

Discrezionalità amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale. La parabola della specialità amministrativa*.

Sommario: 1. La nozione originaria di discrezionalità amministrativa. La “libertà” dell’amministrazione e l’immunità dal sindacato giurisdizionale. 2. La trasformazione della nozione di discrezionalità amministrativa. L’evoluzione della nozione come strettamente legata alla tutela offerta dal giudice amministrativo. Specialità sostanziale amministrativa e specialità processuale amministrativa. La persistenza di una sfera di immunità dal sindacato giurisdizionale per le scelte dell’amministrazione. I dogmi della specialità amministrativa. 3. I principi di effettività della tutela e del giusto processo affermati dal codice del processo amministrativo e la conseguente necessità di revisione della nozione di discrezionalità amministrativa. 4. Le due concezioni generali in tema di discrezionalità amministrativa. Il persistere in entrambe di una sfera di immunità dalla giurisdizione per l’amministrazione, incompatibile con il principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale. Il “corredo” di specialità amministrativa come problema centrale della discrezionalità. 5. L’esaurimento del potere amministrativo discrezionale tra procedimento e processo. 6. I principi affermati dal codice del processo amministrativo e le conseguenze di essi. Le norme del codice e i poteri del giudice. Il superamento del tabù della sostituzione. 7. La pienezza e l’effettività della tutela giurisdizionale ed il superamento dei limiti tradizionalmente tratti dal principio di separazione dei poteri. Ruolo dell’amministrazione e ruolo del giudice. 8. Il necessario esaurimento nel processo della “residua” discrezionalità del potere amministrativo e la sostituzione del giudice all’amministrazione. 9. Conclusioni.

1. La nozione di discrezionalità amministrativa, centrale nel diritto amministrativo, è anche il principale simbolo della specialità di esso. Nozione storica per eccellenza ha mutato senso e contenuti nel corso del tempo¹. Di ciò è prova in primo luogo la trasformazione del suo significato originario.

All’inizio dell’Ottocento in Francia, *l’acte discretionnaire ou de pure administration* indicava l’atto dell’autorità amministrativa che non era sindacabile dal giudice. Di fronte ad esso non vi erano pretese dei

* Relazione al Convegno “Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri”. Lucera, 22 giugno 2018.

¹ Cfr. A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 65 s. e, da ultimo, R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017, 53 ss. Si farà più volte riferimento a questo volume, particolarmente rappresentativo in quanto l’accoglimento dell’impostazione tradizionale si accompagna al tentativo di tener conto delle diverse posizioni e dei mutamenti intervenuti.

privati che potessero dar luogo ad un ricorso giurisdizionale. Non vi era pertanto tutela, se non amministrativa². Determinante è la sottostante concezione in tema di separazione tra amministrazione e giurisdizione, della quale non va sottolineata solo la rigidità. Si tratta di un modo di intendere la divisione dei poteri storicamente ben definito e caratteristico della concezione continentale “moderna”, dalla quale deriva una posizione marginale e dipendente del potere giudiziario all’interno dello Stato³.

Due testi normativi, negli anni del Direttorio in Francia, avevano vietato tassativamente ai tribunali di <<prendere conoscenza di atti di amministrazione, di qualunque specie essi siano>> (legge 16 fruttidoro a. III) e che fosse sottoposta al loro giudizio <<qualsiasi operazione che si esegua dietro ordine del governo, per mezzo dei suoi agenti immediati e con fondi forniti dal tesoro pubblico>> (decreto direttoriale 2 germinale a. V)⁴.

Successivamente in Italia con la legge abolitiva del contenzioso (legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E) veniva stabilito: <<L’atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso>> (art. 4, c. 2). La disposizione esprime la convinzione allora assolutamente dominante secondo cui, ove al giudice fosse consentito di annullare un atto della pubblica amministrazione, il potere esecutivo non sarebbe separato dal potere giudiziario, mentre il potere giudiziario risulterebbe investito di una funzione di amministrazione attiva⁵.

La “libertà” dell’amministrazione, della quale la sottrazione al sindacato giurisdizionale è la logica conseguenza⁶, risulta non a caso inizialmente assimilata alla libertà dei privati⁷ e alla libertà del legislatore⁸.

² M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 477 ss.

³ Al riguardo, v. N. LONGOBARDI, *Il sistema politico amministrativo e la riforma mancata*, Torino, 1999, 28 ss.

⁴ Il primo testo normativo fu pubblicato nel settembre del 1795, il secondo nel maggio del 1797. L’art. 13, tit. II della legge sul nuovo ordinamento giudiziario del 16-24 agosto 1790 aveva in precedenza stabilito: <<Le funzioni giudiziarie sono distinte e rimarranno sempre separate da quelle amministrative. I giudici non potranno, a pena di prevaricazione, turbare in qualunque modo le operazioni dei corpi amministrativi>>. Questa disposizione non aveva ancora il chiaro senso subito assunto da quelle di poco successive citate nel testo. Al riguardo, v. L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, 227 s.

⁵ Cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, VI, Torino, 2013, 464 s. che riporta i giudizi al riguardo espressi nella relazione al progetto della legge abolitiva del contenzioso e l’opinione di Pasquale Stanislao Mancini.

⁶ Cfr. R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., 57.

⁷ Così F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, I, 1914, 386 ss.

⁸ Sull’<<arcaica>> assimilazione dell’attività amministrativa alla legge, v. L. MANNORI – B. SORDI, *Storia*, cit., 368 e passim.

2. La trasformazione della nozione di discrezionalità amministrativa deriva dall'affermazione del principio di legalità e del nuovo valore della legittimità amministrativa. La nozione evolve in relazione allo sviluppo della tutela offerta dal giudice amministrativo. Di quest'ultima rappresenta in sostanza il rovescio della medaglia⁹.

L'attività amministrativa viene inquadrata come esecuzione o comunque attuazione di legge¹⁰. Libertà e discrezionalità cessano di essere sinonimi. L'attività amministrativa è sempre contraddistinta dal vincolo del perseguimento dell'interesse pubblico¹¹. Ciò consente al giudice amministrativo di sviluppare il controllo dell'esercizio del potere discrezionale attraverso quello che viene individuato ed affinato come il suo vizio tipico, l'eccesso di potere¹².

La storia della discrezionalità amministrativa si intreccia, quindi, sino ad identificarsi e confondersi con l'affermazione della specialità amministrativa, diventandone il principale simbolo. Una storia connotata all'origine dal principio di supremazia dell'amministrazione¹³, in Italia ben espresso dalla figura dell'interesse legittimo, che vale ad escludere che di fronte al potere amministrativo possano esistere diritti soggettivi¹⁴. Ciò non impedisce la coesistenza e lo sviluppo di una specialità come garanzia, che si traduce nel riconoscimento, anche a seguito della Costituzione del 1948, della natura sostanziale dell'interesse legittimo come situazione soggettiva di dignità pari a quella del diritto soggettivo.

Alla specialità del giudice amministrativo, che trova la sua originaria ragion d'essere in una particolare sensibilità per le ragioni della pubblica amministrazione, si associa, però, ancora a lungo una accentuata

⁹ E' stato affermato da M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo (1940)*, ora in *Quaderni fiorentini*, II, 1973, 227 che <<il diritto amministrativo è soprattutto un diritto processuale amministrativo>>. Nel continente - ha osservato Giannini - l'Ottocento ha <<esordito con un unico problema, la materia amministrativa da portare dinanzi ai tribunali e quindi i rapporti tra giustizia e amministrazione>>. Il legame inscindibile tra diritto sostanziale e processo nel diritto amministrativo è stato ben evidenziato da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, VI ed. a cura di E. CARDI e A. NIGRO, Bologna, 2002, 19-21 e *passim*.

¹⁰ Al riguardo, v. L. MANNORI - B. SORDI, *Storia, cit.*, 305 ss; R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento, cit.*, 71.

¹¹ *Ivi*, lc. ult. *cit.*

¹² Cfr. L. MANNORI - B. SORDI, *Storia, cit.*, 365 ss.

¹³ La supremazia dell'amministrazione dà corpo e sostanza alla mitizzazione dello Stato. Nella relazione tra questo e i cittadini <<punto logico di partenza non è la libertà, ma lo Stato>>. Così O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo*, IV, I, 1904, 254. B. LEONI, *La libertà e la legge*, Macerata 1974, 75 ha osservato che << il principio di supremazia dell'amministrazione è qualcosa che caratterizza il diritto amministrativo di tutti i paesi dell'Europa continentale>>. Al riguardo, sullo Stato di diritto e la conquista della specialità amministrativa, v. ancora L. MANNORI - B. SORDI, *Storia, cit.*, 305 ss.

¹⁴ Sul ribaltamento del significato dell' art. 2 della legge abolitiva del contenzioso nell'ambito delle vicende del riparto di giurisdizione v. ancora L. MANNORI - B. SORDI, *Storia, cit.*, 3.

specialità processuale amministrativa, ovvero un regime di privilegio per l'amministrazione. Il giudizio di legittimità è un processo all'atto, un controllo a finalità obiettive avente come possibile esito la demolizione del provvedimento. In tal modo viene meramente tutelata una pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa.

La limitazione dei poteri istruttori assegnati al giudice, anche guardando al diverso regime processuale previsto per le ipotesi di giurisdizione di merito, rafforza la convinzione (anche ideologica) in ordine all'esistenza di una riserva di potere amministrativo, non solo relativamente alle valutazioni di opportunità, ma anche nell'accertamento dei fatti ⁽¹⁵⁾.

Benchè trasformata, la discrezionalità amministrativa, a ben vedere, non perde l'originario legame connotativo con la libertà. Una sfera di immunità dal sindacato giurisdizionale per le scelte dell'amministrazione continua, infatti, a persistere. La conformazione del processo amministrativo ed i limitati poteri del giudice hanno costituito sicuramente ostacoli insuperabili per la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale. Ben si adattavano, tuttavia, ai dogmi propri della specialità amministrativa, quale quello, più risalente, di un certo modo di intendere la separazione tra amministrazione e giurisdizione e l'altro, oggi ancor più frequentemente evocato, dell'inesauribilità del potere amministrativo¹⁶. Si può dire,

¹⁵ Ha osservato M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 741 che il sistema italiano di giustizia amministrativa si è delineato «nella forma più pura ed esclusiva che si possa immaginare: come controllo a finalità obiettive e con struttura cassatoria dell'atto amministrativo». Successivamente questo autore – in *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 233 - ha puntualizzato: «L'atto amministrativo campeggia in questo processo in quanto esso è [...] un processo di impugnazione dell'atto amministrativo, un processo di demolizione giuridica (di demolizione, cioè, dell'atto amministrativo invalido) cioè, in definitiva, un processo all'atto» «Il processo amministrativo presenta questa natura sia nei giudizi di mera legittimità che in quelli di sindacato "anche in merito"». Sulla costruzione «in nome...della specialità sostanziale amministrativa» di una specialità processuale v. di recente, anche per i richiami di dottrina, la sintesi molto efficace di B. GILBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014 n. 2013*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2014, 1057 ss., partic. § 2.

¹⁶ Il dogma dell'inesauribilità del potere amministrativo è sottoposto a penetrante critica da M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018. «L'inesauribilità – osserva l'autore – è assunta dalla dottrina e dalla giurisprudenza come un dato *a priori*, un carattere che il potere amministrativo possiede per natura e che fonda e giustifica istituti e interpretazioni del diritto positivo». Il dogma risale soprattutto a Santi Romano ed alla sua concezione generale del potere giuridico come entità che «sovrasta a singoli rapporti» e del quale viene predicata l'estraneità rispetto ai concreti rapporti giuridici. Trimarchi dimostra l'insostenibilità della concezione di S. Romano e di quella, analoga quanto agli effetti, di E. Cannada Bartoli fondata sulla «metafora» del potere come energia giuridica (*ivi*, 133 ss.). L'autore chiarisce che se è vero che il potere amministrativo, in quanto posizione astratta, come la capacità di agire, è inesauribile, ciò non costituisce elemento sufficiente a consentire l'adozione di questo o di quell'atto, né giustifica la valenza costruttiva del diritto positivo che è stata assegnata al concetto, assunto ad elemento caratteristico del potere (*ivi*, 162 ss.). Inoltre, il dogma dell'inesauribilità del potere non può essere fondato sui principi costituzionali (*ivi*, 170 ss.). In precedenza, G. DE GIORGI CEZZI, *Sull'"inesauribilità" del potere amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2002, 8, 955 ss. aveva esattamente osservato che «la regola secondo cui l'annullamento dell'atto restaura il potere e ne consente sempre la riespansione, anche in assenza di sopravvenienze, è stata percepita

invero, di più. Erano funzionali al mantenimento di essi. Tra la nozione di discrezionalità amministrativa, i dogmi della specialità amministrativa e la tutela offerta dal giudice amministrativo vi è un nesso inscindibile.

3. Lo scenario è oggi profondamente mutato dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo che, al <<Capo I – Principi generali>>, esordisce affermando nel modo che segue i principi di effettività della tutela e del giusto processo.

<<1. **Effettività.** 1. *La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*>>.

<<2. **Giusto processo.** 1. *Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione*>>.

Il valore di questi principi è tanto più forte in quanto l'affermazione di essi riguarda la generalità dei sistemi di giustizia amministrativa, come magistralmente argomentato da *Garcia de Enterria*, che ha tratto anche le necessarie conseguenze con riguardo all'interesse legittimo (quello così o con analogo formula qualificato), ormai riconosciuto come <<un vero e proprio "diritto soggettivo", che come tale postula una tutela completa ed effettiva>>¹⁷. Resta la peculiarità di una situazione soggettiva che si confronta con il potere amministrativo – situazione che possiamo continuare a chiamare interesse legittimo – e pertanto richiede un giudice specializzato che, liberato da residui pregiudizi favorevoli all'amministrazione, sia tutore dei diritti fondamentali^{18 19}.

come regola di "sistema", senza nessuna attenzione per le sue radici storiche, né per le profonde trasformazioni che, investendo la relazione tra cittadino e pubblica amministrazione, hanno finito inevitabilmente per incrinarla, se non dissolverla>>.

¹⁷ E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giurisdizione amministrativa* (Madrid 2007), (trad. it.) Milano 2010, 70 e *passim*. Con riguardo al nostro ordinamento, la trasformazione dell'interesse legittimo in diritto pubblico soggettivo (o diritto soggettivo) in quanto pretesa qualificata del cittadino nascente da un rapporto con la pubblica amministrazione, da soddisfare giudizialmente, è stata prospettata da F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 1/2011, 1 ss., §7.

¹⁸ Cfr. ancora in questo senso F. MERUSI, *loc. cit.* Sull'interesse legittimo, tra gli scritti più recenti, v. F. G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 379 ss.; M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2012, p. 46 ss.; L. R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2012, p. 850 ss.; A. TRAVI, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 1-2/2013, p. 1 ss. e, da ultimo, ancora F.G.SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017. Va al riguardo ricordata la posizione anticipatrice di F. LEDDA, *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, in *Giur. it.*, 1999, IV, 2212, che ha definito l'interesse legittimo <<il diritto soggettivo che si difende dal potere, e col potere si vuole confrontare>>.

¹⁹ Sull'esigenza di ricentrare il diritto amministrativo dando ad esso una nuova base nei diritti fondamentali, v. J. AUBY, *La bataille de San Romano*, in *A.J.D.A.*, 2001, 912 ss., il quale argomenta che ciò implica l'abbandono della

Al giudice amministrativo sono assegnati dal codice poteri inediti. Su ciò si tornerà. Le norme possono talora apparire reticenti ed incerte. Non può dubitarsi, tuttavia, che esse vadano lette alla stregua dei principi generali affermati dal codice.

Per il nesso inscindibile che lega la nozione di discrezionalità alla tutela offerta dal giudice amministrativo, nesso che si è anche qui cercato di sottolineare²⁰, la revisione della nozione deve seguire in modo conseguente all'evoluzione del processo amministrativo²¹.

4. Nuovi fermenti dottrinali sollecitano la ridefinizione della discrezionalità amministrativa²².

Il riferimento dominante in materia resta tuttavia la concezione, elaborata da Massimo Severo Giannini in un diverso contesto ordinamentale, della discrezionalità come «ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario». Veniva così recepita ed arricchita la definizione zanobiniana della discrezionalità come «sfera libera limitata positivamente»²³. Benchè sottoposta ad esatte critiche²⁴, la formula viene ripetuta quasi come una formula magica. E' noto che con essa si intendeva

visione tradizionale del diritto amministrativo come strumento di equilibrio, di conciliazione tra le esigenze del potere pubblico, dell'interesse generale (del *service public*) e i diritti dei cittadini per abbracciare una concezione nella quale solo le autorità abilitate a regolamentare i diritti fondamentali, costituente, legislatore internazionale, legislatore interno, possono fissare limiti in materia. Il diritto amministrativo deve essere considerato oggi il diritto «ordinario» delle relazioni in cui vi è esercizio del potere pubblico. Deve mutare conseguentemente anche il ruolo del giudice amministrativo. Da interprete e creatore del punto di equilibrio tra interesse generale e diritti dei cittadini il giudice amministrativo diviene protettore di questi diritti. Non vi è più bisogno, pertanto, di collocare il giudice amministrativo nella tradizionale posizione particolare che gli è stata propria, concepita per renderlo sensibile alle esigenze del potere come a quelle dei cittadini. Al riguardo, v. N. LONGOBARDI, *Il diritto amministrativo in trasformazione*, in ID., *Il diritto amministrativo in trasformazione*, Torino 2016, 21 s. Il ruolo del giudice amministrativo quale tutore dei diritti fondamentali emerge anche dalle chiare pagine di E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni*, cit., partic. 77 s. (conclusioni).

²⁰ *retro* e n. 9.

²¹ «Se le conseguenze dell'applicazione del giusto processo ad un processo amministrativo contrastano con un principio elaborato dalla dottrina, è il diritto amministrativo che deve essere cambiato». Così, in linea con quanto qui affermato, F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, cit., § 6. Una revisione della nozione di discrezionalità amministrativa, «come nozione che identifica l'ambito delle scelte libere rimesse all'amministrazione», è stata sollecitata, non a caso in uno scritto su giurisdizione e amministrazione, anche da A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione*, in F. MANGANARO – A. ROMANO TASSONE – F. SAIITA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, Milano, 2013, 9.

²² Cfr. partic. N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000; E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale*, Napoli 2008; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano 2008; L. R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine politico della società*, in *Dir. amm.*, 3/2013, 309 ss. Anche per la discussione precedente sulla tematica della discrezionalità v. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa e i suoi interpreti*, in ID. *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano 2002.

²³ M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano 1939. Al riguardo, v. E. CODINI, *Scelte amministrative*, cit., 20 ss. e *passim*.

²⁴ Da un canto manca una vera e propria predeterminazione dell'interesse pubblico da parte della normativa, dall'altro, il c.d. fine pubblico primario può recedere rispetto al fine pubblico cd. secondario. Al riguardo v. partic. S. COGNETTI, *Il principio di proporzionalità*, Torino, 2011, 328 ss. In precedenza, v. F. MANGANARO, *Principio di buona fede e*

esaltare il ruolo politico dell'Amministrazione, che anche oggi viene rivendicato e posto a giustificazione dell'esigenza di lasciare un margine libero all'autorità²⁵.

Sebbene cerchi di restare ancorata alla definizione gianniana, la dottrina più consapevole è costretta ad una serie di distinguo e riserve che rendono malcerta la definizione. Non solo si ammette l'indeterminatezza e l'indefinibilità dell'interesse pubblico primario e l'assenza di una gerarchia degli interessi e che l'interesse pubblico viene concretamente definito nel procedimento anche mediante la partecipazione degli interessati²⁶. Si afferma anche la progressiva giuridicizzazione della discrezionalità²⁷. Non si rinuncia tuttavia, ciò che può apparire contraddittorio, alla superata nozione di merito, collegata a quella di discrezionalità, per blindare in essa una area riservata all'amministrazione caratterizzata dalla libertà²⁸. Si tratta invero più di un simbolo che di una realtà, la delimitazione del c.d. merito amministrativo essendo <<puramente rimessa alla volontà giurisprudenziale>> poiché non è possibile definire previamente ciò che è merito e ciò che non lo è^{29 30}.

attività delle amministrazioni pubbliche, Napoli 1995, 160 ss. La discrezionalità attiene invero alla soluzione di un problema amministrativo in attuazione delle norme, dominata per lo più da regole giuridiche, la cui sede di definizione dovrebbe essere oggi il procedimento amministrativo. V. *infra* § 5.

²⁵ Così, ad es., R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., partic. 95 ss., 102. Nella sua versione aggiornata, la primazia dell'amministrazione, che si traduce in una sfera di libertà, corrispondente al cosiddetto merito insindacabile da parte del giudice, è spesso considerata il riflesso della rappresentatività democratica dell'amministrazione. V. partic. C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano 1998, 74 e *passim*, il quale estende l'immunità dalla giurisdizione anche alle valutazioni tecnico discrezionali dell'amministrazione (ID, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano 1985).

²⁶ R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., partic. 103 ss, che richiamano, quanto al ruolo del procedimento, autori quali Nigro, Levi, Piras e Berti.

²⁷ *Ivi*, 189. <<Spesso il sindacato di ragionevolezza, da solo o in connubio con il sindacato sulla motivazione del provvedimento, arriva a valutare l'essenza delle scelte compiute dall'amministrazione, sino al merito>> (*ivi*, 195 s.) <<Il giudice fa valere principi ulteriori rispetto a quelli strettamente legislativi>>, quali il principio di ragionevolezza e proporzionalità (*ivi*, 202 e *passim*). L'amministrazione è infatti oggi subordinata non solo (e non sempre, come attesta l'obbligo di disapplicazione della legge contrastante con il diritto europeo) alla legge, ma più ampiamente al diritto. Cfr. sul punto S. CASSESE *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 443.

²⁸ R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., 212 e *passim*. Così anche ad es., fra i tanti, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, V ed., Torino 2016, 282 ss.

²⁹ Cfr. M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2011, 463 ss., §5.4, che al riguardo afferma: <<non si tratta infatti di una precognizione ontologica tra ciò che è merito e ciò che merito non è, piuttosto la qualificazione nell'uno o nell'altro senso è conseguenza della decisione giurisprudenziale di approfondire o meno fino ad un certo punto il proprio sindacato>>. Giustamente critico al riguardo è il giudizio di M. ALLENA, *Art. 6 CEDU, Procedimento e processo amministrativo*, Napoli 2012, 281, che parla di <<uso strumentale da parte del giudice amministrativo dei concetti di "merito" o di "valutazione di interessi", come etichetta da impiegare ogni qual volta una determinata questione non si voglia (più che non si possa) sindacare>>.

³⁰ Sul superamento e la conseguente espunzione della nozione di merito amministrativo in conseguenza dell'assoggettamento dell'agire pubblico al principio di legalità, dal quale deriva la sconfessione di ogni pratica volta ad isolare porzioni di ordinamento a favore dell'amministrazione, v. B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova 2013. Salvo che per un assai circoscritto novero di ipotesi caratterizzate da ponderazione di interessi "politica", non si

Ha ripreso vigore di recente la tesi che assimila attività discrezionale e attività interpretativa³¹. La tesi ha il pregio di accomunare l'attività del giudice e quella dell'amministrazione in quanto attività applicative del diritto e di sottolineare la soggezione dell'azione amministrativa al principio di legalità.

Si può convenire che la discrezionalità sia riconducibile alla tematica ermeneutica ed è doveroso riconoscere la centralità dell'*applicatio*, ma, una volta puntualizzato che nella determinazione discrezionale il momento dell'*applicatio* include anche una disposizione in senso proprio, quale *quid pluris* rispetto all'attività interpretativa³², la rappresentazione della discrezionalità risulta in tal modo più che altro emendata da storiche impronte autoritarie.

Persiste pur sempre, quantomeno nella sostanza, uno spazio riservato alla scelta di merito della pubblica amministrazione. Anche ove venga espunto il concetto di merito, si riaffaccia infatti la libertà dell'amministrazione *sub specie* del margine di opinabilità delle scelte amministrative, margine di opinabilità rilevante anche per le valutazioni tecniche, che per il giudice amministrativo, a differenza del giudice civile, sarebbe un limite invalicabile³³. Con la conseguenza, per di più, di estendere l'immunità dal sindacato giurisdizionale anche alle valutazioni tecniche dell'amministrazione, estensione che trova il conforto di parte della più recente giurisprudenza³⁴.

La discrezionalità amministrativa è spiegata in modi molto diversi nelle due concezioni generali qui richiamate, ma una sfera di immunità dalla giurisdizione permane in entrambe³⁵.

può ragionare in termini di sussistenza di un "merito" in una qualche misura insindacabile secondo E. CODINI, *Scelte*, cit., 395 e passim.

³¹ La tesi è oggi sostenuta da L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova 1985; ID., *La discrezionalità amministrativa ed i suoi interpreti*, cit. Ad essa ha aderito, F. Merusi, *Il Codice*, cit., § 8. Per i riferimenti storici in tema di assimilazione tra attività discrezionale e attività interpretativa, v. R. VILLATA- M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., 61 ss.

³² Così F. LEDDA, *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena 1996, 960, il cui giudizio è condiviso da L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa ed i suoi interpreti*, cit., 81.

³³ Così ad es. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa ed i suoi interpreti*, cit., 188, secondo il quale il sistema amministrativo <<non consente una totale erosione dallo spazio riservato alla scelta di merito della pubblica amministrazione>>.

³⁴ In tal senso, B. GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale*, cit., § 3.3, che, anche alla stregua di recente giurisprudenza, non scorge differenze dogmatiche tra sindacato sulla discrezionalità tecnica e controllo giurisdizionale sulla discrezionalità pura. Eliminare il margine di opinabilità dovrebbe essere tuttavia obiettivo conseguibile nel concreto attraverso il procedimento amministrativo e il giudizio amministrativo.

³⁵ Lo sottolinea E. CODINI, *Scelte amministrative*, cit., partic. 43 ss. Dal primato dei diritti fondamentali nei confronti del potere amministrativo deve tuttavia oggi discendere che <<nel potere amministrativo non possono esistere spazi di

Ciò rappresenta non solo un *vulnus* all'esigenza di garantire le posizioni giuridiche individuali³⁶, bensì risulta oggi incompatibile con il principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale sancito (anche nel nostro ordinamento) dal codice del processo amministrativo.

Non si tratta di negare il potere di scelta dell'amministrazione, né rileva in modo decisivo la rappresentazione di esso³⁷. Occorre prendere atto che il potere di scelta si esercita nel concreto, che la discrezionalità che lo caratterizza si definisce progressivamente attraverso le regole del suo esercizio, che non vi può più essere alcuna immunità dalla giurisdizione e l'ultima parola spetta- non può non spettare- al giudice chiamato ad assicurare l'effettività della tutela.

Eliminato l'improprio riferimento, palese o implicito, alla libertà dell'amministrazione, ci si avvede che il problema risiede soprattutto nel "corredo" di specialità amministrativa che ha caratterizzato la discrezionalità. Con l'attuazione dei principi posti dal codice del processo amministrativo è proprio la parabola della specialità amministrativa che è destinata a compiersi verso un approdo compatibile con il primato dei diritti fondamentali.

5. Le norme europee spingono decisamente alla riduzione e all'inquadramento, fino all'eliminazione, laddove possibile, della discrezionalità amministrativa. Più ampiamente, impongono di rivedere la tradizionale concezione del ruolo del potere amministrativo, in primo luogo (ma non solo) nei confronti della libertà di impresa, assicurando ad essa una tutela giurisdizionale effettiva che, ad esempio, con riguardo ai dinieghi di autorizzazione comporta necessariamente il rilascio del provvedimento illegittimamente negato³⁸.

libertà inconoscibili da parte del cittadino e conseguentemente anche dal giudice>>. Così, F. MERUSI, *L'integrazione fra legalità comunitaria e legalità amministrativa nazionale*, in *Dir amm.*, 2003,50.

³⁶ E. CODINI, *Scelte*, cit., partic. 187 ss.

³⁷ La ponderazione di interessi, in particolare, non implica di per sé la presenza di libertà in senso proprio e non giustifica quindi la tesi di una discrezionalità come sfera libera limitata positivamente. In questo senso, v. diffusamente E. CODINI, *Scelte amministrative*, cit., 150 ss. e *passim*.

³⁸ La libertà di impresa è oggi assurta a diritto fondamentale. Al riguardo, v. N. LONGOBARDI, *La libertà di impresa come libertà fondamentale ed il recedere del tradizionale primato del potere amministrativo*, in ID. (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione*, cit., 133 ss. Nell'Unione Europea – va sottolineato – i diritti fondamentali hanno anche un ruolo guida nell'interpretazione, essendo qualificati come principi generali del diritto. Al riguardo, v. M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in ID. (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*,

Non vi è più spazio per un potere trascendente il diritto positivo ed il suo esercizio nelle vicende concrete, per un potere sostanzialmente impermeabile nella sua ontologica inesauribilità al sindacato giurisdizionale³⁹.

Il potere amministrativo, anche se discrezionale, deve esaurirsi con il suo esercizio. La sede di definizione della discrezionalità è il procedimento amministrativo⁴⁰. Ciò avviene in modo fisiologico in un procedimento che, informato al principio del contraddittorio, valutati i diversi interessi pubblici e privati, approdi ad una decisione regolata dal principio di proporzionalità⁴¹.

Nel nostro ordinamento, la disciplina del procedimento amministrativo posta dalla legge n. 241 del 1990 è stata però oggetto di riforme che hanno ostacolato l'evoluzione verso l'affermazione di un vero contraddittorio (che è tuttavia imposto ai sensi dell'art. 1, c. 1 della legge 241 del 1990, come modificato dalla legge n. 15 del 2005, che rinvia ai principi del diritto comunitario). Una giurisprudenza amministrativa regressiva non esita ormai a definire spesso la partecipazione procedimentale come meramente collaborativa.

Bologna, 2010, p.67 s. L'autore rileva giustamente che il potenziamento dei diritti e delle libertà derivanti dal nuovo ruolo dei principi non va a vantaggio dei diritti più forti e a contenuto economico, ma delle situazioni giuridiche soggettive in generale (*ivi*, p.91). È chiaramente riconoscibile nella Direttiva 2006/123 CE l'obiettivo di imporre in tema di potere amministrativo una brusca accelerazione alla trasformazione dei diritti amministrativi nazionali. Al riguardo v. N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e libertà di impresa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013. Sulla mancata revisione, benchè imposta dalla Direttiva 2006/123, dei regimi autorizzatori nel nostro ordinamento, v. N. LONGOBARDI, *La legge n. 124 del 2015: i procedimenti amministrativi e il problema della semplificazione*, *GIUSTAMM*, 2016. Ancora più chiara è la Direttiva 2007/64/CE in materia di autorizzazioni da concedere agli istituti di pagamento da essa contemplati. Al riguardo, F. MERUSI, *Il codice, cit.*, § 1 sottolinea che gli ordinamenti nazionali devono corrispondere agli stessi principi comunitari e che l'azione della Commissione e della Corte di Giustizia è intesa a realizzare <<un unico ordinamento europeo partendo dal basso, dal diritto amministrativo>> (*ivi*, § 2). Importante in questo quadro è la recentissima presa d'atto da parte del Consiglio di Stato secondo cui l'azione amministrativa assume un <<ruolo di preminente importanza per la creazione di un contesto idoneo e consentire l'intrapresa di iniziative private al fine di accrescere la competitività del Paese>> (Ad. plen. n. 5/2018). Per i profili generali dell'influenza del diritto europeo sui diritti amministrativi nazionali, v. S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, p. 291 ss. e ID., *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria ed integrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, p. 1135 ss.

³⁹ Nel processo viene in considerazione un "potuto" e non un potere inesauribile, come efficacemente osservato da G. VERDE, *Il riparto di giurisdizione secondo Riccardo Villata*, in *Dir. proc. amm.* 2016, 703.

⁴⁰ Cfr. G. GRECO, *Potere e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. pubbl.*, 2016, suppl., 103, secondo il quale <<il potere discrezionale, che esclude la certezza del risultato, può esistere (come normalmente esiste) al momento dell'inizio del procedimento, ma può (e dovrebbe) esaurirsi nel corso del medesimo>>.

⁴¹ Osserva F. MERUSI, *Il codice, cit.*, §1 che è questa la soluzione che il diritto comunitario e quasi tutti i paesi membri dell'Unione hanno adottato per conciliare discrezionalità amministrativa e tutela giudiziale del cittadino. Ad avviso di F. PATRONI GRIFFI, *Riflessioni sul tema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, <<la soluzione va cercata nel costringere l'amministrazione, nella fase del procedimento, a una disamina completa dell'istanza del privato, sì da esaurire *one shot* i margini di valutazione discrezionale e consentire una disamina completa della questione in sede giurisdizionale>>. Questa soluzione può (deve) comunque essere realizzata nel processo. V. *infra*, § 8.

Ci si è così allontanati dall'obiettivo di "legalità – giustizia" posto alla base della disciplina del procedimento⁴².

E', pertanto, difficile nell'attuale contesto ordinamentale fondare sull'istituto del procedimento una preclusione rispetto al riesercizio del potere dopo l'annullamento giurisdizionale individuando un onere dell'amministrazione di acclarare nel procedimento tutti i fatti costitutivi del potere⁴³. E' arduo anche fondare una tale preclusione sulla disposizione posta dall'art. 10 bis, che inserisce nel procedimento uno specifico segmento di contraddittorio, limitatamente tuttavia ai procedimenti ad istanza di parte⁴⁴.

Il ruolo assegnato alla motivazione del provvedimento amministrativo nel nostro ordinamento conferma tuttavia che il potere, per regola sostanziale, deve esaurirsi con il suo esercizio. L'articolo 3 della legge n 241 del 1990, che ha generalizzato l'obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi, stabilisce infatti, che <<la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria>>⁴⁵.

Il provvedimento adottato all'esito del procedimento è, pertanto, <<il risultato conclusivo in cui è coagulato l'esercizio del potere>>⁴⁶.

Da ciò viene tratta la conseguenza che il provvedimento annullato dal giudice amministrativo non può essere reiterato. Se ciò avviene, deve essere ritenuto invalido e pertanto annullabile⁴⁷, con conseguente

⁴² M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la p.a. (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)* (1980), ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1996, 1442. Sull'amministrazione contenziosa come modello d'azione per il perseguimento dell'interesse pubblico, v. N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie* (2004), ora in ID., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico istituzionale*, Torino, 2009, 198 ss., sulla scorta di M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962.

⁴³ Sulla tesi di M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989 fondata su argomenti di teoria generale e sul principio di buona fede, v. diffusamente, in senso critico in quanto la tesi non trova sufficiente fondamento nel diritto positivo, M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità*, cit., 219 ss.

⁴⁴ In tal senso, v. ancora M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità*, cit., 226 ss.

⁴⁵ A questa conclusione approda M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità*, cit., 223 ss.; <<se la disciplina della motivazione richiede>> - osserva l'autore - <<di giustificare la decisione sulla base di tutti i fatti e le ragioni ritenute rilevanti dall'amministrazione, allora se ne ricava che, secondo il modello normativo, la decisione amministrativa va intesa come una decisione fondata su tutti quei fatti e quelle ragioni>>. L'autore sottolinea non solo il carattere di necessaria completezza della motivazione, quale "forma sostanziale", ma anche il suo essere il punto di emersione in seno al procedimento del principio di responsabilità dell'amministrazione posto dall'art. 97 Cost. (così A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, 312). Oltre agli autori citati da Trimarchi, v. per la sottolineatura di entrambi gli aspetti N. LONGOBARDI, *La motivazione del provvedimento amministrativo dopo la legge n. 15 del 2005*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 1023 ss.

⁴⁶ G. VERDE, *Il riparto di giurisdizione*, cit., 703, citato da M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità*, cit., 237. Vedi ivi più ampie considerazioni.

possibilità di ottenere la condanna dell'amministrazione all'adozione del provvedimento richiesto, dovendo ritenersi esaurita la discrezionalità che eventualmente la connotava⁴⁸. Si precisa, tuttavia, che la regola sostanziale che impone l'esaurimento del potere non conduce in una serie di ipotesi ad un effettivo esaurimento della discrezionalità. Così, in caso di motivazioni implicite, sintetiche, successive e negli assai frequenti casi patologici di assenza di motivazione, di difetto di istruttoria e di altri vizi formali⁴⁹.

La discrezionalità deve allora (almeno) in questi casi in linea di principio esaurirsi nel processo grazie all'attività delle parti ed all'opera del giudice tenuto ad assicurare l'effettività della tutela⁵⁰. Ciò chiama in causa i poteri assegnati al giudice dal codice del processo amministrativo, ai quali vanno dedicate considerazioni, necessariamente sintetiche nell'economia di questo scritto, mirate soprattutto ad evidenziare il superamento di tradizionali aspetti della specialità amministrativa.

6. La sentenza del giudice amministrativo è chiamata a <<soddisfare la pretesa della parte vittoriosa>> (art. 44, c. 2, lett. b, legge delega n. 69 del 2009) in ossequio ai principi dell'effettività della tutela e del giusto processo che figurano in apertura del codice del processo amministrativo e trovano il loro fondamento nella Costituzione (artt. 24, 111 e 113), nel diritto europeo e nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 6)⁵¹.

6.1. Dai principi consegue in primo luogo che l'azione di annullamento, indicata per prima fra le azioni di cognizione dal codice, pur mantenendo la propria centralità, si connota ormai diversamente, ovvero non si limita più a <<fungere da misura cassatoria per la successiva azione amministrativa>>⁵². Il giudizio

⁴⁷ *Ivi*, 238 ss.

⁴⁸ *Ivi*, 252. Il ricorrente, chiarisce l'autore, deve però dimostrare nel contraddittorio processuale di possedere gli elementi richiesti dalla legge per ottenere quel provvedimento.

⁴⁹ *Ivi*, 242 ss. Ovviamente, in presenza di fatti sopravvenuti, l'amministrazione può svolgere una nuova istruttoria ed eventualmente assumere un provvedimento dello stesso tenore di quello annullato, ove ne ricorrano i presupposti. Cfr. *ivi*, 242 e G. VERDE, *Il riparto di giurisdizione, cit.*, 703.

⁵⁰ Invero, la dimostrazione da parte del ricorrente nel contraddittorio processuale della sussistenza degli elementi richiesti per l'ottenimento del provvedimento - sottolineata da Trimarchi - sembra implicare un ruolo del processo nell'esaurimento della discrezionalità anche nelle ipotesi "ordinarie".

⁵¹ Al riguardo, v. partic., tra i molti contributi, E. FOLLIERI, *L'effettività della tutela innanzi al giudice amministrativo nei recenti arresti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016, anche per il rilievo secondo cui il diritto alla tutela giudiziaria, definito <<inviolabile>> dalla Costituzione italiana, per la sua natura strumentale, è <<a soddisfazione garantita>> (*ivi*, §1); F. MERUSI, *Il codice, cit.*, secondo il quale il "giusto processo" è indicato dallo stesso codice come <<il principio guida nell'interpretazione delle norme contenute nel codice>> (*ivi*, § 5) ed è da intendere, sul piano strutturale, come garanzia del principio di parità delle parti e del contraddittorio, sul piano funzionale, come necessità di assicurare una tutela piena ed effettiva del ricorrente.

⁵² E. FOLLIERI, *L'azione di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, *Giustamm.*, n. 11/2010, § 2.

amministrativo <<non è più una parentesi che si inserisce nell'azione amministrativa per consentirne la prosecuzione>>; è rivolto a definire la controversia e a disciplinare il rapporto⁵³.

Di notevole rilievo al riguardo è l'intervenuta abrogazione con il codice del processo amministrativo delle risalenti disposizioni che avvaloravano la tesi secondo cui dopo l'annullamento del provvedimento la gestione del rapporto tornasse nella disponibilità dell'amministrazione. Si tratta degli artt. 26, legge n. 1034 del 1971 (legge TAR), 45, r.d. n. 1054 del 1924 (T.U. Cons. St.) ed ancor prima dell'art. 88 del Regolamento di procedura del 1907, che stabilivano che l'annullamento per motivi di incompetenza comportasse la rimessione dell'affare all'autorità competente e che l'annullamento per gli altri motivi facesse salvi <<gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa>>⁵⁴.

Adesso l'art. 34 c.p.a. dispone che, in caso di accoglimento dell'azione, il giudice <<annulla in tutto o in parte il provvedimento amministrativo>>. Per l'art. 88 c.p.a. la sentenza deve contenere <<l'ordine che la decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa>>, mentre il successivo art. 112, c. 1 stabilisce che <<i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti>>.

L'azione amministrativa a seguito della sentenza di accoglimento è sì necessaria e doverosa, ma costituisce esecuzione della decisione del giudice, <<non più...attività amministrativa fatta salva per il carattere della inesauribilità del potere>>⁵⁵. Questo dogma, incompatibile con il principio di effettività della tutela e dissonante rispetto alla disciplina sostanziale del potere amministrativo, non trova più alcun appiglio di diritto positivo nella vigente disciplina del processo amministrativo⁵⁶.

⁵³ Ivi, loc. cit., nonché ID., *L'autonomia del processo dalla successiva azione amministrativa assicura la tutela piena ed effettiva*, in *Osservatorio sul codice del processo amministrativo, Guida al diritto*, Luiss. (16).

⁵⁴ Soprattutto la seconda disposizione, secondo la dottrina, avrebbe consentito all'amministrazione di emanare un atto analogo a quello annullato anche in assenza di un mutamento dei presupposti di fatto. Al riguardo, v. M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità*, cit., 208. Le disposizioni abrogate possono essere ricondotte anche al risalente modo di intendere il principio di separazione dei poteri, come osservato da D. VALIANO, *Sindacato di legittimità e <<sostituzione>> della pubblica amministrazione*, in *www.giustamm.it*, 2012, § 1. E' da notare che la Corte di cassazione non ha ancora aggiornato la propria formula in tema di eccesso di potere giurisdizionale sotto il profilo dello sconfinamento del giudice amministrativo nella sfera del merito e continua a parlare di <<salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa>>, riferendosi così esplicitamente alle norme ormai abrogate. V. da ultimo Corte Cass., S.U. civ., ord. 5 febbraio 2018, n. 2720.

⁵⁵ E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 189; ID., *L'autonomia del processo*, cit.

⁵⁶ Cfr. M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità*, cit., 208 e passim.

Né può ritenersi evocato dalla nuova e ben diversa (rispetto alle disposizioni abrogate) norma posta dall'art. 34, c. 2 c.p.a., secondo cui <<In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati>>. Il significato della disposizione è infatti quello di evitare che il giudice con il suo intervento anticipi l'azione dell'amministrazione sino a quando essa mantiene il potere di pronunciarsi discrezionalmente sul rapporto⁵⁷.

6.2. Si collega alla prima una seconda necessaria conseguenza dei principi generali affermati dal codice del processo amministrativo, quella del superamento della natura oggettiva della giurisdizione amministrativa, che pone in secondo piano l'interesse al bene della vita del ricorrente. Se la funzione è oggi quella di soddisfare la pretesa della parte vittoriosa, per usare l'espressione della legge delega n. 69 del 2009, la giurisdizione amministrativa ha necessariamente natura soggettiva, come affermato dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze n. 4 del 13 aprile 2015 e n. 5 del 27 aprile 2015⁵⁸.

6.3. <<Corollario indefettibile>> dell'effettività della tutela è inoltre <<il principio dell'atipicità delle forme di tutela>> (Cons. St, ad. plen., sentenza n. 15 del 2011). L'azione può essere quindi atipica e si modella sulle esigenze di tutela di cui necessita la situazione giuridica soggettiva che si intende far valere in giudizio e che è protetta dall'ordinamento⁵⁹.

Su queste basi le sezioni del Consiglio di Stato e poi l'adunanza plenaria, con le sentenze n. 3 del 2011 e la citata n. 11 del 2015, già prima del decreto correttivo del 2012 che ha introdotto l'azione di adempimento nel codice del processo amministrativo sono andate oltre, affermando non solo l'esperibilità di un'azione di condanna al rilascio del provvedimento amministrativo, ma anche di ogni possibile tipo di

⁵⁷ Cfr. M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità*, cit., 251, il quale argomenta che la disposizione ha la funzione di preservare la discrezionalità dell'amministrazione all'interno dei limiti entro i quali essa è riconosciuta e può essere esercitata, non anche di salvaguardarla al di fuori dei limiti stessi. In precedenza, v. ancora M. TRIMARCHI, *Il divieto di "pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati" attraverso il prisma della giurisprudenza*, in *Foro amm. CdS*, 2013, 1101 s. G. CORSO, *Art. 34*, in A. QUARANTA – V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo, commentario al D.lgs. n. 140/2010*, 339 s. ha osservato che la disposizione, ove interpretata in senso contrastante con il principio di effettività della tutela, dovrebbe essere ritenuta costituzionalmente illegittima.

⁵⁸ Sulla rilevanza delle sentenze dell'adunanza plenaria, v. E. FOLLIERI, *L'effettività della tutela*, cit., § 2. In generale, v. V. DOMENICHELLI, *Il ruolo normativo del giudice nella formazione e nello sviluppo del diritto amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2016, 377 ss.

⁵⁹ Così E. FOLLIERI *L'effettività della tutela*, cit., §4.

azione (anche di accertamento) idonea a soddisfare l'interesse del ricorrente, ancorché non espressamente prevista dal codice⁶⁰.

6.4. Nel quadro descritto si collocano i poteri riconosciuti al giudice dal codice del processo amministrativo.

L'ordinamento processuale amministrativo si è evoluto nel segno del riconoscimento di sempre più incisivi poteri al giudice per porlo in grado di penetrare negli spazi già ritenuti riservati alla discrezionalità dell'amministrazione. Il riconoscimento alla decisione di annullamento di effetti ordinatori e conformativi della successiva azione amministrativa ha incrinato il modello impugnatorio puro. L'evoluzione del giudizio di ottemperanza e della tutela cautelare ha intaccato il tabù del divieto di sostituzione del giudice all'amministrazione⁶¹. Su questi antecedenti è stata dettata la disciplina del codice del processo amministrativo il cui obiettivo è realizzare attraverso il giusto processo la pienezza e l'effettività della tutela.

L'art. 30, c 1 prevede la generale esperibilità di azioni di condanna nei confronti della pubblica amministrazione, mentre l'art. 34, c. 1 lett. c chiarisce che la sentenza di merito può condannare l'amministrazione <<all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica dedotta in giudizio>>. A seguito del correttivo, nel testo dell'art. 34, c. 1 lett. c è stata inserita l'esplicita previsione

⁶⁰ Vedi ancora *ivi, loc. cit.* In favore dell'azione di adempimento si era già espressa la dottrina. V., tra gli altri, M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss; E. FOLLIERI, *L'azione di annullamento e di adempimento nel processo amministrativo*, *giust. amm.* 2010. Successivamente, v. A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino 2012.

⁶¹ Per una assai efficace sintesi v. D. VAIANO, *Sindacato di legittimità, cit.*, §3. L'autore sottolinea come in esito all'evoluzione che lo ha interessato <<il processo amministrativo si sia caratterizzato per un'intima connessione degli istituti che lo caratterizzano, dalla fase cautelare a quella dell'ottemperanza, passando per il giudizio di cognizione "assumendo, in un certo senso una caratteristica circolarità, in cui ciascun momento si arricchisce dei contenuti dell'altro ed al tempo stesso ne viene arricchito delle potenzialità" (F. PUGLIESE). Un'intima connessione che, infatti, il nuovo codice del processo amministrativo conferma pienamente in alcune delle più rilevanti novità che esso ha recato, dal coordinamento operato tra la fase della tutela cautelare e quella della definizione del merito nel giudizio di cognizione, legando alla concessione della prima un meccanismo di accelerata definizione del secondo (art. 55, comma 10 c.p.a.), alla "saldatura" operata anche tra la fase della cognizione e quella dell'ottemperanza tramite la previsione che la sentenza di merito possa disporre direttamente le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario *ad acta*, che può ora avvenire già in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza [(art.30, comma 1, lett. e)], per finire con la "dequotazione" della giurisdizione di merito, la cui esistenza viene bensì confermata dall'art. 7, comma 6, c.p.a. (e dall'art. 134 cui esso rinvia), ma la cui rilevanza viene fortemente sminuita proprio dal potenziamento e dalla più generale riconfigurazione dei poteri cognitori e decisorii riconosciuti al giudice amministrativo sia nella giurisdizione generale di legittimità che in quella esclusiva>>. In tema, v. anche M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: i poteri del giudice*, in *www.federalismi.it*, 2010. Sulla giurisdizione di merito in rapporto alla crescita della giurisdizione di legittimità v. A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, II, Napoli, 2011, 1437 ss.

dell'«azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto». Si tratta di una mera specificazione⁶², che rileva soprattutto per i «limiti» in essa indicati attraverso il rinvio all'art. 31, c. 3. Quest'ultima disposizione stabilisce 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». I medesimi limiti valgono dunque anche in caso di provvedimento di diniego ai fini dell'azione di adempimento. Decorso inutilmente il termine per provvedere o quando il provvedimento è stato annullato, il giudice può pertanto sostituire il proprio giudizio a quello dell'amministrazione, sia pure nei limiti indicati⁶³ sui quali ci si dovrà soffermare.

Intanto, una prima conclusione è che per i provvedimenti vincolati o per i quali «non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità» e non sono necessari adempimenti istruttori da parte dell'amministrazione il giudice amministrativo può esercitare un sindacato sostitutivo⁶⁴.

Il tabù della sostituzione del giudice amministrativo è ancora infranto dall'art. 34, c. 1 lett. e secondo cui 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».

Non vi è più pertanto la necessità di posticipare queste misure al giudizio di ottemperanza, ovvero alla successiva sede della giurisdizione di merito. Il giudizio di cognizione ha attratto con il codice poteri decisori in precedenza riconosciuti solo al giudice dell'ottemperanza. Si tratta evidentemente di contenuti di natura sostitutiva in quanto ordinati alla esecuzione della pronuncia giurisdizionale. Il giudice della

⁶² Cfr. D. VAIANO, *Sindacato*, cit., §3; R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milano 2010, 172 s.

⁶³ Cfr. particolarmente F. FOLLIERI, *La logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Milano 2017, 545, il quale sottolinea che «l'accertamento della fondatezza della pretesa implica il superamento del giudizio dell'amministrazione sui presupposti cui la norma costitutiva subordina il rilascio del provvedimento richiesto, sugli effetti e sul fine concreto». «Se in questi casi il giudice può sostituirsi all'amministrazione per valutare la fondatezza della pretesa, non vi sono ragioni per vietare in quegli stessi casi al giudice di sostituirsi all'amministrazione nel giudicare dell'illegittimità del provvedimento di diniego».

⁶⁴ Cfr. ancora *ivi*, loc. cit. Per un cenno v. A. ROMANO TASSONE, *La giurisdizione esclusiva tra glorioso passato e incerto futuro*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010, 8.

cognizione risulta quindi chiamato a delineare l'assetto degli interessi conseguente alla domanda di annullamento dell'atto impugnato⁶⁵.

Risulta così superato dal diritto positivo l'argomento *a contrario*, che veniva tratto dall'art. 7, c. 6, c.p.a., secondo cui in sede di giurisdizione estesa al merito <<il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione>>, utilizzato per negare al giudice della cognizione tale possibilità. Nel richiamare questa disposizione spesso in dottrina, è interessante notare, viene aggiunto l'avverbio <<solo>> (nella giurisdizione di merito) che non figura tuttavia nella disposizione, bensì riflette la forza del risalente dogma del divieto di sostituzione del giudice all'amministrazione nella versione propria della specialità amministrativa⁶⁶.

Le stesse considerazioni valgono con riguardo all'art. 34, c. 1, lett. d c.p.a., secondo cui il giudice <<nei casi di giurisdizione di merito, adotta un nuovo atto, ovvero modifica o riforma quello impugnato>>. La disposizione stabilisce ciò che è la norma per la giurisdizione di merito, mentre nulla dispone con riguardo al giudizio di cognizione⁶⁷.

A garantire che nella fisiologia dell'azione amministrativa giurisdizione e amministrazione restino separate vi è il divieto per il giudice di pronunciarsi con riguardo a poteri amministrativi non ancora esercitati, posto dall'art. 34, c. 2, c.p.a.⁶⁸. Nella patologia, viceversa, l'intervento sostitutivo del giudice può e talora deve ritenersi necessario.

7. La Costituzione italiana non stabilisce alcuna riserva per l'attività amministrativa. Al contrario, impone, attraverso gli artt. 24, 111 e 113, intesi a garantire la pienezza e l'effettività della tutela, il

⁶⁵ Cfr. sul punto *amplius* D. VAIANO, *Sindacato di legittimità, cit.*, partic. § 7, il quale argomenta che i poteri che sono stati attribuiti al giudice della cognizione dagli artt. 121 e 122 c.p.a. in tema di annullamento dell'aggiudicazione di contratti pubblici sono espressione <<puntuale e specifica>> della norma generale e di principio dettata dall'art. 34, c. 1, lett. e c.p.a. Sul diverso rapporto tra cognizione ed ottemperanza nel codice del processo amministrativo al fine di realizzare il principio di effettività della tutela, v. M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: i poteri del giudice*, in *www.federalismi.it*. Cfr. anche G. TROPEA, *L'«ibrido fiore della conciliazione: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, *Dir. proc. amm.*, 3/2011, 965 ss., § 7.

⁶⁶ Così, ad es. anche F. FOLLIERI, *La logica del sindacato, cit.*, 544 s., benchè argomenti che, per i provvedimenti vincolati in astratto o in concreto rispetto ai quali non sia necessario l'esperimento di mezzi istruttori da parte della p.a., <<il giudice della (il)legittimità può esercitare un sindacato sostitutivo>>.

⁶⁷ Secondo M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità, cit.*, 248 la sostituzione del giudice all'amministrazione sul versante dei poteri decisorii sarebbe invece preclusa dal diritto positivo in quanto consentita dall'art. 34, c. 1, lett. d "solo" nei casi di giurisdizione di merito. Anche in questo caso l'avverbio "solo" è aggiunto e riflette la forza del dogma.

⁶⁸ *Retro*, 6.1.

superamento dei limiti che sono stati tradizionalmente tratti dal principio di separazione dei poteri⁶⁹; per meglio dire, dal modo di intendere tale principio che è un modo storicamente datato e proprio della specialità amministrativa.

Non solo Bachelet, anche Nigro considerava <<decisivi i principi costituzionali>> al fine del superamento del modello della separazione tra giurisdizione amministrativa e amministrazione attiva delineato dalla legge n. 5992 del 1889 in favore del modello dell'integrazione, osservando che <<i rapporti fra giurisdizione amministrativa e amministrazione si collocano ormai in un ambiente politico-sociale, il quale non solo assegna al giudice una posizione centrale nella risoluzione dei conflitti sociali, ma, proprio in ragione di questa posizione e funzione, richiede ad esso certezze rapide e definitive>>⁷⁰.

D'altro canto, Ledda ha mostrato che il principio di separazione dei poteri, ove rettamente inteso, non comporta la restrizione della tutela giurisdizionale attraverso la limitazione del sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche e discrezionali. Diversi sono infatti il ruolo dell'amministrazione e quello del giudice⁷¹. La prima esercita i poteri ad essa attribuiti dalla legge per perseguire i fini pubblici, al secondo il potere è attribuito per tutelare le situazioni giuridiche soggettive. Il giudice interviene quando il problema amministrativo è stato risolto, non per verificare la "bontà" della soluzione adottata dall'amministrazione, bensì per verificare la legittimità del trattamento da essa riservato agli interessi del ricorrente. Il principio

⁶⁹ V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, 73. Per una recente rivisitazione del principio di separazione dei poteri v. G. TROPEA, *L'ibrido fiore della conciliazione*, cit., che sottolinea il ruolo del principio di effettività della tutela giurisdizionale nell'erosione delle barriere fra giurisdizione e amministrazione (ivi, § 7) e la generale consapevolezza del rilievo eminentemente storico e quindi relativo del principio di separazione dei poteri, inteso ormai dai costituzionalisti come mero bilanciamento (ivi, § 9 e §12). In quest'ultimo significato il principio assume la sua valenza liberale di garanzia del cittadino nei confronti dei pubblici poteri, ovvero una valenza opposta a quella propria della specialità amministrativa. Cfr. partic. G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, in F. MANGANARO – A. ROMANO TASSONE – F. SAIITA (a cura di), *Sindacato*, cit., 183 ss. il quale sottolinea che la divisione dei poteri, intesa in passato come contrapposizione dialettica tra blocchi istituzionali, è fuorviante. Per la concezione di questo autore v. ID., *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano 1985, partic. 714 ss. Si è qui sottolineato che l'immunità dell'amministrazione dal sindacato giurisdizionale è stata ritenuta regola imposta dal principio di separazione dei poteri. Benchè attenuata rispetto alle sue risalenti origini, la regola è stata perpetuata nella vicenda di costruzione della specialità amministrativa ed è giunta sino ad oggi. E' stato evidenziato da E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni*, cit., 45 che il "mitizzato" dogma della separazione dei poteri <<aveva giustificato la mancanza di poteri di esecuzione in capo al giudice con i quali imporre l'esecuzione forzata delle sentenze nei confronti dell'amministrazione inerte; esecuzione forzata che equivaleva, secondo la "mitologia arcaica", a *faire acte d'administration*. Questo mito, "esteticamente" tanto elaborato quanto semplice, si era rivelato "assurdo" nell'ordine pratico>>.

⁷⁰ M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 1178. La strada – ha osservato G. SILVESTRI, *Relazione*, cit., 187 - <<è quella di vedere amministrazione e giurisdizione in un continuum. La divisione dei poteri non è a blocchi, ma a cicli funzionali, ed è orientata alla migliore tutela dei soggetti>>.

⁷¹ F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, ora in ID., *Scritti giuridici*, Padova 2002, 392.

della separazione non è messo in discussione nemmeno quando al giudice viene richiesto di accertare il rapporto sottostante al provvedimento⁷². Il principio non può più incidere nella tutela dei diritti in funzione limitativa del potere del giudice, secondo le vecchie impostazioni⁷³. La questione va posta oggi, secondo la normativa del codice, sul piano delle forme di tutela, in particolare della tutela specifica, piena e soddisfacente, della situazione giuridica dedotta in giudizio⁷⁴.

8. Il codice del processo amministrativo, nell'abilitare il giudice a pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, con l'art. 31, c. 3 c.p.a. non ha solo indicato i limiti che incontra, ma ha anche fatto intravedere la via che il giudice deve seguire per assicurare l'effettività della tutela con riguardo ai provvedimenti discrezionali. Ci si riferisce alla parte della disposizione che stabilisce che il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa (non solo in caso di attività vincolata, ma anche) <<quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione>>.

Vi è anzitutto nella disposizione la consapevolezza che il potere discrezionale si esaurisce con il suo esercizio e, pertanto, il rifiuto del dogma dell'inesauribilità del potere⁷⁵. Ancora, la disposizione attesta che le condizioni per la pronuncia sulla fondatezza della pretesa, ovvero il venir meno del limite della discrezionalità e delle attività istruttorie riservate, possono intervenire nel corso del giudizio. Il limite è posto infatti con riferimento alla pronuncia del giudice e non con riguardo alla proponibilità dell'azione⁷⁶.

⁷² Per la posizione di F. LEDDA, riaffermata anche in altri scritti, e lo sviluppo di essa, v. M. TRIMARCHI, "Problema dell'amministrazione" e "problema del giudice": principio della separazione dei poteri ed effettività della tutela nel pensiero di Franco Ledda, in F. MANGANARO – A. ROMANO TASSONE – F. SAIITA (a cura di), *Sindacato*, cit., 175 ss.

⁷³ Cfr. G. SILVESTRI, *Relazione*, cit., 187, che a proposito delle vecchie impostazioni parla di un <<problema di superamento di un crampo mentale>> (*ivi*, 186 e *passim*). Sull'incidenza dei principi CEDU sui tradizionali assetti dei rapporti tra amministrazione e giurisdizione, a favore di un'ampia sostituzione della seconda alla prima, v. M. ALLENA, *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela all'interno degli stati membri dell'Unione Europea*, in F. MANGANARO- A. ROMANO TASSONE- F. SAIITA (a cura di), *Sindacato*, cit., 111. <<Infatti, l'idea della CEDU è, in linea di principio, quella della piena sostituzione del giudice all'amministrazione; eventuali eccezioni sono giustificate solo ove strettamente connesse (non ad un astratto principio di separazione dei poteri, bensì) al rispetto del principio democratico e di sovranità popolare>> (*ivi*, 132).

⁷⁴ Cfr. D. VAIANO, *Sindacato di legittimità*, cit., 21 e *passim*.

⁷⁵ Già E. GARCIA DE ENTERRIA, *Curso de derecho administrativo*, II, Madrid, 2008, 669 aveva osservato che spesso nelle controversie concrete <<la discrezionalità è ridotta a zero>> e che nell'ambito del giudizio di impugnazione la discrezionalità amministrativa non rappresenta *a priori* un limite per una pronuncia pienamente soddisfacente del ricorrente. Al riguardo, v. S. R. MASERA, *La supremazia della legge ed il valore del diritto nel giudizio amministrativo*, in E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni*, cit., XVII ss., XXXIII.

⁷⁶ Così G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in www.giustizia-amministrativa.it, §5. *Contra*, F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., 418-420, il quale ritiene che la discrezionalità

La via che il legislatore ha fatto intravedere è stata percorsa con autorevolezza dalla Sezione III del Tar Lombardia, Milano con la nota sentenza n. 1428 dell'8 giugno 2011 nella quale si legge: <<è ben possibile, però, che un'attività "in limine litis" connotata da discrezionalità possa, a seguito della progressiva concentrazione in giudizio delle questioni rilevanti (ad esempio, mediante il combinato operare di ordinanza propulsiva e motivi aggiunti) risultare, all'esito dello scrutinio del giudice, ormai "segnata" nel suo sviluppo>>.

L'accertamento della fondatezza della pretesa da parte del giudice amministrativo è conseguito, pertanto, dalla rilevazione nel processo dell'esaurimento della discrezionalità amministrativa riconosciuta all'amministrazione dalla norma attributiva del potere. Vicenda tuttavia nel caso di specie palesemente determinata dall'operato delle parti e del giudice nel processo di cognizione.

Con ordinanza propulsiva concessa al ricorrente nella sede cautelare (c.d. *remand*) il Collegio aveva infatti sollecitato l'amministrazione gravandola di un nuovo esercizio del potere decisionale. Intervenuti all'esito del giudizio di cognizione due dinieghi illegittimi da parte dell'amministrazione, il Collegio ha ritenuto di accertare la fondatezza della pretesa e condannare l'amministrazione all'adozione dell'atto richiesto dal ricorrente, dovendo <<ritenersi vincolata l'attività amministrativa successiva al secondo annullamento sulla medesima istanza pretensiva>>. Il Collegio ha dichiarato di rifarsi <<a quell'orientamento pragmatico e ragionevole della giurisprudenza amministrativa secondo il quale, in tali casi, il punto di equilibrio fra gli opposti interessi va determinato imponendo all'amministrazione (dopo un giudicato da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo) di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati (cfr. Cons. Stato, V, 134/99; Cons. Stato, VI, 7858/04)>>.

amministrativa deve essersi esaurita prima dell'avvio del processo. Questa tesi non è tuttavia convincente sia perché sottovaluta la circolarità fra procedimento e processo ed i poteri del giudice di incidere sull'azione amministrativa nel corso del processo (ordinanze propulsive, c.d. tecnica del *remand*), sia perché contrasta con il principio dell'effettività della tutela. *Contra* anche M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità*, cit., 119 ss. in base all'argomento di diritto positivo che sarebbe fornito dall'art. 34, c.1, lett. c che rinvia all'art. 31, c. 3 <<per definire i "limiti" nei quali l'"azione di condanna al rilascio" di un provvedimento è esercitata>>. Da ciò deriverebbe che la discrezionalità dovrebbe essersi già esaurita per proporre l'azione di condanna. È tuttavia il richiamo all'art. 31, c. 3 a convincere del contrario, ovvero che il limite è posto con riguardo alla pronuncia del giudice e non alla proponibilità dell'azione, mentre l'"esercizio" dell'azione di condanna non va inteso come proponibilità dell'azione.

L'orientamento, come è noto, si è affermato con riguardo al giudizio di ottemperanza⁷⁷. Senonchè, <<Il potere, una volta spendibile solo nella successiva sede dell'ottemperanza, di disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, ivi compresa la nomina di un commissario ad acta (art. 34 comma 1 lett e)>>⁷⁸, espressione del principio di effettività della tutela, consente oggi al giudice <<di concentrare in un solo episodio giurisdizionale tutta quella attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza>>⁷⁹.

Ciò che il Tar di Milano non dice, mentre in tal senso opera, è che l'esaurimento della discrezionalità nel processo amministrativo di cognizione deve ritenersi evenienza non solo possibile, ma necessaria, considerati l'onere per le parti di dedurre ogni possibile profilo di ragione, il principio di non contestazione e i <<compiti di cui è investito il Giudice al fine di rendere "matura" la causa>>⁸⁰. E' bene al riguardo ricordare che la sentenza del giudice amministrativo è chiamata a <<soddisfare la pretesa della parte vittoriosa>> (art. 44, c. 2, lett. b, l. n. 69 del 2009).

L'onere in capo all'amministrazione di dedurre in giudizio tutti i motivi ostativi all'accoglimento della domanda, nonché di effettuare se del caso i necessari adempimenti istruttori, fa sì che la "residua" discrezionalità si esaurisca (debba esaurirsi) nel processo. All'esito di questo, pertanto, il giudice può adottare la sentenza di condanna all'adozione del provvedimento richiesto nel rispetto dei limiti posti dall'art. 34, c. 1, lett. c, c.p.a.⁸¹.

⁷⁷ Il principio espresso dall'orientamento in questione è stato definito quale *ius receptum* da Cons. St., IV, n. 4987/2014 e applicato successivamente ad es. da Cons. St., VI, n. 53/2016.

⁷⁸ Dal combinato disposto degli artt. 30, c. 1, e 34, c. 1 lett. c in precedenza l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 3 del 2011 aveva tratto l'esperibilità di una azione di condanna volta ad ottenere il provvedimento richiesto, ancorchè ancora non esplicitamente prevista.

⁷⁹ La critica alle impostazioni tradizionali è condotta dal Tar Lombardia Milano in modo assai rigoroso muovendo dai principi costituzionali e comunitari in materia di pienezza ed effettività della tutela che informano il codice del processo amministrativo. I principi impongono anche <<un sistema "aperto" di tutele>>. Si <<invera>>, così, la garanzia posta dall'art. 24 Cost., che <<preclude al legislatore di rendere impossibile o comunque difficoltosa la tutela delle posizioni soggettive manovrando la disciplina del processo>>. Cfr. sull'esaurimento della discrezionalità Tar Puglia Bari, III, n. 1807/2011; Tar Puglia Lecce, I, n. 842/2002; Tar Puglia, I, n. 261/2012; Tar Lombardia Milano, III, n. 1045/2012.

⁸⁰ Così G. GRECO, *Giudizio sull'atto*, cit., § 5, secondo il quale <<di fronte ad un'azione di adempimento, in cui il ricorrente [...] chiede l'accertamento della fondatezza della pretesa, adducendo che non vi sono ragioni per impedire il conseguimento del bene della vita, quell'onere di dedurre ogni eventuale ulteriore motivo di diniego, che non sussiste in caso di azione di mero annullamento, diventa assolutamente attuale, in quanto attinente alla questione della fondatezza della pretesa, oggetto del giudizio>>.

⁸¹ Cfr. *amplius* G. GRECO, loc. ult. cit., il quale rammenta che nell'ordinamento tedesco (§ 114 della legge sul processo amministrativo) grava sull'amministrazione il dovere di esaurire una volta per tutte nel processo le scelte discrezionali, anche espletando la necessaria istruttoria.

Questa è (dovrebbe essere) l'essenza del nuovo processo amministrativo, mentre l'orientamento giurisprudenziale secondo cui all'amministrazione dovrebbero sempre essere consentite due *chances*⁸², orientamento richiamato dal Tar di Milano che lo definisce <<pragmatico e ragionevole>>, costituisce un tributo alla residua forza dei dogmi della specialità amministrativa, in particolare alla pretesa inesauribilità del potere amministrativo. L'orientamento giurisprudenziale ha tuttavia il pregio di evidenziare l'assurdità che all'amministrazione sia indefinitamente consentito di reiterare atti gravemente sfavorevoli al ricorrente adducendo ogni volta nuove ragioni.

Si è già osservato che il giudice interviene in un ruolo diverso da quello dell'amministrazione solo quando il problema amministrativo è stato da questa deciso e la residua discrezionalità si è consumata nel processo, non per sovrapporsi all'amministrazione in compiti di cura dell'interesse pubblico, bensì per apprestare nel caso concreto la tutela, piena e soddisfacente, della situazione giuridica dedotta in giudizio. In ciò necessariamente il giudice è chiamato a sostituirsi all'amministrazione e ad integrarne l'azione secondo il diritto, come indicato dal diritto europeo⁸³.

Nemmeno è da ritenere che il giudice si faccia amministratore allorché adotti il provvedimento favorevole in luogo della pubblica amministrazione. La previsione generale dell'azione di condanna e, in particolare, dell'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto fanno sì che tale evenienza debba essere ritenuta di carattere residuale. Non può tuttavia essere *a priori* esclusa quando si presenti come la sola misura idonea ad assicurare l'effettività della tutela alla stregua dell'art. 34, c.1, lett e⁸⁴.

⁸² Ciò consentirebbe - come ritenuto da Cons. St., ad. plen. , n.2/2013; Cons.St., III, n.3187/2014; Cons. St., IV, n. 4987/2014 - di salvaguardare la sfera di autonomia e di responsabilità dell'amministrazione anche secondo G.GREGO, *Giudizio sull'atto*, cit., §5.

⁸³ Per le questioni che pone il superamento del tabù della sostituzione, spesso aggirato e non contestato direttamente, v. D. VAIANO, *Sindacato di legittimità*, cit., il quale sottolinea che è <<la nozione stessa della giurisdizione di merito che va superata, in considerazione dei poteri più incisivi di ridefinizione dell'assetto degli interessi coinvolti dalla controversia oggi riconosciuti al giudice della legittimità, anche in chiave sostitutiva di competenze precedentemente rimesse dall'ordinamento all'amministrazione, in sede di esecuzione delle pronunce costitutive di annullamento adottate in esito al giudizio di cognizione>> (ivi, §7). Per rendere <<effettiva>> l'effettività della tutela richiesta dal codice del processo amministrativo, il bisticcio di parole è voluto, occorre tuttavia ancor più che un rafforzamento dei poteri di cognizione piena del giudice, il superamento di un atteggiamento culturale ancora prevalente nei giudici amministrativi, riluttanti ad operare l'accertamento completo ed effettivo dei fatti. Al riguardo, ivi §8 e A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit.

⁸⁴ Per una corretta applicazione v. TAR Friuli Venezia-Giulia, I, n. 167 del 2015. *Contra*, M.TRIMARCHI, *L'inesauribilità*, cit., 247 s., 255. Individua limiti all'idoneità di tale tipo di tutela A. CASSATELLA, *L'effetto sostitutivo della sentenza di annullamento*, in *Giorn. dir. amm.* 2016, 102 ss.

9. Con il codice del processo amministrativo, sotto la pressione cogente dei principi di pienezza ed effettività della tutela, si compie la parabola della specialità amministrativa. La discrezionalità amministrativa, la cui evoluzione è storicamente legata alla tutela apprestata dal giudice amministrativo, scende dal piedistallo sul quale l'avevano innalzata i dogmi della specialità amministrativa.