

STEFANIA FLORIAN
assegnista di ricerca presso l'Università di Padova
stefania.florian@unipd.it

TUTELE CONTRO IL DIFETTO DI PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO

PROTECTION AGAINST THE LACK OF ADMINISTRATIVE PROVISION

SINTESI

La questione che ci si propone di indagare è l'inquadramento sistematico dell'azione di adempimento così come disciplinata dal d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Poiché il combinato disposto di cui agli artt. 31, co. 3 e 34, co. 1 lett. c c.p.a. consente la proposizione di un'azione di "condanna" al rilascio del provvedimento richiesto, nei limiti di cui all'art. 31, co. 3, contestualmente all'azione di *annullamento* dell'atto negativo o all'azione sul silenzio, si è preliminarmente chiarita la natura del diniego di provvedimento favorevole richiesto dal privato e, quindi, dell'*impugnazione* dell'atto negativo, che non sembra potersi considerare un'azione costitutiva in senso proprio, ma meramente dichiarativa del non corretto adempimento dell'obbligo di pronuncia.

A questo punto, si è affrontato il problema di chiarire se l'azione di adempimento di cui agli artt. 31, co. 3 e 34, co. 1, lett. c c.p.a. possa considerarsi di "condanna" o se, invece, questo inquadramento sia da riservarsi, più propriamente, ai casi in cui l'adempimento si realizzi nelle forme del risarcimento in forma specifica di cui all'art. 30, comma 2 c.p.a. che, richiamando l'art. 2058 cod. civ., pare consentire l'emanazione di ordini inibitori dell'illecito in tutti i casi in cui la tutela di adempimento prescinda dall'emanazione di un atto negativo o da un silenzio dell'Amministrazione.

Esaminati i limiti dell'azione di adempimento e rilevato come, nella tutela di adempimento, l'autorità giurisdizionale eserciti dei Poteri sostitutivi, non solo *ordinando* all'Amministrazione di provvedere, ma anche emanando una sentenza

sostitutiva di provvedimento, si è affrontato, infine, il problema di chiarire se a questo ampliamento dei Poteri del giudice amministrativo, nel giudizio di cognizione, corrisponda, sostanzialmente, l'attribuzione allo stesso della possibilità di incidere sulle funzioni proprie del Potere esecutivo al di fuori dei casi di giurisdizione estesa al merito, soprattutto alla luce della mancanza di una protezione di carattere costituzionale sulla giurisdizione di merito. Con il conseguente indebolimento del sistema di garanzie dell'individuo a fronte dell'autorità statale.

ABSTRACT

The matter being under inquiring is the systematic organization of the action of fulfillment as disciplined by the d. lgs. (legislative decree) July 2010 n. 104.

As the joint provision at articles 31, paragraphs 3 and 34, paragraph 1 letter c) c.p.a. (code of administrative procedure), allows to propose the “condemnation” of the issuance of the requested measure, limited by art. 31, paragraph 3, concomitantly to the action of annulment of the negative act or the action upon silence, it has been clarified the nature of the denial of the favourable measure required by a private citizen and so the appeal of the negative measure, which does not look like a real constitutive act but dimly declaring the incorrect execution of the execution of the obligation of judgment.

At this point, it has been taken into consideration whether the action of execution following art. 31, paragraph 3 and 34, paragraph 1, letter c c.p.a. (code of administrative trial) may be considered as a “condemnation” or this should more properly be reserved to a compensation in specific form as in art. 30, paragraph 2 c.p.a. which, recalling art. 2058 c.c. (civil code), which seems to allow to issue inhibitory orders of the offence in any case when the tutelage of execution stands apart from the issuing of a negative act or silence on the Administration part.

After examining the limits of the action of execution and noticing that, in the tutelage of fulfillment, the jurisdictional authority exercises substitute powers,

not only ordering the Administration to take a decision but also issuing a substitute sentence of execution, clarifying if this enlargement of the Powers of the Administrative Judge in the cognizance trial corresponds to the attribution to the same of the possibility to affect the actual functions of the executive Power out of the cases of jurisdiction enlarged to the merits, has been dealt with; especially because of the lack of a constitutional protection about the jurisdiction of merits.

Consequently, there is weakening of the system of guarantees of the person against the State Authority.

PAROLE CHIAVE: Adempimento – Diniego – Tutela – Pretesa – Merito

KEYWORDS: Execution – Rebuttal – Tutelage – Claim – Merits

INDICE: 1. Inidoneità dell'atto negativo a produrre effetti giuridici in senso proprio – 2. L'azione di *annullamento* dell'atto negativo come azione meramente dichiarativa del non corretto adempimento dell'obbligo di pronuncia – 3. L'azione di adempimento ex art. 31, co. 3 e 34, co. 1 lett. c) c.p.a. come *surrogazione* in forma specifica – 4. L'azione di adempimento come *risarcimento o tutela* in forma specifica – 5. I limiti dell'azione di adempimento rispetto al principio di divisione dei Poteri

1. Inidoneità dell'atto negativo a produrre effetti giuridici in senso proprio

Al fine di individuare quali effetti giuridici l'atto negativo – al cui *annullamento* è connessa l'esperibilità dell'azione di adempimento ai sensi dell'art. 34, co. 1, lett. c) c.p.a. – produca¹, occorre richiamare quell'unica monografia che si è occupata del problema, la quale ultima, dissociando l'estinzione del dovere dal suo adempimento, ha individuato nell'estinzione del dovere di provvedere (c.d. *dovere d'ufficio*) l'effetto diretto prodotto dal diniego di provvedimento, in quanto atto giuridico formale². Infatti, per evitare un vuoto di tutela nel caso in

1 ANONIMO XXXXXX – dettagli omissi per la double blind peer review

2 F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, 105. Per spiegare la dissociazione tra l'effetto di estinzione e l'effetto di adempimento dell'atto negativo rispetto al dovere d'ufficio, per cui il primo sarebbe una conseguenza del diniego in quanto atto e il secondo una conseguenza dello stesso in quanto fatto, la dottrina che si è occupata di ricondurre all'atto negativo un qualche effetto giuridico ha ritenuto necessario muovere da una bipartizione normativa, nell'inquadramento sistematico delle norme che regolano l'agire dell'Amministrazione, distinguendo tra norme c.d. *strumentali* e norme c.d. *materiali*, nella convinzione che, da ciò, potessero trarsi elementi in grado di illustrare la rilevanza dinamica della pronuncia negativa all'interno del sistema. Le *norme strumentali* sono identificate, dalla ricostruzione in esame, in quella serie di proposizioni giuridiche, che stabiliscono le condizioni di *rilevanza* (intendendosi

cui sussistesse un dovere meramente omissivo dell'Amministrazione, la dottrina in esame ha ritenuto di ravvisare l'esistenza, nell'ordinamento, di una situazione giuridica di doverosità diversa dal dovere di provvedere, data dall'*obbligo di pronuncia*³, che, in quanto situazione giuridica idonea a rendere noto il percorso logico seguito dall'Amministrazione per giungere alla determinazione negativa, consentirebbe la traduzione del comportamento meramente omissivo dell'Amministrazione in un atto giuridico formale, il quale ultimo, quindi, sarebbe la «*causa di estinzione del dovere d'ufficio*»⁴. L'estinzione della situazione giuridica di doverosità, tuttavia, si produrrebbe anche nel caso in cui fosse emanato

per tali le prescrizioni di carattere formale e procedimentale) e di *efficacia* dell'atto (sarebbero tali le norme che individuano i c.d. presupposti dell'atto); sicché, dal coordinamento di queste norme verrebbe desunto il c.d. *modello legale* dell'atto. In questo senso, le norme *strumentali*, cui fa cenno la teoria in esame, seppur con le dovute distinzioni, possono essere associate alle norme *di relazione*, se intese alla stregua di norme costitutive del potere giuridico. Le norme *materiali*, invece, considererebbero l'atto giuridico in ragione dell'utilità, intesa nel senso di scopo, che, in ragione dei suoi effetti, l'atto è in grado di produrre. Le norme materiali, dunque, sarebbero chiamate a regolare l'emanazione dell'atto e, attraverso ciò, la sua stessa funzione. Con la conseguenza che le norme materiali, secondo la teoria qui in esame, produrrebbero doveri (non poteri), che avrebbero ad oggetto l'emanazione dell'atto medesimo. Più precisamente, dette norme individuerrebbero il dovere d'ufficio e, cioè, il dovere di provvedere, inteso come dovere di determinare, attraverso l'esercizio delle valutazioni discrezionali, la c.d. norma del caso concreto.

3 Sull'*obbligo di pronuncia* v. F. LEDDA, *op. ult. cit.*, 111-112: «*Contenuto della situazione di obbligo, stabilita dalla legge per assicurare la effettiva tutela degli interessi individuali che verrebbero avvantaggiati da un determinato provvedimento, non è questo provvedimento e neppure il rifiuto inteso come atto, ma la emanazione di un atto considerata come comportamento: precisamente, l'emissione di una pronuncia idonea a rendere possibile quel giudizio di legittimità, che costituisce il fulcro del sistema di tutela. Questa determinazione sembra sostanzialmente conforme alla dottrina e alla giurisprudenza prevalenti. L'autorità, si dice spesso, può pronunciarsi positivamente o negativamente, ma deve pronunciarsi in un senso o nell'altro: l'obbligo ad essa incombente nei confronti del cittadino può essere adempiuto tanto con la emanazione del provvedimento atteso quanto con la manifestazione della volontà di non emanarlo. A tal riguardo è bene peraltro precisare che l'obbligo in questione ha un contenuto semplice, e non alternativo, come a tutta prima potrebbe far pensare questa frequente enunciazione*». Inoltre: «*Dovendosi individuare la rilevanza della pronuncia sul piano della normazione materiale possono quindi prospettarsi due diverse ipotesi: a) che la qualificazione della stessa pronuncia, in termini di necessità giuridica, costituisca quasi un prolungamento del dovere d'ufficio oltre i limiti segnati dalla sua funzione specifica; b) che la manifestazione di volontà costituisca invece il contenuto di una situazione giuridica distinta, anche se coordinata a quel dovere. La seconda ipotesi appare più conforme alla logica del sistema. L'esternazione della volontà negativa serve principalmente, se non esclusivamente, a rendere conoscibile il risultato dell'azione svolta dall'autorità, e quindi ad assicurare la possibilità del sindacato amministrativo e giurisdizionale*» (110). Distingue l'obbligo di pronuncia dall'obbligo di provvedere anche F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, 109-110.

4 F. LEDDA, *op. ult. cit.*, 105-109. Cfr. M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, III, *L'Attività amministrativa*, Milano, 1967, 134 - 136.

un provvedimento positivo⁵, essendo, anche quest'ultimo, in sé, una pronuncia e, cioè, un comportamento fenomenologicamente materiale. Con la differenza, però, che tale effetto verrebbe *assorbito* dall'efficacia precettiva propria del provvedimento positivo e, perciò, esso non assumerebbe alcun rilievo per l'ordinamento giuridico generale⁶.

A ben vedere, però, l'estinzione del dovere di provvedere, oltre ad essere una conseguenza più propriamente riconducibile al fatto di aver adottato l'atto e non all'atto in sé, non può scindersi dal suo adempimento, in quanto solo il fatto di adempimento determina il venir meno della necessità sostanziale che comporta, di conseguenza, anche l'estinzione del rimedio predisposto dall'ordinamento per far fronte a suddetta necessità⁷, dato dalla costituzione della situazione giuridica soggettiva di doverosità⁸. Si pensi alla fattispecie civilistica della

5 La teoria in esame, identificando il *dovere d'ufficio* con il dovere di provvedere, inteso come quell'attività di *esercizio del potere* che *restringe* progressivamente la funzione sino all'emanazione del provvedimento finale, sembra far coincidere l'esercizio del Potere con l'esercizio della funzione. Per quanto riguarda l'esercizio della funzione amministrativa, accoglie una concezione c.d. *formale* v. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 642-643; ID., *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, 321-345; ID., *Procedimento amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, 1025-1026; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, II, Padova, 1914, 1084. Di contro, sulla tesi c.d. *funzionale* v. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo, procedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, II, 1952, 121-122.

L'esercizio di questo potere, tuttavia, non si manifesterebbe sempre nello stesso modo: il potere esercitato nel caso in cui fosse emanato un atto negativo sarebbe diverso rispetto a quello esercitato con l'emanazione di un provvedimento positivo (F. LEDDA, *op. ult. cit.*, 232), poiché si identificerebbe con il carattere autoritativo della pronuncia (F. LEDDA, *op. ult. cit.*, 241), che renderebbe definitiva la determinazione del rapporto fissata dall'atto negativo.

6 F. LEDDA, *op. ult. cit.*, 105.

7 F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 4/2008, 820 rileva come: «[...] la fattispecie e i singoli presupposti concorrono, in termini generali, ad individuare una sorta di "bisogno" a cui l'atto o la norma, con i propri effetti, intendono dare soddisfazione e quindi porre rimedio».

8 L'estinzione di una situazione giuridica soggettiva di doverosità in forza del suo adempimento sembra essere confermata anche dal fatto che la giurisprudenza ammette che, a fronte di un atto negativo illegittimo, l'Amministrazione possa emanare, successivamente, il provvedimento positivo favorevole, legittimo, potendosi considerare tale ultimo provvedimento come implicito *annullamento* del provvedimento di diniego. Sul punto v. Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2017, n. 579, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 2, I, 480, in cui si rileva che «È legittimo il provvedimento con cui l'Amministrazione comunale ha riesaminato, rilasciando il relativo titolo, una pratica di condono, già conclusasi sfavorevolmente nei confronti del privato, ma senza l'esecuzione dell'ordinanza di demolizione. Il diritto-dovere al ripensamento può essere alternativamente esercitato d'ufficio o su istanza di parte. Al riguardo, però, il termine "istanza" deve essere necessariamente inteso nella sua più lata accezione, ben potendo valere rispetto al fine qualunque tipo di impulso all'Amministrazione, specie da parte di chi potrebbe subire gli effetti

stipula di un contratto preliminare cui seguisse la conclusione di un contratto definitivo, in violazione del preliminare. In tal caso, infatti, l'eventuale contratto di compravendita stipulato in violazione del preliminare, pur essendo un atto giuridico efficace in quanto produttivo dell'obbligo di trasferire la proprietà della cosa o di un altro diritto verso il pagamento di un corrispettivo⁹, non integra il fatto giuridico di adempimento, come sarebbe se lo stesso atto fosse stipulato tra le parti tra le quali è intercorsa la stipula del contratto preliminare. Aderendo, peraltro, alla teoria della struttura ipotetica della norma – cui è connesso il principio di c.d. *interezza* della fattispecie¹⁰ – come sistema che regola il fenomeno di produzione giuridica, che «*si risolve nell'affermare che una data norma o un determinato atto giuridico producono effetti, solo se esista una certa fattispecie che la norma stessa (o l'atto), direttamente o indirettamente, descrivono attraverso un fenomeno che porta il nome di "rilevanza" giuridica*»¹¹, non sarebbe possibile ricondurre all'atto negativo un effetto di estinzione di una situazione giuridica soggettiva di doverosità. Quest'ultimo, infatti, sembra essere, piuttosto, la conseguenza di un mero fatto omissivo dell'Amministrazione.

2. L'azione di *annullamento* dell'atto negativo come azione meramente dichiarativa del non corretto adempimento dell'obbligo di pronuncia

Esclusa l'idoneità dell'atto negativo a produrre effetti giuridici in senso proprio, sembra utile indagare il connesso problema della reale natura, costitutiva o di mero accertamento, dell'*annullamento* dell'atto negativo, che sembra essere una pronuncia meramente dichiarativa del non corretto adempimento

del suo errore, idoneo a provocarle una maggiore attenzione e l'induzione alla rilettura di tutti gli elementi utili per una correzione di rotta e per la conclusione dei suoi procedimenti nel modo più legittimo possibile».

9 A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007, 774.

10 Rileva F.G. COCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 60-63, 72, come nella fattispecie giuridica presupposta da una determinata norma per la sua efficacia, tutti i fatti giuridici presupposti sono da ricondursi all'unica categoria dei fatti costitutivi e il mancato verificarsi di un solo elemento della medesima fattispecie giuridica presupposta non può rilevare rispetto al precetto che la presuppone, come fatto impeditivo, ma rispetto ad una diversa norma che prevede il sorgere di conseguenze diverse rispetto a quelle che pone il verificarsi del medesimo presupposto.

11 F. VOLPE, *op. ult. cit.*, 820 e 825. Cfr. F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 117.

dell'obbligo di pronuncia, poiché all'accoglimento del ricorso non segue né la produzione dell'effetto diretto di cassazione dell'atto, né quello indiretto e secondario, di ripristinazione del dovere giuridico¹². Quest'ultimo, infatti, pur essendo una conseguenza del fatto di aver emanato l'atto (sentenza) e non dell'atto (sentenza) in sé, è una conseguenza (indiretta) della caducazione degli effetti prodotti dall'atto illegittimo, poiché al venir meno della regolamentazione degli interessi predisposta dall'Amministrazione non può non seguire la necessità di ricostituire una "nuova" regolamentazione della fattispecie sostanziale sottoposta all'esame dell'Amministrazione. Ma, laddove una regolamentazione del rapporto mancasse, non modificando, l'atto negativo, in alcun modo, l'assetto delle situazioni giuridiche soggettive sostanziali facenti capo al privato, non sembra potersi considerare ricostituita alcuna *obbligazione provvedimentale*, giacché il dovere che grava sull'Amministrazione dopo l'accoglimento della domanda nel merito è lo stesso che gravava sulla stessa prima dell'emanazione dell'atto illegittimo¹³. In altri termini, la mancata osservanza, da parte dell'Amministrazione, delle prescrizioni imposte dalle norme d'azione che regolano l'esercizio del potere, nel caso di *annullamento* dell'atto negativo, non consente di considerare estinta la posizione creditoria del privato. L'unica modificazione giuridica prodotta in capo al privato dall'accoglimento del ricorso,

12 V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 340: «[...] se in linea principale si avrà la cessazione dell'atto, ne deriverà, indirettamente, l'estinzione del rapporto in esso contenuto. Effetto che, sebbene mediato, indiretto e secondario, di fronte a quello che è da considerarsi immediato, diretto e primario, non assume tuttavia un rilievo inferiore, se considerato in sé e per sé nella sua importanza pratica».

Riconduce il sindacato giurisdizionale sull'atto negativo, oltre a quello sul silenzio, ad una pronuncia meramente dichiarativa F. LEDDA, *Il rifiuto*, cit., 40-41; ID., *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 394-395. Rileva l'insufficienza della tutela di annullamento a fronte di interessi legittimi *pretensivi* P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 5-6.

13 Sembra escludere qualsiasi effetto costitutivo alla sentenza di *annullamento* dell'atto negativo anche F. LA VALLE, *Profili giuridici dell'inerzia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 377, nota 34. Solo in sede di giurisdizione esclusiva la giurisprudenza ha progressivamente ritenuto ammissibile l'azione di accertamento, seppur limitatamente ai diritti soggettivi. Pare ammettere pronunce di accertamento nei soli casi di giurisdizione esclusiva F. MANGANARO, *L'azione di accertamento nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: analisi della giurisprudenza*, in U. ALLEGRETTI-A. ORSI BATTAGLINI-D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987, 614-615; B. TONOLETTI, *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, in *Dir. proc. amm.*, III, 2002, 610-613.

infatti, sembra rilevare sotto il profilo processuale, in quanto data dalla costituzione del Potere di agire in ottemperanza per l'adempimento dell'obbligo.

Se, quindi, la sfera giuridica del privato rimane invariata dopo l'accoglimento del ricorso nel merito, sembra che l'interesse del privato rilevante, ai fini dell'ammissibilità del ricorso, sia quello alla *certezza*¹⁴ in merito ad una legittima regolamentazione delle situazioni giuridiche facenti capo al privato¹⁵, non potendo, l'ordinamento, assicurare una tutela ad una situazione di attesa «*in relazione ad altre future, ed incerte, figure giuridiche soggettive*»¹⁶, come quella relativa alla spettanza di un determinato *bene della vita*¹⁷.

L'interesse rilevante ai fini dell'ammissibilità del ricorso, pertanto, non sembra essere neanche quello alla legittimità dell'atto, ben potendo, il privato, subire una lesione in un proprio interesse sostanziale da un provvedimento amministrativo legittimo, perché sfavorevole per il suo destinatario e non subire alcuna lesione da un provvedimento illegittimo perché favorevole. Ne consegue che titolare del potere d'azione pare essere colui che si afferma titolare di un interesse legittimo (o legittimazione a ricorrere) in quanto lesa in modo diretto, personale e attuale in un proprio interesse di fatto, la cui lesione sembra vertere sulla «*preclusione della possibilità di vedere legittimamente valutata la concessione di [...] [un determinato] effetto giuridico, indipendentemente dalle conclusioni a cui tale valutazio-*

14 Rileva come anche le sentenze di mero accertamento siano volte a garantire la certezza relativa alla concreta *attuazione della volontà di legge*, G. CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1933, 4-5; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile. I: I concetti fondamentali, la dottrina delle azioni*, Napoli, 1933, 191-192. *Contra* L. MONTESANO, *Appunti sull'interesse ad agire in mero accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1951, 254.

15 F. VOLPE, *op. ult. cit.*, 329. Nelle sentenze dichiarative del giudice amministrativo rileva A. ALBINI, *Le sentenze dichiarative nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1953, 150-151: «[...] *l'interesse ad agire del ricorrente è sempre rivolto in maniera prevalente alla parte dichiarativa della sentenza di accoglimento del ricorso, che non può mai mancare e che è idonea essa ed essa sola a soddisfare l'interesse sostanziale del ricorrente*».

16 F. VOLPE, *op. ult. cit.*, 330.

17 Ritiene che «[...] *non [...] si possa ammettere in termini generali un'azione di accertamento, fondata sull'interesse ad agire, come invece vale per la tutela dei diritti soggettivi avanti al giudice civile*» A. TRAVI, *Il sistema delle azioni delineato dal Codice del processo amministrativo*, in C. CUDIA (a cura di), *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, Torino, 2020, 19. Per un'ampia ricostruzione sulla nozione di interesse a ricorrere, anche attraverso la dottrina civilistica v. L. R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004, *passim*.

ne potrebbe portare»¹⁸. L'elemento caratterizzante la sentenza emessa all'esito del giudizio di *annullamento* dell'atto negativo o dell'azione avverso il silenzio, perciò, sembra essere la sua idoneità a fare stato tra le parti, gli eredi e aventi causa, ai sensi dell'art. 2909 cod. civ.¹⁹. L'*ordine* di provvedere, quindi, non può considerarsi un effetto proprio della sentenza dichiarativa dell'inadempimento (per l'ipotesi di accoglimento dell'azione sul silenzio) o del non corretto adempimento dell'obbligo di pronuncia (per l'ipotesi di *annullamento* dell'atto negativo) poiché tale effetto, in realtà, consegue ad ogni accertamento giurisdizionale, anche svolto in via incidentale. Se, peraltro, la sussistenza di suddetto effetto fosse sufficiente ad inquadrare una forma di tutela in termini di condanna, dovrebbe inquadrarsi come tale anche la sentenza costitutiva di annullamento, che produce effetti conformativi, oltre che caducatori. L'effetto prodotto dalla sentenza di *annullamento* dell'atto negativo – ma anche l'accoglimento dell'azione avverso il silenzio – pertanto, sembra essere la vincolatività ed incontestabilità del contenuto della sentenza, non dissimilmente dalla vincolatività prodotta dalla sentenza di rigetto nel merito di un qualsiasi ricorso, in cui il giudicato sostanziale «preclude la possibilità di proporre un nuovo ricorso giurisdizionale contro lo stesso provvedimento, anche se, in ipotesi, non ostasse a ciò l'avvenuto decorso dei termini»²⁰.

18 F. VOLPE, *op. ult. cit.*, 316.

19 G. CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1933, 206: «Conviene premettere che la sentenza dichiarativa non può servire al suo scopo di creare la certezza giuridica se non in quanto sia atta a formare la cosa giudicata; e per conseguenza l'azione dovrà proporsi contro quella persona rispetto alla quale è necessario che si formi la cosa giudicata perché la incertezza della relazione giuridica possa essere eliminata»; ID., *op. ult. cit.*, 12: «La sentenza di mero accertamento non può avere altro effetto che di produrre la cosa giudicata, nel senso dell'esistenza del diritto quando è accolta l'azione di accertamento positivo o respinta l'azione di accertamento negativo, e dell'inesistenza quando è respinta la prima o accolta la seconda. [...] La sentenza di mero accertamento si contrappone da un lato alla sentenza di condanna, perché l'azione di accertamento non fa valere un diritto alla prestazione del convenuto, non in particolare al riconoscimento del diritto da parte di questo, e dall'altro alla sentenza costitutiva, perché si limita ad accertare e non modifica i rapporti giuridici preesistenti». Cfr. L. MONTESANO, *Appunti sull'interesse ad agire in mero accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1951, 253-258. *Contra* A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 625. Sul rilievo del giudicato rispetto ai terzi v. E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1992, 67-131.

20 V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, 832. Sulla sentenza di rigetto afferma G. CHIOVENDA, *op. ult. cit.*, 4: «Il nome di *jugements déclaratoires* (sentenze d'accertamento, *Feststellungsurteile*, *declaratory judgments*) comprende lato sensu tutti i casi in cui la sentenza del giudice non può aver seguito d'esecuzione forzata. In questo largo significato rientra la intera massa delle

Sebbene, perciò, il sistema di tutela processuale amministrativo non contenga alcuna disposizione dalla quale possa dedursi in maniera esplicita l'ammissibilità in via generale di un'azione di mero accertamento, ma ammetta, sostanzialmente, singole ipotesi di azioni dichiarative, la cui funzione di accertamento è propria di ogni attività giurisdizionale – essendo sufficiente, ai fini della sua configurabilità, l'esistenza di un interesse²¹ – sembra che la tutela di mero accertamento non sia estranea al giudizio amministrativo di legittimità, seppur come rimedio atipico sottoposto ad un termine di decadenza.

3. L'azione di adempimento ex art. 31, co. 3 e 34, co. 1 lett. c) c.p.a. come surrogazione in forma specifica

L'azione di adempimento, nel codice del processo amministrativo, non sembra godere di una disciplina unitaria. Un dato normativo di indubbio rilievo è il combinato disposto di cui agli artt. 31, co. 3 e 34, co. 1, lett. c) c.p.a., il quale ultimo, tra le sentenze di merito, dispone che «l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'art. 31, co. 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio».

Tale azione è stata inquadrata dai sostenitori dell'impostazione soggettivista del processo amministrativo²² tra le tutele di condanna, al risarcimento

*sentenze che rigettano la domanda dell'attore, e quella delle sentenze costitutive: le prime dichiarano la insussistenza del diritto fatto valere in giudizio; le seconde dichiarano la sussistenza del diritto alla modificazione dello stato giuridico attuale, modificazione che non si realizza in via d'esecuzione forzata, ma si attua ope legis in seguito alla dichiarazione del giudice». Sulla natura dichiarativa delle sentenze di rigetto v. anche A. ALBINI, *Le sentenze dichiarative*, cit., 6.*

²¹ G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 202 e 203.

²² Sull'oggetto del sindacato giurisdizionale di legittimità v., di recente, N. PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, II, 2020, 237-274; S. MENCHINI, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in *Dir. proc. amm.*, IV, 2020, 805-86; M.A. SANDULLI, *Profili oggettivi e soggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in F. FRANCIARIO-M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa: in ricordo di Leopoldo Mazzeo*, Napoli, 2017, 339-349. Rileva F. FRANCIARIO, *Inerzia e ottemperanza al giudice: spunti per una riflessione sull'atto di ottemperanza*, in ID., *Garanzie degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa. Saggi sulla giustizia amministrativa*, Napoli, 2019, 100-103. Sulla dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva in alcuni sistemi diversi da quello italiano v. B. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, I, 2014, 74-106; M. LIPARI, *I profili soggettivi e oggettivi della giurisdizione nella prospettiva comparatistica*, in F. FRANCIARIO-M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa: in ricordo di Leopoldo Mazzeo*, Napoli, 2017, 367-372.

in forma specifica secondo alcuni Autori e ad una condanna atipica (o pubblicistica) di adempimento, secondo altri. La fattispecie in esame sarebbe configurabile come un'azione di condanna al risarcimento in forma specifica poiché il combinato disposto di cui agli artt. 30, co. 1 e 34, co. 1, lett. c) c.p.a. consentirebbe di configurare, nel sistema di tutela, «una “azione a petitum indeterminato”»²³, cui è connessa la titolarità, in capo al giudice, di «un potere di condanna atipico quanto al contenuto»²⁴, che consentirebbe di qualificare l'azione come di risarcimento in forma specifica, tanto nei casi di attività vincolata quanto in quelli di attività discrezionale²⁵. Oggetto della situazione giuridica accertata, sarebbe, pertanto, rispettivamente, o un diritto di credito al provvedimento favorevole o la mera *chance* di riceverlo²⁶.

Un'altra parte della dottrina ha ritenuto, invece, che la pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, in ragione della sua idoneità a garantire al ricorrente vittorioso una tutela piena del proprio interesse legittimo *pretensivo*²⁷, sia da configurarsi come una tutela di *condanna atipica* (o di *condanna pubblicistica*)²⁸. Tale ricostruzione, proposta prima delle modifiche apportate dal

23 L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, in *Dir. proc. amm.*, III, 2013, 642.

24 L. FERRARA, *ibidem*. Cfr. A. CARBONE, *L'azione di condanna ad un facere. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in *Dir. proc. amm.*, I, 2018, 175-269; I. PAGNI, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *giustamm.it*, VI, 2012.

25 L. FERRARA, *op. ult. cit.*, 643-644.

26 L. FERRARA, *op. ult. cit.*, 646.

27 Evidenzia l'insufficienza della tutela dell'interesse legittimo c.d. *pretensivo* rispetto all'interesse legittimo c.d. *oppositivo* F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 12-13, 61-62. Sul rilievo del *bene della vita* nella tutela dell'interesse legittimo v. M. NIGRO, *Il giudicato e il processo di ottemperanza*, in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1533; Cfr. N. PAOLANTONIO, *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo (in margine a Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3)*, in *giustamm.it*, IV, 2011.

28 A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, 196-197; ID., *L'azione di adempimento è nel Codice. Alcune riflessioni sul d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160 (c.d. Secondo Correttivo)*, in *giustamm.it*, IX, 2012. Cfr. N. PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, II, 2020, 257; V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità di azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, II, 2012, 481-485. Sembra distinguere l'azione di adempimento dall'azione di condanna P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, II, 2013, 404-405. Non ritiene equiparabile l'esecuzione in forma specifica con il risarcimento del danno in forma specifica D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento favorevole e processo amministrativo*, Milano, 2002, 341-342.

d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160, (c.d. Secondo Correttivo) al c.p.a., che hanno determinato l'ingresso dell'azione di adempimento di cui all'art. 34, co. 1, lett. c) in esame, ha ritenuto ammissibile un'azione di *condanna atipica* all'adempimento²⁹ anche nel caso di *annullamento* dell'atto negativo, anch'essa sul fondamento del combinato disposto di cui agli artt. 30, co. 1, in forza del quale la pronuncia di condanna avrebbe un carattere atipico e 34, co. 1, lett. c) c.p.a., nella parte in cui prevede, come possibile contenuto della sentenza di merito, l'adozione, già nel giudizio di legittimità, di «*misure idonee a tutelare la situazione giuridica dedotta in giudizio*»³⁰. Questa azione *generica di condanna dal contenuto atipico*³¹ proposta contestualmente all'azione di *annullamento* dell'atto negativo³² consentirebbe, anche in forza della c.d. «*clausola di esecuzione anticipata*» di cui all'art. 34, co. 1, lett. e) c.p.a. – che prevede la possibilità, per il giudice, con sentenza di merito, di adottare «*le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza*» – di configurare la nomina del commissario *ad acta*, che operi in luogo dell'Amministrazione, già in

29 A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo*, cit., 178; ID., *Dubbi e incertezze sull'art. 31 del Codice del processo amministrativo*, in *Foro amm.-TAR*, III, 2011, 1104 e 1106; A. CARBONE-F. PIGNATIELLO, *Le azioni*, cit., 198. A favore dell'atipicità delle azioni nel processo amministrativo si è espresso M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, III, 2005, 595-599.

30 In giurisprudenza ammette la configurabilità di un'azione di *condanna pubblicistica* (c.d. azione di esatto adempimento) Cons. Stato, Ad. pl., 23 marzo 2011, n. 3, sub 3.1, sub 6.4.1.

31 A. CARBONE, *Dubbi e incertezze*, cit., 1106. Ravvisava la possibilità di configurare un'azione di condanna all'adempimento già F. LA VALLE, *Azione d'impugnazione e azione di adempimento*, in *Jus*, 1965, 168. Afferma nettamente la configurabilità di un'azione di *condanna* all'adempimento analoga alla *Verpflichtungsklage* anche M. CLARICH, *op. ult. cit.*, 572; ID., *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, *passim*. Anche S. MURGIA, *Crisi del processo e azione di accertamento*, in *Dir. proc. amm.*, II, 1996, afferma che il giudizio sul silenzio dovrebbe «[...] condurre all'individuazione di una sentenza non di accertamento, bensì "di condanna a provvedere" a carico dell'amministrazione, giacché ciò che potrebbe realizzare l'interesse del privato non è la semplice "dichiarazione" del suo diritto ad ottenere la decisione amministrativa, ma l'ordine giurisdizionale di provvedere» (288-289). Approfondisce la tutela avverso il silenzio, anche sotto il profilo dell'evoluzione giurisprudenziale G. MARI, *L'azione avverso il silenzio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, I, Milano, 2013, 219-260.

32 A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo*, cit., 187. Cfr. ID., *Pluralità di azioni e tutela di mero accertamento*, in *Dir. proc. amm.*, III, 2013, 893-894 e *passim*.

sede di cognizione, anche nel caso di proposizione contestuale dell'azione di annullamento dell'atto negativo³³, oltre che nella fattispecie del silenzio³⁴.

La configurabilità della pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio come sentenza di condanna sembrerebbe confermata, peraltro, dalle modifiche apportate dal d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160, all'art. 34, co. 1, lett. c) c.p.a., che qualifica l'azione di adempimento espressamente in termini di *condanna*. Questo dato letterale, tuttavia, non sembra significativo se si considera che anche nella fattispecie di cui all'art. 31, co. 1, c.p.a., il legislatore ha qualificato come dovere di provvedere il dovere di concludere il procedimento con una pronuncia espressa³⁵.

Si dubita, tuttavia, della riconducibilità dell'*ordine* giurisdizionale di provvedere³⁶, che discende dall'accertamento della fondatezza della pretesa dedotta

33 A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo*, cit., 187.

34 Con riguardo all'azione sul silenzio, l'art. 117 c.p.a., infatti, dispone che «il ricorso è deciso con sentenza in forma semplificata e in caso di totale o parziale accoglimento il giudice ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni» (co. 2). «Il giudice nomina, ove occorra, un commissario ad acta con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata» (co. 3). «Il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario» (co. 4).

35 Rileva, infatti, F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 499-501 e 499, nota 77, che, nella fattispecie di cui all'art. 31, co. 1, c.p.a. il legislatore, per riferirsi all'obbligo di concludere il procedimento con una pronuncia espressa, ha utilizzato, impropriamente, l'espressione *accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere*.

36 Evidenziano il rilievo dell'*ordine* giurisdizionale di provvedere F. LA VALLE, *Azione d'impugnazione e azione di adempimento*, in *Jus*, 1965, 168; S. MURGIA, *Crisi del processo amministrativo e azione di accertamento*, in *Dir. proc. amm.*, II, 1996, 288-289; E. FERRARI, *La decisione giurisdizionale amministrativa*, cit., 586-587. Sul contenuto ordinatorio della sentenza di annullamento v. L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione: la dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, 111, il quale afferma che se: «[...] il dovere fosse funzionale all'interesse pubblico e privo di destinatari determinati, sarebbe coerente quella giurisprudenza che teorizza che il giudicato amministrativo "opera sulla situazione di una sola delle parti" (cioè, la p.a.), e così pure, come a suo tempo si è visto, quella dottrina che nega il carattere giurisdizionale ed esecutivo del giudizio di ottemperanza. Altrettanto consequenziale dovrebbe allora essere la perdurante attualità della prospettiva chiovendiana, secondo cui "il singolo come tale non ha che pura azione" e la giurisdizione del giudice amministrativo è "giurisdizione di mero diritto oggettivo, cioè attuazione della legge indipendentemente dal diritto individuale di alcuno". Sennonché, se il giudicato operasse su una sola delle parti, sarebbe seriamente discutibile la qualificazione giurisdizionale dell'organo pronunciante, e nondimeno sarebbe difficilmente teorizzabile la natura di situazione giuridica soggettiva dell'interesse legittimo, senza dire della sua conformità al modello costituzionale di pienezza della tutela». Sul giudizio di ottemperanza v. anche R. VILLATA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, III, 1989, 369-399; A. PAJNO, *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, in *Foro amm.*, 1987, I, 1645-1653; M. MAFFEZZONI, *Ancora sulla natura e funzione esclusivamente giurisdizionale del giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm.*, II, 1987, 2851-2861; ID., *Il commissario ad acta organo*

in giudizio, ad una pronuncia di condanna in senso proprio se si considera che l'effetto tipico della sentenza di condanna sia la costituzione di un titolo esecutivo. Non sembra sufficiente, infatti, ai fini della configurabilità dell'azione in esame come una tutela di condanna atipica, l'applicabilità, anche nel giudizio amministrativo di legittimità, dell'istituto civilistico dell'*astreintes*³⁷. L'accoglimento di una tale ricostruzione, infatti, implicherebbe una identificazione delle prestazioni con i mezzi di tutela previsti dall'ordinamento per le stesse, che non sembra sostenibile³⁸, poiché «*esistono figure giuridiche diverse, ma che pure godono di uguali forme di protezione*»³⁹, come nel caso della tutela risarcitoria, che è ammessa tanto per la tutela dei diritti soggettivi quanto per quella degli interessi legittimi⁴⁰.

Se si considera, tuttavia, la sfera giuridica delle parti, a seguito dell'accoglimento del ricorso, potrebbe ritenersi che l'accoglimento della domanda di adempimento, producendo l'effetto di costituire la legittimazione a ricorrere per l'ottemperanza, sia equiparabile all'accoglimento dell'azione di condanna, produttiva di un titolo esecutivo⁴¹. Questa configurazione, però, non sembra

del giudice dell'ottemperanza, in *Foro amm.*, 1986, I, 296-321; E. CANNADA BARTOLI, *Il ritorno del giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm.*, I, 1987, 980-982; G. FARINA, *Discriminazione della giurisdizione e giudizio amministrativo di ottemperanza*, in *Foro amm.*, I, 1987, 421-423. Sugli effetti conformativi delle sentenze del giudice ordinario v. M. NIGRO, *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27 n. 4 della legge sul Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1954, 242-260.

37 Nella dottrina civilistica propone il superamento della concezione tradizionale che riconduce la tutela di condanna alla costituzione di un titolo esecutivo A. PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 632. Riconduce la tutela di condanna non solo alla dichiarazione giurisdizionale del rapporto obbligatorio, ma anche al potere di attivare il processo esecutivo L. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965, 20. Con riguardo alle sentenze di mero accertamento rileva, invece, G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 191: «*Il nome di sentenze di mero accertamento [...] comprende lato sensu tutti i casi in cui la sentenza del giudice non può aver seguito d'esecuzione forzata*».

38 F. VOLPE, *op. ult. cit.*, 92-93; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 124.

39 F. VOLPE, *op. ult. cit.*, 93.

40 F. VOLPE, *ibidem*.

41 Rileva F. MANGANARO, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in F. FRANCIOSI-M.A. SANDULLI (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi*, Napoli, 2018, 136, che nei casi in cui «*[...] la parte del processo che deve dare esecuzione alla sentenza mantenga un potere sulla questione oggetto del giudizio [...] un giudice dotato di giurisdizione di merito può adattare le modalità di esecuzione al comportamento dell'amministrazione successivo alla sentenza, adottando un atto che, nel pieno rispetto di quanto già definito in sentenza, ne consenta l'esatto adempimento*».

condivisibile, poiché nell'esecuzione forzata in forma specifica la prestazione «con cui l'obbligato risponde non può mai coincidere con l'evento di cui risponde»⁴². La tutela di condanna, in altri termini, costituendo il titolo per procedere all'esecuzione in forma specifica, realizza il nesso tra diritto sostanziale e processo per mezzo del quale il diritto sostanziale viene attuato⁴³, per lo più creando, in luogo della prestazione originaria, una prestazione secondaria, suscettibile, essa soltanto, di esecuzione forzata⁴⁴. Nel processo amministrativo, invece, la legittimazione a ricorrere in ottemperanza è un effetto proprio di qualsiasi accertamento, compreso quello sotteso alla pronuncia costitutiva di annullamento, in quanto strumento idoneo a garantire la realizzazione degli effetti conformativi e ripristinatori della sentenza avente ad oggetto la medesima prestazione originaria. Fer-

È in questo frangente della giurisdizione che è possibile "completare" il giudizio di cognizione, nel senso che il giudice potrà adattare il decisum all'effettivo stato attuale dei fatti. In questo senso il giudice dell'ottemperanza esercita poteri di cognizione per dare corretta esecuzione alla sentenza: un continuum tra accertamento giudiziale ed esecuzione, rafforzato da un tipo di giurisdizione (di merito) che consente al giudice di realizzare la piena soddisfazione del ricorrente».

L'impossibilità di equiparare il giudizio di ottemperanza al processo esecutivo è evidente se si considera che nel processo di esecuzione la cognizione del giudice è solo eventuale, ossia nel caso di opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi. Sulla natura mista del giudizio di ottemperanza v. anche G. MARI, *Il giudizio di ottemperanza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, II, Milano, 2013, 458-463. Sul giudizio di ottemperanza v. F. FRANCIOSI, *Il giudizio di ottemperanza. Origini e prospettive*, in ID., *Garanzie degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa. Saggi sulla giustizia amministrativa*, Napoli, 2019, 225-226; A. STORTO, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in F. FRANCIOSI-M.A. SANDULLI (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi*, Napoli, 2018, 139-180; C. DELLE DONNE, *L'esecuzione: il giudizio di ottemperanza*, in B. SASSANI – R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 1243 s. Per un raffronto tra il giudizio di ottemperanza e il processo esecutivo v. G. VERDE, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, II, 650-663, 667-668.

42 E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. II: struttura dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, 68.

43 La sentenza di condanna è ricondotta a presupposto dell'esecuzione da A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1997, 96. Sul rapporto tra sentenza di condanna e processo esecutivo v. L. MONTESANO, *op. ult. cit.*, 19-28; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979, 222-223: «[...] insegna la prevalente dottrina del processo civile, che il nucleo centrale della sentenza di condanna, quale emerge dai dati positivi, è costituito dalla sua idoneità a dar vita all'azione esecutiva o, anche, con più specifico riguardo alla correlazione fra diritto sostanziale e processo, che in materia civile la condanna significa proprio l'assoggettamento del debitore alle misure esecutive, quali sono previste dalla legge per l'obbligazione cui egli non ha adempiuto. L'esecuzione forzata è quindi possibile sia nella forma dell'espropriazione (artt. 2910 ss. c.c.; artt. 483 ss. c.p.a.), sia nelle tre forme specifiche regolate rispettivamente dagli artt. 2930 c.c. e 605 ss. c.p.c. (esecuzione forzata per consegna e rilascio), 2931 c.c. e 612 ss. c.p.c. (esecuzione forzata di obblighi di fare), 2933 c.c. e 612 c.p.c. (esecuzione forzata di obblighi di non fare)».

44 E. BETTI, *op. ult. cit.*, 70.

mo restando che, comunque, l'accoglimento del ricorso, nel processo amministrativo, è idoneo a costituire titolo per procedere all'esecuzione nei soli casi di condanna al pagamento di una somma di denaro, ai sensi dell'art. 115, co. 2, c.p.a. Ciò che consente, perciò, di escludere che l'azione di adempimento di cui agli artt. 31, co. 3 e 34, co. 1 lett. c) c.p.a. possa considerarsi una sentenza di condanna sembra essere proprio il fatto che il contenuto precettivo di quest'ultima ha ad oggetto una prestazione diversa rispetto a quella originaria, che non è suscettibile di esecuzione forzata diretta, ma solo della c.d. esecuzione indiretta, per coazione⁴⁵. Nella tutela di adempimento in esame, invece, non può che esservi un'identità tra la prestazione *primaria* e quella *sanzionatoria*⁴⁶, non potendo, l'effetto conformativo, avere per contenuto una prestazione diversa rispetto a quella inadempita⁴⁷, anche se la sua soddisfazione è rimessa al giudizio di ottemperanza.

Pertanto, la tutela di adempimento, in quanto riflesso dell'effetto conformativo formatosi sull'accertamento dell'esistenza dell'obbligazione provvedimentoale, sembra caratterizzarsi per il fatto che il precetto *secondario*, *sanzionatorio*, imponga che, nel caso di mancato adempimento della prestazione *primaria* da parte dell'Amministrazione, tale medesima prestazione venga ugualmente eseguita, così come dovuta, da un soggetto terzo⁴⁸: il giudice, per mezzo del commissario *ad acta*, sempre che l'istanza di nomina di quest'ultimo sia stata proposta dal ricorrente. In forza di questa coincidenza del precetto secondario con il precetto primario, sotto il profilo della prestazione dovuta, sembra, quindi,

45 Testualmente E. BETTI, *op. ult. cit.*, 69.

46 Sulla nozione di prestazione *primaria* e prestazione *secondaria sanzionatoria* nel senso esposto v. E. BETTI, *op. ult. cit.*, 71. Riconduce l'azione di adempimento all'adempimento del dovere inerente al rapporto originario F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 61-62.

47 Sulla possibilità che il precetto relativo al *debito* (o *obbligo primario di prestazione*) e il precetto relativo alla *responsabilità* siano contenuti in un unico precetto v. E. BETTI, *op. ult. cit.*, 65. Sulla natura giuridica del rapporto obbligatorio v. anche M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto privato*, I, Torino, 1939, 266-280.

48 E. BETTI, *op. ult. cit.*, 71-72.

possibile inquadrare la tutela in esame non come una condanna in senso proprio, ma come una esecuzione forzata per surrogazione in forma specifica.

Questa surrogazione in forma specifica, tuttavia, non consente al ricorrente vittorioso di conseguire direttamente l'utilità aspirata. Se così fosse, infatti, la fattispecie in esame sarebbe riconducibile all'esecuzione in forma specifica di cui all'art. 2932 cod. civ., in quanto esercizio, da parte del ricorrente, di un diritto potestativo⁴⁹, avente per contenuto un credito a che l'autorità giurisdizionale produca il mutamento giuridico⁵⁰. Questa soluzione, nel caso di specie, non sembra appunto condivisibile in forza del fatto che la sentenza di accoglimento della domanda di adempimento non è direttamente costitutiva la modificazione giuridica. Il conseguimento dell'utilità sostanziale per mezzo dell'attività sostitutiva del giudice, infatti, è eventuale, poiché subordinato all'accertamento, successivo all'accoglimento nel merito della domanda, dell'ulteriore inadempimento da parte dell'Amministrazione entro il termine assegnato per l'ottemperanza con la sentenza che definisce il giudizio. Suddetta surrogazione in forma specifica, proprio per la mancata immediata soddisfazione della prete-

49 Sostiene che il mutamento giuridico sarebbe dato non dalla sentenza costitutiva, ma dal peculiare contenuto della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio (diritto potestativo), per cui la modificazione giuridica non sarebbe prodotta dalla sentenza in quanto atto di *esecuzione* della legge, ma dalla legge stessa, rispetto alla quale la sentenza, in quanto accertamento della preesistente volontà di legge (volontà che si produca un mutamento giuridico), costituirebbe il fatto giuridico causativo dell'effetto G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*, Napoli, 1965, 182-183. Sulla riconduzione dell'oggetto del giudizio amministrativo di legittimità, in quanto processo costitutivo, a un diritto potestativo v. anche G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, 98, nota 118. Sui diritti potestativi nel caso di inadempimento del contratto preliminare v. G. CHIOVENDA, *Dall'azione nascente dal contratto preliminare*, in ID., *Saggi*, cit., 109-119. Non condivide questa ricostruzione sull'oggetto del giudizio amministrativo di legittimità, in quanto una identificazione dello stesso con il diritto potestativo all'annullamento dell'atto illegittimo consentirebbe il formarsi del giudicato solo sull'eliminazione del provvedimento, non impedendo una eventuale reiterazione dello stesso M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 83. Esclude che l'oggetto della pronuncia costitutiva sia un diritto potestativo, in quanto situazione giuridica soggettiva processuale, non idonea a passare in giudicato e non idonea ad assicurare al ricorrente vittorioso una utilità in futuro giudizio S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, *passim*.

50 Sembra ricondurre l'azione di adempimento alla tutela costitutiva di cui all'art. 2932 cod. civ. L. FERRARA, *La meta? Sentenza cognitiva con effetti esecutivi*, in *Guida al Diritto – Dossier*, IX, 2011, 112-113. Sull'inadempimento del contratto preliminare, nella dottrina civilistica, v. L. MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953.

sa sostanziale, pare realizzarsi nelle forme di una fattispecie *a formazione progressiva*, da distinguersi a seconda che la soddisfazione della pretesa sostanziale si realizzi nello stesso giudizio di cognizione o in sede di ottemperanza. Si ritiene, infatti, che a seguito dell'accoglimento della domanda di adempimento proposta contestualmente all'*annullamento* dell'atto negativo, il ricorrente vittorioso, dopo l'accertamento della fondatezza della sua pretesa, possa ottenere l'adempimento coattivo dell'obbligo solo in sede di ottemperanza – che sembra potersi considerare una prosecuzione del giudizio di legittimità⁵¹ – non essendo possibile, nello stesso giudizio di legittimità, una tutela diretta del credito provvedimentoale, come, invece, è possibile nelle fattispecie di giurisdizione esclusiva⁵². Nel caso, invece, in cui la stessa azione fosse proposta contestualmente all'azione sul silenzio⁵³ (di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133, co. 1, lett. a), n. 3), il potere di agire per l'ottemperanza è esercitabile, ai sensi dell'art. 117, co. 3, c.p.a. – che dispone che il giudice può nominare «*un commissario ad acta con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata*» – già in sede di legittimità, anche se gli effetti del suo esercizio, in conformità allo schema della fattispecie *a formazione progressiva* proprio anche del giudizio di ottemperanza, sono comunque sottoposti alla condizione sospensiva dell'accertamento del protrarsi dell'inadempimento dell'Amministrazione.

51 L'accoglimento della domanda di adempimento, pertanto, nel caso di persistente inadempimento, consente il realizzarsi della modificazione giuridica anche attraverso il giudizio di ottemperanza – nel caso in cui l'azione di adempimento fosse proposta contestualmente all'azione di *annullamento* dell'atto negativo – che, soprattutto in ragione del suo carattere non solo esecutivo, ma anche cognitivo, può considerarsi una prosecuzione del giudizio di legittimità. Sul punto v. C. CALABRÒ, *L'ottemperanza come "prosecuzione" del giudizio amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 1167-1191.

52 Ravvisa nella pronuncia del giudice dell'ottemperanza un coelemento costitutivo di una fattispecie a formazione progressiva S. GIACCHETTI, *Un nuovo abito per il giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm.*, I, 1979, 2623. A riguardo del giudizio di ottemperanza rileva, inoltre, F. MANGANARO, *ibidem*. «È in questo frangente della giurisdizione che è possibile "completare" il giudizio di cognizione, nel senso che il giudice potrà adattare il *decisum* all'effettivo stato attuale dei fatti. In questo senso il giudice dell'ottemperanza esercita poteri di cognizione per dare corretta esecuzione alla sentenza: un continuum tra accertamento giudiziale ed esecuzione, rafforzato da un tipo di giurisdizione (di merito) che consente al giudice di realizzare la piena soddisfazione del ricorrente».

53 Sul giudizio relativo alla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio v. S. COGLIANI, *Il giudizio avverso il silenzio della P.A.: i nuovi poteri del giudice amministrativo*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 321-324.

Per tali motivi, l'azione di adempimento, nella fattispecie in esame, non sembra potersi considerare una sentenza sostitutiva di provvedimento, in quanto il giudice può surrogarsi all'Amministrazione, assicurando al ricorrente vittorioso la soddisfazione della propria pretesa sostanziale attraverso l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo inadempito, solo in un momento successivo al prodursi degli effetti conformativi, dati dall'*ordine* giurisdizionale di provvedere⁵⁴. Non sembra potersi aderire, pertanto, a quell'orientamento che ravvisa nell'art. 34, co. 1, lett. e) c.p.a., nella parte in cui prevede, tra le pronunce di merito, la possibilità, per il giudice, di disporre «*le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, che può avvenire anche in sede di cognizione*», un potere sostitutivo del giudice, in sede di legittimità, anche nel caso in cui l'azione di adempimento fosse proposta contestualmente all'*annullamento* dell'atto negativo.

La tutela degli interessi di tipo *pretensivo*, nel caso di specie, si realizza, perciò, per mezzo di una fattispecie *a formazione progressiva*⁵⁵, caratterizzata da una scissione tra l'effetto dichiarativo, coperto dal giudicato, e l'effetto costitutivo. Quest'ultimo, infatti, è eventuale⁵⁶, poiché se all'accertamento della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio seguisse l'adempimento da parte dell'Amministrazione, la sentenza di accoglimento manterrebbe una natura meramente dichiarativa.

Se, quindi, l'accoglimento della domanda di adempimento si rivelasse un inidoneo strumento di coazione per il debitore, assumerebbe rilievo, nel siste-

54 Cfr. specifica S. RODOLFO MASERA, *Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo*, Padova, 2006, 120-121.

55 Sul *giudicato a formazione progressiva* afferma Cons. Stato, Sez. V, 16 aprile 2014, n. 1937: «*Al giudice dell'ottemperanza è pertanto devoluto un potere di natura mista, tale da rendere il giudizio non assimilabile al processo esecutivo civile, essendo diretto non solo all'esecuzione del giudicato, vale a dire all'adeguamento della realtà materiale alla regola di diritto da questo stabilita per il caso concreto, ma anche una prodromica attività di cognizione avente lo scopo di definire e se del caso specificare tale regola (come affermato dall'Adunanza plenaria, nella sentenza 15 gennaio 2013, n. 2, e da ultimo ribadito dalla IV sez., nella sentenza 23 aprile 2013, n. 2260, da questa sez., nella sentenza 12 novembre 2013, n. 5380, e dalla VI sez., nelle sentenze 26 giugno 2013, n. 3517 e 28 gennaio 2014, n. 428)*» (sub 6).

56 Sugli effetti costitutivi della sentenza v. R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 53-55.

ma di tutela, una norma processuale distinta e successiva, sotto il profilo logico, rispetto a quella impositiva del dovere del giudice di accogliere nel merito il ricorso per l'adempimento⁵⁷. La tutela di cui agli artt. 31, co. 3 e 34, co. 1, lett. c) c.p.a., pertanto, sotto il profilo strutturale, sembra scomponibile in due distinte fattispecie, i cui elementi si realizzano, rispettivamente, in momenti successivi: una *preliminare*, data dall'accertamento della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, che costituisce una *frazione* della fattispecie definitiva⁵⁸, a cui segue l'obbligo, del giudice, di accogliere la domanda nel merito; e una *definitiva*, dove l'ulteriore inadempimento dell'Amministrazione consente l'integrarsi di una fattispecie complessa volta alla produzione di effetti costitutivi c.d. definitivi, dati dall'emanazione di una sentenza sostitutiva di provvedimento.

4. L'azione di adempimento come *risarcimento* o *tutela* in forma specifica

La tutela di adempimento non sembra potersi ravvisare nel solo combinato disposto di cui agli artt. 31 co. 3 e 34 co. 1 lett c) c.p.a. Anche in altri casi, infatti, il giudice può *ordinare* all'Amministrazione di emanare un determinato provvedimento favorevole al ricorrente, come nel caso di annullamento dell'aggiudicazione di una gara d'appalto o nel caso di mancato o non corretto adempimento dell'obbligo che discende dalla determinazione dell'organo che precede la stipula di un accordo integrativo o sostitutivo di provvedimento.

⁵⁷ La fattispecie costitutiva della norma processuale che impone al giudice di pronunciare la fondatezza della pretesa dedotta in giudizio non coincide, perciò, con la fattispecie della diversa norma attributiva del potere, al giudice, di surrogarsi all'Amministrazione, ma è costituita da una frazione di essa, posto che la formazione progressiva può ravvisarsi solo tra fattispecie produttive di un autonomo effetto giuridico – dato, nel caso di specie, dalla produzione di situazioni giuridiche processuali in capo al giudice – e non tra gli effetti prodotti dalle norme cui le rispettive fattispecie si riferiscono. Sul punto v. D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Napoli, 1978, 127. Nel processo civile, una sorta di scissione tra la fase di accertamento e la fase costitutiva, con riguardo al caso della divisione giudiziale della cosa comune, è ravvisata da C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, 227-228.

⁵⁸ L'efficacia dichiarativa della sentenza di accoglimento, tuttavia, non può assumere un rilievo strumentale rispetto alla produzione dell'effetto finale costitutivo, ma rappresenta essa stessa un singolo effetto definitivo, che sorge istantaneamente, nel momento in cui si siano realizzati tutti gli elementi della rispettiva fattispecie. Sul punto v. D. RUBINO, *op. ult. cit.*, 126-128.

Sebbene nel caso di annullamento dell'aggiudicazione di una gara d'appalto, il giudice possa *ordinare* all'Amministrazione appaltante di aggiudicare l'appalto al ricorrente vittorioso o, addirittura, emanare una sentenza sostitutiva di provvedimento, nel caso in cui il ricorso per l'annullamento dell'aggiudicazione fosse accompagnato dalla domanda di conseguire il contratto, tale forma di tutela non coincide con quella di cui agli artt. 34 co. 1 lett c) e 31 co. 3 c.p.a. Innanzitutto, infatti, la domanda presupposta dall'azione di adempimento, in materia di appalti, non ha una efficacia meramente dichiarativa, ma produce effetti costitutivi caducatori. Per tali motivi, l'*ordine* di aggiudicare l'appalto al ricorrente vittorioso non sembra trovare fondamento negli artt. 31, co. 3 e 34, co. 1 lett. c), ma, piuttosto, nel risarcimento in forma specifica di cui all'art. 30, co. 2 c.p.a. che, richiamando l'art. 2058 cod. civ., consente al ricorrente di «*chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile*»⁵⁹. Essendo, infatti, la materia degli appalti riconducibile alla giurisdizione esclusiva, in forza dell'art. 133, co. 1, lett. e), n. 1), non sembrano sussistere limiti alla possibilità di accertare direttamente l'esistenza del credito provvedimentale all'aggiudicazione, in sede di legittimità, che impediscano di configurare la tutela in esame come un risarcimento in forma specifica. Questa particolare estensione dei poteri del giudice, che si sostanzia in una tutela diretta del credito, non è comunque di ostacolo alla qualificazione del risarcimento in forma specifica come azione di adempimento, poiché non appare impossibile attuare il legittimo assetto degli interessi posto dal legislatore anche per mezzo della soddisfazione dell'interesse sostanziale del ricorrente in tutti i casi in cui l'illegittimità sostanziale del provvedimento rileva come fatto illecito presupposto della tutela inibitoria, che non prescinde, perciò, dalla sussistenza del danno e dalla condotta colposa dell'Amministrazione. In altri termini, alla luce di alcune ricostruzioni elaborate dalla dottrina civilistica, sembra che la tutela risarcitoria possa

59 Art. 2058, co. 1, cod. civ.

fungere da rimedio inibitorio in tutti i casi in cui la fonte del pregiudizio rappresenti essa stessa un danno⁶⁰, come nel caso dell'aggiudicazione illegittima.

Nell'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto, il giudice può anche emanare una sentenza sostitutiva di provvedimento attraverso un sindacato che comporta una valutazione di opportunità della prestazione, non dissimile da quella operata dal giudice amministrativo in sede di risarcimento in forma specifica, ai sensi degli artt. 30, co. 2 c.p.a. e 2058 cod. civ. La possibilità, per il giudice amministrativo, di operare una valutazione di questo tipo risulta dagli artt. 121, 122, c.p.a., richiamati dall'art. 124 c.p.a., che disciplina la *tutela in forma specifica e per equivalente*. L'art. 124, co. 1, in esame, infatti, dispone che «l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122». Inoltre, «se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato». In materia di appalti, quindi, sembra che una valutazione estesa all'opportunità della prestazione sia necessaria, ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a., laddove il ricorrente, oltre a conseguire l'aggiudicazione, proponga una domanda di subentro nel contratto già stipulato. Gli artt. 121 e 122 c.p.a., che disciplinano i casi di inefficacia del contratto, rispettivamente, nel caso di violazioni gravi e negli altri casi, pertanto, subordinano la dichiarazione di inefficacia del contratto ad un bilanciamento di interessi alla luce dei criteri indicati dalle norme stesse. L'art. 121 c.p.a., in particolare, oltre ad elencare, al co. 1, i casi di violazioni gravi che imporrebbero di dichiarare il contratto inefficace, subordina, nello stesso co. 1, primo periodo, suddetta dichiarazione di inefficacia alle «deduzioni delle parti e alla valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto», che possono limitare la declaratoria di inefficacia alle prestazioni ancora da eseguire o farla operare in via retroattiva. Al co. 2, invece, si dispone che «il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di

60 A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica: oggetto e funzioni*, Padova, 2002, 328.

esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale. Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro del contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara. Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia». Il co. 5 dello stesso art. 121, poi, riduce ulteriormente i casi in cui il giudice può dichiarare l'inefficacia del contratto, disponendo che «la inefficacia del contratto prevista dal comma 1, lettere a) e b), non trova applicazione quando la stazione appaltante abbia posto in essere la seguente procedura: a) abbia con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento dichiarato di ritenere che la procedura senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana sia consentita dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; b) abbia pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 79-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto; c) il contratto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di cui alla lettera b)». L'art. 122 c.p.a., che disciplina l'inefficacia del contratto nei casi di violazioni non gravi, dispone, poi, che «fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123 comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti,

dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta».

Questa tutela in forma specifica di cui agli artt. 121, 122, 124 c.p.a., che consente al ricorrente vittorioso di conseguire direttamente la soddisfazione della pretesa sostanziale, come nel caso di cui all'art. 2932 cod. civ., in materia di contratti, sembra possibile, sostanzialmente, in forza dell'art. 34 co. 1 lett. c) che, nel disciplinare le sentenze di merito, ammette la possibilità, per il giudice, in sede di legittimità, non solo di disporre le misure di risarcimento in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 cod. civ.⁶¹, ma anche di adottare le «*misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*».

Senza entrare nel merito della natura giuridica degli accordi di cui all'art. 11 legge 7 agosto 1990, n. 241, infine, si rileva come la letteratura si sia espressa, in materia di accordi sostitutivi o integrativi di provvedimento, oltre che sulla possibilità di esperire l'azione di adempimento ai sensi degli artt. 31, co. 3, e 34, co. 1, lett. c) c.p.a., al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo rimasto inadempito, anche a favore dell'applicabilità dell'art. 2932 cod. civ.⁶². L'applicabilità di questa disposizione civilistica alla materia degli accordi – in via diretta da parte di chi qualifica gli accordi come veri e propri contratti oppure in via analogica da parte di coloro che invece non li reputano tali⁶³ – ha trovato fondamento non solo nel co. 2, secondo periodo dello stesso art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241, nella parte in cui dispone che agli accordi «*si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili*», ma anche nell'art. 1323 cod. civ., in forza del quale «*tutti i contratti,*

61 Ritiene che «[...] potrebbe ritenersi che gli artt. 121 e 122 c.p.a. non derogano alla normale funzione decisoria del giudice, ma semplicemente conferiscano al g.a. un potere analogo a quelli attribuiti al giudice civile, ad esempio, dalle norme di cui agli artt. 2058 o 844 cod. civ.» A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, II, 2014, da 437.

62 M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, I, 2010.

63 Testualmente M. RENNA, *op. ult. cit.*, 32.

*ancorchè non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute” nel titolo II del libro IV del codice, intitolato, appunto “dei contratti in generale”»⁶⁴ e nell’art. 1 co. 1 *bis* della l. 7 agosto 1990, n. 241, così come modificato dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15, in forza del quale «la pubblica amministrazione, nell’adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente»⁶⁵.*

Un ulteriore riferimento significativo, al fine di affermare l’applicabilità dell’art. 2932 cod. civ. alla materia degli accordi è ravvisabile nella riconducibilità di tali fattispecie alla giurisdizione esclusiva di cui all’art. 133 co. 1 lett. a) n. 2) che, come già rilevato, consente al giudice di conoscere direttamente delle situazioni giuridiche facenti capo al privato e, perciò, di garantire una immediata soddisfazione della pretesa sostanziale del ricorrente. Alla luce di questi rilievi non sembra sussistere alcun impedimento all’esperibilità dell’azione di adempimento nella materia degli accordi, non solo ai sensi degli artt. 31 co. 3 e 34 co. 1 lett. c) c.p.a., sia pur limitatamente alle ipotesi di inerzia provvedimentoale, ma anche nelle forme del *risarcimento* in forma specifica o dell’*esecuzione* in forma specifica di cui, rispettivamente, agli artt. 30, co. 2, che richiama l’art. 2058 cod. civ. e 34, co. 1, lett. c) che, nell’ammettere la possibilità, per il giudice, di adottare «delle misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio», sembra consentire l’emanazione di una sentenza sostitutiva almeno nei casi di giurisdizione esclusiva di cui all’art. 133 c.p.a.

L’azione di adempimento, nel sistema di giustizia amministrativa, pertanto, sembra rappresentare un rimedio atipico, suscettibile di sostanziarsi nell’una o nell’altra forma di tutela, a seconda della fattispecie concreta sottoposta all’esame dell’autorità giurisdizionale.

64 M. RENNA, *ult. op. cit.*, 30.

65 M. RENNA, *ult. op. cit.*, 36.

5. I limiti dell'azione di adempimento rispetto al principio di divisione dei Poteri

I limiti dell'azione di adempimento sembrano potersi cogliere soprattutto con riguardo ai casi di surrogazione in forma specifica di cui agli artt. 31, co. 3 e 34, co. 1, lett. c) c.p.a. Il primo limite, infatti, è ravvisabile nello stesso art. 31, co. 3, che dispone che il giudice non può pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio nei casi di attività discrezionale o, nei casi di c.d. arresto procedimentale, qualora, pur andando la discrezionalità esaurendosi, sussistano margini di esercizio della medesima discrezionalità. La discrezionalità di cui alla disposizione in esame sembra essere solo quella amministrativa, e non anche quella tecnica, in forza, sostanzialmente, della previsione di cui all'art. 63 co. 4 c.p.a. che, ammettendo la possibilità, per il giudice, di disporre una consulenza tecnica non solo per «*l'accertamento di fatti*», ma anche per «*l'acquisizione di valutazioni*», non sembra escludere un sindacato sulla discrezionalità tecnica già nel giudizio di legittimità.

Nel definire la discrezionalità amministrativa, la letteratura sembra concordare nel ricondurla ad una valutazione comparativa di interessi relativi ad una concreta situazione di fatto, condotta sulla base delle c.d. regole della scienza dell'Amministrazione, che consentono all'Amministrazione di individuare la soluzione più idonea ad attuare gli scopi che l'ordinamento intende perseguire. Questa attività di determinazione della soluzione più idonea da applicare al caso concreto è compiuta dall'Amministrazione attraverso la formazione della «*norma (giuridica) che vincolerà, essa stessa, in un successivo momento logico, l'esercizio del potere provvedimentale*»⁶⁶ affidato dal legislatore al Potere esecutivo. Pertanto, ammettere un sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità amministrativa, significherebbe riconoscergli la possibilità di determinare quando esistono e quando non esistono obbligazioni provvedimentali in capo all'Amministrazione e, perciò, quando sussiste il dovere di provvedere. Con il limite di cui all'art. 31, co. 3, c.p.a., quindi, il legislatore pare voler impedire non solo una

⁶⁶F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 457.

commistione tra legittimità e merito e, perciò, tra Potere giurisdizionale e Potere esecutivo, ma, indirettamente, anche tra Potere giurisdizionale e Potere legislativo⁶⁷. Con la conseguenza che, nella fattispecie data dal combinato disposto di cui agli artt. 31, co. 3 e 34, co. 1, lett. c) c.p.a., in tutti i casi in cui l'attività discrezionale non sia esaurita, non sussiste alcuno spazio per l'utile esperimento dell'azione di adempimento, che sembra doversi rigettare in rito con una pronuncia di improcedibilità.

Un secondo limite all'azione di adempimento pare essere dato dall'art. 34, co. 2 c.p.a., che dispone che «*in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati*»⁶⁸. Tale disposizione sembra riferirsi all'azione di adempimento soprattutto prima delle modifiche apportate dal Secondo Corret-

67 Sulla rimessione al Potere esecutivo della determinazione del modo in cui perseguire un determinato fine eteroimposto dall'ordinamento v. F. VOLPE, *Il principio di nominatività*, in M. RENNA-F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 363. Sul rapporto tra la riserva di amministrazione e la legge v. D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996, 323-332.

68 Tale disposizione, invero, non sembra riferirsi all'effettivo esercizio del Potere, coincidente con l'emanazione dell'atto. Osserva, a questo riguardo, M. TRIMARCHI, *Il divieto di "pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati" attraverso il prisma della giurisprudenza*, in *Foro amm.-CDS*, IV, 2013, 1101: «*Il divieto non è [...] infranto quando il giudice, all'interno del rito sul silenzio, condanna l'amministrazione all'adozione del provvedimento richiesto, dal momento che l'inerzia protrattasi oltre i termini stabiliti dalla legge per provvedere costituisce un'ipotesi di esercizio illegittimo del potere e non di potere "non ancora esercitato"*». La disposizione in esame non sembra riferirsi neanche all'esercizio effettivo della discrezionalità da parte dell'autorità giurisdizionale (*Contra* Cons. Stato, Sez. VI, 16 febbraio 2011, n. 996, *sub* 7.5; T.A.R. Trento (Trentino Alto Adige), Sez. I, 9 marzo 2012, n. 74) poiché, se così fosse, oltre ad implicare una identificazione dell'esercizio della discrezionalità con l'esercizio del Potere – che non pare sostenibile in forza della dimostrata antecedenza dell'esercizio della discrezionalità rispetto all'esercizio del potere, che coincide con l'emanazione dell'atto (v. F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965, 92-94) – si verrebbe a configurare una sostanziale sovrapposizione tra l'art. 34, co. 2 e l'art. 31, co. 3, c.p.a., che, limitatamente alla domanda di adempimento, dispone che «*il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione*». Con la conseguente perdita, da parte dell'art. 34, co. 2, c.p.a., del suo contenuto precettivo. Sul punto v. M. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 1100-1101 che, con riguardo all'impossibilità di identificare il limite del *potere non ancora esercitato* con l'esercizio della discrezionalità afferma: «*Questa interpretazione ha il difetto di snuotare la norma di ogni contenuto precettivo. Che il giudice non possa condannare l'amministrazione all'adozione di provvedimenti discrezionali è, infatti, quanto espressamente previsto dagli artt. 31, comma 3, e 34, comma 1, lett. c; e non avrebbe dunque alcun senso trarre un precetto dello stesso tenore dal divieto di pronunciare su poteri non ancora esercitati. È da escludere, dunque, che quest'ultimo attenga alla limitazione dei poteri cognitori del giudice amministrativo a fronte di margini di discrezionalità in capo alla p.a.*». Cfr. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, 2020, 338-339.

tivo al c.p.a. quando la mancata previsione del cumulo di domande di cui all'art. 34, co. 1, lett. c) c.p.a. avrebbe potuto consentire al ricorrente di rivolgersi al giudice con un ricorso per la pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (*ex art. 31, co. 3 c.p.a.*) a prescindere dall'accertamento dell'inadempimento del medesimo obbligo, in forza dell'art. 31, co. 1 c.p.a. Chiarito, perciò, come tale limite sia da riferirsi all'impossibilità, per il giudice, di pronunciarsi nel merito della domanda prima che sulla stessa fattispecie l'autorità amministrativa abbia avuto l'*occasione* di esercitare il Potere, sembra potersi ritenere che, oggi, tale limite sia intrinseco alla previsione del cumulo di domande di cui all'art. 34, co. 1, lett. c) c.p.a., poichè l'*annullamento* dell'atto negativo o il giudizio avverso il silenzio, a prescindere dall'esito cui tale accertamento potrebbe condurre, sembrano già rappresentare una verifica dell'*occasione*, offerta all'Amministrazione, di provvedere, rispetto alla quale essa è rimasta inerte o si è espressa con un atto negativo.

Se, quindi, la norma stabilisce «*il principio secondo cui, dove vi è una competenza amministrativa, questa non può essere esautorata dall'autorità giudiziaria, il cui intervento è sempre e necessariamente successivo a quello dell'amministrazione*»⁶⁹, sembra che il limite in esame assuma un rilievo significativo in tutti i casi in cui a fondamento dell'azione di *annullamento* dell'atto negativo, proposta contestualmente all'azione di adempimento, sia dedotto il vizio di incompetenza contestualmente ad altri vizi. La giurisprudenza, infatti, affrontando il problema dell'assorbimento, connesso alla possibilità di graduare i motivi del ricorso, ha evidenziato come quest'ultima facoltà sia preclusa nel caso in cui fosse dedotta, contestualmente ad altri vizi, una censura relativa all'incompetenza che, in quanto «*vizio dell'organizzazione e non della funzione amministrativa*», non solo sfugge alla facoltà di graduazione dei motivi del ricorso⁷⁰, ma ha un carattere assorbente rispetto agli altri vizi di legittimità tanto nel caso di attività discrezionale, quanto in quello in cui l'attività fosse vincolata. Se l'azione di *annullamento* dell'atto negativo fosse

69 M. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 1102.

70 V. per tutti Cons. Stato, Ad. pl., 27 aprile 2015, n. 5., *sub* 8.2.

accolta in virtù della violazione di norme relative al contenuto del provvedimento, oltre che per incompetenza, infatti, si incorrerebbe in una violazione del principio del contraddittorio, oltre che dell'art. 2909 cod. civ. relativo ai limiti soggettivi del giudicato, poiché gli effetti conformativi si produrrebbero in capo ad un organo (competente) rimasto estraneo al giudizio di legittimità⁷¹. Pare irrilevante, a questo riguardo, la teoria della c.d. *immedesimazione organica*⁷², che potrebbe condurre a sostenere che l'atto emanato dall'organo incompetente sia imputabile non all'organo, ma all'ente, cui tanto l'organo competente quanto quello competente appartengono⁷³. In questo senso, quindi, il potere potrebbe considerarsi esercitato dall'autorità competente anche se l'atto fosse emanato da un organo incompetente. Queste conclusioni, tuttavia, si oppongono alla previsione di cui all'art. 97, co. 2 e 3 Cost.⁷⁴, poiché, ammettere l'esercizio del potere da parte di un organo incompetente, come rilevato dal Cons. Stato, Ad. pl., significherebbe incidere nell'inderogabilità dell'*ordine legale* delle competenze⁷⁵. Alla luce di questi rilievi, sembra che anche l'art. 34, co. 2, c.p.a. in esame, in quanto norma di chiusura del sistema, che vieta al giudice di dettare le

71 Cons. Stato, Ad. pl., 27 aprile 2015, n. 5, *sub* 8.3.1. Sul prodursi degli effetti conformativi in capo ad un'autorità non partecipante al giudizio di legittimità, nel caso in cui in una domanda di annullamento fosse dedotto il vizio di incompetenza contestualmente ad altri vizi v. Cons. Stato, Sez. V, 7 gennaio 2019, n. 73; Cons. Stato, Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; Cons. Stato, Sez. VI, 2 novembre 2017, n. 5060. In dottrina cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Dubbi sull'assorbimento*, in *Giur. it.*, III, 1996, 161-162. *Contra* M.R. SPASIANO, *L'assorbimento dei motivi nell'evoluzione del processo amministrativo*, in F. FRANCARIO-M.A. SANDULLI (a cura di), *Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo*, Napoli, 2019, 172-175.

72 Esclude la responsabilità dell'Amministrazione quando la stessa non possa trovare fondamento nella identità soggettiva tra le persone che esplicano l'attività amministrativa e l'ente pubblico G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1939, 377-378. Definisce l'ente come *centro di riferimento* degli interessi pubblici F.G. COCCA, *Diritto Amministrativo*, Torino, 2019, 116. Altri Autori, invece, lo riconducono ad un *centro di potere*, come, ad esempio: E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2014, 82. Sul problema della soggettività v. C. ESPOSITO, *Organo, ufficio e soggettività dell'ufficio*, in *Annali dell'Università di Camerino*, VI, 1932, 251-330.

73 Ritene irrilevante che in giudizio partecipi un organo diverso rispetto a quello che avrebbe dovuto emanare l'atto, in quanto a costituirsi in giudizio sarebbe la stessa Amministrazione nei cui confronti si produrrebbero gli effetti conformativi P. STELLA RICHTER, *Dopo il codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, III, 2012, 881.

74 Art. 97, co. 2: «I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizione di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione»; co. 3: «Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari».

75 Cons. Stato, Ad. pl., 27 aprile 2015, n. 5, *sub* 8.3.2.

regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non abbia ancora esercitato il proprio *munus*⁷⁶, sia volto a salvaguardare, sostanzialmente, il principio di divisione dei Poteri e, in particolare, il confine tra Potere esecutivo e Potere giudiziario.

A ben vedere, però, anche la possibilità, per il giudice, di *sostituirsi* all'Amministrazione, già nel giudizio di cognizione, con la tutela di adempimento, riflette una sorta di invasione del Potere esecutivo da parte del Potere giurisdizionale. Anzi, poiché questi poteri sostitutivi del giudice rispetto all'Amministrazione sarebbero ammessi nei soli casi di giurisdizione estesa al merito, di cui all'art. 134 c.p.a.⁷⁷, sembra che l'azione di adempimento abbia determinato uno spostamento del *confine* tra giudizio di legittimità e giudizio esteso al merito⁷⁸, a favore del primo⁷⁹, non attenendo più solo, il sindacato giurisdizionale, nel giudizio di legittimità, all'esame del *quomodo* dell'azione amministrativa, ma estendendosi all'*an* e al *quid*, sia pur nei soli casi individuati dalla legge ordinaria. Questo "ampliamento" dei poteri del giudice amministrativo, nel giudizio di le-

76 L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale dell'incompetenza e dei vizi ad essa assimilati*, in *Dir. proc. amm.*, III, 2016, 836: «L'enfaticizzato carattere "radicale" della "alterazione dell'esercizio della funzione pubblica" consiste, segnatamente, nel non aver ancora, l'autorità amministrativa competente, esercitato la sua funzione, con conseguente divieto, per il giudice, di prodursi in un sindacato precocemente teso, proprio perché preventivo, a pregiudicare il successivo esercizio del *munus* da parte dell'autorità amministrativa preposta». In giurisprudenza v. T.A.R. Napoli (Campania), Sez. III, 11 giugno 2020, n. 2326.

77 L'elemento caratterizzante la giurisdizione estesa al merito, infatti, non sembra essere tanto l'esercizio della discrezionalità amministrativa, da parte dell'autorità giurisdizionale, non ravvisabile nelle controversie relative agli atti e le operazioni in materia elettorale e nel giudizio sulla contestazione dei confini degli enti territoriali, di cui alle lett. b) e d) del co. 1 dell'art. 134 c.p.a., quanto la sostituibilità del giudice all'Amministrazione, ravvisabile in tutte le fattispecie indicate dallo stesso art. 134.

Riconduce la nozione di giurisdizione estesa al merito tanto alla possibilità, per il giudice, di sostituirsi all'Amministrazione determinando il contenuto del provvedimento da emanare quanto all'emanazione dello stesso in luogo dell'Amministrazione T.A.R. Trento (Trentino Alto Adige), Sez. I, 25 maggio 2020, n. 67; T.A.R. Roma (Lazio), Sez. I, 6 febbraio 2020, n. 1581; Cons. Stato, Sez. IV, 7 gennaio 2020, n. 116; T.A.R. Trento (Trentino Alto Adige), Sez. I, 12 luglio 2019, n. 102.

78 Rileva F. MANGANARO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 135, che l'ordinamento, nella giurisdizione estesa al merito, «[...] attribuisce al giudice poteri decisori talmente ampi da far dubitare della loro stessa natura giurisdizionale».

79 F. VOLPE, *La distinzione tra atto amministrativo discrezionale e atto vincolato (tra giurisdizione di legittimità e di merito)*, in *giustamm.it*, XI, 2016. Cfr. F. MANGANARO, *op. ult. cit.*, 136.

gittimità⁸⁰, tuttavia, sembra far seguito, in realtà, a quello già iniziato con l'attribuzione allo stesso del potere di annullamento⁸¹, poiché appare indubbio che l'autorità giurisdizionale, anche emanando sentenze costitutive, non può non incidere sulle funzioni proprie del Potere esecutivo. Infatti, il giudice, anche annullando il provvedimento, dispone una regolamentazione del rapporto diversa rispetto a quella introdotta dall'Amministrazione, e prevalente su quest'ultima.

Si rileva, infine, come il progressivo ampliamento della cognizione del giudice amministrativo, in sede di legittimità⁸², sia possibile in forza dell'assenza di limiti di rilievo costituzionale sulla tassatività dei casi di giurisdizione estesa al merito⁸³, che permette al legislatore di modificare, a seconda delle esigenze del contesto storico e sociale in cui il sistema di tutela si inserisce, quelle garanzie sottese al principio di divisione dei Poteri nella sua tradizionale formulazione, con un conseguente indebolimento della protezione del privato a fronte all'autorità statale.

80 A riguardo del potere sostitutivo del giudice rileva G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2017, 1281: «In buona sostanza, all'ampliamento del potere sostitutivo del giudice, anche quello amministrativo, che finisce per operare come in un appello con effetto devolutivo pieno, spesso consegue una svalutazione del ruolo della pubblica amministrazione: dietro al principio di effettività della tutela sembra quindi celarsi un consistente spostamento dall'amministrazione al giudice del potere effettivo di disporre in ordine all'affare».

81 Emerge, perciò, un progressivo allontanamento della legge ordinaria dal principio di divisione dei Poteri, così come elaborato nella legge abolitiva del contenzioso amministrativo, in cui il sistema di tutela del privato a fronte dell'autorità statale era garantito dallo strumento della disapplicazione, con cui il giudice, sindacando la legittimità dell'atto solo incidentalmente rispetto all'accertamento del diritto soggettivo lesa, non incidere sull'esercizio della funzione amministrativa. Ogni modifica o revoca dell'atto, infatti, era affidata alle sole *competenti autorità amministrative*. Cfr. G. MIELE, *Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 6-7.

Si ritiene che il Consiglio di Stato abbia definitivamente assunto il rilievo di autorità giurisdizionale con la previsione di cui all'art. 111, co. 8 Cost., ossia con il riconoscimento della possibilità di esperire ricorso in Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, sia pur per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, essendo giurisdizionali tutte le autorità che pronunciano atti suscettibili di sindacato da parte della Corte.

82 Sulla commistione tra funzioni amministrative e giurisdizionali v. V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901, 269. Sull'esigenza di garantire il principio di divisione dei poteri con riguardo alle diverse funzioni dello Stato v. anche E. REDENTI, *Intorno al concetto di giurisdizione*, in *Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1917, 499-500.

83 F. VOLPE, *Eccesso di potere giurisdizionale e limiti al sindacato della discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, III, 2013, 496. L'Autore, a questo riguardo, evidenzia come, invece, i casi di giurisdizione esclusiva godano di una esplicita protezione costituzionale.