

L'azione di adempimento e i limiti dell'azione di accertamento

Prof. Avv. Bruno Sassani, Ordinario di Diritto Processuale Civile presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma "Tor Vergata"

1. Condivisibile nell'esito, la sentenza è condivisibile anche nello spirito: articolata ma senza i "dovuti e risaputi discorsi" che si è soliti trovare nelle sentenze con pretese dimostrative *ultra decisum*. E' una sentenza incentrata sull'essenziale, cioè sulla logica di tutela che deve animare il processo davanti al giudice amministrativo e che trova un alleato (per quanto non ineccepibile) nel codice del processo.

Uno dei suoi punti chiave è l'affermazione che il giudice ha oggi gli strumenti per far sì che la tutela impartita sia effettiva. Vero è che, in qualche misura, ce li aveva anche prima del codice (e, quando ha voluto, il giudice amministrativo ha saputo costruire sistemi di singolare completezza: qualcuno ricorda ancora l'A.P. 30 marzo 2000 n. 1, che fece da battistrada alla legge n. 205/2002), ma troppe volte è prevalsa una malintesa prudenza, complice la povertà dei dati normativi a disposizione (penso alla soluzione, veramente *striminzita*, data dal Consiglio di Stato al contenuto del giudizio sul silenzio).

Ben centrata è l'intuizione del ruolo che può giocare nel sistema l'art. 34 c. 1 del codice. In particolare la lettera e) la legge modifica l'assetto tradizionale della pronuncia di annullamento prescrivendo che il giudice "*dispone 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*". A mio avviso,¹ la disposizione si riferisce anche all'accoglimento dell'azione di annullamento e, come tale, marca il passaggio dalla sentenza di annullamento "pura" alla sentenza di *annullamento-condanna-attuazione* che segna l'ingresso nel sistema di un meccanismo di tutela specifica, articolato, unitario e tendenzialmente autosufficiente. E' vero che l'art. 34 detta una disciplina generale delle sentenze di accoglimento, onde si potrebbe astrattamente ritenere che essa non riguarda le sentenze di annullamento che resterebbero quel che sono sempre state. Sotto tutti gli aspetti appare però preferibile la lettura ampia che ricomprende la sentenza di annullamento.

Intendiamoci, di purezza dell'annullamento era lecito parlare nel senso che la legge si limitava a rappresentare il solo meccanismo demolitorio (art. 26 c. 2 legge TAR), laddove il sistema era stato da un pezzo ricostruito come compresenza, nella sentenza di accoglimento, di elementi in grado di condizionare il comportamento a venire dell'amministrazione (pudicamente detto

¹ Ma in tal senso già M. LIPARI, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, in *Federalismi*; M. RAMAJOLI, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2010, 577.

“effetto conformativo”). Il giudice dell’annullamento dettava (in maniera più o meno stretta, a seconda delle circostanze) le regole di svolgimento della futura attività amministrativa, ma tutto si svolgeva secondo l’accettato sottinteso del “contenuto implicito” della sentenza, che non sfociava mai né nella diretta programmazione di tale sviluppo, né (tantomeno) nella predeterminazione dei meccanismi sostitutivi per il caso di inerzia o ribellione del potere pubblico. Il dispositivo della sentenza di annullamento non sconfinava dal territorio della cognizione, mentre alla realizzazione della tutela da essa giustificata presiedeva il giudizio di ottemperanza, giudizio chiamato, *ex post*, da un lato ad estrarre il contenuto implicito dalla motivazione, dall’altro a verificare la conformità del comportamento dell’amministrazione alle regole così ricavate.

L’art. 34 c. 1 lett. e) investe invece lo stesso giudice della cognizione del compito di:

- a) individuare e rendere esplicito il contenuto precettivo ulteriore della propria pronuncia conseguente all’annullamento (*lex specialis* dell’amministrazione);
- b) individuare e sancire le misure idonee ad assicurarne l’attuazione;
- c) assegnare un termine per l’ottemperanza alla *lex specialis* fissata attraverso le misure sancite;
- d) nominare l’organo dell’attuazione, nella figura del commissario ad acta.

Ne risulta – ed è una rivoluzione – la possibile superfluità del ricorso ad un autonomo e successivo giudizio di ottemperanza, dal momento che la sentenza di accoglimento non solo potrà contenere normalmente gli elementi prescrittivi alla cui emersione è deputato il giudizio di ottemperanza, e le concrete misure attuative, ma potrà programmare anche il procedimento di sostituzione dell’amministrazione inottemperante. In tali casi lo spazio per il giudizio autonomo di ottemperanza si ridurrà quindi al controllo *ex post* dell’operato del commissario ad acta, nonché all’esercizio della eventuale domanda di risarcimento “*dei danni derivanti dalla mancata esecuzione, violazione o elusione del giudicato*” (art. 112 c. 3).

Nella sostanza, l’art. 34 c. 1 lett. e) munisce il giudice dell’annullamento del potere di pronunciare una sentenza di condanna integrata dall’allestimento del meccanismo sostitutivo per la mancata esecuzione. Una tecnica di tutela già sperimentata nella procedura del silenzio si riproduce nel processo di annullamento, cioè in quello che è pur sempre il modello tipico della giustizia amministrativa.

Al modello di processo di esecuzione a cognizione integrata (ottemperanza), oggi si affianca il modello di processo di cognizione a esecuzione integrata, e il giudizio amministrativo – con tutte le sue incertezze e imperfezioni – conferma la sua funzione di laboratorio di soluzioni.

2. La sentenza offre altri spunti interessanti; trattarli tutti porterebbe lontano ma mi preme fare un’osservazione di ordine generale.

Non credo di poter seguire la sentenza quando tratteggia una assoluta libertà di agire in nome dell’art. 24 cost. In realtà l’oggettivo incremento di tutela è calato dal codice in forme tipizzate,

come tali incompatibili con la lettura consolidata dell'art. 24. Inteso nella sua pienezza, l'art. 24 cost. ha infatti segnato nel processo civile l'inversione del rapporto tra diritto ed azione: qualunque situazione astrattamente degna di protezione comporta, per ciò solo, la possibilità di agire in giudizio a sua difesa, e ciò indipendentemente dalla presenza o meno nella legge di una specifica forma di tutela (cioè di un'azione tipica, *nominata*). Questo è però il risultato naturale dell'inquadramento delle situazioni protette nella categoria del diritto soggettivo, il cui concetto, una volta divenuto moneta corrente della cultura giuridica, riduce inevitabilmente il concetto di azione alla quinta ruota del carro. Ma, laddove oggetto di giudizio è il conflitto con poteri espressivi di attività/funzioni garantite – e quindi dove recede la figura del diritto soggettivo – le forme della tutela debbono coordinarsi con tali garanzie: nella controversia che investe l'esercizio di funzioni pubbliche, *tutela giurisdizionale* significa possibilità di contrapporre le proprie ragioni all'esercizio del potere espressivo della funzione, quindi corrispondenza delle forme della tutela ai modi di esercizio di questo. Se l'istanza di tutela si esercita nei confronti di poteri in cui si manifestano funzioni regolate e protette, bisogna anche accettare che simmetricamente siano regolati carattere e modi delle relative contestazioni.

Di qui l'insufficienza delle sole clausole generali, quali l'art. 24 della costituzione italiana. Non a caso il processo oggi emergente dal codice (ancor più che il processo amministrativo tradizionale) è dominato dalla preoccupazione di determinare precisamente il *cosa*, il *quando* e il *come* della domanda² con distribuzione della tutela nelle varie figure di azioni descritte dalla legge. Si tratta di una tecnica organizzativa adeguata: il concetto di azione rinvia ad un paradigma che collegando la domanda al rimedio, indica anche la via da seguire (i caratteri salienti delle modalità) per attingere quest'ultimo, sicché il diritto sostanziale si proietta sulla procedura e la conforma.

Fuori però del diritto dei privati (ricompreso tra questi il soggetto pubblico agente *jure privatorum*) una non trascurabile garanzia della funzione pubblica è proprio la riconoscibilità delle forme della tutela. La tutela giurisdizionale deve infatti convivere (oltre che con la vocazione al controllo tipica di tutti i processi su atti imperativi) soprattutto con la procedimentalizzazione dell'attività/funzione e con l'inserimento della posizione del privato nel procedimento. E del resto anche il sistema tedesco della *VwGO* – che pure pone a base dell'agire davanti ai giudici amministrativi la lesione di un diritto soggettivo – ha cura di distribuire la tutela in vari tipi di azioni.

² Meno impellente è invece apparso il tema del *chi* (legittimazione), dal momento che le azioni ricavabili dal codice non si curano di individuare il soggetto titolare dell'azione, fidando evidentemente nella tradizione. Sembra fare eccezione l'art. 31 c. 1 che, a proposito dell'azione avverso il silenzio e, consente di chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere a "chi vi ha interesse" (la norma consente di evitare interpretazioni restrittive per cui la legittimazione spetterebbe solo alla parte formale del procedimento).

Nel codice non vi è dunque spazio, almeno in linea di principio, per l'agire libero che caratterizza la tutela giurisdizionale davanti al giudice civile. Riceve così risposta negativa il quesito se il sistema accetti l'azione di accertamento, quale figura generale di tutela giurisdizionale nella prospettiva dell'art. 24 cost. Qui bisogna intendersi: non è in gioco il concetto di accertamento quale manifestazione di tutela e quale possibile contenuto della sentenza del giudice amministrativo (che anzi la tutela dichiarativa è un elemento centrale del giudizio amministrativo, ancorché lo si copra con l'espressione *effetto conformativo*), ma piuttosto la tecnica dell'azione dichiarativa che si esprime nella forma della pura domanda di accertamento di un rapporto sulla sola base dell'interesse ad agire del soggetto, cioè indipendentemente dall'impugnazione dell'atto in annullamento ovvero in nullità, ovvero dall'esercizio dell'azione avverso il silenzio.

In altre parole, il sistema impone forme di riconoscimento individuate in funzione dell'esercizio – o del mancato esercizio nel caso concreto – del potere. Ne sono peraltro conferma le norme dell'art. 34, c. 2 (*"In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati"*) e c. 3 (*"Salvo quanto previsto dal comma 3 e dall'articolo 30, comma 3, il giudice non può conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento di cui all'articolo 29"*).

A torto peraltro il processualista contemporaneo giudicherebbe anacronistica

l'impostazione del codice. Anacronistico sarebbe stato il codice se avesse ridotto gli esiti di tutela rispetto alle esigenze del soggetto contrapposto al potere, ma un'indagine non prevenuta sulle forme della tutela rassicura sulla presenza e sulla attingibilità dell'arco di rimedi necessari e sufficienti. Questo – è il caso di ripeterlo – anche alla luce della rivoluzionaria novità dell'art. 34 c. 1 che permette al giudice di collocare nel dispositivo della sentenza di accoglimento quei contenuti dichiarativi, e quelle direttive pratiche di comportamento, che il giudice dell'esecuzione finora doveva faticosamente estrarre in via interpretativa dalla motivazione. Se di questa prerogativa verrà fatto il debito uso, sarà un passo avanti verso una maggiore certezza ed obiettività, insieme ad una più precisa garanzia di riparazione o soddisfazione dell'interesse riconosciuto.

3. Resta il dubbio se vi sia spazio per un'azione generale di accertamento nella giurisdizione esclusiva con riguardo ai diritti soggettivi ad essa attribuiti. Qui non solo il problema teorico è di incerta soluzione, ma si può anche dubitare che la sua eventuale soluzione positiva avrebbe un peso decisivo sulla giurisprudenza, generalmente restia ad aprire ad un tipo di azione considerata *extravagans* nel contesto. A favore dell'ammissibilità depongono il principio di effettività, posto quasi in esergo dall'art. 1 e riepilogativo della costituzione e del "diritto europeo" (evidentemente degli artt. 6 e 13 CEDU) e l'interpretazione che di tale principio dà l'art. 7 c. 7, laddove ne vede la realizzazione nella *"concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi"*

legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi". In altre parole, se la tutela di un dato diritto è conferito alla giurisdizione amministrativa, e se l'accertamento autonomo è obiettivamente una forma di tutela, l'esclusione dell'azione puramente dichiarativa assume i tratti dell'amputazione di una forma di tutela non altrimenti conseguibile.

D'altro canto la soluzione positiva impone di distinguere un regime processuale del diritto soggettivo dal regime processuale dell'interesse legittimo, e nel codice non si trova traccia di tale distinzione. Decenni di elaborazioni dottrinali volte a dare alla giurisdizione esclusiva una sua valenza contenutistica differente dalla giurisdizione di legittimità, non sembrano essere stati percepiti dal codificatore, che non ha mostrato molta sensibilità a riguardo. Nessun particolare modello di esercizio della giurisdizione esclusiva si ricava dalla legge³ e tutto lascia temere che la giurisprudenza manterrà la sua tradizionale diffidenza per il rimedio dell'accertamento puro, sganciato cioè da uno dei rassicuranti veicoli che regolano l'accesso al giudizio.

Stando così le cose, e dal momento che la giurisdizione qui esercitata dal TAR è esclusiva, mi si consenta di dubitare che il collegio avrebbe ammesso una domanda di accertamento del diritto dell'istante sganciata da un provvedimento negativo (e, ovviamente, anche al di fuori della procedura del silenzio). E' vero che, nella specie, la scelta dell'amministrazione conservava caratteri di discrezionalità (peraltro consumata *in itinere* e trasformatasi alla fine in un dovere) ma non è difficile immaginare – proprio nella materia sottoposta a giudizio – attività vincolate e veri e propri diritti soggettivi. Si sostituisca alla materia dei trasferimenti la materia, per esempio, dei congedi che l'art. 49 dello stesso d.p.r. n. 335/1982 costruisce con margini quasi nulli di discrezionalità.

Avrebbe avuto *chances* la domanda del funzionario di polizia di accertare la maturazione del suo diritto al congedo ordinario (art. 49 c. 3) in caso di obiettiva incertezza della data di nomina in prova? Probabilmente no, in mancanza di un atto inquadrabile in termini provvedimentali o di un silenzio provocato *ad hoc*. Ho il sospetto che la natura di diritto della situazione fatta valere non sarebbe riuscita ad eliminare la necessità delle forme precostituite dell'agire, con il loro seguito di preclusioni. Probabilmente sfuggirebbero a questo destino i diritti patrimoniali veri e propri, ma per i restanti diritti soggettivi resterebbe quasi sicuramente la necessità di relazionarsi ad atti formali ed a silenzi quali *cavalli di Troia* dell'accertamento.

Luglio 2011

³ Salva l'applicabilità del Capo I del Titolo I del Libro IV del codice di procedura civile (procedimento monitorio per decreto ingiuntivo e relativa opposizione) per le controversie ad oggetto diritti soggettivi di natura patrimoniale (art. 118).