

Roberto GAROFOLI

Compendio di
**DIRITTO
AMMINISTRATIVO**
Parte Generale e Speciale

Edizione a cura di Luca Emanuele RICCI

IX edizione
2021-2022

 **NeldirittoEditore**

Capitolo II

LA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA

SOMMARIO: 1. Principio di legalità, limiti all'attività amministrativa e discrezionalità. - 2. La nozione di discrezionalità amministrativa. - 3. Legittimità, merito e rapporti con la discrezionalità. Giurisdizione della Corte dei Conti e riserva di amministrazione: Cass. civ., SS.UU., 5 aprile 2019, n. 9680. - 4. Natura vincolata o discrezionale del potere e disciplina del procedimento: motivazione, regole partecipative, ambito di operatività del meccanismo sanante di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, l. n. 241 del 1990, d.i.a. - 5. Natura vincolata o discrezionale del potere e disciplina del processo: eccesso di potere, poteri del giudice del silenzio, ambito di operatività del meccanismo sanante di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, l. n. 241 del 1990, giudizio di spettanza nel processo risarcitorio, riparto di giurisdizione, esperibilità dell'azione di adempimento e rapporti col giudicato. - 6. La discrezionalità tecnica: nozione e differenze rispetto alla discrezionalità amministrativa pura, alla discrezionalità c.d. mista e all'accertamento tecnico. - 6.1. Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: dal sindacato estrinseco a quello intrinseco. - 6.1.1. L'intensità del sindacato intrinseco. La contrapposizione tra sindacato debole e forte e il suo tendenziale superamento. - 6.1.2. Limiti al sindacato e Corti europee. - 6.1.3. Il sindacato sulle valutazioni espresse in seno alle procedure concorsuali: rinvio. - 7. Discrezionalità tecnica e riforma del procedimento amministrativo. - 7.1. Sindacato sulla discrezionalità tecnica e Codice del processo amministrativo. - 7.2. Sindacato sulla discrezionalità tecnica e risarcimento del danno. Rinvio. - 8. Riflessi sul riparto di giurisdizione.

1. PRINCIPIO DI LEGALITÀ, LIMITI ALL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA E DISCREZIONALITÀ.

L'azione della Pubblica amministrazione si sostanzia nella **cura concreta degli interessi pubblici**, selezionati dalla legge ed affidati da questa ad un prefissato centro di potere pubblico, tenuto, quindi, nell'osservanza della **norma attributiva del potere**, ad agire **nel rispetto dei contenuti e dei confini stabiliti dalla legge** (c.d. **principio di legalità**), individuando ed osservando le modalità di azione più in linea con i **criteri di adeguatezza, convenienza ed opportunità** (c.d. **merito amministrativo**).

L'attività amministrativa soggiace pertanto, sotto più profili, al principio di legalità, in base al quale nessuna **posizione di potere** può essere riconosciuta all'amministrazione in assenza di un corrispondente **fondamento normativo**.

Il predetto principio impone, quindi, che l'azione amministrativa si basi su una previa norma (che può essere anche di natura regolamentare), la quale sia, contemporaneamente, attributiva del potere – mediante la puntuale indicazione della Pubblica amministrazione competente – e regolativa dello stesso, specificandone cioè il contenuto, le modalità di esercizio ed i limiti.

D'altra parte, il potere non può essere esercitato in modo libero, soggiacendo al rispetto di taluni **limiti**:

- i limiti cc.dd. **negativi**, tendenti ad assicurare che l'attività si mantenga nei confini della liceità/legittimità;
- i limiti cc.dd. **positivi**, invece, diretti a garantire che l'amministrazione persegua i **fini pubblici** per la cui realizzazione la posizione di potere è stata attribuita.

Al diverso **tasso di intensità dei limiti** frapposti all'Amministrazione nell'esercizio del potere si ricollega concettualmente la distinzione tra **attività vincolata** e **attività discrezionale**:

- come già anticipato, l'attività è **vincolata** quando tutti gli elementi fattuali e normativi da acquisire e valutare nell'adozione della decisione amministrativa sono prefigurati rigidamente ed esaustivamente dalla legge, essendo chiamata l'autorità amministrativa a verificare solo che sussistano in concreto i **presupposti di esercizio del potere** da essa stabiliti.

Riscontrata la sussistenza dei presupposti, l'Amministrazione è tenuta ad adottare il provvedimento previsto dalla legge, non essendole riconosciuta alcuna libertà di scelta né sull'*an agitur* (dal momento che potere e dovere d'agire coincidono), né sul *quid* o sul *quomodo* (non potendo scegliere tra più soluzioni amministrative possibili). Si consideri, peraltro, che l'attività amministrativa può assumere carattere vincolato per effetto di una libera scelta assunta dalla stessa Amministrazione talvolta tenuta a ridimensionare progressivamente la propria autonomia valutativa. Si pensi, in particolare, all'obbligo di predeterminazione dei criteri e delle modalità per la concessione di contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualsiasi genere, di cui all'art. 12, l. 7 agosto 1990, n. 241; si tratta di criteri spesso idonei a ridurre, se non ad eliminare, i margini di discrezionalità della Pubblica amministrazione nell'adozione delle sue successive determinazioni, all'interno di una fattispecie procedimentale complessa a formazione progressiva. Talvolta l'adozione degli atti vincolati (cc.dd. accertamenti costitutivi) presuppone l'applicazione di conoscenze tecniche; in tali fattispecie la norma attributiva del potere ricollega, automaticamente, all'accertamento tecnico demandato all'Amministrazione, una predeterminata conseguenza giuridica;

- diversamente, quando la legge attribuisce all'Autorità amministrativa un **marginale di apprezzamento in ordine a taluni aspetti** (*an, quid, quomodo, quando*) della decisione da assumere, l'amministrazione dispone della **discrezionalità amministrativa**.

La discrezionalità presuppone l'attribuzione di uno **spazio decisionale** all'Autorità amministrativa, abilitata, nel rispetto dei confini fissati dalla legge e ispirandosi ai criteri di buona amministrazione, ad individuare il **modo migliore per perseguire l'interesse pubblico**;

- infine, dalla discrezionalità amministrativa va nettamente distinta la c.d. **discrezionalità tecnica** (*infra, par. 4.*), **non implicante un potere di scelta** dell'Amministrazione, solo chiamata a verificare che ricorrano i **presupposti di legge** per l'adozione di una determinazione già definita in via legislativa, facendo applicazione di **regole tecniche e specialistiche**. Fondamentale, al riguardo, verificare se, allorché l'Amministrazione abbia fatto esercizio di discrezionalità tecnica, al giudice amministrativo sia consentita la sola verifica dell'*iter* logico seguito o se viceversa possa lo stesso spingersi fino a valutare la correttezza dei criteri tecnici e del metodo applicativo impiegato, se del caso sostituendo a quello dell'Amministrazione il proprio giudizio tecnico.

Da segnalare il tratto distintivo tra la **discrezionalità dell'amministrazione** e l'**autonomia negoziale** dei privati. Mentre la prima presuppone la doverosità, in capo alla P.A., dell'esercizio del potere, la seconda è libera nella sua esplicazione.

2. LA NOZIONE DI DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA.

Secondo una nota definizione, la discrezionalità Amministrativa è lo *“spazio di scelta che residua allorché la normativa di azione non predetermini in modo completo tutti i comportamenti dell'amministrazione”* (CASSETTA).

Per altra nota definizione, la discrezionalità amministrativa è la **facoltà di scelta** fra più comportamenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico e per il perseguimento di un fine rispondente alla causa del potere esercitato (VIRGA).

A connotare la discrezionalità amministrativa, pertanto, concorrerebbero i **tratti peculiari** di seguito indicati:

■ **facoltà di scelta** che, distinguendo l'attività discrezionale da quella vincolata, può riguardare la scelta in merito all'emanazione o meno del provvedimento (*l'an*), l'individuazione del momento più adeguato per l'assunzione della determinazione amministrativa (il *quando*), le modalità (il *quomodo*) nonché, ancora, il contenuto della decisione amministrativa (il *quid*);

■ necessità che la scelta abbia ad oggetto **condotte giuridicamente lecite**, atteso il rimarcato assoggettamento di tutta l'attività amministrativa ai limiti c.d. negativi;

■ funzionalizzazione della scelta al **soddisfacimento dell'interesse pubblico** predeterminato in via legislativa, non potendo l'amministrazione agire primariamente per il soddisfacimento di un interesse privato;

■ perseguire finalità diverse da quelle che giustificano il riconoscimento legislativo del potere stesso, pena l'illegittimità dell'atto per eccesso di potere *sub specie* di sviamento dalla causa tipica (*su cui cfr. infra-Cap. VII*).

La tesi da ultimo esposta è stata tuttavia criticata nella parte in cui pare trascurare il dovere dell'Amministrazione di tener conto, nell'esercizio del potere discrezionale, non solo dell'interesse pubblico c.d. primario, ma anche dell'intero ventaglio di interessi pubblici, collettivi e privati, inevitabilmente compresenti, giusta il principio d'adeguatezza dell'azione amministrativa.

Nell'elaborare una più evoluta e dinamica definizione di discrezionalità amministrativa, si è posto l'accento sull'**attività comparativa** che l'Amministrazione è chiamata a compiere tra gli interessi secondari e l'interesse primario di cui istituzionalmente è portatrice; compito dell'amministrazione è quindi quello di perseguire l'interesse pubblico primario arrecando il **minor sacrificio possibile agli altri interessi compresenti** (GIANNINI).

Peraltro, la previsione della necessaria partecipazione dei privati interessati dal provvedimento, doverosamente notiziati dell'inizio del procedimento, nonché l'introduzione e la disciplina della conferenza di servizi, utile ad assicurare un armonico confronto delle esigenze delle varie Pubbliche amministrazioni coinvolte, sono il segno dell'opzione per una nozione del potere amministrativo, in specie quello discrezionale, nel cui esercizio è doveroso **comparare tutti gli interessi in gioco**.

Due quindi i momenti essenziali che connotano l'esercizio del potere discrezionale, alla

stregua dell'impostazione da ultimo riportata:

- il **giudizio**, essendo l'amministrazione tenuta ad **individuare e valutare tutti i fatti e gli interessi rilevanti**, sulla base di un'adeguata istruttoria, da condurre nel rispetto delle regole procedurali poste dalla l. n. 241 del 1990;
- la **scelta**, con la quale l'amministrazione, sulla scorta di una logica e ragionevole valutazione delle risultanze istruttorie, individua la **soluzione più idonea** a realizzare l'**interesse pubblico primario** con il **minor sacrificio possibile agli altri interessi compresenti**.

3. LEGITTIMITÀ, MERITO E RAPPORTI CON LA DISCREZIONALITÀ. GIURISDIZIONE DELLA CORTE DEI CONTI E RISERVA DI AMMINISTRAZIONE: CASS. CIV., SS.UU., 5 APRILE 2019, N. 9680.

La **legittimità** dell'azione amministrativa presuppone la coerenza dell'azione amministrativa della P.A. rispetto alle **regole giuridiche che disciplinano l'esercizio del potere**; il **merito** indica la conformità della scelta amministrativa alle **regole non giuridiche di opportunità e convenienza amministrativa**.

Pertanto:

- le **regole di legittimità** sono quelle poste dalla stessa **norma che attribuisce il potere** ovvero quelle ricavabili dai citati **limiti** che generalmente si frappongono all'esercizio del potere, in specie discrezionale: perseguimento dell'interesse pubblico, soddisfacimento dell'interesse pubblico primario che è alla base del riconoscimento legislativo del potere, regole di logicità e ragionevolezza, criterio c.d. del minimo mezzo, in forza del quale va soddisfatto l'interesse pubblico primario con il minor sacrificio possibile per gli altri interessi coinvolti, regole procedurali prescritte dalla l. n. 241 del 1990.

La violazione di tali regole e canoni comportamentali è certo **sindacabile dal giudice amministrativo** adito con l'impugnazione del provvedimento adottato nell'esercizio del potere discrezionale;

- le **regole di merito**, invece, sono quelle non giuridiche di **opportunità e convenienza** idonee ad orientare l'amministrazione chiamata a scegliere tra **diverse modalità** di soddisfacimento dell'interesse pubblico, **tutte astrattamente possibili, ragionevoli e legittime**.

L'area riservata alle scelte di merito è quindi quella affidata alla **libertà dell'Amministrazione** una volta rispettati tutti i parametri legali che sovrintendono all'esercizio della discrezionalità: essa è **sottratta ad un sindacato esterno del giudice amministrativo**, cui è preclusa la possibilità di sostituirsi all'Amministrazione allorché effettui scelte in applicazione dei criteri non giuridici di opportunità e convenienza. Invero, il sindacato del giudice amministrativo non è di norma esteso al merito, salve le tassative ed eccezionali ipotesi determinate dalla legge (ad es. il giudizio di ottemperanza).

La distinzione tra legittimità e merito, oltre ad assumere rilievo in sede di delimitazione degli spazi di sindacabilità riconosciuti al giudice amministrativo, viene in evidenza anche ad altri fini. Così, in tema di controlli amministrativi, si distinguono quelli di legittimità e di merito, i primi volti all'annullamento dell'atto amministrativo, i secondi finalizzati alla sua modifica o integrale sostituzione. In secondo luogo, sul piano della

responsabilità amministrativa, la giurisdizione della Corte dei Conti estesa a fatti e omissione del pubblico funzionario posti in essere con dolo o colpa grave, può essere esercitata, sulla base della l. 14 gennaio 1994, n. 20, con il limite insuperabile della “insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali” (art. 1, comma 1).

La distinzione tra legittimità e merito rileva anche sul piano dei rimedi approntati dall’ordinamento: in casi di vizi c.d. di merito è consentita all’Amministrazione l’autotutela in sede di revoca (art. 21-*quinquies*, l. n. 241 del 1990); in presenza di vizi di legittimità è previsto il rimedio dell’annullamento d’ufficio che opera, diversamente dalla revoca, con efficacia retroattiva (art. 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990).

LA SENTENZA

Di rilievo, al riguardo, ***Cass. civ., SS.UU., 5 aprile 2019, n. 9680***, che si è recentemente espressa sui limiti del sindacato giurisdizionale della Corte dei Conti rispetto alla c.d. riserva d’amministrazione, formulando il seguente principio di diritto: “*Nel regime della L. n. 20 del 1994, art. 1, comma 1, primo inciso, con riferimento ad una sentenza con cui la Corte dei Conti abbia ritenuto la responsabilità del sindaco e degli assessori comunali e di un funzionario in relazione alla conclusione, rivelatasi dannosa, di un’operazione di finanza derivata ... è inammissibile il motivo di ricorso con cui si censuri la decisione del Giudice contabile per pretesa invasione della sfera della discrezionalità dell’amministrazione e, quindi, per eccesso di potere giurisdizionale, lamentando l’erroneità della valutazione cui il Giudice contabile, per affermare la responsabilità ... del funzionario e degli amministratori comunali ... L’inammissibilità del motivo è giustificata perché la censura così prospettata inerisce ad una valutazione che il Giudice contabile ha effettuato sull’azione del funzionario e degli amministratori secondo i criteri di efficacia ed economicità di cui alla L. n. 241 del 1990, art. 1, e, dunque, secondo parametri di legittimità che la collocano all’interno della giurisdizione contabile e non esprimono un sindacato del merito delle scelte discrezionali dell’amministrazione di cui alla L. n. 20 del 1994, citato art. 1, come tale fonte del prospettato eccesso di potere giurisdizionale?*”.

4. NATURA VINCOLATA O DISCREZIONALE DEL POTERE E DISCIPLINA DEL PROCEDIMENTO: MOTIVAZIONE, REGOLE PARTECIPATIVE, AMBITO DI OPERATIVITÀ DEL MECCANISMO SANANTE DI CUI ALL’ART. 21 *OCTIES*, COMMA 2, L. N. 241 DEL 1990, D.I.A.

La natura vincolata o discrezionale dell’attività amministrativa assume un rilievo talvolta decisivo in sede di individuazione delle regole procedurali da osservare a pena di illegittimità del provvedimento finale.

Così, non vi è dubbio che il **dovere motivazionale**, prescritto dall’art. 3, l. n. 241 del 1990, assuma maggiore o minore consistenza a seconda che venga in considerazione un **provvedimento discrezionale o vincolato**. Parimenti, il rilievo delle regole partecipative di cui agli **artt. 7-11 della l. n. 241 del 1990** si attenua nei procedimenti volti all’adozione di provvedimenti vincolati, nei quali meno percepibile è l’importanza dell’apporto del privato nell’indirizzare l’azione amministrativa condizionandone gli esiti. È quanto si ritiene talvolta in giurisprudenza allorché si esclude l’attitudine dell’omessa comunicazione dell’avvio del procedimento a giustificare la pronuncia di annullamento del provvedimento vincolato.

Il tema va più in generale esaminato tenendo conto di quanto previsto dall’**art. 21-*octies*, co. 2, l. n. 241 del 1990**, che esclude il rilievo caducante dei vizi formali e

procedimentali allorché nel processo amministrativo, essendo in contestazione atti vincolati, risulti che il contenuto dell'atto non sarebbe stato diverso qualora la norma sulla forma o sul procedimento, in concreto violata, fosse stata osservata.

La natura, vincolata o discrezionale, dell'attività amministrativa rileva ancora nel delimitare l'ambito oggettuale di operatività della segnalazione certificata di inizio attività, la c.d. s.c.i.a., dall'art. 19, l. n. 241 del 1990 ritenuta non percorribile quale modulo sostitutivo del provvedimento espresso da adottare nell'esercizio di discrezionalità amministrativa.

5. NATURA VINCOLATA O DISCREZIONALE DEL POTERE E DISCIPLINA DEL PROCESSO: ECCESSO DI POTERE, POTERI DEL GIUDICE DEL SILENZIO, AMBITO DI OPERATIVITÀ DEL MECCANISMO SANANTE DI CUI ALL'ART. 21 *OCTIES*, COMMA 2, L. N. 241 DEL 1990, GIUDIZIO DI SPETTANZA NEL PROCESSO RISARCITORIO, RIPARTO DI GIURISDIZIONE, ESPERIBILITÀ DELL'AZIONE DI ADEMPIMENTO E RAPPORTI COL GIUDICATO.

Oltre che nella definizione delle regole procedurali, la natura vincolata o discrezionale dell'attività amministrativa assume un rilievo talvolta decisivo in sede di individuazione delle **regole del processo** nel quale viene in contestazione l'atto amministrativo.

La natura dell'attività sottoposta a sindacato giurisdizionale può in primo luogo condizionare la consistenza dei poteri esercitabili dal giudice amministrativo. In generale, a fronte di attività a natura discrezionale, il giudice amministrativo – cui non è consentito sindacare il merito delle scelte amministrative (salve le eccezionali ipotesi di giurisdizione estesa al merito) – può sindacare il legittimo esercizio di quell'attività e la sua coerenza funzionale attraverso lo strumento dell'eccesso di potere nel rispetto, ovviamente, del principio dell'onere della prova che governa il processo amministrativo e, segnatamente, degli specifici motivi di diritto del ricorso portati alla sua cognizione. Ciò che è consentito al G.A. è quindi un **sindacato di legittimità, giammai una sostituzione all'Amministrazione** nelle valutazioni destinate ad integrare lo spazio alla stessa riservato in via esclusiva; diversamente si configurerebbe un eccesso di potere giurisdizionale di cui agli artt. 111, comma 8, Cost., 360, comma 1, n. 1) e 91 e 110 c.p.a. Dei limiti che incontra il giudice amministrativo nel sindacare l'attività discrezionale della P.A. il legislatore ha tenuto conto laddove, all'art. 21 *octies*, co. 2, primo periodo, l. n. 241 del 1990, circoscrive il funzionamento del meccanismo sanante ivi contemplato alle sole ipotesi in cui siano in contestazione atti vincolati, di cui siano stati dedotti vizi formali o procedurali. Limitazione di cui è agevole comprendere la *ratio* se si considera che la stessa disposizione rimette al giudice il compito di verificare quale contenuto il provvedimento avrebbe avuto se l'Amministrazione avesse osservato la norma formale o procedimentale in concreto violata. Parimenti, la natura vincolata o discrezionale dell'attività amministrativa può assumere un rilievo decisivo in sede di individuazione dei poteri spettanti al giudice amministrativo innanzi al quale si contesti il silenzio-inadempimento serbato dall'Amministrazione sull'istanza del privato.

Al centro di un articolato dibattito è stata al riguardo la riferibilità del previgente art. 2, co. 5, l. n. 241 del 1990, alle ipotesi in cui il predetto silenzio sia intervenuto su istanza del privato volta a sollecitare l'esercizio di potestà discrezionale dell'Amministrazione:

questione sulla quale ha preso direttamente posizione il legislatore, che con l'art. 31, co. 3, c.p.a. ha disposto che *“Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'Amministrazione”*.

Gli stessi limiti alla cognizione del giudice amministrativo sono oggi posti in riferimento all'azione di adempimento, la cui ammissibilità nel nostro ordinamento è stata a lungo controversa, fino all'espreso riconoscimento intervenuto dapprima con le sentenze dell'Adunanza Plenaria n. 3 e 15 del 2011, e, quindi, ad opera dello stesso legislatore che, con il decreto legislativo correttivo n. 160 del 2012 ha offerto dignità legislativa ad un'azione siffatta, pur prevedendo espressamente, all'art. 34, comma 1, lettera c), che *“l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'art. 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio”*.

Pertanto, l'espreso richiamo dell'art. 31, comma 3, c.p.a. determina che l'azione di adempimento sia oggi esperibile in relazione al solo potere vincolato: opzione normativa che sembra fondata sulla considerazione per cui l'estensione dell'azione all'ipotesi in cui sia coinvolto il potere discrezionale recherebbe con sé il rischio di una sostituzione del giudice all'Amministrazione, oggi eccezionalmente ammessa nelle tassative ipotesi di giurisdizione estesa al merito *ex artt. 7 co. 6 e 134 c.p.a.*

A tal proposito, può essere esaminato l'impatto di una sentenza definitiva di annullamento sul potere discrezionale.

Pur non comportando la sostituzione del giudice all'amministrazione, l'accertamento giudiziale dell'illegittimità di un provvedimento amministrativo incide sui margini di discrezionalità attribuiti al soggetto pubblico titolare del potere. Detto altrimenti, se una pronuncia di annullamento non toglie la possibilità che la P.A. reiteri l'esercizio del proprio potere, è nondimeno necessario che la riedizione avvenga nel rispetto del *dictum* giudiziale (**c.d. effetto conformativo** della sentenza amministrativa a contenuto demolitorio).

Tale constatazione ha indotto la risalente giurisprudenza del Consiglio di Stato a valorizzare la forza vincolante delle pronunce del giudice amministrativo, fino ad attribuire loro valenza estintiva della discrezionalità, seppur limitatamente ai profili espressamente considerati in sentenza: in altri termini, a seguito dell'emanazione di un provvedimento giurisdizionale definitivo, l'Amministrazione procedente risulterebbe titolare del potere di bilanciare i contrapposti interessi soltanto per gli aspetti non espressamente considerati in sede giudiziale.

Diretta conseguenza di un'impostazione siffatta è la configurazione dei provvedimenti violativi del giudicato alla stregua di atti nulli, in quanto adottati in carenza di potere: conclusione che risulta oggi condivisa dallo stesso legislatore, che ha espressamente qualificato nulli gli atti adottati in violazione od elusione del giudicato, tanto all'art. 21-*septies*, l. 241 del 1990, quanto all'art. 114, comma 4, lettera b) c.p.a.: il privato potrà adire, in casi siffatti, il giudice dell'ottemperanza.

Ciò posto, è controverso il regime cui assoggettare i provvedimenti amministrativi che, pur non ponendosi in violazione o elusione del giudicato, dispongano nello stesso senso dell'atto annullato in via giudiziale, ancorché sulla base di una motivazione diversa da quella adottata in quest'ultimo.

Se un primo orientamento attribuisce senz'altro all'Amministrazione la facoltà di procedere in tal senso, una lettura contrapposta paventa la possibilità che un atteggiamento siffatto sia suscettibile di vanificare le aspirazioni del ricorrente, il quale potrebbe vedersi reiteratamente negare il bene della vita al quale aspira, in forza di plurimi provvedimenti volti al medesimo esito seppur sulla base di motivazioni sempre diverse: i provvedimenti successibili sarebbero, quindi, destinati ad essere in ogni caso conosciuti dal giudice dell'ottemperanza ancorché non in contrasto con i limiti ricavabili dal *dictum* giudiziale.

È emersa una tesi intermedia in forza della quale, non potendosi *a priori* escludere l'adozione di un provvedimento orientato nello stesso senso dell'atto annullato (allorché fondato su motivazioni eterogenee che non si traducano in elusione del giudicato), l'Amministrazione è comunque tenuta, in sede di riedizione del potere, a seguito di annullamento giudiziale, a rassegnare le proprie determinazioni in modo ultimo e definitivo (c.d. "*one shot temperato*"): il provvedimento successivo al giudicato consumerebbe, pertanto, il potere discrezionale dell'amministrazione, sicché l'ulteriore provvedimento negativo è da ritenere per ciò solo nullo, come tale ricorribile in sede di ottemperanza.

Una novità significativa è stata di recente al riguardo introdotta dall'**art. 12, comma 1, lett. e), d.l. 16 luglio 2020, n. 76**. Intervenendo sull'art. 10 *bis*, ha disposto che "*qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni. 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*".

Con il chiaro intento di operare una semplificazione dei rapporti tra cittadino e amministrazione, il nuovo art. 10 *bis* rafforza dunque l'onere motivazionale cui è tenuta la P.A. nel caso di provvedimenti negativi emanati a seguito di un'effettiva interlocuzione procedimentale (quando cioè alla comunicazione dell'amministrazione sia seguita la presentazione di osservazioni da parte del privato), imponendole l'integrale *discovery* di tutte le possibili ragioni a fondamento del diniego. Risulta conseguentemente impedita, nel caso di annullamento dell'atto, una riedizione del potere in senso ulteriormente non satisfattivo, motivata sulla base di fatti che fossero già desumibili dall'istruttoria del provvedimento caducato.

Per effetto della novella, l'art. 10 *bis* finisce per assumere una valenza esoprocedimentale, facendosi strumento di definizione ultima (ed immediata) del rapporto tra cittadino e P.A. in relazione - non al singolo procedimento, come nel regime anteriore al d.l. 76 del 2020, bensì - ad una determinata vicenda sostanziale incisa dal potere.

La relazione illustrativa esplicita la *ratio* dell'intervento normativo nella volontà di evitare la parcellizzazione del processo, quale consegue alla possibilità per il soggetto pubblico di reiterare un diniego con motivazioni sempre diverse, ponendosi l'obiettivo di "*cercare di ricondurre a un'unica impugnazione giurisdizionale l'intera vicenda sostanziale*".

Sono evidenti le analogie con la tesi più rigorosa del c.d. *one shot* puro, che sembra ora trovare piena cittadinanza nel nostro ordinamento.

Infine, la natura vincolata o discrezionale dell'attività amministrativa può assumere rilievo nell'individuare i confini entro i quali il giudice amministrativo, adito con domanda risarcitoria, può spingersi nel formulare quel giudizio di c.d. spettanza del bene

della vita preteso da chi qualifica come aquiliana la responsabilità dell'Amministrazione perché la stessa possa essere riconosciuta (*si rinvia alla Parte III*).

La contrapposizione tra attività vincolata e discrezionale non può invece fungere, da sé sola considerata, da criterio di riparto di giurisdizione. In sede di verifica della natura della posizione soggettiva del privato fatta valere in giudizio, infatti, occorre tener conto anche alla finalità perseguita dalla norma primaria attributiva del potere pubblico alla P.A. Ne consegue che l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, quando viene esercitata a tutela diretta dell'interesse pubblico, implica una spendita di potere che rende tutelabile la protezione della posizione giuridica soggettiva del privato soltanto in via mediata, assumendo così la medesima consistenza di interesse legittimo.

ORIENTAMENTI
GIURISPRUDENZIALI

Attività discrezionale ed attività vincolata e riparto di giurisdizione.

Per la prevalente impostazione, invero, se a fronte di attività che sia esercizio di discrezionalità amministrativa in senso classico (per distinguerla da quella tecnica) sussiste sempre in capo al privato una posizione di interesse legittimo, non può viceversa sostenersi che all'attività vincolata corrisponda, per ciò solo, una posizione di diritto soggettivo. La tesi, già sostenuta da ***Corte cost. 16 aprile 1998, n. 127***, è stata ribadita nella giurisprudenza amministrativa da ***Cons. St., A.P., 24 maggio 2007, n. 8***. La tesi riceve oggi l'espreso conforto normativo dal citato art. 21 *octies*, l. n. 241 del 1990 laddove, nel delimitare l'ambito di invocabilità del meccanismo sanante ivi disciplinato, prevede che sia il giudice amministrativo a conoscere delle controversie involgenti atti vincolati di cui si deduca la difformità rispetto al paradigma normativo di tipo formale o procedimentale.

6. LA DISCREZIONALITÀ TECNICA: NOZIONE E DIFFERENZE RISPETTO ALLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA PURA, ALLA DISCREZIONALITÀ C.D. MISTA E ALL'ACCERTAMENTO TECNICO.

Di discrezionalità tecnica l'Amministrazione dispone quando è chiamata a valutare fatti o situazioni alla stregua di **regole di carattere specialistico** la cui applicazione non garantisce un risultato univoco ed obiettivo, connotandosi, al contrario, per l'inevitabile soggettività ed opinabilità dell'esito.

L'Amministrazione **non è chiamata, pertanto, a valutare comparativamente interessi** scegliendo, all'esito, le modalità che consentano il più efficace soddisfacimento dell'interesse pubblico primario, ma soltanto a verificare, in applicazione di regole specialistiche a risultato non garantito, la **sussistenza di taluni presupposti richiesti dalla norma** per l'adozione della determinazione amministrativa (es. pregio dell'area su cui apporre il vincolo; abuso di posizione dominante o le intese restrittive della concorrenza, in presenza dei quali la normativa *antitrust* riconosce all'Autorità taluni poteri di intervento; anomalia delle offerte presentate in sede di gara). L'Amministrazione, nell'esercitare la discrezionalità tecnica, applica perciò norme contenenti concetti giuridici indeterminati, utilizzando **nozioni e regole tecnico - scientifiche**, secondo il seguente **schema logico**:

- 1) una prima fase di **accertamento** "specialistico" di fatti tecnicamente complessi;
- 2) una seconda fase di **"contestualizzazione" della norma** che, facendo riferimento a "concetti giuridici indeterminati" (quali, ad esempio, il pregio storico, l'abuso di posizione dominante, le intese restrittive della concorrenza), necessita di un'esatta