riconosciuta tradizionalmente alla funzione pubblica, ontologicamente preposta al perseguimento di interessi pubblici e, proprio per questo, restia a subire interferenze da parte di un altro potere dello Stato.

²⁹Cfr. P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, cit., p.201, la quale, nell'esaminare le tesi alla base dell'estendibilità al processo amministrativo di regole contenute in un testo normativo appositamente dettato per il processo civile (art. 324 c.p.c.) e per i rapporti (paritari) tra le parti coinvolte (art. 2909 c.c.), ritiene che «l'integrazione normativa eterosistemica si rileva prospettabile in modo, a mio avviso, molto più arduo ogni qualvolta si pretenda di adoperare questo mezzo relativamente ad argomenti che, pur inquadrabili nel diritto processuale, presentino profonde connessioni con l'ordinamento sostanziale: ed una siffatta commistione [...] ricorre al massimo grado – si potrebbe dire – riguardo ad un istituto quale il giudicato amministrativo».

³⁰F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)*, cit., p.901.

L'obiettivo su cui si è concentrata la dottrina è stato proprio quello di conciliare il giudicato amministrativo con l'autonomia del potere amministrativo: la funzione (cassatoria) del giudice amministrativo, infatti, come autorevolmente sostenuto, «*si svolge non in confronto alla manifestazione di una funzione omogenea, come può essere il giudizio della Cassazione rispetto alla sentenza del giudice di merito, ma si esercita sull'espressione di un potere dotato per suo conto di imperatività*»³¹. Ne consegue che la sentenza del giudice amministrativo non ha efficacia diretta nei confronti della parte – amministrazione, ma si confronta con un potere “proprio e originario” che è quello esercitato dalla medesima amministrazione. Pertanto, da questa prospettiva, la sentenza rappresenterebbe un fatto che non limita né incide sul potere dell'amministrazione di emanare un nuovo provvedimento, costituendo «*un dato non trascurabile nel caso di riesercizio del potere amministrativo*»³².

Pertanto, la maggior parte degli studi dottrinali si è focalizzata nella comprensione dell'ambito di estensione (se minimo o ampio) del giudicato amministrativo rispetto al potere amministrativo, soprattutto nei confronti di quello che si manifesta in sede di riedizione a seguito della pronuncia del giudice (che sia di accoglimento o di rigetto). O viceversa, nel tentativo di individuare i margini di azione o i limiti (se esistenti) di azione dell'amministrazione nell'esercizio di un potere che si manifesta sia precedentemente che successivamente alla sentenza del giudice amministrativo.

Chiaramente, senza che venga trascurata la posizione che il ricorrente (anch'essa evolutasi nel corso del tempo) anela a ottenere - dal giudice o, successivamente alla pronuncia giudiziale, dall'amministrazione - soddisfazione piena della sua situazione giuridica soggettiva, nel pieno rispetto dei principi di effettività della tutela giudiziale; o, viceversa, la posizione dell'amministrazione che, proprio in quanto depositaria della cura concreta degli interessi pubblici, non potrebbe essere “ingabbiata” da una decisione dell'autorità giudiziaria che

³¹F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)*, cit., p.901.

³²P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, cit., p.217.

vada a bloccare o a condizionare l'esercizio continuo, dinamico e inesauribile della sua attività, definita da sempre fonte di una «energia libera»³³.

Il problema più significativo si è posto, senza dubbio, per la tutela degli interessi legittimi cd. pretensivi per la cui tutela - a fronte dell'eventuale rigetto da parte dell'amministrazione di adottare un provvedimento richiesto dal privato - diventa insufficiente e insoddisfacente l'azione di annullamento e la conseguente eliminazione del diniego del provvedimento amministrativo, dal momento che quest'ultima non consente al titolare dell'interesse legittimo pretensivo di ottenere soddisfazione piena della sua richiesta, consistente nel rilascio di un provvedimento ampliativo della sua sfera soggettiva.

In sostanza, diversamente dal cittadino che sia titolare di un interesse legittimo cd. oppositivo a cui è riconosciuta tutela piena dall'azione demolitoria, il cittadino, titolare, invece, di un interesse legittimo di tipo cd. pretensivo, non può godere di una eguale e piena tutela³⁴, dal momento che quest'ultimo «*ottiene soddisfazione soltanto dall'adozione dello specifico atto positivo*»³⁵.

È proprio per superare tali difficoltà e riconoscere tutela satisfattiva anche a questi tipi di interesse che il giudice si adopera fissando nella motivazione della sentenza costitutiva di annullamento il cd. effetto conformativo, cioè volto a «vincolare» l'azione dell'amministrazione soccombente in giudizio alle direttive esposte in sentenza³⁶.

Tale forma di «ingerenza» del giudice sul potere amministrativo ha acceso ancora di più il dibattito dottrinale intorno all'individuazione del parametro

³³M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 2002, p.283, il quale, sul punto, afferma che l'amministrazione sia «titolare di un potere che, per sua istituzionale natura, è energia sempre nuova e vitale pur dopo l'eliminazione dell'atto da parte del giudice amministrativo». Rappresenta il potere come energia «giuridica» anche E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1950, p.94 ss.

³⁴Cfr., E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, Chieti, Marino Solfanelli Editore, 1984, p.123, il quale, nell'approfondire la questione della tutela degli interessi legittimi pretensivi, constata che il giudizio di annullamento sicuramente non rappresenti uno strumento adeguato a dare soddisfazione a tali tipi di interesse legittimo.

³⁵E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, cit., p.128.

³⁶M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, cit., p.70 e p.75.

oggettivo del giudicato amministrativo rispetto al (successivo) (ri)esercizio del potere amministrativo.

Da una parte della dottrina, l'effetto conformativo è stato identificato come un *obbligo per la pubblica amministrazione di conformarsi al decisum giudiziale*³⁷, da intendersi come un obbligo per l'amministrazione di raggiungere come risultato l'assetto di interessi stabilito nel precetto giudiziale (sulla base dei motivi adottati da parte ricorrente), nelle modalità che ritiene più opportune tra le plurime vie possibili e percorribili, sebbene pur sempre conformi al contenuto del *decisum* giudiziale.

Interpretato in questo modo, l'effetto conformativo non consente al ricorrente di conseguire il bene della vita a cui aspira con l'instaurazione del giudizio amministrativo, ma, semplicemente, che ci sia corrispondenza, o meglio, coerenza tra il contenuto della sentenza e la successiva azione amministrativa, senza che sia totalmente vincolata al risultato processuale.

Sicuramente, così configurato, l'effetto si rintraccia principalmente nelle sentenze del giudice amministrativo aventi carattere costitutivo o dichiarativo, da cui nasce un mero e generico dovere di porre in essere da parte dell'amministrazione un altrettanto generico "fascio" di attività il più possibile conformi

³⁷Tra gli autori che si occuparono della portata del giudicato amministrativo, e in particolare dell'obbligo di conformazione alla sentenza del giudice amministrativo, cfr. A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, cit., p.16 ss. Lo stesso A. in *L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, tenuto a Torino nel 1981, Milano, Giuffrè, 1983, p.320 ss., è portavoce di una tesi che ha distinto il dovere di adempimento delle statuizioni della sentenza amministrativo in due distinte figure, ossia nell'obbligo di eseguire il giudicato e nel dovere di darvi ottemperanza, o detto altrimenti, l'esecuzione in senso stretto e l'ottemperanza in senso stretto. Nello stesso senso anche E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, cit., p.123 ss. il quale precisa che l'effetto conformativo della sentenza, «accanto all'eliminazione dell'atto amministrativo, alla ricostituzione della situazione precedente all'annullamento ed alla preclusione per la P.A. di rinnovare l'atto con gli stessi vizi per i quali è stato annullato, costituisce l'obbligo di conformazione per la P.A. la quale è, con la sentenza incanalata verso la futura (obbligata) azione». Cfr. anche A. ANDREANI, *Dispositivo e contenuto decisorio della sentenza amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p.464 ss.; F. BARTOLOMEI, *Il giudizio di ottemperanza con particolare riferimento all'adempimento del giudicato amministrativo*, in *Atti XXVII Convegno di Varenna* 1981, Milano, Giuffrè, 1983, p.345 ss.

all'assetto degli interessi disposto in sentenza³⁸, senza che possa sorgere alcuna pretesa azionabile in giudizio da parte del ricorrente.

Di diverso avviso è, invece, una seconda interpretazione dell'effetto conformativo che lo configura come *obbligo di esecuzione*³⁹ della sentenza del giudice amministrativo a carico dell'amministrazione. Così configurato, l'effetto è proprio delle sole sentenze di condanna a un *dare*, un *facere* o un *non facere* a carico dell'amministrazione che è, per l'appunto, vincolata a dare esecuzione al comando impartito dal giudice nella sentenza. In sostanza, si configura in capo all'amministrazione una posizione giuridica soggettiva di obbligo a cui corrisponde, dall'altra parte, una posizione giuridica soggettiva di vero e proprio diritto all'esecuzione della prestazione comandata in capo al ricorrente che potrà agire, anche tramite le vie giudiziarie, per ottenere l'esecuzione di quanto stabilito dal giudice.

Così costruito l'effetto conformativo del giudicato ha sicuramente il merito di vincolare maggiormente la futura azione amministrativa e, quindi, di ampliare il raggio di incidenza del giudicato tanto da renderlo più intangibile, perché meno cedevole, rispetto all'esercizio dell'azione amministrativa, sebbene, tuttavia, si basi su caratteri (quelli della necessarietà, specificità, immediatezza ed attualità⁴⁰, attribuiti alla relazione di consequenzialità tra giudicato e dovere

³⁸S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., p.111.

³⁹A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, cit., p.46 ss.

⁴⁰Secondo A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, cit., p.55 ss. tale interpretazione si basa essenzialmente sul «carattere necessario, specifico, immediato e attuale della [rapporto di] consequenzialità tra il giudicato e l'«obbligo» dell'amministrazione». Caratteri che sono strettamente legati l'uno all'altro: la «necessarietà» della relazione tra giudicato e (successiva) azione amministrativa, infatti, sta a significare il dovere per l'amministrazione di porre in essere tutti gli atti giuridici e tutte le operazioni in presenza della situazione di diritto affermata dal giudicato; per «specificità» che collega l'obbligo (di esecuzione a carico dell'amministrazione) al giudicato, si intende la necessità di realizzare in concreto gli atti e le operazioni contenute nella pronuncia del giudice; l'«immediatezza» sussiste solo quando, nel rapporto che si sta esaminando tra giudicato e potere, il giudicato costituisca non semplicemente un presupposto, ma il fatto determinante e, pertanto, vincolante, alla base della successiva azione amministrativa; infine, per «attualità» si intende la «tempestività» con cui l'amministrazione debba conformarsi al giudicato al fine di eliminare lo stato di illegittimità accertato dal giudice e di evitare che possa essere trasgredito, nel momento in cui l'esecuzione sia protratta in un arco temporale successivo (all'emanazione della sentenza medesima). Cfr.,

di ottemperanza) di incerta determinazione o meramente tautologici⁴¹. Esso si confà prevalentemente alle sentenze di condanna, non già a quelle costitutive di annullamento che sono, tuttavia, quelle di gran lunga adottate dal giudice amministrativo.

Proprio per tale ragione, il primo orientamento è stato maggiormente seguito, dal momento che attiene precipuamente alle pronunce tipiche adottabili dal giudice amministrativo, ossia quelle costitutive di annullamento

Le ricostruzioni dogmatiche incentrate sull'effetto conformativo convergono comunque su un aspetto: all'effetto conformativo si accompagna ontologicamente il riesercizio del potere da parte dell'amministrazione che nel pieno del suo potere potrebbe soddisfare la pretesa sostanziale del ricorrente (titolare di un interesse pretensivo) adottando il provvedimento da lui agognato oppure, potrebbe anche adottare un nuovo provvedimento o riadottare il medesimo provvedimento (con una motivazione diversa⁴² rispetto a quella dell'atto inizialmente impugnato ed annullato dal giudice) che non dia soddisfazione alcuna al ricorrente che, pertanto, si ritroverebbe costretto a impugnare un'altra volta il nuovo atto in un meccanismo che potrebbe non avere mai fine.

sul punto, S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., p.115 che, riprendendo il pensiero di Sandulli, precisa che «a contrario, qualora la successiva attività amministrativa non trovasse il suo fondamento nell'intervenuto giudicato ma in elementi esterni a esso, allora la relazione di collegamento fra i due "poli" del rapporto in esame s'interromperebbe e l'attività amministrativa conseguente fuoriuscirebbe dall'ambito doveroso dell'"obbligo di conformarsi" per rientrare nei tradizionali moduli dell'azione istituzionale degli apparati amministrativi».

⁴¹M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., p.49 ss.

⁴²Sul punto, cfr. M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., p.35, il quale, nella ricostruzione delle teorie atte ad individuare dei limiti alla riedizione del potere, dopo la sentenza di annullamento dell'atto, richiama quella sostenuta da F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, Vallardi Editore, 1911, p.301 ss. e A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, Morano Editore, 1963, p.54 ss. che fa leva sulla sussistenza di plurimi «titoli giuridici» alla base dell'azione amministrativa. L'A., riprendendo tale teoria, sostiene che «l'accoglimento di uno solo dei motivi è sufficiente per ottenere l'accoglimento del ricorso e l'annullamento del provvedimento. Ma ciò che viene accertato con efficacia di giudicato è soltanto l'esistenza del titolo giuridico contestato con il motivo accolto. Il giudicato, quindi, non preclude l'emaneazione di un nuovo atto del medesimo contenuto, se questo sia fondato su un altro "titolo" eventualmente preesistente». Sulla motivazione del provvedimento, cfr., *ex multis*, F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, commento art. 3 legge 241/90, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, p.373 ss.

L'accertamento contenuto nella sentenza di annullamento del giudice passata in giudicato, infatti, non riguarda il provvedimento annullato (e il rapporto in esso sotteso) nel suo complesso, ma attiene unicamente ai vizi di legittimità denunciati nei motivi esposti nel ricorso da parte del ricorrente: ne consegue che, da una parte, l'amministrazione possa riesercitare il medesimo potere anche adottando un provvedimento di uguale contenuto ma fondato su presupposti diversi rispetto ai vizi già accertati dal giudice nella sentenza demolitoria; dall'altra, il ricorrente si veda costretto a riproporre il ricorso avverso il provvedimento del medesimo contenuto.

In altri termini, gli effetti della sentenza di annullamento, soprattutto quando va a tutelare interessi legittimi di tipo pretensivo, non si esauriscono nella mera eliminazione dell'atto, ma si pongono come presupposto per la realizzazione in concreto di un assetto di interessi nella medesima stabilito che non può che essere di competenza dell'amministrazione. In questo senso, l'amministrazione può riesercitare o, meglio, esercitare nuovamente il potere (già manifestato con il provvedimento annullato)⁴³, potendo sia accordare tutela al ricorrente sia negandogliela nuovamente.

Da questa prospettiva si coglie una estensione molto ridotta del giudicato amministrativo nei confronti del potere amministrativo, soprattutto in sede di riedizione, dal momento che viene scarsamente limitato dal risultato processuale.

Così configurato, infatti, il giudicato non determina alcuna preclusione rispetto all'esercizio del potere amministrativo, dal momento che esso attiene all'accertamento della concreta lesione dell'interesse legittimo nel rapporto tra cittadino e amministrazione, senza alcuna limitazione rispetto a un potere amministrativo *«nuovo, che trova fondamento in fatti costitutivi diversi dall'esercizio precedente»*.

⁴³Cfr. A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, cit., p.46; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1971, p.595 ss.

te, ma non comporta preclusioni, di regola, neppure a un "riesercizio" dello stesso potere, ossia all'esercizio che trova fondamento nei medesimi fatti costitutivi del primo»⁴⁴.

Questa interpretazione "soffre", tuttavia, del retaggio storico che qualifica, da una parte, il rapporto tra amministrazione e privato impostato nei termini di supremazia e autorità della parte pubblica nei confronti dei cittadini, dall'altra parte, il giudizio amministrativo dalla sola natura impugnatoria, ossia incentrato essenzialmente sull'annullamento dell'atto impugnato dal ricorrente⁴⁵, non già sull'accertamento del sotteso rapporto esistente tra amministrazione e cittadino⁴⁶.

Infatti, appare abbastanza chiaro che fintanto che il giudizio amministrativo e il giudice amministrativo considerino prevalente l'esigenza di tutela dell'interesse pubblico a cui è preposta l'amministrazione nell'esercizio del suo potere e l'effetto conformativo come l'obbligo a carico dell'amministrazione di conformarsi (nelle modalità in cui ritiene) alla sentenza del giudice amministrativo, il giudicato non potrà che connotarsi come cedevole e tangibile. In sostanza, la prevalenza della tutela dell'interesse pubblico sul giudicato amministrativo, la cui cura giustifica l'assenza di regole intangibili da parte dell'amministrazione quand'anche fissate da una sentenza del giudice amministrativo, è stretta-

⁴⁴A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, cit., p.927, il quale precisa che «neppure estendendo la portata dell'accertamento alla lesione dell'interesse legittimo, il giudicato sull'atto si trasforma in un giudizio sul *cd. rapporto*». Detto altrimenti, riprendendo quanto sostenuto da tale dottrina, l'impugnazione di un provvedimento non va a riconoscere né ad attribuire un bene della vita, dal momento che va solamente ad inserirsi nelle vicende di un rapporto potere amministrativo – interesse legittimo che non si conclude. In sostanza, l'accertamento contenuto nel giudicato va solamente ad orientare e condizionare l'esercizio successivo del potere, senza determinarne l'esaurimento.

⁴⁵Cfr. R. LASCHENA, *La rinnovazione dell'atto amministrativo annullato e la sua impugnazione avanti al Consiglio di Stato*, in *Studi in onore di Antonino Papaldo*, Milano, Giuffrè, 1975, p.433 s.; C. CALABRÒ, *Pronuncia completa e satisfattoria del giudice amministrativo*, in *Il processo amministrativo*, Scritti in onore di Giovanni Miele, Milano, Giuffrè, 1979, p.117 ss.; F. MERUSI, *Verso un'azione di adempimento?*, in AA.VV., *Il processo amministrativo*, Scritti in onore di Giovanni Miele, Milano, Giuffrè, 1979, p.331 ss.

⁴⁶Sul punto, M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., p.54, sintetizza le posizioni dottrinali esaminate, in particolare quella di Sandulli e Benvenuti, sostenendo che sia la concezione di Sandulli sia quella (più restrittiva) di Benvenuti sembrano dimostrare come «la teoria del giudicato amministrativo premiasse il dinamismo e il fluire dell'azione amministrativa, molto più che l'esigenza di stabilità e di certezza in ordine alle controversie tra privato e pubblica amministrazione: privilegiasse in definitiva la posizione di supremazia dell'amministrazione nei confronti del cittadino».

mente collegata a una visione oggettiva del giudizio amministrativo, limitato alla caducazione dell'atto sulla base dei vizi di legittimità sollevati in giudizio dal ricorrente. Il giudice amministrativo, pertanto, non si spinge (e non può spingersi, d'altra parte, perché impossibilitato) ad accertare le modalità del corretto ri-esercizio del potere amministrativo e a vincolare la futura azione dell'amministrazione "limitata" solo a conformarsi al dettato giudiziale (nella misura innanzi esposta), senza che dismetta il ruolo di depositaria dell'interesse pubblico che la guida nell'esercizio di un potere (anche e soprattutto discrezionale) che, proprio per tale caratteristica, opera sempre dinamicamente su una realtà in continuo movimento. Tutto questo avviene chiaramente a discapito del cittadino che ricorre al giudice amministrativo, ma non ottiene una tutela piena ed effettiva delle posizioni giuridiche soggettive vantate in giudizio.

A meno che, tuttavia, all'effetto costitutivo e (eventualmente) a quello conformativo non si accompagni anche l'effetto preclusivo che, invece, impedisce all'amministrazione di rideterminarsi nello stesso modo e nello stesso contenuto dell'atto, nonché con gli stessi vizi per i quali l'atto è stato annullato, rendendo, altresì, immutabile il rapporto sostanziale fra le parti nei limiti della permanenza dei presupposti materiali⁴⁷. In questo modo, l'effetto preclusivo rappresenterebbe un "limite alla discrezionalità" per l'amministrazione, in sede di riedizione del potere in attuazione del precetto giudiziale, che non le impedirebbe, comunque – conducendo il discorso all'estremo - di riemanare l'atto (appena) annullato dal giudice amministrativo con gli stessi vizi (accertati nel processo concluso) e, quindi, di rinnovarsi completamente, esercitando un potere del tutto nuovo e diverso anche agli occhi del giudice⁴⁸ che si è già espresso sul punto⁴⁹.

⁴⁷F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)*, cit., p.893.

⁴⁸S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., p.137 ss.

⁴⁹Sul punto, F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)*, cit., p.901 ha affermato che «la preclusione non sia conseguentemente definitiva di per se stessa rispetto alla fattispecie sostanziale e processuale successiva alla sentenza: non toglie il potere dell'amministrazione di provvedere nuovamente e al giudice di decidere nuovamente, ma interpone un elemento che non può essere trascurato».

F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)*, cit., p.901 ss.

In questo senso, l'effetto preclusivo della sentenza del giudice amministrativo potrebbe rappresentare uno dei vincoli (insieme ad altri), o meglio un "fatto"⁵⁰ che l'amministrazione debba considerare nel successivo esercizio del potere di attuazione in concreto del precetto giudiziale.

Effetto preclusivo che, pertanto, rappresenta il momento di sintesi e intersezione tra la funzione amministrativa e quella giurisdizionale, dove la prima è subordinata alla seconda, dal momento che l'autorità giudiziaria va a indicare alla autorità pubblica nella sua decisione le modalità di applicazione del precetto normativo al caso concreto⁵¹, vincolandola da eventuali possibili revisioni o dal giudicare nuovamente *de eadem re*.

In queste ipotesi, appare chiaro che ad assumere rilevanza per il ricorrente è la combinazione dell'effetto preclusivo e conformativo che diverrebbero insieme strumento utile a porre fine a un circolo vizioso di "botta e risposta" tra giudice (adito dal ricorrente) e amministrazione, tra processo e procedimento, di cui a pagarne le conseguenze è soprattutto il ricorrente.

Ad evitare tale paradosso, pertanto, diventa fondamentale e auspicabile quantomeno che il giudice adotti una sentenza ad effetto conformativo e preclusivo, dal contenuto e dalla motivazione particolarmente dettagliati e stringenti per l'amministrazione soccombente. Solo così, potrebbe trovare soddisfazione piena il ricorrente senza incorrere in questa defatigante e inconcludente alternanza tra procedimento e processo.

L'effetto conformativo e insieme preclusivo dell'annullamento giudiziale del provvedimento impugnato, infatti, quantomeno impedirebbero all'amministrazione di adottare un atto affetto dal vizio corrispondente al motivo di ricor-

⁵⁰Cfr., sul punto, G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2003, *passim*.

⁵¹S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., p.124 che, sul punto, precisa che «se a un giudice fosse consentito modificare più volte la regola del caso di specie, egli stesso diverrebbe "legislatore" attraverso un'opera di modifica della vita "concreta" stessa dei precetti da applicare in funzione del proprio arbitrio, con ogni ovvia conseguenza deteriore in punto di stabilità complessiva dell'ordinamento».

so accolto dal giudizio, senza che si vada oltre questo⁵². In sostanza, al di fuori e al di là del vizio del provvedimento dedotto nei motivi di ricorso e accolto dal giudice alla base della sua pronuncia, l'amministrazione può riesercitare il potere senza alcun limite, tanto da essere legittimato anche ad adottare un provvedimento di medesimo contenuto rispetto all'atto impugnato, incentrandolo, però, su diverse ragioni o fatti costitutivi. In questo modo, l'amministrazione non viola il giudicato e continua a esercitare normalmente il suo potere.

Al contrario, se il "nuovo atto" (*rectius*, un atto diverso dal primo), frutto dell'(ri)esercizio del potere, riproducesse il vizio accertato dalla sentenza di annullamento, si porrà sicuramente in contrasto con il giudicato, determinando il verificarsi delle conseguenze *ex lege*.

Tuttavia, la combinazione dei due effetti sebbene sia una strada percorribile, non è ancora totalmente soddisfacente, nel senso che riconosce al privato nei confronti dell'amministrazione sì una tutela, ma cd. frazionata, ossia ripartita in tanti giudizi successivi «*quanti son necessari per contestare i singoli aspetti dell'azione amministrativa, centellinati dall'Amministrazione – per ragioni di economia e di calcolo, non importa – in varie manifestazioni successive*»⁵³, essendo ancora lontano dalla possibilità di una valutazione globale, da parte del giudice amministrativo, del rapporto potestà-interesse, più conforme ai canoni di effettività sanciti dall'art. 24 della Costituzione.

2.1. (segue): il rafforzamento dell'effetto conformativo della pronuncia del giudice amministrativo

La dottrina⁵⁴ (soprattutto dagli anni Ottanta del secolo scorso) tentò di superare le limitazioni innanzi richiamate, nell'ottica di cogliere degli strumenti volti a consentire all'effetto conformativo⁵⁵ di attribuire maggiore tutela al tito-

⁵²M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., p.45.

⁵³G. GRECO, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, III, p.484 ss.

⁵⁴Cfr., E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, cit., p.122 ss. e P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p.3 ss.

⁵⁵ Sui limiti dell'effetto "rinnovatorio" della sentenza di annullamento, cfr. A. TRAVI, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, Relazione per il convegno d'autunno dell'Associazione dei

lare di interesse legittimo pretensivo, il quale non anela solamente ad ottenere un provvedimento amministrativo dall'amministrazione, ma a conseguire quel determinato provvedimento a lui favorevole⁵⁶.

In tale prospettiva, la dottrina più avveduta⁵⁷, ha individuato quattro condizioni che, se contestuali, consentono al giudice sia di conoscere e di addentrarsi nel potere amministrativo già esercitato sia di fissare il limite nella fase di riedizione del potere, successiva al giudizio.

Tali condizioni consentirebbero di ampliare gli effetti conformativi del giudicato amministrativo e, quindi, di tracciare l'esatto perimetro dell'obbligo conformativo derivante dalle statuizioni contenute nelle sentenze ottemperande, al fine di offrire tutela soddisfacente al ricorrente titolare di un interesse pretensivo.

È bene anticipare, invero, che tali condizioni concernono, in primo luogo, le modalità con cui l'amministrazione ha manifestato il suo potere tramite il provvedimento oggetto di impugnazione da parte del titolare dell'interesse legittimo pretensivo e, in secondo luogo (direttamente collegate), le modalità con cui il giudice decide, a sua volta, sulla base dei motivi e vizi dell'atto impugnato, adottati nel ricorso da parte del ricorrente.

In altri termini, le condizioni attengono sia a profili squisitamente sostanziali attinenti, ossia, alle modalità con cui l'amministrazione abbia esercitato il suo potere trasfuso nel provvedimento lesivo dell'interesse legittimo pretensivo, sia ad aspetti esclusivamente processuali relativi, cioè, al grado di incidenza della decisione giudiziale sul successivo (ed eventuale) potere amministrativo. Chiaramente più l'amministrazione manifesterà le ragioni di fondo che l'abbia-

Giudici amministrativi tedeschi, italiani, francesi, tenutosi a Milano, il 7 ottobre 2011, in www.osservatorioappalti.unin.it.

⁵⁶Cfr., E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, cit., p.125, il quale precisa che la sentenza dovrebbe «contenere accertamenti tali da risultare, come via obbligata per l'ulteriore azione amministrativa, l'emanazione dello specifico provvedimento positivo soddisfacente dell'interesse del ricorrente».

⁵⁷E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, cit., p.125 ss., parla di «fattori» o «elementi, la cui combinazione è volta a riconoscere soddisfattività agli interessi legittimi pretensivi».

no portata ad autodeterminarsi (in senso negativo) nei confronti della pretesa del titolare dell'interesse legittimo pretensivo, più si consentirà a quest'ultimo di proporre al giudice un ricorso esaustivo di tutti (o quanto meno della maggior parte) i vizi dell'atto impugnato. A sua volta, ciò consentirà di ottenere dal giudice un sindacato più penetrante nei confronti del successivo potere dell'amministrazione e, quindi, un giudicato con margini di intangibilità più evidenti e tali da renderlo idoneo a soddisfare il ricorrente, a fronte dell'eventuale riesercizio di un potere amministrativo che gradualmente si potrebbe andare ad esaurire⁵⁸.

Due relazioni che sono, pertanto, incentrate su tre soggetti differenti: la prima tra l'amministrazione e il titolare dell'interesse legittimo, ossia tra l'amministrazione nell'esercizio del suo potere trasfuso nel provvedimento amministrativo impugnato e il ricorrente che imposta il suo ricorso; la seconda tra ricorrente e giudice, ossia tra l'oggetto della domanda avanzata dal ricorrente nonché i motivi in essa addotti e la pronuncia del giudice (relazione quest'ultima che richiama, in sostanza, il principio dispositivo che innerva il processo amministrativo).

In definitiva, per ottenere un effetto conformativo della decisione giudiziale davvero stringente nei confronti della successiva azione amministrativa, occorre il concorso favorevole di fattori sia oggettivi sia soggettivi; in particolare «devono, per così dire, lavorare nella stessa direzione: l'amministrazione, il ricorrente, il giudice e il legislatore»⁵⁹.

In particolare, è necessario che l'amministrazione adotti un provvedimento espresso di diniego, in cui manifesti tutti i motivi che l'hanno condotta a negare la *utilitas* o la *res* a cui aspira il titolare dell'interesse legittimo pretensivo. In questo modo, l'effetto conformativo è più penetrante, se al giudice è consentito conoscere il percorso decisionale dell'amministrazione e questo avviene

⁵⁸Cfr., più di recente, S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., p.284.

⁵⁹E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Profili ricostruttivi, con riferimento al d. lvo 31 marzo 1998 n. 80*, in E. PICOZZA, G. PALMA, E. FOLLIERI, *Le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Trattato diretto da G. SANTANIELLO*, Padova, Cedam, 1999, p.161.

quando l'amministrazione adotti un provvedimento espresso, nel quale indichi esaustivamente tutti i motivi che l'hanno portata a negare il provvedimento anelato⁶⁰.

Andando ad esaminare nel dettaglio le condizioni a cui si è fatto riferimento: la prima condizione è strettamente legata all'agire dell'amministrazione che esprima chiaramente nel provvedimento le ragioni di fatto e di diritto del suo percorso decisionale. Condizione che, è, invero, rimessa alla sola facoltà dell'amministrazione, sebbene siano ormai introdotte disposizioni legislative concernenti alcuni oneri preclusivi a carico dell'amministrazione. Il riferimento è chiaramente alla legge n. 241 del 1990, che in forza di continui interventi legislativi correttivi della materia, da ultimo con i cd. decreti semplificazione del 2020 e 2021, ha imposto all'amministrazione il rispetto di diversi obblighi nell'arco del procedimento.

⁶⁰Ne consegue, da una parte, che il mero silenzio significativo dell'amministrazione non soddisfa questa condizione a fronte del quale il ricorrente non può che limitarsi a chiedere al giudice di annullare il comportamento inerte dell'amministrazione e condannare l'amministrazione a provvedere (ma non a provvedere nel senso a lui favorevole). Soprattutto nelle ipotesi di silenzio rifiuto, impugnato dal ricorrente, il giudice amministrativo può adottare una pronuncia dichiarativa nei confronti dell'amministrazione (che, pertanto, è tenuta a determinarsi) senza stabilire, però, il contenuto del provvedimento che dovrà adottare. In sostanza, il giudice amministrativo adotta una sentenza dichiarativa inerente il dovere di pronunciarsi: in questo modo, l'amministrazione può adottare qualsiasi atto (quindi, si ottempera al dettato giudiziale) e mantiene intatto il suo potere di provvedere che non ha, in realtà, ancora esercitato.

Dall'altra, che tutto è essenzialmente riconducibile alle modalità in cui l'amministrazione, esercitando il potere, manifesti tutte le ragioni alla base del suo percorso decisionale, tanto da divenire un appiglio utile al giudice per adottare l'effetto conformativo nella sentenza. Cfr., *ex multis*, F.G. SCOCA, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971, *passim* e A.M. SANDULLI, *Sul regime attuale del silenzio – inadempimento della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, p.169 ss. e E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, *cit.*, p.126, il quale precisa come l'interesse pretensivo venga sacrificato sia nell'ipotesi in cui la p.a. adotti un provvedimento negativo, sia nell'ipotesi in cui la p.a. non emani alcun provvedimento: «L'inerzia della P.A. ed il comportamento puramente omissivo che non si formalizzi in alcun atto impedisce la soddisfazione dell'interesse legittimo e, attraverso la (necessaria, per l'esigenze processuali) costruzione della figura del silenzio – rifiuto, è consentito al titolare dell'interesse legittimo di produrre ricorso al giudice amministrativo». Sempre E. FOLLIERI, *op. ult. cit.*, p.127, il quale, sul punto, precisa che «Questo giudizio, però, non consente l'esame di un provvedimento amministrativo e dei suoi vizi e, comunque, il giudice amministrativo, quando la P.A. non provveda ed il ricorrente impugni il silenzio, afferma l'inadempimento dell'Amministrazione resistente e, quindi, l'obbligo per quest'ultima di provvedere, ma non detta alcun criterio per la successiva azione amministrativa, non fissa, in alcun modo il contenuto del provvedimento che la P.A. deve adottare».

Strettamente connessa alla prima è la seconda condizione (sicuramente la più importante), legata al tipo di potere che viene esercitato dall'amministrazione, di cui è manifestazione il provvedimento impugnato dal titolare dell'interesse legittimo pretensivo: soltanto un provvedimento amministrativo che non sia discrezionale consente un sindacato forte da parte del giudice amministrativo mediante una sentenza di annullamento dell'atto negativo che vada a soddisfare a pieno il titolare dell'interesse legittimo pretensivo.

A tal proposito, la dottrina⁶¹ tradizionalmente individuava una stretta dipendenza tra il "vincolo" imposto dal giudicato di annullamento alla forma di potere (se discrezionale o vincolato) esercitato dall'amministrazione e il tipo di vizio invalidante l'atto. In sostanza, a seconda del tipo di potere e della tipologia di vizio, tale dottrina distingueva tre ipotesi di esercizio del potere e di eventuali vizi; ipotesi che sono a tutt'oggi condivisibili perché ancora attuali: 1) un effetto della pronuncia (giudiziale) vincolante, pieno e diretto, nell'ipotesi di assenza totale dei presupposti soggettivi e oggettivi, previsti dalla norma, legittimanti l'esercizio del potere amministrativo; 2) un effetto semipieno, laddove il vizio attenga profili discrezionali dell'atto che non precludono l'amministrazione dal conservare il potere (discrezionale) e dal riesercitarlo anche nel senso di rinnovare il provvedimento, espunto dal vizio invalidante; 3) un effetto cd. secondario o strumentale del giudicato che si produce nel momento in cui la sentenza annulli l'atto per vizi meramente formali. In quest'ultimo caso, l'eliminazione dei vizi formali non assume alcun peso sul contenuto di un nuovo atto che l'amministrazione potrebbe adottare nel pieno riesercizio del potere che, pertanto, non è né esaurito, né limitato dal giudicato.

⁶¹M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 2002, p.315 ss.

In definitiva, è assolutamente determinante il tipo di potere esercitato dall'amministrazione che, se discrezionale⁶², inevitabilmente ridurrà i margini di ampiezza del sindacato giurisdizionale e, quindi, gli effetti del giudicato⁶³.

La terza condizione, a cui in parte si è già fatto riferimento, attiene ai motivi del ricorso proposto dal ricorrente che ritiene di aver subito un *vulnus* dal diniego dell'amministrazione⁶⁴. Come suggerito, infatti, «*la regola conformativa derivante dal giudicato è commisurata sul motivo di ricorso accolto*»⁶⁵ il che si allinea all'onere a carico del ricorrente di formulare tutti i motivi di ricorso valutabili dal giudice⁶⁶.

Invero, diviene assai importante quest'ultimo profilo, ossia la modalità con cui il ricorrente vada a formulare tutti i motivi di ricorso, nel senso che il ricorrente dovrà prestare attenzione a sollevare, soprattutto, la sussistenza di vizi sostanziali, non già di vizi formali, secondo le suggestioni poc'anzi accennate.

L'annullamento di un provvedimento perché inficiato da vizi formali, infatti, non consentono al ricorrente di conseguire la sicura soddisfazione della sua posizione di interesse legittimo pretensivo, ma soltanto, come è stato sostenuto⁶⁷, una *spes*: quelli formali, infatti, sono vizi che non rilevando sul piano sostanziale del contenuto del provvedimento e sull'assetto degli interessi in esso previsto, non consentono al giudice amministrativo di fissare l'effetto confor-

⁶²Cfr., *ex multis*, V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p.463 ss.

⁶³Cfr. E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, *cit.*, p.131, secondo cui «*sul potere discrezionale, l'effetto conformativo della sentenza potrà essere meno incisivo, soprattutto quanto maggiore è il margine di discrezionalità dell'Autorità amministrativa*».

⁶⁴Per E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, *cit.*, p.128, nella disamina degli elementi volti a soddisfare gli interessi pretensivi, trattasi del secondo elemento analizzato che riguarda, per l'appunto, il ricorrente ed i motivi addotti a sostegno dell'illegittimità del provvedimento impugnato.

⁶⁵M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, *cit.*, p.45.

⁶⁶Il modello processuale amministrativo trasla sul ricorrente e sui suoi "oneri introduttivi", ossia il ricorso e i motivi aggiunti, «*la capacità espansiva del giudizio di legittimità verso la massima cognizione dell'attività amministrativa*»: cfr., S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, *cit.*, p.167 e nota 170, in cui richiama M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, *cit.*, p.1171.

⁶⁷E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, *cit.*, p.129.

mativo consistente nell'obbligo per la amministrazione di emanare il provvedimento soddisfacente del ricorrente, titolare dell'interesse legittimo pretensivo.

Le norme sostanziali, invece, sono proiettate al futuro esercizio del potere amministrativo e la loro violazione diviene determinante se sollevata dal ricorrente per ottenere dal giudice (con maggiore probabilità) un effetto conformativo stringente⁶⁸.

D'altro canto, in questa prospettiva, si è mosso anche il legislatore, quando, già ormai dal 2005, ha introdotto nella legge n. 241/1990, l'art. 21- *octies* sull'annullabilità del provvedimento amministrativo che ha dequotato espressamente i vizi formali inficianti il provvedimento amministrativo⁶⁹.

La quarta condizione attiene proprio al ruolo del giudice a cui è consentito adottare, sulla base dei motivi di ricorso sollevati dal ricorrente (a loro volta connessi alle modalità di svolgimento dell'azione da parte dell'amministrazione, come già sottolineato), una sentenza ad effetto conformativo stringente nei confronti del successivo esercizio del potere amministrativo, «*adoperando in maniera più o meno ampia i poteri decisorii a lui spettanti*»⁷⁰.

Nel momento in cui il giudice esamina tutti i motivi di ricorso e, quindi, vada a sindacare ed esprimersi su tutti gli elementi della fattispecie⁷¹, è altamen-

⁶⁸E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, cit., p.129, il quale, sul punto, precisa che il ricorrente debba «*impostare il ricorso con riferimento precipuo ai vizi di legittimità che incidano sul futuro esercizio del potere autoritativo e consentano al magistrato di fissare il principio della successiva adozione del provvedimento favorevole: l'obbligo della conformazione riflettente il contenuto dell'adottando provvedimento può affermarsi quando siano dedotte violazioni delle norme sostanziali e non di quelle strumentali: queste ultime consentono l'annullamento del provvedimento negativo, ma nulla dicono circa il contenuto del successivo atto amministrativo*».

⁶⁹Cfr., *ex multis*, E. FOLLIERI, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urb. e App.*, 2005, 6, p.625 ss. e V. FANTI, *La 'nuova' comunicazione nel procedimento amministrativo*, in *Urb. e App.*, 2005, 11, p.1252 ss.

⁷⁰P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, cit., p.356, la quale precisa che «*la concreta attitudine prescrittiva della sentenza dipende, a sua volta, da varie circostanze, fra le quali: la materia in cui si verte e quindi il tipo di normazione che la disciplina; la latitudine della domanda che era stata rivolta al giudice, e quindi l'ambito dei motivi di ricorso prospettatigli; il modo in cui il giudice medesimo ritiene di redigere la propria pronuncia, adoprando in maniera più o meno ampia i poteri decisorii a lui spettanti*». Su quest'ultimo profilo, l'A. afferma che esso attiene a una scelta completamente autonoma del singolo giudice.

⁷¹Cfr. A. TRAVI, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, cit., p.8, secondo cui «*Il giudice amministrativo deve poter conoscere ed accertare tutti i profili dell'azione amministrativa che siano rilevanti da un punto di vista giuridico*» e aggiunge che «*l'accertamento deve poter riguardare tutti i fatti, storici o*

te probabile che si possano ridurre gli spazi residui lasciati all'amministrazione nell'eventuale riesercizio del suo potere in esecuzione del giudicato⁷².

Solo operando in questo modo e, quindi, non utilizzando la tecnica distorsiva dell'assorbimento dei motivi⁷³, il giudice, o meglio, il giudicato, potrebbe vincolare l'amministrazione, dando piena soddisfazione al ricorrente titolare di un interesse pretensivo⁷⁴.

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

⁷²Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 2019, (Il principio di specificità dei motivi di ricorso ex art. 40, co. 1, lett. d), c.p.a. onera la parte ad indicare in modo puntuale i vizi da cui sarebbe affetto l'atto impugnato: vizi che nel giudizio di ottemperanza sono limitati alla nullità per violazione o elusione del giudicato.) e Cons. Stato, ad. plen. 9 giugno 2016, n. 11, secondo cui l'obbligo di esecuzione del giudicato da parte dell'amministrazione «non incide sui tratti liberi dell'azione amministrativa lasciati impregiudicati dallo stesso giudicato».

⁷³Cfr., sul punto, in senso critico nei confronti di tale tecnica, cfr. E. GUICCIARDI, *L'art. 27 n. 4 e il giudicato amministrativo*, cit., p.107; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., passim; B. CAVALLO, *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, Teramo, Pubblicazioni dell'Università degli Studi G. D'Annunzio di Chieti, 1975, p.186 ss.; F. SATTA, *Principi di giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1978, p.299; L. MIGLIORINI, *Appello incidentale e motivi assorbiti*, in *Foro amm.*, 1981, I, p.1729 ss.; M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit., p.75 ss., che definisce la pratica dell'assorbimento come «uno dei brodi di cultura dell'inadempienza dell'Amministrazione» e E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, cit., p.161.

Più di recente, E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva del processo amministrativo di annullamento*, in *Giur. it.*, 2015, p.2192 ss.; L.R. PERFETTI, G. TROPEA, «Heart of darkness»: l'adunanza plenaria tra ordine di esame e assorbimento dei motivi, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p.205 ss.; G. GALLONE, *Processo dispositivo e processo dirigitico*, in E. FOLLIERI, A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, Milano, Cedam – Wolters Kluwer, 2015, p.748 ss.

⁷⁴Si potrebbe superare, come suggerito da E. FOLLIERI, *Giudicato sull'incompetenza e potere della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 4, p.458 ss. una «prassi» seguita dal giudice amministrativo che spesso non pone la «regola del caso concreto», ossia non affronta il vero problema della controversia, preferendo chiudere la causa con l'annullamento dell'atto impugnato per vizio di forma e con l'assorbimento dei motivi che attengono alla questione che ha determinato il giudizio. Sul punto cfr. anche P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, cit., p.60, la quale, circa la tecnica dell'assorbimento dei motivi operata dal giudice in sede di decisione, precisa che ad essa consegue quello che definisce come «giudicato incompleto», ossia trattasi di un «giudicato non globale, non esaustivo, [che] dipende non dalla volontà, spontanea o coatta, delle parti, bensì da una linea di azione del giudice che si rileva del tutto inaccettabile». Tale tipo di giudicato non garantirebbe la tutela giurisdizionale del ricorrente, che anzi potrebbe risultare «compromessa, giacché i vincoli a carico dell'amministrazione che emergono dal giudicato incompleto risulteranno eseguiti e di scarso rilievo».

Il vincolo precettivo, dettato dall'effetto conformativo della pronuncia del giudice è, invero, rintracciabile non già nel dispositivo della sentenza (dalla sola portata costitutiva/eliminativa), ma dall'esame congiunto del dispositivo e della motivazione della sentenza⁷⁵, ossia dalla parte del provvedimento giudiziario in cui sono esternati i motivi di fatto e di diritto che sorreggono la decisione finale e, che, quindi, sostanziano il comando del giudice⁷⁶.

Infatti, a differenza del contenuto dispositivo della sentenza che è la «*proiezione sicura (a prescindere dal risultato di accoglimento o di rigetto della domanda) del petitum proprio dell'azione esperita*»⁷⁷, l'effetto conformativo, come descritto nella motivazione della sentenza⁷⁸, è nella sola e piena disponibilità del giudice amministrativo: egli può anche non prevederlo. Ma laddove decidesse di disporlo, potrebbe anche non essere così stringente da imporre all'amministrazione di agire per la soddisfazione dell'interesse del ricorrente al bene della vita⁷⁹.

In sostanza, se il venir meno dell'atto impugnato ritenuto illegittimo è un effetto tipico previsto *ex lege* dell'azione di annullamento proposta dal ricorrente e accolta dal giudice (e, quindi, non nella loro piena disponibilità), l'effetto conformativo, seppur "suggerito" dal ricorrente attraverso un'accorta esposizione dei motivi di ricorso, è rimesso alla sola volontà del giudice amministrativo, con tutti i rischi legati, quindi, alle incertezze interpretative che ne derivano⁸⁰.

⁷⁵Motivazione della sentenza che, in questo modo, assume un ruolo essenziale e fondamentale per il suo contenuto precettivo nei confronti della successiva azione amministrativa, dal momento che a seconda di come sia strutturata dal giudice, possa anche non essere in grado di "coprire" gli spazi liberi di potere che residuino all'amministrazione. Cfr., sul punto, A. ANDREANI, *Dispositivo e contenuto decisorio della sentenza amministrativa*, cit., p.464 ss.

⁷⁶S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., p.162.

⁷⁷S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., p.175, il quale, sul punto, richiama R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., p.563 ss.

⁷⁸Cfr., E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, cit., p.161, il quale precisa, sul punto, «*la necessità di utilizzare il cosiddetto effetto conformativo, risultante dalla motivazione della sentenza per incanalare la successiva, necessaria azione amministrativa, nella soddisfazione dell'interesse legittimo pretensivo*».

⁷⁹E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, cit., p.191.

⁸⁰S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., p.176, il quale riflette sul fatto che «*diverrebbe eccessivamente "soggettivo" e vario il modo di interpretare la stesura del "contenuto conformativo" stesso da parte di ogni singolo giudice, con la conseguenza che la stabilità del risultato processuale*

A ciò aggiungasi che, anche nel caso della tutela dell'interesse legittimo pretensivo, al pari di quanto avviene per la tutela dell'interesse legittimo oppositivo, ulteriore condizione che, tuttavia, è meramente eventuale e accidentale, attiene all'assenza di sopravvenienze (legislative o fattuali)⁸¹ che possano “cambiare le regole del gioco”, atteso che andrebbero ad incidere su poteri non esercitati o comunque fondati su presupposti (fattuali e normativi) diversi e successivi rispetto al momento di formazione del giudicato.

Il giudicato amministrativo (in particolare quello di legittimità), infatti, è stato tradizionalmente ritenuto⁸² condizionato all'insussistenza di sopravvenienze giuridiche e fattuali che rappresentano, pertanto, «*la crisi della forza giuridica del giudicato*»⁸³.

In sostanza, il giudicato potrebbe assumere carattere di intangibilità, fino al momento in cui non subentrino mutamenti nella realtà materiale o giuridica che possano precluderne l'attuazione.

Le quattro condizioni così come strutturate, se coesistenti, sembrerebbero garantire la formazione di un giudicato prossimo all'intangibilità che, da una parte, dia soddisfazione piena alla posizione del ricorrente titolare di un interesse legittimo pretensivo, dall'altra parte, non sia soggetto a future ed eventuali

pur a fronte di ambiti di critica comuni, potrebbe essere il risultato di come i diversi giudici amministrativi redigeranno, secondo la personale tecnica di scrittura giuridica, la motivazione della sentenza». Di recente, cfr. E. FOLLIERI, La tutela del paesaggio culturale negata per la tesi sulla graduazione di ufficio degli effetti dell'annullamento, cit., 1950, il quale, sul punto, precisa che «Si può discutere dell'effetto conformativo dell'annullamento che è una lodevole affermazione giurisprudenziale per tutelare gli interessi pretensivi in un sistema processuale che prevedeva sostanzialmente solo l'azione di annullamento. È un effetto nella disponibilità del giudice che può decidere di fissare i binari entro cui deve svolgersi la successiva azione amministrativa di adeguamento alla decisione, per evitare l'ulteriore ricorso per l'ottemperanza, nell'interesse non solo del ricorrente vittorioso, ma anche di un processo più efficace, efficiente ed effettivo, con riduzione del contenzioso. È un mezzo per dare tutela effettiva all'interesse pretensivo che non viene pregiudicato, anzi gli fa conseguire una concreta e più rapida soddisfazione».

⁸¹E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, cit., p.132 ss.

⁸²M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 2002, p.319 ss. e ID., *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, cit., p.78 ss.

⁸³E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, cit., p.135.

forme di inesecuzione da parte dell'amministrazione, nel momento di riedizione del potere⁸⁴.

Il condizionale, tuttavia, è d'obbligo, dal momento che è assai difficile, se non raro, che tali condizioni ricorrano contestualmente nella realtà sostanziale e processuale, dal momento che l'amministrazione non ha l'onere di indicare nel provvedimento tutti i motivi alla base della sua decisione, soprattutto quando va ad adottare un diniego; a conferma, infatti, l'eventuale riproduzione del diniego, se basata su ragioni o fatti diversi rispetto a quelli alla base di un primo e precedente diniego impugnato e annullato, non viola il giudicato⁸⁵.

Tutt'al più, la compresenza delle quattro condizioni determina, con un margine maggiore di certezza, effetti favorevoli voluti laddove venga esercitato dall'amministrazione un potere vincolato; il che fa intendere che rimanga solo e ancora sufficientemente garantita la posizione del titolare di un interesse legittimo pretensivo, a fronte dell'esercizio di un potere discrezionale che l'amministrazione conserva anche successivamente al provvedimento giudiziale.

Questo appare, tuttavia, un rimedio preventivo auspicabile dal privato, idoneo a evitare il rischio di un'autorità amministrativa, soccombente, inadempiente al dettato giudiziale, oltre che a ottenere, già nella fase di cognizione del giudizio dinanzi al giudice amministrativo, una tutela piena ed effettiva, ossia "vincolante" per l'amministrazione.

3. La proposizione dell'azione di adempimento dinanzi al giudice amministrativo a fronte dell'esercizio di un potere vincolato

Un ulteriore rimedio preventivo è, senza dubbio, individuabile dalla lettura dell'art. 34 del codice del processo amministrativo dedicata alle sentenze di merito che, in particolare, prevede, alla lettera c), che il giudice, nei limiti della domanda del ricorrente, condanni l'amministrazione all'adozione delle misure

⁸⁴Cfr. sul punto anche E. FOLLIERI, *Atto autoritativo e giurisdizione. Poteri di conservazione e poteri di trasformazione*, in *Annuario AIPDA 2011, L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra orientamenti*, Atti del convegno annuale Bari 30 settembre – 1 ottobre 2011, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p.78 ss.

⁸⁵M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., p.49.

idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, nonché consente al ricorrente di chiedere espressamente al giudice la condanna dell'amministrazione a rilasciare il provvedimento richiesto (ossia di esperire quella che viene definita come l'azione di adempimento⁸⁶) e, alla lettera e), che il giudice, sempre nei limiti della domanda, disponga delle misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato.

Come noto, tra le nuove azioni introdotte nel tessuto codicistico, si rintraccia una particolare azione che sembrerebbe attribuire una soddisfazione piena al ricorrente titolare di un interesse legittimo pretensivo che consente di superare, dunque, le perplessità a cui si è fatto cenno nelle pagine precedenti. Trattasi pur sempre di un'azione ancillare a quella di annullamento e che, quindi, va a completarla: consiste nell'azione di condanna⁸⁷ al rilascio di un provvedimento richiesto, meglio nota, per l'appunto, come azione di adempimento⁸⁸, espressamente prevista nell'art. 31, comma 3, c.p.a. che riconosce al giudice la facoltà di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio soltanto nei confronti dell'attività vincolata esercitata dall'amministrazione oppure quando risulta che non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità in capo alla medesima amministrazione e non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione⁸⁹.

⁸⁶*Ex multis*, cfr. A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, *passim*.

⁸⁷Sul punto, cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 2019, p.215, il quale precisa che nel processo amministrativo, come nel processo civile la nozione di condanna non sia pacifica, dal momento che è ritenuta, da una parte, preordinata alla formazione di un titolo esecutivo che consenta l'esecuzione forzata nelle forme previste dal codice di procedura civile, ai sensi dell'art. 474 c.p.c., per cui le azioni di condanna sarebbero solo quelle che possono condurre a un titolo esecutivo; dall'altra parte, diretta ad imporre un comportamento specifico che soddisfi la pretesa violata del ricorrente, indipendentemente dalla loro idoneità ad essere titolo esecutivo.

⁸⁸Cfr. A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, cit., *passim* e S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p.81 ss.

⁸⁹Azione di adempimento che trova corrispondenza nelle pronunce adottabili dal giudice, dal momento che l'art. 31, co. 3, c.p.a. va letto in combinato disposto con l'art. 34, co. 1, lettera c), c.p.a., ai sensi del quale «l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto dal ricorrente è esercitata dal giudice, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio».

L'azione *de qua*, invero, non rappresenta una novità nel panorama dogmatico, dal momento che era già stata suggerita dalla dottrina tradizionale⁹⁰ come uno strumento a disposizione del ricorrente (soprattutto quello titolare di un interesse pretensivo) volto ad accordargli una tutela effettivamente soddisfattiva: strumento che ora (finalmente) trova espressa previsione e disciplina nel codice del processo amministrativo⁹¹.

La proponibilità di tale azione consente, nei limiti dettati dalla norma, ossia in virtù della sussistenza di queste tre condizioni (attività vincolata, assenza di margini di discrezionalità in concreto e di ulteriori adempimenti istruttori) che il giudice possa pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa, adottando una sentenza che condanni l'amministrazione a rilasciare quel determinato provvedimento amministrativo anelato dal titolare dell'interesse legittimo pretensivo, riconoscendogli una tutela piena e soddisfattiva. La pronuncia, infatti, va ad esaurire il potere amministrativo o comunque lo ridimensiona sul piano sostanziale, dal momento che l'amministrazione è vincolata ad esercitare il potere nel modo stabilito dalla sentenza, senza che le sia riconosciuto alcun margine per riesaminare la pratica o decidere in maniera difforme rispetto a quanto imposto dal giudice⁹².

In sostanza, l'azione di adempimento consente, da una parte, al ricorrente di chiedere la condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento richiesto e denegato e, dall'altra, impone al giudice di provvedere sulla domanda in un capo autonomo del dispositivo. Questo comporta, in sostanza, che nel giudizio di cognizione intervenga un'apposita pronuncia del giudice che condanni l'amministrazione senza che sia necessario ricorrere al giudizio di ot-

⁹⁰Cfr. F. LA VALLE, *Azione di impugnazione e azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, in *Jus*, 1965, p.180 ss. e M. NIGRO, *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1980, p.94 ss.

⁹¹Sulla portata innovativa dell'azione di adempimento nel processo amministrativo, cfr., A. TRAVI, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, cit., p.5, il quale sostiene che «l'introduzione di un'azione di adempimento non costituisce una mera opzione di politica legislativa, opportuna magari anche per diminuire il 'gap' rispetto ai sistemi stranieri, ma appare necessaria anche per recuperare coerenza nel nostro processo amministrativo».

⁹²A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 2019, cit., p.313.

temperanza per individuare la misura idonea a soddisfare l'interesse del ricorrente⁹³. Anzi, l'attività successiva di esecuzione della sentenza, esercitata dall'amministrazione, «non può essere considerata esercizio del potere, perché la sentenza assorbe i profili più caratteristici del potere amministrativo, rappresentati dalla sua capacità di decidere come, quando e a favore di chi distribuire utilità e risorse»⁹⁴.

Tuttavia, sono necessarie alcune precisazioni che emergono dalla lettura delle norme inserite nel codice del processo amministrativo.

In primo luogo, le condizioni *ex lege* relative all'esercizio del potere vincolato manifestatosi nel provvedimento impugnato dinanzi al giudice ovvero quella relativa all'assenza in concreto di margini di discrezionalità sono ritenute tutte condizioni di ammissibilità dell'azione di adempimento, non sufficienti di per sé ad ottenere dal giudice la pronuncia soddisfattiva della pretesa sostanziale. Il passaggio ulteriore è rimesso al giudice che, accertata la sussistenza di tutte le condizioni legali per il rilascio del provvedimento richiesto, accoglie il ricorso promosso dal ricorrente su cui grava, invero, l'onere di dimostrare l'esistenza di tutti i presupposti legali⁹⁵.

In sostanza, è a carico del ricorrente l'onere di dimostrare la sussistenza delle condizioni *ex lege* al fine di proporre al giudice l'azione di adempimento (contestualmente a quella di annullamento) per giungere ad ottenere, per il suo tramite, il provvedimento favorevole richiesto e inizialmente negato dall'amministrazione.

In secondo luogo, senza dubbio l'azione *de qua*, così come costruita dal legislatore, appare una soluzione ottimale⁹⁶ per la soddisfazione degli interessi legittimi pretensivi a fronte, però, soltanto di un potere vincolato: il giudicato, infatti, in questa ipotesi, andrà a vincolare il successivo esercizio del potere da

⁹³E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, cit., p.192.

⁹⁴A. TRAVI, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, cit., p.6.

⁹⁵M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., p.51 e P. CERBO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1, p.21 ss.

⁹⁶L'espressione è di E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, cit., p.192.

parte dell'amministrazione obbligata dalla condanna del giudice all'adozione dello specifico provvedimento richiesto.

Tanto è vero che la sentenza di annullamento di un provvedimento sfavorevole al ricorrente con contestuale condanna al rilascio del provvedimento richiesto «vieta l'amministrazione di respingere una seconda volta l'istanza sulla base di ragioni diverse da quelle espresse con il provvedimento annullato»⁹⁷ e la obbliga al rilascio del provvedimento.

In sostanza, l'accoglimento dell'azione di adempimento da parte del giudice nei termini sopra descritti consente di rendere intangibile il giudicato e, allo stesso tempo, di consumare il potere (vincolato) amministrativo nel momento della sua riedizione⁹⁸, superando anche l'eventuale ostacolo rappresentato dalle sopravvenienze⁹⁹, dal momento che la condanna attiene al rilascio del provvedimento che l'amministrazione avrebbe dovuto adottare in risposta all'istanza al fronte della quale, invece, ha adottato un provvedimento negativo sfavorevole nonché illegittimo.

Da questa prospettiva, tale azione diventa, infatti, a tal punto garantista e, soprattutto, soddisfacente della situazione giuridica soggettiva del titolare dell'interesse pretensivo nei confronti di un potere vincolato, che, nel caso in cui il giudice ometta di pronunciarsi sulla specifica domanda del ricorrente, quest'ultimo può comunque sollevare in appello l'omissione di pronuncia da parte del giudice¹⁰⁰ su uno specifico capo della domanda e ottenere, in quella sede, la sentenza che condanni l'amministrazione a rilasciare il provvedimento richiesto.

⁹⁷M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., p.52.

⁹⁸Cfr. A. TRAVI, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, cit., p.6, secondo cui «l'azione di adempimento può comportare un superamento del potere amministrativo, perché il giudice, ove ne sussistano le condizioni di diritto sostanziale, può accertare che al cittadino spetta il rilascio di un provvedimento positivo».

⁹⁹Cfr. L. CANNADA BARTOLI, *Giudicato amministrativo, regolazione sopravvenuta e "giusto processo"*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it e più di recente, G. PEPE, *Giudicato amministrativo e sopravvenienze*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, *passim*. Sia consentito rinviare anche a G. URBANO, *Contributo sull'effettività del giudicato amministrativo*, cit., p.165 ss.

¹⁰⁰Cfr. F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI, *Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, *passim*.

Detto altrimenti, seppur l'azione di annullamento rimanga centrale per ottenere la tutela degli interessi legittimi lesi da un provvedimento amministrativo, allo stesso tempo «*non esaurisce più i contenuti della tutela nel giudizio di cognizione*»¹⁰¹, dal momento che il ricorrente può ottenere dal giudice una sentenza che condanni l'amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto. Mediante tale possibilità, riconosciuta dal codice del processo amministrativo, la tutela dell'interesse legittimo non si profila più per essere indiretta, ma anzi sempre più simile e parificata a quella dei diritti soggettivi¹⁰².

3.1. Limiti della proposizione dell'azione di adempimento dinanzi al giudice amministrativo a fronte del potere discrezionale esercitato dall'amministrazione

A questo punto residua qualche perplessità circa l'esperimento dell'azione di adempimento o, meglio di condanna, nei termini innanzi descritti, quando l'interesse legittimo pretensivo si confronti e sia lesa da un provvedimento amministrativo espressione di un potere discrezionale.

Sebbene dal punto di vista normativo non esistono preclusioni ad ammettere nel processo amministrativo una sentenza di condanna anche nei confronti dell'esercizio di poteri discrezionali da parte dell'amministrazione, è sul piano logico - concettuale che si rintraccia un ostacolo alla sua ammissibilità: la condanna all'adempimento da parte del giudice presuppone l'esistenza di un obbligo rimasto inadempito, dove l'obbligo «*sussiste soltanto quando l'attività amministrativa è vincolata e il rilascio del provvedimento è condizionato solo alla sussistenza dei presupposti stabiliti dalla norma*»¹⁰³.

Nonostante la dottrina abbia tentato di superare l'*empasse*, da una parte spostando la sussistenza dei presupposti legali non già al momento dell'impugnazione del provvedimento, ma al momento della pronuncia giudiziale¹⁰⁴,

¹⁰¹A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 2019, cit., p.220.

¹⁰²Cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 2019, cit., p.220.

¹⁰³M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., p.114.

¹⁰⁴Cfr. G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto, un aggiornamento sul tema*, in M.A. SANDULLI, F. FRANCIOSI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa: in ricordo di Leopoldo Mazzeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p.29.

dall'altra suggerendo come oggetto della condanna non il provvedimento favorevole richiesto, ma l'esercizio legittimo del potere amministrativo¹⁰⁵, persiste comunque sempre un potere dell'amministrazione di tipo discrezionale che non si esaurisce a fronte di un giudicato (che, in questa ipotesi, si presenti connotato da evidenti tratti di cedevolezza).

In secondo luogo, come accennato, le diverse azioni ammissibili dinanzi al giudice amministrativo, previste dal codice del processo amministrativo, all'atto pratico risultano essere tutte secondarie o ancillari rispetto all'azione principe del giudizio amministrativo che rimane sempre quella di annullamento. In sostanza, le azioni sono sì ammissibili nella misura in cui sia stata promossa precedentemente o contestualmente l'azione di annullamento: non sono azioni autonome, ma vanno a completare l'azione principale che rimane quella di annullamento.

In sostanza, le azioni non garantiscano al ricorrente tutela piena e satisfattiva, al pari di quanto potrebbe essere assicurata, in combinazione con (o comunque dall') l'azione di annullamento dell'atto, soprattutto nei confronti del titolare dell'interesse legittimo pretensivo.

Detto altrimenti, la fruizione di una sola tecnica di tutela (che sia quella solo di annullamento per la tutela dell'interesse legittimo oppositivo o quella di adempimento per la tutela dell'interesse legittimo pretensivo, nei termini descritti) non sempre soddisfa a pieno il titolare dell'interesse legittimo leso; tutt'al più sarà la combinazione delle diverse forme di tutela a garantire una soddisfazione piena e un giudicato, per quanto possibile, stabile e intangibile.

In definitiva, l'azione di annullamento resta l'azione principale e onnipresente in tutti i giudizi dinanzi al giudice amministrativo con tutti i limiti che ne conseguono e di cui si è già discusso. Pertanto, anche l'azione di adempimento che più di altre merita attenzione in questa sede, sebbene colori diversamente l'oggetto del giudizio amministrativo, proprio in vista del suo carattere ancillare

¹⁰⁵Cfr. L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo, L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, p.634.

rispetto al giudizio di annullamento, conferma, tuttavia, l'idea, ancora fortemente condivisa, di un giudizio amministrativo di tipo prevalentemente impugnatorio, che appare a tutt'oggi rappresentare lo strumento più idoneo a formare un giudicato sostanziale, come sostenuto da una parte della dottrina più avveduta¹⁰⁶, e a sindacare il rapporto sottostante il provvedimento impugnato, nei limiti dettati, però, dal tipo di potere esercitato dall'amministrazione.

In questo senso, sicuramente, quindi, c'è un segnale di apertura della struttura del processo amministrativo nei confronti della pretesa vantata dal ricorrente in giudizio titolare di un interesse legittimo pretensivo, ma ancora non sufficiente a superare la sua tradizionale concezione di processo idoneo a tutelare maggiormente l'interesse legittimo oppositivo ed essenzialmente costruito (ancora) sull'azione di annullamento per vizi di legittimità dell'atto.

Caratteri del giudizio amministrativo che, nonostante i mutamenti storico – legislativi intercorsi, sembrano persistere - sebbene in forme più moderate - ancora oggi e che si allineano al connotato del potere amministrativo inesauribile non soggetto a fenomeni o ipotesi di consumazione nel momento del suo esercizio.

4. Rimedi *successivi*: la rilevanza dei principi di correttezza e buona fede sul piano processuale

Se come rimedi preventivi che possano, invero, scongiurare e, per l'appunto, prevenire l'eventuale ipotesi di inottemperanza della amministrazione pubblica al dettato del giudice, condizionando “a monte” la futura azione amministrativa, si sono potuti rintracciare sul piano processuale solamente quelli inerenti alla combinazione dell'effetto conformativo con quello preclusivo della pronuncia giudiziale o, ancor più, al rafforzamento dell'effetto conformativo, laddove si verificano contestualmente le condizioni descritte, nonché alla possibilità di proporre l'azione di adempimento per lo più a fronte dell'esercizio del potere vincolato da parte dell'amministrazione, diversi sono i

¹⁰⁶Cfr. C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, cit., p.306 ss.

rimedi rintracciabili *ex post* (rispetto alla pronuncia del giudice), a “fatto compiuto”, quando, cioè, a fronte di una sentenza del giudice amministrativo, l'autorità pubblica non si sia attivata in alcun modo per darne esecuzione.

Sicuramente, la ricerca della giurisprudenza e della dottrina si è mossa, soprattutto in tempi più recenti, allo scopo di individuare degli argini al “fluttuante e incessante” agire amministrativo, in particolare di tipo discrezionale, nei suoi rapporti con il giudicato amministrativo.

Tale scopo non rappresenta, in realtà, una novità, nemmeno per il legislatore: si pensi alla creazione giurisprudenziale delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, in parte successivamente positivizzate dal legislatore¹⁰⁷, o, più di recente, alla individuazione di un termine massimo che impedisce all'amministrazione di annullare un provvedimento già adottato, *ex art. 21 - nonies* della legge n. 241/1990 e comunque alla maggior parte degli istituti disciplinati dalla legge n. 241/1990, oggetto di costanti modifiche legislative improntate all'osservanza dei principi di partecipazione¹⁰⁸ e collaborazione del privato alle decisioni amministrative e del controllo e sindacabilità dell'agire amministrativo¹⁰⁹.

Di pari passo, infatti, si sono sempre più assottigliate le differenze nelle dinamiche relazionali tra amministrazione e privato, improntate sempre più alla parità dei rapporti e alla convergenza delle decisioni e degli interessi da perseguire.

È proprio partendo da queste dinamiche che la riflessione intende spostarsi sul piano dei principi che le innervano, che dal piano squisitamente sostanziale in cui trovano la principale collocazione, si sono affermate anche sul piano strettamente processuale. In altri termini, per superare le difficoltà emer-

¹⁰⁷E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, 1, p.61.

¹⁰⁸Sia consentito rinviare a G. URBANO, *Aspetti evolutivi della partecipazione al procedimento amministrativo: la Legge sulla partecipazione della Regione Puglia*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2018, p.3.

¹⁰⁹Si pensi, di recente, ai Decreti cd. Semplificazioni, il decreto-legge n. 76 del 16 luglio 2020, convertito in legge n. 120 del 11 settembre 2020 e il decreto-legge n. 77 del 31 maggio 2021 convertito in legge n. 108 del 29 luglio 2021.

se nella fase di esecuzione del giudicato amministrativo a fronte dell'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione, si intende dimostrare quanto utile sia il supporto e il rispetto dei principi generali che, se normalmente trovano il loro *locus* ideale nel diritto sostanziale, non di meno possono trovare degna applicazione anche nel diritto processuale.

In particolare, l'esigenza di tutela della pretesa sostanziale del privato nei confronti dell'azione amministrativa ha attribuito rilevanza, soprattutto negli ultimi tempi, al rispetto dei principi di buona amministrazione e di affidamento¹¹⁰ riposto dai privati sulla correttezza dell'operato dei pubblici poteri nelle diverse declinazioni che hanno essi assunto.

Tra queste ultime emerge il principio di buona fede e di correttezza che diviene rilevante non solo (e tradizionalmente) nel dialogo sostanziale tra amministrazione e privato, ma anche a livello processuale dinanzi al giudice amministrativo che, utilizzandolo come strumento del suo sindacato, gli consentirebbe di ridurre l'esercizio del potere discrezionale nella fase successiva di esecuzione del giudicato.

Entrando nel dettaglio, a livello normativo, in primo luogo, la circostanza che la condotta delle parti sia valutabile dal giudice amministrativo trova un riferimento normativo in diverse previsioni processuali: quelle relative al riconoscimento da parte del giudice amministrativo del risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a., dal momento che la sua determinazione è soggetta alla valutazione (da parte del giudice amministrativo) non solo delle circostanze di fatto, ma anche del comportamento complessivo delle parti; quelle relative alla possibilità attribuita sempre al giudice amministrativo di desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo, ai sensi dell'art. 64, comma 4, c.p.a.¹¹¹.

¹¹⁰Cfr. F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970, *passim* e ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, Giuffrè, 2001, *passim*.

¹¹¹Sia consentito rinviare a G. URBANO, *La costituzione orale in giudizio delle parti intime*, in E. FOLLIERI, A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010 - 2015)*, Milano, Cedam Wolters Kluwer, 2015, p.915 ss.

Anche a livello giurisprudenziale, i recenti arresti hanno mostrato una particolare attenzione alla protezione delle posizioni giuridiche individuali nei confronti del potere amministrativo, da una parte, attribuendo preminenza proprio ai principi di buona fede e correttezza (si pensi alla pronuncia dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 4 maggio 2018¹¹² che impone all'amministrazione il rispetto della lealtà e correttezza in tutte le fasi procedurali, anche quelle pregresse all'aggiudicazione nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica), dall'altra, stigmatizzando l'accanimento dell'amministrazione contro il privato (che ha riposto affidamento nei confronti di un provvedimento favorevole ottenuto dall'amministrazione) secondo logiche incentrate sul rispetto della correttezza e della buona amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione (si pensi alla sentenza del Consiglio di Stato n. 1457 del 6 marzo 2018¹¹³), dall'altra ancora, riconoscendo rilevanza all'agire reiteratamente

¹¹²Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, che ha enunciato i seguenti principi di diritto: *«l'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza. 2. Nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento. 3. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai doveri di correttezza e buona fede».*

¹¹³Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1457, di cui rilevanti sono i seguenti passaggi: *«Alla luce di tali evenienze, emerge quello che appare un vero e proprio 'accanimento' nei confronti dell'iniziativa imprenditoriale dell'appellante, posto in essere, senza giustificazione alcuna, in modo del tutto sproporzionato rispetto al fine da perseguire – ed invero tutti i relativi provvedimenti sono stati annullati dal giudice amministrativo – ed in totale spregio del fatto che, pochi anni prima, la stessa Soprintendenza aveva autorizzato la medesima iniziativa. Con ciò trascurando completamente l'affidamento che legittimamente il privato nutriva circa la fattibilità dell'opera e per la quale si era già attivato effettuando i necessari investimenti. 9.2 - Ciò che emerge dalla vicenda appare sintomatico di uno svolgersi dell'attività amministrativa secondo logiche lontane dal modello di correttezza e buona amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione, come si è andato evolvendo nel diritto vivente. Modello in cui, alla tradizionale ed imprescindibile funzione di garanzia di legalità nel perseguimento dell'interesse pubblico, la funzione amministrativa viene a rivestire anche un ruolo di preminente importanza per la creazione di un contesto idoneo a consentire l'intrapresa di iniziative private, anche al fine di accrescere la competitività del Paese nell'attuale contesto internazionale, secondo la logica del confronto e del dialogo tra P.A. e cittadino. In altri termini, l'evoluzione del modello costituzionale impone di tener conto che l'attività amministrativa produce sempre un "impatto" sulla sfera dei cittadini e delle*

capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo del canone di buona amministrazione e affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri (si pensi alla recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, condivisa anche da una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione¹¹⁴).

Proprio quest'ultimo orientamento rappresenta, senza dubbio, uno spiraglio che al momento appare risolutivo del "paradossale" meccanismo che regola il rapporto tra il giudicato amministrativo di accoglimento e il successivo riesercizio del potere amministrativo di tipo discrezionale, offrendo una soluzione sicuramente inedita sul piano dell'effettività della tutela giurisdizionale.

imprese (ne è conferma l'emersione del principio di accountability). Tale impatto, da un lato, deve essere considerato e quantificato, affiancando agli strumenti giuridici quelli economici di misurazione, che permeano sempre di più l'attività amministrativa; d'altro lato – e soprattutto, ai fini della tutela – tale impatto non può essere trascurato, né assorbito, e nemmeno ridotto forfettariamente in considerazione di una cura dell'interesse pubblico asseritamente prevalente. Sono emblematiche di tale tendenza tutte le riforme ispirate alla semplificazione e alla trasparenza dell'attività amministrativa, non ultima – per quel che rileva in questa sede, dove all'origine dell'arresto dell'iniziativa degli appellanti vi è la revoca della precedente autorizzazione archeologica – la l. n. 124 del 2015, intervenuta, tra le altre cose, sui presupposti del potere di autotutela, che deve sempre considerare l'affidamento del privato rispetto a un precedente provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica e sul quale basa una precisa strategia imprenditoriale (cfr. art. 21-nonies co. 1, l. n. 241 del 1990, come modificato dall'art. 25, comma 1, lettera b-quarter, l. n. 164 del 2014 e poi dall'art. 6, comma 1, l. n. 124 del 2015; nonché l'art. 21-quinquies, come modificato dall'art. 25, comma 1, lettera b-ter, l. n. 164 del 2014)».

¹¹⁴Cfr. Cass., Sez. Un., 7 settembre 2020, n. 18592, la quale si è espressa sulla violazione dei limiti esterni della giurisdizione, affermando che «il prospettato eccesso di potere giurisdizionale non è certamente configurabile in quanto la contestata decisione rappresenta l'esito dell'attività di interpretazione delle richiamate norme del codice del processo amministrativo effettuata dal Consiglio di Stato e tale attività rappresenta il *proprium* della funzione giurisdizionale e non può dunque integrare, di per sé sola, la violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale e quindi dare luogo al vizio denunciato».

Il supremo consesso¹¹⁵ ha sostenuto che il giudicato amministrativo di annullamento, nel caso si confronti con un esercizio del potere amministrativo discrezionale, sia in grado di assicurare al ricorrente soltanto la possibilità, e non la certezza, di conseguire il bene agognato, in quanto le disposizioni legislative (attributive del potere discrezionale all'amministrazione) tutelano la utilità intermedia (consistente, per l'appunto, nella mera possibilità di conseguire il bene della vita) e non la utilità finale (ossia, proprio il bene della vita). In sostanza, il riconoscimento e l'attribuzione del bene al ricorrente è nella disponibilità dell'amministrazione nell'esercizio del potere discrezionale, non già del giudice amministrativo che si limita ad accogliere il ricorso e ad annullare l'atto, non essendo legittimato e non avendo strumenti pieni, utili a disciplinare in modo definitivo il rapporto amministrativo.

Tuttavia, per evitare il circolo vizioso di un frazionamento infinito della tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione¹¹⁶, a cui si è accennato, consistente nella richiesta reiterata del ricorrente al giudice per ottenere l'annullamento di provvedimenti amministrativi sfavorevoli adottati in successione dall'amministrazione con motivazioni diverse (ogniquale volta ne venga annullato uno in via giurisdizionale e residui uno spazio di manovra discrezionale all'amministrazione) e vedersi concretizzata la possibilità di conseguire il bene

¹¹⁵La recente giurisprudenza amministrativa ha approfondito un'ipotesi tradizionale di manifestazione dell'esercizio del potere discrezionale da parte dell'amministrazione rappresentata dal giudizio di una commissione valutatrice in una procedura paraconcorsuale (trattasi della procedura per il conseguimento dell'abilitazione scientifica nazionale alle funzioni di professore universitario), caratterizzata, nel caso di specie, da un diniego al conseguimento dell'abilitazione, reiterato per ben tre volte, ogni volta con un impianto motivazionale diverso, da tre commissioni valutatrici differenti, a seguito di successivi annullamenti giurisdizionali di altrettante delibere di diniego susseguitesi nel tempo. Per risolvere la complessa controversia, il Consiglio di Stato non si è allineato alle precedenti tesi esposte ma, annullando anche la terza valutazione della commissione per eccesso di potere (illogicità dell'azione amministrativa e difetto di motivazione), ha chiarito nel dettaglio le conseguenze del dispositivo di annullamento, riducendo i (residui) margini di manovra dell'azione amministrativa di tipo discrezionale e attribuendo, finalmente, soddisfazione al ricorrente, ritenendolo danneggiato dal reiterato comportamento dell'amministrazione.

¹¹⁶G. GRECO, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, cit., p.484 ss.

della vita agognato, il Consiglio di Stato ha individuato uno strumento di tutela più immediato.

Dall'interpretazione dell'impianto codicistico sul processo amministrativo, il consesso amministrativo riesce a rintracciare uno strumento in grado di scongiurare l'indefinita "parcellizzazione giudiziaria" di una vicenda unitaria, dal punto di vista sostanziale, e di ridurre progressivamente la discrezionalità amministrativa, sul piano sia sostanziale che processuale.

L'assunto si basa essenzialmente ed enfatizza¹¹⁷ il principio di effettività della tutela giurisdizionale, garantita nel codice del processo amministrativo da una serie di istituti e principi processuali in precedenza sottolineati, definito dal consesso amministrativo come «*la capacità del processo di far conseguire i medesimi risultati garantiti dalla sfera sostanziale*»; capacità che sarebbe idonea a cogliere la rilevanza non solo del principio di atipicità dell'azione¹¹⁸, ma anche del principio di atipicità delle forme di tutela che troverebbe un limite soltanto nel principio di separazione dei poteri.

In particolare, le disposizioni codicistiche sul processo amministrativo in grado di armonizzare questi ultimi due principi sono l'art. 31, comma 3, c.p.a (sull'azione di adempimento, a cui si è fatto cenno); l'art. 34, comma 1, lett. e), ai sensi del quale il giudice (lo stesso che si pronuncia in sede di cognizione) può disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e può, perfino, nominare un commissario *ad acta* con effetto dalla scadenza del termine assegnato per l'ottemperanza da leggersi in combinato disposto con l'art. 34, comma 2, c.p.a. che, pur riconoscendo al ricorrente tutela nei confronti del

¹¹⁷G. URBANO, *Una risposta ai bisogni di "tutela" che va meglio definita*, in *Guida al diritto*, 2019, 15, p.99.

¹¹⁸Cfr. sul tema della proponibilità nel processo amministrativo di azioni atipiche, cfr. V. CAIANIELLO, *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Foro amm.*, 1980, p.851 ss.; G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980, p.213 ss.; E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, *cit.*, p.161ss.; M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, III, p.557 ss.; A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in AA. VV., *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Milano, 2011, Giuffrè, p.87 ss.; M. RAMAJOLI, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Il nuovo processo amministrativo*, diretto da R. CARANTA, Bologna, Zanichelli, 2011, p.578 ss.

potere amministrativo anche discrezionale manifestato dall'amministrazione con il provvedimento impugnato, comunque preclude al giudice la possibilità di pronunciarsi nei confronti di poteri amministrativi non ancora esercitati, tanto da escludere forme di tutela (preventiva) degli interessi dei ricorrenti volte a condizionare il futuro esercizio del potere da parte dell'amministrazione.

Il giudice riesce, invero, a superare e ridurre tale ultima preclusione e a individuare un ulteriore strumento di consumazione della discrezionalità amministrativa non ancora esercitata dall'amministrazione. Infatti, il consesso, da una parte, ribadisce i due meccanismi di riduzione del potere discrezionale già noti, consistenti: il primo, sul piano sostanziale, nell'attività della stessa amministrazione di auto-vincolarsi attraverso atti amministrativi adottati a monte rispetto al successivo esercizio del potere amministrativo; il secondo, sul piano processuale, mediante istituti che sollecitano una pronuncia dell'amministrazione nel corso del giudizio sull'intera vicenda (come, ad esempio, tramite la combinazione delle ordinanze propulsive e successivi motivi aggiunti) oppure mediante istituti probatori volti a cogliere il dispiegarsi della fattispecie concreta (come, ad esempio, tramite il principio di non contestazione¹¹⁹). Dall'altra, il consesso amministrativo introduce un nuovo meccanismo in grado di consumare la discrezionalità consistente «nel frutto della insanabile frattura del rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo, quindi, del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri»¹²⁰.

Ne consegue che nei casi in cui l'amministrazione reiteri la sua azione adottando a ripetizione provvedimenti sfavorevoli al ricorrente, annullati *ex post* dal giudice, secondo il supremo consesso «resta preclusa all'amministrazione di poter tornare a decidere sfavorevolmente nei confronti dell'amministrato anche in relazione ai profili non ancora esaminati»¹²¹.

¹¹⁹Cfr. F. FOLLIERI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, p.1013 ss.

¹²⁰Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321.

¹²¹Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321.

Tale assunto incide inevitabilmente sulla configurazione del giudicato amministrativo, non ritenendolo più un “atto”, come avveniva tradizionalmente, ma un “fatto”, tanto che la consumazione del potere discrezionale può verificarsi sia nell’ambito del giudizio di ottemperanza, sia nell’ambito del giudizio di cognizione.

Il principio assume, senza dubbio, una portata rivoluzionaria per le conclusioni a cui giunge e si allinea all’attuale tendenza della dottrina, della giurisprudenza e del legislatore di assicurare una effettiva tutela giurisdizionale al privato, soprattutto titolare di un interesse legittimo pretensivo e, in particolare, nei confronti del potere “inesauribile” dell’amministrazione di tipo discrezionale.

In particolare, si disegna un nuovo tipo di processo improntato alla «*cognizione ad esecuzione integrata*»¹²², ossia un «*processo cognitivo dai tratti esecutivi*»¹²³ che si muove in senso contrario rispetto alla tesi, condivisa da una parte della dottrina e della giurisprudenza¹²⁴, che spinge per un ampliamento della fase cognitiva in sede esecutiva (tesi del giudicato a formazione progressiva).

Senza dubbio non sono poche le perplessità che la giurisprudenza solleva, a partire dalla previsione *ex ante* di una preclusione a carico dell’amministrazione; preclusione che senza dubbio è vantaggiosa per il ricorrente, ma non per

¹²²Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321.

¹²³G. CICE, *nota a sentenza a Consiglio di Stato – Sezione VI – sentenza del 25 febbraio 2019 n. 1321*, in *www.giustamm.it*, 2019, p.4. Un giudizio di tale tipo, o meglio a un’azione «*cognitoria ad effetto esecutivo*», era stata approfondita da P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, *cit.*, p.122 ss., ritenendola ammissibile, oltre che un proficuo strumento alternativo al giudizio di ottemperanza per l’esecuzione delle sentenze non passate in giudicato.

¹²⁴Espressione coniata da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1979, p.288 ss., a indicare il carattere del giudicato amministrativo come «*il risultato tanto della pronuncia sul ricorso di legittimità quanto di quella nel giudizio di ottemperanza*». Cfr. in dottrina anche B. SASSANI, *Impugnativa dell’atto e disciplina del rapporto*, Padova, Cedam, 1989, *passim*; G. VERDE, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, in *Riv. proc. civ.*, 1980, p.643 ss. e L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, *passim*. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 novembre 2007, n. 6071; Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2008, n. 796; Cons. Stato, sez. IV, 25 giugno 2010, n. 4131; Cons. Stato, sez. VI, n. 2153 del.2010; Cons. Stato, sez. VI, n. 84210 del 2010; Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2012, n. 1060; Cons. Stato, ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2; Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321.

l'amministrazione dal momento che presuppone che essa si pronunci negativamente, escludendo l'ipotesi inversa ma comunque possibile, che possa rideterminarsi in senso positivo nei confronti del ricorrente medesimo. In sostanza, intervenire *ex ante* e precludere l'esercizio del potere amministrativo non significa altro che presumere l'intenzione dell'amministrazione a negare (nuovamente) il provvedimento agognato dal ricorrente; circostanza, questa, che ha dei margini di certezza (o di incertezza) pari a quelli che avvolgono la ipotesi contraria di un'amministrazione che decida, invece, di rilasciare un provvedimento favorevole.

In questo senso, il rischio è che si andrebbe a legittimare la pretesa del ricorrente a ottenere un provvedimento amministrativo in senso favorevole da parte di un'amministrazione che, da parte sua, si troverebbe a perdere e non esercitare il suo potere, in violazione della riserva di amministrazione tutelata dagli articoli 1 e 97 della Costituzione, nonché dall'art. 34, comma 2, c.p.a. che impedisce al giudice di pronunciarsi sui poteri amministrativi non ancora esercitati. Senza contare un altro dubbio interpretativo sollevato dall'orientamento del giudice amministrativo che attiene all'individuazione del *quando*, ossia del momento in cui si può ritenere cristallizzato e, quindi, completamente consumato il potere amministrativo in questi termini.

Tale orientamento pur necessitando di un intervento di positivizzazione da parte del legislatore, ha, tuttavia, il merito di venire incontro alle esigenze e alle aspettative del privato, evitandogli, altresì, di incalzare il giudice più volte su una medesima fattispecie, garantendo a lui come anche all'amministrazione giudiziaria un evidente risparmio economico. In sostanza apre uno spiraglio per il ricorrente costretto spesso a entrate nei meandri di un *tunnel* giudiziario nel quale è spesso difficile vedere la luce, nonché consente di individuare un punto di equilibrio tra giudicato e riesercizio del potere amministrativo, in grado di rendere il giudicato amministrativo intangibile, a vantaggio dell'esigenza di certezza che nutre il cittadino.

Il profilo che si ritiene sicuramente degno di particolare interesse attiene al rafforzamento, assolutamente condivisibile, dei principi di affidamento e di certezza dei rapporti giuridici che, come corollari del principio di effettività della tutela, rappresentano e coincidono, invero, con gli interessi a cui punta il cittadino e che intende difendere quando si imbatte in una vicenda giudiziaria.

Rispetto al passato, la rilevanza riconosciuta ai principi di buona fede, correttezza e al principio di affidamento del privato come parametri di giudizio del giudice amministrativo è particolarmente significativa soprattutto ai fini della configurazione del carattere di intangibilità al giudicato: infatti, il rispetto del giudicato da parte dell'amministrazione soccombente in giudizio rientra in questa fattispecie tanto da condurre alla previsione di formule risarcitorie o a rappresentare uno strumento di consumazione del residuo potere discrezionale da parte dell'amministrazione tale da rendere il giudicato e la sua esecuzione forte e, quindi, non più cedevoli rispetto alla riedizione del potere amministrativo medesimo.

In questo senso, il giudicato viene qualificato, invero, come un fatto¹²⁵, cioè un obbligo di comportamento che, se violato, configura un'ipotesi di frattura del rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino e del dovere di correttezza che innerva il dialogo tra potere pubblico e cittadino, divenuto – si ribadisce - rilevante anche sul piano processuale.

Da una diversa prospettiva, non può non rilevarsi che tale orientamento si allinei alla concezione del diritto di azione come diritto atipico: le azioni giurisdizionali nel processo amministrativo sono tipiche e atipiche e, in quanto tali, consentono al ricorrente di chiedere al giudice amministrativo tutto quello che è indispensabile ad assicurare tutela piena, completa ed efficiente alla situazione giuridica soggettiva che egli assuma lesa¹²⁶.

¹²⁵Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321 e Cass., Sez. Un., 7 settembre 2020, n. 18592.

¹²⁶E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, cit., p.175 e, in un lavoro recente, sempre ID., *La tutela del paesaggio culturale negata per la tesi sulla graduazione di ufficio degli effetti dell'annullamento*, cit., p.1949, il quale afferma che «le azioni ammissibili nel processo amministrativo sono tipiche e atipiche e possono assumere qualunque contenuto volto a soddisfare l'interesse fatto valere in

Atipicità dell'azione che determina atipicità delle forme di tutela, come affermato dalla giurisprudenza amministrativa¹²⁷, a chiudere il cerchio degli strumenti di garanzia delle posizioni soggettive del privato leso dall'azione amministrativa che coltiva un legittimo affidamento nell'operato dell'amministrazione, una volta ottenuto un giudicato in senso favorevole.

Affidamento che, d'altra parte, contribuisce a definire un assetto complessivo dei rapporti ispirati a criteri di certezza: pertanto, il luogo concettuale in cui esso si manifesta non può che essere il giudicato e, a questo punto, la sua esecuzione.

Infatti, il rispetto dei principi di buona fede e correttezza può rappresentare anche un utile strumento per ridurre il potere discrezionale dell'amministrazione nella fase (che in questa sede interessa maggiormente) successiva al giudicato, così quella dell'esecuzione.

I principi generali di buona fede e correttezza (alla base delle relazioni tra i privati e, ora, anche tra amministrazione e privati) rientrano, come noto, nell'ambito dei concetti cd. indeterminati¹²⁸ dell'ordinamento. Concetti che non sono estranei alle dinamiche procedimentali dell'amministrazione (si pensi al concetto di proporzionalità¹²⁹ o di equità¹³⁰ o, per l'appunto, di affidamento¹³¹)

giudizio; i poteri del giudice si modellano sulle tipologie di azioni proponibili e non potrebbe essere diversamente perché non si può riconoscere al ricorrente il potere di chiedere al giudice qualunque misura idonea a tutelare la sua situazione giuridica soggettiva e non attribuire correlativamente al giudice i conseguenti poteri; il sindacato del giudice amministrativo attiene al rapporto e non solo all'atto; l'interesse legittimo ha una valenza sostanziale; il giudice amministrativo ha nel suo arco un armamentario ricco ed articolato tra cui la possibile disciplina degli effetti, anche dell'annullamento, come la Corte di Giustizia e ed il Conseil d'Etat».

¹²⁷Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321.

¹²⁸Cfr., *ex multis*, E. FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, standards evolutivi e principi generali dell'ordinamento*, in *Foro It.*, 1999, 12, p.3558 ss.

¹²⁹Cfr., V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, *passim*; ID., *Il diritto amministrativo per principi*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 2, p.425 ss.

¹³⁰L.R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubb. comun.*, 2010, 3-4, p.789 ss.; ID., *Per una sistematica dell'equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p.653 ss. e sempre ID., *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giur. it.*, 2012, 5, p.1213 ss.

¹³¹Cfr. F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970, *passim* e ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, *cit.*, *passim*.

e che si innestano principalmente nell'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione, per la particolare elasticità che lo connota¹³².

Il rischio, paventato da una parte della dottrina, riguarda l'eccessiva assimilazione dei concetti giuridici indeterminati alla discrezionalità amministrativa che possa produrre come esito l'ampliamento di spazi esorbitanti per la discrezionalità¹³³, non già la riduzione che in questa sede si sostiene.

In altri termini, la previsione di concetti indeterminati può rivelarsi un *escamotage* per l'amministrazione per ampliare gli spazi di discrezionalità a sua disposizione e così sfuggire al sindacato del giudice amministrativo, anziché ridurla.

Al di là del tema, sicuramente suggestivo, è doveroso soffermarsi su quest'ultimo aspetto, condividendo la tesi sostenuta da una parte della dottrina, secondo cui, laddove la legge demandi all'amministrazione valutazioni riconducibili a clausole generali, «non vi è alcuna discrezionalità e non vi è ragione per introdurre limiti particolari quanto alla cognizione del giudice»¹³⁴.

In sostanza, seguendo tale suggestione, i principi di buona fede e correttezza non rientrano nella discrezionalità amministrativa e, anzi, divengono essi stessi strumenti per ridurla nonché mezzi utili al giudice per sindacarla, oltre che a divenire, come si è sostenuto, profili valutabili dal giudice in maniera autonoma (soprattutto nel caso dell'azione di adempimento¹³⁵). Puntare su tali principi di condotta si conferma, pertanto, essere una delle strade percorribili per vedere riconosciuta la pretesa del ricorrente volta ad ottenere tutela piena e

¹³²V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., p.6 ss. il quale distingue elementi fissi ed elementi elastici alla base dell'esercizio del potere discrezionale, dove i primi (gli elementi fissi) sono previsti dalla legge in maniera espressa, i secondi (gli elementi elastici) attengono alle regole che l'amministrazione deve seguire per il corretto esercizio del potere discrezionale.

¹³³A. TRAVI, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, cit., p.9.

¹³⁴A. TRAVI, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, p.9 ss. il quale prende ad esempio proprio le clausole generali analoghe a quelle che si riscontrano anche per l'attività privata, come lo sono, per antonomasia quelle della buona fede e o della correttezza.

¹³⁵A. TRAVI, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, p.10, secondo cui «L'azione di adempimento, per essere efficace, richiede la pienezza della cognizione del giudice amministrativo in merito alla ricostruzione dei fatti, alla loro valutazione per i profili latamente tecnici e all'applicazione dei concetti giuridici indeterminati».

satisfattiva della posizione giuridica vantata in giudizio che sia di interesse legittimo pretensivo a fronte di un potere discrezionale dell'amministrazione.

Senza dubbio, la nuova frontiera del diritto pubblico è in questo senso proiettata alla valorizzazione e al rafforzamento dei principi di buona fede e correttezza nei comportamenti tra le parti coinvolte nel rapporto amministrativo, ossia p.a. e privato. Non a caso, infatti, il legislatore del 2020, con il decreto semplificazioni, il d.l. n. 76/2020, ha introdotto tra i principi generali che reggono l'azione amministrativa come stabiliti nell'art. 1 della legge n. 241/1990, un comma, il comma 2- bis, che stabilisce che «*I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede* » e si auspica si consolidi l'idea, sostenuta in questa sede, che tra i principi introdotti rientri anche l'affidamento che ha riposto il privato quando, vittorioso in giudizio, aneli ad ottenere dall'amministrazione soccombente l'esecuzione al giudicato a sé favorevole.

5. I profili di responsabilità amministrativo-contabile dei pubblici funzionari

C'è un ulteriore profilo, poco battuto dalla dottrina, ma emerso da recenti orientamenti giurisprudenziali che, in ultima analisi, attiene allo studio delle conseguenze della condotta inadempiente posta in essere dall'amministrazione rispetto a un giudicato che la vede soccombente in giudizio.

Senza dubbio, l'inottemperanza può rientrare tra le ipotesi di responsabilità anche e soprattutto di tipo amministrativo-contabile, a carico dell'amministrazione che si dimostri tale, così come del funzionario preposto dalla stessa amministrazione che rimanga inerte dal dare esecuzione alle pronunzie giudiziali.¹³⁶

Rispetto alle precedenti osservazioni, concentrate essenzialmente sulla sentenza demolitoria del provvedimento impugnato adottata dal giudice amministrativo, le successive riflessioni intendono trattare le ipotesi in cui il giudice

¹³⁶P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, cit., p.387.

amministrativo abbia adottato una sentenza di condanna rispetto alla quale l'amministrazione e il dipendente, responsabile del procedimento in essa incardinato, siano rimasti inerti.

In tal senso, rileva l'orientamento inaugurato da una recente giurisprudenza contabile¹³⁷ che ha configurato il danno erariale patrimoniale per il compenso che l'amministrazione corrisponda al commissario *ad acta* (nominato dal giudice amministrativo) per effetto dell'inerzia dei soggetti preposti all'attuazione delle decisioni giudiziali: la nomina del commissario e i relativi costi (delle competenze e degli onorari) per l'amministrazione si sarebbero potuti evitare se il dipendente pubblico avesse adottato un comportamento diligente in ordine all'esecuzione della sentenza adottata dal giudice amministrativo.

In sostanza, il compenso dovuto dall'amministrazione al commissario *ad acta* configura un danno erariale patrimoniale.

L'intervento (doveroso) del giudice contabile si allinea all'impianto normativo che già aveva previsto nelle ipotesi (assai diverse) di silenzio – indampimento un danno erariale, secondo quanto previsto dall'art. 2, comma 8, della legge n. 241/1990 secondo cui «*Le sentenze passate in giudicato che accolgono il ricorso proposto avverso il silenzio inadempimento dell'amministrazione sono trasmesse, in via telematica, alla Corte dei conti*»¹³⁸, lasciando intendere l'avvio in quella sede di un procedimento di responsabilità erariale.

Il giudice contabile, infatti, si era già espresso in precedenti occasioni proprio sul danno generato dal silenzio dell'amministrazione, condannando il dipendente inadempiente¹³⁹.

Ma il recente orientamento assume particolare importanza proprio per il peso attribuito ai due concetti, sicuramente innovativi: il primo attiene a un

¹³⁷Cfr. Corte dei conti, sez. I App., 2 ottobre 2020, n. 255.

¹³⁸In dottrina, sul tema del silenzio dell'amministrazione e delle forme di tutela per il cittadino, cfr., *ex multis*, D. VESE, *Termine del procedimento amministrativo ed analisi economica*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2017, 3, p.779 ss. e S. PERONGINI, *La tutela giurisdizionale avverso l'inerzia della pubblica amministrazione e l'interesse pubblico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 4, p.423 ss.

¹³⁹Si pensi al caso di condanna del dirigente comunale che non ha concluso il procedimento amministrativo nei termini di legge: cfr. Corte dei conti, Puglia, 14 aprile 2016, n. 135.

nuovo connotato assegnato all'elemento soggettivo della colpa grave che si manifesta nella *reiterazione* della condotta omissiva (rispetto al giudicato) posta in essere dal dipendente pubblico agente; il secondo concerne il riconoscimento del danno erariale indiretto di cui risponde il dirigente pubblico, nel caso in cui rimanga, in maniera *ingiustificata*, inerte rispetto all'ordine del giudice amministrativo, consentendo che il provvedimento omesso sia, invece, adottato dal commissario *ad acta* designato dallo stesso giudice in sede di ottemperanza; danno erariale che è commisurato al compenso che l'amministrazione di appartenenza (del dirigente inadempiente) è condannata a corrispondere all'organo ausiliario del giudice amministrativo.

Entrando nel vivo dell'indagine sui due concetti, partendo, pertanto, dalla colpa grave, essa trova terreno fertile in sede di applicazione delle controversie sottoposte al vaglio del giudice contabile in ordine, in particolare, alla responsabilità amministrativo – contabile¹⁴⁰.

I tratti essenziali della responsabilità amministrativo-contabile dei dipendenti pubblici sono noti: condizione imprescindibile perché si configuri la responsabilità in esame è la sussistenza di un rapporto di servizio tra il dipendente pubblico e l'amministrazione pubblica a cui appartiene e che, presumibilmente, ha subito un danno dalla sua attività in quanto contraria ai fini istituzionali.

Altri elementi essenziali consistono nella sussistenza di un nesso causale tra la condotta tenuta dal dipendente e i danni, concreti e attuali, subiti dall'amministrazione¹⁴¹ e nell'elemento soggettivo della colpa grave e del dolo,

¹⁴⁰Cfr., sul punto, L. SCHIAVELLO, (voce) *Responsabilità amministrativa*, in *Enc. dir.*, 1999, III agg, p.895 ss.; S. CIMINI, *Colpa della P.A. e colpa grave del dipendente pubblico*, in AA. VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna 15-17 settembre 2005, Milano, Giuffrè, 2006, p.685 ss.; E. FOLLIERI, *Pluralità di modelli di responsabilità amministrative e possibile unificazione sotto il modello comunitario*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 3, p.703 ss.; G. BOTTINO, (voce) *Responsabilità amministrativa per danno all'erario*, in *Enc. dir.*, 2017, Annali X, p.756 ss.; V. RAELI, *Lezioni di contabilità pubblica. La responsabilità amministrativa e contabile*, Bari, Cacucci, 2018, *passim*.

¹⁴¹D. CHINDEMI, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, in *www.altalex.it*, p.8, il quale precisa che «*al danno sia arrecato nell'esercizio di una attività qualificabile come illecita, commissiva od omissiva, connessa con tale rapporto, sia che ne costituisca diretta esplicazione, sia*

come criteri ordinari di imputazione nei confronti di qualsiasi dipendente pubblico.

La responsabilità amministrativo-contabile del dipendente pubblico in generale trova il suo fondamento costituzionale nell'art. 28, secondo cui «*I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici*».

A livello legislativo, invece, le disposizioni generali che prevedono la responsabilità amministrativo – contabile del dipendente pubblico e - aspetto che più interessa in questa sede – il concetto di colpa grave sono gli artt. 22 e 23 del d.P.R. n. 3 del 1 gennaio 1957 (Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato). In forza del combinato disposto di queste ultime disposizioni, è considerato danno ingiusto, alla base della responsabilità verso terzi, quello derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi che l'impiegato abbia commesso per dolo o, per l'appunto, per colpa grave.

Il richiamo al concetto di colpa grave come criterio ordinario di imputazione della responsabilità amministrativo - contabile si rintraccia nella disciplina generale in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, dettata dalla legge n. 20 del 14 gennaio 1994. L'art. 1, comma 1, della richiamata legge così prevede: «*La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali*».

Da ultimo, anche alla luce delle modifiche apportate dal decreto semplificazioni del 2020, l'inquadramento della colpa grave «*presuppone l'esatta individuazione del parametro violato*»¹⁴².

che abbia carattere strumentale o strutturale per l'esercizio della funzione stessa». Cfr., sul tema, F. CARDARELLI, *La responsabilità amministrativa dell'esercente la professione sanitaria nell'art.9 della legge 24/2017. Note critiche*, in G. ALPA (a cura di), *La responsabilità sanitaria (commento alla l. 8 marzo 2017, n.24)*, Pisa, Pacini Giuridica, 2017, p.375 ss.

¹⁴²Cfr., M. AVOSSA, *È danno erariale il compenso corrisposto dalla p.a. al commissario ad acta nominato dal giudice amministrativo*, in *Rivista on line Cammino diritto*, 5 novembre 2020, p.6.

Infatti, la valutazione effettuata dal giudice contabile sulla colpa grave è direttamente proporzionale alle funzioni e alla qualificazione professionale dell'agente: più sono alte queste ultime, più rigore necessita la valutazione della colpa grave¹⁴³.

A tale profilo oggetto di valutazione, se ne aggiungono altri due: il primo attiene alla prevedibilità dell'evento lesivo e alla sua evitabilità attraverso l'osservanza della regola cautelare violata¹⁴⁴; l'altro riguarda il grado di esigibilità della condotta normativamente prevista, anche in considerazione delle condizioni concrete in cui è posto in essere il comportamento.

In quest'ultimo profilo oggetto di valutazione vi rientra - e qui sta la portata innovativa del recente orientamento del giudice contabile - anche la condotta *«ingiustificata e reiterata da parte del soggetto pubblico agente consistente nella inottemperanza all'ordine del giudice, meglio definita come la colpa grave per illecito omissivo di un paradigma»*¹⁴⁵, da cui deriva (indirettamente) un pregiudizio all'erario pubblico, dal momento che l'amministrazione ha dovuto sopportare delle spese relative al compenso spettante al commissario *ad acta*¹⁴⁶ (nei termini di costo delle competenze ed onorari del commissario *de quo*) che ha agito al posto del dipendente rimasto inadempiente; spese che, si ribadisce, si sarebbero potute evitare se il comportamento del soggetto agente si fosse mosso in segno opposto. Ciò al netto di ulteriori ed eventuali costi sopportati dall'amministrazione che potrebbero configurare un'ulteriore ipotesi di danno patrimoniale erariale, ossia

¹⁴³Questo avviene principalmente nelle ipotesi di colpa professionale, ad esempio nel caso dei medici e degli operatori sanitari. Cfr. Corte dei Conti, Lazio, 12 gennaio 2010, n. 36.

¹⁴⁴Corte dei Conti, Piemonte, 11 aprile 2017, n. 29; Corte dei Conti, Toscana, 17 settembre 2014, n. 135.

¹⁴⁵L. D'ANGELO, *Danno erariale e silenzio amministrativo*, in *Diritto & Conti*, 10 ottobre 2020, p.2 che, commentando della sentenza della Corte dei conti n. 225 del 2020, ne richiama la seguente argomentazione *«...la condotta gravemente colposa dell'appellante che ha disatteso immotivatamente e, quindi, per colpa grave, le disposizioni del giudice amministrativo causando il danno contestato»*.

¹⁴⁶Cfr. Corte dei conti, sez. I App., 2 ottobre 2020, n. 255. Cfr. anche M. AVOSSA, *È danno erariale il compenso corrisposto dalla p.a. al commissario ad acta nominato dal giudice amministrativo*, cit., 1 ss.

quelli cd. di soccombenza in giudizio, se liquidate dal giudice amministrativo all'esito del giudizio¹⁴⁷.

In particolare, la colpa grave si configurerebbe nelle ipotesi di un'evidente e marcata trasgressione di un obbligo di servizio o di una regola di condotta o, come sintetizzato in maniera più esaustiva, «*in condotte che denotino una sprezzante trascuratezza dei propri doveri [o obblighi di servizio], resa ostensiva da un comportamento improntato alla massima negligenza o imprudenza, ovvero ad una particolare noncuranza degli interessi dell'Ente amministrato o ancora a grossolana superficialità nell'applicazione di norme di diritto*»¹⁴⁸.

Dove negli obblighi di servizio vi rientrerebbe anche l'adempimento degli ordini impartiti dal giudice amministrativo che sono ontologicamente ravvisabili e riconoscibili *ex ante*, nonché eseguibili¹⁴⁹ e che se non ottemperati dal soggetto agente, senza alcun motivo, configurerebbero la colpa grave.

Pertanto, la sussistenza della colpa grave così delineata si rifletterebbe chiaramente sulla responsabilità amministrativo – contabile per danno erariale indiretto nei confronti del dipendente pubblico agente, dove per danno indiretto si intende quello che sia stato procurato a terzi e nei cui confronti l'amministrazione di appartenenza, in forza di un accordo transattivo o di una sentenza di condanna, sia tenuta al risarcimento del danno.

In sostanza, perché si configuri il danno erariale indiretto, il nesso di causalità deve intercorrere tra il danno subito dall'amministrazione pubblica e la condotta dell'agente, non già tra quest'ultima e le lesioni subite dal terzo, dove

¹⁴⁷Cfr. L. D'ANGELO, *Danno erariale e silenzio amministrativo*, cit., p.2, il quale, sul punto, chiarisce che «*trattasi, d'altronde, di una tipologia di pregiudizio patrimoniale sovente portata alla cognizione del giudice erariale che più volte ha riconosciuto, appunto, il cd. danno indiretto per "spese di soccombenza" poste a carico dell'amministrazione e liquidate nell'ambito di un processo civile o amministrativo (spese generalmente oggetto da parte della p.a. del riconoscimento di un debito fuori bilancio ex art. 194 T.U.E.L.)*».

¹⁴⁸Corte dei Conti, Friuli Venezia Giulia, 1 aprile 2015, n. 21 e Corte dei Conti, Sicilia, 15 dicembre 2003, n. 259 che stabilisce che in sostanza, la colpa grave consiste «*nella mancanza di diligenza, violazione di disposizioni di legge, sprezzante trascuratezza dei propri doveri, non osservanza del minimo di diligenza richiesto rispetto alle mansioni, agli obblighi e doveri di servizio*» per cui deve trattarsi di «*errori inescusabili per la loro grossolanità, assenza di cognizioni fondamentali, difetto del minimo di perizia tecnica, esperienza e capacità professionale*».

¹⁴⁹M. AVOSSA, *È danno erariale il compenso corrisposto dalla p.a. al commissario ad acta nominato dal giudice amministrativo*, cit., p.7.

il danno subito dall'amministrazione riguarderebbe proprio il detrimento patrimoniale seguito all'esborso pecuniario, al di là e indipendentemente dai danni subiti dal terzo, laddove il dipendente pubblico sia convenuto per il danno cagionato all'amministrazione medesima¹⁵⁰.

Senza dubbio anche questo orientamento della giustizia contabile apre uno spiraglio sufficiente a ridurre la possibilità di inosservanza del giudicato da parte dell'amministrazione.

Normalmente, infatti, i presupposti costitutivi della responsabilità amministrativa – contabile attengono alla coesistenza di specifici fattori, ossia la sussistenza del rapporto di servizio e « *l'esercizio di un'attività amministrativa contraria ai fini istituzionali nell'espletamento di una funzione connessa al rapporto di servizio medesimo*»¹⁵¹, nonché il verificarsi di un danno (all'erario) concreto e attuale collegato, dal nesso di causalità, alla condotta dell'agente e, quindi, alla presenza dell'elemento psicologico del dolo e della colpa grave (come descritta). Ad oggi l'azione amministrativa contraria ai fini istituzionali si colorerebbe diversamente, dal momento che «*l'inerzia dell'agente realizza un'azione (nel caso sia diversa dal precetto) oppure un'omissione in violazione degli obblighi derivanti dal rapporto che lo lega alla pubblica amministrazione*»¹⁵².

L'auspicio è che il recente orientamento inaugurato dal giudice contabile non rimanga un caso isolato, ma trovi seguito nel futuro, anche a livello legislativo, dando il via al pieno riconoscimento di una forma di responsabilità del dipendente per mancata esecuzione del giudicato.

¹⁵⁰Cfr. Corte dei Conti, Lazio, 12 gennaio 2010, n. 36 che si è occupata segnatamente della responsabilità del medico. Sul punto, sia consentito rinviare a G. URBANO, A. GORGOGNONE, *La colpa grave nella giurisprudenza della Corte dei conti e del giudice ordinario*, in *www.giustamm.it*, 2020, 5, paragrafi i parr. 1, 7, 8, 10.

¹⁵¹M. AVOSSA, *È danno erariale il compenso corrisposto dalla p.a. al commissario ad acta nominato dal giudice amministrativo*, cit., p.8.

¹⁵²M. AVOSSA, *È danno erariale il compenso corrisposto dalla p.a. al commissario ad acta nominato dal giudice amministrativo*, cit., p.8, la quale, sul punto, precisa che «*in tali casi la condotta antidoverosa è causa di responsabilità e si accompagna alla simultanea presenza degli altri elementi costitutivi della responsabilità amministrativa-contabile, ovvero sia il danno, la colpevolezza, il nesso causale tra la condotta dell'agente ed il danno all'erario*».

Infatti, se la giustizia contabile si è soffermata sulla responsabilità per colpa grave dei dipendenti che abbiano eluso «*l'attuazione del giudicato con condotte dilatorie, omissive e pretestuose, condannandoli a rifondere le spese sostenute, anche per l'ottemperanza, dall'Amministrazione soccombente, in quanto costituenti danno erariale*»¹⁵³ e, con la recente pronuncia, anche per l'inerzia, il costrutto regge ancora di più laddove il comportamento omissivo o elusivo o inerte sia realizzato con dolo dal dipendente agente.

La via intrapresa pone un rilevante tassello ai fini della realizzazione piena del principio di effettività della tutela, «*a danno dei muri invalicabili che la burocrazia amministrativa sovente erige a discapito della tutela delle situazioni giuridiche soggettive*»¹⁵⁴.

Certo è che una spinta (nel senso di scongiurare il rischio che le pronunce giudiziali restino ineseguite) è data proprio dal legislatore che nel recente decreto cd. semplificazioni, ossia il d.lg. n. 76 del 16 luglio 2020, convertito in legge n. 120/2020, è vero che ha previsto che l'azione di responsabilità venga limitata al solo profilo del dolo per le azioni, non già per le omissioni, per cui il criterio di imputazione rimane il dolo insieme alla colpa grave, ma se ci si spinge a sostenere, come descritto, che l'attuazione del giudicato diventa una condotta dovuta dal dipendente titolare del relativo obbligo di servizio, anche il dettato legislativo assume una sfumatura diversa.

Infatti, l'intervento legislativo spingerebbe l'amministrazione e il dipendente, in particolare, ad agire piuttosto che a rimanere inerte, dal momento che in caso di danno proveniente da una condotta commissiva risponderebbe solo per dolo; in caso di inerzia, invece, continuerebbe a rispondere anche per colpa grave che, come noto, ha un campo di applicabilità molto più ampio.

Senza dubbio, il profilo che merita maggiore attenzione in questa sede attiene al grado di tutela maggiore che in questo modo, sia con i recenti orienta-

¹⁵³M. AVOSSA, *È danno erariale il compenso corrisposto dalla p.a. al commissario ad acta nominato dal giudice amministrativo*, cit., p.9, nota 15.

¹⁵⁴L. D'ANGELO, *Danno erariale e silenzio amministrativo*, cit., p.1.

menti giurisprudenziali sia con gli ultimi interventi legislativi, viene garantita al singolo cittadino che si relazioni con la pubblica amministrazione, in ossequio al principio di effettività della tutela, che si manifesta anche nella fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, considerato un *«tratto costituzionalmente necessario per la completa attuazione del diritto di difesa declinato dall'art. 24 della Costituzione»*¹⁵⁵. L'attuazione del giudicato si configura come una condotta dovuta dal dipendente pubblico in quanto rientrante nei suoi obblighi di servizio che se non posta in essere, senza alcun motivo o in maniera reiterata, si qualifica come colpa grave alla base della responsabilità amministrativo – contabile.

Si resta in attesa di altre pronunce giudiziali in tal senso o di un intervento legislativo che rappresenterebbero l'affermazione e la conferma del riconoscimento di una maggiore tutela del privato dinanzi all'amministrazione e di una spinta, che parte soprattutto dal legislatore, a rendere i comportamenti dei funzionari pubblici diligenti e corretti, come imposti dalla Costituzione¹⁵⁶ e in ossequio ai principi di buona fede e correttezza che devono muovere i rapporti tra cittadino e amministrazione non solo nell'ambito dei rapporti sostanziali ma anche in quelli strettamente processuali.

¹⁵⁵M. AVOSSA, *È danno erariale il compenso corrisposto dalla p.a. al commissario ad acta nominato dal giudice amministrativo*, cit., p.1.

¹⁵⁶Il riferimento è agli artt. 54 e 98 della Costituzione, ai sensi dei quali *«I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore»* (art. 54, co. 2) e *«I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione»* (art. 98, co. 1).