

LA “GIURISDIZIONE” AMMINISTRATIVA DI MERITO

REPORT ANNUALE - 2014 - ITALIA

(Aprile 2015)

Paolo COTZA

INDICE

1.1 Crisi della “giurisdizione” di merito, fra la smitizzazione della “clausola generale” di separazione dei poteri ed il principio (costituzionale) di “pienezza” della tutela

1.2 Di alcune implicazioni, dell’idea di “procedimento aperto”, sul sindacato giudiziale

2 Per una nuova prospettiva della “giurisdizione” amministrativa di merito

3.1 Annotazioni di diritto processuale. Esercizio e limiti dei poteri “tipici” di decisione

3.2 Ulteriori profili di “tecnica processuale” ed “organizzativi”

1.1 Crisi della “giurisdizione” di merito, fra la smitizzazione della “clausola generale” di separazione dei poteri ed il principio (costituzionale) di “pienezza” della tutela

Il vigente codice del processo amministrativo statuisce che, nell’esercizio di una giurisdizione con cognizione estesa al merito, «il giudice amministrativo può sostituirsi all’amministrazione» (art. 7, co. VI, D.Lgs 2 luglio 2010 n. 104). Verosimilmente si tratta di una formulazione “ecumenica”: tesa al superamento delle profonde divisioni registratesi fra i commentatori, quali indotte anche dall’eccessiva laconicità delle precedenti

disposizioni normative concernenti il medesimo potere. Era dato così di distinguere: fra coloro che ponevano l'accento sulle peculiarità del relativo sindacato, in quanto esteso a profili extragiuridici di convenienza, utilità¹; e coloro che, invece, sul presupposto dell'insussistenza di ogni distinzione qualitativa ("per natura" cognitiva) fra giurisdizioni, ritenevano di sostare prevalentemente sul momento decisionale, in quanto comprendente altresì l'eventuale riforma dell'atto impugnato o, comunque, la "registrabilità" del rapporto giuridico dedotto².

Di là da quelle disquisizioni, sta di fatto che il più recente dato "positivo", seppure abbia sciolto il nodo interpretativo a favore del secondo termine dell'alternativa (per via di un'omologazione generalizzata dei mezzi di prova della giurisdizione amministrativa -art. 63 c.p.a.-)³, non pare essere valso:

¹V. OTTAVIANO, *La giurisdizione di merito nella giustizia amministrativa*, in *La giustizia amministrativa -atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione-*, a cura di G. Miele, Vicenza, 1968, p. 189.

²A. AMORTH, *Il merito degli atti amministrativi*, Milano, 1939 (ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, p. 369); G. ROEHRSEN, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Studi in onore di Antonino Papaldo: scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1975, p. 215.

³Dunque, a fronte del superamento di differenze di poteri istruttori rispetto alla giurisdizione di legittimità, nei casi di giurisdizione di merito, il giudice, ove accolga il ricorso e nei limiti della domanda, può "adotta[re] un nuovo atto, ovvero modifica[re] o riforma[re] quello impugnato" (art. 34, comma I, lett. "d" del c.d. Codice) *id est*, "può sostituirsi all'amministrazione" (art. 7, co. VI del c.d. Codice). Tale prerogativa è invece preclusa quando la giurisdizione amministrativa non sia estesa al merito, benché risulti di tipo esclusivo (T.A.R. Puglia, Bari, 29 dicembre 1989 n. 877).

Sul punto, cfr. R. CHIEPPA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo* (commentario), Milano, 2010, pp. 681-682, ove si pone in rilievo come, di là dal caso principale fra quelli enumerati dall'art. 134 c.p.a. -giudizio di ottemperanza-, per il resto l'"inclusion" sia stata dettata dalla necessità di permettere al giudice l'esercizio di poteri sostitutivi dell'amministrazione, piuttosto che dall'esigenza di rimettergli il sindacato su valutazioni "di merito".

- né a superare il tradizionale atteggiamento della giurisprudenza amministrativa, restia ad esercitare poteri istruttori, ulteriori rispetto a quelli spettanti in via “ordinaria”, così come ad emettere pronunzie fondate su ragioni di opportunità: opponendo, alle censure del ricorrente, vizi di ammissibilità ultronei al difetto di cognizione estesa al merito (quale confine su cui sono chiamate a vigilare le sezioni unite della Corte di Cassazione)⁴; ed essendo comunque invalsa (nelle circostanze in cui inequivocabilmente vi si sarebbe potuta spingere) la tesi della “pregiudizialità” di un sindacato sul legittimo uso del potere da parte dell’ autorità⁵;

⁴«È inammissibile la censura che postuli l’esercizio di un sindacato di merito sulle scelte discrezionali adottate dall’Amministrazione Regionale nell’individuazione delle più idonee misure di contenimento della spesa sanitaria e nella relativa graduazione (essa, nella fattispecie, muove dall’indimostrata carenza del controllo di appropriatezza delle prestazioni, in ordine alla quale non viene offerta alcuna allegazione probatoria)» (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 3 giugno 2013 n. 2862, in *Foro amm. -T.A.R.-*, 2013, pp. 2011-2012);

«Appartiene alla potestà programmatica regionale l’individuazione dei criteri di distribuzione dei fondi, il cui mancato rispetto è meramente ipotizzato dal ricorrente con doglianza inammissibile. È vero che la determinazione dei limiti di spesa non può essere disposta senza una preventiva istruttoria intesa a valutare le cause dei disavanzi ed a ponderare le misure idonee a coprirle e in particolare mediante un accurato controllo di appropriatezza delle prestazioni. Tuttavia, la censura, postulando l’esercizio di un sindacato di merito sulle scelte discrezionali adottate dall’Amministrazione Regionale nell’individuazione delle più idonee misure di contenimento della spesa sanitaria e nella relativa graduazione, oltre ad essere inammissibile, muove dall’indimostrata carenza del controllo di appropriatezza delle prestazioni, in ordine alla quale non viene offerta alcuna allegazione probatoria» (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 7 marzo 2012 n. 1141, in *Foro amm. -T.A.R.-*, 2012, pp. 863-864).

Cfr. pure Cass., sez. un., 29 aprile 2005 n. 8882.

⁵Altrimenti detta della mera “aggiuntività” della giurisdizione di merito, nel senso che: il sindacato sulla legittimità dell’atto impugnato precede comunque quello sul merito; ed il suo esercizio, qualora conduca all’annullamento dell’atto, sottrae al giudice ogni potere sostitutivo (così, a partire da Cons. Stato, sez. V, n. 826/1960, in *Cons. St.*, 1960, I, p. 2267; n. 1256/1962, *ivi*, 1962, I, p. 2045).

Cfr. pure: *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa* (a cura di A. Romano), Padova, 2001, p. 397; *Codice del processo amministrativo* (a cura di Garofoli-Ferrara), Roma, 2010, III, p. 1849; A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in *Giustizia amministrativa* -a cura di F. G. Scoca-, Torino, 2013, p. 97 s., segn. p. 104.

- né a “rivitalizzare” in genere l’istituto, dal momento che è andato progressivamente assottigliandosi il novero (per materie) di contenziosi cui risulta (inequivocabilmente) annesso un sindacato di merito⁶; laddove si registra, quale unica circostanza in

⁶Basterebbe un confronto tra la “casistica” (di volta in volta) enumerata dal Legislatore;

- a partire da quella più risalente commentata in:

G. FAGIOLARI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato -studi in occasione del centenario-*, Roma, 1932, p. 1 s., segn., p. 94 s., il quale, nel lontano 1932, può ancora dedicare una ampia trattazione “casistica” (sulla base -oltreché di alcune “leggi speciali”- degli artt. 27 e 29, T.U. Cons. St.; 1 e 4, T.U. Giunte prov. amm.), pur riconoscendo che «...la giurisdizione di merito ha poca importanza pratica e...in questi ultimi anni se ne è ristretto il campo di applicazione. Venuto meno il contenzioso sulle elezioni comunali e provinciali e limitata alla sola legittimità la giurisdizione in materia di sovrimposte e di spedalità, il contenzioso di merito verte quasi esclusivamente sui licenziamenti e sulle punizioni disciplinari degli impiegati degli enti locali. ...Approssimativamente si può dire che i ricorsi in materie, su cui sarebbe possibile giurisdizione di merito, non superano la quinta parte del totale e che di questi i quattro quinti concernono controversie di impiegati di enti locali» (*ivi*, p. 120 s.);

P. GASPARRI, *La crisi del sistema della giurisdizione amministrativa*, in *Cons. St.*, 1968, II, p. 73 s., segn. pp. 82-83; ROEHRSEN, *La giurisdizione di merito...*, p. 215 s.;

- per arrivare a quella vigente, di cui all’art. 134, D.Lgs n. 104/2010 cit.; risultante dalle prescrizioni dell’art. 44, co. 2, lett. “b)”, n. 2, L. n. 69/2009 che aveva dettato, quale criterio di delega, il riordino dei casi di giurisdizione estesa al merito, anche mediante soppressione delle fattispecie non più coerenti con l’ordinamento attuale.

Significativamente così statuisce T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 23 aprile 2012 n. 423, in *Foro amm. -T.A.R.-*, 2012, pp. 1413-1414: «L’art. 134 c.p.a., a differenza del previgente art. 7 della l. n. 1034 del 1971, non include le ordinanze contingibili ed urgenti fra i provvedimenti relativamente ai quali la cognizione è estesa anche al merito, per cui si deve ritenere che esse siano sindacabili soltanto sotto il profilo della legittimità e non anche in relazione ai profili di merito, concernenti la veridicità dei presupposti di fatto considerati, la sufficienza e l’attendibilità delle disposte istruttorie e/o la convenienza, opportunità ed equità delle determinazioni assunte».

Nell’attuale contesto, valga solo di aggiungere (per citare le ipotesi meno discusse) la riconduzione, ad altrettante forme di cognizione giudiziale estesa al merito (benché non necessariamente aggiuntiva rispetto alla giurisdizione generale, né autorizzante l’esercizio di poteri sostitutivi): sia della disciplina istitutiva della c.d. *class action* contro la pubblica amministrazione; sia di quella in materia espropriativa che concede al giudice amministrativo, qualora

accolga la domanda in quanto fondata, una autonoma valutazione circa l'opportunità di disporre (anziché la restituzione dell'area illegittimamente occupata e trasformata) una riparazione per equivalente; sia della normativa dedicata (dal codice del processo amministrativo), in punto di declaratoria di efficacia/inefficacia del contratto, nei casi di violazioni della disciplina in materia di appalti pubblici.

Quanto alla prima si è rilevato come, nonostante la formulazione di cui all'art. 4, L. 4 marzo 2009 n. 15 (di delega al governo), quale recante (fra l'altro) principi e criteri in materia di valutazione delle strutture e del personale delle amministrazioni pubbliche e di azione collettiva, risulti consentire ad ogni interessato di agire in giudizio «se dalla violazione di standard qualitativi ed economici o degli obblighi contenuti nelle Carte dei servizi, dall'omesso esercizio di poteri di vigilanza, di controllo o sanzionatori, dalla violazione dei termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali derivi la lesione di interessi giuridicamente rilevanti per una pluralità di utenti o consumatori», con la correlata previsione di una «giurisdizione esclusiva e di merito del giudice amministrativo»; il tenore letterale dell'art. 1, co. VII, D.Lgs. di attuazione, n. 198/2009, paia devolvere quell'azione al solo ambito della giurisdizione esclusiva. Ne risulta solo di non potersi escludere che l'attribuzione al giudice amministrativo sia qualificabile come estesa al merito, dal momento che egli deve: tenere conto delle risorse strumentali, finanziarie ed umane concretamente a disposizione delle parti intime; altresì accogliere la domanda se accerta la violazione, l'omissione o l'inadempimento, ordinando alla pubblica amministrazione od al concessionario di porvi rimedio entro un congruo termine, nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica (A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *La tutela giurisdizionale nei confronti del potere amministrativo e le "ragioni" dell'interesse pubblico* -atti delle giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad E. Cannada Bartoli-, Siena, 2009).

Circa la seconda, può rinviarsi alle annotazioni dedicate dal *Codice del nuovo processo amministrativo* (a cura di Caringella-Protto), Roma, 2013, pp. 1334-1335, anche all'art. 43, comma 3, D.P.R. 8 giugno 2001 n. 327.

Quanto alla terza, è stato osservato che: «sempre in ragione della profondità del sindacato attribuito al giudice amministrativo e dei parametri alla stregua dei quali deve svolgersi il suo giudizio, si deve ritenere che anche le sentenze che facciano applicazione degli artt. 121 ss. del Codice [del processo amministrativo] si estendano ad apprezzamenti di merito» (POLICE, *Le forme della giurisdizione...*, p. 106).

Cfr. pure: *Codice del nuovo processo amministrativo* (a cura di Caringella-Protto), cit., pp. 1334-1335, in tema di giudizio risarcitorio in caso di lesione dell'interesse al bene della vita sotteso ad un interesse legittimo, pretensivo eppertanto, di correlata valutazione prognostica sull'effettiva spettanza di quel bene; nonché, F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, 2013, p. 42 e cap. IV.

controtendenza, una sempre più consolidata previsione d'impiego del giudizio per ottemperanza⁷.

Rinviando ai parr. “3” per ulteriori annotazioni di commento al dato positivo, il punto è che: ricalcando le sorti dell'omonima figura sostanziale (contraddistinta da una definizione “in negativo”), a fronte del travagliato percorso di “esternalizzazione-oggettivazione” della discrezionalità amministrativa (per cui sia consentito di rinviare ad apposita pubblicazione ospitata sul medesimo sito web⁸); i discorsi sulla giurisdizione di merito hanno costantemente risentito (al punto da ridurla ad una sorta di anomalia) di un profondo condizionamento esercitato dalla tradizionale concezione del modello “maggiore” (di legittimità), come incentrato su regole codificate nell'ordinamento e su di un conforme intendere il vizio dell'“eccesso di potere” (sindacato indiretto sui profili di conformità extragiuridica dell'atto)⁹. Ciò ha finito coll'imporre ai primi le categorie concettuali della

⁷Oltretutto, per recepimento di certa giurisprudenza della quale è emblematica Cons. Stato, Ad. pl., 30 luglio 2008 n. 9, per cui cfr. R. CAPONIGRO, *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, in www.giustamm.it, p. 1 s.

⁸P. COTZA, *Le pouvoir administratif en appréciation ultra-légale (“merito amministrativo”)*, rapport annuel 2013 – Italie, in *Ius publicum network review* (www.ius-publicum.com).

Ultimamente, in ordine alle vicende di elaborazione dell'istituto e sulle sue “prospettive”, una esauriente disamina (avvalendosi anche di un “taglio” comparatistico esteso, dall'esperienza di altri ordinamenti nazionali e sovranazionali, ad analoghe fenomenologie interne di diritto sia costituzionale che privato) è offerta da B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, ed. CEDAM, 2013.

⁹Pur riconoscendo che il giudizio di “proporzionalità” tra effetti scaturenti dall'atto e sistemazione data agli interessi dei privati destinatari del medesimo, «consente un'estensione dell'ottica di indagine del giudice anche ai presupposti dell'atto impugnato e, dunque, una tutela più effettiva delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere nel processo»: A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2001, p. 398.

Cfr. U. POTOTSCHNIG, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *(La giurisdizione amministrativa di merito -seminario organizzato a Perugia, il 3-4 novembre 1968, dalla sezione*

seconda; altresì precludendo, per via delle inevitabili “incrostazioni”, di trovare le strade per una autonoma caratterizzazione. Laddove, solo in progresso di tempo, ha cominciato a far breccia l’idea per cui quella di merito si risolverebbe in una sorta di “variazione sul tema” della giurisdizione di legittimità (stante la più completa conoscenza del fatto); quest’ultima, a sua volta, sottoposta a ridefinizione (per via del noto avvicendamento a favore del rapporto e della materialità dell’interesse)¹⁰.

Intendendo offrire una rappresentazione (pur approssimativa) di quella che evidentemente è andata assumendo le dimensioni di una “crisi d’identità” (funzionale e dogmatica) dell’istituto, non pare di potersi sottrarre innanzitutto ad un’operazione di aggiornamento del principio di “pienezza” della tutela giurisdizional-amministrativa, quale desumibile dall’art. 24 Cost. All’uopo, occorre prender le mosse dalla stessa ragion d’essere della giurisdizione: consistente nel (far cessare lo stato di fatto in contrasto col diritto e, comunque) ripristinare (nella misura possibile) uno stato di cose conforme al diritto¹¹. Convenendo su tale premessa: per un verso, il menzionato principio va ormai

umbra del Centro italiano di studi amministrativi-, Firenze, 1969 nonché, in) *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, p. 499 s., segn. pp. 502-503.

¹⁰E. FOLLIERI, *Giudizio di merito come giudizio di legittimità*, in *Nuova rass.*, 1981, n. 14, pp. 1415-1416. Una conferma delle incertezze derivanti da tale sommovimento pare apprezzarsi, più che altrove, avuto riguardo ad uno dei “casi” che si vorrebbero riconducibili alla giurisdizione di merito nonostante il silenzio del Legislatore: si tratta della revoca di atti amministrativi (ad efficacia durevole od istantanea) incidenti su rapporti negoziali, corrispondentemente alla quale l’art. 21-*quinquies*, co. 1-*ter*, L. n. 241/1990 dispone che l’indennizzo liquidato dall’amministrazione agli interessati (parametrato al solo danno emergente) deve tener conto sia dell’eventuale conoscenza o conoscibilità, da parte dei contraenti, della contrarietà del primo all’interesse pubblico, sia dell’eventuale concorso dei contraenti o di terzi all’erronea valutazione della compatibilità di quello con l’interesse pubblico. Ciò che, evidentemente, implica il riconoscimento, in capo al giudice amministrativo, di una diretta conoscenza dell’interesse pubblico, nell’eventualità in cui venga adito dai privati contestatori.

¹¹Sulla nozione di giurisdizione, E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1979, p. 41.

inteso in chiave “antropocentrica”¹², riconoscendo la natura sostanziale delle situazioni giuridiche, soggettive e massimamente adeguandovi le forme (a partire da quelle apprestate dal Legislatore ordinario, anche in chiave di “effettività” -per cui cfr. *infra*-) mediante le quali viene perseguito¹³; per altro verso, non vi sono controindicazioni a che il sindacato

¹²Sull’affermarsi di un intendere la giustizia amministrativa come strumento volto non più a definire un equilibrio fra posizioni contrapposte bensì, ad assicurare la libertà dei cittadini, A. TRAVI, *Per una revisione dei limiti del sindacato giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti amministrativi*, in *Scritti in memoria di Garcia de Enterría*, p. 4 della versione dattiloscritta.

¹³Ne sono esempi fra i più significativi:

- l’introduzione della sentenza di accertamento (altrimenti “propria” della giurisdizione esclusiva) in seno allo stesso giudizio di legittimità (quando l’annullamento non risulti più utile ed a fini risarcitori) nonché, attraverso di essa, di un criterio di valutazione imperniato sulla “legittimità-giustizia” (art. 34, co. III, D.Lgs n. 104/2010);

la circostanza per cui, in caso di silenzio-rifiuto, si contesta non un “cattivo-erroneo” esercizio del potere bensì, il potere stesso, il suo “ingiusto” modo di essere;

altrettanto significativamente, che il problema della decisione giurisdizionale di annullamento, diviene quello di ricavare, dal suo contenuto di accertamento, tutti gli effetti costitutivi, preclusivi e conformativi;

- il riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi -pretensivi-, il cui giudizio, prognostico, riguarda un bene della vita;

- l’introduzione di un rito sul silenzio-rifiuto (cfr. artt. 34 e 117, D.Lgs n. 104/2010) e sulla reintegrazione in forma specifica (con correlata condanna dell’amministrazione ad un *facere* provvedimento satisfattivo dell’interesse azionato dal ricorrente -cfr. art. 30, D.Lgs n. 104/2010-);

- il riconoscimento sia dei caratteri propri del giudizio di ottemperanza alla tutela cautelare (con conseguente attrazione nella giurisdizione di merito); sia della revoca o modifica (motivate) dell’ordinanza cautelare (art. 58, D.Lgs n. 104/2010);

- l’introduzione dei motivi aggiunti in corso di giudizio (art. 43, D.Lgs n. 104/2010) nonché, di un’azione di condanna ad un *facere* dell’amministrazione, quale quella in materia di ostensione documentale (art. 116, D.Lgs n. 104/2010);

giudiziale, esorbitati dai confini del “conflitto fra interessi”, dal perfezionamento di un’“elasticità repressiva” sempre più adeguata all’“elasticità offensiva dei comportamenti dell’amministrazione”, per arricchirsi di contenuti ulteriori.

Se non che il menzionato aggiornamento, una volta traslato nello specifico discorso evolutivo sulla “giustizia amministrativa”, ha dovuto confrontarsi con almeno due ordini di problematiche tradottesi in altrettante remore ad un’“emancipazione” da pregiudizi del sindacato giudiziale di merito.

Ci si riferisce innanzitutto all’esercizio dei poteri di “cognizione applicativa” del giudice: se l’accertamento dello stato di fatto in rapporto al diritto comporti indagini, apprezzamenti e qualificazioni anche alla stregua di criteri tecnici o sociali; se il Legislatore ordinario vanti la prerogativa di selezionare le regole di cui sia deducibile la violazione, in occasione dell’esercizio della funzione di tutela giurisdizionale di una situazione soggettiva, giuridica¹⁴. Sotto il primo versante, basti rilevare che il ricorso a regole tecniche o sociali è indispensabile, nell’applicazione di norme giuridiche, ogniqualvolta queste ultime si riferiscano a concetti individuabili solo in base a quelle regole. Sotto il secondo versante, *«poiché la Costituzione non prevede un preciso criterio di discriminazione e, d’altra parte,*

- l’allargamento del bagaglio probatorio-istruttorio del giudice amministrativo (artt. 63-69, D.Lgs n. 104/2010);

- la riconfigurazione dell’ottemperanza (art. 112-115, D.Lgs n. 104/2010) come autentico “giudizio di esecuzione” delle sentenze del giudice amministrativo (dismettendo così l’originaria valenza di procedimento speciale, per assumere le vesti di estensione funzionale del giudizio di legittimità).

Ex pluribus, cfr.: E. CASSETTA, *Le trasformazioni del processo amministrativo*, in *Riv. it. dir. proc. civ.*, 1999, p. 689; L. MAZZAROLLI, *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo dopo l’emanazione del codice del processo amministrativo (a margine di un pluridecennale, ma non esaurito, profittevole dialogo con Alberto Romano)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 1207 s., segn. pp. 1216-1217.

¹⁴G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, p. 1573 s., segn. p. 1579.

l'affidamento al legislatore ordinario della determinazione di tale criterio equivarrebbe a privare di ogni valore sostanziale la garanzia di tutela giurisdizionale, deve concludersi che l'attuazione del diritto sostanziale con riguardo a una situazione giuridica soggettiva debba tradursi in attuazione di tutte le norme che, direttamente o indirettamente, disciplinano la situazione stessa»¹⁵.

Quanto riferito assume notevole rilievo in relazione alle norme “imprecise” (che necessitano di un completamento, in genere perchè ciò corrisponde all'intenzione di chi le pone): segnatamente, allorché il criterio di completamento implichi un riferimento a discipline “non esatte” o l'utilizzo di concetti determinabili solo mediante l'“opinione sociale media”. Ebbene, quando norme di tal genere disciplinano attività della pubblica amministrazione, per convenzione si conclude che (per l'appunto) il sindacato del giudice possa essere solo indiretto (ragionevolezza del criterio impiegato, completezza e serietà dell'istruttoria, esaustività della motivazione): non sia in grado, cioè, di spingersi fino alla preferibilità della valutazione amministrativa.

Se tale assunto tradizionalmente viene associato al principio di separazione dei poteri, è perchè non si riesce a spiegarne il fondamento: limitandosi ad evocare un modello di giustizia per cui il ruolo del giudice sarebbe definito dalla garanzia della corretta applicazione della legge, con esclusione dunque del “merito amministrativo”. Laddove diversi argomenti paiono opponibili in nome di una sindacabilità “piena”. In primo luogo, pare dubbia la previsione nella Costituzione italiana di una “riserva della pubblica

¹⁵VACIRCA, *Riflessioni...*, pp. 1584-1585. Prosegue l'a.: «Il principio della deducibilità in giudizio della violazione di tutte le norme disciplinanti una situazione giuridica soggettiva ... può dunque essere precisato chiarendo che il legislatore ordinario, normalmente libero di qualificare un interesse materiale come diritto o come interesse legittimo o anche di non qualificarlo affatto, è tenuto, quando la qualificazione sia stata operata, ad ammettere la rilevanza in sede giurisdizionale (ordinaria o amministrativa) di tutte le norme che disciplinano comportamenti di privati o di amministrazioni, comunque incidenti sull'interesse qualificato. Soltanto in tal modo trova concreta applicazione il principio di effettività della tutela e si assicura la realizzazione di una protezione giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive corrispondente alla loro disciplina sostanziale» (*ivi*, p. 1587).

amministrazione”¹⁶. «Anche se, poi, si ammettesse una distinzione fra il “disporre in astratto” (riservato alla legge) e il “provvedere in concreto” (come proprio dell’atto amministrativo e ad esso riservato), se ne dedurrebbe un divieto di emanare leggi-provvedimento, ma non un divieto di vincolare l’amministrazione con norme che, sia pur mediante un’operazione di integrazione, dettino una disciplina più o meno specifica della sua attività. Occorre, infatti, considerare che una simile tecnica normativa viene usata nella stessa legge fondamentale, sicché deve escludersi, secondo i criteri desumibili dalle stesse disposizioni costituzionali, che tale tecnica comporti il pericolo d’invasione, da parte del giudice, di spazi garantiti, sia che si tratti della sfera di libertà del cittadino rispetto all’applicazione di sanzioni penali non previste da una legge, sia che si tratti dell’ambito riservato alla pubblica amministrazione»¹⁷.

S’aggiunga che pare inaccettabile, pur su di un piano di logica deminuta quale quella “operazionale” (dunque, prescindendo persino dalla distinzione fra una discrezionalità in senso proprio -coinvolgente il profilo valorativo-ideologico- ed altra di livello basso), la circostanza per cui le ragioni del cittadino, quando meglio fondate, debbano soccombere

¹⁶Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Le pouvoir administratif...*, par. 1.1., nonché a: V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, p. 20, nt. 35; C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, p. 68 s.; E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, p. 319.

¹⁷VACIRCA, *Riflessioni...*, p. 1597. Entro tale ottica andrebbe ricondotta la tesi per cui, a partire dall’art. 95 Cost. (che sancisce il potere d’indirizzo amministrativo), qualsivoglia forma d’“ingerenza giudiziale” negli affari dell’amministrazione confliggerebbe con la condizione di quest’ultima nello Stato contemporaneo (di matrice sociale ed interventista), quale “forza largamente autonoma nel complessivo sistema istituzionale” (cfr.: M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione -il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo-*, in *L’azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Comm. n. 1 *Problemi di amministrazione pubblica*, Formez, Napoli, 1981, p. 21; W. SCHMITT GLAESER, *Pretese, speranze e realizzazioni -Il procedimento amministrativo e la sua legge: un’osservazione introduttiva-*, in *Problemi di amministrazione pubblica*, Quaderni Formez n. 2 -*La codificazione del procedimento amministrativo nella Repubblica federale di Germania-* a cura di A. Masucci, Napoli, 1979, p. 377).

rispetto ad una scelta deteriore da parte dell'amministrazione, stante un preteso rilievo privilegiato da riconoscere a quest'ultima¹⁸.

D'altronde pare deporre, a favore di tali connessioni, il recente affermarsi (sempre a livello "codicistico") dei principi di "effettività" e di "concentrazione"¹⁹.

1.2 Di alcune implicazioni, dell'idea di "procedimento aperto", sul sindacato giudiziale

Ragioni di "economia espositiva" impongono di sorvolare sulle implicazioni estreme, dell'attuale orientamento del dato globale di esperienza, verso un obiettivo di "pienezza" della tutela in senso "antropocentrico", con particolare riguardo: alla relativizzazione del "peso" delle molteplici strutture sociali (in senso opposto al principio statalistico); nonché,

¹⁸Su tale fenomeno di "precomprensione" del giurista si sofferma TRAVI, *Per una revisione...*, par. 3 (p. 7 s. della versione dattiloscritta).

¹⁹Il primo (-già invocato da M. NIGRO, *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 3 s., segn. p. 6- a partire dalla L. n. 69/2009, di delega al Governo ai fini della redazione del Codice, sino a giungere all'art. 1 del medesimo), suggellando il passaggio da una giurisdizione "di legittimità" di un atto (o di liceità di una condotta) ad altra "di spettanza" (della pretesa sostanziale fatta valere dal ricorrente -azioni di esatto adempimento-) e/o di accertamento del danno ingiusto (in vista dell'eventuale reintegrazione, anche in forma specifica);

Il secondo (art. 7, co. VII, D.Lgs n. 104/2010 cit.), per cui, nanti il medesimo giudice, in seno alla medesima controversia e tramite lo stesso rito, possono farsi valere censure relative ad atti, rientranti nelle tre, asserite giurisdizioni (di legittimità, esclusiva, di merito); si da superare definitivamente certe dispute sul "difetto di giurisdizione" ...interne al medesimo giudice speciale.

al senso stesso (della conservazione), sui piani dogmatico e funzionale, di una figura “dimidiata” di situazione soggettiva, giuridica (nonché, di una giurisdizione “esclusiva”²⁰).

Piuttosto, quanto già esposto, a proposito di una progressiva attrazione del sindacato “sul merito” da parte della sfera della legittimità, pare avvalorato dalla congettura per cui l’esercizio delle facoltà connesse all’interesse legittimo, come può influenzare le scelte “di merito” prima e fuori dal giudizio, non si vede perché non possa fare altrettanto in quest’ultima sede.

All’uopo, valga di prender le mosse dalla “codificazione” di regole sulla partecipazione procedimentale²¹. Come noto, si è trattato di una soluzione di politica legislativa dall’inesorabile impatto “cristallizzante”: in quanto tale, fortemente discussa. Nondimeno, convenendo sulla concezione (di stampo gianniniano) di discrezionalità, nel senso di sintesi di tutti gli interessi -pubblici e privati- coinvolti, con quel dettato normativo si è inteso dar corpo all’“obiettivizzazione dal basso” dell’azione dei “pubblici poteri”, quale unica soluzione (in una realtà amministrativa fortemente differenziata e mutevole) per non “cadere nella previsione di uno schema rigido e astratto o nella genericità di una mera fissazione di principi”²². Così, si è reso possibile: da un canto, di “spezzare” quel circolo vizioso rappresentato dalla “copertura legale” ad un’amministrazione “esecutrice” (per ciò

²⁰Per il cui superamento recentemente si è schierato, con convincente argomentazione, anche M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l’interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 46 s., segn. p. 55 s.

²¹M. PALLOTTINO, *Alcune considerazioni sul merito e sul procedimento*, in *Nuova rass.*, 1981, n. 14, pp. 1422-1423.

²²Cfr. FRACCHIA – OCCHIENA, *Teoria dell’invalidità dell’atto amministrativo e art. 21-octies, L. n. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *Giust. amm.*, 2005, n. 1, p. 48 pp. 50-53.

solo, legittimata); d'altro canto, assicurando il contraddittorio, di offrire una base giuridicamente controllabile all'esercizio del potere ("legalità-giustizia"²³). Ma vi è di più.

Infatti, se si conviene su quell'attuale modo di essere del momento sostanziale, può altresì sostenersi che il medesimo contribuisce a fare, di quello amministrativo, un giudice "non meramente ricognitivo", ma "attivo, creativo" (non un semplice "reintegratore di un ordine violato", ma "un costruttore, un coautore dell'ordine"): come colui che non si limita a tutelare situazioni soggettive, giuridiche di piena ed esclusiva attribuzione individuale, in condizioni di "naturale (istituzionale) squilibrio"; piuttosto, estraendo dalla realtà sociale l'oggetto della propria cognizione (dapprima, percependo un "conflitto d'interessi", per poi tradurlo in termini soggettivi -sussistenza o meno di un interesse legittimo o di un diritto soggettivo pubblico-). In altri termini, se il centro vitale dell'azione amministrativa diviene l'esercizio della discrezionalità, il relativo sindacato giurisdizionale, non trovando sempre un compiuto ordine normativo: per un verso, finisce col venire a contatto col dispiegarsi della molteplicità degli interessi; per altro verso, si traduce, piuttosto che nell'attuazione

²³Sull'"interpretazione sostanzialista del principio di legalità", per cui, in presenza di vizi del procedimento, si potrà ravvisare un'illegitimità solo nel caso in cui l'interesse pubblico non sia stato adeguatamente curato, cfr.: CERULLI IRELLI – LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 617 s., segn. p. 618; V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, in *Giust. amm.*, 2002, p. 245 s.; F. LUCIANI, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 2001, p. 1248 s.; L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 299 s., segn. p. 339; A. POLICE, *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 229 s., segn. p. 250 s.

Cfr. pure: F. BENVENUTI, *Contraddittorio* (principio del), in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 738; ID., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. scienza amm.*, 1978, p. 6; ID., *Ancora per un'amministrazione obiettivata*, in *Studi economico-giuridici della facoltà di giurisprudenza di Cagliari 1978-1979*, Milano, 1980, p. 207; G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, p. 779; U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 779; P. DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996; L. TORCHIA, *Procedimento e processo dopo la legge n. 241 del 1990: tendenze e problemi*, in *Mondo econ.*, suppl. al n. 9/1993, p. 38.

logicistica della volontà concreta della legge (a partire da un'interpretazione "concettuale"), nell'individuazione dei "valori di giustizia"²⁴. Pertanto, quando il giudice amministrativo sindacava, al contempo crea il parametro al quale avrebbe dovuto conformarsi l'azione amministrativa: stabilendo così l'ambito di una nuova legalità in cui si fa evanescente il confine tra legittimità e merito(-discrezionalità)²⁵.

Peraltro, se tali connessioni sono sufficienti al superamento dell'idea che quella amministrativa di merito rappresenti una "giurisdizione" autonoma, non altrettanto può concludersi circa il riconoscimento di un *proprium* funzionale, "superstite" al sindacato "esteso" al merito.

2 Per una nuova prospettiva della "giurisdizione" amministrativa di merito

Tirando le somme del discorso provvisoriamente imbastito, la "riconversione" di un sindacato giudiziale "esteso al merito" non può che passare attraverso una concezione della ("pienezza" della) tutela che esorbita: dall'idea di composizione di un conflitto fra interessi,

²⁴M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, in *Foro it.*, 1978, V, col. 161 s., segn. col. 164.

²⁵G. BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 1861 s., segn. pp. 1890-1891: «si attenua, fin quasi a scomparire, la separazione fra legittimità e merito, che sono forme e mezzi attinenti alla conoscenza della validità formale del provvedimento. Eliminato il fattore di più incisiva alterazione dei termini del giudizio, quale è la riduzione dell'oggetto di esso ad un problema di validità formale, gli elementi del giudizio stesso ricompongono i loro rapporti e ritrovano la loro posizione secondo l'ordine postulato dalla funzione di giustizia. Sul piano della cognizione, mentre la legittimità diventa il criterio del controllo del rapporto amministrativo dal punto di vista delle garanzie (qui compresa la tutela del raggiungimento delle finalità di interesse collettivo), il merito diventa criterio di conoscenza dei fatti presupposti in relazione alle posizioni delle parti nel giudizio».

per quanto debba necessariamente trovar occasione in esso, in un contesto che resta comunque di “processo di parti”²⁶; ma, non per questo, da una “risposta di giustizia”.

Tale prospettiva, però, non può intraprendersi (se non in assoluto, comunque con la garanzia che discende da una rigorosa impostazione dogmatica) fintantoché non venga legata (oltretutto a soluzioni di politica legislativa) ad un discorso di “rivisitazione” della giuridicità, del tipo di quello epistemologico già proposto in uno studio complementare²⁷. L’obiettivo è, infatti, duplice: creare le condizioni onde anettere, alle locuzioni “merito amministrativo” e “giurisdizione amministrativa di merito”, propri quanto sinergici connotati contenutistici; sì da conferire cittadinanza (sul piano di amministrazione attiva come su quello processuale) ad un sindacato in funzione “migliorativa”, alla luce di un concetto “medio” di opportunità.

Da qui, la possibilità di superare, ad un tempo, eventuali obiezioni legate:

- sia alla configurabilità senz’altro, come vizio (allo stesso modo di quello di legittimità, in cui altrimenti finirebbe col risolversi), di qualunque contenuto “ottimizabile”;
- sia (a fronte di una norma -generale ed astratta- imponente all’autorità un dovere di “buona amministrazione”) alla deducibilità, in sede giurisdizionale, dell’atto (in tal senso)

²⁶Il concetto per cui, di là da profili di colorazione “obiettiva”, quello amministrativo resti un processo la cui funzione principale è di risolvere la lite fra le parti, è vigorosamente ribadito in M. NIGRO, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 249 s., segn. pp. 252-253, il quale ne riconosce la riconducibilità ai principi: della domanda; dell’iniziativa di parte, per gli aspetti in cui la medesima è necessariamente collegata alla disponibilità della situazione sostanziale; nonché, del contraddittorio.

Cfr. pure E. CANNADA BARTOLI, *Principio soggettivo nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1963, I, p. 334.

²⁷P. COTZA, *Le pouvoir administratif...*

“inopportuno”, di portata generale e non limitatamente a particolari materie²⁸; incorrendosi, altrimenti, nel divieto di limitazioni alla tutela giudiziale enunciato dall’art. 113 Cost.²⁹;

- sia alla legittimazione ad agire (interesse a ricorrere), la cui disciplina vigente non risulta intaccata; ferma restando la possibilità di un adeguamento ad eventuali interventi “revisionisti” che dovessero mettersi in pratica (peraltro, coerentemente con la “dimensione sociale” connaturata alla giurisdizione amministrativa); e, comunque, tenendo conto del nocumento che può ricevere la ricerca della verità da un “giudizio senza contrasto”³⁰;

- sia ad artificiose costruzioni tese a “giustificare” più del dovuto differenze di rilievo giuridico rispetto al ricorso amministrativo di tipo gerarchico; quest’ultimo, infatti, presenta il carattere d’“istanza” rivolta alla stessa amministrazione e, come tale, si presta ad una prospettazione non solo di ciò che al diritto od all’interesse del ricorrente torna in danno, ma anche di quel che -mediante un contemperamento tra pubblico e privato- potrebbe tradursi in vantaggio “gestionale”; sì da giustificare -in quest’ultimo caso- l’inclusione di motivi di merito che, come doglianze “in via esclusiva”, sono precluse quando la “sede di giustizia” sia quella giurisdizionale³¹.

Per converso, proficue implicazioni consisterebbero:

²⁸Sull’attuale permanere di un carattere “eccezionale” della giurisdizione estesa al merito: Cass., sez. un., 17 ottobre 2002 n. 14751, in *Foro amm. -C.d.S.-*, 2002, p. 2329. In linea, Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2010 n. 1468, in *Foro amm. -C.d.S.-*, 2010, pp. 553-554: «La giurisdizione di merito, al pari di quella esclusiva, ponendosi come derogatoria rispetto a quella di legittimità nella trama costituzionale improntata al principio di separazione dei poteri, necessita di una puntuale e tassativa previsione normativa».

²⁹Quanto risulta paventato da VACIRCA, *Riflessioni...*, pp. 1599-1600.

³⁰G. PALEOLOGO, *Merito, prove e riparto di giurisdizione*, in *Nuova rass.*, 1981, n. 14, pp. 1424-1427.

³¹G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 130 s., segn. pp. 140-141.

- nell'articolare più nitidamente (e, se del caso, oggettivamente) quel potere "aggiuntivo-sostitutivo" che (come riferito) è stato in parte fagocitato dal sindacato di legittimità e che tradizionalmente gli era addirittura inibito³²; mentre potrebbe estendersi (di là dal novero delle materie) onde sopperire, ad es., ad un contegno inerte (di silenzio) da parte dell'amministrazione³³;

- per l'effetto (complici i pregiudizi del principio di riparto), nel consentire di porre un freno (ed anzi, d'invertire la rotta) alla tendenza del giudice amministrativo e dello stesso Legislatore, a far regredire progressivamente quella di merito, a fronte di una giurisdizione di legittimità sempre più estesa e guarnita³⁴.

³²Cons. Stato, sez. V, n. 1256/1962, in *Cons. St.*, 1962, I, p. 2045; n. 826/1960, in *Cons. St.*, 1960, I, p. 2267. L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 1 s., segn. pp. 48-49: «...la verifica della sussistenza o meno nel concreto del rispetto dei parametri del risultato, in quanto corrispondenti a parti, componenti o frammenti dello stesso, sembra riconducibile a un sindacato di tipo oggettivo di ordine fattuale e tecnico, operante in quanto tale sul piano della legittimità».

³³R. CHIEPPA, *Scelte politiche ed amministrative e rafforzamento delle responsabilità e dei controlli anche di merito*, in *Nuova Rass.*, 1981, n. 14, pp. 1420-1422.

³⁴T.A.R. Lazio, sez. III, n. 262/1988, in *Trib. amm. reg.*, 1988, II, p. 799; sez. I, n. 709/1995, in *Foro it.*, 1996, III, col. 193; Cons. Stato, sez. IV, n. 139/1996, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1240 (in tema di censura cinematografica); Cons. Stato, sez. V, n. 220/1996, in *Cons. St.*, 1996, I, p. 222, *ibidem*, in *Foro amm.*, 1996, p. 553 (circa le ordinanze contingibili ed urgenti *ex art.* 38, co. II, L. n. 142/1990).

Cfr. pure CORAGGIO, *Merito amministrativo...*, p. 144.

Da qui, la tendenza della giurisprudenza, più che ad enucleare i contenuti della competenza di merito, a segnalare il limite che a quella di legittimità non è ammesso di varcare: Cass., sez. un., n. 1387/1976; n. 1736/1984; Cons. Stato, sez. IV, n. 816/89, in *Foro amm.*, 1989, p. 3029; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 9 maggio 2012 n. 4169, in *Foro amm. -T.A.R.-*, 2012, pp. 1607-1608 («Sono inammissibili le doglianze volte a censurare le valutazioni di merito, di carattere discrezionale, effettuate dall'Amministrazione»); T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 3 settembre 2012 n. 7489, in *Foro amm. -T.A.R.-*, 2012, pp. 2728-2729 («Non sussiste alcuno spazio nell'ambito dello scrutinio di legittimità per apprezzare direttamente ed autonomamente ulteriori valutazioni consulenziali, afferenti al merito

3.1 Annotazioni di diritto processuale. Esercizio e limiti dei poteri “tipici” di decisione

Un’indagine di “giustizia amministrativa” è parsa prioritaria, in considerazione delle irrisolte questioni d’identità (funzionale) che hanno segnato la storia stessa dell’istituto, specie a fronte di una sempre maggior “pienezza” di prerogative (in punto sia di cognizione sia decisionali) che l’ordinamento riconosce alla giurisdizione di legittimità: tanto da rafforzare il diffuso convincimento che il c.d. Codice approvato con D.Lgs. n. 104/2010 cit., nonostante i “correttivi”, non abbia fornito soddisfacente risposta all’istanza di un autentico (organico) *processus iudicii* all’insegna della specialità.

Resta il fatto che, in ultimo, una sia pur ridimensionata previsione “positiva”³⁵, e (non per caso) un benché ridotto panorama giurisprudenziale (a conferma della sostanziale

delle questioni vagliate dall’organo precedente, previo contraddittorio con l’interessato, in inammissibile sostituzione della sede giudiziale a quella amministrativa competente»); T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 24 ottobre 2012 n. 380, in *Foro amm. -T.A.R.-*, 2012, p. 3087 («E’ impedito al giudice amministrativo entrare nel merito della sufficienza o insufficienza della qualità del servizio assicurato da alcune emittenti RAI alternative»); T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 1° luglio 2013 n. 6493, in *Foro amm. -T.A.R.-*, 2013, pp. 2321-2322 («La richiesta di riesame di una valutazione di merito è notoriamente estranea allo scrutinio di legittimità»).

Cfr. pure: G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, p. 1573 s., segn. pp. 1610-1611 s.; G. BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 1861 s., segn. p. 1888; OTTAVIANO, *La giurisdizione di merito...*, p. 195.

³⁵L’art. 7, co. VI, D.Lgs n. 104/2010 cit., nel disporre che “il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie indicate dalla legge” in generale, rinvia nello specifico all’art. 134 ove sono contemplate appena cinque *species* aventi ad oggetto: *a*) l’attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato nell’ambito del giudizio di ottemperanza (disciplinato dal Libro IV, Titolo I); *b*) gli atti e le operazioni in materia elettorale, attribuiti alla giurisdizione amministrativa (*ex artt.* 126 s. c.p.a.); *c*) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle autorità amministrative, indipendenti e quelle previste dall’art. 123 relativo alle sanzioni alternative; *d*) le

invarianza del dato di esperienza), non possono esimere dal trascorrere verso considerazioni di diritto processuale. In particolare, a partire dalle ulteriori implicazioni che fanno eco agli esiti principali del discorso “attualizzante” testé riportato: quali inerenti all’esercizio ed ai limiti dei poteri “tipici” di decisione che, essendo in armonia “di fondo” con quanto osservato da risalenti dottrine, non v’è ragione perché non vengano riproposte con le stesse, chiare espressioni di quelle.

Così, per quello spunto di riflessione in forza del quale (ai sensi dell’art. 27, n. 4, T.U. 26 giugno 1924 n. 1054) *«anche il giudice amministrativo possiede una facoltà di valutazione che, talvolta, potrebbe consigliarlo, in vista dell’interesse pubblico dell’azione amministrativa, ad astenersi dal procedere all’annullamento dell’atto»*³⁶.

Ancora, per quell’ordine di connessioni per cui: *«si può chiedere ...se il giudice di merito sia tenuto in ogni caso ad emettere una pronuncia che superi il mero annullamento dell’atto, nel senso che, anche quando il giudice si limiti ad annullare il provvedimento impugnato come illegittimo, si debba da ciò implicitamente dedurre una decisione secondo merito, equivalente alla decisione che, nel caso, la miglior tutela, contemperante l’interesse pubblico con il privato, consisterebbe nel non prendere alcun altro provvedimento. Pur condividendo l’opinione che in taluni casi il giudice possa così disporre, la nostra risposta è che il giudice non è tenuto necessariamente ad emettere una pronuncia che superi il mero annullamento, non solo perché il giudice di merito è sempre un giudice di legittimità, ma anche perché una pronuncia di reintegrazione piena deve*

contestazioni sui confini degli enti territoriali; e) il diniego di rilascio di nulla osta cinematografico di cui all’art. 8, L. n. 161/1962.

³⁶P. BODDA, *Sull’obbligo di annullare d’ufficio o su denuncia gli atti amministrativi illegittimi* -nota a sent. Cons. Stato, sez. IV, 24 settembre 1941 n. 304-, in *Foro amm.*, 1942, I, 1, col. 1 s., segn. col. 6.

essere concessa in funzione del “petitum” delle parti e anche influenzata da considerazioni di opportunità»³⁷. In altri termini:

- se il deferire alla giurisdizione di merito certe controversie risponde all'esigenza di tutelare in modo più pieno particolari situazioni soggettive (che possono avere anche rilievo costituzionale); per cui il giudice amministrativo, di norma, non può prescindere dall'esercizio degli speciali poteri che gli spettano;

- cionondimeno, va tenuto conto che:

quanto ai poteri di cognizione, quel giudice non potrà rinnovare qualsiasi apprezzamento discrezionale, ma solo quelli che richiede la tutela dei particolari interessi presi in considerazione dal Legislatore con il deferire certe controversie alla sua competenza; parimenti, quanto ai poteri di ricostruire la situazione di fatto dalla quale è scaturito l'atto impugnato³⁸;

circa i poteri di statuizione (modifica e sostituzione dell'atto impugnato), dovranno esercitarsi in coerenza con quelli cognitori; per cui vi si procederà qualora dalla ricognizione della situazione di fatto e del suo apprezzamento discenda l'opportunità che l'atto venga modificato o sostituito affinché l'interesse del ricorrente trovi piena soddisfazione³⁹; peraltro, senza per questo escludere la possibilità di atti consequenziali da parte dell'amministrazione, stante il superamento del regime contenuto nel T.U. Cons. St.

³⁷A. AMORTH, *Il merito degli atti amministrativi*, Milano, 1939, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, p. 370 s., segn. pp. 461-462.

³⁸ROEHRSEN, *La giurisdizione di merito...*, p. 221.

³⁹OTTAVIANO, *La giurisdizione di merito...*, pp. 193-194.

(art. 45) che ammetteva l'eventualità di questi ultimi solo nell'ambito di spettanza della giurisdizione di legittimità⁴⁰.

In funzione di questi stessi elementi pare debba venir risolto anche un ulteriore ordine di questioni. Così, rispetto alla tesi per cui, in caso di riforma o sostituzione dell'atto impugnato, la relativa pronuncia sarebbe equivalente allo stesso provvedimento che l'autorità amministrativa avrebbe adottato; si condivide quella per cui il contenuto della pronuncia andrebbe posto, invece, in relazione con la controversia sottoposta al vaglio del giudice. *«L'attività del giudice infatti, deve contenersi nel tema della controversia, e quindi la pronuncia non deve uscire da questo ambito. Vero è però che, tutelandosi il diritto o l'interesse con la riforma o sostituzione di un atto amministrativo, che è atto per definizione determinato ad interessi pubblici, è ovvio che il giudice questo interesse debba considerare. La pronuncia del giudice quindi, dovendo contenere una determinazione in cui entra come coefficiente anche l'interesse pubblico, dovrà a questo interesse pubblico tornar conveniente, non esser soltanto una pronuncia ispirata a criteri di equità; naturalmente non dovrà essere non equa, ma come equa dovrà essere anche opportuna»*⁴¹.

«Infine l'essere la pronuncia del giudice, in quanto diretta a reintegrazione piena, circoscritta al solo tema della controversia, può servire a spiegare, da un lato, perché l'attività del giudice in materia rimanga nell'ambito dell'attività giurisdizionale [rectius, giudiziale], pur importando esercizio di potestà discrezionale; da un altro, aiutare a comprendere il difficile problema della efficacia di cosa giudicata delle sentenze costitutive emesse dal giudice di merito. E questo sia perché mal si comprende come un provvedimento amministrativo, vero e proprio, una tale efficacia possa acquistare benché

⁴⁰G. CORREALE, *Atti consequenziali al giudizio di merito*, in *Nuova rass.*, 1981, n. 14, pp. 1417-1418.

⁴¹AMORTH, *Il merito...*, pp. 462-463. Cfr. pure P. G. PONTICELLI, *Appunti intorno al problema della compatibilità fra divieto costituzionale di controlli di merito e giurisdizione di merito*, in *La giurisdizione amministrativa di merito* (seminario organizzato a Perugia, il 3-4 novembre 1968, dalla sezione umbra del Centro italiano di studi amministrativi), Firenze, 1969, p. 53 s., segn. p. 57.

dovuto ad autorità giurisdizionale, sia perché l'attività amministrativa dalla pronuncia del giudice non resta affatto ostacolata, il rispetto della cosa giudicata limitandosi al solo punto in cui l'interesse privato incide nell'interesse pubblico e potendo, nella restante parte, spaziare e muoversi secondo il mutevole interesse amministrativo»⁴².

3.2 Ulteriori profili di “tecnica processuale” ed “organizzativi”

In definitiva, possono così ritenersi lumeggiati gli aspetti dogmatici (con le relative implicazioni), in forza dei quali dovrebbe invertirsi l'orientamento della parabola del sindacato (giudiziale) di merito, alla luce dell'attuale modo d'essere dell'intervento amministrativo nella vita sociale. Cionondimeno tale discorso rischia di risultare solo astrattamente giustificato e plausibile; a meno di superare (di là da una tralatizia resistenza dello stesso giudice amministrativo all'esercizio di quella competenza e dei poteri istruttori connessivi) certa inidoneità, sul piano sia della “tecnica processuale” che “organizzativo”, probabilmente elusa dal momento che (con certa disinvoltura) ci si è limitati a ravvisare, fra i tratti “distintivi” della giurisdizione di merito (oltre a quelli, già trattati, della “tipicità-eccezionalità” e dell’“aggiuntività”), di non alterare la struttura processuale, “ordinaria” (quale sottesa al sindacato di legittimità)⁴³. Fra le soluzioni, in tal senso prefigurabili a livello legislativo, possono segnalarsi:

il riconoscimento dettagliato di una legittimazione delle parti del giudizio a concorrere alla ricostruzione dell'atto, sì da ricondurre l'attività “sostitutiva” entro la sfera del

⁴²AMORTH, *Il merito...*, pp. 463-464.

⁴³Cfr. GAROFOLI-FERRARI (a cura di), *Codice del processo amministrativo* (annotato), Roma, 2010, vol. III, pp. 1848-1849.

contraddittorio, scongiurando il rischio di apprezzamenti (per quanto prudenti, equi) slegati fra di loro e soprattutto privi di nessi con la complessiva azione amministrativa⁴⁴;

l'integrazione dei collegi con esperti dei diversi settori che, di volta in volta, affianchino i "giudici di carriera"; altrimenti il ricorso, da parte dell'"ufficio" giudicante (in via collegiale o presidenziale), ad organi tecnico-consultivi appositamente istituiti presso l'amministrazione ovvero estranei a quest'ultima⁴⁵.

Si tratterebbe, comunque, di adeguare, all'introduzione di tali meccanismi, la stessa responsabilità del giudice (in quanto inamovibile ai sensi dell'art. 107 Cost.), anche in relazione alla tempistica delle sue decisioni.

Solo a queste condizioni operative potrebbero fugarsi le (altrimenti fondate) perplessità circa maggiori garanzie (in concreto) di buon andamento dell'attività amministrativa, derivanti dal sostituire ad una determinazione "discrezionale" (dell'amministrazione, come tale sottoposta ad una verifica di coerenza e razionalità da parte del giudice), altra determinazione ("discrezionale", stavolta del giudice) sottratta a sindacato "esterno"⁴⁶.

≈

⁴⁴Rischio paventato da M. NIGRO, *La giurisdizione amministrativa di merito*, in *Foro it.*, 1969, V, col. 59 s., segn. col. 64.

⁴⁵M. NIGRO, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 249 s., segn. p. 257. Cfr. pure VACIRCA, *Riflessioni...*, pp. 1592-1593.

⁴⁶VACIRCA, *Riflessioni...*, p. 1604. G. VIGNOCCHI, *Problemi della giurisdizione di merito*, in *La giurisdizione amministrativa di merito* (seminario organizzato a Perugia, il 3-4 novembre 1968, dalla sezione umbra del Centro italiano di studi amministrativi), Firenze, 1969, p. 134 s., segn. p. 137. Secondo GASPARRI, *La crisi...*, p. 82, il silenzio riservato dalla Costituzione alla giurisdizione di merito (a differenza che per quelle di legittimità ed esclusiva) non sarebbe da ritenere casuale.