

IL MERITO AMMINISTRATIVO
REPORT ANNUALE - 2013 - ITALIA

(Dicembre 2013)

Dott. Paolo COTZA

INDICE

1. LEGITTIMITA' E MERITO NEL DIBATTITO TRADIZIONALE

1.1 Introduzione

1.2.1 Implicazioni del dato "positivo"...

1.2.2 ...e remore tradizionali

1.3 "Legittimità-giustizia" degli atti come condizione di buona amministrazione e "vizio di merito" quale momento "causale" dell'invalidità

1.4 Indeterminatezza "in positivo" del merito. Risoluzione dell'interesse pubblico nell'ordinamento; potenziamento dell'eccesso di potere...

1.5 ...parziale assorbimento del merito nell'ambito di una discrezionalità "esternalizzata"

1.6 Attuale "stato dell'arte" e prime prospettive di un discorso "interdisciplinare"

2. CONTRIBUTO EPISTEMOLOGICO E "MEZZI" ATTI A CONFERIRE RILIEVO GIURIDICO AL MERITO AMMINISTRATIVO. RELATIVE IMPLICAZIONI

2.1 Limiti attuali di una logica del risultato applicata al merito amministrativo

2.2 Apporto epistemologico e contenuto-valore autonomi del merito amministrativo

2.3.1 Mezzi atti ad accertare "il modo di effettuazione del principio di opportunità" nonché, diretti a "rendere quest'ultimo efficiente". Introduzione...

2.3.2 ...Tipologia

1. LEGITTIMITA' E MERITO NEL DIBATTITO TRADIZIONALE

1.1 Introduzione

Nonostante una lunga ed autorevole tradizione di studi, complice un “parco” contributo di diritto positivo, l’intera parabola del “merito amministrativo” risulta contraddistinta tanto da “fragilità teorica” quanto da “aleatorietà applicativa”¹.

In effetti, intorno a quella formula si sono registrate accese dispute dottrinali: innanzitutto, sul suo risolversi integralmente in concetti giuridici (a loro volta dibattuti) quale quello di discrezionalità (così amministrativa che tecnica), in quanto entrambi riferibili all’ambito dell’“insindacabile in legittimità”²; sì da occupare un’area dalle dimensioni variamente modulate ad opera della legislazione. Altrimenti: complice la contrapposizione delle ottiche poste a base della libertà/doverosità del momento discrezionale; stante altresì l’equivocità di concetti sostanziali non del tutto sovrapponibili (“opportunità”, “convenienza”, “buona amministrazione”); si è ritenuto scientificamente più corretto d’interrogarsi sul suo modo d’essere nel quadro dei rapporti fra decisione amministrativa e diritto (se, pur connotando un’attività giuridicamente rilevante, il merito implichi giuridicità o meno della relativa disciplina³).

¹Sul tema, può rinviarsi a A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di “merito”*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 517 s.

²A favore, V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, III serie, 1948, XXII, p. 311; ID., *Merito* (diritto amministrativo), in *Nov.mo Dig. it.*, X, Torino, 1968, p. 575.

³Così e per la negativa, M. S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e diritto*, 1941, p. 439 (ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2000, II, p. 347 s.), in polemica con C. MORTATI, *Note sul*

Pare sintomatica, del persistere di siffatte criticità, la circostanza (tratta dal dato globale di esperienza giuridica) d’imbattersi ancora in un risalente “luogo comune” che tende a risolvere quell’idea (sul piano logico prima che giuridico) secondo (un rapporto diadico di) “non-legittimità”. In altri termini, ci si troverebbe al cospetto di un processo decisionale inerente all’attività amministrativa (in senso lato -traducentesi o meno in “atti di produzione giuridica”-), corrispondentemente al quale è riservato all’autorità (in vista del perseguimento degli interessi affidati alle sue cure) un “margine di valutazione” non governato da regole giuridiche (sia, essa prerogativa, “oggettivabile” -mediante altre regole, quali quelle tecniche- o meno -ponderazione degli interessi in causa-)⁴.

Non si rivela soddisfacente, onde lumeggiare il problema, lo storico riferimento di diritto processuale ad una pronuncia “aggiuntiva” (per cui il giudice sarebbe abilitato a posporre ogni questione di merito a quelle di legittimità e praticamente a non pronunziarsi sulle prime qualora il provvedimento fosse impugnato altresì per un motivo di legittimità reputato fondato⁵): se non nei limiti in cui autorizza a riconoscerci (più o meno consapevolmente) una giustapposizione (anziché una contrapposizione) con la legittimità. Si può solo rilevare (di là dal variegato ventaglio di significati annessivi da quel lessico tecnico) che allo sforzo dell’interprete (di “sistemazione e chiarimento” delle travagliate relazioni fra attività amministrativa -per l’appunto- e giurisdizione) restano pochi margini, fintantoché egli operi secondo un’impostazione pandettistica, ligia ai rigidi schemi della separazione di poteri, cui ricondurre -quando recepite- le istanze di giustizia provenienti

potere discrezionale, Roma, 1936; ID., *Ancora sul merito amministrativo*, in *Stato dir.*, 1941; ID., *Discrezionalità*, in *Nov.mo Dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 1099 s.

⁴A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, pp. 595-596. Cfr. pure: Cons. Stato, sez. IV, 20 ottobre 1964 n. 1036, in *Cons. St.*, 1964, pp. 1684-1685; sez. IV, 3 giugno 1964 n. 690, in *Cons. St.*, 1964, p. 1108 s.

⁵M. S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1963, p. 171. P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.

dalla società: si perviene inesorabilmente all'esito d'insindacabilità di quell'ambito; al più (sotto il condizionamento del "diritto comune"), esaurendo la giurisdizione amministrativa, speciale nei termini formalistici di una questione di ampiezza di (soli) poteri decisorii. Ma, anche nel momento in cui si avverte che alcun dato costituzionale dispone quella "riserva di amministrazione"; resta da spiegare in cosa consista il substrato sostanziale della correlazione, fra la prerogativa "ulteriore" ed il carattere di "cognizione" della medesima, ormai resa espressamente dal vigente dato "positivo" (art. 7, co. VI, ed art. 134, D.Lgs 2 luglio 2010 n. 104).

1.2.1 Implicazioni del dato "positivo"...

Il menzionato episodio normativo è destinato a segnare profondamente la parabola dell'elaborazione dogmatica sul merito amministrativo, giacché:

- di là dal sottrarlo definitivamente alla condizione di "attrattiva" per i soli cultori della scienza dell'amministrazione;

- pur superando la tesi secondo la quale il rilievo giuridico del merito è legato alla previsione (di diritto positivo) di "mezzi" -istituti-, nella disponibilità dei soli organi competenti dei "pubblici poteri", atti ad accertare "il modo di effettuazione" del principio di opportunità - buona amministrazione (quale limite conformativo di matrice logica, tipico dell'azione dei "pubblici poteri" -"bontà intrinseca"- e distinto da quello di "specialità") nonché, "diretti a rendere quest'ultimo efficiente";

- pare decretarne un progressivo definirsi quale tipo di sindacato (controllo/giudizio) sull'attività, piuttosto che "componente" (se non "elemento costitutivo") dell'atto, come pure avrebbe voluto certo dibattito specialistico storicamente dispiegatosi a partire dal punto di vista del (tipo di) "disvalore", in parallelo alla coeva concezione di "legalità amministrativa".

Ne consegue il delinearci di un costante condizionamento, secondo le scansioni efficacemente rese dalla logica delle "coppie d'opposti", per via della travagliata vicenda evolutiva dell'ambito dell'azione dei "pubblici poteri" coperto dalla legittimità; con

particolare riguardo alla versione “sostanziale” di quest’ultima che, nella “scala” dei tipi di sindacato, rappresenta quello più prossimo al riscontro di merito, condividendone un carattere “intensificato”, sì da segnare il superamento del (pseudo-)principio di “riserva” a favore di quello di “preferenza” di amministrazione.

Tale vicenda, peraltro, rileva sotto due versanti:

- innanzitutto, perché, mentre l’originario binomio “(sindacato di) legittimità” – “(sindacato di) merito” tendenzialmente veniva avvertito come del tipo A/B (secondo “estremi polarizzanti”), il binomio “legittimità” – “merito”, tende invece a porsi come del tipo A/non-A (ossia “a terzo escluso”);

-con la conseguenza di “mettere in crisi” il merito, nella misura in cui il processo di definizione dell’interesse pubblico concreto, da parte dell’amministrazione, viene smarrendo il suo carattere imponderabile, per acquisire le “cadenze oggettive ed impersonali” che lo rendono sempre più intimamente conoscibile dal giudice;

-laddove, se si conviene che è venuto meno (per assorbimento) il solo ambito “materiale” ed oggettivo di attività dell’amministrazione che un tempo si reputava proprio e caratteristico del concetto di “merito”; resta comunque rilevante una sua ricostruzione concettuale, onde cogliere le diverse tecniche e modalità di un sindacato altrimenti riconducibile alla legittimità;

- in secondo luogo, perché la legittimità, nonostante sia inconcepibile come dissociata dallo scopo di cura degli interessi generali, non implica un “obbligo giuridico, istituzionale”; piuttosto, modalità onde vada concretamente ad esercitarsi il potere⁶;

- ma ciò determina uno spostamento, rispetto all’asse della “legalità obiettiva”, con ripercussioni interessanti sull’opera di “riabilitazione” del “merito” che non paiono del tutto

⁶E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 293 s., segn. p. 300.

sondate, in ragione di certo deficit dogmatico; mentre, potrebbero tornar utili proprio alla luce dell'attuale assetto normativo, di matrice processuale.

In tale scenario, il menzionato dato "positivo" di novità fornisce l'occasione per dedicare al merito amministrativo una riflessione "attualizzata" anche sul piano scientifico; stavolta, ripromettendosi: sia la revisione, su base contenutistico-funzionale, di un suo (pur residuo) "rilevato giuridico"; sia, in prospettiva, la complementare delineazione di un quadro unitario che consenta di ricondurre la giurisdizione estesa al merito (anche al di là di quanto attualmente ammesso dal "dato positivo") ad un potere di cognizione corrispondente alla nozione "sostanziale". L'obiettivo così dichiarato (ad un tempo, di sistemazione delle conoscenze, per approdare ad un allargamento della prospettiva giuridica) implica, però, una duplice operazione: l'annettere, alla locuzione "merito amministrativo", compiutezza di determinazione "in positivo"; quindi, il collaudarne l'autonomia funzionale.

Solo a quelle condizioni dogmatiche, potrebbe qualificarsi come d'interesse, per il giurista, ove termini il tradizionale sindacato di legittimità ed inizi (eventualmente) lo spazio riservato al "merito".

1.2.2 ...e remore tradizionali

Ciononostante, si deve far i conti con certa vischiosità di approdi, la quale si spiega tenuto conto che:

- per un verso, il rapporto fra l'atto ed il diritto obiettivo risulta molto più "intenso e avvolgente" nell'"emisfero pubblicistico" (in genere), di quanto non avvenga (in forza del principio di autonomia) in quello "privatistico" dal quale (teoria del negozio giuridico), pure, il "merito" risulta mutuato; la legittimità rappresentando il titolo principale (se non l'unico) di giustificazione (giuridica e politica) delle "decisioni di apparato";

- per altro verso, l'ascesa stessa del "merito" alla ribalta della sistematica del diritto amministrativo si suol ricondurre ad un'"inversione di metodo" doppiamente regressiva;

la “favorevole sponda” è prestata, per l’occasione, da un argomento tratto dalle contingenze dello strumentario legislativo, nel momento in cui, con gli storici interventi normativi in punto di giurisdizione amministrativa (a partire dalla Legge Crispi), il termine “merito” si fa portato della scelta “politica” di conferire, *ratione materiae*, poteri ulteriori al competente giudice “speciale”; si da pervenire ad una costruzione diadica del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi (“di legittimità / di merito”) corrispondentemente alla quale l’atto legittimo può essere “eliminato” o “disconosciuto” *«come se fosse illegittimo»*;

- la coeva speculazione non era in grado di render conto univocamente delle implicazioni, in punto di cognizione, di quell’“approdo” politico: limitandosi a prenderne atto a fronte del principio di riparto dei poteri dello Stato; con conseguente radicamento del tendenziale divieto, per i giudici amministrativi, di procedere a valutazioni avulse da quelle di “obiettiva legalità” dell’atto;

- in disparte la circostanza per cui l’analogia fra decisioni, giurisdizionale ed amministrativa (possibile sul piano degli effetti materiali), non implica alcuna identità di caratteri; per quel che maggiormente giova all’indagine specialistica, si registra l’affermarsi (all’attenzione degli interpreti), dapprima, di una (pur scarna) casistica di diritto sostanziale in corrispondenza della quale la circostanza per cui le scelte amministrative non fossero comunque valutabili in termini d’illegittimità, non ha precluso di configurare come (non semplicemente inopportune, bensì) viziate decisioni amministrative palesemente ed intrinsecamente arbitrarie; al punto da prefigurare l’enucleazione di una (dibattuta) categoria concettuale di vizi (“di merito”, per l’appunto) distinta rispetto a quelli di legittimità (anzi, tanto eterogenea da risultare inconciliabile), ma comunque in grado di rendere l’atto invalido;

- ulteriore passaggio sarà quindi rappresentato dall’affermarsi della tesi di una eterogenea composizione (a seconda dell’orientamento, sotto forma di “elementi costitutivi”) dell’atto amministrativo;

- per altro verso ancora, il limite epistemologico a lungo patito dall'interprete, col "trattare" le disposizioni normative come se fossero improntate al solo schema "ipotesi-casuistico" (autosufficiente rispetto al momento applicativo), ha favorito il radicarsi di una concezione formalistica della legalità amministrativa; a discapito delle potenzialità di altra, di stampo teleologico, pure andata sviluppandosi sotto la presente esperienza statale.

Ne è conseguito che, complice un modo di essere (o d'intendere) il sindacato giurisdizional-amministrativo complementare a quella anacronistica condizione della legalità, risulta incompiuto il discorso relativo ad una valutazione sull'agire amministrativo in ragione del "risultato" economico-sociale; il primo appiattito com'è sul modello "compositivo" di un conflitto originato (in genere) da un esercizio non ragionevole del potere (discrezionalità / eccesso di potere).

1.3 "Legittimità-giustizia" degli atti come condizione di buona amministrazione e "vizio di merito" quale momento "causale" dell'invalidità

Da tempo si è rilevato come, persino agli albori della giurisdizione amministrativa, «la legittimità del provvedimento "non si potesse esaminare sempre e in modo assoluto indipendentemente dalla 'giustizia' e quindi dal 'merito' dei provvedimenti". Il ricorso all'idea di giustizia, il riferimento ai principi che debbono regolare e regolano l'attività delle autorità amministrative, furono il mezzo tecnico del quale la giurisprudenza si servì per giungere a valutare, oltre che la conformità dell'atto al modello legale, la "legittimità intrinseca" dei provvedimenti. In un parere reso dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato in data 15 novembre 1884 si può leggere una completa esposizione dei principi che hanno guidato la giurisprudenza a ritenere compreso nella propria competenza di legittimità anche "il riesame di quelle questioni sostanziali che si riferiscono alla 'giustizia' dei provvedimenti, essendo questa la 'condizione' di ogni buona amministrazione", a verificare che vi fossero stati o meno errori nell'apprezzamento del fatto, a portare l'esame sui criteri e sui motivi dai quali le autorità erano state guidate nell'esercizio dei poteri a loro attribuiti». Dunque, «la legittimità del provvedimento non si

valuta -o, quanto meno, non si valuta solo- rispetto allo schema normativo dell'atto, ma ha riguardo all'insieme di circostanze e di atti che individuano il potere e determinano il modo d'essere della funzione così come si atteggia nel procedimento»⁷.

Se in ciò si conviene, accanto a quella di conformità dell'atto al modello legale, si deve ammettere altra accezione, intrinseca e complementare alla prima, di legittimità: corrispondente all'idea di giustizia.

Senonché, sussistono forti perplessità circa il valore tecnico del sintagma “vizi di merito” eppertanto, sulla possibilità di configurare l'inopportunità come stato viziato del provvedimento: a partire dall'osservazione per cui, onde affermare la rilevanza dell'invalidità sul piano dell'ordinamento generale, occorre che il vizio sia “obiettivamente accertabile”.

E', infatti, indimostrato se esistano autonome norme o regole generali (elementi obiettivi di riferimento) in forza delle quali stabilire quando un atto sia opportuno o meno⁸; senza contare la contraddizione che s'integrerebbe per via di una situazione di doverosità in termini generali cui corrisponderebbero “mezzi”, per farla valere, dal carattere frammentario se non eccezionali. D'altronde, dovrebbe trattarsi di norme “a contenuto indeterminato” che produrrebbero i propri effetti giuridici mediante l'integrazione di contenuti che attingono alle valutazioni di fatto, dalla legge affidate all'apprezzamento discrezionale della pubblica amministrazione; laddove, si è obiettato che le norme d'azione

⁷A. PIRAS, *Invalidità c) Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 598 s., segn. pp. 606-607. Cons. Stato, sez. riun., 15 novembre 1884, in *Giur. it.*, vol. 37, 1885, pt. III, col. 118 s.

Cfr. pure R. TOMMASINI, *Invalidità b) Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 575 s., segn. p. 590 e nt. 102; D. U. GALETTA, *I procedimenti di riesame*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa* (a cura di V. Cerulli Irelli), Napoli, 2006, p. 393.

⁸Cfr. A. PIRAS, *Invalidità...*, p. 610; V. M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, p. 79 s.; OTTAVIANO, *Studi sul merito...*, p. 308 s.; CASETTA, *Attività...*, p. 302.

non possono che essere giuridiche eppertanto, a contenuto determinato⁹. Tant'è che gli isolati episodi normativi, da taluni addotti onde suffragare la tesi dell'annullabilità d'ufficio per "vizi di merito", rivelano una semplice contrarietà ai fini di quelle disposizioni che (di volta in volta) li contengono: sì da integrare un vizio di legittimità, posto che gli scopi delle norme (per quanto la rilevazione ed interpretazione possano essere poco agevoli) fanno pur sempre parte di queste ultime¹⁰.

A ben vedere, dunque, il primo esito di quel moto "regressivo" poteva al più giustificarsi, a partire dalla percezione (in termini di particolare disvalore) di determinate infrazioni al principio di buona amministrazione, facendo leva sul loro trasmodare (specie per via di aberrazioni dell'*iter* logico) in eccesso di potere¹¹.

Non altrettanto si sarebbe potuto concludere per il passaggio ulteriore. Quest'ultimo, infatti, ha integrato una autentica forzatura per la teoria generale dell'atto amministrativo, dal momento che la nozione di merito amministrativo riguarda non l'atto, bensì l'attività discrezionale che lo precede, preordinata com'è alla sua adozione (*rectius*, quella parte di essa che, non conformata da norme giuridiche di azione, pertiene alle scelte di "politica amministrativa", da attuarsi in relazione all'adozione ed al contenuto dell'atto stesso); cosicché anche l'oggetto del relativo sindacato giurisdizionale concerne propriamente quell'attività; mentre l'atto (in quanto risultante di una certa attività, compiuta in certo modo) sarebbe esclusivamente il parametro di riferimento cui ricorrerebbe il giudice di merito nell'esercizio di un sindacato diretto a rinnovare l'attività amministrativa già svolta,

⁹Cfr. CASSETTA, *Attività...*, p. 327.

¹⁰E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento -b) Diritto amministrativo-*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 484 s., segn. p. 490.

¹¹A. M. SANDULLI, *Manuale...*, p. 596; OTTAVIANO, *Merito (diritto amministrativo)...*, p. 577.

onde apprezzare la bontà delle scelte discrezionali compiute dalla pubblica amministrazione¹².

Sta di fatto che l'accennata "inversione di metodo" preluderà a quel tornante di svolta che verrà definitivamente imboccato dalla teoria dell'invalidità e che condurrà da una qualificazione di quell'idea *quoad effectum* (mutuata dalla dogmatica civilistica del negozio giuridico) alla centralità riconosciuta al suo momento "causale"¹³. Da qui, la questione relativa al contenuto "in positivo" da riconoscere al "merito" (per l'appunto, secondo l'ottica del "vizio dell'atto"). Da qui, parimenti, uno "stato d'incertezza" al punto che si è andata affermando una nozione d'invalidità "sganciata": non solo da quella risalente ("*quoad effectum*"); ma anche dalla "natura" dei "vizi" dell'atto. L'accento, stavolta, cade sull'"anomalia" di atti giuridici, idonei a produrre effetti, ma solo di provvisori, ammessa in nome del principio della "conservazione dei valori giuridici".

1.4 Indeterminatezza "in positivo" del merito. Risoluzione dell'interesse pubblico nell'ordinamento; potenziamento dell'eccesso di potere...

Gli è che ogni disamina sulla vicenda del merito amministrativo deve ricondursi entro l'alveo degli sviluppi impressi alla nozione di legittimità ed attraverso di essa, in una prospettiva di tutela, all'interesse legittimo.

Se infatti quest'ultimo, in quanto qualificazione dell'aspirazione individuale, subordinata alla legittimità nell'esercizio del potere pubblico, può garantire solo entro i limiti in cui quel potere è "considerato" dall'ordinamento;

¹²A. PIRAS, *Invalidità e) Diritto amministrativo...*, p. 601.

¹³A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1916 (ristampa anastatica, Padova, 1986).

-se l'intensità di quella garanzia dipende dalla nozione accolta di legittimità *id est*, dalla "misura" in cui l'interesse pubblico si risolve nell'ordinamento (l'interesse legittimo non potendo definirsi "che in relazione all'interesse pubblico siffattamente risolto");

-in quest'ottica, è agevole intuire quanto si sia rivelato gravido d'implicazioni l'affermarsi dei principi d'imparzialità e buon andamento¹⁴.

Da ciò, il perfezionarsi del dibattito sull'illegittimità, quale (asserito) "precipitato" pubblicistico (vizio tipico) dell'idea d'invalidità, conformemente al diffuso convincimento che nel nostro ordinamento vige un "canone generale di ragionevolezza" e che il potere amministrativo si legittimi (quantomeno, anche) in base al suo esercizio razionale poiché la discrezionalità non è arbitrio¹⁵. Da ciò, la duplice riconducibilità di quel concetto: alla "non conformità alle leggi" (nel senso di non corrispondenza formale dell'atto amministrativo allo schema legale¹⁶); ad un'accezione più pregnante (peraltro trasversale rispetto al menzionato avvicendamento statutale), di tipo sostanziale¹⁷.

¹⁴Nel senso dell'essenzialità della prospettiva di giustizia per la comprensione del diritto amministrativo, E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amm.), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 9 s., segn. p. 18.

¹⁵Su tali conquiste cfr. rispettivamente: F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Milano, 1965, p. 514; C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935 (ora in *Raccolta di scritti*, Milano, 1972, III, p. 533); G. MARONGIU, *Funzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 6.

¹⁶Sulle vicende storiche del rapporto fra legittimità e legalità, F. BASSI, "Conformità" alle leggi e "legittimità" dell'atto amministrativo, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia* (atti del LIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione -Villa Monastero, 20-22 settembre 2007-), Milano 2008, p. 61 s.

¹⁷Sulla teorizzazione del distinguo fra illegittimità, formale e sostanziale, può rinviarsi oltreché allo scritto nanti cit. di F. Bassi, al celebre studio di SANTI ROMANO – M. D'AMELIO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929 (riprodotto in SANTI ROMANO, *Scritti minori*, Milano, 1950, II, p. 275 s.). Cfr. pure, in linea: R. RESTA, *La giustizia amministrativa*, Bari, 1950, p. 74; G. SALEMI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1958, p. 95.

Da ciò, parimenti, un (pur non lineare) arricchimento del sindacato giurisdizionale sul piano del risultato¹⁸. Così, avuto riguardo agli sviluppi impressi, dalla concezione di “legittimità allargata”, al sindacato sull’eccesso di potere (specie da parte della giurisprudenza ed a far data dall’insegnamento del Ranalletti dapprima e benvenutiano poi¹⁹): per l’appunto, conducendo il giudizio di legittimità, dalla soglia della conformità/differenza al/dal modello legale (proprio del vizio di violazione di legge), alla dignità di un sindacato sul corretto e ragionevole esercizio del potere discrezionale o svolgimento della funzione (secondo le concezioni più avanzate e condivise) cioè (in definitiva), al rango di misura della devianza dell’atto dal fine (perseguimento dell’interesse) pubblico²⁰.

¹⁸A. ROMANO, *I caratteri della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 635 s., segn. p. 695 s. Il solco è ancora quello tracciato da: A. AMORTH, *Il merito degli atti amministrativi*, Milano, 1939, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, p. 370 s. (ove si ravvisa, nel principio di opportunità, «una misura dell’azione rispetto al suo risultato»; altresì rilevando «l’incidenza delle così dette regole di buona amministrazione non sulla scelta stessa dell’azione ...dominata piuttosto dall’arte politica e dall’intuito, dall’avvedutezza del funzionario, bensì sul suo contenuto, nel senso della sua più appropriata adeguatezza al risultato»); M. S. GIANNINI, *L’interpretazione dell’atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell’interpretazione*, Milano, 1939 (che attrae il risultato, se non sul piano della legittimità, in un ambito ad essa molto prossimo, individuando lo scopo giuridico di un atto esclusivamente nella “modificazione giuridica del mondo esteriore”).

¹⁹O. RANELLETTI, *Lezioni di diritto amministrativo -La giurisdizione amministrativa-*, Napoli, 1924, pp. 1-44, 121 s.; F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, p. 1 s.; ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118. Cfr. pure P. GASPARRI, *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 124 s.; G. DE CESARE, *Problematica dell’eccesso di potere amministrativo*, Padova, 1973; A. AZZENA, *Natura e limiti dell’eccesso di potere*, Milano, 1976, segn. p. 16 s.

²⁰O. RANELLETTI, *Nota a Cass.*, sez. un., 25 gennaio 1928 n. 402, in *Foro amm.*, 1928, II, coll. 68-72. Cfr. pure: ROMANO TASSONE, *Tra diversità...*, p. 1123; G. CORSO, *Validità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 85 s., segn. p. 91 s. In tal senso, si conserva attuale la ricostruzione operata da F. ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacchelli*, Milano, 1938, p. 449 s., segn. p. 459; ciò anche per merito della sua recente “riscoperta” ad opera di A. TRAVI, *Un intervento di Francesco Rovelli sull’eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 462 s.

In tale contesto è stata elaborata una “nozione moderna” di interesse pubblico, come non appartenente più all’amministrazione, bensì all’intero corpo sociale: correlato ad un superamento definitivo dell’interpretazione ritualistica della legalità, sì da farne emergere (per l’appunto) gli aspetti sostanziali²¹; risultante, nella sede procedimentale, «*dalla comparazione ponderata di tutti gli interessi coinvolti nell’esercizio del potere*»²². D’altronde, proprio un raffronto tra ordinamenti nazionali fornisce l’abbrivo per siffatto indirizzamento: da quel ramo d’indagine non potendosi fare a meno di constatare che la valutazione di preminenza fra i “requisiti” dell’atto (legittimità ed interesse pubblico alla sua affermazione-conservazione) perde definitivamente quella stabilità minima che le poteva conferire una parvenza “ontologica” all’interno di ciascun ordinamento: posto che, s’attaglia, di volta in volta, all’uno od all’altro degli stessi requisiti²³.

1.5 ...parziale assorbimento del merito nell’ambito di una discrezionalità “esternalizzata”

Il carattere recessivo della cognizione di merito, come giudizio sull’opportunità, procede di pari passo con l’accentuarsi della natura giurisdizionale della cognizione del giudice amministrativo. Se, infatti, il sindacato sull’opportunità amministrativa di un provvedimento non è ancorabile a regole giuridiche, non può tradursi in un giudizio in senso giurisdizionale; alpiù, ergendosi ad accertamento amministrativo. Pertanto, accade che: mentre la figura dell’eccesso di potere assurge a sintesi dei modi di sussumibilità della discrezionalità amministrativa nel giudizio di legittimità, dal punto di vista della garanzia

²¹E. CANNADA BARTOLI, *Interesse...*, p. 9.

²²In questi termini si esprime D. U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, pp. 7-8 (salvo sviluppare, in corso d’opera, le criticità del tema).

²³D. DE PRETIS, “*Illegittimità comunitaria*” dell’atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 725 s., segn. pp. 728-730.

(con particolare riguardo alla ragionevolezza della comparazione degli interessi in giuoco e dei suoi esiti); il merito resta relegato nella condizione di criterio istruttorio e di decisione (ma non di giudizio). Più esattamente, il merito-opportunità si configura come criterio di percezione dell'utilità, della bontà del provvedimento rispetto alla condizione di fatto; si da imporre una rilevazione del fatto (non dal punto di vista della compresenza d'interessi diversi ed opposti, bensì) come mediato dal provvedimento e rapportato quindi al potere esercitato²⁴.

1.6 Attuale “stato dell’arte” e prime prospettive di un discorso “interdisciplinare”

In progresso di tempo, il connotato funzionale dell'eccesso di potere è stato esteso, onde colmare il dislivello tra la “nozione positiva” e quella “teoricamente possibile” di “legittimità”, ad opera della giurisprudenza²⁵.

Il punto è che il vizio di eccesso di potere è stato oggetto di “appesantimenti” e “confusioni concettuali”: ci si trova, pur sempre, al cospetto di una trattazione “di origine empirica, e anche con destinazione empirica”; tale, nella sua stessa struttura logico-giuridica. Tali condizionamenti si apprezzano (nella giusta misura) sol valutando il “significato profondo” della legittimità in confronto col processo; ma, per quel maggiormente rileva in tale fase di trattazione, quella figura si è risolta in una potente

²⁴G. BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 1861 s., segn. p. 1888 s.

²⁵*Ex multiis*, cfr.: T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 8 luglio 2013 n. 6672, in *Foro amm. -T.A.R.-*, 2013, pp. 2326-2327 (nel senso del superamento dell'equazione concettuale fra merito-opportunità e discrezionalità tecnica, quest'ultima suscettiva di controllo giurisdizionale nei casi in cui il vizio valutativo trasmodi in illogicità); T.A.R. Marche, sez. I, 22 giugno 2012 n. 444, in *Foro amm. -T.A.R.-*, 2012, pp. 1918-1919 (circa l'integrarsi di un apprezzamento di merito, con riguardo alle scelte effettuate dall'amministrazione pubblica nell'adozione degli strumenti urbanistici, salvo che non siano inficiate da errori di fatto o da abnormi illogicità); T.A.R. Toscana, sez. II, 5 febbraio 2010 n. 188, in *Foro amm. -T.A.R.-*, 2010, pp. 417-418 (in linea, stavolta in tema di giudizio medico-legale sull'idoneità fisica e psichica alla conduzione dei veicoli a motore).

remora al cammino che resta da percorrere: non sarebbe utile a tal fine, perché «*costituisce quasi sempre un mezzo indiretto per l'accertamento di vizi che ...direttamente rientrerebbero comunque, o potrebbero giustificatamente rientrare, nell'ambito della legittimità come figure di violazione di legge*»²⁶.

Non per caso, specie dal momento in cui la L. n. 241/1990 ha solennemente affermato che i principi di economicità ed efficacia sono criteri dell'azione amministrativa (art. 1), a dispetto di una generalizzata sottovalutazione di quel precetto, non sono mancate voci dottrinali che hanno inteso coglierne rilevanti implicazioni.

Per un verso, si è infatti riconosciuta, a quell'affermazione legislativa, una più spiccata e diretta forza innovatrice: avrebbe fornito una sistemazione definitiva alla materia, poiché, in base ad essa, i criteri normativi dell'efficienza e dell'economicità traducono nell'attività amministrativa quel principio di buon andamento, vanamente interpretato come utile ai soli fini dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni²⁷.

Per altro verso, si è osservato che «*oggi il cosiddetto vizio di merito, altro non è se non la violazione di quei principi di economicità e di efficienza che ormai costituiscono ...principi costituzionali dell'agire amministrativo*», “positivizzati” nella legge generale sul procedimento e sull'attività amministrativi: per cui, ci si troverebbe dinanzi ad “una categoria specifica di vizi di legittimità”. Di conseguenza, si è ridimensionato, nel suo ruolo e nella sua utilità, lo sforzo compiuto dalla pratica che “ha contrabbandato, fino ad oggi, i vizi di merito come vizi di eccesso di potere”, e ci si è domandati «*se la violazione dei*

²⁶F. G. COCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, p. 1376 s., segn. p. 1381.

²⁷A partire da CASSETTA, *Attività...*, p. 302. Cfr. pure: B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di G. Santaniello), Padova, 1993, III, p. 327; P. M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, pp. 366-368 («Anche in tal modo si giunge alla conseguenza, estremamente rilevante, di includere l'inopportunità, e quindi i vizi di merito, nella più ampia categoria dell'invalidità dell'atto amministrativo»).

principi di efficienza e di economicità in un atto amministrativo, non debba essere sindacata con la stessa ampiezza con cui è consentito il sindacato dei vizi di legittimità tradizionali quando ciò comporti una violazione diretta, personale e attuale di un interesse del cittadino»²⁸.

Come può constatarsi, tale dibattito (non per caso “volontaristico”), se riferito al discorso sul merito amministrativo, tradisce la medesima debolezza argomentativa, non giovando (più di quanto ha fatto la stessa affermazione costituzionale del principio di buon andamento) ad una “riabilitazione” di quella figura (restituendole un contenuto ed un rilievo giuridico, autonomi). Da qui, la scelta di “rivisitazione” sperimentale, di quel discorso, sul piano dogmatico e con l’ausilio epistemologico; in prospettiva, onde verificarne la compatibilità con l’attuale sistema di giustizia amministrativa (per cui si rinvia ad una prossima, complementare pubblicazione sul medesimo sito web).

2. CONTRIBUTO EPISTEMOLOGICO E “MEZZI” ATTI A CONFERIRE RILIEVO GIURIDICO AL MERITO AMMINISTRATIVO. RELATIVE IMPLICAZIONI

2.1 Limiti attuali di una logica del risultato applicata al merito amministrativo

Da quanto esposto nel cap. prec., risulta che:

- inteso il merito (quale processo decisionale “a base soggettiva” -nel significato tradizionale-) in un rapporto “a terzo escluso” con la legalità-legittimità;

- «è inevitabile che il concetto stesso di “merito” tenda a vacillare ed infine a dissolversi, sia per quanto attiene alla riduzione del suo ambito applicativo, sia -e soprattutto- per quanto riguarda l’individuazione della sua essenza, che diviene sempre più ardua ed incerta, man mano che il processo di definizione dell’interesse pubblico concreto

²⁸F. BENVENUTI, *Disegno dell’amministrazione italiana*, Padova, 1996, p. 207 s.

da parte dell'amministrazione vien perdendo il suo carattere imponderabile e in qualche misura misterioso, per acquisire le cadenze oggettive ed impersonali che lo rendono sempre più intimamente conoscibile dal giudice»²⁹.

In effetti, sempre sul piano logico, nulla osterebbe ad escludere il merito-opportunità dal novero stesso delle “componenti” dall’ordinamento richieste per la validità giuridica dell’atto amministrativo (entro un più ampio ambito di “legalità”); così avallando una soluzione di politica legislativa non spintasi oltre la soglia del “limite finalistico” (scopo) imposto dal diritto: per cui non possono incontrare “legittimazione” (solo) quelle determinazioni che esorbitino da un retto esercizio della funzione amministrativa, integrando il vizio (di legittimità) tipico dell’“eccesso di potere”. Non per caso la “crisi” del merito si perfeziona semplicemente in concomitanza di un’“esternalizzazione” della discrezionalità, sul piano dell’ordinamento generale (all’insegna dell’eccesso di potere); senza particolari ripercussioni sul dato globale di esperienza giuridica, eccezion fatta per certo dibattito dottrinale ed il radicamento (fra i “pratici”) di anacronistici schemi mentali col correlato “strascico” terminologico.

Dunque, onde giungere comunque alla conclusione di un autonomo spazio contenutistico riservabile al “merito amministrativo”, con implicazioni sull’atteggiarsi del suo rilievo giuridico, occorrerebbe:

- di escluderne la coincidenza con un obiettivo di conservazione e tutela dell’ordinamento giuridico (nel qual caso, infatti, non si riuscirebbe ad identificarne la distinzione con la legalità-legittimità); in quest’ottica, non potrebbe essere più (assimilato o comunque) ricondotto ad un controllo di “proporzione” tra contenuti dell’atto e risultato;

- di poter correlare a quella locuzione una duplice previsione di “mezzi” (istituti) di diritto positivo: atti ad accertare “il modo di effettuazione del principio di opportunità”

²⁹A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende...*, pp. 528 s., segn. pp. 530-533.

nonché, diretti a rendere quest'ultimo efficiente; salvo puntualizzare che il controllo o giudizio di opportunità non impone la sola verifica se l'ordinamento predisponga istituti in forza dei quali assicurare limiti positivi nella deliberazione dell'atto, al di fuori della fattispecie normativa di quest'ultimo; altresì, occorrendo che s'individuino dei parametri mediante i quali quell'accertamento va compiuto, dal momento che «*qualunque controllo o giudizio implica una misura, un criterio, un canone in base a cui esso diventa significante, ossia obiettivo*»³⁰.

Il pregio di tale “approccio”, non si esaurisce nel superamento di quello, lungamente diffuso fra gli operatori del diritto, che non è stato in grado di andare oltre una determinazione “in negativo” (distinzione dalla legittimità e corrispondente insindacabilità). Va, infatti, riconosciuto di essersi così spinti oltre la pur corretta connessione fra “merito amministrativo” e valutazione discrezionale; a significare: non solo che il merito, quale misura della corrispondenza ad un risultato, rientra nella parte dell'attività amministrativa riconducibile all'esercizio di quel potere; altresì, risultando meglio definita l'interferenza fra i concetti di “merito dell'atto amministrativo”, “attività discrezionale”, “sindacabilità giudiziale”.

Inoltre, attraverso l'orientamento testé esposto, si è in grado di offrire soddisfacente collocazione sistematica, oltreché al principio di buon andamento (ed alla sua ambivalenza), a quello di “equità”. Quest'ultimo, a seconda delle circostanze, potendo: ricondursi al buon andamento stesso e, per esso, alla legittimità (nella sua accezione squisitamente programmatica)³¹; altrimenti, condividere la medesima area del “merito”, da

³⁰E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 293 s., segn. pp. 324-325.

³¹A. C. JEMOLO, *L'interesse come presupposto dell'annullamento di atti illegittimi -licenziamento in via eventuale* (nota a sent. Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 1931), in *Foro it.*, 1931, III, col. 113, segn. col. 114; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1936, p. 257; F. CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo*, in *Annuario della regia università di Bologna*, 1924, p. 16; F. MERUSI, *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *L'equità* (atti del convegno del Centro nazionale di prevenzione di difesa sociale - Lecce, 9-11 settembre 1973), Milano, 1974, p. 83; ID., *L'equità nel diritto amministrativo secondo Cammeo: alla*

quest'ultimo distinguendosi per essere rivolta, più che ad un profilo "utilitario" (esaurentesi nell'ambito della stessa organizzazione, benché proiettato comunque verso l'interesse generale), al rapporto fra l'amministrazione pubblica ed i cittadini.

Senonché, il superamento della coincidenza con un obiettivo di conservazione e tutela dell'ordinamento giuridico, implica di riempire di contenuti il vuoto fra la "nozione positiva" e quella "teoricamente possibile" di "legalità". All'uopo, v'è necessità di far leva su di uno schema normativo di tipo alternativo che consenta di superare quella tradizionale "invarianza" del sindacato, per cui: fintanto che il primo risulti pur sempre articolato in base a "conformità-prevedibilità", piuttosto che sul "risultato" in senso pieno, il giudizio (benché imperniato sull'interesse pubblico) opera sulla scorta di "situazioni sintomatiche" che rivelano le resistenze di un "approccio" casuistico. Laddove, il pieno esplicarsi di una logica del risultato non può che prendere le mosse da un modello della giuridicità che sia in grado di emanciparsi da una artificiosa sistemazione "a priori". Solo a queste condizioni è collaudabile sul piano (non meramente empirico, ma) del sistema la possibilità di ritagliare un autonomo spazio contenutistico al "merito amministrativo" con implicazioni sull'atteggiarsi del suo rilievo giuridico (dei mezzi che lo sostanziano).

All'uopo, diviene indispensabile di ricorrere, innanzitutto, al piano di analisi filosofico-scientifico.

2.2 Apporto epistemologico e contenuto-valore autonomi del merito amministrativo

ricerca dei fondamenti primi della legalità sostanziale, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n. 22, Milano, 1993, p. 413.

A patto di convenire che la strategia decisionale a base dell'azione amministrativa (nel senso benvenutiano del termine³²) riflette la “multipolarità” della disciplina di riferimento; ogniqualvolta quest'ultima si attesti, sul nesso condizionale “se ...allora”, con riduzione dell'esperienza di regolazione entro strutture “rigide”, si determinerà un sacrificio della “materialità” (del momento assiologico-reale). Si tratta, infatti, di una concezione della giuridicità disposta: al ridimensionamento del ruolo degli interessi, in nome di un'idea di ordine incentrata sulla certezza-prevedibilità (sull'orizzonte del passato); piuttosto che a “dominare e permeare la fluida materia della vita sociale”, assecondandola nell'inevitabile opera di semplificazione della complessità dei conflitti³³.

Laddove, lungo l'“orizzonte del futuro” (“conseguenzialista”, come nel caso di “tipi” provvedimenti “ad efficacia durevole” -*rectius*, che si riferiscono a fattispecie dotate di dimensione temporale-), la strategia decisionale a base dell'azione non potrà che valutarci in funzione della diversa forma di “autonomizzazione” dell'ordinamento.

In tale contesto, all'esercizio di un potere tendenzialmente discrezionale, quale quello amministrativo, corrisponderà (in costanza di effetti della fattispecie precettiva di base): anziché il “contatto istantaneo”, regolato con riguardo a conseguenze prevedibili; il “rapporto” fra i portatori degli interessi (pubblici e privati), quale retto da uno “statuto” sensibile agli effetti concreti. L'indicata prospettiva: per un verso, pone in risalto il limite

³²F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione Italiana (linee positive e prospettive)*, Padova, 1996, p. 177, ove, nel classificare l'attività in relazione agli scopi particolari che con essa si perseguono, si preferisce ricorrere all'espressione “azione amministrativa”; ID., *Appunti di diritto amministrativo -pt. gen.-*, Padova, 1955.

³³Secondo quanto propugnato invece da E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, II ed. riveduta e ampliata da G. Crifò, Milano, 1971, p. 103. Sempre nell'ottica della teoria generale, A. FALZEA, *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. – I. Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, segn. p. 184 s., pone l'accento sulla necessità, in una visione non formale del diritto, di dotarsi «di un sistema normativo rispettabile..., in quanto non straripante in dimensioni di pratica inconoscibilità e non pregiudicato nella sua pratica attuabilità da vizi di disarticolazione, contingenza, ambiguità».

della teorica dell'eccesso di potere che (per l'appunto), mediante l'enucleazione di situazioni sintomatiche, costringe il sindacato di quel potere entro i più angusti spazi dell'orizzonte del passato (ipotetico-casuistico); per l'altro, contribuisce a far assurgere il "risultato" (*rectius*, un interesse pubblico, concreto), quale esito di un'attività di gestione, da criterio di valutazione dell'attività³⁴, a parametro del sindacato del giudice amministrativo e del correlato giudizio sulla validità (o meno) di un atto amministrativo³⁵. Quanto conosce un significativo suggello già in alcuni interventi normativi (artt. 20 e 20bis, L. n. 59/1997 ss.mm.ii. -in tema di semplificazione-, art. 1, L. n. 241/1990 -circa il dovere di non aggravare il procedimento amministrativo-, etc.) di apertura alla "cultura del risultato" con riferimento all'esito provvedimentoale (di un procedimento)³⁶; ad esso estendendo principi generali dell'ordinamento quali quelli di efficienza (economicità ed efficacia), si da riempire di ulteriori contenuti l'idea di legalità amministrativa³⁷.

³⁴F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir. - Aggiorn.*, VI, Milano, 2002, p. 75 s., segn. p. 100.

³⁵A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, Napoli, 2001, I, p. 818 s., segn. p. 819; M. CAMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, p. 107 s., segn. p. 115; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, relazione in *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione* (convegno AIPDA, tenutosi in Roma il 22 marzo 2002), pubbl. in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, p. 127; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo: le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Bari, 2002, p. 151.

³⁶Sul tema: ROMANO TASSONE, *Sulla formula...*, p. 818; F. G. SCOCA, *Attività amministrativa...*, p. 100 s.

³⁷Secondo quanto preconizzato già in F. LEVI, *Legittimità* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 135 s., segn. p. 136. Cfr. pure F. BENVENUTI, *Inefficienza e caducazione degli atti amministrativi*, in *Giur. compl. Cass.*, 1950, p. 914. Circa il progressivo ingresso dei criteri dell'efficienza e del risultato sul sindacato del giudice amministrativo: P. CARNEVALE, *L'esame asettico delle pronunce giurisdizionali per il miglioramento produttivo e una maggiore efficienza della pubblica amministrazione*, in *T.A.R.*, 1999, II, p. 385; RI. CHIEPPA, *Giustizia amministrativa, efficienza e pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1996, p. 2500. Sulla nuova accezione di legalità e la conseguente difficoltà a ricondurre il principio ad unità: L. IANNOTTA, *Principio di legalità ed amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti* (atti del convegno di Macerata, 21-22 maggio 1999), a cura di C. Pinelli, Milano, 2000, p. 37 s.; M. R. SPASIANO, *Funzione*

La conseguenza è che il “tipo” di “riesame” eventualmente adottato dipende (non dalla “natura” del vizio -legittimità/merito-, né dall’insorgenza del medesimo -originario/sopravvenuto-, bensì) dal profilo teleologico-funzionale che (nella concreta circostanza) si è inteso preservare.

A tal punto, il discorso dogmatico necessita di essere completato avendo riguardo ai già denunciati limiti di una moderna nozione di legalità amministrativa che si basi sul solo dato “volontaristico” (sia pur costituzionale) inerente all’interesse pubblico. All’uopo, può risultar utile partire dalle seguenti connessioni: *«seppure nella prassi e nella dottrina si parli di potere discrezionale, in realtà l’ordinamento amministrativo non conosce “norme in bianco”. L’Amministrazione agisce sempre in attuazione dei precetti e perciò non ha la capacità di porne di nuovi. La sfera discrezionale appartiene solo al momento interpretativo della norma, da cui estrae tutti i possibili contenuti precettivi e ciò in presenza di norme a carattere sintetico di cui l’Amministrazione svela (o discerne) la possibile estensione. Non diversamente da quanto avviene per l’analogia che pure appartiene (sebbene con diversa funzione) al campo dell’ermeneutica»*³⁸.

Se, dunque, la strategia decisionale a base dell’azione amministrativa riflette la “multipolarità” della disciplina di riferimento; se alla discrezionalità corrisponde il “rapporto” fra i portatori degli interessi (pubblici e privati), quale retto da uno “statuto” sensibile agli effetti concreti; giacché quella sfera appartiene al momento interpretativo della norma; quest’ultimo, in corrispondenza del conferimento di un potere discrezionale, non potrà ridursi ad un’operazione previa ed autonoma rispetto al momento applicativo (come tale, improntata “a priori” al risalente dato valorativo-formalistico di un “medesimo interesse” originario-primario).

amministrativa e legalità di risultato, Torino, 2003; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 93.

³⁸F. BENVENUTI, *Disegno...*, pp. 195-196 s.

Tendenzialmente, gli studi di ermeneutica (giuridica) e sull'attività conoscitiva della pubblica amministrazione (tenuto conto del progressivo "complessificarsi" dei compiti assegnatili) non disconoscono una "distinzione logica", tra i due profili operazionali (sono infatti, giudizi diversi, su tale piano reciprocamente escludentisi, quelli per cui un medesimo fenomeno possa venir tanto "valutato" -riferito ad un criterio di valore- quanto "qualificato" -assunto in una categoria-)³⁹. Segno della consapevolezza di evitare qualunque elusione della problematicità connaturata al processo di comprensione: sia al livello propriamente ermeneutico, sia al (correlato) livello di concezione del potere (compreso quello discrezionale) e dei suoi limiti (libertà dell'azione amministrativa e tutela dei diritti dei cittadini)⁴⁰.

Peraltro, il rilievo sostanziale dell'interesse pubblico (come concreto), spinge a favore di uno schema (non lineare -sul presupposto di un significato oggettivo, preesistente cui l'interprete avrebbe accesso-, bensì) circolare⁴¹; per via di un "dialogo coerente", nella

³⁹Così R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, p. 13, ove si prospetta una distinzione per oggetti: l'interpretazione riguardando testi; l'applicazione, norme in senso stretto ("intese come il contenuto di significato dei testi normativi").

⁴⁰Come noto, al contributo di M. S. GIANNINI si deve sia l'emancipazione della discrezionalità dalle manifestazioni dell'attività interpretativa (*L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939), sia l'aver chiarito che l'attività amministrativa (anche quando si presenti con le fattezze della discrezionalità) resta (sostanzialmente cura d'interessi, ma formalmente e) "fondamentalmente un'attuazione di legge" (*Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, pp. 13-14, 22).

⁴¹Nel primo senso: M. S. GIANNINI, *L'interpretazione...* (di cui dà conto F. G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2000, p. 1045 s., segn. pp. 1046 e 1053 s.); G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (dir. da Cicu-Messineo), Milano, 1980. Respinge recisamente l'assunto di un significato oggettivo, preesistente che l'interprete sarebbe chiamato a svelare, E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 503 s., segn. p. 505. Resta il fatto che la norma non può artificialmente dissociarsi dal contesto in cui trova applicazione (D. U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, p. 95). All'uopo, per i relativi riferimenti, sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione*

consapevolezza del reciproco condizionamento (anche in termini di “precomprensione” del giurista⁴²). D'altronde, che l'interpretazione delle disposizioni normative sia finalizzata alla loro applicazione ad una realtà delimitata e circoscritta, trova conferma nell'art. 12 delle “preleggi” al cod. civ. (rubricato “interpretazione della legge”) ove così si esordisce: «*nell'applicare la legge...*».

Gli è infatti che resta comune il fondamento della comprensione nel processo applicativo: esso si traduce in quel “nesso dialettico” (moto circolare) che dal “diritto” (*quaestio juris*) conduce al “fatto” (*quaestio facti*) per tornare al primo. In altri termini, ogni giudizio (quale esso sia) è prospettabile non come un *quid* a sé stante, bensì come il risultato di un'attività (non solo sotto un aspetto statico, ma anche in una visuale dinamica): considerando la comprensione come un momento “essenziale ed ineliminabile” nella complessa operazione di applicazione della legge ad un caso concreto.

A tal punto, tirando le somme del duplice discorso relativo tanto ai distinti “orizzonti” dell'ordinamento giuridico (ipotetico-casuistico e consequenzialista) quanto al nesso dialettico fra interpretazione ed applicazione delle disposizioni normative, possono

pubblica (contributo metodologico), Napoli, 2007, par. 1.6. Sulla difficoltà ad operare una separazione fra valutazioni dell'interesse pubblico e completamento od integrazione della norma da applicare: M. LIPARI, *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la legge 205/2000 (le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza)*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 55 s., segn. p. 106 s.; nonché P. M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, p. 293 s.

⁴²Alla filosofia ermeneutica ed all'ermeneutica generale, spintesi al di là dell'obiettivo metodologico di costituirsi in sapere scientifico, si devono: tanto la scoperta che le condizioni ontologiche del comprendere non sono tutte riconducibili nell'ambito di un “procedimento” o di un metodo, quanto la ritrascrizione del circolo ermeneutico (non più fra “parti” e “tutto”, bensì) tra la “precomprensione” (anticipazione precognitiva) che l'interprete (l'“esserci”) già possiede del senso della “cosa” (nella circostanza, il testo normativo) e quest'ultima (all'uopo, può rinviarsi, rispettivamente: a M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, tr. it. Torino, 1969; nonché a F. SCHLEIERMACHER, *Etica ed ermeneutica*, tr. it. Napoli, 1985 e H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, tr. it. Milano, 1988 -sul cui pensiero si sofferma G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza -i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer-*, Milano, 1984-).

formularsi le prime conclusioni. Così, se alla dicotomia strategica, “delle regole / della funzione” (quale riflettente, per l’appunto, l’orizzonte normativo di riferimento), può sovrapporsi quella fra accertamento / discrezionalità; ne consegue che quest’ultima sia da intendersi anche come decisione concreta eppertanto, risultato; accezione, quest’ultima, “dominante” per un preciso ordine di ragioni nonché, per via delle relative implicazioni.

Venendo, per il momento alle implicazioni, avuto riguardo all’esame dell’*iter* di formazione dell’atto amministrativo, discrezionale; solo aderendo allo schema logico-circolare di comprensione-applicazione, si è in grado di apprezzare che il giudizio valutativo e concreto, logicamente non anticipa la determinazione volitiva, ma con essa s’identifica, progressivamente definendosi. Altrimenti, nell’ottica della teoria logicistica della decisione (che la equipara ad un sillogisma pratico), la duplicazione delle fasi (posizione della regola del caso concreto e determinazione della susseguente decisione) si rivela non solo una inutile complicazione⁴³, ma (quel che è peggio) un’aberrazione del processo.

Così, se si accetta l’insegnamento secondo cui la discrezionalità (come giudizio pratico) discende da una comparazione e ponderazione quali-quantitativa degli interessi (pubblici e privati) immanenti in un dato contesto sociale⁴⁴; alla luce di quanto esposto sul piano

⁴³B. CROCE, *Filosofia della pratica: economica ed etica*, Bari, 1923, segn. pp. 27-28. Il pensiero crociano è stato criticato per la riduzione di quella giuridica ad attività genericamente pratica (*op. ult. cit.*, p. 147 s.), trascurando sia la fondazione della riflessione storica, sia il rilievo dato alla realtà dell’esecuzione della legge (*ivi*, p. 328; ma cfr. pure, ID., *La storia come pensiero e come azione*, Bari, 1965) su cui (per contro) insiste la dottrina che ha assimilato quella lezione. Per la rilevanza del pensiero crociano sui problemi di storia e scienza del diritto, G. CASSANDRO, *Storia e diritto -un’indagine metodologica-*, in *Riv. st. dir. it.*, 1966, p. 5 s. Cfr. pure: P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, ora in *Studi sul processo civile*, V, Padova, 1947, p. 41; LUIGI (GINO) GORLA, *L’interpretazione del diritto*, Milano, 1941, ove coerentemente se ne fa seguire la rivalutazione dei casi concreti e l’approfondimento (filologico potrebbe definirsi) dei testi legislativi, giurisprudenziali e dottrinali; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 41.

⁴⁴M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale...*, p. 74.

ermeneutico, va rettamente intesa la sintesi che di seguito prospetta l'identificazione dell'apprezzamento discrezionale (come attività intellettuale antecedente al momento di formulazione definitiva della volontà) con una fissazione del valore dell'interesse essenziale (o primario) in funzione di quelli secondari⁴⁵. Risponde al vero che, specie nelle disposizioni in cui la scelta del comportamento soddisfacente venga rimessa ad un organo dell'apparato preconstituito per la tutela dell'interesse considerato, quest'ultimo (assunto quale canone di comportamento) venga sempre identificato in maniera oltremodo generica, mediante un inevitabile procedimento di tipizzazione. Del pari, l'identificazione di quell'interesse "canonico" avviene ad un livello di notevole astrazione, in quanto il medesimo è considerato isolatamente rispetto ad ogni altro interesse. Cionondimeno, il dato globale di esperienza dimostra che non esiste alcun interesse, individuato da qualche disposizione normativa, che, nel contesto dell'agire concreto, non si trovi variamente connesso ad altri (i quali ultimi, a loro volta, anche in mancanza di una previsione normativa, non possono non essere ponderati da chi è tenuto ad operare la scelta)⁴⁶. E', allora intuitivo (e plausibile) che *«fissare il rilievo e l'importanza di un interesse entro o di fronte una costellazione di altri interessi non è opera di ragione, anche se soggettiva: è già optare per un valore piuttosto che per un altro, equivale già alla scelta e cioè in ultima analisi alla volizione»*⁴⁷. Dunque, *«non ha proprio alcun senso pretendere, come talora s'è fatto, che l'interesse pubblico individuato dalla norma come essenziale, costituisca il fine immutabile e predeterminato, un limite o un vincolo, esterno o interno che sia, dell'attività discrezionale»*⁴⁸. Laddove, la sola considerazione del processo ermeneutico-applicativo, secondo uno schema "circolare" (trovando favorevole sponda epistemologica nell'apporto del "razionalismo critico" al problema della "calcolabilità" delle conseguenze della

⁴⁵M. S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 77.

⁴⁶M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 97.

⁴⁷F. LEVI, *L'attività conoscitiva...*, p. 220 s., segn. pp. 226-227.

⁴⁸A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65 s., segn. p. 77.

decisione), può garantire al “farsi” dell’atto una riconducibilità al dato globale di esperienza, con corrispondente massimizzazione delle adesioni da parte degli “interessati”⁴⁹.

Se non che, il limite epistemologico evidentemente derivante dall’incapacità (sottoforma di precomprensione) a “sdoganarsi” dai condizionamenti della tradizione, trasfusi in un’idea predefinita d’interesse pubblico (“ufficiale-primario”), penalizza quel discorso nei suoi possibili sviluppi. Quando il riesame consista in una rinnovazione degli apprezzamenti posti in essere dall’amministrazione “in primo grado”, la circostanza di muoversi sull’orizzonte normativo “rivolto al futuro” (delle conseguenze sul contesto d’interessi -qualificati- non originario, ma presente al momento in cui è stata operata la rivalutazione) non può significare necessariamente coincidenza coll’ambito della “non-legittimità” e che quindi l’unico strumento di “ritiro” utilizzabile sia la revoca. Si tratterà, piuttosto, di verificare: se quel riesame si risolva (o meno) in un giudizio di contraddizione con l’interesse pubblico come concretamente evolutosi; od, altrimenti, in una valutazione (è da verificare fino a che punto “oggettivabile” eppertanto, istituzionalizzabile) di “miglioramento”, alla luce di un concetto “medio” di opportunità sopra il quale non c’è “vizio”. Con quel che ne consegue: sia sulla “natura” del riscontro di “merito”, tendente a presentarsi non già come “altro” rispetto alla “legittimità”, ma semplicemente come un’intensificazione del sindacato in cui quest’ultima si estrinseca; sia in termini di coerenza col dato costituzionale che vieta esclusioni o limitazioni, a particolari mezzi d’impugnazione, quando si verta in materia di tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione; sia in ordine alla modulazione degli effetti del “ritiro” (non più costretta entro il radicale dualismo retroattività/irretroattività); sia a proposito dei profili funzionali degli istituti di autotutela (nel loro reciproco rapporto; nonché, in relazione alle figure di esercizio consensuale del pubblico potere); sia in punto di responsabilità

⁴⁹F. LEVI, *L’attività conoscitiva...*, pp. 227-228. Sul ruolo della scienza nel far convergere “legge” ed “azione”, nonché sull’apporto del “razionalismo critico” in ordine al problema della “calcolabilità” delle conseguenze, sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Potere autoritativo...*, parr. 1.2.1. e 1.4. (*ivi*, testo corrispondente a nt. 188).

(professionale, politica, etc.) da accertarsi a cura di organi competenti (sovraordinato gerarchico, di vigilanza, etc.).

A tal punto, facendo leva sul discorso dogmatico nanti condotto che non conosce controindicazioni nelle potenzialità funzionali che la Costituzione repubblicana consente di annettere al principio di buon andamento, sarebbe possibile “isolare” un contenuto autonomo del merito amministrativo, corrispondente al “grado” di utilità-adequatezza dell’atto al risultato *id est*, al raggiungimento dei fini pubblici (generici e specifici) che gli sono intrinseci. Salvo interrogarsi sul valore di quella condizione: di tipo meramente amministrativo ovvero giuridico.

In tale prospettiva, il carattere soggettivo del processo decisionale non sarebbe più connotato del merito amministrativo che, come forma di sindacato, potrebbe disporre sia di regole extra-giuridiche, sia del principio di ragionevolezza.

2.3.1 Mezzi atti ad accertare “il modo di effettuazione del principio di opportunità” nonché, diretti a “rendere quest’ultimo efficiente”. Introduzione...

Un discorso “epistemologicamente orientato” si ridurrebbe ad un puro (quanto vacuo) esercizio dogmatico se non fosse corredato dal riscontro di una coerente previsione di diritto positivo attestante l’esistenza di “mezzi”: atti ad accertare il “modo di effettuazione” del principio di opportunità nonché, diretti a renderlo efficiente; idonei a sorreggere la connotazione funzionale proposta onde restituire autonoma dignità giuridica al merito amministrativo in un contesto di “legittimità allargata” quale quello attuale (proprio di uno Stato “interventista” che ha dismesso i panni di un’organizzazione accentrata).

Ebbene, nonostante l’abolizione (operata con D.Lgs n. 40/1993) del controllo di merito sugli atti amministrativi regionali (peraltro, già configurato come facoltativo nella stesura dell’art. 125 Cost. allora vigente) abbia comportato un significativo ridimensionamento dei mezzi presupponenti una valutazione di opportunità delle scelte altrui (ricorsi amministrativi, approvazioni, autorizzazioni, omologazioni); è dato comunque di

rinvenirne, nell'ordinamento generale, di ulteriori in grado di rispondere ad un'istanza funzionale di buon andamento in termini essenzialmente "migliorativi".

2.3.2 ...*Tipologia*

Si tratta, in parte, d'istituti chiamati ad assolvere un più ampio novero di scopi. E' il caso dei "pareri"; parimenti, può concludersi a proposito della motivazione "in senso stretto", ad indicare: non le enunciazioni premesse ad un determinato provvedimento, onde affermarne la fondatezza in punto di legittimità (profilo in relazione al quale sarebbe preferibile usare il termine "giustificazione"); bensì, la dimostrazione che un dato contenuto è di una certa utilità rispetto all'interesse generale⁵⁰. Ma è la "revoca" a rappresentare il mezzo "di punta" offerto dal sistema: dal momento che assolve, in via esclusiva, al compito funzionale "migliorativo" che si è ritenuto di anettere al merito amministrativo nell'attuale contesto di esperienza giuridica.

Così, si ponga la possibilità di distinguere fra: una "contrarietà all'interesse pubblico non sostenibile" (*rectius*, invalidità) dell'atto amministrativo (una volta che la si apprezzi); una "contrarietà all'interesse pubblico, sostenibile" (non integrante invalidità) dell'atto medesimo, in quanto in posizione mediana fra l'atto (legittimo o, ancorché illegittimo formalmente) conforme all'interesse pubblico (eppertanto, non annullabile) e l'atto (illegittimo, ma altresì) non rispondente all'interesse pubblico (eppertanto, da annullare). Che la sola "contrarietà sostenibile" rientri nel campo d'applicazione della revoca può tornar utile onde "piegare", alle esigenze di una ricostruzione interpretativa coerente, il dato normativo di riferimento, laddove (evidentemente legato alla tradizionale partizione fra vizi, di legittimità e di merito-opportunità): annette senz'altro, all'istituto della revoca, la "contrarietà dell'atto amministrativo [che ne è oggetto] all'interesse pubblico" (art. 21-*quinquies*, cc. I-*bis* e I-*ter*, L. n. 241/1990). Altrettanto può concludersi dal momento che la

⁵⁰T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-*ter*, 4 marzo 2011 n. 1997, in *Foro amm. -T.A.R.-*, 2011, pp. 820-821 (in caso di provvedimento di trasferimento per "incompatibilità ambientale").

disciplina “positiva” prevede che la revocabilità del provvedimento amministrativo sia connessa a: “sopravvenuti motivi di pubblico interesse”, un “mutamento della situazione di fatto”, una “nuova valutazione dell’interesse pubblico originario”. Infatti, quel che rileva è che la valutazione dell’amministrazione sia improntata al miglioramento di un interesse pubblico già ragionevolmente perseguito “in combinato disposto” con gli altri (privati) dotati di qualificazione: poco importa che quell’iniziativa (all’insegna del miglioramento) prenda spunto, o meno, da sopravvenienze (d’interesse e/o di fatto). Da ciò, la centralità della figura dell’annullamento nel sistema degli atti di “ritiro” in autotutela: rispetto a quella, la revoca rappresentando un *quid pluris*, destinata com’è ad (eventualmente) operare solo quando non vi sia una condizione d’invalidità (per illegittimità di matrice formale o sostanziale).

In ultimo, non minore conforto, alla prospettazione testé avanzata, deriva dalla circostanza per cui il Legislatore contempla l’esercizio di un “recesso unilaterale – revoca” verso gli accordi aventi ad oggetto il potere pubblico (*ex art. 11, c. IV, L. n. 241/1990*) che, pur suscettivi di annullamento d’ufficio, sono alternativi alla sola revoca. Infatti, rispetto a quest’ultima, quegli accordi potrebbero vedersi riconosciuto uno specifico spazio di giustificazione ogniqualvolta l’obiettivo di miglioramento, nel perseguire l’interesse pubblico, venga spinto di là dalla soglia di equilibrio con la tutela degli interessi qualificati del privato (proprio per via del consenso di quest’ultimo). Salvo puntualizzare che l’eventuale “recesso” da parte dell’amministrazione tornerebbe ad essere sottoposto al più rigido regime dei medesimi istituti di autotutela (non potendo escludersene l’assoggettabilità, oltreché ad annullamento officioso, a revoca, secondo il criterio distintivo introdotto nel presente studio e salvo indennizzo).