

COLLANA DI STUDI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO  
DELLA RIVISTA AMMINISTRATIVA DELLA REPUBBLICA ITALIANA

**ENRICO LUBRANO**

**LE AZIONI A TUTELA DEGLI INTERESSI PRETENSIVI NEL  
NUOVO PROCESSO AMMINISTRATIVO**

ISTITUTO EDITORIALE REGIONI ITALIANE S.R.L.  
ROMA 2012

**Prefazione al volume di Enrico Lubrano**  
**“Le azioni a tutela degli interessi pretensivi nel nuovo processo**  
**amministrativo”, Roma, 2012**

Marcello Clarich  
Ordinario di Diritto Amministrativo  
nella Luiss “Guido Carli” di Roma

\*\*\*

E' noto che uno dei bisogni di tutela più negletti nella disciplina del processo amministrativo antecedente al Codice riguardava i cosiddetti interessi legittimi pretensivi, correlati a un potere dell'amministrazione che si manifesta in provvedimenti che determinano un effetto ampliativo della sfera giuridica dell'interessato attribuendogli un bene della vita (autorizzazioni, concessioni, iscrizioni in albi e registri, sovvenzioni, ecc.). Di fronte a provvedimenti di diniego espresso o alla mancata pronuncia presentata dal privato (silenzio-inadempimento) la tradizionale sentenza di annullamento del provvedimento o la sentenza che accerta l'illegittimità del silenzio non attribuisce in modo diretto al ricorrente vittorioso in giudizio l'utilità al quale egli aspira tramite l'emanazione dell'atto favorevole.

Altri ordinamenti processuali e in particolare quello tedesco ammettono da tempo un'azione di condanna dell'amministrazione ad un *facere* specifico (*Verpflichtungsklage*), cioè al rilascio del provvedimento richiesto.

La bozza di Codice del processo amministrativo elaborato dalla Commissione istituita presso il Consiglio di Stato colmava questa lacuna. Introduceva infatti all'art. 40 dell'articolato l'azione di adempimento, cioè di condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento richiesto e negato, ponendo anche in capo alle parti del giudizio l'onere di produrre in giudizio “*tutti gli elementi utili ai fini dell'accertamento della fondatezza della pretesa*”. In questo modo si poteva ritenere che anche l'amministrazione avrebbe dovuto esplicitare tutte le ragioni che a suo avviso ostavano all'accoglimento dell'istanza del privato, anche quelle non poste alla base del provvedimento di diniego impugnato. All'esito del giudizio ove, anche sulla base delle allegazioni delle parti e dell'attività istruttoria, fosse risultato che l'amministrazione era tenuta a rilasciare il provvedimento positivo, stante l'assenza di spazi residui di discrezionalità, il giudice avrebbe potuto condannare l'amministrazione all'emanazione dell'atto.

Questa disposizione è stata stralciata, insieme ad altre, in sede governativa sul presupposto (in realtà indimostrato) che essa avrebbe comportato maggiori spese a carico dell'erario in una fase storica nella quale il legislatore cerca di contenere il disavanzo pubblico.

Tuttavia, soppresso l'articolo sull'azione di adempimento, sono rimasti nel Codice altri riferimenti legislativi che, interpretati in modo sistematico nel senso di aprire la strada alla atipicità delle azioni nel processo amministrativo, avrebbero potuto fondare la possibilità di esperire comunque una siffatta azione di condanna specifica, in aggiunta alla condanna al risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo espressamente prevista dal Codice. Molti commentatori, in sede di prima analisi del Codice, avevano raggiunto questa conclusione.

La reazione della giurisprudenza amministrativa su questo tema è stata assai rapida. Infatti, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 23 marzo 2011, n. 3, in un importante *obiter dictum*, ha ritenuto che il Codice include anche quella che viene definita come “*azione di condanna pubblicistica (cd azione di esatto adempimento) all'adozione del provvedimento*” esperibile sia nel caso di silenzio, sia nel caso di provvedimento espresso di rigetto, ma “*sempre che non vi osti la sussistenza di profili discrezionalità amministrativa e tecnica*”.

Da ultimo, con il secondo decreto correttivo al Codice (D.lgs. n. 160 del 2012) finalmente l'azione di adempimento trova un riferimento legislativo espresso, anche se essa ad essa non viene dedicato, analogamente a quanto accade per le altre azioni fondamentali, un articolo autonomo.

Siamo dunque ancora ben lontani dalla sitematica dell'ordinamento processuale tedesco nel quale la *Verpflichtungsklage* ha pari dignità rispetto all'azione di annullamento. Essa anzi ha assorbito l'azione avverso il silenzio, che invece è espressamente disciplinata dal Codice. La *Verpflichtungsklage* infatti può essere proposta sia nel caso di rifiuto espresso (*Ablehnung*) del provvedimento richiesto sia nel caso di omessa emanazione (*Unterlassung*) (par. 42 del *Verwaltungsgerichtsordnung*).

Di fronte a rivolgimenti legislativi e giurisprudenziali così non deve stupire se la dottrina stia dedicando molta attenzione al tema della tutela degli interessi legittimi pretensivi e in particolare all'azione di adempimento, riprendendo e sviluppando le intuizioni e gli auspici della dottrina più avvertita (M. Nigro, F. Merusi) che già negli anni Settanta del secolo scorso avevano reclamato una riforma legislativa volta a introdurre l'azione di adempimento.

Il volume di Enrico Lubrano guida il lettore passo passo all'interno dell'intricata problematica della tutela degli interessi legittimi pretensivi nel processo amministrativo muovendo anche dagli stimoli provenienti dall'ordinamento europeo e ripercorrendo in modo accurato le tappe legislative e giurisprudenziali e i contributi della dottrina anche antecedenti al Codice che hanno aperto la strada all'azione di adempimento.

La parte più interessante e innovativa del volume è senza dubbio quella finale dedicata alla questione di come e in quale sede l'amministrazione sia tenuta a esplicitare tutte le ragioni che si oppongono all'accoglimento dell'istanza e dunque alla soddisfazione dell'interesse legittimo pretensivo. Senz'altro condivisibile è l'idea che l'esaurimento della discrezionalità deve avvenire "*one shot*", cioè già all'interno del procedimento amministrativo e in particolare nella fase di contraddittorio prevista dall'art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990, superando così il punto di equilibrio raggiunto dalla giurisprudenza amministrativa che invece consente all'amministrazione un "*second shot*" (ma non un "*third shot*") all'amministrazione nel caso di accoglimento di un primo ricorso avverso un provvedimento di diniego.

Altrettanto condivisibili sono le preoccupazioni e i rimedi proposti per assicurare che comunque tutte le nuove valutazioni rimesse all'amministrazione a valle di una sentenza di annullamento debbano essere circondate da particolari garanzie in modo tale da garantire un'indipendenza non più assicurata dall'amministrazione che è stata parte del giudizio.

## **SOMMARIO**

### **INTRODUZIONE**

#### **CAPITOLO I**

##### **INTERESSE LEGITTIMO PRETENSIVO E PROCESSO AMMINISTRATIVO**

1. Interesse legittimo e processo amministrativo
2. L'interesse legittimo nella sua evoluzione storica
3. Il contenuto della figura dell'interesse legittimo
4. La tutela processuale dell'interesse pretensivo

#### **CAPITOLO II**

##### **PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE**

1. L'effettività della tutela in generale
2. L'effettività della tutela nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo
3. L'effettività della tutela nell'ordinamento comunitario
4. Processo amministrativo ed effettività della tutela
5. Principio di effettività e tutelare cautelare nel processo amministrativo: dalla mera sospensione dei provvedimenti c. d. "positivi" alla tutela cautelare atipica
6. Principio di effettività della tutela e giudizio di ottemperanza
7. Effettività della tutela, oggetto del giudizio amministrativo e sistematica delle azioni: cenni

#### **CAPITOLO III**

##### **EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA E GIUSTO PROCESSO AMMINISTRATIVO**

1. Il giusto processo
2. La parità delle parti
3. La problematica delle ordinanze c.d. di "*remand*"
4. Le perplessità in ordine al *remand* e il loro superamento ad opera della legge n. 205/2000
5. La tecnica del *remand* e il principio di parità delle parti: dubbi di compatibilità
6. La ragionevole durata del processo
7. Giusto processo e concentrazione della tutela davanti a un unico Giudice
- 7.A. L'evoluzione del criterio di riparto per la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo
- 7.B. L'evoluzione del criterio di riparto per la tutela inerente la sorte del contratto di appalto in seguito ad annullamento dell'aggiudicazione

#### **CAPITOLO IV**

## **L'OGGETTO DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO: DALLA GIURISDIZIONE SULL'ATTO ALLA GIURISDIZIONE SUL RAPPORTO**

1. Effettività della tutela e oggetto del processo amministrativo
2. Il dibattito circa l'oggetto del giudizio amministrativo
3. La "caduta" del binomio tra illegittimità del provvedimento e annullamento retroattivo dello stesso
4. La consacrazione del giudizio amministrativo come giudizio sul rapporto: il Codice del processo amministrativo e l'Adunanza Plenaria n. 3/2011
5. Giudizio sul rapporto e poteri del Giudice Amministrativo nel rito speciale in materia di appalti

### **CAPITOLO V**

#### **TIPICITÀ E ATIPICITÀ DELLE AZIONI NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO**

1. Diritto di azione e atipicità dell'azione nel processo civile
2. Atipicità delle azioni e processo amministrativo
3. Le ragioni ostative all'ammissione del principio di atipicità delle azioni nel processo amministrativo
4. Atipicità delle azioni e tentativi di riforma

### **CAPITOLO VI**

#### **LE IPOTESI TIPICHE DI AZIONI DI ACCERTAMENTO E DI CONDANNA**

1. In generale
2. Il rito avverso il silenzio
3. Il rito in materia di accesso

### **CAPITOLO VII**

#### **LA DISCIPLINA DELLE AZIONI DI ACCERTAMENTO, DI CONDANNA E DI ADEMPIMENTO NELLA DISCIPLINA DEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO**

1. I principi-obiettivo contenuti nella legge-delega n. 69/2009
2. Le azioni di accertamento e di adempimento e la loro "espunzione" dal Codice
3. Le varie tipologie di azioni previste dal Codice
4. Le (inevitabili) incertezze interpretative successive all'emanazione del Codice

### **CAPITOLO VIII**

#### **L'AZIONE DI MERO ACCERTAMENTO NELL'EVOLUZIONE NORMATIVA E GIURISPRUDENZIALE**

1. L'azione di mero accertamento nella giurisprudenza anteriore al Codice
2. L'azione di mero accertamento nella giurisprudenza successiva al Codice
3. L'azione di mero accertamento per il terzo in relazione alla SCIA nella disciplina successiva al Codice (Legge n. 148/2011)
4. L'ammissibilità dell'azione di mero accertamento per il terzo in relazione alla SCIA nella dottrina e nella giurisprudenza successive alla Legge n. 148/2011
5. L'azione generale di mero accertamento nella giurisprudenza successiva al Codice
6. L'azione di mero accertamento nella sua attuale configurazione

## **CAPITOLO IX**

### **LE AZIONI DI CONDANNA E DI ADEMPIMENTO NELL'EVOLUZIONE NORMATIVA E GIURISPRUDENZIALE**

1. Le azioni di condanna e di adempimento nella disciplina originaria del Codice (D.Lgs. n. 104/2010)
2. L'azione di condanna nella giurisprudenza successiva al Codice
3. L'azione di adempimento "codificata" nel D.Lgs. n. 160/2012 (Secondo Correttivo)

## **CAPITOLO X**

### **LE AZIONI DI ACCERTAMENTO, DI CONDANNA AD UN *FACERE* E DI ADEMPIMENTO NELLA LORO ATTUALE CONFIGURAZIONE**

1. I limiti di ammissibilità delle azioni di accertamento, di condanna ad un *facere* di adempimento
2. La questione dell'individuazione delle situazioni di attività vincolata o a discrezionalità esaurita
3. La soluzione fornita dalla giurisprudenza anteriore al Codice ("*two shots*" per l'Amministrazione, il secondo dei quali "consumabile" anche dopo il giudizio)
4. La soluzione fornita dalla giurisprudenza successiva al Codice ("*two shots*" per l'Amministrazione, il secondo dei quali da consumare nel corso del giudizio)
5. Verso una soluzione possibile ("*one shot*" per l'Amministrazione)

## **CONCLUSIONI**

## INTRODUZIONE

L'Economia nazionale si basa su "lavoro" e "impresa", ovvero sull'effettiva esplicazione delle energie professionali dei privati sulle quali la Repubblica è "fondata"; le attività dei privati costituiscono ciascuna una "goccia" e tutte insieme il "mare" dell'Economia italiana.

Buona parte delle attività dei privati passa oggi per l'Amministrazione Pubblica (da intendersi in senso ampio come ogni forma di esercizio di poteri autoritativi nell'ottica del perseguimento di interessi generali della collettività), essendo esse subordinate al rilascio dei relativi permessi da parte delle Amministrazioni.

L'Economia nazionale passa, quindi, in buona parte, per l'Amministrazione; un "*buon andamento*" dell'azione amministrativa contribuisce a determinare un buon andamento dell'Economia (fisiologia); viceversa, un cattivo andamento della prima determina inevitabilmente un cattivo andamento della seconda (patologia).

Laddove, però, si verificano situazioni di patologia amministrativa (non così infrequenti, purtroppo) ed il privato denunci l'abuso subito (cosa che non sempre avviene, anche in considerazione dei costi dei giudizi), spetta alla Giustizia Amministrativa ripristinare la fisiologia del "*buon andamento*".

In tale ottica, il Giudice Amministrativo assume, infatti, oggi, il ruolo (indiscusso) di Giudice della "*New Economy*" ed è chiamato a svolgere tale delicata funzione, nell'ambito del rapporto Amministrazione-Giustizia-Economia, in ogni questione portata alla sua attenzione. Per svolgere tale compito, ovviamente, ha bisogno di strumenti adeguati a garantire pienezza ed effettività della tutela.

Proprio in ragione di tale ruolo fondamentale della Giustizia Amministrativa per l'Economia nazionale, la delega al Governo "*per il riassetto della disciplina del processo amministrativo*" è stata emanata con la legge 18 giugno 2009, n. 69, ovvero nell'ambito di una normativa contenente "*disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività*".

In tale quadro generale, si inserisce un tema che, ad oggi, costituisce un aspetto centrale del processo amministrativo, ovvero la questione della configurazione dell'ampiezza della giurisdizione del Giudice Amministrativo e, a monte, delle azioni previste dal sistema a tutela del privato: tali due aspetti, in realtà, non sono altro che le due facce della stessa medaglia, costituita, da un lato, dall'individuazione delle azioni astrattamente ammesse (angolo di visuale del ricorrente) e, dall'altro, dalla enucleazione dei poteri del Giudice (angolo di visuale del giudicante).

Agli inizi del processo amministrativo, in una realtà costituita quasi esclusivamente da interessi legittimi oppositivi, la configurazione di un sistema di Giustizia meramente demolitoria risultava essere pienamente adeguato alla tutela di essi; la questione della ammissibilità di ulteriori azioni si è posta e sviluppata successivamente, con l'evoluzione della realtà socio-economica dei rapporti tra Amministrazione e amministrati e con l'emersione della figura dell'interesse pretensivo.

In sostanza, nel momento in cui le esigenze dei privati - da interessi di tipo "statico", di mera difesa dagli atti negativi dell'Amministrazione (opposizione al provvedimento restrittivo della propria posizione giuridica soggettiva, come nel caso di un'espropriazione) - hanno cominciato a configurarsi, in prevalenza, come interessi di tipo "dinamico", volti ad ottenere atti positivi dell'Amministrazione (ovvero richieste-pretese al rilascio di provvedimenti ampliativi della propria

posizione giuridica soggettiva, come nel caso di un'autorizzazione commerciale) - il sistema della giurisdizione meramente "demolitoria" ha manifestato la sua inadeguatezza.

Il mero annullamento di un diniego al rilascio di un provvedimento ampliativo di una posizione giuridica soggettiva è, infatti, risultato non pienamente soddisfacente degli interessi del privato, se non accompagnato da un accertamento della fondatezza della relativa pretesa e dalla conseguente condanna dell'Amministrazione ad un *facere*, consistente proprio nel rilascio del provvedimento denegato.

In tale evoluzione storica della realtà socio-economica, nella trattazione di questioni relative ad interessi pretensivi, per la Giustizia Amministrativa si è manifestata l'esigenza di passare da una "giurisdizione sull'atto", ovvero soltanto sul provvedimento negativo dell'Amministrazione, incidente su interessi oppositivi del privato, ad una "giurisdizione sul rapporto", ovvero sull'intero rapporto Amministrazione-amministrato, costituito, sul lato-Amministrazione, dal provvedimento di diniego, e, sul lato-privato, dalla relativa pretesa ad ottenere un atto di ampliamento della propria sfera giuridica. In tali casi, pertanto, ciò che si richiede al Giudice non è soltanto di accertare il lato-Amministrazione del rapporto (legittimità o meno del provvedimento impugnato), ma anche (e soprattutto) di accertare il lato-privato dello stesso (fondatezza o meno della pretesa del ricorrente).

La questione dell'ammissibilità di azioni di accertamento, di condanna ad un *facere* e di adempimento e della conseguente configurazione dell'ampiezza della giurisdizione del Giudice Amministrativo, già ampiamente in discussione in dottrina e giurisprudenza, si pone in tutta la sua evidenza con l'emanazione del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, ovvero con il Codice del Processo Amministrativo ad esso allegato; in particolare:

- a) da una parte, la Commissione presso il Consiglio di Stato, delegata a predisporre la "bozza" del Codice dalla legge n. 69/2009 – in esecuzione del disposto della legge-delega, che aveva indicato di "*disciplinare le azioni e le funzioni del giudice: (omissis) 4) prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa*" – predispone un articolato normativo all'interno del quale trovano posto tutte tali tipologie di azioni;
- b) dall'altra parte, il Governo "taglia" le azioni di accertamento e di adempimento previste nella bozza originaria, giustificando tale soppressione, con discutibili esigenze di tutela di Finanza Pubblica.

Il risultato è un Codice di difficile interpretazione sotto tale profilo, privo delle azioni di accertamento e di adempimento, eliminate dal Governo nella versione finale, ma contenente, comunque, una serie di elementi utili ad ipotizzare indirettamente l'ammissibilità di esse, tra i quali la previsione di un potere del Giudice di condanna ad un *facere* (seppure privo della previsione della correlativa azione), ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. c, dello stesso.

All'indomani dell'emanazione di tale Codice, pertanto, il sistema di Giustizia Amministrativa si interroga su un profilo centrale del proprio funzionamento, in relazione alla corretta configurazione delle azioni proponibili da parte del ricorrente (con riferimento alla ammissibilità o meno, in astratto, di azioni generali di accertamento, di condanna ad un *facere* o di adempimento) ed alla individuazione della correlativa ampiezza della stessa giurisdizione del Giudice (con riferimento alla sussistenza o meno del potere, in astratto, di pronunciarsi su azioni generali di accertamento, di condanna ad un *facere* o di adempimento).

La storia recente racconta, infatti, un dibattito dottrinario e giurisprudenziale tra i più importanti della storia della Giustizia Amministrativa:

- a) da una parte, i “conservatori”, fautori di un’interpretazione del Codice in senso restrittivo, che si pongono in termini negativi sulla ammissibilità di tali azioni in generale, basandosi soprattutto sul dato letterale e teleologico costituito dalla mancata previsione di un sistema articolato di azioni di accertamento, di condanna ad un *facere* e di adempimento;
- b) da un’altra parte, i “progressisti”, fautori di un’interpretazione del Codice in senso estensivo, che si pongono in termini positivi sulla configurabilità di tali azioni, basandosi soprattutto sulla previsione di un potere del Giudice di condanna ad un *facere* e sul dato sistematico, costituito dall’esigenza di realizzare i principi-obiettivo di effettività e pienezza della tutela (costituenti un prodotto fondamentale della “spinta” del Diritto Europeo), perseguibili soltanto mediante un sistema articolato di azioni di accertamento, di condanna ad un *facere* e di adempimento.

Proprio da parte dei fautori della visione più “aperta” del processo amministrativo, ci si chiede, in sostanza, come possa essere compatibile non solo con i criteri direttivi della legge di delega, ma anche, e soprattutto, con i principi-obiettivo di effettività e pienezza della tutela, nonché di parità delle parti e concentrazione del giudizio (sanciti, con chiaro fine programmatico, rispettivamente agli artt. 1 e 2 del Codice), un sistema di Giustizia Amministrativa al quale sia preclusa una giurisdizione generale di accertamento e di condanna. Un sistema legato ancora alla cultura del provvedimento (e, quindi, di fatto, limitato ad una giurisdizione sull’atto), nel quale al Giudice sia sostanzialmente precluso un accesso vero e proprio al rapporto tra Amministrazione e amministrato, con integrale definizione dell’intera questione in giudizio, senza “code” di riesplorazione di discrezionalità successiva da parte dell’Amministrazione (c.d. “potere di riedizione”).

All’interno di tale dibattito, con riferimento alla ammissibilità delle azioni di accertamento, di condanna ad un *facere* e di adempimento, le prime aperture sono provenute dalla dottrina prevalente, che poi è stata confortata dalla giurisprudenza, con lungimiranti decisioni della Plenaria del Consiglio di Stato (in particolare, le nn. 3/2011 e 15/2011, relative rispettivamente all’azione di condanna e all’azione di accertamento, seppure questa riferita alla posizione del terzo rispetto alla SCIA) e con importanti decisioni di alcuni Tribunali Amministrativi Regionali.

Una volta riconosciuta, per “diritto pretorio”, l’ammissibilità dell’azione di condanna ad un *facere* e, indirettamente, anche dell’azione di accertamento della fondatezza della pretesa del privato (che costituisce il presupposto della sentenza di condanna) e della azione di adempimento (che costituisce sostanzialmente una *species* del *genus* delle sentenze di condanna ad un *facere*), si è giunti fino alla codificazione dell’azione di adempimento con il Secondo Correttivo al Codice (D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160).

Oggetto del presente lavoro è, pertanto, l’analisi del sistema attuale del processo amministrativo in questo nuovo “quadro” normativo e giurisprudenziale, al fine di comprendere se e in che limiti siano oggi concretamente ammissibili le azioni di accertamento, di condanna ad un *facere* e di adempimento.

## CAPITOLO X

### LE AZIONI DI ACCERTAMENTO, DI CONDANNA AD UN *FACERE* E DI ADEMPIMENTO NELLA LORO ATTUALE CONFIGURAZIONE

#### 1. I limiti di ammissibilità delle azioni di accertamento, di condanna ad un *facere* di adempimento

Alla luce di quanto chiarito, allo stato attuale, la questione-centrale non è più relativa all'ammissibilità in astratto dell'azione di accertamento costitutivo, dell'azione di condanna ad un *facere* in generale o dell'azione di adempimento al rilascio di un provvedimento specifico, ma si sposta sull'individuazione delle situazioni nelle quali tali azioni siano effettivamente esperibili.

Il Secondo Correttivo - con riferimento diretto alla *species* dell'azione di adempimento - ha, infatti, previsto due limiti relativi all'esperimento di tale azione, ovvero:

- a) un limite di carattere sostanziale, riferito all'applicazione dei presupposti previsti per l'accertamento della fondatezza della pretesa nel giudizio relativo al silenzio (*"L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3"*), ovvero nei soli casi di attività vincolata o a discrezionalità esaurita, per i quali non siano necessari ulteriori adempimenti istruttori (*"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"*)<sup>(1)</sup>;
- b) un limite di carattere processuale, riferito alla necessità che l'azione di adempimento sia presentata contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio, precisando testualmente che la stessa deve essere proposta (*"L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata ... contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio"*).

#### 2. La questione dell'individuazione delle situazioni di attività vincolata o a discrezionalità esaurita

---

<sup>1</sup> Tale limite sostanziale si pone in manifesta contraddizione con quanto originariamente indicato nella Relazione Governativa al Codice, nell'ambito della quale era stato espressamente chiarito di non avere voluto inserire, con riferimento all'azione di condanna, il riferimento ai limiti previsti nell'azione contro il silenzio per l'accertamento della fondatezza della pretesa (ovvero nei soli casi di attività vincolata o a discrezionalità esaurita, nei quali non siano necessari ulteriori adempimenti istruttori), proprio perché, a detta della stessa Relazione, l'introduzione di tali limiti avrebbe determinato un'eccessiva limitazione della tutela consentita al privato in contrasto con i principi di effettività e pienezza della tutela.

Si veda, in particolare, il dato testuale della Relazione (a pag. 26 della stessa), nella quale risulta riportato quanto segue: *"Nel disciplinare l'ambito delle decisioni del giudice amministrativo e, dunque, i relativi poteri non è stata recepita l'osservazione, formulata dalla Commissione Affari costituzionali della Camera, con la quale si suggeriva di limitare le pronunce giurisdizionali, suscettibili di incidere sull'attività della Pubblica amministrazione o che impongono alla stessa un *facere* specifico, ai soli casi di attività vincolata o quando comunque non risultino spazi ulteriori di esercizio della discrezionalità. Si è ritenuto, infatti, che l'introduzione per il giudice amministrativo di una limitazione per certi versi analoga a quella posta al giudice ordinario dall'art. 4 della L.A.C. del 1865 potrebbe finire col ridurre sensibilmente l'effettività della tutela giurisdizionale, per quale configurata sin dal 1890 con la creazione della IV sezione del Consiglio di Stato"*.

In tale situazione – al di là della evidente opportunità per il ricorrente di proporre tale azione contestualmente ad altra azione, di annullamento del provvedimento di diniego (se emanato) o avverso il silenzio (in caso di mancata emanazione del provvedimento), per non incorrere in una pronuncia di inammissibilità dell'azione – la giurisprudenza dovrà chiarire la portata esatta di tali limiti e, in particolare, in che cosa si concretino le situazioni (oltre che di attività vincolata) di c.d. “discrezionalità esaurita”.

### **3. La soluzione fornita dalla giurisprudenza anteriore al Codice (“two shots” per l’Amministrazione, il secondo dei quali “consumabile” anche dopo il giudizio)**

La giurisprudenza precedente al Codice aveva ammesso la possibilità per l’Amministrazione di emanare un secondo diniego del provvedimento per ragioni diverse (anche se non sopravvenute) da quelle contenute nel primo provvedimento (c.d. “second shot”), nel frattempo annullato dal Giudice Amministrativo: tale soluzione costringeva il privato a porre in essere una defatigante opera di ulteriore impugnazione (in sede di legittimità o di ottemperanza o in entrambe le sedi) anche del secondo diniego.

Alla luce delle evidenti difficoltà per il privato di ottenere giustizia in tale contesto (che postulava il rischio per lo stesso privato di vedersi emanare un terzo diniego per ragioni ulteriori, non sopravvenute, anche dopo il secondo giudizio, nonché ulteriori dinieghi potenzialmente all’infinito), la giurisprudenza ha sancito l’obbligo per l’Amministrazione, dopo il primo giudizio, di “*esaminare l’affare in tutta la sua interezza*” (per tutti, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 3 dicembre 2004, n. 7858 <sup>(2)</sup>), in modo da evitare quantomeno il rischio di emanazione di un terzo provvedimento negativo (fondato su ulteriori ragioni, diverse da quelle dei primi due provvedimenti annullati dal Giudice).

Tale soluzione - seppure aveva il pregio di configurare un obbligo per l’Amministrazione di chiudere la questione almeno nell’emanazione del secondo provvedimento (quello in sede di riedizione del potere, successivamente ad una sentenza di annullamento del precedente provvedimento) - non risultava, però, rispondente agli attuali principi-obiettivo sanciti dagli artt. 1 e 2 del Codice, in quanto postulava una ingiustificata situazione di vantaggio in favore dell’Amministrazione (autorizzandola comunque al riesercizio del potere, seppure una sola volta, anche dopo l’annullamento del provvedimento in sede giurisdizionale) nei confronti del privato (costretto ad una ulteriore impugnazione del secondo provvedimento negativo, con relativa spendita

---

<sup>2</sup> Si riporta il dato testuale di tale decisione, laddove ha sancito il principio dell’obbligatorio riesame dell’affare nella sua interezza per l’Amministrazione successivamente ad un giudizio di annullamento di un proprio provvedimento.

“Come questo Consesso ha già statuito ‘*deve escludersi che ogni questione insorta dopo la formazione del giudicato e in esecuzione dello stesso vada sottoposta al vaglio del giudice dell’ottemperanza, e tuttavia occorre che la controversia fra l’amministrazione e l’amministrato trovi ad un certo punto una soluzione definitiva, e dunque occorre impedire che l’amministrazione proceda più volte all’emanazione di nuovi atti, in tutto conformi alle statuizioni del giudicato, ma egualmente sfavorevoli al ricorrente, in quanto fondati su aspetti sempre nuovi del rapporto, non toccati dal giudicato: il punto di equilibrio va determinato imponendo all’amministrazione – dopo un giudicato di annullamento da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo – di esaminare l’affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, tutte le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati*’ (C. Stato, V, 6 febbraio 1999, n. 134; in termini anche C. Stato, IV, 5 agosto 2003, n. 4539).

Nel caso specifico, dopo il primo giudicato favorevole all’odierno ricorrente, l’amministrazione ha già una volta dato esecuzione (ritenuto poi illegittima) a tale giudicato, e in quella sede aveva il dovere di esaminare l’affare nella sua interezza. Nella sede odierna, in cui si disputa della seconda esecuzione dell’originario giudicato, l’amministrazione non può esaminare questioni nuove, quale è quella del mancato superamento del periodo di prova, non toccate in sede di prima esecuzione del giudicato”.

di risorse di tempo e finanziarie), nonché con relativo aggravio della “macchina” della Giustizia Amministrativa (richiamata a giudicare in ordine a questioni relative ad un rapporto, che avrebbe dovuto essere definito integralmente in sede amministrativa con l’emanazione del provvedimento e, in sede giurisdizionale, con l’emanazione della sentenza).

#### **4. La soluzione fornita dalla giurisprudenza successiva al Codice (“two shots” per l’Amministrazione, il secondo dei quali da consumare nel corso del giudizio)**

La giurisprudenza successiva al Codice, invece, muove verso un’ottica di esaurimento del potere autoritativo e delle facoltà discrezionali dell’Amministrazione quantomeno in sede processuale, nella quale il Giudice - anche con la tecnica del “*remand*” o mediante richieste di chiarimenti ai sensi dell’art. 63 del Codice (ai sensi del quale “*il giudice può chiedere alle parti anche d’ufficio chiarimenti o documenti*”) - può costringere l’Amministrazione ad esaurire la propria discrezionalità su una determinata questione, comunicando tutti gli eventuali motivi ostativi (anche ulteriori rispetto a quelli espressi originariamente nel provvedimento impugnato).

Di conseguenza, qualora in giudizio risultino illegittimi tutti i motivi ostativi adottati, si determina lo stato di fatto e di diritto previsto dall’art. 31, comma 1 (c.d. “discrezionalità esaurita”), del Codice; in tale situazione, il Giudice può pronunciarsi sulla “*fondatezza della pretesa*” (accertamento costitutivo) e condannare l’Amministrazione ad un *facere*, anche consistente nel rilascio del provvedimento denegato; in tale ottica, si vedano, in particolare, le seguenti decisioni (già richiamate, ma con riferimento a profili differenti):

- a) TAR Lombardia, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428 <sup>(3)</sup>: tale decisione risulta di particolare importanza (oltre che per i profili già analizzati, relativi all’ammissibilità dell’azione di condanna), anche per l’*iter* motivazionale che ha condotto al riconoscimento del principio di c.d. “esaurimento della discrezionalità in giudizio” <sup>(4)</sup>, avendo la stessa evidenziato, nell’ordine:
  - a1) l’esigenza di valutare in giudizio se l’illegittimità del provvedimento possa determinare, come conseguenza immediata e diretta, anche l’emanazione di un ordine di condanna ad un *facere* <sup>(5)</sup>;

<sup>3</sup> Con riferimento a tale sentenza, si vedano anche i seguenti articoli di dottrina: DI MARCO G., *L’azione di adempimento il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Il Corriere del merito*, 2011 fasc. 12, pagg. 1233 e ss.; TORCHIA L., *Condanna ed adempimento nel nuovo processo amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011 fasc. 11, pagg. 1187 e ss..

<sup>4</sup> Tale sentenza ha il particolare merito di avere espresso per prima il concetto di necessario esaurimento della discrezionalità nel corso di un unico giudizio, al fine di consentire l’esplicazione di una giurisdizione piena ed effettiva da parte del Giudice Amministrativo, concretantesi nella potestà non solo di annullare i provvedimenti impugnati, ma anche di accertare la fondatezza della pretesa del privato e di condannare l’Amministrazione al rilascio del provvedimento denegato.

<sup>5</sup> Si riporta il dato testuale di tale passaggio della sentenza richiamata.  
“IV. Entrambi i dinieghi opposti all’istanza di trasferimento (impugnati, rispettivamente, con il ricorso introduttivo e con i motivi aggiunti) sono illegittimi e, pertanto, devono essere annullati. A questo punto, il Collegio deve verificare l’ammissibilità e la fondatezza della domanda del ricorrente con cui questi chiede al Giudice di ordinare all’amministrazione il trasferimento presso qualsiasi ufficio o reparto della Polizia di Stato collocato nelle competenze territoriali delle questure di Chieti o Pescara o, in subordine, presso altro ufficio o reparto comunque ravvicinato presso la città di Ortona (la richiesta, per quanto topograficamente collocata nelle conclusioni relative alla istanza cautelare, si riferisce, come si evince dalla piana lettura del ricorso, anche alla pronuncia di merito).  
IV.1. In particolare, si tratta di verificare: quali vincoli conformativi astringano la pubblica amministrazione a seguito dell’annullamento giurisdizionale di due successivi dinieghi sulla medesima istanza pretensiva; se, ed in presenza di quali presupposti, sia possibile condannare la pubblica amministrazione all’adozione dell’atto cui il ricorrente aspira”.

- a2) l'esigenza di verificare in giudizio se non vi siano più spazi discrezionali per l'Amministrazione per negare nuovamente il rilascio del provvedimento denegato (<sup>6</sup>);
- a3) l'avvenuto superamento del giudizio soltanto sull'atto (<sup>7</sup>);
- a4) la non adeguatezza della precedente soluzione fornita dalla giurisprudenza di consentire un secondo momento di riesercizio della discrezionalità anche dopo una sentenza di annullamento del precedente provvedimento, con necessità per il privato di impugnare anche il secondo provvedimento in un nuovo giudizio (<sup>8</sup>);

---

<sup>6</sup> Si riporta il dato testuale di tale passaggio della sentenza richiamata.

“V. *La questione se, dopo l'accertamento giurisdizionale della illegittimità di un diniego su di una istanza, l'amministrazione possa negare nuovamente al ricorrente il bene della vita a cui il ricorrente aspira in base ad accertamenti o valutazioni che sarebbero potuti essere già compiuti nell'originario procedimento amministrativo, ovvero se ne consegua il vincolo conformativo di accordare la richiesta del cittadino, si iscrive ne quadro dei rapporti tra gli effetti della sentenza ed il fluire della attività giuridica amministrativa*

<sup>7</sup> Si riporta il dato testuale di tale passaggio della sentenza richiamata.

“VI. *L'opinione tradizionale escludeva di poter riconnettere alla sentenza amministrativa l'effetto di imporre una disciplina del rapporto tra amministrazione e cittadino 'sostitutiva' della disciplina dettata dall'atto annullato. Anche quando si condivideva la natura sostanziale dell'interesse portato dal cittadino istante, si reputava che il Giudice conoscesse del rapporto tra amministrazione e cittadino solo attraverso lo "schermo" del problema di validità dell'atto amministrativo. Tale impostazione, alla cui stregua la soluzione della crisi di cooperazione tra Autorità e cittadino non approdava alla risoluzione in modo positivo e sostanziale del conflitto bensì si arrestava all'accertamento parentetico del profilo esteriore dell'atto, trovava conforto sia nella lettera dell'art. 45 t.u. Cons. St., secondo cui 'la sentenza amministrativa fa salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione', sia nella collocazione istituzionale ('nell'amministrazione') di un giudice il cui intervento non poteva precludere la persistente disponibilità in capo all'Autorità della disciplina dell'assetto degli interessi pubblici ed individuali. Tale 'concorrenza' tra potere amministrativo e potere giurisdizionale era, altresì, sottolineata dal fatto che l'esecuzione della sentenza doveva avvenire 'in via amministrativa' (art. 88 reg. proc. Cons. St.), quindi non negli stessi termini in cui il comune cittadino è soggetto al giudicato civile.*

V.2. *L'ordinamento processuale amministrativo, tuttavia, si è progressivamente affrancato dal paradigma del mero accertamento giuridico di validità dell'atto. Si tratta di un percorso che ha visto lungamente confrontarsi, da un lato, la visione che concepisce il giudizio amministrativo come strumento di garanzia della legalità della azione amministrativa (e, conseguentemente, intende l'interesse legittimo come 'regola di coesistenza', volta a conciliare l'interesse privato con quello pubblico); dall'altro, l'idea di una giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali”.*

<sup>8</sup> Si riporta il dato testuale di tale passaggio della sentenza richiamata.

“V.3. *Il primo passo, stante l'insufficienza di una tutela soltanto caducatoria degli emergenti interessi pretensivi, è stato quello di superare i 'limiti' dell'annullamento postulando, accanto all'effetto demolitorio della sentenza, anche quello conformativo e ripristinatorio. Il giudice, si è affermato, quando accerta l'invalidità dell'atto e le ragioni che la provocano, stabilisce quale è il corretto modo di esercizio del potere e fissa la regola alla quale l'amministrazione si deve attenere nella sua attività futura. Quanto più la sentenza è in grado di 'convertire' l'insieme delle circostanze relative all'esercizio concreto di un dato potere in un vincolo per l'Autorità, tanto più l'azione amministrativa successiva alla sentenza rappresenta non la manifestazione di un potere 'proprio' quanto la sua mera esecuzione.*

*Sennonché, anche quando il contenuto ordinatorio della sentenza di accoglimento (di per sé variabile in relazione al tipo di vizio riscontrato ed al tratto di potere dedotto in giudizio) consentiva una ampia definizione della fattispecie sostanziale (giungendo, talvolta, finanche a prefigurarne l'assetto finale), esso mai poteva tradursi in un espresso dispositivo di condanna, e ciò pur ammettendosi l'insorgere di un obbligo pubblicistico in capo alla p.a. di ripristinare lo status quo ante e di conformarsi alle regole di azione statuite. La 'regola implicita, elastica, incompleta' della pronuncia sarebbe potuta divenire titolo esecutivo (ovvero, statuizione concreta dei tempi e modi per adempiere all'obbligo) soltanto 'progressivamente' nella successiva sede del giudizio di ottemperanza.*

*Invero, erano ragioni di equilibrio istituzionale (sintetizzate nella formula di permanente salvezza del potere amministrativo), e non certo di carattere teorico o tecnico giuridico, ad imporre che, non in prima, ma soltanto in seconda battuta, si potesse ottenere tutela specifica dell'interesse pretensivo. Era, tuttavia, di comune esperienza quanto l'applicazione di tale regola portasse con sé il grave inconveniente di dilatare sensibilmente i tempi di definizione giudiziale della vicenda: difatti, ammessa la possibilità per l'amministrazione di reiterare più volte una stessa pronuncia muovendosi negli interstizi lasciati liberi dalla sentenza, la legittima aspirazione del cittadino, a vedere compiutamente definite tutte le chance di soddisfazione del suo interesse finale, doveva scontare l'introduzione di un indefinito numero di giudizi di cognizione prima di poter essere completamente soddisfatta; inoltre, a causa della non semplice identificazione dei presupposti per il giudizio di ottemperanza, talvolta il ricorrente vittorioso, in*

a5) l'esigenza di fare confluire in un unico giudizio tutti gli aspetti relativi ad una determinata questione (ivi compresa ogni nuova espressione della discrezionalità amministrativa eventualmente necessaria) <sup>9</sup>;

---

*presenza di atti successivi alla sentenza di cognizione, poteva essere costretto a proporre ricorso per ottemperanza e, insieme, ricorso di legittimità*".

<sup>9</sup> Si riporta il dato testuale di tale passaggio della sentenza richiamata.

*"V.4. Ben si comprende, a questo punto, perché il comune obiettivo delle successive tendenze legislative e giurisprudenziali sia stato quello di far convergere nel giudizio di cognizione, per quanto possibile, tutte le questioni dalla cui definizione possa derivare una risposta definitiva alla domanda del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita. Prima dell'entrata in vigore del codice del processo, vanno citati almeno i seguenti sviluppi:*

- *la combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti avverso l'atto di riesercizio del potere hanno consentito di focalizzare l'accertamento, per successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere;*
- *è divenuta pacifica la possibilità per il giudice di spingersi 'oltre' la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento, nella convinzione che quella degli apprezzamenti tecnici non sia un'area istituzionalmente 'riservata' alla pubblica amministrazione, giacché ciò che è precluso al giudice amministrativo è soltanto il giudizio di valore e di scelta che 'specializza' la funzione amministrativa, mentre l'interpretazione e l'accertamento dei presupposti della fattispecie di cui il potere è effetto spetta al giudice;*
- *le nuove tecniche di sindacato, punto di emersione della 'amministrazione di risultato' e della acquisita centralità che il bene della vita assume nella struttura dell'interesse legittimo, hanno indotto il giudice ad un vaglio di ragionevolezza più penetrante rispetto al mero riscontro di illogicità formale, in cui la qualificazione di invalidità dipende, più che dalla difformità rispetto ad un parametro normativo, dalla devianza rispetto all'obiettivo il cui solo perseguimento legittima il potere della Autorità;*
- *nella stessa prospettiva si colloca la regola per cui il provvedimento è valido (o, comunque secondo altra prospettazione, non è annullabile) quando la difformità dal diritto obiettivo non abbia inciso sulla adeguata sistemazione degli interessi da esso operata (art. 21 octies, Il comma, L. 241/90, che attribuisce alla p.a. la possibilità di introdurre nel processo anche fatti non dedotti nell'atto o versati nel procedimento per dimostrare che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso);*
- *l'art. 10 bis della legge sul procedimento, nel caso di procedimenti ad istanza di parte, imponendo alla p.a. di preavvisare il privato di tutti i possibili motivi di reiezione dell'istanza, ha consentito al processo di giovare della estensione del contraddittorio procedimentale a tutti i profili della disciplina del rapporto;*
- *l'iscrizione tra i valori giuridici ordinanti del principio di concentrazione e di ragionevole durata (art. 111 cost.) osta a che una controversia sulla medesima pretesa sostanziale possa essere frazionata in più giudizi di merito in spregio al diritto di difesa ed alle esigenze di efficiente impiego delle risorse della giustizia;*
- *la codificata possibilità per il giudice amministrativo di accertare la fondatezza dell'istanza del privato nell'ambito del giudizio sul silenzio è stata salutata come una conferma delle ricerche più avanzate su oggetto e ruolo del processo (l'art. 2 comma 5 della l. 241/1990, ribadito dall'art. 31 c.p.a.).*

*"V.5. Ma, senza dubbio, spetta al codice del processo amministrativo il merito di avere abbandonato definitivamente ogni residuo della concezione oggettiva del giudizio amministrativo di annullamento come strumento di controllo dell'azione amministrativa, e di aver consolidato lo spostamento dell'oggetto del giudizio amministrativo dall'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, al rapporto regolato dal medesimo, al fine di scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata, sempre che non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione (così l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 23 marzo 2011 n. 3; ma alle medesime conclusioni era pervenuta anche una consistente parte della dottrina amministrativistica).*

*E', in primo luogo, significativo che, alla formula per la quale la cognizione non poteva esaurire tutti i profili del potere amministrativo (stante la salvezza degli ulteriori atti dell'autorità amministrativa: artt. 45 R.D. 1054/1924 e 26 L. 1043/1971), il codice abbia sostituito il ben diverso divieto di pronunciare su poteri amministrativi non ancora esercitati (art. 34, comma 2), volto soltanto ad impedire la tutela anticipata dell'interesse legittimo.*

*Ma la nuova 'visione' del processo sta, soprattutto, nell'aver radicato tra le attribuzioni del giudice della cognizione 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 lettera e). La previsione, con tutta evidenza, consente di esplicitare 'a priori', ovvero nel dispositivo della sentenza, gli effetti conformativi e ripristinatori da cui discende la regola del rapporto, e non più 'a posteriori', in sede di scrutinio della condotta tenuta dall'amministrazione dopo la sentenza di annullamento; ne consegue la possibilità di concentrare in un solo episodio giurisdizionale tutta quella attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza. Le misure attuative, talvolta, saranno limitate alla sola definizione dei modi di riesercizio del potere; altre volte, invece, quando l'accoglimento della questione di legittimità non lasci residuare margine alcuno per soluzioni alternative, potranno spingersi a statuire in via soddisfattiva sulla spettanza del provvedimento richiesto; all'occorrenza, con la nomina del commissario, le misure potranno anche*

- a6) l'introduzione del principio del possibile "esaurimento" della discrezionalità in giudizio come regola generale <sup>(10)</sup>;
- b) Cons. Stato, Sez. IV, 23 febbraio 2012, n. 985 <sup>(11)</sup>;
- c) TAR Lombardia, Sez. III, 10 aprile 2012, n. 1045 <sup>(12)</sup>.

## 5. Verso una soluzione possibile ("one shot" per l'Amministrazione)

A parere dello scrivente, la soluzione prospettata dalla recente giurisprudenza richiamata (obbligo per l'Amministrazione di esaminare l'affare nella sua interezza nel corso del giudizio, con contestuale esaurimento della discrezionalità amministrativa) – pur molto apprezzabile, in quanto costituente un passo avanti rispetto alla precedente soluzione (obbligo per l'Amministrazione di esaminare l'affare nella sua interezza dopo il giudizio, con conseguente esaurimento della discrezionalità amministrativa successivamente ad esso e necessità per il privato di intentare un nuovo giudizio di cognizione o di ottemperanza o entrambi) – non risolve la questione in maniera "piena ed effettiva", in quanto ammette comunque la possibile "riedizione" del potere amministrativo anche dopo l'emanazione del provvedimento amministrativo.

---

*essere esecutive e sostitutive (salvo chiedersi, in tal caso, se la nomina differita del commissario segni, come pure è stato suggerito, il limite massimo dell'estensione del giudizio di cognizione, ovvero se il sindacato sulla conformità dell'operato del commissario al contenuto precettivo della sentenza ricada o meno nell'ambito del giudizio di ottemperanza)".*

<sup>10</sup> Si riporta il dato testuale di tale passaggio della sentenza richiamata.

*"V.6. Tale disegno, è bene precisare, non consente certo di ritenere che all'accoglimento del ricorso possa sempre e comunque conseguire la fissazione della regola del caso concreto; ciò sarà consentito solo in presenza di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità. Il principio, stabilito dall'art. 31, comma 3, deve ritenersi di ordine generale dal momento che l'interesse pretensivo, sia che l'amministrazione rimanga inerte sia che emani un provvedimento espresso di diniego, ha la stessa consistenza e lo stesso bisogno di tutela. Mentre nei casi anzidetti la pronuncia potrà estendersi a tutti gli aspetti del potere determinandone i successivi svolgimenti, ove per contro, nonostante l'operatività degli istituti di concentrazione, permanga un nucleo di valutazioni discrezionali riservate, il giudice, anche nel nuovo assetto, rimane di certo non autorizzato a spostare dal procedimento al processo la sua definizione.*

*V.7. E' ben possibile, però, che anche una 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, oramai 'segnata' nel suo sviluppo. Il caso che ci occupa in concreto ne offre un cospicuo esempio.*

*Se pure non può dirsi attualmente condivisa dalla comunità giuridica l'opinione secondo cui l'amministrazione esaurirebbe con il primo provvedimento di rigetto la propria discrezionalità (è la tesi autorevolmente proposta da quanti interpretano il preavviso di rigetto ex art. 10 bis l. 241/90 come norma obbligatoria per l'amministrazione ad indicare, in sede di preavviso di rigetto e con il finale diniego, tutti i motivi ostativi), essendo dai più riconosciuta (anche dopo un primo annullamento) la possibilità di emettere un nuovo atto di diniego per motivi diversi da quelli indicati, tuttavia, deve ritenersi vincolata l'attività amministrativa successiva al secondo annullamento sulla medesima istanza pretensiva. Quest'ultimo assunto si riattacca 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 giudizio 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). Le argomentazioni sopra ampiamente svolte sull'evoluzione del processo consentono di applicare il medesimo principio anche nella consimile ipotesi in cui l'amministrazione venga reinvestita della questione a seguito di 'remand' (tecnica cautelare che si caratterizza proprio per rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto gravato, restituendo quindi all'amministrazione l'intero potere decisionale iniziale)".*

<sup>11</sup> Anche tale decisione ha ribadito "la necessità che sia l'intera vicenda amministrativa e non un suo singolo episodio ad essere posta all'attenzione del giudice".

<sup>12</sup> Tale decisione è testualmente identica alla già riportata sentenza n. 1428/2011 del medesimo TAR Lombardia.

In sostanza – al fine di perseguire i principi-guida posti a base del Codice, ovvero garantire una tutela piena ed effettiva del privato nei confronti dell'Amministrazione (art. 1 CPA), nonché l'applicazione dei principi di parità delle parti, di concentrazione e di ragionevole durata del giudizio (art. 2 CPA) – deve assumersi come principio generale il fatto che l'emanazione di un provvedimento amministrativo concreti, di per sé, l'avvenuto esaurimento di ogni profilo relativo all'esplicazione del potere autoritativo e della relativa discrezionalità (amministrativa e/o tecnica) in esso contenuta, secondo il principio del c.d. “one shot”<sup>(13)</sup>.

In base a tale principio, l'Amministrazione deve esaurire la propria discrezionalità nel procedimento relativo all'emanazione del provvedimento, comunicando subito tutti gli eventuali motivi ostativi al rilascio del provvedimento favorevole, prima ai sensi dell'art. 10 bis della legge n. 241/1990 (ragioni del preavviso di rigetto) e poi ai sensi dell'art. 3 della stessa legge (motivazione del provvedimento finale), senza che possano essere ammesse “code” di riesercizio del potere neanche nel corso del giudizio conclusosi con l'annullamento del provvedimento (né, tantomeno, successivamente al giudizio), in conformità con il divieto di motivazione postuma<sup>(14)</sup>.

In una tale prospettiva – nell'ottica dell'effettiva esplicazione del principio di parità delle parti, non solo in sede processuale, ma nel corso dell'intero rapporto controverso (costituente ormai pacificamente l'oggetto del giudizio amministrativo), ivi comprese le fasi anteriori al giudizio (procedimento amministrativo ed emanazione del provvedimento finale) e quelle successive alla

---

<sup>13</sup> Tale assunto risulta espresso da F. PATRONI GRIFFI, *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), nell'ambito del quale l'Autore sottolinea come “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”.

<sup>14</sup> Con riferimento all'inammissibilità della motivazione postuma si vedano, a titolo meramente esemplificativo, le seguenti decisioni.

- 1) Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3882: “La motivazione deve precedere e non seguire ogni provvedimento amministrativo, individuando con ciò il fondamento dell'illegittimità della motivazione postuma nella tutela del buon andamento amministrativo e nell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario”;
- 2) Cons. Stato, Sez. VI, 12 novembre 2009, n. 6997: “La motivazione del provvedimento amministrativo non può essere integrata nel corso del giudizio con la specificazione di elementi di fatto, dovendo la motivazione precedere e non seguire ogni provvedimento amministrativo, individuando con ciò il fondamento dell'illegittimità della motivazione postuma nella tutela del buon andamento amministrativo e nell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario”;
- 3) T.A.R. Sardegna, Sez. II, 25 novembre 2011, n. 1132: “Anche dopo le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo n. 241 del 7 agosto 1990 introdotte dalla L. n. 15 del 2005 (finalizzate a diminuire alla rilevanza dei vizi formali del provvedimento e, segnatamente, del vizio di difetto di motivazione), la motivazione carente di un provvedimento non può essere integrata in sede processuale, posto che una motivazione incompleta può essere semmai ricostruita attraverso gli atti del procedimento amministrativo, mentre resta inammissibile un'integrazione postuma della motivazione operata al di fuori del procedimento amministrativo”;
- 4) T.A.R. Piemonte, Sez. I, 4 novembre 2011, n. 1161: “È inammissibile l'integrazione postuma della motivazione di un atto amministrativo mediante gli atti difensivi predisposti dall'Amministrazione resistente, e ciò anche dopo le modifiche apportate alla l. 7 agosto 1990 n. 241 dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15, rimanendo sempre valido il principio secondo cui la motivazione del provvedimento non può essere integrata nel corso del giudizio con la specificazione di elementi di fatto, dovendo la motivazione precedere e non seguire ogni provvedimento amministrativo, a tutela del buon andamento amministrativo e dell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario”;
- 5) T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 14 giugno 2011, n. 42: “Le motivazioni non contenute nell'atto gravato non possono essere inserite in una memoria integrativa, essendo inammissibile l'integrazione postuma della motivazione di un provvedimento”.

sentenza – si dovrebbe assumere come principio generale l’obbligo per l’Amministrazione di specificare subito tutti i motivi dell’eventuale diniego (e non solo alcuni, con un’ingiustificata “rateizzazione” dei motivi di diniego, ancora, purtroppo, estremamente frequente), sia in fase di comunicazione dei motivi ostativi, sia in fase di motivazione del provvedimento finale.

Tale principio, del resto, corrisponde al principio in base al quale la “controparte” (il privato) deve presentare tutti i motivi di ricorso nel termine di decadenza previsto per la presentazione di esso (non essendo neanche lontanamente pensabile che il privato possa presentare un ricorso con solo alcuni motivi di censura, riservandosi poi la presentazione di ulteriori motivi successivamente, in quanto questi, salvo i casi in cui non siano giustificati dalla conoscenza sopravvenuta di nuovi elementi, sarebbero senz’altro inammissibili).

Questa prospettiva (di esaurimento “*one shot*” del potere autoritativo) risulta, inoltre, conforme anche ai principi di concentrazione, di economia processuale e di ragionevole durata del giudizio, in quanto - non consentendo all’Amministrazione l’emanazione di ulteriori provvedimenti di diniego (fondati su motivi ulteriori rispetto al primo provvedimento) - il giudizio si “concentrerà” nell’analisi, da parte del Giudice, delle censure dedotte dal ricorrente avverso i motivi del diniego contenuti nel provvedimento, senza dispersione di “energie processuali” da parte di ricorrente e Giudice, rispettivamente per contestare e per valutare le ulteriori censure con riferimento a nuovi motivi o nuovi provvedimenti di diniego successivamente opposti dall’Amministrazione, con conseguenti effetti positivi anche dal punto di vista della ragionevole durata del giudizio (che si esaurirà anche esso “*one shot*”, esattamente come il potere autoritativo e la discrezionalità dell’Amministrazione).

Una tale soluzione consentirebbe, poi, di dare “piena ed effettiva” applicazione all’azione di adempimento, ora espressamente prevista dal Codice, in quanto realizzerebbe un sistema in cui, in via generale, la discrezionalità dell’Amministrazione si configurerebbe sempre come “esaurita” a seguito dell’emanazione del relativo provvedimento (in via diretta o anche a seguito dell’eventuale ordine di provvedere da parte del Giudice nel caso di silenzio-inadempimento); di conseguenza, una volta appurata l’eventuale illegittimità di tutti i motivi ostativi al rilascio del provvedimento, il Giudice non potrà che condannare l’Amministrazione al rilascio dello stesso (anche direttamente nel dispositivo e non soltanto indirettamente, nella motivazione della sentenza, come ancora avviene nella maggior parte dei casi), garantendo così una giustizia “piena ed effettiva”, al passo con i tempi di una giurisdizione ormai configurata sul rapporto ed avente ad oggetto la fondatezza della pretesa sostanziale del privato.

Del resto, l’esercizio della giurisdizione nei termini indicati non si porrebbe in contrasto neanche con l’art. 34, comma 2, del Codice (ai sensi del quale “*in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*”): infatti – una volta emanato il provvedimento (integralmente motivato) da parte dell’Amministrazione – vi è stato pieno esercizio dei poteri amministrativi e, di conseguenza, non si pone alcun problema né di sovrapposizione del Giudice sull’attività amministrativa (ormai esercitata integralmente), né di violazione del principio di separazione dei poteri; è, infatti, pacifico e connaturato ad un sistema di giurisdizione sul rapporto, avente ad oggetto la pretesa del cittadino, il fatto che, una volta ritenuti illegittimi tutti i motivi del diniego opposto dall’Amministrazione, il Giudice possa esperire anche le operazioni meramente consequenziali (prive di ogni valutazione discrezionale), quali accertare la fondatezza della pretesa e condannare l’Amministrazione al rilascio del provvedimento.

In ogni caso - laddove vi sia, in casi specifici, l’esigenza di ulteriori valutazioni discrezionali (come nel caso di mancata effettuazione di alcuni accertamenti istruttori da parte dell’Amministrazione o nel caso in cui si ponga l’esigenza di “ripetere” atti di discrezionalità

tecnica, di cui il Giudice abbia riconosciuto l'illegittimità per accertata inattendibilità) - sarà comunque opportuno che il Giudice:

- a) non rimandi alla stessa Amministrazione il potere di porre in essere tali atti di istruttoria e di emanazione di un nuovo provvedimento (essendo la stessa ormai parte del relativo giudizio e, quindi, inevitabilmente, non più in posizione di "imparzialità" rispetto alla questione in oggetto, essendo, anzi, fisiologicamente "portata" ad emanare un provvedimento negativo, in ragione del fatto che l'emanazione di un provvedimento positivo la esporrebbe a inevitabili richieste di risarcimento dei danni), ma devolva piuttosto tale potere ad un soggetto terzo, quale potrebbe essere:
  - a1) un soggetto dotato di specifiche competenze tecniche (quale, ad esempio, un verificatore o un CTU) laddove gli accertamenti istruttori da porre in essere siano vincolanti ai fini della definizione della questione (ad esempio, come nel caso di necessaria valutazione di un profilo meramente sanitario, con accertamento del relativo requisito fisico ai fini della riammissione ad un concorso) e non sia, quindi, necessario lo svolgimento di ulteriori valutazioni discrezionali successive<sup>(15)</sup>;
  - a2) un'altra Amministrazione (di caratteristiche analoghe a quella convenuta), laddove gli accertamenti istruttori da porre in essere non siano vincolanti ai fini della definizione della questione (ad esempio, come nel caso di mancata acquisizione di un parere tecnico non vincolante) e sia, quindi, necessario lo svolgimento di ulteriori valutazioni discrezionali successive<sup>(16)</sup>;
- b) o, quantomeno che, laddove rimandi alla stessa Amministrazione il potere di emanare tali atti, lo faccia con la previsione di meccanismi di garanzia di imparzialità dello svolgimento del riesame ad opera della medesima Amministrazione, quali, ad esempio, mediante ordine di formazione della Commissione in diversa composizione (rispetto a quella che ha emanato i provvedimenti impugnati) o mediante qualsiasi altro modo di garantire comunque l'imparzialità del riesame, come già affermato dalla giurisprudenza<sup>(17)</sup>.

---

<sup>15</sup> L'indicazione di un verificatore-terzo per le questioni tecniche controverse e già valutate erroneamente o in maniera non attendibile dall'Amministrazione è principio assolutamente pacifico; a titolo meramente esemplificativo, si vedano, di recente:

- a) T.A.R. Lazio, Sez. II, ordinanza 22 marzo 2012, n. 1047: *"Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio: - dispone che il Policlinico Militare di Roma provveda, previa costituzione di un apposito collegio medico con specifica competenza professionale, ad effettuare una verifica in ordine alla patologia rilevata ed alla sua congruenza rispetto alle ipotesi tipiche di inidoneità di cui al D.M. 17.5.2000 n. 155. L'accertamento dovrà essere effettuato previa comunicazione, anche via fax, del giorno, dell'ora e del luogo sia al ricorrente, sia al resistente Ministero delle Finanze, Comando Generale della Guardia di Finanza, anche presso il domicilio ex lege (Avvocatura Generale dello Stato), i quali potranno farsi assistere da medici di fiducia"*;
- b) T.A.R. Lombardia, Sez. I, ordinanza 1 luglio 2011, n. 652: ha ritenuto *"di dover disporre una verifica al fine di accertare se, in relazione alle censure dedotte dalla ricorrente, le specifiche tecniche indicate nella scheda tecnica delle apparecchiature fornite dalla controinteressata siano equivalenti a quelle indicate nell'allegato 1 alla lettera d'invito per l'esecuzione ottimale della prestazione richiesta dalla lex specialis di gara, con specifica relazione illustrativa"*.

<sup>16</sup> In una tale eventualità, una volta disposto il relativo accertamento istruttorio originariamente mancante e assunto il relativo provvedimento da parte del soggetto terzo, entrambe le parti (privato ricorrente ed Amministrazione convenuta) potrebbero eventualmente contestarlo rispettivamente con "motivi aggiunti" (nell'ambito del medesimo giudizio) o con ricorso autonomo, che poi sarebbe riunito a quello del privato ai sensi dell'art. 70 del Codice

<sup>17</sup> Al fine di garantire il rispetto dei principi di imparzialità e parità di trattamento in ogni procedura di riesame, si vedano a titolo meramente esemplificativo, le seguenti decisioni:

- a) T.A.R. Lazio, Sez. II ter, 27 aprile 2012, n. 3809: *"il ricorso va quindi accolto con conseguente annullamento dell'atto di esclusione impugnato, il che impone alla stazione appaltante di procedere alla riedizione della procedura di valutazione delle offerte (a partire da quella tecnica), attraverso la nomina di una nuova commissione di gara, posto peraltro che le offerte sono state ormai rese pubbliche con la loro apertura nell'apposita seduta di gara"*;

In tale ottica, come ogni vizio del provvedimento relativo a profili di tipo formale e procedimentale, anche i vizi di eccesso di potere per difetto (o insufficienza) di istruttoria e di motivazione dovrebbero essere inquadrati nell'ambito dei c.d. "vizi non invalidanti", ai sensi dell'art. 21 *octies*, comma 1, della legge n. 241/1990.

In particolare, con riferimento a tali due tipologie di vizi – il cui riscontro porta spesso a sentenze di annullamento per difetto di istruttoria e di motivazione, avente carattere "meramente rescindente" (di annullamento puro del provvedimento, con "*remand*" all'Amministrazione per la "fase rescissoria" ovvero per il completamento della fase istruttoria e dell'iter motivazionale) – sarebbe opportuno, al fine di garantire pienezza, effettività e concentrazione della tutela, applicare, in via analogica, il principio sancito per la mancata comunicazione di avvio del procedimento dalla seconda parte del comma 2 dell'art. 21 *octies* richiamato<sup>(18)</sup>, nel senso di portare all'interno del processo amministrativo ogni valutazione sulla sussistenza e sulla rilevanza di tali vizi ai fini del riconoscimento della fondatezza della pretesa; di conseguenza:

- a) laddove l'Amministrazione dimostri in giudizio l'irrelevanza del difetto di istruttoria posto in essere (fornendo in giudizio la prova che, anche laddove si fosse proceduto a tale passaggio istruttorio, il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello emanato), il Giudice accerterà l'infondatezza della pretesa e la legittimità del provvedimento impugnato;
- b) laddove l'Amministrazione non riesca a dimostrare in giudizio l'irrelevanza del difetto di istruttoria posto in essere nel senso sopra indicato, il Giudice demanderà lo svolgimento di tale accertamento istruttorio e l'emanazione del conseguente provvedimento non alla stessa Amministrazione, ma piuttosto ad un soggetto terzo (quale, ad esempio, un'altra Amministrazione aventi caratteristiche simili a quella convenuta in giudizio).

In tale ottica, in entrambi i casi, il Giudice, avendo raccolto tutti gli elementi utili ai fini del decidere sulla fondatezza della pretesa, potrà definire integralmente il giudizio con una sentenza di accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale e (in caso positivo) di conseguente condanna dell'Amministrazione ad un *facere* o al rilascio del provvedimento denegato (anziché non con una sentenza di mero annullamento del provvedimento, solo rescindente, con *remand* all'Amministrazione per la fase rescissoria dell'emanazione del nuovo provvedimento, insufficiente a garantire pienezza, effettività e soddisfattività della pretesa, come ancora oggi avviene con notevole frequenza) e il giudizio amministrativo potrà "effettivamente" spostarsi dall'atto (con l'eliminazione di sentenze di mero difetto di istruttoria e di motivazione di limitata utilità per la parte) al rapporto (con sentenze di accertamento, di condanna e di adempimento), così come

- 
- b) T.A.R. Lazio, Sezione Prima, sentenze nn. 26344/2010 e 26369/2010: "*Tale riesame degli elaborati del ricorrente dovrà essere effettuato da parte di una Commissione giudicatrice in composizione diversa da quella che ha adottato il gravato giudizio, garantendo l'anonimato di tale adempimento mediante eliminazione di ogni segno di riconoscimento degli elaborati, i quali dovranno essere esaminati e valutati contestualmente agli elaborati di altri cinque candidati da estrarre a sorte tra quelli giudicati idonei, depurati anch'essi da segni di riconoscimento, con la precisazione che il giudizio espresso originariamente per tali elaborati non potrà essere messo in discussione dal giudizio eventualmente difforme formulato in esito alla procedura di riesame. Ciò coerentemente con il principio in base al quale, nel caso di rinnovazione delle valutazioni delle prove scritte di un concorso, a seguito del loro annullamento in sede giurisdizionale, l'Amministrazione procedente deve modificare la composizione della commissione giudicatrice al fine di garantire neutralità, rigore tecnico, assenza di pregiudizi nella rinnovazione delle operazioni concorsuali, dovendo il potere amministrativo essere comunque ispirato ai principi di legalità, di imparzialità e di buon andamento*".

<sup>18</sup> Per completezza, si riporta il dato testuale della norma indicata: "*Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*".

auspicabile nell'ottica del perseguimento dei principi-obiettivo del Codice stesso.

## CONCLUSIONI

L'analisi della questione oggetto del presente lavoro (articolazione delle azioni a disposizione del privato e configurazione dell'ampiezza della giurisdizione del Giudice), costituente oggi un aspetto centrale del processo amministrativo, evidenzia come, anche con riferimento a tale problematica, il sistema della Giustizia Amministrativa, considerata la non adeguatezza degli interventi del Legislatore, ha codificato esso stesso, mediante una propria produzione giurisprudenziale, i principi necessari per lo svolgimento del servizio-Giustizia in maniera piena, effettiva ed adeguata alle esigenze della realtà socio-economica sostanziale.

Il riconoscimento dell'interesse legittimo pretensivo come posizione giuridica soggettiva di tipo sostanziale e l'esigenza di assicurare ad esso le medesime forme di tutela dei diritti soggettivi, la perdita di centralità del provvedimento e la "caduta del binomio" tra illegittimità dell'atto e annullamento retroattivo di esso, lo spostamento dell'oggetto della giurisdizione amministrativa dal mero atto all'intero rapporto tra Amministrazione e amministrato – tutti elementi storicamente conquistati dalla giurisprudenza amministrativa – hanno determinato l'esigenza (ed, anzi, la necessità) di configurare un articolato sistema di azioni, funzionale a realizzare effettivamente il sistema della giurisdizione sulla pretesa.

Come già era successo in passato per tanti istituti poi successivamente codificati dal Legislatore (quali, ad esempio, i decreti cautelari monocratici, i limiti del potere di autotutela, i c.d. vizi non invalidanti ecc.), anche con riferimento alle azioni di accertamento e di condanna ad un *facere*, è stata la giurisprudenza (particolarmente supportata dalla prevalente dottrina) a riconoscerne l'ammissibilità, fino a costringere il Legislatore a positivizzare l'azione di adempimento nel Secondo Correttivo al Codice (intervento realisticamente volto non tanto a riconoscerne l'ammissibilità, quanto piuttosto a sancirne i limiti, essendo stata ormai ammessa l'azione di condanna ad un *facere* dalla giurisprudenza della Plenaria).

Ad oggi, dunque, in via generale ed astratta, risulta formalmente ammessa l'azione di adempimento e, di conseguenza, dovrebbero esserlo anche l'azione di condanna ad un *facere* (che ne costituisce il *genus*) e l'azione di accertamento della fondatezza della pretesa (che ne costituisce un presupposto), peraltro ormai riconosciute dalla giurisprudenza.

Ma la risposta di un sistema non è nella previsione generale ed astratta delle regole (comunque indispensabile per muovere la cultura di settore a guardare avanti ed a camminare nella nuova direzione), quanto piuttosto nella loro applicazione specifica e concreta, caso per caso, giorno dopo giorno.

E', infatti, evidente che la previsione generale dell'ammissibilità dell'azione di adempimento (peraltro corredata di limiti apparentemente stringenti, quali attività vincolata o a discrezionalità esaurita) rimarrebbe lettera morta se non fosse seguita da un'applicazione concreta di essa, con definizione, ad opera della giurisprudenza, del principio (sostenuto nel Capitolo X) di obbligatorio esaurimento della discrezionalità amministrativa alla fine del percorso procedimentale (ovvero con l'emanazione del provvedimento con il limite del c.d. "*one shot*") o, quantomeno, nell'ambito del processo amministrativo; con realizzazione di un sistema che consenta sempre e comunque (salvo casi eccezionali in cui non sia materialmente possibile) la definizione del rapporto Amministrazione-amministrato nella sua interezza con la sentenza del Giudice Amministrativo.

L'auspicio, quindi, è che – una volta formalmente riconosciuta l'ammissibilità delle azioni in questione, quale presupposto necessario per la realizzazione di una giurisdizione sul rapporto – la

Giustizia Amministrativa applichi effettivamente tali principi nella realtà quotidiana, in tutte le questioni aventi ad oggetto interessi pretensivi, concludendo i relativi giudizi (laddove le istanze del privato risultino fondate) con espresso accertamento della fondatezza della pretesa del cittadino e con condanna dell'Amministrazione ad un *facere* specifico (non soltanto nella parte motivazionale della sentenza, ma anche nel suo dispositivo), realizzando così un sistema di giurisdizione piena, senza più "code" *post iudicium* di riedizione del potere amministrativo.

Alla luce dei principi-obiettivo non solo di effettività e pienezza della tutela, ma anche di concentrazione del giudizio (in un unico processo) e parità delle parti (non solo nel processo, ma in tutto il rapporto, dalla fase procedimentale alla fase processuale), infatti, non può più avere alcun senso una riedizione del potere da parte di un'Amministrazione che sia stata parte soccombente in un giudizio e, come tale, sia diventata priva della necessaria terzietà rispetto alla questione e, quindi, incapace di guidare l'azione amministrativa secondo il principio di "imparzialità" sancito dall'art. 97 della Costituzione, quale presupposto imprescindibile per perseguire il "buon andamento" della stessa: "chi voglia giudicare del vero nel modo dovuto ha da essere piuttosto arbitro che parte in causa" (Aristotele, *Il Cielo*, I (A) 10, 279, 10-12).

Il dibattito interno alla Giustizia Amministrativa è oggi quanto mai aperto:

- a) da una parte, la cultura del passato, con i suoi retaggi e con i limiti della giurisdizione rispetto alla inesauribilità del potere amministrativo, al merito ed alla separazione dei poteri, realisticamente superabili in ragione di quanto evidenziato nel Capitolo X (in quanto, se c'è espressione del potere autoritativo, esso deve ritenersi di regola esaurito, con la conseguenza che la sovrapposizione del potere giudiziario al potere esecutivo ed amministrativo deve ritenersi del tutto fisiologica ed in linea con i principi sanciti dagli artt. 103 e 113 della Costituzione);
- b) dall'altra parte, le prospettive del futuro, in un'ottica di effettiva realizzazione della giurisdizione sul rapporto e degli ideali della effettività e pienezza della tutela, mediante un utilizzo costante dei poteri giurisdizionali correlati alla valutazione delle azioni di accertamento, di condanna ad un *facere* e di adempimento.

L'auspicio che si percorrano prospettive di apertura appare fondato: le linee tracciate dalla giurisprudenza recente sembrano andare in questa direzione, ovvero verso una sempre più ampia applicazione del sistema di azioni faticosamente conquistato dalla stessa Giustizia Amministrativa.

Non ci resta che attendere, con fiducia: la storia di domani dirà il resto...