

ENRICO ZAMPETTI

Professore associato di diritto amministrativo Università di Siena

enrico.zampetti@unisi.it

**RIFLESSIONI SU PROCESSO AMMINISTRATIVO E  
SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE IN DIALOGO  
CON ANDREA CARBONE**

**REFLECTIONS ON ADMINISTRATIVE JUDICIAL PROCEDURE  
AND SUBJECTIVE JURIDICAL SITUATIONS IN DIALOGUE WITH  
ANDREA CARBONE**

SINTESI

L'articolo svolge alcune riflessioni suscitate dalla recante monografia di Andrea Carbone dedicata al potere e alle situazioni soggettive nel diritto amministrativo. L'attenzione si concentra in particolare su due aspetti: l'individuazione dell'oggetto del processo amministrativo nella tutela di annullamento e in quella di adempimento; la c.d. spendita in giudizio della residua discrezionalità da parte dell'amministrazione, nell'ambito della tutela di adempimento. Con riferimento al primo aspetto, si evidenzia come tanto la tutela di annullamento quanto la tutela di adempimento abbiano entrambe ad oggetto la situazione giuridica del privato, sebbene tra le due forme di tutela intercorrano delle differenze in ordine alla misura dell'accertamento. Per quanto riguarda il secondo aspetto, viene sottolineato come, a fronte di una discrezionalità spesa in giudizio sfavorevolmente al privato, l'accertamento della pretesa sostanziale, e dunque la condanna all'adozione del provvedimento, debba comunque passare attraverso un sindacato giurisdizionale provocato da un'apposita impugnazione, ulteriore rispetto all'originaria domanda di annullamento.

ABSTRACT

The article intends to propose some reflections aroused by Andrea Carbone's monograph dedicated to power and subjective juridical situations in administrative law. The attention is focused in particular on two aspects: the

object of administrative judicial procedure with regard to action for annulment and action for enjoinder.; the exercise of residual administrative discretion in the context of the action for enjoinder. With reference to the first aspect, it is noted that both the actions have as their object the subjective juridical situations, although there are differences in terms of the extent of the assessment. With regard to the second aspect, it is emphasized that, when discretion is exercised in the judicial procedure unfavorably to the private, the assessment of the substantial claim, and therefore the sentence to adopt the administrative act, requires further action for annulment.

PAROLE CHIAVE: processo amministrativo; potere amministrativo; situazioni giuridiche soggettive.

KEYWORDS: administrative judicial procedure; administrative power; subjective juridical situations.

INDICE: 1. Premessa. 2. Situazioni giuridiche soggettive e oggetto del giudizio amministrativo. 3. Sulla spendita della discrezionalità in giudizio. 4. Osservazioni conclusive.

## **1. Premessa**

La recente monografia di Andrea Carbone sul potere e le situazioni soggettive nel diritto amministrativo<sup>1</sup>, di cui il saggio pubblicato su questo numero della Rivista sintetizza gli aspetti essenziali<sup>2</sup>, rappresenta una ricca, rigorosa e approfondita riflessione su temi centrali del diritto amministrativo sostanziale e processuale. L'opera, della quale è annunciata una seconda parte di prossima pubblicazione, si concentra sulla concettualizzazione delle situazioni giuridiche soggettive tipiche dei rapporti regolati dal diritto amministrativo: la situazione giuridica di potere e la situazione giuridica del privato che con il potere si confronta, entrambe destinate a svolgersi secondo quello che l'Autore definisce un modello procedurale di accertamento<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Giappichelli, Torino, 2020.

<sup>2</sup>A. CARBONE, *Riflessioni su potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in questo numero della Rivista.

<sup>3</sup>A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., 90 ss., 450 ss., 497, dove si precisa testualmente che «l'aver configurato, poi, tale processo formativo della decisione quale modello avente una connotazione strutturale, soggettiva e oggettiva, di processo di accertamento, fa sì che l'oggetto

Ma, come anche suggerisce il sottotitolo della monografia, “*Premesse allo studio dell’oggetto del processo amministrativo*”, la ricostruzione sul piano sostanziale influenza e condiziona la struttura e le dinamiche del processo amministrativo, anch’esso destinato a svolgersi, per l’Autore, attraverso un analogo modello di accertamento<sup>4</sup>. Sotto questo profilo, l’idea di fondo sottesa all’opera di Carbone è che una tutela giurisdizionale piena ed effettiva dovrebbe implicare, ove ne ricorrano i presupposti, il compiuto accertamento della pretesa sostanziale vantata dal privato, sicché, una volta esaurito il giudizio, l’amministrazione non dovrebbe più trovarsi nella condizione di negarne la soddisfazione. Carbone, che ha dedicato molti dei suoi studi all’azione di adempimento, a partire dall’importante monografia del 2012<sup>5</sup>, individua proprio nell’azione di adempimento la forma di tutela potenzialmente capace di assicurare il compiuto accertamento della pretesa e la sua piena soddisfazione. Non nell’azione d’annullamento, che, sebbene idonea a vincolare in maniera più o meno stringente l’amministrazione, non sarebbe idonea né a garantire il compiuto accertamento della pretesa né la sua piena soddisfazione, per la ragione, d’immediata percezione, che la relativa pronuncia giurisdizionale non reca di per sé un’esplicita condanna al rilascio del provvedimento. Di qui l’assunto dell’Autore che solo l’azione di adempimento potrebbe avere ad oggetto la pretesa del privato in funzione di un suo compiuto accertamento, ma non l’azione di annullamento che avrebbe invece ad oggetto la sola legittimità del provvedimento. Carbone è, tuttavia, consapevole di quanto una pronuncia di condanna possa rivelarsi problematica al cospetto di un’attività discrezionale e, in particolare, nelle ipotesi in cui l’accertata illegittimità del provvedimento non consumi per intero la discrezionalità amministrativa. In questi casi, una condanna del giudice sarebbe preclusa da un’attività amministrativa che ancora deve essere compiuta, sia in base alla disciplina

---

*della decisione coincida con l’accertamento (nella eventuale staticizzazione di ciò che è stato definito elemento “elastico” della fattispecie) della situazione giuridica di potere, nel rapporto che essa assume con le situazioni giuridiche degli altri soggetti che con il potere si vengono a relazionare».*

<sup>4</sup>A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo* op. cit., 127.

<sup>5</sup>A. CARBONE, *L’azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012.

positiva dell'azione di adempimento<sup>6</sup>, sia, ad un livello più generale, in ragione del nucleo essenziale del principio di separazione dei poteri<sup>7</sup>. Ciò non di meno, l'Autore prospetta la possibilità che, in alcuni casi, la discrezionalità residua possa essere interamente spesa in giudizio dall'amministrazione, a seguito di un'apposita sollecitazione del giudice<sup>8</sup>. Di modo che, una volta spesa in giudizio la discrezionalità, non vi sarebbe più alcun limite per accertare la fondatezza della pretesa e pronunciare la condanna al rilascio del provvedimento.

Sono questi, in estrema sintesi, gli aspetti dell'opera di Carbone ai quali vengono dedicate queste brevi riflessioni, nell'ambito di un continuo e mai interrotto dialogo con l'Autore che sempre si è rivelato proficuo. Beninteso, nella chiara consapevolezza che le sue tesi sono molto più articolate della sintetica e sommaria descrizione imposta dai limiti oggettivi di questo scritto.

## **2. Situazioni giuridiche soggettive e oggetto del giudizio amministrativo**

Si passa così a svolgere alcune osservazioni sul primo degli aspetti indicati, quello relativo alla situazione giuridica oggetto del giudizio amministrativo<sup>9</sup>.

Come si è anticipato, Carbone afferma che la situazione giuridica del privato, da lui definita come pretesa all'utilità finale<sup>10</sup>, possa essere l'oggetto soltanto di un'azione di adempimento, ma non anche di un'azione di annullamento. Più esattamente, l'A. sottolinea che «*poiché la situazione giuridica del privato, affe-*

---

<sup>6</sup>Cfr. il combinato disposto degli artt. 34, co.1, c.p.a. e 31, co.3, c.p.a.

<sup>7</sup>Per approfondimenti sul principio di separazione dei poteri, nella continuità tra procedimento e processo, M. BELLAVISTA, *Il principio della separazione dei poteri nella continuità fra procedimento e processo*, in questa Rivista, 2/2018, 47 ss.; F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 31 ss.

<sup>8</sup>A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., 519 ss.

<sup>9</sup>Sul tema generale dell'oggetto del processo amministrativo, si rinvia a F.G. COCCA, *Il modello processuale*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. COCCA, Giappichelli, Torino, 2011, 160 ss.

<sup>10</sup>La definizione della situazione giuridica del privato prospettata da Carbone è in realtà molto più articolata: "sia nelle ipotesi di situazioni di carattere pretensivo, sia in quella di situazioni di carattere oppositivo, si ha dunque una situazione giuridica, avente la struttura di una pretesa, il cui oggetto è costituito dall'interesse sostanziale del soggetto alla produzione della situazione effettuale o alla sua non produzione, che si viene a configurare, sussistendone i relativi presupposti, con l'avvio del procedimento, corrispondentemente al venire in essere della situazione giuridica di potere che con la situazione del privato si relaziona" (A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., 468).

*rente al suo interesse di natura sostanziale che si pone in rapporto con la situazione di potere dell'amministrazione, è stata rappresentata nei termini di una pretesa alla produzione o alla non produzione dell'effetto (quindi, all'utilità finale, come mediata dall'assunzione del comportamento), il processo di condanna rappresenta la sede naturale in cui tale situazione giuridica possa assurgere ad oggetto dell'accertamento»<sup>11</sup>. Diversamente, l'oggetto del giudizio di annullamento «rimane ancorato ai vizi fatti valere, secondo una rappresentazione che può essere soggettivizzata attraverso la configurazione di una situazione di carattere processuale (l'azione concreta all'annullamento)»<sup>12</sup>.*

Gli assunti riflettono il convincimento che solo la tutela di adempimento sia veramente idonea ad accertare la situazione giuridica soggettiva del privato, in uno al comportamento doveroso che l'amministrazione è chiamata ad assumere per la soddisfazione della pretesa sostanziale. La tutela di annullamento non avrebbe un'analoga capacità di accertamento, in quanto la relativa azione si esaurirebbe nella richiesta rivolta al giudice di annullare l'atto impugnato.

La ricostruzione pone in risalto la più ampia tutela che l'azione di adempimento appresta alla situazione giuridica del privato, ma vi traspare un'eccessiva dequotazione della capacità di accertamento propria della tutela di annullamento, che, in realtà, non pare esclusivamente assestarsi sulla legittimità del provvedimento, ma involgere in parte anche il rapporto controverso. Se è, infatti, indubbio che, nella tutela di annullamento, l'accertamento sia incentrato sulla legittimità del provvedimento, ciò non esclude che il contenuto di accertamento della sentenza investa in parte anche la situazione giuridica del privato; d'altro canto, se è indubbio che, nella tutela di adempimento, l'accertamento investa il rapporto controverso, ciò non esclude che detto accertamento sia in parte condizionato dall'accertamento sull'illegittimità del provvedimento che abbia negato la pretesa sostanziale. Non è del resto un caso che il codice del processo amministrativo condizioni la proposizione dell'azione di adempimen-

---

<sup>11</sup>A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., 521.

<sup>12</sup>A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., 520.

to alla contestuale proposizione dell'azione di annullamento<sup>13</sup>. Detto in altri termini, se tra tutela di adempimento e tutela di annullamento intercorrono delle differenze in ordine alla misura dell'accertamento, ciò non significa che le due forme di tutela non possano entrambe avere ad oggetto la pretesa all'utilità finale.

Sul piano generale, l'evoluzione dell'interesse legittimo in senso sostanziale fa sì che nel processo amministrativo possa accertarsi la pretesa del privato, sia pur nei modi e nelle forme previste dalla disciplina positiva. Si può anzi affermare che il riconoscimento della natura sostanziale dell'interesse legittimo renda ineludibile la previsione di differenti tipologie di azione, in funzione delle diverse esigenze di tutela che possono in concreto presentarsi<sup>14</sup>. Così, alcune azioni possono garantire il compiuto accertamento della pretesa, altre un accertamento solo parziale che assumerà maggiore compiutezza attraverso ulteriori sviluppi sostanziali e/o processuali. Ma il processo, quale che sia la forma di tutela concretamente prescelta, pone sempre al centro la situazione giuridica sostanziale e la relativa pretesa potrà essere accertata in funzione della tipologia di potere che di volta in volta caratterizza il rapporto controverso.

Se ciò si ritiene esatto, l'oggetto del processo amministrativo, per ciascuna delle forme di tutela previste dall'ordinamento, deve essere sempre individuato nella situazione giuridica sostanziale, a prescindere dal grado di accertamento e di soddisfazione che ognuna delle diverse azioni è in grado di apprestare a quella situazione giuridica. Questo deve valere anche per l'azione di an-

<sup>13</sup>Cfr. art. 34, co.1, c.p.a., ai sensi del quale «l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, co.3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio».

<sup>14</sup>In questo senso, V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*, in *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa – Giornate di studi in onore del Prof. Fabio Merusi*, a cura di E. CATELANI, A. FIORITTO, A. MASSERA, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 17 ss. e spec. 19; sulla pluralità delle azioni nel processo amministrativo, A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali* (Atti del LVI Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 23-25 settembre 2010), Giuffrè, Milano, 2011, 75 ss.; A. CARBONE, *L'azione di condanna ad un fare. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in *Concetti tradizionali del diritto amministrativo*, a cura di A. CARBONE - E. ZAMPETTI, Jovene, Napoli, 2018, 61 ss.

nullamento, come confermato dalle prevalenti acquisizioni giurisprudenziali, ormai ferme nel ritenere che «nel nostro sistema di giurisdizione soggettiva, la verifica della legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati non va compiuta nell'astratto interesse generale, ma è finalizzata all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere, ritualmente, dalla parte attrice»<sup>15</sup>. Del resto, che il giudizio di annullamento non sia estraneo all'accertamento della pretesa sostanziale lo dimostra chiaramente la progressiva emersione e valorizzazione dell'effetto conformativo del giudicato, con la sua attitudine a vincolare la successiva azione amministrativa nell'obiettivo di garantire maggiore soddisfazione alla situazione giuridica del privato<sup>16</sup>. Ancora, più di recente, la tutela di annullamento è stata correlata a meccanismi variamente congegnati di esaurimento (o parziale esaurimento) del potere, volti ad impedire che, dopo l'annullamento giurisdizionale del provvedimento, l'amministrazione possa reiteratamente negare l'utilità anelata. Si pensi agli orientamenti giurisprudenziali in materia di c.d. *one shot* temperato<sup>17</sup> e ad alcune norme recentemente introdotte nell'ordinamento, quale quella recata nell'attuale formulazione dell'articolo 10 *bis* l. n. 241 del 1990, secondo cui «in caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato»<sup>18</sup>. Si tratta di soluzioni che postulano la funzionalizzazione del processo amministrativo a un eventuale accertamento e soddisfazione della pretesa sostanziale del privato, laddove intendono evitare che una siffatta soddisfazione possa risultare frustrata dalla reite-

<sup>15</sup>Cons. St., Ad. pl., 7 aprile 2011, n. 4, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>16</sup>M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, sesta edizione a cura di E. CARDI e A. NIGRO, Il Mulino, Bologna, 2002, 313 ss.

<sup>17</sup>Cons. St., sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it): «come è noto, si denomina *one shot temperato* il principio, affermato da costante giurisprudenza, per cui l'amministrazione, dopo aver subito l'annullamento di un proprio atto, può rinnovarlo una sola volta, e quindi deve riesaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, tutte le questioni che ritenga rilevanti, senza potere in seguito tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati»; cfr. anche Cons. St., sez. IV, 25 marzo 2014 n. 1457, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Lazio, Roma, Sez. II *bis*, 30 giugno 2020, n. 7254, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>18</sup>L'articolo 10 *bis* l. n. 241 de 1990 è stato così modificato dal d.l.16 luglio 2020 n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020 n. 120.

razione di provvedimenti basati di volta in volta su nuove e diverse motivazioni. Beninteso, non che Carbone disconosca l'efficacia del vincolo conformativo o la complessiva evoluzione dell'ordinamento processuale. Tutt'altro, e ne sono dimostrazione le pagine del volume in cui ampiamente ne discorre<sup>19</sup>. Tuttavia, come già detto, ritiene che l'accertamento proprio della tutela di annullamento sia incentrato sulla legittimità del provvedimento, mentre l'accertamento proprio della tutela di adempimento riguardi il rapporto sostanziale tra privato e amministrazione. Per le ragioni che si sono brevemente illustrate, vi è in questo un punto di dissenso con la ricostruzione dell'Autore. Ma si tratta di un dissenso che al contempo sottende un rammarico e un auspicio. Il rammarico è che una così raffinata e rigorosa concettualizzazione della situazione giuridica, quale quella proposta da Carbone oltre la tradizionale dicotomia interesse legittimo/diritto soggettivo, potrebbe rivelarsi ancora più feconda, sia dal punto di vista sistematico che per le ricadute applicative, se generalizzata per tutte le forme di tutela attualmente previste dalla disciplina processuale. L'auspicio è che una siffatta generalizzazione possa incontrare il favore dell'Autore, di modo che, al di là dei possibili distinguo, la sua originale ricostruzione delle situazioni giuridiche assurga ad oggetto del processo amministrativo complessivamente inteso, disvelando le sue implicazioni oltre il più ristretto confine dell'azione di adempimento.

### **3. Sulla spendita della discrezionalità in giudizio.**

Veniamo così al secondo aspetto di queste riflessioni, quello relativo alla c.d. spendita della discrezionalità in giudizio.

Come si è già detto, l'adozione di una pronuncia di condanna è fortemente problematica al cospetto di un'attività discrezionale e, in particolare, nelle ipotesi in cui l'accertata illegittimità del provvedimento non consumi per intero la discrezionalità amministrativa. Al di là del principio di separazione dei poteri, è la stessa disciplina processuale a escludere la condanna nei casi di resi-

---

<sup>19</sup>A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., 305 ss.



dua discrezionalità e di necessità di ulteriore istruttoria<sup>20</sup>, nonché a stabilire il divieto per il giudice di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati<sup>21</sup>. In questi casi, oltre a non potersi pronunciare la condanna, sarebbe anche impedito un compiuto accertamento del rapporto controverso, che risulterebbe condizionato dalla residua discrezionalità di cui l'amministrazione ancora dispone. La tutela del privato resterebbe così esclusivamente affidata agli effetti della sentenza di annullamento.

Volendo assestarsi su questa ricostruzione, di per sé aderente al dato normativo, l'utilità della tutela di adempimento risulterebbe di molto ridimensionata, in quanto la condanna sarebbe di fatto pronunciata solo al cospetto di un'attività vincolata, ossia in ipotesi per le quali la mera tutela di annullamento già potrebbe rivelarsi particolarmente vantaggiosa. Si tratta allora di verificare se e come la tutela di adempimento possa superare i confini dell'attività vincolata e praticarsi anche a fronte di attività discrezionali. Prima ancora che fosse introdotta l'azione di adempimento, analoga questione si è posta con riferimento all'azione di annullamento, come ben dimostrano gli studi che, da diverse impostazioni, hanno variamente affrontato il tema dell'accertamento del rapporto nel giudizio amministrativo<sup>22</sup>. Oggi la questione è destinata a confrontarsi anche con l'azione di adempimento<sup>23</sup>, alla ricerca di un giusto punto di equili-

---

<sup>20</sup>Cfr. il combinato disposto degli artt. 34, co.1, c.p.a. e 31, co.3, c.p.a.

<sup>21</sup>Come noto, ai sensi dell'articolo 34, co.2, c.p.a. «in nessun caso il giudice amministrativo può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati»; sul divieto di cui all'articolo 34, co.2, c.p.a., A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., 328 ss.; M. TRIMARCHI, *Full Jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, in questa Rivista, 2/2018, 321 ss.; P. CERBO, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2018, 94 ss.

<sup>22</sup>A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 1962; G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1980; Id., *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 3/1992, 481 ss.; recentemente, l'A. è ritornato sul tema, esaminandolo anche in relazione all'azione di adempimento, *Giudizio sull'atto e giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, a cura di F. FRANCIOSI e M.A. SANDULLI, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 27 ss.; sempre sul tema, da una prospettiva prevalentemente incentrata sulla tutela risarcitoria, G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2001, 287 ss.

<sup>23</sup>La questione ha variamente interessato la dottrina anche prima dell'espressa previsione dell'azione di adempimento, M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo*

brio tra l'esigenza di pienezza ed effettività della tutela e il fatto che è l'amministrazione il soggetto chiamato ad esercitare la residua discrezionalità. Si tratta di un compito tutt'altro che facile, non soltanto perché tocca il problema generale dei limiti del sindacato giurisdizionale nei confronti dell'attività discrezionale. Ma anche perché deve misurarsi con una tradizionale ritrosia, ancora in parte riscontrabile nell'attuale contesto di riferimento, a considerare il giudizio amministrativo effettivamente idoneo a garantire piena soddisfazione alla pretesa sostanziale.

Carbone offre una precisa soluzione alla questione, che in parte è già prefigurata nel volume del 2020 e nell'articolo pubblicato su questo numero della Rivista, in parte verrà ancora più a fondo scandagliata nell'annunciato secondo libro. Semplificando al massimo, Carbone propone la seguente ricostruzione: nei casi di residua attività discrezionale, il giudice deve poter provocare d'ufficio o su istanza di parte l'esaurimento della discrezionalità direttamente in giudizio, inducendo l'amministrazione a riversare nel processo le eventuali ragioni, ulteriori a quelle esplicitate nel provvedimento impugnato, che si oppongono al conseguimento dell'utilità richiesta (ossia al rilascio del provvedimento ampliativo)<sup>24</sup>. Tutto ciò - è importante precisarlo per dare atto della coerenza del sistema delineato dall'Autore tra dimensione sostanziale e dimensione processuale - sarebbe possibile in virtù della *«particolare connotazione della situazione giuridica che viene ad essere accertata in sede giudiziale»* ossia perché la *«rappresentazione che si è for-*

---

*amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2005, 557 ss.; A. TRAVI, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, relazione all'incontro dell'Associazione dei giudici amministrativi, italiani, francesi e tedeschi (Milano, 7 ottobre 2011); per ogni approfondimento sul tema, si rinvia a A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, cit., *passim*.

<sup>24</sup>Soluzioni in parte analoghe sono state prospettate anche in giurisprudenza, affermando che, sul piano processuale, la "riduzione" della discrezionalità amministrativa può essere l'effetto di *«meccanismi giudiziari che, sollecitando l'amministrazione resistente a compiere ogni valutazione rimanente sulla materia controversa, consentono di focalizzare l'accertamento, attraverso successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere (si pensi alla combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti avverso l'atto di riesercizio del potere, ma anche alle preclusioni istruttorie e alla regola di giudizio fondata sull'onere della prova), concentrando in un solo episodio giurisdizionale tutta quella attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza»* (così Cons. St., sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); in termini, TAR Campania, sezione settima, 7 marzo 2017 n. 1307, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Lombardia, Milano, sez. III, 10 aprile 2012 n. 1045, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

*nita della situazione soggettiva (...) è infatti idonea a declinare in modo particolare, ma del tutto coerente con la sua consistenza sostanziale la relativa tutela giurisdizionale»<sup>25</sup>.*

Occorre più a fondo soffermarsi sulle modalità attraverso cui l'amministrazione riversa in giudizio le sue determinazioni ad esaurimento della discrezionalità. Come risulta chiaramente nell'articolo pubblicato su questa Rivista, per Carbone l'atto con cui l'amministrazione introduce in giudizio le sue determinazioni assume il «*rilievo di un documento processuale di carattere istruttorio*» che, come tale, non può «*considerarsi espressione dell'esercizio di un potere sostanziale in giudizio*»<sup>26</sup>. Conseguentemente, la definizione in giudizio della scelta discrezionale non comporterebbe alcuna «*estensione dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*», ma rileverebbe soltanto «*nel senso di consentire l'accertamento in via integrale della sussistenza della situazione giuridica*»<sup>27</sup>. In altri termini, la configurazione come atto processuale impedirebbe sia l'assimilazione delle nuove determinazioni all'esercizio di un potere sostanziale, sia l'ampliamento del *thema decidendum* per effetto delle suddette nuove determinazioni, posto che l'oggetto dell'accertamento giurisdizionale resterebbe pur sempre parametrato sulla situazione giuridica. In questo modo, l'accertamento della situazione giuridica non sarebbe più condizionato da una residua attività discrezionale da compiere dopo il giudizio, sicché non potrebbe escludersi che il processo giunga ad accertare la fondatezza della pretesa sostanziale, con la conseguente condanna al rilascio del provvedimento. La ricostruzione di Carbone mira a scongiurare che la spettanza o meno del provvedimento possa ricavarsi da valutazioni amministrative rese al di fuori del giudizio, con tutto ciò che ne conseguirebbe in ordine al rinvio del compiuto accertamento del rapporto controverso. Tuttavia – sottolinea l'Autore - il giudice potrebbe anche determinarsi a non provocare la spendita in giudizio dell'attività discrezionale, tutte le volte in cui l'attività in questione dovesse reputarsi eccessivamente gravosa e complessa. In questi casi, si limiterà, pertanto, «*a fare ri-*

---

<sup>25</sup>A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., 519.

<sup>26</sup>Così, A. CARBONE, *Riflessioni su potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit.

<sup>27</sup>A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., 525.

*ferimento ad una particolare consistenza della situazione giuridica in questione (...) e adottare, corrispondentemente, una sentenza parziale su di essa»<sup>28</sup>.*

Senonché, quello che, nella ricostruzione proposta da Carbone, sarebbe un documento processuale dovrebbe forse più esattamente considerarsi il frutto di un esercizio di vero e proprio potere amministrativo, corredato delle garanzie sostanziali dell'azione implicate dai principi costituzionali di buon andamento o imparzialità. Diversamente, la spendita di una residua discrezionalità non parteciperebbe dei caratteri dell'azione amministrativa e, se ciò non sembra possibile alla luce dell'assetto costituzionale, non pare potersi giustificare per la circostanza che, anziché fuori, la discrezionalità sia spesa dentro al giudizio<sup>29</sup>.

Se, dunque, si accetta che le nuove determinazioni siano espressione di esercizio di potere, nei casi in cui vengano opposte ulteriori ragioni a sostegno del diniego, tali nuove determinazioni dovrebbero essere impugnate dal ricorrente originario, verosimilmente attraverso un ricorso per motivi aggiunti, perché introducono delle nuove motivazioni che arricchiscono l'originario assetto provvedimentale in senso più sfavorevole per il privato, ampliando l'oggetto dell'accertamento anche ove identificato nella situazione giuridica del privato<sup>30</sup>. Conseguentemente, a fronte delle nuove determinazioni riversate in giudizio, il giudice potrebbe accertare la pretesa del privato soltanto attraverso un sindacato indotto da un'apposita impugnazione, in conformità al principio della domanda e all'esplicito disposto dell'articolo 34, co.2, secondo periodo<sup>31</sup>. Che la

<sup>28</sup>Così, A. CARBONE, *Riflessioni su potere e situazioni soggettivi nel diritto amministrativo*, cit.

<sup>29</sup>Sul punto, si vedano le considerazioni di A. ROMANO TASSONE, a proposito del c.d. "ricorso incidentale – riconvenzione", *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2009, 606.

<sup>30</sup>Sul punto cfr. G. GRECO, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, cit., 494, che, nei casi in cui l'amministrazione integri in giudizio la motivazione del provvedimento, ritiene possibile per il ricorrente proporre motivi aggiunti: «*se l'Amministrazione può integrare la sua motivazione, allorché la richiesta di chiarimenti le pervenga da un organo di controllo, non si vede perché non possa e debba farlo, nel caso di richiesta da parte del Giudice. Il tutto, con l'ovvia ulteriore possibilità per il ricorrente di proporre motivi aggiunti*».

<sup>31</sup>In base al quale «*salvo quanto previsto dal co.3 dell'articolo 30, co.3, il giudice non può conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento di cui all'articolo 29*». La norma rileva anche nell'ipotesi in questione, laddove le nuove determinazioni che esauriscono la discrezionalità accedono all'originario provvedimento implementandone il contenuto.

contestazione delle nuove determinazioni debba avvenire attraverso una vera e propria impugnazione è confermato dal fatto che, nell'attuale ordinamento processuale, solo l'impugnazione garantisce nella sua massima estensione il diritto di difesa, sia sotto il profilo della più ampia garanzia del contraddittorio processuale, sia sotto il profilo dell'obbligo del giudice di pronunciarsi sui motivi dedotti con la domanda. All'evidenza, una semplice memoria difensiva non uguaglierebbe le garanzie processuali assicurate dall'esperimento di un ricorso o di un atto di motivi aggiunti. La necessità dell'impugnazione è inoltre desumibile dalla prevista contestualità dell'azione di adempimento rispetto all'azione di annullamento, in base alla quale la pronuncia di condanna dovrebbe sempre seguire alla pronuncia che annulla l'atto di diniego o, per meglio dire, che "annulla" tutte le ragioni che negano l'utilità richiesta, anche quelle eventualmente sopravvenute.

Si conferma così che, a fronte di una discrezionalità spesa direttamente in giudizio in senso sfavorevole al privato, l'accertamento della (fondatezza della) pretesa sostanziale, e dunque la condanna all'adozione del provvedimento, non potrebbe che passare attraverso un sindacato giurisdizionale provocato da un'apposita impugnazione. In assenza di una siffatta impugnazione, il giudice dovrebbe limitarsi a rigettare l'azione di adempimento, dando atto che il diniego risulterebbe astrattamente giustificato da nuove, sopravvenute, ragioni che il privato abbia omesso di contestare secondo gli strumenti predisposti dall'ordinamento. Va da sé che, ove l'amministrazione dovesse formalizzare il nuovo diniego in base alle nuove ragioni spese in giudizio, l'eventuale ricorso del privato avverso tale provvedimento potrebbe scontare la mancata impugnazione delle pregresse determinazioni rese ad esaurimento della discrezionalità.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup>Se, sollecitata dal giudice, l'amministrazione evidenzia che non sussistono ulteriori ragioni ostative al diniego, il giudice, se riconosce la fondatezza della pretesa, potrà disporre la condanna al rilascio del provvedimento favorevole e, in tal caso, la questione più delicata riguarda la tutela del terzo che riceva pregiudizio dal compiuto accertamento della pretesa sostanziale (sugli aspetti della tutela del terzo, A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, cit., 265 ss).

In conclusione, nell'attuale sistema processuale, la tutela di adempimento risulta strettamente correlata alla tutela di annullamento. Nei casi di discrezionalità non esaurita, non sembra pertanto ipotizzabile un accertamento della pretesa in assenza di una domanda di annullamento avverso tutti quei tratti di azione amministrativa che negano quella pretesa, ivi compresi quelli indotti da una sollecitazione del giudice. Ciò, però, non implica un mutamento dell'oggetto del giudizio dalla situazione giuridica all'azione amministrativa che con quella situazione si confronta, ma denota soltanto che, anche nell'ambito dell'azione di adempimento, l'accertamento della pretesa è pur sempre condizionato da una preventiva impugnazione e dai suoi esiti concreti. Questo, ovviamente, a condizione che si accolga la ricostruzione proposta, differente da quella prospettata da Carbone, che la spendita in giudizio della discrezionalità sia espressione di un potere sostanziale.

Resta inteso che, rispetto a quella garantita dall'azione di annullamento, la tutela assicurata dall'azione di adempimento è più soddisfacente per la pretesa sostanziale del privato, in ragione del potere in capo al giudice di condannare l'amministrazione al rilascio del provvedimento.

#### **4. Osservazioni conclusive.**

Si possono così trarre alcune osservazioni conclusive con particolare riferimento al secondo dei profili esaminati.

Essenzialmente, la ricostruzione di Carbone tende ad assicurare un compiuto accertamento del rapporto controverso, senza gravare il privato di oneri impugnatori aggiuntivi rispetto all'originaria impugnazione. Presuppone, però, che si concordi con le premesse dell'Autore, ossia che le determinazioni riversate in giudizio ad esaurimento della discrezionalità si qualificano in termini meramente processuali. Se si ritiene invece il contrario, e cioè che quelle stesse determinazioni rappresentino esercizio di potere sostanziale, riesce difficile superare la necessità di ulteriori impugnazioni rivolte a contestare la residua di-

screzionalità spesa in giudizio<sup>33</sup>. Aderendo a quest'ultima impostazione, l'unica strada per sollevare il privato da ulteriori oneri impugnatori, gravosi sia per la complessiva durata del giudizio che dal punto di vista economico, sarebbe quella di assumere un esaurimento del potere dopo il suo esercizio, così da precludere all'amministrazione progressivi aggiornamenti delle ragioni a sostegno del diniego, anche dopo l'eventuale annullamento dell'originario provvedimento. In questo modo, il giudice investito dell'impugnazione avrebbe di fronte a sé un assetto provvedimentale di fatto immutabile, che l'amministrazione non potrebbe mettere in discussione nemmeno con la spendita in giudizio di ulteriore discrezionalità. Conseguentemente, l'annullamento giurisdizionale implicherebbe un accertamento pieno della pretesa sostanziale del privato, che vincolerebbe l'amministrazione a rilasciare il provvedimento favorevole.

Da un punto di vista sistematico, il tema generale è quello dell'esauribilità del potere, sul quale anche recentemente sono stati offerti importanti contributi<sup>34</sup>. Sebbene non sia questa la sede per approfondire l'argomento, si può solo osservare che una qualificazione del potere in termini di sostanziale esauribilità deve attentamente misurarsi con i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità, che, come noto, impongono all'amministrazione di agire al fine di garantire la migliore e più adeguata soddisfazione dell'interesse generale. Una preclusione in termini così generali e assoluti potrebbe, all'evidenza, nuocere ad un'azione amministrativa preordinata alla cura del concreto interesse pubblico, rivelandosi difficilmente praticabile alla luce dell'assetto costituzionale. Ciò non toglie che l'esigenza che vi è sottesa debba essere presa nella massima considerazione, sia con riguardo alla stabilità e certezza dei rapporti tra privato e amministrazione, sia con riguardo all'effettività della tutela giurisdizionale del privato nei confronti dell'amministrazione. È, però, necessario individuare il giu-

---

<sup>33</sup>In quest'ordine di idee, F. APERIO BELLA, *L'innesto di regole del processo amministrativo di altri ordinamenti. Un possibile approccio alla comparazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2/2019, 227 ss., spec. 262.

<sup>34</sup>M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

sto punto di equilibrio, che coniughi queste esigenze con la necessaria conformazione costituzionale dell'azione amministrativa. In tal senso, può segnalarsi il già ricordato articolo 10 *bis* della legge 241 del 1990, laddove stabilisce che «*in caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato*». Al di là del suo specifico ambito di applicazione, circoscritto ai procedimenti ad istanza di parte e ai casi di riesercizio del potere a seguito di annullamento giurisdizionale, la norma sembra raggiungere un adeguato compromesso. Lungi dall'imporre un'assoluta e incondizionata preclusione, ne limita l'operatività ai soli motivi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato, escludendola per le ragioni che l'originaria istruttoria non abbia rilevato. Le implicazioni della norma sono varie e complesse e, considerata la sua recente formulazione, devono ancora essere ampiamente meditate. Se ne può, però, trarre un'indicazione di massima da porre alla base di futuri approfondimenti. E, cioè, che, nell'ambito dei rapporti tra privato e amministrazione, l'obiettivo di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, prima ancora che sul piano processuale, va perseguito sul piano sostanziale<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup>Sul punto, F. SATTÀ, *Giustizia amministrativa*, terza edizione, Cedam, Padova, 1997, 129, secondo cui «occorre riuscire a far definire alle parti, prima dell'eventuale giudizio, il quadro complessivo delle possibili scelte, e far sì che quella definitiva, impugnata, venga portata al giudice in questa sua articolazione: la sola reale del resto. Legittimità e discrezionalità così finalmente si ricomporranno; senza alcun bisogno di particolari poteri del giudice, le sue pronunce, in ordine al quadro, cui il suo sindacato si riferirà, avranno naturalmente il valore proprio di ogni decisione giurisdizionale, di definizione della lite, ponendo una regola per l'azione futura delle parti?».