



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

3

L'azione pubblicistica di adempimento nell'ordinamento giuridico italiano

(The Italian legal action to ensure the fulfilment of the obligations of public authorities)

Mario Tocci

Lawyer and Ph.D. in "Business, Government and Market" of the University of Calabria (Italy)

Abstract: The article intends to analyse the Italian legal action to ensure the fulfilment of the obligations of public authorities.

This commitment action, regarding a remedy of specific performance actually provided in the Code of the Administrative Process (Legislative Decree No 104/2010), cannot be brought autonomously because it has to be accompanied by another main action for annulment.

Summary: 1. Systematic and comparative framework – 2. The result of the recourse to the commitment action at fault of bringing an action for annulment – 3. Conditions of recourse – 4. Accepting judgement of the commitment action: may we talk about a constitutive action? – 5. Incompatibility between the commitment action and the nullification proceedings.

Sommario: 1. Inquadramento sistematico e comparatistico – 2. La sorte della domanda di adempimento proposta in difetto della domanda demolitoria – 3. Limiti di esperibilità

– 4. La natura della sentenza di accoglimento della domanda di adempimento: siamo di fronte ad un'azione costitutiva? – 5. Incompatibilità tra azione di adempimento e azione di nullità

Parole-chiave: azione di adempimento, azione demolitoria, azione di annullamento

Key-words: commitment action, nullification proceedings, action for annulment

1. INQUADRAMENTO SISTEMATICO E COMPARATISTICO

L'azione pubblicistica di adempimento, finalizzata all'ottenimento di un preciso provvedimento da parte della Pubblica Amministrazione, è oggidi puntualmente contemplata dal disposto del secondo periodo della lettera e) del comma primo dell'art. 34 del Codice del Processo Amministrativo, aggiunto all'originaria formulazione per effetto del disposto della lettera e) del comma primo dell'art. 1 del D. Lgs. 14 settembre 2012 n. 160 (meglio noto come secondo correttivo al Codice *de quo*).

Essa, comunque, non ha autonomia procedurale giacché la sua ammissibilità è subordinata all'esperimento dell'azione di annullamento del sotteso provvedimento di diniego ovvero dell'azione avverso il sotteso silenzio.

La dottrina non ha mancato di rimarcare che, attraverso l'introduzione dell'azione in analisi nel Codice del Processo Amministrativo, l'ordinamento giuridico italiano si è allineato ad altri ordinamenti europei quanto alla tutela specifica degli interessi legittimi pretensivi¹.

I più rilevanti esempi richiamabili in questa sede sono dati dalle esperienze ordinamentali britannica, tedesca e francese.

Il modello britannico impone la contestuale proposizione dell'azione demolitoria (*quashing order*) e dell'azione di adempimento (*mandatory order*)².

Il modello tedesco³ contempla, nei paragrafi 42 e 113 del *Verwaltungsgerichtsordnung* (il Codice del Processo Amministrativo della Repubblica Federale di Germania), la *Verpflichtungsklage* ossia l'azione in virtù della quale il giudice amministrativo può imporre alla Pubblica Amministrazione l'emanazione di un provvedimento in tre casi:

- rifiuto espresso o implicito;
- inerzia;

1. C. COMMANDATORE, *La piena tutela dell'interesse legittimo pretensivo: dopo l'azione di annullamento, l'azione di adempimento*, in *Urbanistica e appalti*, 5, 2017, p. 655.

2. F. CARINGELLA, *Il secondo correttivo processuale battezza l'azione di esatto adempimento*, ne *Il nuovo diritto amministrativo*, 2012, pp. 11 e ss.

3. M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 565. F. LA VALLE, *Azione di impugnazione e azioni di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, in *Jus*, 1965, pp. 157-159.

- rilascio di un provvedimento diverso da quello invocato, salva la titolarità di interesse del ricorrente al conseguimento del provvedimento voluto.

Condivisibilmente la dottrina tedesca ha avuto modo di definire l'azione di adempimento come il ristoro degno di uno Stato "di diritto", ritenendo vieppiù "di polizia" lo Stato che invece si limiti a prevedere mere azioni risarcitorie per equivalente⁴.

Nell'ordinamento giuridico tedesco, tuttavia, l'azione pubblicistica di adempimento è sganciata da quella di natura demolitoria.

Più simile al nostro è il modello francese, ove il primo comma dell'art. 911 del *Code de Justice Administrative* conferisce al giudice amministrativo adito in conseguenza della proposizione di un ricorso per annullamento il potere di *injonction* ossia di prescrivere a carico della Pubblica Amministrazione di adottare una certa misura, salva espressa domanda del ricorrente⁵.

In Francia, dunque, la domanda di *injonction* non è proponibile in via principale e diretta.

Quantunque, già da tempi remoti i giudici amministrativi francesi sono soliti indicare, *ex officio*, nelle motivazioni delle proprie decisioni di annullamento i comportamenti ritenuti obbligatori a fini conformativi per le Pubbliche Amministrazioni interessate⁶.

Da anni, peraltro, insigni studiosi sollecitavano l'introduzione dell'azione pubblicistica di adempimento nel nostro ordinamento⁷.

Invero in dottrina nessuno si è interrogato sulla causa della tardività di introduzione all'interno del nostro ordinamento giuridico di un'azione pubblicistica di adempimento.

Tardività che, a parere di chi scrive e pur sulla base di autorevoli opinioni che hanno lambito la problematica⁸, risiede nel recente avvento della nuova configurazione dell'interesse legittimo (notoriamente e meritoriamente plasmato dalle sezioni unite civili della Corte Suprema di Cassazione con la sentenza n. 500/1999), che attualmente non presuppone più soltanto la subordinazione del privato rispetto alla Pubblica Amministrazione e quindi la mera possibilità di opporsi ad attività autoritativa *contra legem* ma implica altresì la titolarità della pretesa ad un provvedimento favorevole. L'odierna configurazione dell'interesse legittimo pone questo quale situazione giuridica

4. O. MAYER, citato da M. CLARICH, *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, p. 68.

5. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Parigi, 2008, p. 184.

6. J. ARRIGHI DE CASANOVA, *Les habits neufs du juge administratif*, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle – Juger l'administration, administrer la justice*, Parigi, 2007, pp. 11 e ss. M. NOEL, *Les motifs dans les décisions des juridiction administratives*, in *Revue de Droit Public*, 1924, pp. 350 e ss.

7. G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto*, Milano, 1980, pp. 239 e ss. F. MERUSI, *Verso un'azione di adempimento*, ne *Il Processo amministrativo. Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979, pp. 331 e ss. M. NIGRO, *Giustizia Amministrativa*, VI, a cura di E. CARDI – A. NIGRO, Bologna, 2002, p. 89.

8. D. VAJANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, pp. 246-247. F. LA VALLE, *op. cit.*, pp. 170-171.

soggettiva non più residuale e degradata bensì del tutto paritaria rispetto al diritto soggettivo, da cui è differenziato soltanto in ragione della correlazione al potere della Pubblica Amministrazione ma non diverge certamente quanto all’attribuzione di strumenti finalizzati a incidere sull’operato del soggetto contrapposto⁹.

Alcuni anni orsono, ad ulteriore conferma del ragionamento sin qui condotto, peraltro, l’attuale Presidente del Consiglio di Stato reputava l’interesse legittimo come “una posizione piena, che insegue ed incalza il potere pubblico ovunque esso sia, da chiunque sia esercitato ed in relazione a tutta la sua possibilità di esercizio”¹⁰.

Non si può allora non concordare con quella dottrina¹¹ che ha colto nell’interesse legittimo pretensivo la *causa petendi* dell’azione pubblicistica di adempimento di poi identificandone il *petitum* nel provvedimento amministrativo atto a soddisfare la pretesa del richiedente.

Va ancora osservato che, prima della promulgazione del secondo correttivo al Codice del Processo Amministrativo, la giurisprudenza – segnatamente nelle pronunce dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3 e n. 5 del 2011 – aveva già ammesso la domanda di condanna in questione purché contestualmente proposta con una domanda caducatoria.

In effetti, a ben vedere, l’originaria formulazione del disposto della lettera c) del comma primo dell’art. 34 del Codice del Processo Amministrativo prevedeva la possibilità per il giudice amministrativo di disporre misure di risarcimento in forma specifica di guisa di quelle accordabili ex art. 2058 del Codice Civile.

Non v’è chi non veda come la necessaria accessorietà dell’azione di adempimento all’azione demolitoria abbia importanti sviluppi sulla ragionevole durata del processo amministrativo ex art. 111, comma secondo, della Carta Costituzionale.

Così concepita, infatti, l’azione in commento attua la concentrazione di tutte le domande delibabili sottese al concreto esercizio del potere amministrativo nelle corrispettive fattispecie¹².

2. LA SORTE DELLA DOMANDA DI ADEMPIMENTO PROPOSTA IN DIFETTO DELLA DOMANDA DEMOLITORIA

Un’importante questione da affrontare e risolvere riguarda la sorte della domanda di adempimento proposta in difetto della domanda demolitoria dell’impugnato provvedimento espresso o tacito.

9. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2005, *passim*.

10. A. PAJNO, *La giustizia amministrativa all’appuntamento della codificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 130 e ss.

11. C. COMMANDATORE, *op. cit.*, p. 657

12. G. TACCOGNA, *Giusto processo amministrativo e integrazione della motivazione dell’atto impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, pp. 696 ss.

La già citata decisione n. 3/2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che il carattere di accessorietà dell'azione di adempimento integra un requisito essenziale in difetto della cui sussistenza la relativa domanda non può essere esaminata nel merito e deve essere dunque dichiarata inammissibile ex art. 35 comma primo lettera b) del Codice del Processo Amministrativo.

Nulla quaestio in ordine alla detta accessorietà anche in ossequio alla considerazione al lume della quale la pretesa sottesa all'interesse legittimo pretensivo si estingue soltanto attraverso l'eliminazione del provvedimento (espreso o tacito) che abbia determinato un assetto di interessi incompatibile con la sua esistenza¹³; così lasciando spazio alla decisione giudiziale quasi costitutiva (come nel prosieguo si argomenterà).

Bisogna tuttavia chiedersi se, sulla base dell'accoglimento di una domanda demolitoria, pertanto dopo la proposizione di questa, possa essere esperita un'azione di adempimento.

L'interrogativo non è di scarso rilievo, considerando che – come acclarato dalla menzionata pronuncia n. 3/2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – la domanda risarcitoria per equivalente è proponibile in via autonoma da quella demolitoria.

La risposta è comunque negativa, a parere di chi scrive. Infatti, la domanda risarcitoria per equivalente integra una tutela ulteriore rispetto a quella demolitoria mentre la domanda tendente al risarcimento in forma specifica accede ad una tutela associata a quella demolitoria.

D'altronde, l'art. 113 della Carta Costituzionale, al comma terzo, ha facultato il legislatore ordinario a determinare i casi e gli effetti delle azioni devolute alla cognizione del giudice amministrativo.

3. LIMITI DI ESPERIBILITÀ

Il primo limite di esperibilità dell'azione in commento riguarda la necessaria connessione del provvedimento amministrativo invocato con un potere che l'Amministrazione avrebbe già dovuto esercitare al momento della domanda.

A tanto conduce il disposto del comma secondo dell'art. 34 del Codice del Processo Amministrativo, che vieta appunto al giudice amministrativo di pronunciare in ordine a poteri non ancora esercitati dall'Amministrazione¹⁴.

Simile ricostruzione rinviene altresì conforto nel disposto dell'art. 7 del Codice del Processo Amministrativo, che annovera nell'alveo della giurisdizione amministrativa le

13. G GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto del giudizio amministrativo*, Milano, 1981, pp. 168-169.

14. E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F. G. COCA, Torino, 2013, p. 191.

controversie riguardanti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo; laddove, evidentemente, l'illegittimo o il mancato pronunciarsi dell'Amministrazione all'uopo obbligata integra l'ambivalente ipotesi di poteri *contra legem* esercitati ovvero omessi¹⁵.

Nondimeno tale ragionamento corrobora la *ratio* dell'imprescindibile contestualità dell'azione demolitoria e dell'azione di adempimento.

Altro limite di esperibilità concerne – *ex art. 31*, comma secondo, del Codice del Processo Amministrativo – l'avvenuto esaurimento della discrezionalità dell'Amministrazione (oppure l'assenza, qualora si tratti di attività vincolata) quanto alla situazione dedotta in giudizio.

Del resto, il dogma dell'inesauribilità del potere amministrativo è caduto con l'entrata in vigore dell'art. 21 *quinquies* della legge 07 agosto 1990 n. 241¹⁶.

Al riguardo è degna di ricordo la sentenza n. 6844/2013 della seconda sezione del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio in Roma, con cui i giudici capitolini hanno accolto il ricorso spiegato avverso il diniego di rilascio di autorizzazione di passo carrabile dell'Amministrazione Comunale di Roma ma rigettato la domanda di adempimento, contestualmente proposta e finalizzata a ottenere detto provvedimento, sulla base del rilievo del residuo in capo alla stessa P. A. di uno spazio di potere decisorio circa l'idoneità dello stato dei luoghi destinati ad ospitare il passo carrabile medesimo.

In proposito è evidente il recepimento della teoria tedesca dell'*Ermessensreduzi erungaufnnull*, ossia dell'azzeramento della discrezionalità per assenza di alternative al caso concreto (o, ancor più precisamente, della cosiddetta "discrezionalità esaurita")¹⁷.

Terzo limite di esperibilità – anch'esso *ex art. 31*, comma secondo, del Codice del Processo Amministrativo – inerisce all'imprescindibile insussistenza di ulteriori adempimenti istruttori riservati alla Pubblica Amministrazione.

L'interpretazione letterale della norma, peraltro correttamente condotta dalla seconda sezione del Tribunale Amministrativo Regionale della Sardegna con la sentenza n. 962/2013, subordina la delibabilità della domanda di adempimento al compiuto svolgimento, da parte dell'Amministrazione interessata, della fase istruttoria mediante accertamento di tutti i fatti e di tutte le valutazioni (pur discrezionali) di cui alle disposizioni normative costituenti fonti del potere amministrativo esercitato. Il che, tuttavia, determina il paradossale scenario nel quale l'inerzia della Pubblica

15. M. TRIMARCHI, *Il divieto di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati attraverso il prisma della giurisprudenza*, in *Foro Amm.*, C. D. S., 4/2013, pp. 1097 e ss.

16. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013, p. 300. G. MONTEDORO, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, ne *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2006, p. 334.

17. F. SCHOCH – E. SCHIDMT-ABMAN – R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Monaco, 2009, § 27.

Amministrazione sarebbe comodo (e ovviamente biasimevole) strumento di preclusione all'utilizzo dell'azione di adempimento.

Verosimilmente, allora, potrebbe il giudice amministrativo, salva puntuale sollecitazione del ricorrente (anche con l'ausilio di una consulenza tecnica di parte da versare in atti), magari preceduta da compulsazione extra-processuale dell'Amministrazione resistente, disporre una richiesta di chiarimenti oppure una consulenza tecnica d'ufficio o ancora una verifica anche nell'ipotesi di inerzia testé indicata¹⁸.

D'altronde, già prima della promulgazione del secondo correttivo al Codice del Processo Amministrativo, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la nota decisione n. 3/2011¹⁹, aveva ammesso l'azione di adempimento purché non vi ostasse la "sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica".

Alla luce di questi limiti, comunque, si rivelerebbe molto opportuna per il ricorrente l'allegazione in giudizio di tutti gli elementi utili a dimostrare la fondatezza della pretesa di adempimento²⁰; come in effetti – prima dell'intervento dell'*anonimo sforbiciatore*²¹– il progetto di Codice sul Processo Amministrativo messo a punto dall'apposita Commissione prevedeva.

Non sembra poi irrilevante, anzi appare del tutto condivisibile, la tesi secondo cui l'azione di adempimento sia esperibile anche attraverso la proposizione di motivi aggiunti²².

Difatti, il comma primo dell'art. 34 del Codice del Processo Amministrativo prevede che con i motivi aggiunti possano essere avanzate domande nuove purché connesse a quelle già proposte.

Il *simultaneus processus* voluto dal Legislatore quanto alle azioni demolitoria e di adempimento viene comunque ad esistenza.

4. LA NATURA DELLA SENTENZA DI ACCOGLIMENTO DELLA DOMANDA DI ADEMPIMENTO: SIAMO DI FRONTE AD UN'AZIONE COSTITUTIVA?

La sentenza che accoglie la domanda di adempimento non tiene luogo del provvedimento amministrativo e non è dunque paragonabile alla pronuncia del

18. E. LUBRANO, *Le azioni a tutela degli interessi pretensivi nel nuovo processo amministrativo*, Roma, 2012, p. 164. G. VERDE, *Il forum sull'azione di adempimento*, in *Guida al diritto*, nov./dic. 2011, p. 99.

19. F. CARINGELLA, *La giurisprudenza regala all'interesse legittimo la tutela atipica, ne Il nuovo diritto amministrativo*, 1/2012, pp. 3 e ss.

20. A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, p. 253.

21. F. MERUSI, *In viaggio con Laband*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 658.

22. R. CAPONIGRO, *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, in www.giustizia-amministrativa.it, p. 27.

giudice civile ex art. 2932 del Codice Civile per l'esecuzione specifica dell'obbligo di conclusione di un contratto.

Non siamo pertanto al cospetto di un'azione costitutiva per effetto della quale il giudice amministrativo, surrogandosi all'Amministrazione, emana una decisione sostitutiva del provvedimento invocato dal ricorrente.

Cosicché la sentenza di accoglimento contiene l'ordine nei confronti della Pubblica Amministrazione di adottare un certo atto, la cui imputazione alla stessa è assolutamente pacifica.

Ne è condivisibile testimonianza la prefata decisione n. 3/2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale ha chiarito che il giudice amministrativo si limita a controllare che i presupposti fondanti la pretesa del ricorrente siano in concreto esistenti, senza ingerirsi nelle modalità di esercizio del potere (il che rende possibile ma limita, al contempo, la riedizione del potere nanti l'Autorità Giudiziaria titolare della relativa giurisdizione).

Tanto evita il pericolo dell'esercizio del potere amministrativo da parte del giudice²³ e si spiega, tuttavia, in quanto l'Amministrazione è parte paritetica di un processo incoato ad impulso del privato ricorrente, come tale risultando vincolata all'esecuzione della decisione giudiziale²⁴.

Ma come si concilia con l'impianto argomentativo finora espresso il disposto della lettera d) del comma primo dell'art. 34 del Codice del Processo Amministrativo, che prevede la possibilità per il giudice amministrativo del merito di adottare o sostituire o modificare l'atto impugnato?

Blasonata dottrina²⁵ ha posto il problema della surrogazione del giudice amministrativo all'Amministrazione. A parere di chi scrive, tale problema va risolto ritenendo riferita la menzionata disposizione normativa alle ipotesi di attività vincolata dell'Amministrazione stessa, in cui la decisione giudiziale non può che essere eguale a quella da assumersi obbligatoriamente in via amministrativa, oltre che ai casi di ottemperanza ex art. 114 comma quarto del Codice del Processo Amministrativo.

Quantunque, non è peregrina la tesi secondo cui il giudice amministrativo tipizza l'azione (*melius*, forse, la condanna) sulla base della pretesa del privato²⁶.

23. E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *Dir. e proc. amm.*, 1/2008, pp. 68 e ss.
24. V. DOMENICHELLI, *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2001, p. 861. F. LEDDA, *Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 312. M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2013, p. 124. M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017, p. 201.
25. M. LIPARI, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, par. 21.
26. F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, *passim*.

Ecco perché, a parere di chi scrive, l'azione pubblicistica di adempimento è quasi costitutiva. Essa sottende la domanda di un *facere*²⁷, che tuttavia nel momento del transito nella pronuncia accoglitiva dal giudice all'Amministrazione è ancora indefinito e deve essere contestualizzato proprio da quest'ultima.

Dipoi non può trascurarsi che, trattandosi di un proprio atto, l'Amministrazione potrebbe esercitare il potere di annullamento in autotutela *ex art. 21 nonies* della legge n. 241/1990 e dunque esimersi *de facto* dall'obbligo conformativo alla sentenza.

Onde evitare questo problema, pare implicito che nel giudizio sotteso ad azioni demolitoria e di adempimento l'Amministrazione resistente debba esplicitare gli argomenti in fatto e le ragioni di diritto in base a cui non sia stato emanato ovvero sia stato denegato uno specifico provvedimento ma anche gli eventuali profili di illegittimità del provvedimento invocato, così consumando già *apud iudicem* il potere annullatorio *de quo*²⁸.

Vieppiù va rammentato che il provvedimento amministrativo imposto dal giudice va emesso in ossequio alla normativa che vigeva al tempo in cui l'Amministrazione avrebbe avuto il dovere di provvedere²⁹.

Non sembri, ancora, peregrino un accostamento – già implicitamente avvalorato in dottrina, ad onor del vero³⁰ – con l'azione per l'efficienza delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari pubblici (la cosiddetta "*class action* amministrativa"), al culmine del cui esperimento il giudice amministrativo può ordinare alla Pubblica Amministrazione o a chi per essa di dar corso al corretto svolgimento di una funzione o alla corretta erogazione di un servizio, senza però ingerirsi nei paradigmi organizzativi e negli archetipi comportamentali della stessa Amministrazione interessata (come affermato dalla sentenza n. 2257/2014 della seconda sezione del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio in Roma)³¹.

5. INCOMPATIBILITÀ TRA AZIONE DI ADEMPIMENTO E AZIONE DI NULLITÀ

Per come è formulato, il disposto del secondo capoverso della lettera c) dell'art. 34 del Codice del Processo Amministrativo pone un'incompatibilità insuperabile tra l'azione di nullità e l'azione di adempimento³².

27. L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna ad un facere*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2013, p. 647.

28. S. BACCARINI, "*Scelta*" delle azioni e valutazione della "necessità" dell'annullamento per la tutela del ricorrente, in *Dir. proc. amm.*, 4/2011, p. 7. F. CARINGELLA, *Corsi di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2011, p. 716.

29. P. CERBO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, par. 8.

30. G. SORICELLI, *Contributo allo studio della class action nel sistema amministrativo italiano*, Milano, 2012.

31. V. GASTALDO, *La class action amministrativa: uno strumento attualmente poco efficace*, in *www.federalismi.it*, p. 29.

32. R. CAPONIGRO, *op. cit.*, p. 27.

Tale incompatibilità rinviene fondamento proprio nella non surrogabilità del giudice amministrativo all'Amministrazione, al lume del disposto del comma primo dell'art. 21 *septies* della legge n. 241/1990 che sanziona con la nullità il provvedimento deficitario degli elementi essenziali ovvero frutto di straripamento di potere ovvero violativo o elusivo di un giudicato (con salvezza degli altri casi espressamente previsti dalla legge).

Orbene:

- in presenza di un provvedimento deficitario di elementi essenziali o frutto di straripamento di potere, l'accoglimento di una domanda di adempimento costringerebbe il giudice a esercitare il potere in luogo dell'Amministrazione all'uopo legittimata;
- in sussistenza di un provvedimento volto ad aggirare il giudicato, il rimedio tipico apprestato dall'ordinamento giuridico è quello del giudizio di ottemperanza.

Dunque non si concorda con la tesi di quanti hanno visto nell'azione di nullità un'azione di annullamento "forte" poiché finalizzata all'eliminazione in senso ampio del provvedimento amministrativo invalido³³.

Sorge, tuttavia, a questo punto un ulteriore dubbio: è compatibile l'azione di adempimento con l'azione di annullamento esperita in relazione ad un provvedimento ritenuto annullabile per incompetenza relativa? A parere di chi scrive, la risposta è negativa in quanto, verosimilmente, il provvedimento *de quo*, ove effettivamente viziato, riserva ancora margini di esercizio del potere quanto alla porzione di competenza rimasta inattuata.

33. A. CARBONE, *La nullità e l'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2009, p. 227. B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 275.