amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2023

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudio, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani, Stefania Terracciano.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Tendenze evolutive del sindacato giurisdizionale sul merito amministrativo

di Mario Paladino

(Dottorando di ricerca in Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Premessa. – 2. Il sindacato sul potere amministrativo tramite l'eccesso di potere. – 2.1. Lo sviamento di potere. – 2.2. Il difetto di motivazione. – 2.3. La illogicità della scelta. – 2.4. I principi di ragionevolezza e proporzionalità. – 2.5. Il difetto di istruttoria e il travisamento dei fatti. – 2.6. La disparità di trattamento. – 2.7. La contraddittorietà fra più atti di una medesima P.A., la violazione di norme interne e la violazione di una prassi amministrativa consolidata. – 2.8. La 'sintomaticità'. – 3. L'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nell'area del merito amministrativo nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. – 4. La sindacabilità del merito in sede amministrativa giustiziale secondo la giurisprudenza. – 5. Spunti ricostruttivi. – 6. Brevi conclusioni.

Abstract

The subject of this study is the reviewability of the administrative merit in the jurisdictional and judicial administrative headquarters in the Italian legal system.
Administrative merit, as noted in the doctrine, means the "convenience and opportunity of the choice" that the Public Administration (henceforth Public Administration) "is called upon to make by law" .
It is known that, apart from the hypotheses of jurisdiction on the merits - and provided that it is argued that, in such hypotheses, the judicial authority can exercise in place of the P.A. the administrative power -, strictly provided for by law, the administrative judge (henceforth GA) cannot question the convenience and opportunity of the choice of the PA And yet, since the P.A., in making the choice, must in any case act in accordance with the reference regulatory paradigm, the G.A. can investigate the merits of it, in order to verify whether this has been exercised illegitimately, invalidating the relative deed due to excess of power.

** Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Il presente studio ha ad oggetto la sindacabilità del merito amministrativo in sede giurisdizionale e in sede amministrativa giustiziale nell'ordinamento italiano.

Per merito amministrativo, come si è rilevato in dottrina, si intende la «convenienza ed opportunità della scelta» che la Pubblica Amministrazione (d'ora innanzi P.A.) «è dalla legge chiamata ad effettuare»[1].

È noto che, all'infuori delle ipotesi di giurisdizione di merito – e sempre che si sostenga che, in tali ipotesi, l'autorità giurisdizionale possa esercitare in luogo della P.A. il potere amministrativo[2] –, tassativamente previste dalla legge, il giudice

[1] G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo, per il corso di base*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 415. I termini 'convenienza' e 'opportunità' non appaiono sinonimici. Secondo il Vocabolario *on line* Treccani, è 'conveniente' ciò che è «Utile, vantaggioso»; è opportuno, invece, ciò «Che viene a proposito, che è adatto alle condizioni del momento, alle necessità o al desiderio». Sul piano giuridico la differenza sembra palesarsi con evidenza: ad esempio, un provvedimento amministrativo può, nel contempo, risultare conveniente per le finanze pubbliche, ma non opportuno ai fini della attuazione dell'indirizzo politico, e viceversa. Lo stesso A., peraltro, poco oltre avverte che «l'area del merito amministrativo è rappresentata dall'insieme costituito» non solo «da tutte le innumerevoli, possibili, soluzioni di composizione» fra interesse pubblico specifico e interessi secondari «che la P.A. può in astratto scegliere di assumere con il provvedimento», ma anche «dalla scelta del criterio tecnico-scientifico per rilevare la sussistenza dei presupposti dell'azione» (p. 417). Del resto, come osserva P.G. PONTICELLI, voce *Merito amministrativo (e giurisdizione di merito)*, in *Enc. giur.*, vol. XX, 1990, p. 1, «merito amministrativo equivale a "opportunità". La riflessione sulla realtà della giurisprudenza pone però in luce un significato più ampio e complesso (pur sfuggente e discusso) peculiare della materia, irriducibile alla composizione degli interessi operata dall'atto […]. Esso emerge dall'insieme di tre profili: *a*) rappresentazione dei fatti, ancorché suscettibili di varie versioni, posta a base della decisione dell'autorità (*percezione della realtà*); *b*) qualificazione e/o valutazione dei fatti, operata dall'autorità quale presupposto dell'applicazione della norma giuridica, alla stregua di criteri o regole di discipline non giuridiche, specie tecniche e scientifiche, quando il loro impiego presenti un certo grado di soggettività (c.d. *discrezionalità tecnica*); *c*) composizione degli interessi implicati nell'azione dell'autorità come oggetto della sua scelta – nei diversi casi – circa emanazione, contenuto, tempi o modalità dell'atto (*discrezionalità amministrativa*)». Siffatti profili, nella opinione dell'A., sono accomunati dalla «soggettività dei criteri di valutazione» (p. 6). Per una compiuta ricognizione delle posizioni dottrinali sul concetto di merito amministrativo ed una organica ricostruzione dello stesso, si v. B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Cedam, Padova, 2013.

[2] Ciò non è pacifico in dottrina, una parte di essa ritenendo che, nelle ipotesi di giurisdizione di merito, al giudice amministrativo sia riconosciuta semplicemente la capacità di delibare il fatto. Cfr. A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 105 ss., 112: «Oltre ad essere eccezionale […], la "giurisdizione" di merito è aggiuntiva rispetto alla giurisdizione di legittimità. Con ciò la dottrina tradizionale intende che la cognizione di merito si aggiunge e non si sostituisce a quella generale di legittimità, dovendo il giudizio di legittimità precedere quello di merito. Questo carattere sembrerebbe confermato anche dall'art. 7, comma 6, c.p.a., che […] parla di "giurisdizione con cognizione estesa al merito". Ciò che da sempre è meno pacifico, in dottrina, è quali siano i caratteri aggiuntivi della "giurisdizione" di merito rispetto a quella di legittimità. L'interrogativo di fondo, che non è mai stato univocamente risolto, atteneva a cosa dovesse intendersi per giurisdizione "anche in merito", oscillandosi fra la tesi di una giurisdizione aperta alla piena cognizione dei fatti oggetto della controversia ed una cognizione che si estendeva invece a valutazioni di opportunità amministrativa. In realtà, storicamente, le materie attribuite alla giurisdizione propria del Consiglio di Stato si prestavano ad un giudizio che si estendeva naturalmente ad una piena cognizione dei fatti oggetto della controversia, in rapporto alle norme giuridiche da applicare; il giudizio di merito inteso invece come giudizio di opportunità amministrativa costituiva, invece, un aspetto residuale. In talune delle materie della giurisdizione di merito, era addirittura impossibile anche astrattamente ipotizzare una valutazione di opportunità

ISSN 2036-7821

amministrativo (d'ora innanzi G.A.) non può sindacare la convenienza e opportunità della scelta della P.A. E però, dovendo comunque la P.A., nell'effettuare la scelta, agire conformemente al paradigma normativo di riferimento, il G.A. può indagare *sul* merito di essa, al fine di verificare se questo sia stato esercitato illegittimamente, inficiando il relativo atto per eccesso di potere[3].

Ora, non sembra revocabile in dubbio che individuare in concreto i confini del controllo giurisdizionale sul potere amministrativo tramite l'eccesso di potere non costituisca una operazione agevole e dall'esito pacifico. Il fatto che il giudice, al fine di rilevare il vizio in parola, debba in qualche modo riflettere sulla opportunità della scelta della P.A., senza però rivisitarla, rende, com'è perspicuo, la qualità della sua indagine assai incerta[4].

---

del provvedimento impugnato (e ciò è così anche alla luce del c.p.a.: si pensi, ad esempio, alle controversie concernenti le operazioni elettorali)».

[3] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo, per il corso di base* cit., pp. 549 ss.

[4] Il tema del sindacato giurisdizionale sul merito amministrativo è stato trattato in numerosi studi. Fra questi, si v.: T. ALIBRANDI, *L'eccesso di potere come indizio processuale*, in *Dir. soc.*, 1982, fasc. 1, pp. 55 ss.; T. ANCORA, *Il vizio di eccesso di potere negli atti amministrativi e sua rilevanza nella fase del loro controllo*, in *Cons. Stato*, 1983, fasc. 8-9, pt. 2, pp. 1015 ss.; F. ASTONE, *Principio di ragionevolezza nelle decisioni giurisdizionali e giudice amministrativo* [Relazione al Convegno "Giornate di studio sulla giustizia amministrativa. Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica, Rapolano Terme (Si), 8-9 giugno 2018], in *federalismi.it*, 2018, fasc. 17; G. BARONE, voce *Discrezionalità, I) diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XI, 1989; F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, vol. I, pp. 1 ss.; ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 118 ss.; L. BENVENUTI, *Brevi note sulla effettività della tutela giurisdizionale* (Relazione al Convegno "Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri", Lucera, 22-23 giugno 2018), in *GiustAmm.it*, 2018, fasc. 7; A. BERTOLDINI, *La tripartizione dell'invalidità nella giurisprudenza amministrativa* (Nota a Cons. Stato, sez. VI, 13/2/1997, n. 272), in *Dir. proc. amm.*, 1999, fasc. 3, pp. 759 ss.; E. CARDI, S. COGNETTI, voce *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, 1990, pp. 341 ss.; A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, fasc. 2, pp. 635 ss.; G. CORAGGIO, *Il merito amministrativo nei procedimenti giustiziali* (Relazione al Convegno su "Il merito amministrativo nei procedimenti giustiziali" organizzato dal C.I.S.A., L'Aquila, 12-13 ottobre 1979), in *Nuova rass.*, 1981, fasc. 14, pp. 1389 ss.; ID., voce *Merito amministrativo*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVI, 1976, pp. 130 ss.; M. D'AMELIO, A. AZARA, voce *Eccesso di potere*, in *Nss. dig. it.*, vol. VI, 1975, pp. 344 ss.; A. DE SIANO, *Il giudice amministrativo come "giudice naturale" della conformazione al giudicato dell'attività amministrativa: esigenze di concentrazione della tutela e limiti al potere di sostituirsi alla p.a. alla luce della recente elaborazione giurisprudenziale sul giudizio di ottemperanza*, in *GiustAmm.it*, 2013, fasc. 10; F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo, Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Cedam, Padova, 2017; B.D. FRAUDATARIO, *Note in tema di sviamento ed eccesso di potere nell'ordinamento dell'Unione Europea ed in quello italiano* (Nota a Trib. UE, sez. IX, 5/11/2014, causa T-422/11), in *Foro amm.*, 2015, fasc. 6, pp. 1624 ss.; P. GASPARRI, voce *Eccesso, II) eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, 1965, pp. 124 ss.; A. GUANTARIO, *L'eccesso di potere nel sindacato di legittimità ed esigenza di effettività della tutela giurisdizionale*, in *GiustAmm.it*, 2018, fasc. 7; A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *federalismi.it*, 2018, fasc. 1; F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2000, fasc. 2, pp. 433 ss.; G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, fasc. 4, pp. 939 ss.; V. MAGRINI, *Quando il giudice amministrativo entra nel merito? I limiti del sindacato sulle delibere del C.S.M. di conferimento degli incarichi direttivi secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Riv. AIC*, 2012, fasc. 3; M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, fasc. 4, pp. 1677 ss.; F. MERUSI, *La tecnica di attuazione della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione* (Relazione al Convegno "Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Una riflessione aggiornata in omaggio a

ISSN 2036-7821

Una rivisitazione della convenienza e opportunità della scelta è conseguibile, invece, nei casi previsti dall'ordinamento, in sede amministrativa giustiziale. Secondo l'art. 1, co. 1, del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, «Contro gli atti amministrativi non definitivi è ammesso ricorso in unica istanza all'organo sovraordinato, per motivi di legittimità *e di merito*; da parte di chi vi abbia interesse» (corsivo di chi scrive)[5].

Viene di interrogarsi, nondimeno, sulla effettiva rilevanza che assume nel diritto vivente il sindacato sul merito appena menzionato. In particolare, posto che alcuni ricorsi amministrativi sono senz'altro proponibili *anche* per motivi inerenti alla opportunità dell'atto impugnato, non pare superfluo chiedersi se gli stessi rimedi possano essere esperiti *esclusivamente* per vizi di merito[6].

Salvatore Mazzamuto", Roma, 17-18 novembre 2017), in *Dir. e proc. amm.*, 2019, fasc. 2, pp. 281 ss.; F. MODUGNO, voce *Eccesso di potere, I) profili generali*, in *Enc. giur.*, vol. XII, 1989; ID., voce *Eccesso di potere, III) eccesso di potere giurisdizionale*, ivi; F. MODUGNO, M. MANETTI, voce *Eccesso di potere, II) eccesso di potere amministrativo*, ivi; C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Nss. dig. it.*, vol. V, 1968, pp. 1098 ss.; V. NOCCO, *Note sull'eccesso di potere*, in *Nuova rass.*, 1989, fasc. 3-4, pp. 394 ss.; V. OTTAVIANO, voce *Merito, diritto amministrativo*, in *Nss. dig. it.*, vol. X, 1964, pp. 575 ss.; G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1963, pp. 60 ss.; A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, 1964, pp. 65 ss.; A. POLICE, *Il sindacato sull'eccesso di potere nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, fasc. 3, pp. 608 ss.; P.G. PONTICELLI, voce *Merito amministrativo (e giurisdizione di merito)*, in *Enc. giur.*, vol. XX, 1990; A. PUBUSA, voce *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.* vol. IX, 1994, pp. 401 ss.; F.G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo* (Relazione al Convegno su "Il merito amministrativo nei procedimenti giustiziali" organizzato dal C.I.S.A., L'Aquila, 12-13 ottobre 1979), in *Nuova rass.*, 1981, fasc. 14, pp. 1376 ss.

[5] Oltre a quello gerarchico 'proprio', fra i ricorsi amministrativi esperibili anche per vizi di merito sembrano potersi annoverare, in tutti i casi in cui ciò non sia precluso da una *lex specialis*, pure il ricorso gerarchico 'improprio', previsto dall'art. 1, co. 2, dello stesso Decreto, e il ricorso in opposizione, per il quale, ai sensi dell'art. 7, co. 2, del Decreto, salvo che non sia «espressamente previsto dalla legge» in maniera diversa, «valgono, in quanto applicabili, le norme» dettate per il ricorso gerarchico. Giusta l'art. 8, co. 1, D.P.R. 1199/1971, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, invece, è proponibile solo per motivi di legittimità.

[6] I contributi dottrinali in cui la questione è stata affrontata *ex professo* non sono molti. Più in generale, sulla cd. funzione amministrativa giustiziale, si v.: T. ANCORA, *L'amministrazione giustiziale*, in *Cons. Stato*, 1988, fasc. 9, pt. 2, pp. 1687 ss.; C. ANELLI, *Situazioni soggettive e ricorsi amministrativi*, in *Cons. Stato*, 1989, fasc. 5-6, pt. 2, pp. 901 ss.; L. ARCIDIACONO, voce *Ricorsi amministrativi*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, 1991; ID., voce *Ricorso gerarchico*, ivi; F. BOCCHINI, *Procedimenti giustiziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, fasc. 1, pp. 311 ss.; M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle "alternative dispute resolution"* (Relazione al Convegno "Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione. Dibattito tra giovani studiosi sulle trasformazioni in corso", Roma, 2 febbraio 2017), in *federalismi.it*, 2017, fasc. 10; E. CAPACCIOLI, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina dei ricorsi amministrativi*, in *Giur. it.*, 1973, fasc. 1, pt. 4, pp. 1 ss.; L. DE LUCIA, *I ricorsi amministrativi nell'Unione europea dopo il trattato di Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, fasc. 2, pp. 323 ss.; B. DI TUCCI, *Il ricorso gerarchico nell'attuale ordinamento giuridico con particolare riferimento agli organi collegiali*, in *Cons. Stato*, 1998, fasc. 4, pt. 2, pp. 697 ss.; V. DOMENICHELLI, *La giustizia nell'amministrazione fra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli alternativi di risoluzione delle controversie* (Relazione al Convegno "Giustizia e legalità nell'azione amministrativa. Giornata di studi in onore del Professor Fabio Merusi", Pisa, 10 dicembre 2018), in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, fasc. 1, pp. 55 ss.; G. FERRARI, voce *Ricorso gerarchico* (postilla di aggiornamento), in *Enc. giur., Agg.*, vol. XVII, 2009; C. GESSA, *La nuova disciplina dei ricorsi amministrativi. Profili critico-interpretativi del d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199*, in *Foro amm.*, 1971, fasc. 11, pt. 3, pp. 849 ss.; M. GIOVANNINI, *Il ricorso amministrativo nello spazio giudiziale* (Relazione al convegno "Forme alternative di risoluzione delle controversie con la P.A. ed

ISSN 2036-7821

Ebbene, obiettivo di questo studio è provare a far luce sulla sindacabilità della convenienza e opportunità della scelta della P.A. nell'ordinamento italiano mediante una rassegna critica dei più significativi orientamenti assunti dalla giurisprudenza in relazione alle questioni evidenziate. Non può sottacersi, peraltro, che ulteriori interrogativi emergono riguardo alla giurisdizione di merito; e tuttavia, non sembrandone la trattazione decisiva ai fini della presente indagine, poiché costituisce un argomento sì connesso, ma conseguente, non presupposto, rispetto a quello preso in esame, di essa ci si occuperà solo incidentalmente.
La ricerca sarà condotta attraverso il metodo induttivo/deduttivo: innanzitutto, si effettuerà una ricognizione delle risposte offerte dalla giurisprudenza, nella risoluzione delle controversie ad essa sottoposte[7], in ordine ai profili problematici menzionati; si tenterà, poi, di vagliare le stesse attraverso la teoria generale del diritto, la logica giuridica e i principi generali dell'ordinamento[8].

2. *Il sindacato sul potere amministrativo tramite l'eccesso di potere*

È ben noto che, in origine, con l'espressione 'eccesso di potere' si indicava il cd. 'straripamento di potere', concretantesi allorquando uno dei poteri dello Stato

effettività della tutela", Università di Bologna, 14 marzo 2008), in *Foro amm.-T.A.R.*, 2009, fasc. 2, pp. 597 ss.; R. GRACILI, L. MELE, *Evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione* (Comunicazione al XLVII convegno di diritto amministrativo, Varenna, 20-22 settembre 2001), in *Cons. Stato*, 2001, fasc. 11, pt. 2, pp. 1963 ss.; E. GREZ, *Sui nuovi lineamenti dei ricorsi amministrativi*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1972, fasc. 3-4, pp. 216 ss.; N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, fasc. 1, pt. 1, pp. 52 ss.; F. LUBRANO, *I ricorsi amministrativi: problemi costituzionali ed interpretativi del d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1972, fasc. 3-4, pp. 209 ss.; B. MARCHETTI, *La giustizia amministrativa* (Commento a l. 18 giugno 2009, n. 69), in *Giorn. dir. amm.*, 2009, fasc. 11, pp. 1158 ss.; ID., *La tutela non giurisdizionale* (Relazione al Convegno "Diritto europeo e diritto amministrativo nazionale 25 anni dopo", Milano, 11 novembre 2016), in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, fasc. 2, pp. 423 ss.; S.R. MASERA, *Ricorsi amministrativi, ragionevole durata del procedimento ed equa riparazione ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (Nota a Cass., SS.UU., 25/2/2014, n. 4429), in *Giur. it.*, 2014, fasc. 6, pp. 1460 ss.; L. MIGLIORINI, voce *Ricorso, I) Ricorsi amministrativi*, in *Enc. dir.*, vol. XL, 1989, pp. 684 ss.; E. MITZMAN, *I rimedi amministrativi nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, fasc. 6, pp. 1689 ss.; A. PAJNO, *I ricorsi amministrativi tradizionali: una prospettiva non tradizionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, fasc. 3-4, pp. 747 ss.; ID., voce *Amministrazione giustiziale*, in *Enc. giur.*, vol. II, 1988; G. PALEOLOGO, *La riforma dei ricorsi amministrativi. Commento al d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199*, Giuffrè, Milano, 1975; P. PAPA, *Dopo il D.L.vo 3 febbraio 1993, n. 29. La tutela amministrativa sulla via del tramonto. Quella imboccata è una strada a senso unico o è ipotizzabile una inversione di rotta?*, in *Nuova rass.*, 1996, fasc. 7, pp. 633 ss.; A. QUARANTA, G. GRASSO, *I ricorsi amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1981; G.C. RIZZO, *Il ricorso gerarchico secondo la nuova normativa*, in *Comuni d'Italia*, 1972, fasc. 9, pp. 953 ss.; A. RONCA, *D.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199: natura e disciplina giuridica dei ricorsi amministrativi*, in *Nuova rass.*, 1972, fasc. 9-10, pp. 561 ss.; A.M. SANDULLI, voce *Ricorso amministrativo*, in *Nss. dig. it.*, vol. XV, 1968, pp. 975 ss.; F.G. SCOCA, *Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive: la prospettiva amministrativistica*, in *Il Diritto della Regione*, 2004, fasc. 1-2, pp. 103 ss.; M.R. SPASIANO, *Tre quesiti sulla giustizia nell'amministrazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, fasc. 2-3, pp. 889 ss.; A. TRAVI, voce *Ricorsi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, 1997, pp. 381 ss.; ID., voce *Ricorso gerarchico*, ivi, pp. 394 ss.

[7] È evidente che la giurisprudenza non è vocata ad offrire risposte ai problemi teorici; nondimeno, nel risolvere le controversie sottoposte al suo esame, essa finisce per fornirle, e la dottrina può, avvalendosi degli strumenti a sua disposizione, rilevarle.

[8] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Jovene, Napoli, 2003, pp. 7 ss.

ISSN 2036-7821

sconfinasse nell'ambito di operatività di un altro. Ed è altrettanto noto che l'evoluzione della nozione rispetto al potere amministrativo si deve non al legislatore, bensì essenzialmente alla giurisprudenza del Consiglio di Stato e dei Tribunali Amministrativi Regionali (d'ora innanzi T.A.R.)[9].
È stata questa, infatti, a qualificare come ipotesi di eccesso di potere amministrativo, con ogni probabilità ispirandosi al concetto francese di *détournement de pouvoir*, quella dello 'sviamento', e ad individuare le ccdd. 'figure sintomatiche'[10].

2.1. *Lo sviamento di potere*
Riguardo all'eccesso di potere per sviamento, la giurisprudenza recente appare concorde nel sostenere quanto nitidamente espresso in una pronuncia del Consiglio di Stato, nella quale si legge che «il vizio di eccesso di potere per sviamento consiste nell'effettiva e comprovata divergenza fra l'atto e la sua funzione tipica, ovvero – detto altrimenti – allorquando il potere è stato esercitato per finalità diverse da quelle enunciate dal legislatore con la norma attributiva del potere medesimo e, in particolare, allorquando l'atto posto in essere sia stato determinato da un interesse diverso da quello pubblico»[11].
In altri termini, secondo il supremo giudice amministrativo, lo sviamento di potere si verifica allorché la P.A. esercita il potere assegnatole per realizzare un fine diverso da quello prescritto dalla legge; e però, il vizio si concreta solo se la deviazione dell'atto dalla sua «funzione tipica» risulta essere «effettiva e comprovata».
In questa prospettiva, nella sentenza in parola si specifica che «la censura di eccesso di potere per sviamento deve essere supportata da *precisi* e *concordanti* elementi di prova, idonei a dar conto delle divergenze dell'atto dalla sua tipica funzione istituzionale, non essendo a tal fine sufficienti semplici supposizioni o indizi che non si traducano nella dimostrazione dell'illegittima finalità perseguita in concreto dall'organo amministrativo […]; né il vizio in questione è ravvisabile allorquando l'atto asseritamene viziato risulta comunque adottato nel rispetto delle norme che ne disciplinano la forma e il contenuto e risulta in piena aderenza al fine pubblico al quale è istituzionalmente preordinato, anche se, attraverso la sua emanazione, l'amministrazione ha indirettamente consentito il perseguimento da parte di terzi di ulteriori finalità secondarie, lecite e non in contrasto con quella principale»[12] (corsivi di chi scrive).

[9] Cfr. B.D. FRAUDATARIO, *Note in tema di sviamento ed eccesso di potere nell'ordinamento dell'Unione Europea ed in quello italiano* cit., pp. 1627 ss.; F. MERUSI, *La tecnica di attuazione della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione* cit., pp. 288 ss.
[10] Cfr. F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere* cit.
[11] Cons. Stato, sez. IV, 8/1/2013, n. 32, in *giustizia-amministrativa.it*.
[12] Cons. Stato, sez. IV, 8/1/2013, n. 32 cit. Si esprimono analogamente, fra le tante: Cons. Stato, sez. V, 5/6/2018, n. 3401, in *giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Campania-Napoli, sez. V, 26/7/2021, n. 5195, ivi; T.A.R. Lombardia-

ISSN 2036-7821

Ora, applicando tutto quanto riferito alla fattispecie sottoposta al suo esame, il giudice amministrativo d'appello ritiene che non sia inficiato da sviamento di potere l'annullamento del piano di lottizzazione e del titolo edilizio rilasciato ad una società disposto da una Regione su richiesta di un'altra società dacché, «se è ben vero» che quest'ultima «mediante la presentazione del suo esposto ha inteso tutelare propri interessi di carattere eminentemente commerciale e non già di ordine urbanistico-edilizio, risulta altrettanto assodato che la Giunta Regionale non poteva che disporre l'annullamento del piano di lottizzazione e del titolo edilizio conseguentemente rilasciato proprio in dipendenza dell'oggettiva loro illegittimità rappresentata dall'esponente, e ciò – quindi – anche a prescindere dall'interesse individuale di quest'ultima»[13].

Sulla base del medesimo orientamento, il T.A.R. Lombardia-Milano, esprimendosi su un ricorso proposto da una società avverso gli atti che le avevano precluso la realizzazione in una certa area di un nuovo impianto di smaltimento e recupero di rifiuti, afferma che va «disattesa la censura di sviamento di potere, non rinvenendosi, in atti, indici univoci, precisi e concordanti (né il ricorrente, in proposito, ha addotto alcunché al di là della mera asserzione) di effettiva e comprovata divergenza tra l'atto impugnato e la sua funzione tipica. In assenza di ulteriori elementi, non possono infatti integrare tali estremi, né la mera contiguità temporale dell'ultimo segmento dell'*iter* procedurale che ha portato all'adozione del PGT impugnato (delibera consiglio comunale n. 40 del 30.12.2013) con l'avvio del procedimento di A.I.A. (08.02.2013), né l'acceso dibattito in sede consiliare in ordine alla complessiva vicenda della ricorrente, non essendo revocabile in dubbio la potenziale occasionalità di tali circostanze in un contesto più ampio di riorganizzazione dell'assetto territoriale comunale da tempo in corso»[14].

E sempre alla luce delle posizioni richiamate, in una sentenza del T.A.R. Piemonte-Torino si esclude che sia affetta da sviamento di potere una ordinanza comunale ingiungente la demolizione di alcune opere abusive, risultando «Del tutto indimostrato […] l'assunto […] secondo il quale il Comune avrebbe ingiunto la demolizione solo per conseguire l'acquisizione di beni che gli originari donatori avevano lasciato all'associazione ricorrente»[15].

Insomma, per conseguire il riconoscimento della sussistenza del fenomeno in questione è necessario provare in maniera rigorosa la deviazione dell'atto dalla sua finalità.

Milano, sez. II, 12/7/2021, n. 1696, ivi; T.R.G.A. Trentino-Alto Adige-Trento, sez. unica, 1/10/2020, n. 167, ivi; T.A.R. Veneto-Venezia, sez. II, 17/9/2019, n. 981, ivi.

[13] Cons. Stato, sez. IV, 8/1/2013, n. 32 cit.

[14] T.A.R. Lombardia-Milano, sez. III, 10/1/2022, n. 37, in *giustizia-amministrativa.it*.

[15] T.A.R. Piemonte-Torino, sez. II, 17/4/2014, n. 642, in *giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

Tra l'altro, appare necessario rammentare che, secondo un orientamento consolidato, un atto non può reputarsi annullabile per sviamento di potere qualora si fondi su una pluralità di ragioni autonome le une rispetto alle altre ed anche una sola di esse si riveli legittima[16]. In una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato si legge che «ai fini della legittimità di un atto amministrativo fondato su di una pluralità di ragioni, fra loro autonome, è sufficiente che anche una sola fra esse sia riconosciuta idonea a sorreggere l'atto medesimo, mentre le doglianze formulate avverso gli altri motivi devono ritenersi carenti di un sottostante interesse a ricorrere, giacché in nessun caso le stesse potrebbero portare all'invalidazione dell'atto»[17].
Siffatta posizione, com'è palese, circoscrive ulteriormente, e in maniera assai significativa, il novero delle ipotesi in cui è ravvisabile lo sviamento di potere. Invero, per effetto degli orientamenti richiamati, i casi in cui i giudici amministrativi ritengono infondata la censura del fenomeno in esame sono numerosi[18].

---

[16] Sul punto cfr. B.D. FRAUDATARIO, *Note in tema di sviamento ed eccesso di potere nell'ordinamento dell'Unione Europea ed in quello italiano* cit., pp. 1636 ss.

[17] Così Cons. Stato, sez. VI, 20/1/2022, n. 371, in *giustizia-amministrativa.it*. Fra le numerose pronunce nelle quali si richiama l'orientamento in parola, si v.: Cons. Stato, sez. IV, 27/12/2019, n. 8825, ivi, secondo cui «laddove una determinazione amministrativa di segno negativo tragga forza da una pluralità di ragioni, ciascuna delle quali sia di per sé idonea a supportarla in modo autonomo, è sufficiente che anche una sola di esse passi indenne alle censure mosse in sede giurisdizionale perché il provvedimento nel suo complesso resti esente dall'annullamento»; Cons. Stato, sez. IV, 27/12/2017, n. 6108, ivi; Cons. Stato, sez. V, 14/6/2017, n. 2910, ivi, nella cui opinione vige il «principio della "motivazione minima sufficiente"», giusta il quale «in caso di atto amministrativo fondato su una pluralità di ragioni indipendenti ed autonome le une dalle altre il rigetto delle censure proposte contro una di tali ragioni rende superfluo l'esame di quelle relative alle altre parti del provvedimento»; Cons. Stato, sez. VI, 5/7/2010, n. 4243, ivi; T.A.R. Campania-Napoli, sez. VIII, 11/1/2022, n. 173, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. II *quater*, 11/11/2021, n. 11604, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. II *bis*, 6/11/2019, n. 12734, ivi, in cui si afferma che «l'atto amministrativo fondato su una pluralità di ragioni giustificatrici non può essere annullato in sede giurisdizionale quando almeno una sola di esse si basi su presupposti effettivamente sussistenti»; T.A.R. Lazio-Roma, sez. II *quater*, 22/9/2017, n. 9885, ivi; T.R.G.A. Trentino-Alto Adige-Trento, sez. unica, 24/4/2015, n. 167, ivi, nella quale si legge che «in caso di atti plurimotivati […], l'eventuale illegittimità di una delle argomentazioni non è sufficiente ad inficiare il provvedimento quando anche una sola argomentazione sia legittimamente idonea a sostenerlo»; T.R.G.A. Trentino-Alto Adige-Trento, sez. unica, 14/1/2015, n. 3, ivi; T.A.R. Campania-Napoli, sez. VIII, 6/3/2014, n. 1370, ivi, giusta il cui avviso «Fondandosi l'impugnato provvedimento declinatorio su una motivazione plurima, solo l'accertata illegittimità di tutti i singoli profili su cui esso risulta incentrato avrebbe potuto comportare l'illegittimità e il conseguente effetto annullatorio del medesimo».

[18] Fra le tante, oltre a Cons. Stato, sez. IV, 8/1/2013, n. 32 cit., a T.A.R. Lombardia-Milano, sez. III, 10/1/2022, n. 37 cit. e a T.A.R. Piemonte-Torino, sez. II, 17/4/2014, n. 642 cit., di cui si è detto nel testo, non accolgono la censura di sviamento: Cons. Stato, sez. IV, 29/11/2021, n. 7930, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 5/6/2018, n. 3401 cit.; T.A.R. Campania-Napoli, sez. V, 26/7/2021, n. 5195 cit.; T.A.R. Lombardia-Milano, sez. II, 12/7/2021, n. 1696 cit.; T.R.G.A. Trentino-Alto Adige-Trento, sez. unica, 1/10/2020, n. 167 cit.; T.A.R. Veneto-Venezia, sez. II, 17/9/2019, n. 981 cit.; T.R.G.A. Trentino-Alto Adige-Trento, sez. unica, 14/1/2015, n. 3 cit. Ravvisano il fenomeno in questione, invece, tra le altre: T.A.R. Campania-Napoli, sez. VII, 8/6/2020, n. 2232, ivi; T.A.R. Campania-Salerno, sez. II, 9/2/2018, n. 225, ivi; T.A.R. Lazio-Latina, sez. I, 21/6/2010, n. 1070, ivi; T.A.R. Veneto-Venezia, sez. I, 24/11/2009, n. 2990, ivi; T.A.R. Veneto-Venezia, sez. II, 28/6/2006, n. 1926, ivi; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia-Trieste, sez. I, 11/5/2006, n. 347, ivi.

ISSN 2036-7821

2.2. *Il difetto di motivazione*

Nondimeno, come si è accennato, lo sviamento non costituisce la sola possibile estrinsecazione dell'eccesso di potere, che può essere rilevato anche attraverso le ccdd. 'figure sintomatiche'. E tale ipotesi, nella giurisprudenza odierna, ricorre con una frequenza notevolissima.

Anzitutto, spesso il G.A. deduce la illegittimità del provvedimento impugnato da un difetto della sua motivazione, individuato, generalmente, nella *insufficienza*, nella *incongruità*, nella *contraddittorietà* o nella *illogicità* della stessa.

Ad esempio, il Consiglio di Stato ha giudicato illegittimo il mancato accoglimento della richiesta di una funzionaria di essere assegnata alla sede di servizio più vicina al domicilio di un suo congiunto in condizione di grave infermità, dal momento che «Il provvedimento impugnato è stato […] emanato in palese difetto di istruttoria e *presenta una motivazione insufficiente*» (corsivo di chi scrive). Segnatamente, «l'amministrazione dell'Interno non ha compiuto una "*verifica e ponderazione accurate delle esigenze funzionali*", bensì ha negato l'assegnazione della sede domandata ai sensi dell'art. 33, comma 5, legge n. 104/1992, sulla base di una valutazione fondata esclusivamente sulle scoperture di organico, senza che dagli atti del procedimento emergesse "l'indicazione concreta di elementi ostativi" all'attribuzione della sede richiesta»[19].

Si fa riferimento alla insufficienza della motivazione anche in una pronuncia del T.A.R. Campania-Napoli, che ritiene fondato il ricorso proposto avverso un decreto di diniego di rilascio del permesso U.E. per soggiornanti di lungo periodo in quanto, sebbene detto permesso possa «essere revocato in base all'articolo 9, comma 7, d.lg. 25 luglio 1998, n. 286 […] ove risulti che lo straniero sia pericoloso per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato», nel provvedimento in esame «il giudizio di pericolosità del ricorrente è chiaramente basato *su una motivazione insufficiente (anzi su un vero e proprio automatismo)* dato che esso si fonda esclusivamente sul rilievo di un precedente penale per reati di falsità materiale commessa dal privato in autorizzazioni amministrative e ricettazione commessi nel novembre del 2008; si tratta di un precedente estremamente remoto (e non risulta che i deferimenti ulteriori citati nel provvedimento e comunque risalenti a epoca anteriore al 2008 si siano tradotti in altre condanne) che non giustifica *ex sé* un giudizio di pericolosità sociale all'attualità del ricorrente che presupporrebbe una valutazione della sua attuale condotta di vita»[20] (il primo corsivo è di chi scrive).

---

[19] Cons. Stato, sez. IV, 23/11/2021, n. 7848, in *giustizia-amministrativa.it*.

[20] T.A.R. Campania-Napoli, sez. VI, 14/4/2021, n. 2376, in *giustizia-amministrativa.it*. Il G.A. così prosegue: «né il solo fatto che l'ultima dichiarazione dei redditi presentata risalga al 2011 dimostra che il ricorrente sia dedito ad attività illecite; in definitiva il diniego avrebbe presupposto una puntuale dimostrazione della attuale pericolosità sociale del ricorrente desunta da informazioni relative alla sua attuale condotta di vita di cui nel provvedimento non v'è traccia; d'altro lato non risulta essere stata data rilevanza neppure alla lunga durata del soggiorno in Italia

ISSN 2036-7821

Talora, poi, il G.A. giunge a reputare viziato il provvedimento sottoposto al suo vaglio perché sorretto da una motivazione *incongrua*.

Conclude in questi termini, fra le altre, una pronuncia del T.A.R. Molise-Campobasso, che accoglie il ricorso proposto avverso un diniego di autorizzazione alla installazione di un complesso circense in quanto «La motivazione per la quale l'autorizzazione […] viene negata, poiché nel corso degli spettacoli sono "utilizzati animali, in maniera totale oppure parziale, anche ai soli scopi espositivi, appartenenti o no a specie domestiche, nati o no in cattività" è una motivazione *incongrua*, del tutto sganciata da un presupposto istruttorio e avulsa, persino, da una logica di intento protettivo degli animali». Nella opinione del G.A., «se mai da un ipotetico accertamento istruttorio fosse emerso che nel complesso circense […] vivessero in cattività animali tenuti in condizioni igieniche malsane, o addirittura vittime di maltrattamenti, ebbene in tal caso il Sindaco, nella sua qualità di autorità sanitaria locale, ben avrebbe potuto limitare, regolare o vietare l'attività circense. Viceversa, una generica regolamentazione – mediante ordinanza di divieto dell'uso di animali nei circhi – del tutto sganciata da un'attività istruttoria, motivata soltanto con ragioni di carattere astratto […] non solo non sortisce il risultato di proteggere gli animali del circo, ma – paradossalmente – potrebbe persino metterne in pericolo il benessere, se il blocco delle attività circensi producesse la conseguenza di impoverire le risorse necessarie al circo per l'assistenza agli animali»[21] (corsivo di chi scrive).

Va evidenziato che, molto spesso, la incongruità è rilevata unitamente ad altri aspetti del difetto di motivazione. Ad esempio, in alcune decisioni il concetto in parola appare strettamente intrecciato a quello di insufficienza: tra queste sembra opportuno richiamare una pronuncia del Consiglio di Stato che ha giudicato illegittimo un provvedimento di esclusione da una gara di appalto siccome «*corredato da una motivazione incongrua*; e comunque certamente *insufficiente*, in quanto sintatticamente congegnata in maniera da non rendere affatto intellegibile l'argomentazione sulla quale si fonda». Secondo il supremo giudice amministrativo, «Nel motivare un provvedimento non è sufficiente citare il principio astratto sul quale si fonda la determinazione dell'Amministrazione (nel che si annida lo spettro della c.d. "motivazione apparente"), ma occorre specificare la concreta ragione per la quale si assume che quel principio sia (o non sia) stato disatteso; e, se del caso,

(essendo il ricorrente giunto in Italia nel 1992)». Fra le molte altre pronunce recenti in cui si ravvisa la figura sintomatica in esame, si v.: T.A.R. Calabria-Catanzaro, sez. II, 13/1/2022, n. 15, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. III *ter*, 21/7/2021, n. 8744, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I stralcio, 6/4/2021, n. 4064, ivi; T.A.R. Piemonte-Torino, sez. I, 6/4/2021, n. 360, ivi; T.A.R. Lombardia-Milano, sez. I, 5/1/2021, n. 34, ivi; T.A.R. Campania-Napoli, sez. III, 7/10/2020, n. 4314, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I, 13/6/2019, n. 7644, ivi.

[21] T.A.R. Molise-Campobasso, sez. I, 8/11/2013, n. 642, in *giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

corredare l'affermazione con analisi e calcoli atti a dimostrarne la inequivocabile veridicità»[22] (corsivi di chi scrive).

Tra le figure sintomatiche rientra altresì la *contraddittorietà* della motivazione.

Il T.A.R. Toscana-Firenze, ad esempio, ha considerato viziato un ordine di rimessa in pristino, fra l'altro, perché «da un lato il Comune ritiene applicabile la normativa disciplinante l'attività edilizia libera (per la quale l'interessato è obbligato a comunicare l'inizio dei lavori, senza necessità di munirsi di titolo abilitante), dall'altro fa leva sulla necessità della s.c.i.a. edilizia, dall'altro ancora assume a riferimento la normativa sulla difformità dal permesso di costruire (mai rilasciato). Ne discende che l'atto impugnato non dà univoca indicazione del titolo edilizio ritenuto necessario nel caso di specie, ma fornisce *una motivazione contraddittoria* in ordine alle irregolarità e violazioni ritenute idonee a giustificare l'ordine di rimessa in pristino»[23] (corsivo di chi scrive).

Va detto, peraltro, che sovente quella in esame si interseca con altre figure sintomatiche. Ciò si verifica senz'altro in una pronuncia del Consiglio di Stato espressasi sul tema della dipendenza delle infermità da causa di servizio: il provvedimento di diniego subito da un militare viene sì reputato illegittimo in quanto fondato su un parere del Comitato di verifica «*viziato da una motivazione contraddittoria*», ma dopo aver rimarcato che il giudizio di siffatto organo «è espressione di discrezionalità tecnica, in linea generale sindacabile in sede giurisdizionale solo per *assenza di motivazione*, *travisamento dei fatti*, *illogicità manifesta*, *violazione delle regole procedurali*». Nella opinione del giudice amministrativo d'appello, «il parere appare *intrinsecamente contraddittorio* nella misura in cui […] esclude un qualunque ruolo concausale alle condizioni di lavoro del militare […]; condizioni di lavoro che invece avrebbe dovuto tenere presenti anche in relazione alla ancor giovane età dell'interessato […], le quali rendono plausibile la tesi che un simile processo fisiologico sia stato quanto meno accelerato da circostanze esterne, in relazione appunto ai modi in cui il lavoro è stato prestato»[24] (corsivi di chi scrive).

Sembra significativo, in particolare, il legame fra contraddittorietà e *illogicità* della motivazione. Quest'ultima, invero, assume rilevanza in numerose decisioni.

---

[22] Cons. Stato, sez. III, 4/11/2015, n. 5037, in *giustizia-amministrativa.it*. Fra le altre pronunce recenti in cui si fa riferimento alla incongruità della motivazione, si v.: T.A.R. Lombardia-Milano, sez. I, 21/1/2021, n. 190, ivi; T.A.R. Lombardia-Milano, sez. II, 5/3/2020, n. 442, ivi; T.A.R. Lombardia-Brescia, sez. I, 28/10/2019, n. 926, ivi; T.A.R. Campania-Napoli, sez. III, 10/7/2019, n. 3821, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. II *bis*, 13/6/2017, n. 6981, ivi; T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, sez. I, 19/9/2016, n. 932, ivi; T.A.R. Lombardia-Milano, sez. I, 16/6/2010, n. 1884, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *bis*, 25/5/2010, n. 13294, ivi.

[23] T.A.R. Toscana-Firenze, sez. III, 6/6/2018, n. 809, in *giustizia-amministrativa.it*.

[24] Cons. Stato, sez. IV, 2/12/2019, n. 8226, in *giustizia-amministrativa.it*. Fra le decisioni che prendono in considerazione la figura sintomatica in parola, si v. altresì: T.A.R. Puglia-Bari, sez. I, 21/2/2019, n. 260, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. III, 4/2/2016, n. 1688, ivi; T.A.R. Puglia-Lecce, sez. II, 6/4/2012, n. 613, ivi.

ISSN 2036-7821

Una pronuncia del T.A.R. Lazio-Roma, ad esempio, ha ritenuto illegittima la sospensione dell'adeguamento tariffario subita da una concessionaria autostradale giacché, fra l'altro, disposta «sulla base di una *motivazione illogica* e non coerente con la disciplina che regola il rapporto concessorio». Secondo il giudice amministrativo di prime cure, va reputato «*Illogico* […] che il procedimento di adeguamento tariffario possa, o addirittura debba, essere subordinato all'aggiornamento» del Piano Economico Finanziario, «tale assunto risultando contraddetto dalla sentenza n. 1098/2018 del Consiglio di Stato, nella quale si è evidenziato che l'aggiornamento tariffario "*è funzionale ad aggiornare il corrispettivo tariffario alla luce del concreto svolgimento del rapporto concessorio, per rendere aderente la remunerazione del concessionario rispetto, ad esempio, agli investimenti sostenuti o al tasso di inflazione*", laddove l'aggiornamento del PEF è volto a verificare, al termine di ciascun periodo regolatorio, "*l'eventuale necessità di riequilibrio della concessione attraverso l'aggiornamento, la riallocazione e la ridistribuzione delle poste più rilevanti nella gestione della concessione, per garantirne la sostenibilità finanziaria*". Da ciò si deve, pertanto, inferire che la pendenza di una procedura di aggiornamento del PEF non possa giustificare la sospensione, pura e semplice, dell'aggiornamento tariffario»[25] (i primi due corsivi sono di chi scrive).

2.3. *La illogicità della scelta*

Talvolta, la illogicità è sintomatica dell'eccesso di potere anche se non attiene alla motivazione, bensì alla scelta. Chiamato ad esprimersi su una sentenza che aveva accolto un ricorso proposto da una candidata ad un concorso per il conseguimento della abilitazione all'insegnamento avverso i giudizi attribuiti agli elaborati da lei redatti nell'ambito delle prove scritte, il Consiglio di Stato ha asserito, anzitutto, che «le valutazioni espresse dalle commissioni giudicatrici in merito alle prove di concorso, seppure qualificabili quali analisi di fatti (correzione dell'elaborato del candidato con attribuzione di punteggio o giudizio) e non come ponderazione di interessi, costituiscono pur sempre l'espressione di ampia discrezionalità, finalizzata a stabilire in concreto l'idoneità tecnica e/o culturale, ovvero attitudinale, dei candidati, con la conseguenza che le stesse valutazioni non sono sindacabili dal giudice amministrativo, se non nei casi in cui sussistono elementi idonei ad evidenziarne uno sviamento logico od un errore di fatto, o, ancora, una contraddittorietà ictu oculi rilevabile»[26].

Da ciò, secondo il supremo giudice amministrativo, «consegue che il giudicante non può ingerirsi negli ambiti riservati alla discrezionalità tecnica dell'organo valutatore

[25] T.A.R. Lazio-Roma, sez. IV, 20/1/2022, n. 671, in *giustizia-amministrativa.it*. Fra le numerose altre pronunce che fanno riferimento alla illogicità della motivazione, si v.: Cons. Stato, sez. III, 7/4/2021, n. 2792, ivi; Cons. Stato, sez. II, 7/4/2020, n. 2310, ivi; T.A.R. Campania-Napoli, sez. III, 3/1/2022, n. 5, ivi.

[26] Cons. Stato, sez. VI, 9/2/2011, n. 871, in *giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

(e, quindi, sostituire il proprio giudizio a quello della commissione), se non nei casi in cui il giudizio si appalesi viziato *sotto il profilo della logicità*, vizio la cui sostanza non può essere confusa con l'adeguatezza della motivazione, ben potendo questa essere adeguata e sufficiente e tuttavia al tempo stesso illogica; stante, invero, il diverso rilievo ed ambito concettuale, che assumono i due vizi, l'uno non può essere arbitrariamente dedotto dall'altro e, soprattutto, un giudizio critico negativo reso dalla commissione esaminatrice mediante punteggio numerico non risulta affetto né da profili di insufficienza, né da profili di irrazionalità sol perché il Giudice, senza rilevare alcuna concreta eclatante discrasia tra la votazione negativa attribuita ed il contenuto degli elaborati, decida di sostituire […] la propria competenza a quella specifica riconosciuta dall'ordinamento alla commissione, invadendo gli ambiti di discrezionalità tecnica alla stessa riservati»[27] (corsivo di chi scrive).

Insomma, «se è pur vero che il giudizio tecnico-valutativo delle commissioni di esame non si sottrae in linea generale al controllo giurisdizionale di legittimità, sotto il profilo della sua intrinseca ragionevolezza e coerenza, nondimeno tale controllo non può trasmodare in una vera e propria sostituzione del giudizio espresso dall'ausiliario del giudice a quello dell'organo tecnico-amministrativo nell'esercizio della sua discrezionalità valutativa; peraltro, non è secondario rilevare che mentre la commissione d'esame esprime le sue valutazioni in sede concorsuale (e quindi tenendo conto del livello di preparazione media dei candidati) e sotto l'osservanza di criteri valutativi predeterminati e indistintamente applicabili a tutti i concorrenti, tanto non avviene normalmente […] per ciò che attiene alle valutazioni operate dall'ausiliario del giudice»[28].

L'appello, alla luce di quanto riferito, viene accolto, sostenendosi che il giudice di primo grado abbia sostituito inammissibilmente la valutazione operata dal consulente tecnico a quella della commissione d'esame, non prospettando alcun elemento in ordine «ad una ipotetica palese irragionevolezza ovvero alla incoerenza del giudizio formulato dalla Commissione o ancora alla presenza di eventuali errori di fatto inficianti la valutazione»[29].

2.4. *I principi di ragionevolezza e proporzionalità*

Com'è evidente, nella pronuncia appena richiamata la illogicità si intreccia in maniera significativa con la *irragionevolezza*. Anche a questa, invero, il G.A. fa assai

[27] Cons. Stato, sez. VI, 9/2/2011, n. 871 cit.

[28] Cons. Stato, sez. VI, 9/2/2011, n. 871 cit. Si esprimono conformemente: Cons. Stato, sez. IV, 29/11/2016, n. 5016, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 6/5/2015, n. 2269, ivi; T.A.R. Valle d'Aosta-Aosta, sez. unica, 3/8/2020, n. 31, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. III *bis*, 1/7/2020, n. 7408, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I stralcio, 21/12/2019, n. 14712, ivi. Relativamente alla figura sintomatica in questione, si v. anche: Cons. Stato, sez. III, 25/2/2019, n. 1319, ivi; T.A.R. Emilia-Romagna-Parma, sez. I, 14/4/2015, n. 113, ivi; T.A.R. Puglia-Lecce, sez. I, 10/2/2010, n. 533, in *dejure.it*.

[29] Cons. Stato, sez. VI, 9/2/2011, n. 871 cit.

ISSN 2036-7821

spesso riferimento, in molti casi al fine di chiarire quali siano i confini del suo sindacato sulle scelte della P.A.

Ad esempio, a proposito della valutazione sulla dipendenza di infermità da causa di servizio, si è asserito che il controllo di legittimità sui giudizi della P.A. «fondati su nozioni scientifiche e su dati di esperienza di carattere tecnico-discrezionale, quali sono quelli espressi dalle commissioni mediche nell'esercizio di discrezionalità tecnica basata su cognizioni della scienza medica e specialistica […] deve restare circoscritto ad ipotesi di omessa considerazione o palese travisamento di circostanze di fatto, ovvero di *manifesta irragionevolezza*, essendo censurabile dal giudice amministrativo la sola valutazione che si ponga al di fuori del perimetro dell'opinabilità, a pena di esondare nell'ambito delle attribuzioni riservate all'amministrazione»[30] (corsivo di chi scrive).

In un'altra decisione, in ordine al trasferimento dei militari per incompatibilità ambientale, il G.A. ha affermato che pur rientrando esso «nel novero degli ordini […], in quanto tale caratterizzato da ampia discrezionalità, ne è consentito il sindacato giurisdizionale nei limiti del travisamento dei fatti e della *manifesta irragionevolezza* od illogicità»[31] (corsivo di chi scrive).

Riguardo al potere della P.A. di declinare il rilascio della licenza di porto d'armi, poi, si è sostenuto che «Secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, il porto d'armi non costituisce un diritto assoluto, rappresentando, invece, eccezione al normale divieto di portare le armi […], sicché, secondo quanto dispone l'art. 43, co. 2, r.d. n. 773/1931, "*la licenza può essere ricusata… a chi… non dà affidamento di non abusare delle armi*". La valutazione in ordine all'affidabilità del soggetto circa l'abuso delle armi, costituisce, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, espressione di discrezionalità amministrativa, non sindacabile in via generale dal

[30] Cons. Stato, sez. II, 7/1/2022, n. 117, in *giustizia-amministrativa.it*. Sul tema si v. altresì: Cons. Stato, sez. II, 26/10/2020, n. 6483, ivi; Cons. Stato, sez. IV, 25/3/2014, n. 1454, ivi, in cui si richiama il «consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui gli accertamenti sulla dipendenza da causa di servizio, anche in relazione all'equo indennizzo, rientrano nella discrezionalità tecnica, un tempo dei Comitati per le pensioni privilegiate, ora del Comitato per la Verifica per le Cause di Servizio, che perviene alle relative conclusioni assumendo a base le cognizioni di scienza medica e specialistica con la conseguenza che il sindacato giurisdizionale su tali decisioni è ammesso esclusivamente nelle ipotesi di vizi logici desumibili dalla motivazione degli atti impugnati dai quali si evidenzi la inattendibilità metodologica delle conclusioni cui è pervenuta l'amministrazione […] ovvero nelle ipotesi di *irragionevolezza manifesta*, palese travisamento dei fatti, omessa considerazione di circostanze di fatto tali da poter incidere sulla valutazione finale […] nonché di non correttezza dei criteri tecnici e del procedimento seguito»; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I stralcio, 10/1/2022, n. 155, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I stralcio, 10/1/2022, n. 149, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *quater*, 10/1/2022, n. 137, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *quater*, 5/1/2022, n. 65, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *quater*, 5/12/2019, n. 13916, ivi; T.A.R. Campania-Napoli, sez. VI, 28/11/2019, n. 5646, ivi (corsivo di chi scrive).

[31] Cons. Stato, sez. V, 7/1/2022, n. 49, in *giustizia-amministrativa.it*. Si v. anche T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *bis*, 18/1/2022, n. 572, ivi, in cui si asserisce che il trasferimento del militare «seguito all'ordine d'autorità è frutto di una decisione connotata da ampia discrezionalità e, dunque, sindacabile entro i noti ristretti limiti del travisamento dei fatti e della *manifesta irragionevolezza* o illogicità» (corsivo di chi scrive).

ISSN 2036-7821

giudice della legittimità, salvo che in ipotesi di eccesso di potere, nelle sue varie forme sintomatiche, quali la manifesta illogicità, la *manifesta irragionevolezza*, l'evidente sproporzionalità, il travisamento dei fatti. Tale ampia discrezionalità è contemperata dall'obbligo motivazionale rinforzato, a salvaguardia sia della trasparenza dell'azione amministrativa, sia del legittimo affidamento del cittadino»[32] (il secondo corsivo è di chi scrive).

Alla irragionevolezza la giurisprudenza fa riferimento anche nell'individuare l'ambito del controllo di legittimità sulle scelte effettuate dai Comuni in ordine alla individuazione delle zone in cui collocare nuove farmacie: siffatte scelte «sono espressione di un'ampia discrezionalità dell'Amministrazione e, in quanto tali, sindacabili solo per gravi ed evidenti errori di valutazione dei presupposti ed *irragionevolezza*»[33] (corsivo di chi scrive).

Nella medesima prospettiva, in materia di sanzioni disciplinari, si è asserito che «la valutazione in ordine alla gravità dei fatti addebitati in relazione» alla loro applicazione «costituisce espressione di discrezionalità amministrativa, non sindacabile in via generale dal giudice della legittimità salvo che in ipotesi di eccesso di potere, nelle sue varie forme sintomatiche, quali la manifesta illogicità, la *manifesta irragionevolezza*, l'evidente sproporzionalità e il travisamento»[34] (corsivo di chi scrive).

Analogamente, in ordine alle determinazioni della P.A. in tema di pianificazione urbanistica, il G.A. ha affermato che, sebbene il relativo potere sia «connotato da un'ampia discrezionalità e che il suo esercizio» sia «subordinato all'obbligo di effettuare un'adeguata e preventiva attività istruttoria in relazione alla portata degli interessi pubblici e privati coinvolti», tuttavia ciò non significa che le scelte conseguenti, «espressive dell'ampia discrezionalità di cui l'Amministrazione beneficia nella materia in esame, siano intangibili. A fronte di dette scelte, infatti, il sindacato giurisdizionale – oltre che alla verifica di eventuali vizi di incompetenza e di violazione di legge – deve intendersi esercitabile nei limiti del riscontro dell'assenza di figure sintomatiche di eccesso di potere afferenti alla logicità ed alla *ragionevolezza* delle scelte nel complesso effettuate dalla P.A. In altri termini, le scelte della P.A. in tema di pianificazione urbanistica sono sindacabili anche per quanto concerne il vizio di eccesso di potere, ancorché nei soli limiti in cui esse risultino

[32] Cons. giust. amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 6/4/2021, n. 292, in *giustizia-amministrativa.it*.

[33] Cons. Stato, sez. III, 22/3/2017, n. 1305, in *giustizia-amministrativa.it*.

[34] Cons. Stato, sez. VI, 20/9/2012, n. 4996, in *giustizia-amministrativa.it*. Sul tema si v. altresì: Cons. Stato, sez. II, 31/5/2021, n. 4143, ivi; Cons. Stato, sez. IV, 23/3/2020, n. 2020, ivi; Cons. Stato, sez. IV, 31/5/2007, n. 2830, ivi, in cui si chiarisce che «il giudice amministrativo non può sostituirsi agli organi dell'Amministrazione nella valutazione dei fatti contestati o nel convincimento cui tali organi sono pervenuti»; Cons. Stato, sez. IV, 31/1/2006, n. 339, ivi; T.A.R. Lombardia-Milano, sez. IV, 21/1/2022, n. 125, ivi.

ISSN 2036-7821

viziate da palesi errori di fatto, abnormi illogicità, arbitrarietà, irrazionalità o *manifesta irragionevolezza*»[35] (corsivi di chi scrive).

Com'è perspicuo, assai spesso la giurisprudenza ritiene in maniera esplicita che la irragionevolezza della scelta della P.A. sia sindacabile solo se *manifesta*. A siffatta posizione, con ogni evidenza, è sottesa l'idea che il controllo sulla ragionevolezza, potenzialmente amplissimo data la indeterminatezza del suo oggetto, sfoci in indebite valutazioni di merito. Va rilevato, però, che – come sembra accadere, d'altronde, anche in relazione alla insufficienza, alla incongruità, alla contraddittorietà e alla illogicità –, i giudici non paiono delineare con nitidezza il contenuto della figura sintomatica in questione.

Talvolta, sembra reputarsi manifestamente irragionevole la scelta che non è preceduta dalla presa in esame di tutti gli interessi coinvolti nella fattispecie concreta. Ad esempio, secondo la richiamata pronuncia in materia di trasferimento dei militari per incompatibilità ambientale, in ordine al caso di specie oggetto del giudizio, «non può trascurarsi di considerare che, pur prevalendo le esigenze organizzative

[35] T.A.R. Lazio-Latina, sez. I, 1/3/2016, n. 118, in *giustizia-amministrativa.it*. Si esprime nello stesso senso Cons. Stato, sez. VI, 23/9/2009, n. 5671, ivi, secondo cui «Le scelte che l'amministrazione opera in sede di pianificazione paesaggistica e urbanistica sono ampiamente discrezionali, implicando valutazioni di opportunità sulla scorta di valutazioni comparative degli interessi in gioco, che sfuggono al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, a meno che non si dimostrino palesi travisamenti dei fatti, illogicità, *irragionevolezze*». Fra le molte altre pronunce in cui si fa riferimento alla figura sintomatica in esame, si v.: Cons. Stato, sez. IV, 6/11/2018, n. 6270, ivi, in tema di giudizi di avanzamento al grado superiore dei militari, nella quale si asserisce che «Sugli atti della Commissione Superiore di Avanzamento, essendo gli stessi sindacabili dal giudice amministrativo per vizi di legittimità e non di merito, non è consentito al giudice amministrativo esercitare un controllo intrinseco in ordine alle valutazioni tecniche opinabili in quanto ciò si tradurrebbe nell'esercizio da parte del suddetto giudice di un potere sostitutivo spinto fino a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione, fermo però restando che anche sulle valutazioni tecniche è esercitabile in sede giurisdizionale il controllo di *ragionevolezza*, logicità e coerenza, oltre all'accertamento della insussistenza di travisamenti del fatto. La differenza tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito, in sostanza, può individuarsi nel fatto che, nel giudizio di legittimità, il giudice agisce "in seconda battuta", verificando, nei limiti delle censure dedotte, se le valutazioni effettuate dall'organo competente sono viziate da eccesso di potere per *manifesta irragionevolezza*, vale a dire se le stesse, pur opinabili, esulano dal perimetro della plausibilità, o per travisamento del fatto, mentre nel giudizio di merito, il giudice agisce "in prima battuta", sostituendosi all'Amministrazione ed effettuando direttamente e nuovamente le valutazioni a questa spettanti, con la possibilità, non contemplata dall'ordinamento se non per le eccezionali e limitatissime ipotesi di giurisdizione con cognizione estesa al merito, di sostituire la propria valutazione alla valutazione dell'Amministrazione anche nell'ipotesi in cui quest'ultima, sebbene opinabile, sia plausibile»; T.A.R. Campania-Napoli, sez. IV, 14/1/2022, n. 299, ivi, in materia di cause di esclusione da gare di appalto, in cui, dopo aver chiarito che l'art. 80, co. 5, Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, «mira a tutelare il vincolo fiduciario che deve sussistere tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico, consentendo di attribuire rilevanza ad ogni tipologia di condotta illecita storicamente maturata […] che per la sua gravità sia in grado di minare l'integrità morale e professionale di quest'ultimo», si afferma che «Tale norma non descrive, dunque, la fattispecie astratta in maniera tassativa ed esaustiva bensì, nel rinviare all'integrazione dell'interprete per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa, necessariamente rimette la qualificazione di una condotta come grave illecito professionale ad una valutazione discrezionale della stazione appaltante, pertanto sindacabile solo nei consueti limiti della *manifesta irragionevolezza*, illogicità o erroneità» (tutti i corsivi sono di chi scrive).

ISSN 2036-7821

dell'amministrazione, e pur dovendo ritenersi prioritario l'interesse pubblico al rispetto della disciplina ed allo svolgimento del servizio […], *sono state totalmente trascurate le esigenze del militare*. Si intende osservare che, seppure, a fronte di un ordine, l'interesse del militare a prestare servizio in una determinata sede assume una rilevanza di mero fatto, ciò non toglie che il trasferimento preordinato a rimuovere una situazione di incompatibilità ambientale determinatasi, ove anche inevitabile, risulta illogico nella misura in cui non lo destini ad una sede compatibile con le, non ordinarie, condizioni familiari dell'interessato»[36] (corsivo di chi scrive).

Altre decisioni paiono inferire la irragionevolezza non dalla mancata presa in esame di tutti gli interessi in gioco, bensì dal compimento di errori nella valutazione degli stessi. Sembra rientrare fra queste una pronuncia del T.A.R. Lombardia-Milano in tema di sanzioni disciplinari in cui, rilevato che il funzionario istruttore aveva rinvenuto «univoci riscontri documentali alle affermazioni difensive del ricorrente, la cui accertata veridicità avrebbe ragionevolmente potuto escludere tanto la scorrettezza, che la natura offensiva o sconveniente della condotta dell'agente, con possibile conseguente irrilevanza della stessa sul piano disciplinare», si asserisce che «Cionondimeno, *del tutto irragionevolmente*, il Funzionario (e con essa gli organi disciplinari che in seguito irrogavano la sanzione […]), pur dando atto della ritenuta buona fede dell'agente sanzionato, ometteva *in toto* di vagliare le implicazioni (invero potenzialmente esiziali) che la circostanza giustificativa accertata avrebbe potuto comportare per l'iniziale incolpazione»[37] (il primo corsivo è di chi scrive).

Talora, poi, il contenuto del principio di ragionevolezza pare intrecciarsi con quello del principio di *proporzionalità*: in alcune decisioni, ad esempio, si ritiene esplicitamente che il secondo costituisca «specificazione»[38] o «espressione»[39] del primo.

---

[36] Cons. Stato, sez. V, 7/1/2022, n. 49 cit. Poco oltre il G.A. specifica che «l'incompatibilità ambientale giustifica il trasferimento e può rendere recessivo anche l'interesse del dipendente ad assistere un familiare disabile (così consentendo la deroga dell'art. 33 della legge n. 104 del 1992), ma non esclude l'irragionevolezza di una sede distante dal domicilio della persona da assistere al punto tale da precludere qualsivoglia forma (anche necessariamente attenuata) di assistenza della persona *handicappata*. La possibilità di un trasferimento del coniuge per il ricongiungimento al militare trasferito o comunque l'assegnazione provvisoria si pongono in una prospettiva indimostrata o, quanto meno, carente di attualità al momento dell'adozione del provvedimento gravato, che dunque, anche in questa prospettiva, appare illogico».

[37] T.A.R. Lombardia-Milano, sez. IV, 21/1/2022, n. 125 cit. Inoltre, secondo il giudice lombardo, «la circostanza che l'Amministrazione abbia ritenuto sufficiente raggiungere conclusioni declinate in termini di mera probabilità sui fatti che decideva di punire in capo al ricorrente, depone ulteriormente per l'irragionevolezza e la non logicità dell'attività sanzionatoria […]. Mediante tale *modus operandi*, infatti, l'Amministrazione riconduceva all'ambito della valutazione discrezionale non solo il giudizio di rilevanza disciplinare delle condotte contestate […], ma anche l'accertamento della veridicità dei comportamenti sanzionati, che devono invece essere ricostruiti in termini obiettivi e verificabili dalla P.A. procedente».

[38] Si v. T.A.R. Veneto-Venezia, sez. I, 20/10/2020, n. 960, in *giustizia-amministrativa.it*.

[39] Si v. T.A.R. Puglia-Bari, sez. I, 7/10/2014, n. 1160, in *giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

Ora, ad avviso di una pronuncia del Consiglio di Stato, il principio di proporzionalità «impone l'adozione di una scelta amministrativa idonea a conseguire l'obiettivo perseguito, tale da non determinare un eccessivo sacrificio per gli interessi privati attinti e, comunque, da essere sostenibile per il destinatario»[40]; nello stesso senso, secondo una decisione di primo grado, esso «impone […] che il sacrificio che viene a subire il privato non ecceda quanto strettamente necessario al perseguimento dell'interesse pubblico, e che l'Amministrazione operi un ponderato bilanciamento degli interessi in gioco»[41].

Com'è agevolmente intuibile, l'applicazione del principio in parola nella accezione appena richiamata può dilatare in maniera significativa l'area del sindacato giurisdizionale sul merito amministrativo. Nondimeno, il Consiglio di Stato ha ribadito più volte l'orientamento secondo il quale «il principio di proporzionalità consiste in un canone legale di raffronto che, anche dopo la sua espressa codificazione a livello comunitario […] (art. 5, ultimo comma, del trattato Ce ora art. 5 trattato UE), non consente di controllare il merito dell'azione amministrativa»[42]. Inoltre, in tema di provvedimenti disciplinari, si è specificato che «il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, ed il suo corollario […] rappresentato dal c.d. gradualismo sanzionatorio, non consentono al giudice amministrativo di sostituirsi alle valutazioni discrezionali compiute dall'autorità disciplinare, che possono essere sindacate esclusivamente *ab externo*, qualora trasmodino nell'abnormità o comunque evidenzino profili di eccesso di potere»[43].

È evidente che i principi di ragionevolezza e proporzionalità devono informare non solo il provvedimento finale, ma l'intero procedimento. Per siffatta ragione, sembra potersi affermare che la loro violazione costituisca una figura sintomatica inerente

[40] Cons. Stato, sez. VI, 4/8/2021, n. 5742, in *giustizia-amministrativa.it*. Il supremo giudice amministrativo rammenta che «Anche la Corte di Giustizia, ai fini del rispetto del principio di proporzionalità, richiede che la misura in contestazione sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non ecceda quanto necessario perché esso sia raggiunto».

[41] T.A.R. Veneto-Venezia, sez. I, 20/10/2020, n. 960 cit. Si v. altresì T.A.R. Puglia-Bari, sez. I, 7/10/2014, n. 1160 cit., nella cui opinione il principio in parola «impone che l'intervento pubblico limitativo della libertà dei privati sia contenuto entro i limiti della vera necessità, dovendo essere il mezzo utilizzato dalla p.a. idoneo ed efficace rispetto al fine pubblico perseguito, ma con il minimo sacrificio possibile per i soggetti che ne sono attinti, così da realizzare un'armonizzata e bilanciata ponderazione d'interessi».

[42] Cons. Stato, sez. IV, 27/9/2021, n. 6470, in *giustizia-amministrativa.it*. In questa prospettiva, «il giudice amministrativo […] non può sostituirsi agli organi dell'amministrazione nella valutazione dei fatti contestati o nel convincimento cui tali organi sono pervenuti; non è consentito al giudice amministrativo di sostituirsi alle valutazioni discrezionali compiute dall'autorità amministrativa, che possono essere sindacate esclusivamente *ab externo*, qualora trasmodino nell'abnormità, poiché, altrimenti opinando, si introdurrebbe surrettiziamente una smisurata ed innominata ipotesi di giurisdizione di merito del giudice amministrativo in contrasto con le caratteristiche ontologiche di siffatta giurisdizione, che sono, all'opposto, la tipicità e l'eccezionalità in quanto deroga al principio di separazione dei poteri, cui si ispira la legislazione».

[43] Cons. Stato, sez. IV, 23/4/2020, n. 2568, in *giustizia-amministrativa.it*. Sul tema si v. anche Cons. Stato, sez. IV, 20/10/2016, n. 4381, ivi.

ISSN 2036-7821

alla scelta, non alla motivazione; tuttavia, appare perspicuo che, in genere, proprio dall'esame di quest'ultima è rilevabile la inosservanza dei principi in parola.

2.5. *Il difetto di istruttoria e il travisamento dei fatti*

A ben vedere, di regola si rilevano dall'analisi della motivazione anche il *difetto di istruttoria* e il *travisamento dei fatti*. Non mancano pronunce in cui il G.A. inferisce la illegittimità del provvedimento direttamente da una di tali figure: ad esempio, il T.A.R. Lazio-Roma, chiamato ad esprimersi su un ricorso proposto avverso un diniego di visto per il reingresso in Italia «motivato con riferimento alla circostanza che la ricorrente, cittadina straniera, in possesso di permesso di soggiorno scaduto, ha interrotto il suo soggiorno in Italia per un periodo di tempo superiore ai limiti normativamente previsti», lo ha accolto perché «l'amministrazione ha assunto la determinazione in applicazione della disciplina richiamata ma *sulla base di un difetto di istruttoria*, che ha impedito una corretta ricostruzione dei fatti, visto che la ricorrente ha lasciato il territorio nazionale» in un giorno diverso da quello indicato nel provvedimento impugnato[44] (corsivo di chi scrive).

Quanto alle decisioni che desumono la illegittimità dal travisamento dei fatti, poi, può rammentarsene una del T.A.R. Campania-Napoli in materia di edilizia, la quale ritiene fondate le censure prospettate avverso un diniego di permesso di costruire in sanatoria e il conseguente ordine di ripristino «laddove evidenziano la carenza motivazionale» dei due atti, «costituenti il portato di un'azione amministrativa contrassegnata da una istruttoria non approfondita, *la quale ha condotto ad un travisamento del fatto* ovvero, nel caso di specie, alla non corretta individuazione della natura delle opere edilizie oggetto di contestazione e del regime edilizio ad esse applicabile»[45] (corsivo di chi scrive). Tra l'altro, com'è palese, in questa pronuncia la sussistenza del travisamento è inferita proprio da un difetto di istruttoria.

2.6. *La disparità di trattamento*

Può emergere sia dall'esame della motivazione, o comunque del provvedimento nel suo complesso, sia da un confronto fra più atti emanati dalla P.A., invece, la *disparità di trattamento*, figura menzionata in numerose decisioni, ma non ravvisata assai

[44] Così T.A.R. Lazio-Roma, sez. III *ter*, 14/12/2021, n. 12895, in *giustizia-amministrativa.it*. Fra le altre decisioni recenti in cui il difetto di istruttoria assume rilevanza, si v.: T.A.R. Lombardia-Milano, sez. IV, 19/1/2022, n. 114, ivi; T.A.R. Puglia-Bari, sez. III, 17/1/2022, n. 76, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *quater*, 8/7/2021, n. 8102, ivi.

[45] T.A.R. Campania-Napoli, sez. IV, 16/1/2020, n. 201, in *giustizia-amministrativa.it*. Fra le numerose altre pronunce che fanno riferimento al travisamento dei fatti, si v., oltre a quelle già richiamate *supra*: Cons. Stato, sez. IV, 17/6/2019, n. 4029, ivi; Cons. Stato, sez. IV, 5/11/2018, n. 6248, ivi; Cons. Stato, sez. VI, 4/4/2008, n. 1416, ivi; Cons. Stato, sez. IV, 17/12/2003, n. 8278, ivi; T.A.R. Molise-Campobasso, sez. I, 31/7/2020, n. 218, ivi; T.A.R. Molise-Campobasso, sez. I, 6/5/2020, n. 132, ivi; T.A.R. Emilia-Romagna-Bologna, sez. I, 25/1/2019, n. 77, ivi; T.A.R. Emilia-Romagna-Bologna, sez. I, 9/1/2018, n. 12, ivi; T.A.R. Lombardia-Milano, sez. I, 12/1/2016, n. 35, ivi; T.A.R. Sicilia-Palermo, sez. I, 13/4/2010, n. 4942, ivi.

ISSN 2036-7821

spesso. Si è chiarito che essa, «perché possa assumere rilevanza invalidante, implica la comparabilità delle fattispecie in raffronto, da accertare non in maniera generale e astratta, bensì in modo specifico e concreto». Una «irragionevole disparità di trattamento è, infatti, predicabile soltanto in caso di assoluta identità di situazioni di fatto e di conseguente assoluta irragionevole diversità del trattamento alle stesse riservato»[46]. Non mancano, comunque, pronunce in cui tale ipotesi si considera realizzata: ad esempio, il T.A.R. Lazio-Roma ha rilevato la figura in una fattispecie in cui il Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri aveva negato ad un maresciallo l'assegnazione ad una delle tre sedi da lui indicate, prescelte per motivi familiari rappresentati con una apposita istanza, nel contempo destinando alla seconda due concorrenti collocatisi in graduatoria in posizioni notevolmente deteriori rispetto alla sua. Secondo il G.A., ciò «induce a ritenere che l'Amministrazione […] abbia dato luogo ad una *disparità di trattamento manifestamente ingiusta*; vizio, quest'ultimo, reso ancora più evidente dalla circostanza che i due controinteressati, diversamente dal

[46] Cons. Stato, sez. VI, 30/7/2021, n. 5623, in *giustizia-amministrativa.it*. Sul punto si v. altresì: Cons. Stato, sez. VI, 15/2/2022, n. 1093, ivi; Cons. Stato, sez. II, 21/4/2021, n. 3227, ivi; T.A.R. Lombardia-Milano, sez. IV, 4/2/2022, n. 270, ivi, nella quale si ricorda che, ad avviso della giurisprudenza, «in materia urbanistica non è ipotizzabile una disparità di trattamento fra proprietari di fondi diversi, in quanto ciascun fondo è necessariamente differenziato dagli altri e quindi è soggetto ad autonoma valutazione […]; inoltre, la valutazione dell'idoneità delle aree a soddisfare, con riferimento alle possibili destinazioni, specifici interessi urbanistici, costituisce esercizio di potere di scelta, rispetto al quale non è ipotizzabile quell'identità di posizioni soggettive e oggettive che costituisce il presupposto indispensabile per poter configurare, tra i vari soggetti interessati, il vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento»; T.A.R. Sicilia-Catania, sez. I, 2/2/2022, n. 348, ivi; T.A.R. Sicilia-Palermo, sez. I, 2/2/2022, n. 390, ivi; T.A.R. Sicilia-Palermo, sez. III, 1/2/2022, n. 360, ivi; T.A.R. Sicilia-Palermo, sez. I, 3/1/2022, n. 4, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. III *bis*, 24/5/2021, n. 6105, ivi, secondo cui, in un concorso strutturato su base regionale, «La possibilità che ottengano il posto candidati che abbiano conseguito voti inferiori di altri, non dà luogo a disparità di trattamento proprio per il fatto che l'ambito spaziale nel quale deve essere verificato il rispetto del paritario trattamento degli aspiranti concorrenti non può essere considerato quello nazionale, ma deve essere considerato quello relativo alla singola graduatoria. Non si possono individuare una parità di posizioni tra candidati espletanti la prova concorsuale in sedi differenti, posto che in un concorso che si svolge localmente il principio di paritario trattamento tra i concorrenti ha come suo perimetro l'ambito locale»; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I, 2/11/2016, n. 10813, in *dejure.it*, nella quale, in relazione ad una fattispecie in cui un candidato al concorso notarile non ammesso alla prova orale si doleva del fatto che una soluzione da lui adottata ritenuta gravemente insufficiente risultava identica a quella assunta da un altro candidato giudicato idoneo, si afferma che «La Commissione ha proposto temi che prevedevano non già soluzioni predeterminate in astratto, bensì più soluzioni possibili in concreto, purché correttamente costruite sul piano giuridico ed adeguatamente motivate; ne consegue che qualsiasi richiamo ad elaborati di altri candidati che abbiano astrattamente utilizzato gli stessi istituti giuridici non risulta in sé conferente, essendo di contro necessario verificare la concreta applicazione dell'istituto nel singolo atto e, di conseguenza, gli effetti che nel caso concreto ne derivano, oltre che l'enunciazione delle ragioni giuridiche che ne giustificavano l'impiego. Non soccorre quindi, in senso contrario, il richiamo alla ritenuta disparità di trattamento, in quanto, per giurisprudenza costante, vi è la necessità di considerare l'intero percorso logico-giuridico seguito dai candidati nella prova presa a confronto e, comunque, un giudizio favorevole reso alla prova scritta di altro candidato non servirebbe a sanare gli errori in cui è incorso il ricorrente […]. Infatti, in astratto, la configurabilità della disparità di trattamento tra diversi candidati del concorso notarile può ipotizzarsi solo raffrontando complessivamente tutti gli elaborati poiché la Commissione non tiene conto soltanto della soluzione giuridica prescelta, ma anche della capacità espositiva ed argomentativa di ciascuno dei candidati».

ISSN 2036-7821

ricorrente, neanche avevano presentato, ai fini dell'assegnazione, istanza motivata da comprovate esigenze familiari»[47] (corsivo di chi scrive).

2.7. *La contraddittorietà fra più atti di una medesima P.A., la violazione di norme interne e la violazione di una prassi amministrativa consolidata*

Sono state altresì individuate figure sintomatiche il cui paradigma di valutazione per rilevare il vizio si rinviene sempre all'esterno del provvedimento. Fra queste rientra senz'altro la *contraddittorietà fra più atti di una medesima P.A.*[48], anch'essa talvolta reputata indice di illegittimità. Ad esempio, una delle ragioni per le quali il T.A.R. Liguria-Genova ha accolto un ricorso proposto da un Comune avverso una ordinanza del dirigente del settore tecnico di una Provincia con la quale era stato innalzato il limite di velocità in un tratto stradale consiste proprio nella contraddittorietà di siffatta ordinanza con un'altra decisione adottata in precedenza dalla stessa Provincia. Il G.A. evidenzia che «il comune ricorrente aveva chiesto ed ottenuto di installare un misuratore di velocità (autovelox) […]. L'istruttoria non ha mai dubitato della correttezza della velocità imposta nel tratto stradale. La richiesta d'altro canto era stata positivamente accolta dopo una puntuale istruttoria e dopo essere stata esaminata anche dall'Osservatorio per il monitoraggio e l'analisi del numero di incidenti stradali. *Del tutto contraddittoria*, quindi, risulta la decisione a distanza di tre mesi, di elevare nel tratto la velocità a settanta KM/ora, con la conseguenza, tra l'altro, della impossibilità di rispettare la distanza minima stabilita dalla norma per poter installare il dispositivo di controllo della velocità»[49] (corsivo di chi scrive).

Al novero delle figure sintomatiche in questione appartengono anche la *violazione di norme interne* e la *violazione di una prassi amministrativa consolidata*[50].

La prima assume rilevanza, ad esempio, in una pronuncia del T.A.R. Lazio-Roma, che ha ritenuto illegittima la esclusione di un candidato da un concorso interno per la inosservanza di una circolare che imponeva l'obbligo di informare della pubblicazione del bando altresì il personale temporaneamente assente: secondo il G.A., «La violazione della circolare da parte dell'ufficio in cui il ricorrente presta servizio, consistente nella mancata comunicazione all'interessato della intervenuta pubblicazione del bando di concorso, vizia, per eccesso di potere, i provvedimenti di esclusione impugnati, adottati sull'erroneo presupposto che l'interessato avesse tardivamente presentato la domanda di partecipazione, senza considerare che la scadenza del termine è stata determinata dalla condotta inerte dell'Amministrazione

[47] T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *bis*, 24/12/2021, n. 13453, in *giustizia-amministrativa.it*.

[48] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo, per il corso di base* cit., pp. 560-563.

[49] T.A.R. Liguria-Genova, sez. II, 5/5/2020, n. 263, in *giustizia-amministrativa.it*. Fra le altre pronunce recenti in cui la figura sintomatica in parola assume rilevanza, si v. T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *bis*, 18/3/2019, n. 3615, ivi.

[50] Cfr. ancora G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Op. ult. cit*, loco ult. cit.

ISSN 2036-7821

resistente che ha violato l'obbligo di informazione cui era vincolata dalla circolare richiamata»[51].

Relativamente alla violazione di una prassi amministrativa consolidata, poi, può rammentarsi che una decisione del T.A.R. Sicilia-Catania ha giudicato illegittimo un provvedimento di esclusione da una procedura rivolta alla assegnazione di agevolazioni per la realizzazione di una struttura produttiva di energia alternativa in quanto «la precedente prassi seguita fino a tempi di poco anteriori alla vicenda che riguarda la ricorrente […] si sostanziava in atteggiamenti meno rigorosi in ordine all'immediata dimostrazione della compatibilità urbanistica degli immobili»[52].

Peraltro, va rilevato che in alcune pronunce la mera commissione delle inosservanze in esame è esplicitamente ritenuta insufficiente a determinare la illegittimità del provvedimento. Ad esempio, il G.A. ha avuto modo di affermare che «paventare una illegittimità per violazione di norme interne entro un procedimento disciplinare, nella prospettiva […] della lesione dell'autovincolo, *comporterebbe la necessità della dimostrazione che tale violazione ha comportato pregiudizi effettivi al diritto di difesa o di partecipazione al procedimento*»[53]; e che «la prassi amministrativa *non è fonte del diritto*, non ha efficacia *erga omnes* e non ha vero carattere di generalità, limitandosi a connotare il comportamento di fatto dei singoli uffici nei rapporti interni e con il pubblico, senza essere, tuttavia accompagnata dalla convinzione della sua doverosità»[54] (i primi due corsivi sono di chi scrive).

2.8. *La 'sintomaticità'*

A ben vedere, all'accertamento della sussistenza di una figura sintomatica dovrebbe sempre seguire una valutazione circa la effettiva sussistenza del vizio di legittimità, dal momento che un sintomo rappresenta solo un elemento indiziario. E però, dalle decisioni richiamate può agevolmente evincersi che spesso il G.A. non effettua la valutazione in parola.

Ciò potrebbe indurre a sostenere che la giurisprudenza contemporanea consideri quelle tradizionalmente denominate 'figure sintomatiche' quali forme autonome del vizio di eccesso di potere, e che, pertanto, in essa il concetto di figura sintomatica risulti ormai superato.

---

[51] T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *quater*, 29/1/2021, n. 1219, in *giustizia-amministrativa.it*. Fra le altre decisioni che rinvengono la figura in esame, si v. T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *ter*, 22/6/2018, n. 6974, ivi.

[52] T.A.R. Sicilia-Catania, sez. II, 8/5/2008, n. 875, in *giustizia-amministrativa.it*. Fra le altre pronunce in cui la figura in questione viene presa in considerazione, si segnalano T.A.R. Emilia-Romagna-Bologna, sez. II, 24/1/2012, n. 47, ivi, nonché T.A.R. Campania-Salerno, sez. I, 16/3/2005, n. 249, ivi.

[53] T.A.R. Lazio-Roma, sez. II *ter*, 8/3/2019, n. 3091, in *giustizia-amministrativa.it*.

[54] T.R.G.A. Trentino-Alto Adige-Bolzano, sez. I, 6/2/2019, n. 31, in *giustizia-amministrativa.it*. Si esprimono analogamente T.A.R. Umbria-Perugia, sez. I, 15/9/2014, n. 460, ivi, nonché T.A.R. Campania-Napoli, sez. VIII, 22/8/2011, n. 4233, ivi.

ISSN 2036-7821

Nondimeno, non può ignorarsi che in diverse pronunce si fa comunque riferimento al concetto in questione. Ad esempio, in relazione agli atti di vigilanza adottati dalla Banca d'Italia, si è asserito che essi, «Attesa la natura discrezionale del potere esercitato, […] sono sindacabili innanzi al giudice amministrativo in sede di legittimità, oltre che per vizi di incompetenza e di violazione di legge, puntualmente indicati, solo per illogicità/irragionevolezza manifesta o travisamento dei presupposti di fatto, *quali figure sintomatiche del vizio di eccesso di potere*, non potendo il giudice amministrativo – nei limiti propri del sindacato di legittimità – invadere le valutazioni tecniche e di merito riservate all'organo di vigilanza e controllo»[55]; e, in materia di edilizia, si è giudicato illegittimo un diniego di autorizzazione «ricorrendo il vizio di eccesso di potere, *sotto il profilo sintomatico* della contraddittorietà tra atti»[56] (corsivi di chi scrive).

In molte occasioni, invero, malgrado faccia espressamente menzione del loro carattere sintomatico, il G.A. pare comunque limitarsi ad inferire la illegittimità del provvedimento dal mero accertamento della sussistenza delle figure in esame. E tuttavia, non va sottaciuto che sono rinvenibili decisioni in cui siffatto accertamento non è considerato sufficiente al fine di sentenziare la presenza del vizio.

Sembra necessario rammentare, anzitutto, che, ad avviso di una pronuncia del Consiglio di Stato, «Il difetto di motivazione, pur restando sempre e comunque un vizio di legittimità sul piano formale, per sua natura costituisce lo strumento tipico per l'analisi funzionale del provvedimento, secondo l'antico insegnamento della giurisprudenza precedente la L. n. 241/1990 che, nell'ambito della tradizionale tripartizione consacrata nell'art. 26 del T.U. C.d.S. 26 giugno 1924, n. 1054 (e poi riconfermata dall'art. 2 della legge TAR 6 dicembre 1971, n. 1034), aveva via via costruito il difetto di motivazione quale tipico elemento sintomatico dell'eccesso di potere (come risulta dagli stessi atti parlamentari della L. n. 241). Il difetto di motivazione quindi nell'ottica sostanziale sull'azione amministrativa, *ha rilievo quando – menomando in concreto i diritti del cittadino ad un comprensibile esercizio dell'azione amministrativa – costituisce un indizio sintomaticamente rivelatore del mancato rispetto dei canoni di imparzialità e di trasparenza, di logica, di coerenza interna e di razionalità; ovvero appaia diretto a nascondere un errore nella valutazione dei presupposti del provvedimento*»[57] (corsivo di chi scrive).

---

[55] Cons. Stato, sez. VI, 20/5/2019, n. 3228, in *giustizia-amministrativa.it*.

[56] T.A.R. Lazio-Roma, sez. II *bis*, 2/8/2016, n. 8951, in *giustizia-amministrativa.it*. Invero, le pronunce in cui si fa riferimento alla sintomaticità non sono poche. Fra le altre, si v.: Cons. giust. amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 21/1/2022, n. 108, ivi; Cons. Stato, sez. VI, 22/10/2021, n. 7119, ivi; Cons. Stato, sez. III, 25/1/2016, n. 256, ivi; Cons. Stato, sez. IV, 23/6/2015, n. 3146, ivi; Cons. Stato, sez. IV, 24/1/2013, n. 432, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *bis*, 21/12/2021, n. 13305, ivi; T.A.R. Liguria-Genova, sez. I, 5/9/2020, n. 605, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *bis*, 11/6/2019, n. 7569, ivi; T.A.R. Lombardia-Milano, sez. IV, 11/6/2019, n. 1323, ivi; T.A.R. Puglia-Bari, sez. III, 29/6/2018, n. 949, ivi; T.A.R. Veneto-Venezia, sez. II, 9/5/2013, n. 678, ivi.

[57] Cons. Stato, sez. IV, 9/10/2012, n. 5257, in *dejure.it*.

ISSN 2036-7821

Più di recente, inoltre, il T.A.R. Veneto-Venezia, chiamato ad esprimersi su una censura proposta da una società capogruppo mandataria di una associazione di imprese partecipante ad una gara per l'affidamento in concessione dei servizi di trasporto pubblico locale di navigazione in una certa area avverso la decisione della Commissione giudicatrice di attribuire il punteggio concernente uno dei sub-criteri in relazione «alla distanza dai cantieri ai capolinea, nonostante la parte controinteressata l'abbia incongruamente misurata in linea d'aria anziché», come la ricorrente, «con riferimento alla distanza di navigazione, comparando tra loro due elementi non omogenei», ha rilevato che «Tale censura coglie effettivamente un profilo di incongruità il quale, considerato isolatamente, denota un difetto di istruttoria nell'operato della commissione giudicatrice, *che tuttavia non è idoneo a comportare l'annullamento* né dell'attribuzione del punteggio relativo al sub-criterio […], né tantomeno della gara»[58] (corsivo di chi scrive).

Secondo il giudice veneto, «va in primo luogo evidenziato che in base ad una simulazione effettuata dalla parte controinteressata […] alla quale» la ricorrente «non ha replicato, le distanze tra i cantieri» della prima «e i capolinea risultano suscettibili di una valutazione favorevole anche laddove le distanze vengano calcolate con riguardo ai tempi di navigazione. Inoltre, ed è questo un fattore decisivo, il calcolo delle distanze era solo uno – e non il più importante – dei parametri oggetto di valutazione in base al criterio» in questione, «il quale […] contempla anche il numero e la dimensione di unità navali ospitabili nei cantieri e l'adeguatezza delle attrezzature disponibili. È nella comparazione tra le offerte con riguardo a questi ultimi due profili che emergono gli aspetti che, a giudizio della commissione giudicatrice, hanno determinato l'attribuzione del maggior punteggio all'offerta della parte controinteressata per il sub-criterio» in esame. «L'esplicito riferimento a questi elementi nella motivazione fa apparire nell'insieme non manifestamente irragionevole la differenza di punteggio attribuita […], ove riferita a tutti i parametri oggetto di valutazione»[59].

In una pronuncia del T.A.R. Puglia-Lecce, poi, si è affermato che «la violazione di una circolare, al pari del contrasto con una precedente determinazione dell'amministrazione stessa, *è mero sintomo di eccesso di potere* e *non è diretta violazione del principio di legalità*, non avendo essa carattere normativo, primario o regolamentare. Tale violazione è giustificata, e non è quindi causa di eccesso di potere, laddove riposi nella necessità di rispettare il principio di legalità, in caso di contrasto tra la circolare ed una normativa, primaria o regolamentare»[60]. E in una decisione del T.A.R. Calabria-Reggio Calabria si è sostenuto che «la violazione di una

[58] T.A.R. Veneto-Venezia, sez. I, 10/1/2022, n. 68, in *giustizia-amministrativa.it*.
[59] T.A.R. Veneto-Venezia, sez. I, 10/1/2022, n. 68 cit.
[60] T.A.R. Puglia-Lecce, sez. I, 12/7/2007, n. 2739, in *giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

prassi può configurare il vizio di eccesso di potere *solo laddove sia sintomatica di uno sviamento dalla funzione perseguita dall'atto*»[61] (corsivi di chi scrive).
In conclusione, alla luce di quanto riferito, pare potersi asserire che, nella giurisprudenza contemporanea, l'eccesso di potere rilevato attraverso le figure sintomatiche, a differenza di quello che si presenta nella forma dello sviamento, non è tratteggiato in maniera unanime e nitida. In particolare, non è chiaro se le figure in parola abbiano realmente carattere sintomatico né, se sì, come vada effettuata in concreto la valutazione circa la sussistenza del vizio; inoltre, il significato di molte di esse risulta dubbio. Come può agevolmente intuirsi, tutto ciò rende assai incerti i confini del sindacato giurisdizionale sul merito amministrativo.

3. *L'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nell'area del merito amministrativo nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*
È noto che una sentenza del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111, co. 8, Cost., può essere cassata dalle Sezioni Unite della Corte Suprema (d'ora innanzi SS.UU.), tra l'altro, se 'sconfinante' nell'area del merito amministrativo. Ebbene, al fine di provare a individuare i confini del sindacato del G.A. sul potere amministrativo tramite l'eccesso di potere, sembra opportuno tentare di comprendere quando, ad avviso delle SS.UU., siffatto sconfinamento debba ritenersi concretato.
I casi in cui viene rilevato il vizio in parola non sono numerosi[62]. Invero, costituisce orientamento consolidato quello secondo il quale «l'eccesso di potere giurisdizionale, in relazione al profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, è configurabile soltanto quando l'indagine svolta dal giudice amministrativo, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, divenga strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione, procedendo ad un sindacato di merito che si estrinsechi in una pronunzia la quale abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà propria del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa»[63].

[61] T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, sez. I, 26/2/2010, n. 137, in *giustizia-amministrativa.it*.
[62] Cfr. A. CASSATELLA, *L' eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa* cit., pp. 669 ss.
[63] Cass. civ., SS.UU., ord. 13/5/2020, n. 8843, in *dejure.it*. Si v. altresì Cass. civ., SS.UU., ord. 9/1/2020, n. 158, ivi, la quale ha escluso che una pronuncia del Consiglio di Stato fosse affetta dal vizio in parola perché contrastante con il contenuto di una verificazione, questa costituendo «uno strumento processuale cognitivo e non valutativo di fatti rilevanti ai fini della decisione giudiziale. Al riguardo il Consiglio di Stato ha evidenziato che il verificatore […] accerta i fatti ma non esprime in ordine ad essi valutazioni giuridiche ma soltanto tecnico fattuali, in aggiunta alla mera rilevazione del dato storico. Deve, conseguentemente, escludersi in modo radicale qualsiasi vincolatività dei giudizi valutativi del verificatore sulla autonomia della cognizione del giudice amministrativo

ISSN 2036-7821

In questa prospettiva, si è altresì chiarito che «se al giudice amministrativo non è consentito sostituirsi all'Autorità nelle attività di accertamento ed applicazione della legge con un proprio provvedimento, nondimeno il sindacato giurisdizionale non può dirsi limitato ai profili giuridico-formali dell'atto amministrativo. È, infatti, la necessità di una tutela giurisdizionale piena a richiedere che anche le eventuali contestazioni in punto di fatto debbano esser risolte dal giudice, quando da tali contestazioni dipenda la legittimità del provvedimento amministrativo che ha inciso sulla posizione giuridica del soggetto […]. In sostanza l'esame del giudice amministrativo può estendersi anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne della legittimità, salvo non includano valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di opinabilità»[64].

Non pare controverso, insomma, che il sindacato del G.A. possa concernere anche il fatto, detto giudice incorrendo in uno sconfinamento nell'area riservata alla P.A. solo allorquando rivisiti la *opportunità* del provvedimento, ovvero comunque si *sostituisca* alla autorità amministrativa.

Ad ogni modo, non mancano pronunce che hanno rilevato il vizio in questione. E talune di esse lo hanno ravvisato non nell'esercizio della giurisdizione generale di legittimità, bensì in quello della giurisdizione di ottemperanza, la quale, com'è noto, costituisce una delle eccezionali ipotesi in cui la cognizione del G.A. è estesa al merito.

---

rispetto alle conclusioni assunte in sede di accertamento tecnico. In conclusione, la verificazione consiste in un parere tecnico, non espressione di discrezionalità amministrativa che ben può essere disatteso dall'organo giurisdizionale, a nulla rilevando che il verificatore sia incardinato in un organo od ufficio della pubblica amministrazione. Le contestazioni riguardanti le modalità di recepimento delle valutazioni tecniche nel giudizio amministrativo costituiscono censure strettamente interne all'esercizio della giurisdizione, potendosi tradurre esclusivamente in errores in iudicando, al pari dei rilievi sull'operato del verificatore. Non si ravvisa alcuno sconfinamento nel merito o nell'ambito delle valutazioni di opportunità della pubblica amministrazione, dal momento che il verificatore fornisce una valutazione, nella specie espressamente limitato al "punto di vista della scienza ingegneristica" […] all'interno di un procedimento giurisdizionale esclusivamente funzionale alla decisione giudiziale. Nella specie il Consiglio di Stato ha motivatamente disatteso l'accertamento tecnico all'interno dell'attività valutativa delle risultanze istruttorie che costituisce il nucleo del processo decisionale relativo alla deliberazione finale». Si v. anche: Cass. civ., SS.UU., ord. 23/9/2020, n. 19952, ivi; Cass. civ., SS.UU., ord. 24/5/2019, n. 14264, ivi; Cass. civ., SS.UU., 26/11/2018, n. 30526, ivi, la quale evidenzia che, secondo un orientamento consolidato, «il controllo della Corte di Cassazione sulle pronunce giurisdizionali del Consiglio di Stato è limitato all'accertamento dell'eventuale sconfinamento dai limiti esterni della propria giurisdizione da parte del massimo organo della giustizia amministrativa, cui non è consentito invadere arbitrariamente il campo dell'attività riservata alla pubblica amministrazione attraverso l'esercizio di poteri di cognizione e di decisione non previsti dalla legge, con conseguente trapasso da una giurisdizione di legittimità a quella di merito, come può accadere, ad esempio, quando il giudice amministrativo compia atti di valutazione della mera opportunità dell'atto impugnato, sostituendo propri criteri di valutazione a quelli discrezionali della pubblica amministrazione, o adotti decisioni finali interamente sostitutive delle determinazioni spettanti all'amministrazione medesima»; Cass. civ., SS.UU., 24/6/2011, n. 13904, ivi.

[64] Cass. civ., SS.UU., 3/3/2020, n. 5905, in *dejure.it*.

ISSN 2036-7821

In una delle decisioni in parola, le SS.UU. hanno cassato una sentenza del Consiglio di Stato che aveva ordinato alla P.A. di rinnovare un procedimento di conferimento di un incarico pubblico non più ripetibile[65].

La Corte non ha posto in discussione che, in sede di ottemperanza, il G.A. possa 'sostituirsi' alla P.A., ordinando a questa di adottare, ovvero adottando esso stesso, i provvedimenti necessari a garantire l'esecuzione della sentenza, ciò non determinando un eccesso di potere giurisdizionale[66]. E però, secondo le SS.UU., se esercita la giurisdizione di merito eccedendo i limiti entro i quali essa gli compete, ossia in relazione a situazioni rispetto alle quali il suo esercizio gli è precluso, il Consiglio di Stato incorre comunque in uno sconfinamento nell'area riservata alla P.A.[67].

Ora, il giudice dell'ottemperanza può senz'altro disporre il rinnovo di una procedura di conferimento di un incarico pubblico. Tuttavia, ciò è da considerarsi possibile «*solo se e fino a quando l'incarico sia ancora conferibile e la procedura sia ancora espletabile*. Venuta meno tale condizione, cessa per ciò stesso non solo l'obbligo, ma la possibilità stessa per l'amministrazione di provvedere in tal senso, fermo l'eventuale diritto al risarcimento per chi abbia visto indebitamente frustrate le proprie legittime aspirazioni»[68] (corsivo di chi scrive).

Tenuto conto di questo, la Cassazione sostiene che la sentenza con cui il Consiglio di Stato ordina lo svolgimento 'ora per allora' di un concorso, che non possa più tenersi, al solo scopo di riconoscere un certo trattamento di quiescenza al candidato che risulti vincitore, sia infirmata da eccesso di potere giurisdizionale perché travalicante i limiti entro i quali va esercitata la giurisdizione di ottemperanza[69].

---

[65] Si tratta di Cass. Civ., SS.UU., 9/11/2011, n. 23302, in *dejure.it*.

[66] Si v. Cass. Civ., SS.UU., 9/11/2011, n. 23302 cit. Nella pronuncia si legge che «Un eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo, per invasione della sfera riservata al potere discrezionale della pubblica amministrazione, non potrebbe […] essere certamente ravvisato nel fatto in sé che il giudice dell'ottemperanza, rilevata la violazione od elusione del giudicato amministrativo, abbia adottato (o ordinato di adottare) quei provvedimenti che l'amministrazione inadempiente avrebbe dovuto già essa stessa attuare. Proprio in questo sta infatti la funzione del giudizio di ottemperanza che, in ossequio al principio dell'effettività della tutela giuridica e per soddisfare pienamente l'interesse sostanziale del soggetto ricorrente, non può arrestarsi di fronte ad adempimenti parziali, incompleti od elusivi del contenuto della decisione del giudice amministrativo».

[67] Si v. Cass. Civ., SS.UU., 9/11/2011, n. 23302 cit.

[68] Cass. Civ., SS.UU., 9/11/2011, n. 23302 cit.

[69] Si v. Cass. Civ., SS.UU., 9/11/2011, n. 23302 cit. Nella opinione dei giudici, «la formula "ora per allora" esprime una mera fictio iuris, implicando che, in realtà, l'oggetto della pronuncia non era, né avrebbe più potuto essere, l'espletamento di un nuovo concorso volto all'effettivo conferimento dell'incarico […], bensì il mero accertamento di una situazione soggettiva eventualmente azionabile in altra sede dall'interessato. *Donde l'esorbitanza del provvedimento di ottemperanza dai limiti del relativo potere giurisdizionale – esercitato in una situazione che non lo avrebbe consentito e per finalità ad esso estranee* – in quanto volto al conseguimento di un risultato meramente cognitorio, riferibile ad un eventuale rapporto giuridico da far valere in un diverso contesto giurisdizionale e dinanzi ad un giudice diverso» (corsivo di chi scrive).

ISSN 2036-7821

Ragionando in maniera analoga, le SS.UU. sono pervenute alla cassazione di una sentenza di ottemperanza che aveva ordinato alla Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di disporre 'ora per allora' una nuova numerazione dei canali televisivi, sulla base delle abitudini e delle preferenze da reputarsi proprie degli utenti in un momento storico rispetto al quale il contesto tecnico-fattuale era irreversibilmente mutato[70].

Ad avviso della Corte, la P.A., per effetto del passaggio dalla tecnica analogica a quella digitale, non avrebbe potuto compiere la valutazione concernente la numerazione in ordine allo stesso oggetto e allo stesso lasso temporale considerati dalla sentenza del Consiglio di Stato per l'ottenimento della cui esecuzione si era agito, emessa in un momento in cui il menzionato passaggio non si era ancora perfezionato. Consequenzialmente, non è da ritenersi ammissibile che il giudice dell'ottemperanza imponga all'autorità amministrativa «di procedere ad un esame "virtuale" e retrospettivo della situazione da regolamentare invece hic et nunc»[71].

Quanto alle pronunce che hanno rilevato lo sconfinamento nel merito nell'esercizio della giurisdizione di legittimità, occorre rammentarsene, anzitutto, una che ha cassato una sentenza che aveva annullato, ravvisando la sussistenza di un eccesso di potere, un provvedimento di esclusione da una gara di appalto emanato ai sensi dell'abrogato art. 38, co. 1, lett. f), del Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, che prevedeva l'estromissione dalla procedura competitiva dei soggetti «che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante», avessero «commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che» aveva bandito «la gara; o che» avessero «commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante»[72].

Le SS.UU. evidenziano che la esclusione dalla gara per 'deficit di fiducia' scaturisce da una valutazione discrezionale della P.A., e che su di questa «*il controllo del giudice deve essere svolto ab extrinseco, e diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di simulazione (dissimulante una odiosa esclusione), ma non mai sostitutivo*»[73] (corsivo di chi scrive).

Secondo la Cassazione, avendo il legislatore rimesso alla stazione appaltante «la individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente», il giudice non può decretare l'illegittimità del provvedimento sulla base della «mera non condivisibilità» della valutazione che ha condotto alla sua emanazione, giacché, qualora considerasse l'atto viziato solo in quanto 'non

[70] Si v. Cass. Civ., SS.UU., 1/2/2016, n. 1836, in *dejure.it*.

[71] Si v. Cass. Civ., SS.UU., 1/2/2016, n. 1836 cit. Nella decisione si legge che l'esito del giudizio di ottemperanza «non avrebbe potuto in alcun modo spingersi al compimento di un'attività che neppure una condotta spontanea dell'Amministrazione sarebbe stata in condizione di realizzare».

[72] Si tratta di Cass. civ., SS.UU., 17/2/2012, n. 2312, in *dejure.it*.

[73] Cass. civ., SS.UU., 17/2/2012, n. 2312 cit.

ISSN 2036-7821

condivisibile', incorrerebbe in uno sconfinamento nell'area del merito amministrativo[74].

Alla luce di ciò, la Corte ritiene che la sentenza impugnata sia affetta dal vizio di eccesso di potere giurisdizionale perché, sebbene prenda le mosse da una statuizione concernente il sindacato di legittimità di competenza del G.A., riscontrando segnali di contraddittorietà tra il comportamento dell'appaltante nella gestione del rapporto con l'impresa esclusa e la valutazione di inaffidabilità, perviene all'annullamento del provvedimento sulla base di un mero giudizio di inidoneità dei dati addotti a sostenere la decisione, non indicando le ragioni giuridiche per le quali la valutazione della P.A. andrebbe reputata illegittima[75].

Un'altra pronuncia ha cassato una sentenza del Consiglio di Stato che aveva annullato una delibera del Consiglio Superiore della Magistratura (d'ora innanzi C.S.M.) conferente l'ufficio di Presidente Aggiunto della Corte di Cassazione. Siffatta delibera aveva attribuito nuovamente l'incarico ad un soggetto la cui nomina era stata in precedenza annullata dal supremo giudice amministrativo, il quale aveva ritenuto carente la valutazione comparativa del candidato prescelto e di quello ricorrente giacché effettuata tralasciando di considerare che l'anzianità di servizio in magistratura del primo fosse inferiore a quella del secondo: chiamato a rinnovare la valutazione, il C.S.M. aveva sostenuto che l'attività svolta presso l'Avvocatura dello Stato dal soggetto nominato fosse equiparabile a quella esplicata in una magistratura speciale, e aveva rimarcato che la sua anzianità di servizio in Cassazione fosse superiore a quella del concorrente. Adito nuovamente, il Consiglio di Stato aveva accolto il rilievo del ricorrente secondo il quale l'esperienza come Avvocato dello Stato del soggetto a lui preferito non fosse equiparabile a quella maturata nell'ambito di una magistratura speciale, e aveva concluso che la minore anzianità di servizio in magistratura non potesse essere 'ragionevolmente' compensata dalla maggiore anzianità di servizio in Cassazione[76].

Le SS.UU. richiamano l'orientamento ad avviso del quale «per esercitare la propria giurisdizione di legittimità, e quindi valutare gli eventuali sintomi dell'eccesso di potere dai quali un atto amministrativo impugnato potrebbe essere affetto, *il giudice amministrativo non può esimersi dal prendere in considerazione la congruità e la logicità del modo in cui la medesima amministrazione ha motivato l'adozione di quell'atto*. In tal caso

[74] Si v. Cass. civ., SS.UU., 17/2/2012, n. 2312 cit.

[75] Si v. Cass. civ., SS.UU., 17/2/2012, n. 2312 cit. Secondo il giudice nomofilattico, «poiché il quadro normativo sul quale doveva esercitarsi il doveroso controllo di non pretestuosità assegna alla stazione appaltante la facoltà di determinare essa stessa il punto di rottura dell'affidamento nel contraente, una decisione che, quale quella in disamina, *non accerti l'inesistenza di alcuna ragione giustificante* o *la esistenza indiscutibile di ragioni dissimulate* ma *valuti solamente la insufficienza dei dati addotti a sostenere come plausibile* il superamento di quel punto di rottura, incorre, all'evidenza, nel denunziato vizio di eccesso di potere cognitivo ai danni dell'amministrazione» (corsivi di chi scrive). Sul punto cfr. A. CASSATELLA, *Op. ult. cit.*, loco ult. cit.

[76] Si v. Cass. civ., SS.UU., 5/10/2015, n. 19787, in *dejure.it*.

ISSN 2036-7821

l'individuazione dell'eccesso di potere giurisdizionale *corre lungo la linea di discrimine tra l'operazione intellettuale consistente nel vagliare l'intrinseca tenuta logica della motivazione dell'atto amministrativo impugnato e quella che si sostanzia invece nello scegliere tra diverse possibili opzioni valutative, più o meno opinabili, inerenti al merito dell'attività amministrativa di cui si discute*: altro è l'illogicità di una valutazione, altro è la non condivisione di essa»[77] (corsivi di chi scrive).

Dunque, nella opinione della Corte, il G.A., da un lato, deve esaminare la logicità e la congruità della scelta della P.A.; dall'altro, nell'operare siffatto vaglio, non può verificare se la decisione si presenti 'condivisibile' o meno. Quando, poi, la discrezionalità attribuita alla P.A. è particolarmente ampia, come nel caso di specie, il C.S.M. disponendo di un notevole margine di apprezzamento nella assegnazione di incarichi direttivi e semidirettivi, a maggior ragione «il sindacato che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento *deve essere mantenuto sul piano del sindacato parametrico (e quindi esterno) della valutazione degli elementi di fatto compiuta dalla p.a. e non può pervenire ad evidenziare una diretta "non condivisibilità" della valutazione stessa*»[78] (corsivo di chi scrive).

Da ciò consegue che il G.A., quando è chiamato ad esaminare la legittimità di una delibera con cui il C.S.M. ha conferito un incarico direttivo, può senz'altro annullarla se la ritiene inficiata da un eccesso di potere, ma «deve astenersi dal censurare i criteri di valutazione adottati dall'amministrazione e la scelta degli elementi ai quali la stessa amministrazione ha inteso dare peso»[79].

Ora, nel caso di specie, nell'escludere che l'attività di avvocato dello Stato sia equiparabile a quella di magistrato, il giudice amministrativo d'appello ha interpretato l'art. 211, Regio Decreto 30 gennaio 1941, n. 12, concernente il divieto di riammissione in magistratura; e tuttavia, il C.S.M., nella fattispecie in questione, non era chiamato ad applicare siffatta norma, bensì a vagliare l'esperienza del soggetto come avvocato dello Stato al fine di appurarne la maggiore o minore attitudine a ricoprire l'ufficio. All'organo di autogoverno era richiesto di effettuare una

[77] Cass. civ., SS.UU., 5/10/2015, n. 19787 cit.

[78] Cass. civ., SS.UU., 5/10/2015, n. 19787 cit. La Corte evidenzia che l'eccesso di potere è il vizio «in riferimento al quale è meno agevole tracciare il limite esterno della giurisdizione al di là del quale c'è lo sconfinamento nell'esercizio di attività amministrativa. Giovano a tal fine le figure sintomatiche dell'eccesso di potere nella forma della motivazione insufficiente, dell'errore di fatto, dell'ingiustizia grave e manifesta, della contraddittorietà interna ed esterna, della violazione di circolari, di norme interne o della prassi amministrativa, nonché, più radicalmente, dello sviamento di potere, che ricorre quando la pubblica amministrazione persegue un interesse diverso da quello predefinito dalla legge». Ad ogni modo, le SS.UU. sottolineano che il loro sindacato «sulle pronunce del Consiglio di Stato per superamento dei limiti esterni della giurisdizione ha di per sé una connotazione di eccezionalità – si parla talora di "casi estremi"».

[79] Cass. civ., SS.UU., 5/10/2015, n. 19787 cit. Il vizio di eccesso di potere può essere «desunto dall'insufficienza o dalla contraddittorietà logica della motivazione in base alla quale il CSM ha dato conto del modo in cui, nel caso concreto, gli stessi criteri da esso enunciati sono stati applicati per soppesare la posizione di contrapposti candidati».

ISSN 2036-7821

comparazione tra due carriere diverse, e questa comparazione «costituisce una tipica valutazione di merito»[80].

Alla luce di ciò, la Corte ritiene che il Consiglio di Stato sia incorso nel vizio di eccesso di potere giurisdizionale in quanto, invece di esaminare la legittimità della delibera, ha effettuato una nuova valutazione comparativa: la 'ragionevolezza' cui si fa riferimento nella decisione impugnata concerne l'esercizio della discrezionalità amministrativa, esorbitando, pertanto, dal sindacato del giudice[81].

Com'è evidente, esiste una significativa riflessione giurisprudenziale sull'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nel merito. Le SS.UU. paiono affermare inequivocabilmente che il G.A. non può, tranne che nelle ipotesi tassativamente previste dalla legge, *sostituirsi* alla P.A., sindacando l'opportunità della sua scelta; e sostengono che lo sconfinamento in questione possa determinarsi persino allorquando la cognizione del giudice sia estesa al merito.

Tuttavia, le pronunce considerate non sembrano individuare con chiarezza i presupposti in presenza dei quali il vizio in parola debba reputarsi concretato, non parendo offrire, consequenzialmente, un rilevante contributo alla definizione dei limiti del sindacato del G.A. sul potere amministrativo tramite l'eccesso di potere. Come si è constatato, talvolta si asserisce che, nell'esercizio di siffatto sindacato, il giudice non può esimersi dal vagliare la logicità e la congruità della scelta della P.A.; talaltra, si esclude che un certo tipo di irragionevolezza possa costituire un indice di illegittimità della decisione; in più occasioni, poi, si ritiene che il controllo giurisdizionale non debba concernere la 'condivisibilità' della scelta: e però, tali concetti non sembrano venire adeguatamente sviluppati.

---

[80] Cass. civ., SS.UU., 5/10/2015, n. 19787 cit. Ad avviso della Corte, «Questa valutazione di merito rientrava e rientra nella discrezionalità del CSM, censurabile in sede di ordinaria cognizione di legittimità del giudice amministrativo per eccesso di potere secondo i parametri delle figure sintomatiche elaborate dalla giurisprudenza. *Non può invece il giudice amministrativo senza violare i limiti esterni della giurisdizione, rifare tale valutazione discrezionale per pervenire ad un risultato diverso da quello recato dal provvedimento impugnato e quindi annullarlo*» (corsivo di chi scrive).

[81] Cass. civ., SS.UU., 5/10/2015, n. 19787 cit. Secondo il giudice nomofilattico, la 'ragionevolezza' della comparazione, «peraltro isolata da ogni riferimento al più ampio contesto motivazionale sia della sentenza di primo grado, oggetto del giudizio di appello, sia della stessa Delib. del CSM impugnata in primo grado, non può ritenersi figura sintomatica dell'eccesso di potere, bensì appartiene all'esercizio della discrezionalità amministrativa e quindi esorbita dal sindacato di legittimità del giudice amministrativo, quale quello condotto sul parametro dell'eccesso di potere». La Corte conclude enunciando siffatto principio di diritto: «In caso di concorso bandito dal Consiglio Superiore della magistratura per l'attribuzione di un incarico giudiziario travalica i limiti esterni della giurisdizione il Consiglio di Stato che, adito in grado d'appello avverso una pronuncia di primo grado avente ad oggetto la legittimità, o no, della Delib. CSM e quindi nell'esercizio dell'ordinaria cognizione di legittimità, *operi direttamente una valutazione di merito del contenuto della Delib. stessa e ne apprezzi la ragionevolezza*, così sovrapponendosi all'esercizio della discrezionalità del CSM, espressione del potere, garantito dall'art. 105 Cost., di autogoverno della magistratura, invece di svolgere un sindacato di legittimità di secondo grado, anche a mezzo del canone parametrico dell'eccesso di potere quale possibile vizio della Delib. stessa» (corsivo di chi scrive).

ISSN 2036-7821

4. *La sindacabilità del merito in sede amministrativa giustiziale secondo la giurisprudenza*

Ad ogni modo, resta fermo che il giudice, tranne che nelle eccezionali ipotesi di giurisdizione di merito, non può sindacare l'opportunità della scelta della P.A.[82].

Una rivisitazione del merito della decisione è invece di regola con-seguibile, come si è anticipato, attraverso i ricorsi amministrativi ordinari. Si è osservato che l'art. 1, co. 1, D.P.R. 1199/1971, statuisce espressamente la esperibilità del ricorso gerarchico proprio «per motivi di legittimità e di merito»; e che un riesame della opportunità della scelta della P.A. può essere richiesto, se non è diversamente stabilito da una disposizione speciale, altresì mediante il ricorso gerarchico improprio e il ricorso in opposizione, la disciplina del ricorso gerarchico proprio applicandosi, allorquando non altrimenti previsto, anche ad essi[83].

Ciò premesso, è giunto il momento di provare a comprendere se la giurisprudenza ritenga possibile proporre i ricorsi in parola non solo *anche*, ma pure *esclusivamente* per vizi di merito.

Ebbene, sembra che i giudici non escludano affatto questa eventualità. Si è affermato che, attraverso il ricorso gerarchico al Prefetto, «la parte interessata può far valere in contraddittorio con l'Autorità emanante *ogni argomento ritenuto rilevante, anche di puro merito* e come tale non deducibile nel giudizio di legittimità»[84] (corsivo di chi scrive).

Inoltre, nell'interpretare l'art. 5, co. 1, D.P.R. 1199/1971, si è asserito che «il rinvio del provvedimento all'organo che lo ha emanato non costituisce obbligatoria

[82] Sul punto si v., *ex multis*, Cons. Stato, sez. II, par. 15/12/2011, n. 4656, in *giustizia-amministrativa.it*, in cui, in ordine al ricorso proponibile al Ministero avverso il provvedimento conclusivo della verifica o della dichiarazione di interesse culturale, si asserisce che «La *ratio* della disposizione e la finalità dello strumento di garanzia costituito dal ricorso amministrativo in esame, non è solo quella, di evidente ispirazione liberistica, di tutelare esclusivamente gli enti proprietari dei beni in questione, consentendone la piena disponibilità, bensì anche quella di consentire, nell'interesse generale, all'Amministrazione di ravvisarne l'effettivo interesse storico-artistico, magari sfuggito in occasione del primo accertamento. Nel "prisma" dell'atto conclusivo della verifica di cui all'articolo 12», del Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, «tali interessi possono trovare adeguata ed effettiva tutela solo in sede di ricorso amministrativo, potendo il sindacato sulla sostanza delle decisioni di apposizione o meno del vincolo, nella forma piena "di legittimità e di merito", essere pienamente svolto esclusivamente davanti alla stessa autorità amministrativa in funzione giustiziale. Come già affermato dalla giurisprudenza, le esigenze sopra rappresentate non potrebbero trovare alcuna effettiva tutela in sede giurisdizionale, stanti i limiti che il sindacato del giudice amministrativo incontra, particolarmente stringenti nelle materie in esame […], essendo allo stesso precluso ogni sindacato sui vizi "di merito"».

[83] Secondo Cons. Stato, sez. I, par. 29/1/2021, n. 117, in *giustizia-amministrativa.it*, «il ricorso gerarchico, quale rimedio squisitamente amministrativo consentito per motivi di legittimità e di merito, si inserisce nella complessiva attività amministrativa […], venendo a far parte, in forma di riesame, di una unitaria attività procedimentale»; si esprime analogamente T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *bis*, 26/3/2020, n. 3652, ivi, in cui si legge che «l'autorità amministrativa, adita in virtù del ricorso gerarchico, risulta investita di un potere sovrapponibile a quello già esercitato, nel senso che è tenuta a pronunciarsi sì sulle censure formulate con il rimedio amministrativo ma ha anche facoltà di integrare la motivazione del provvedimento impugnato, di confermare il contenuto di quest'ultimo sulla base di un percorso argomentativo differente o, ancora, di rivalutare interamente la fattispecie concreta (tenuto conto della titolarità in capo ad essa della stessa competenza dell'organo gerarchicamente subordinato […])».

[84] T.A.R. Basilicata-Potenza, sez. I, 18/4/2017, n. 316, in *giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

conseguenza dell'accoglimento, potendo l'Amministrazione limitarsi al mero annullamento cassatorio dell'atto impugnato, qualora ritenga […] il ricorso fondato *per motivi di merito* o per altri motivi di legittimità, sussistendo l'inutilità o la non necessarietà di ulteriore attività amministrativa sul punto»[85] (corsivo di chi scrive).
Appare significativo, poi, che in una pronuncia si è fatto riferimento all'accoglimento di un ricorso gerarchico «*"per motivi di merito"* (ovvero di mera opportunità)», senza porne in questione la legittimità[86].
Né sembra trascurabile, invero, che, in alcune decisioni, trova espressa menzione quella situazione giuridica soggettiva denominata 'interesse amministrativamente protetto', la cui esistenza, come è noto, non è generalmente riconosciuta in dottrina[87].
Il Consiglio di Stato, giudicando sul tema della assegnazione delle licenze UMTS, ha affermato che «l'esclusività dei tre blocchi contigui» su una banda di frequenza «in origine goduta dalla sola» operatrice di telefonia mobile appellante «nasce e si

[85] T.A.R. Puglia-Bari, sez. I, 4/1/2021, n. 17, in *giustizia-amministrativa.it*.

[86] Si v. T.A.R. Friuli-Venezia Giulia-Trieste, sez. I, 19/11/2019, n. 475, in *giustizia-amministrativa.it*.

[87] La situazione in parola è senz'altro riconosciuta da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, vol. I, p. 106, secondo cui l'interesse amministrativamente protetto è «l'interesse che gli amministrati hanno a che le autorità, nel porre in essere gli atti che vengano eventualmente a incidere nella sfera dei loro particolari interessi, si attengano, nell'uso dei poteri discrezionali, al rispetto dei canoni di *buona amministrazione* – vale a dire non pongano in essere atti i quali, pur essendo legittimi, siano, dal punto di vista tecnico o della convenienza amministrativa, non appropriati. Il dovere di usare dei poteri pubblici in conformità delle norme di buona amministrazione (le quali, pur non essendo norme giuridiche, sono norme *d'azione* […]) è infatti imposto senza prendere specificamente in considerazione gli interessi degli altri soggetti, ma soltanto nell'interesse della generalità»; nella opinione dell'A., gli interessi amministrativamente protetti sono «indubbiamente differenziati rispetto agli interessi della generalità dei cittadini orientati nei medesimi sensi». Ritiene che la situazione in esame abbia dignità di esistenza anche G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo, per il corso di base* cit., pp. 448-452, ad avviso del quale un soggetto vanta «un interesse *amministrativamente* protetto, se, e nella misura in cui, l'ordinamento gli consente, versando in una situazione fattualmente differenziata, di ricorrere alla stessa P.A., non per la legittimità, ma per il merito del provvedimento» (pp. 449-450). Alcuni Autori, invece, sostengono che non siano individuabili situazioni giuridiche soggettive diverse dai diritti soggettivi e dagli interessi legittimi: ad esempio, secondo V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 276, nel caso degli interessi che sono «oggetto, da parte dell'ordinamento […] di un atteggiamento positivo […] l'interesse diviene, in virtù della qualificazione dell'ordinamento, presupposto sostanziale di una situazione giuridica soggettiva; altrimenti, resta interesse, come suol dirsi, di mero fatto». Altra dottrina, poi, denomina gli 'interessi amministrativamente protetti' 'interessi semplici': così M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 113-114, il quale definisce questi ultimi appunto come quegli «interessi che l'ordinamento considera, e in definitiva tutela, ma in una forma indiretta oppure globale e oggettiva, e quindi non si tratta di interessi di fatto nel vero senso della parola […]. Gli *interessi semplici* […] sono quegli interessi che ricevono considerazione e protezione non nelle e dalle norme giuridiche che disciplinano l'azione amministrativa, ma in quelle norme e criteri non giuridici ai quali pure tale azione è soggetta (e che riguardano il merito dell'atto amministrativo)». L'A., però, avverte che «Si tratta […] di una categoria […] che la più recente dottrina va abbandonando, perché gli interessi che la compongono sono destinati a confluire o nella categoria degli interessi legittimi o nella categoria degli interessi di fatto. I casi infatti sembrano due: o l'ordinamento prevede degli strumenti di tutela di questi interessi, strumenti mediante i quali si possono far valere i vizi di merito dell'atto amministrativo (ricorso amministrativo anche in merito; giurisdizione di merito) e allora i c.d. interessi semplici non sono che interessi legittimi […]; oppure l'osservanza del dovere di buona amministrazione non è giuridicamente sanzionata […] e allora si ricade negli interessi di fatto».

ISSN 2036-7821

atteggia come un interesse di fatto o, al più e secondo una ambigua e non felice definizione, un interesse occasionalmente protetto, ma non è effetto diretto dell'assegnazione, non è, cioè, il fine né rientra tra i fini perseguiti dall'Amministrazione nell'assegnazione del terzo blocco» all'appellante, «non è una causa o concausa del potere attribuitole dalle disposizioni in materia […], e in ultima analisi non è […] un *interesse amministrativamente protetto* né tutelabile in questa sede»[88] (corsivo di chi scrive).

Appaiono degni di nota, poi, i richiami alla situazione in oggetto che si ritrovano in alcune non recentissime pronunce concernenti il diritto di accesso, malgrado queste statuiscano sulla base di una disciplina parzialmente diversa da quella oggi in vigore. Ad esempio, il T.A.R. Lazio-Roma ha asserito che «Dal disegno complessivo della legge n. 241 del 1990 si evince […] una chiara limitazione soggettiva» di siffatto diritto, «sintetizzabile nella necessità di "un interesse personale e concreto per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti" di cui all'art. 2, comma 1, del D.P.R. 27 giugno 1992 n. 352 – recante regolamento per la disciplina delle modalità di accesso – non essendosi, in sostanza, collegato l'accesso direttamente al più ampio diritto alla informazione, ma semplicemente ad una situazione sostanziale identificabile nella sussistenza di un interesse, e ciò sulla base della considerazione che il diritto di accesso si pone in funzione strumentale alle esigenze di tutela di un determinato bene giuridico, tutela che non deve essere necessariamente di tipo giurisdizionale, essendo sufficiente una tutela meramente giustiziale e anche solo procedimentale, corrispondente a *interesse amministrativamente protetto* anche attraverso la funzione partecipativa alle scelte dell'Amministrazione»[89]; e, secondo una decisione del T.A.R. Calabria-Catanzaro, «se in linea generale il diritto all'accesso non richiede per il suo esercizio l'attualità della lesione e, quindi, l'interesse ad agire, ma pretende, la rilevanza della posizione del titolare e che l'interesse alla richiesta dei documenti si fondi su tale posizione […], diversamente si atteggia quando ha alla sua base l'interesse al rispetto delle regole di correttezza e di buona amministrazione. Infatti quest'ultimo, pur fuoriuscendo dall'alveo degli interessi di mero fatto che sono irrilevanti ed indifferenziati, viene riconosciuto come differenziato, ma non rilevante, se non nell'ambito dell'ordinamento settoriale dell'amministrazione in cui opera la regola di cui si chiede il rispetto e viene definito come un *interesse amministrativamente protetto*»[90] (corsivi di chi scrive).

---

[88] Cons. Stato, sez. III, 24/3/2015, n. 1572, in *giustizia-amministrativa.it*.

[89] T.A.R. Lazio-Roma, sez. I, 30/12/2002, n. 14756, in *giustizia-amministrativa.it*.

[90] T.A.R. Calabria-Catanzaro, sez. I, 28/2/2001, n. 342, in *giustizia-amministrativa.it*. Si v. anche T.A.R. Sicilia-Catania, sez. I, 24/4/2002, n. 724, ivi, ad avviso della quale «la giurisprudenza afferma che la situazione che legittima l'esercizio del diritto di accesso non può essere verificata secondo i canoni utilizzati in sede giurisdizionale, in quanto è sufficiente che l'istante sia titolare di un *interesse amministrativamente protetto* e aspiri a una tutela meramente giustiziale o anche solo procedimentale» (corsivo di chi scrive).

ISSN 2036-7821

Ebbene, se, come si è osservato in dottrina, un soggetto è titolare di un interesse amministrativamente protetto quando «la sua posizione è differenziata sul piano del fatto», «il potere amministrativo non è stato esercitato illegittimamente» e «l'ordinamento giuridico gli consente di impugnare il provvedimento con ricorso amministrativo, al fine di ottenere che venga riconsiderato il merito della scelta della P.A.»[91], i riferimenti espressi alla situazione in parola rinvenuti nelle pronunce richiamate sembrano comprovare ancor più che, ad avviso della giurisprudenza, i ricorsi amministrativi ordinari, di norma, sono esperibili anche soltanto per vizi di merito.

In alcuni casi, invero, per potersi chiedere una rivisitazione della opportunità della decisione non è ritenuto necessario neppure che si versi in una posizione fattualmente differenziata, l'ordinamento consentendo di proporre il ricorso anche al titolare di un *interesse semplice* (altresì denominato *interesse di fatto*[92]), ossia al soggetto la cui posizione innanzi al potere amministrativo non presenta alcuna specificità, appunto, rispetto a quella in cui versano gli altri consociati.

Il T.R.G.A. Trentino-Alto Adige-Bolzano, ad esempio, esprimendosi in ordine all'art. 79, co. 5, Testo Unico delle leggi regionali sull'ordinamento dei Comuni della Regione Autonoma Trentino-Alto Adige, giusta il quale «Entro il periodo di pubblicazione, ogni cittadino può presentare alla giunta comunale opposizione a tutte le deliberazioni»[93], ha affermato che «a differenza del ricorso giudiziale, l'opposizione *può essere presentata da ogni cittadino, anche per motivi di merito o di mera opportunità* […]. Il fatto stesso, che tutti i cittadini possono presentare opposizione avverso tutte le delibere del consiglio comunale, implica che *non occorra avere un particolare interesse qualificato e differenziato, o un particolare collegamento territoriale con la delibera* per opporsi. Essendo il diritto di opposizione fissato in una fonte di diritto primaria, non valgono eventuali restrizioni contenute in fonti di diritto di rango inferiore (esempio: regolamenti comunali). Le opposizioni sono considerate – dal legislatore – uno strumento utile che, coinvolgendo tutti i cittadini, consente al comune di trovare la decisione finale migliore»[94] (corsivi di chi scrive).

---

[91] Così G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo, per il corso di base* cit., p. 450.

[92] I concetti di *interesse semplice* e *interesse di fatto* sono qui intesi nella accezione ad essi attribuita da G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo, per il corso di base* cit., pp. 446-448.

[93] La disposizione così prosegue: «Le modalità, i termini e le procedure di risposta all'opposizione sono disciplinati con regolamento».

[94] T.R.G.A. Trentino-Alto Adige-Bolzano, sez. I, 2/10/2015, n. 295, in *giustizia-amministrativa.it*. Sono espressamente ritenute proponibili anche soltanto per vizi di merito pure le opposizioni avverso le deliberazioni pubblicate all'Albo pretorio *ex* art. 124, Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 267, sulle quali si v. T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, sez. I, 5/4/2012, n. 269, ivi, secondo cui «In linea di principio, la PA non è obbligata ad esaminare istanze provenienti da privati avverso atti già adottati ed esecutivi, qualora esse abbiano ad oggetto richieste di riesame per ragioni di merito amministrativo […].Tuttavia, nel caso di specie, tale principio necessita di un adeguato coordinamento con il peculiare regime giuridico e con lo scopo della pubblicazione all'Albo Pretorio di una deliberazione comunale. La pubblicazione di una deliberazione all'Albo Pretorio è finalizzata a rendere nota

ISSN 2036-7821

al pubblico l'avvenuta decisione dell'organo collegiale di governo dell'Ente (Consiglio o Giunta), per formare una presunzione di conoscenza in capo a soggetti che non sono direttamente presi in considerazione dall'atto (per questi ultimi è sempre necessaria la comunicazione personale): ciò assolve allo scopo di consentire ai suddetti terzi di formulare opposizioni all'atto prima che esso venga portato in esecuzione, ovvero quando ancora non si è consolidato l'assetto di interessi che la delibera prefigura. Nell'istituzione dell'Albo Pretorio si concretizza quindi quella più lata e risalente funzione partecipativa che è insita nella pubblicità degli atti e che ha costituito uno storico antesignano del sistema che poi è stato nel tempo costruito fino ad essere consacrato nella l. 241/90: essa risponde ad una delle più antiche forme di diffusione e conoscenza legale degli atti rivolti alla collettività, che, traendo le origini dalle istituzioni romane, ha trovato ininterrotta disciplina, nell'ordinamento nazionale, sin dall' articolo 62 del Testo unico della legge comunale e provinciale approvato con R.D. 3 marzo 1934, n. 383, poi confluito con varie modifiche di regime nell'odierno art. 124 del Dlgs 267/2000 e che ha ricevuto nuovo vigore dall'evoluzione della tecnologia che ne ha consentito una importante riedizione ed attualizzazione nella nuova veste dell'Albo Pretorio informatico (art. 32, L. nr. 69/2009). Nella prassi e nella giurisprudenza formatesi nel vigore delle normative poi susseguitesi, la pubblicazione all'Albo della deliberazione è stata sempre intesa come una fase integrativa dell'efficacia, che non incide sulla validità dell'atto, bensì solo sulla presunzione della sua conoscenza in capo ai terzi, tanto che la decorrenza dei termini dell'impugnazione dell'atto si computa a far data dalla scadenza dei termini di pubblicazione […], senza che rilevi l'eventuale dichiarazione di immediata esecutività, che soltanto anticipa – in via provvisoria e condizionata all'avvenuta pubblicazione – l'efficacia dell'atto. Pertanto, quando si presentano le osservazioni alla delibera nei termini di pubblicazione, l'atto non è ancora esecutivo, o comunque, non è definitivamente esecutivo e non si è ancora completata la fase integrativa dell'efficacia. Dunque, il meccanismo della pubblicazione della deliberazione all'Albo Pretorio e del conseguente differimento della efficacia dell'atto non può essere ridotto ad una mera forma di pubblicità fine a sé stessa, ed implica necessariamente il coordinamento tra fase integrativa dell'efficacia e le eventuali opposizioni, perché queste ultime, essendo proposte anteriormente all'esecutività definitiva della deliberazione, ne consentono, ove necessario, la tempestiva modifica, anticipando la correzione dei suoi effetti negativi o errati o inopportuni prima del loro consolidarsi. Quindi, per evidenti ragioni di effettività ed efficacia della tutela dell'interesse pubblico, che l'istituto vuole apprestare, va assicurato che, una volta presentate, le opposizioni siano effettivamente esaminate. Tenendo presente tuttavia che la presentazione delle suddette opposizioni non incide sulla validità dell'atto e non sospende il decorso dei termini di pubblicazione con la conseguente efficacia dell'atto medesimo (l'efficacia deriva, infatti, dal compimento dei termini di pubblicazione, art. 124 del Dlgs 267/2000), deve affermarsi che, secondo un principio generale di buona amministrazione, dalla ricezione al protocollo dell'Ente locale di istanze oppure reclami o anche opposizioni ed osservazioni alla delibera nei termini di pubblicazione, l'organo deliberante ha l'obbligo giuridico di pronunciarsi su di esse, con ogni statuizione consequenziale, *anche quando le stesse abbiano ad oggetto questioni di merito*. Infatti si tratta di una situazione in tutto e per tutto analoga a quella che si verifica quando, nel corso del procedimento e dunque prima dell'adozione del provvedimento, ossia in sede istruttoria, interviene un soggetto portatore di un interesse partecipativo che offre elementi di giudizio all'autorità procedente, così conformandone l'obbligo di motivazione. Naturalmente, nei casi in cui […] l'opposizione alla delibera si sostanzia in una ragione di opportunità e merito amministrativo, l'esame del contenuto dell'atto da parte del Comune avrà ampiezza e natura latamente discrezionale, con conseguente insindacabilità delle connesse pretese, quanto alla loro eventuale fondatezza, trattandosi in effetti di una proposta collaborativa, che l'Ente è libero di apprezzare nella sua discrezionalità, purché si pronunci al riguardo con atto espresso» (corsivo di chi scrive). Si esprime nello stesso senso T.A.R. Lazio-Roma, sez. II *ter*, 13/1/2015, n. 406, ivi, in cui si legge che «In linea di principio, la PA non è obbligata ad esaminare istanze provenienti da privati avverso atti già adottati ed esecutivi, qualora esse abbiano ad oggetto richieste di riesame per ragioni di merito amministrativo […]. Tuttavia, la pubblicazione di una deliberazione all'Albo Pretorio è finalizzata a rendere nota al pubblico l'avvenuta decisione dell'organo collegiale di governo dell'Ente (Consiglio o Giunta), per formare una presunzione di conoscenza generale (e salvi i casi in cui è comunque necessaria la comunicazione personale a seconda del contenuto dell'atto): ciò assolve allo scopo di consentire a chiunque di formulare opposizioni all'atto prima che esso venga portato in esecuzione, ovvero quando ancora non si è consolidato l'assetto di interessi che la delibera prefigura».

ISSN 2036-7821

In definitiva, secondo la giurisprudenza, è possibile, in alcuni casi, agire in sede amministrativa giustiziale solo per ottenere una riconsiderazione del merito del provvedimento. Generalmente, per proporre un ricorso di questo tipo pare ritenersi necessaria la titolarità di una posizione – quantomeno – fattualmente differenziata; e tuttavia, talora la legittimazione ad esperirlo è riconosciuta altresì a chi vanti un mero *interesse di fatto*.

5. *Spunti ricostruttivi*

Terminato l'esame della giurisprudenza, è giunto il momento di provare a vagliare alla luce della teoria generale del diritto, della logica giuridica e dei principi generali dell'ordinamento, sia pur in breve, le risposte da essa offerte rispetto ai profili problematici evidenziati.

Riguardo al sindacato giurisdizionale sul merito, si è avuto modo di rilevare, anzitutto, che il cd. 'sviamento di potere', definito in maniera alquanto nitida, viene reputato sussistente solo se comprovato con rigore, e che un atto non può considerarsene inficiato qualora si fondi su una pluralità di ragioni autonome le une rispetto alle altre ed anche una sola di esse si riveli legittima. Ebbene, siffatte posizioni appaiono pienamente condivisibili: poiché il controllo sulla corrispondenza del fine perseguito dall'atto a quello fissato dalla norma ben potrebbe, in astratto, sfociare in un riesame della opportunità della scelta della P.A., lo sviamento sembra doversi ritenere concretato solo allorquando la deviazione dalla finalità prescritta sia inequivocabile[95].

Si è altresì osservato che, a differenza di quello che si presenta nella forma dello sviamento, l'eccesso di potere rilevato attraverso le ccdd. 'figure sintomatiche' non risulta tratteggiato con estrema linearità nella giurisprudenza contemporanea. In particolare, si è constatato che non è chiaro se le figure in parola abbiano realmente carattere sintomatico né, se sì, come vada effettuata in concreto la valutazione circa la legittimità dell'atto; e che il significato di molte di esse risulta dubbio[96].

Invero, non pare discutibile che i giudici amministrativi, nella maggioranza dei casi, tendano a considerare sufficiente il rinvenimento del 'sintomo' per sentenziare la

[95] Anche secondo G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo, per il corso di base* cit., p. 557, lo sviamento «ricorre quando la P.A. esercita il potere che le è stato assegnato per raggiungere, *in maniera palese*, un fine diverso da quello previsto dalla legge» (corsivo di chi scrive).

[96] Come rileva F. MERUSI, *La tecnica di attuazione della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione* cit., pp. 290-291, «I ricorrenti continuano per lo più ad addurre motivi di ricorso basati sulla pretesa individuazione di figure sintomatiche di eccesso di potere, mentre le sentenze dei giudici amministrativi tendono sempre più a motivare la individuata illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione di principi di diritto regolanti l'attività amministrativa discrezionale nei quali hanno convertito le figure sintomatiche invocate dai ricorrenti».

ISSN 2036-7821

sussistenza del vizio. E parte della dottrina sembra non reputare criticabile tale orientamento[97].

Una riflessione sul punto deve necessariamente muovere, a parere di chi scrive, dall'idea che una figura sintomatica, per essere ritenuta causa di illegittimità del provvedimento, non può non indicare la violazione di una o più norme giuridiche dell'ordinamento generale[98].

Ora, fra le norme in questione pare doversi annoverare, *in primis*, quella che prescrive il fine che l'atto è chiamato a realizzare: ciò dacché non sembrano sussistere valide ragioni per discostarsi dall'autorevole insegnamento secondo cui il provvedimento può considerarsi viziato per una deviazione dall'obiettivo anche quando questa non si presenta nella forma dello sviamento, ma è individuabile attraverso una delle figure in esame[99].

Dall'analisi della giurisprudenza condotta, però, pare emergere che i casi in cui una figura sintomatica viene reputata causa di illegittimità dell'atto in quanto indice del mancato perseguimento del fine prescritto non siano numerosi. E tuttavia, in molte delle pronunce richiamate, le figure in parola sembrano comunque esprimere una violazione di una norma giuridica dell'ordinamento generale, esse segnalando la inosservanza di principi che informano l'esercizio della discrezionalità[100].

---

[97] Ad esempio, secondo F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere* cit., pp. 435-436, «codesto atteggiamento non rivela affatto una sorta di pigrizia del giudice amministrativo, ma piuttosto la giustissima intuizione che, almeno per le figure sintomatiche relative alla motivazione, l'atto deve rendere manifesta l'autorità *nel momento stesso in cui pretende di affermarsi*, che la motivazione è ancora spendita di autorità […], e che pertanto dopo l'instaurazione del giudizio non possono aversi operazioni di carattere ortopedico, le quali, paradossalmente, comporterebbero la sostituzione del giudice alla pubblica amministrazione»; subito a seguire, l'A. asserisce che «Una attenta riflessione, e un altrettanto attento esame dei casi definiti in sede giudiziaria, rendono palese l'insufficienza dei costrutti che trovano appunto nell'idea di sintomo, di segno o indizio il loro fulcro. Piuttosto raramente il giudice si preoccupa di precisare quale sia il vizio che dal sintomo dovrebbe essere rivelato; e ancor più raramente l'ipotesi di uno 'sviamento' viene in giudizio confermata».

[98] Alla luce di ciò, non pare ammissibile ritenere che l'eccesso di potere possa originare dalla violazione di un presunto principio di *logicità*. Sembra essere del medesimo avviso F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere* cit., p. 439, nella cui opinione «malgrado l'indubbia connessione tra la logica e la razionalità […], le due categorie non possono essere confuse [a meno che la logica non venga intesa nel senso paretiano, ciò che complicherebbe, e non di poco, il discorso dei giuristi]. D'altro canto il giudice, che deve pronunciarsi sulla decisione e sull'atto decisionale, non può assumersi il ruolo di garante della logica (mentre il controllo di razionalità e di ragionevolezza […] deve essere pensato come controllo sulla applicazione della norma)».

[99] Si intende far riferimento alla tesi di A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo* cit., pp. 700-701, secondo la quale, quando le figure in parola «ricorrono, devono richiamare l'attenzione dell'operatore del diritto sulla necessità di verificare se, nel caso concreto, alla riscontrata figura sintomatica si accompagni realmente una divergenza, o almeno la mancanza della sicurezza della non divergenza tra risultato effettivo e risultato istituzionale e potenziale dell'atto. Ove la divergenza o l'ipotizzabilità di essa realmente sussista, potrà dirsi di essere in presenza di un eccesso di potere: nel primo caso sotto forma di *sviamento di potere*, nel secondo semplicemente sotto forma di vizio dell'*iter* logico di formazione dell'atto […] o […] di difetto di ragionevolezza (nella emanazione dell'atto). Altrimenti, nonostante la presenza della figura sintomatica, dovrà escludersi […] che si abbia illegittimità dell'atto».

[100] Nella autorevolissima opinione di F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione* cit., pp. 22-26, «tutte le varie ipotesi che sono considerate come situazioni sintomatiche sono riconducibili a tre ipotesi

ISSN 2036-7821

Invero, se «per imparzialità della P.A. deve intendersi la necessarietà che questa valuti, insieme all'interesse primario, tutti gli altri possibili interessi secondari (pubblici e privati) che nella fattispecie concreta interagiscono con quello assegnatole dalla legge», e «per buon andamento della P.A. il suo essere efficiente, e cioè la sua capacità di raggiungere il risultato prefissato dalla legge con il minor dispiego di energie possibile, e perciò di realizzare il massimo dell'interesse pubblico specifico con il minimo pregiudizio di tutti gli altri interessi coinvolti nell'azione amministrativa»[101], pare potersi affermare che, nella maggior parte delle decisioni analizzate, i 'sintomi' cui i giudici fanno riferimento denotano una violazione di uno dei due canoni fissati dall'art. 97, co. 2, Cost. Inoltre, non sembra controvertibile che la *disparità di trattamento* indichi una lesione del principio di eguaglianza[102].
A ben vedere, assai spesso, nelle figure in esame, e specialmente in quelle desumibili dalla motivazione, pare ravvisarsi non un mero 'sintomo' della inosservanza dei principi in oggetto, bensì una loro inequivocabile violazione. Ebbene, in ordine a tali

---

fondamentali, e precisamente: o ad ipotesi in cui si manifesta nell'azione amministrativa una violazione del principio di giustizia sostanziale (così nel caso generico della manifesta ingiustizia o nel caso più specifico della diversità di trattamento), o ad ipotesi in cui si manifesta una violazione del principio della ragionevolezza dell'agire amministrativo (così nel caso della illogicità manifesta o in quello della contraddittorietà tra motivi e dispositivo), o, infine, ad ipotesi in cui si palesa in quell'agire una violazione dei principî della stessa organizzazione amministrativa (così nell'ipotesi di violazione di circolari o di deviazione da una prassi consolidata). Appare così che fondamentalmente esse configurano ipotesi di violazioni di quei principî e norme di carattere generale che sono connaturati alla stessa essenza dell'ordinamento giuridico amministrativo». L'A., poco oltre, chiarisce che i principi in parola «costituiscono vere e proprie norme giuridiche e non principî di buona amministrazione. Questi ultimi infatti devono essere considerati come principî direttivi del concreto contenuto discrezionale dell'atto amministrativo (e in tale caso soltanto possono essere considerati come regole finali), mentre quei principî non riguardano se non del tutto indirettamente il contenuto dell'atto. Essi rappresentano infatti le esigenze generali cui l'agire amministrativo deve soddisfare per dare garanzia di raggiungere la sua meta, e non determinano tale meta, neppure in quella forma generica ma concreta che è propria dei principî di opportunità» (p. 27).

[101] Così G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo, per il corso di base* cit., p. 409.

[102] Va evidenziato che, se i principi di imparzialità e buon andamento vengono intesi nelle accezioni accolte in questa sede, quelli di ragionevolezza e proporzionalità paiono risultare inglobati in essi, non presentando autonomia concettuale. Non può sottacersi, invero, che parte significativa della dottrina ritiene il principio di ragionevolezza assai rilevante: fra gli altri, si v. F. ASTONE, *Principio di ragionevolezza nelle decisioni giurisdizionali e giudice amministrativo* cit., p. 7, il quale considera quello in parola «un principio generale del diritto, aperto, dai contorni non rigidamente e definitivamente delineati, ma duttile e a disposizione dei giudici *per un pregnante controllo sull'attività amministrativa discrezionale e sulle derive dell'eccesso di potere*» (corsivo di chi scrive); F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere* cit.; G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa* cit. E però, neppure va tralasciato che questa stessa dottrina, generalmente, attribuisce al principio in oggetto un contenuto che sembra implicito nei significati che, nella presente indagine, si sono ritenuti propri dei canoni di imparzialità e buon andamento. Ad esempio, secondo G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa* cit., p. 942, «Il principio di ragionevolezza, come risulta dall'interpretazione sistematica di una certa giurisprudenza e dall'accoglimento di una determinata interpretazione teoretica del concetto di ragionevolezza, va infatti concettualmente circoscritto (pena una dilatazione eccessiva del principio stesso) come *adeguata considerazione degli interessi direttamente o indirettamente afferenti ad un rapporto amministrativo in cui diverse soluzioni (tutte astrattamente legittime) possano essere adottate*» (corsivo di chi scrive).

ISSN 2036-7821

fattispecie, la tendenza dei giudici a ritenere il rinvenimento di una figura sufficiente per sentenziare la sussistenza del vizio non sembra meritevole di censura[103].

Al contrario, nei casi in cui in una figura non si estrinseca una palese inosservanza di una norma giuridica dell'ordinamento generale, non pare ammissibile che la illegittimità dell'atto venga inferita direttamente dalla rilevazione del 'sintomo'. Questi casi non mancano, ed anzi, talune figure, come la violazione di norme interne e quella di una prassi amministrativa consolidata, paiono doversi considerare *sempre* quali semplici elementi indiziari di un eccesso di potere, il G.A. non potendo mai astenersi, dopo averle rinvenute, dall'effettuare una valutazione circa la loro idoneità a dimostrare la sussistenza del vizio, decretabile solo allorquando si constati una divergenza tra il fine perseguito e quello prescritto ovvero una lesione di principi informatori dell'esercizio della discrezionalità[104].

Tra l'altro, sembra ragionevole sostenere che la violazione di siffatti principi, per essere rilevabile, debba comunque risultare *manifesta*, la verifica della loro osservanza non potendo sfociare in una rivisitazione della opportunità della decisione amministrativa[105].

---

[103] Come osserva F. MERUSI, *La tecnica di attuazione della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione* cit., p. 291, «la violazione di un principio di diritto, cioè di una norma regolante la discrezionalità della amministrazione, porta le figure sintomatiche, così come convertite in violazione di principi di diritto, fuori dalla logica dell'istituto della presunzione. Non si presume una illegittimità che non si conosce direttamente, né tampoco una inopportunità dell'atto: se si viola una norma, ancorché di carattere generale, si commette una illegittimità in via diretta, senza bisogno di intermediazioni. E poco importa che il principio generale sia stato individuato dalla giurisprudenza o dal legislatore o da qualche altra fonte abilitata a farlo, come, ad esempio, le direttive o i regolamenti comunitari».

[104] Come rileva G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo, per il corso di base* cit., p. 562, «la pur accertata sussistenza della violazione di una norma interna *non implica necessariamente che ci sia stata effettivamente la deviazione*. Altrimenti, se così fosse, la violazione di una norma interna opererebbe come una vera e propria violazione di legge, e non rappresenterebbe una figura sintomatica dell'eccesso di potere. Insomma, la norma non sarebbe più interna, costituendo invece una fonte dell'ordinamento generale: sarebbe sufficiente acclarare la sua violazione per annullare l'atto, che risulta illegittimo per essere in contrasto con essa. E invece così non è. La violazione di norma interna integra semplicemente un sintomo dell'eccesso di potere, *e che il sintomo sia effettivamente sussistente non sempre significa che ci sia il vizio: occorre comunque che il giudice si convinca di ciò, solo allora potendo annullare il provvedimento*». L'A., poco oltre (p. 563), chiarisce che «Analogamente […], pure la violazione di una prassi amministrativa consolidata può essere dedotta in giudizio dal ricorrente come il sintomo – *ma, si badi bene, anche qui solo il sintomo* – di un eccesso di potere» (corsivi di chi scrive).

[105] Sul punto cfr. B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo* cit., pp. 326-327, secondo il quale «La cresciuta propensione a riconoscere la possibilità di sindacare per principi, unitamente all'aumentare dei medesimi, ha fatto emergere più che in passato il tema per cui, sotto le mentite spoglie di giudizi di legittimità, si celi invero la sostituzione delle visioni opinabili del giudice a quelle dell'amministrazione. In relazione a questa questione, occorre realisticamente prendere atto di due fatti. In primo luogo, non può dubitarsi della dimensione giuridica dei principi generali, sicché gli stessi, in quanto tali, non possono essere sottratti al controllo di legittimità […]. Una diversa opinione, infatti, che volesse sottrarre al giudice il potere di pronunciarsi sui profili sostanziali, finirebbe per porsi in contrasto con il quadro dei valori costituzionali […]. In secondo luogo, non par dubbio che i principi generali, proprio perché tali, si caratterizzino per disporre di un precetto mobile, costantemente in evoluzione, sicché in qualche misura l'opinabilità ne costituisce una connotazione endemica […]. Diviene, pertanto, necessario provare a ipotizzare delle linee di ragionamento capaci di ridurre il più possibile l'evenienza concreta

ISSN 2036-7821

Pare evidente che una violazione di tal genere sia accertabile più agevolmente qualora la P.A. abbia fatto ricorso alla tecnica che nel caso in cui l'atto costituisca espressione di discrezionalità 'pura'. Ciò in quanto, nella prima ipotesi, l'autorità giurisdizionale può, avvalendosi delle stesse conoscenze scientifiche di cui si è servita la P.A., valutare l'attendibilità delle operazioni tecniche da quest'ultima compiute[106].

Sembra opportuno precisare che non paiono rinvenirsi ragioni per reputare il mancato rispetto dei principi in questione causa di una violazione di legge, piuttosto che di un eccesso di potere. È vero, infatti, che detti principi costituiscono vere e proprie norme giuridiche, distinte dalla prescrizione che fissa l'obiettivo da realizzare; nondimeno, non sembra revocabile in dubbio che la verifica della loro osservanza implichi quella delicata indagine *sul* merito caratterizzante ontologicamente il sindacato sull'eccesso di potere[107].

In verità, non pare peregrino ritenere che anche la violazione di tali principi costituisca una deviazione dall'obiettivo fissato dalla legge, questo dovendo essere realizzato necessariamente in conformità degli stessi[108]. In altri termini, non sembra

---

della sostituzione del giudice all'amministrazione nelle ipotesi in cui ricorra opinabilità». Ebbene, ad avviso dell'A., «laddove le indagini, piene e autonome, condotte dai giudici non producano la giuridica "certezza" di un'illegittimità, la soluzione amministrativa assoggettata al vaglio non dovrebbe esser rivista, per assenza di smentita processuale. La decisione dell'amministrazione, in altri termini, dovrà ritenersi legittima, perché l'amministrazione ha liberamente preso una posizione che rientra nel novero delle possibilità che l'intero plesso normativo offre (o che, comunque, non smentisce). Da questo punto di vista, può allora tornare utile quella tradizionale posizione di dottrina e giurisprudenza che richiede che determinate patologie della decisione amministrativa emergano *in via palese e manifesta*, onde poter procedere all'annullamento dell'atto […]. I principi generali, infatti, in quanto momenti di aggregazione di comunità sempre più complesse, dovrebbero connotarsi quali sintesi pluraliste, sicché non parrebbe errato ritenere che *l'evidenza costituisca connotazione ontologica dei principi generali*, prima di essa non potendosi esprimere un contenuto normativo, non esistendo altro che il pluralismo delle idee» (corsivi di chi scrive). Cfr. altresì G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo, per il corso di base* cit., p. 561, nella opinione del quale «la *manifesta* irragionevolezza della motivazione costituisce il livello di massima espansione del sindacato cui il giudice può legittimamente pervenire, oltre finendo per entrare nel merito della scelta, ciò che gli è precluso» (corsivo di chi scrive).

[106] Dottrina e giurisprudenza sovente definiscono tale sindacato 'intrinseco', distinguendolo da quello 'estrinseco', il quale, come rileva B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo* cit., p. 308, sarebbe condotto «senza ricorrere all'ausilio di nozioni tecniche» e si svolgerebbe «su di un piano formale e procedimentale, mirando a rilevare i soli vizi di procedura, di istruttoria e di motivazione».

[107] Non pare potersi accogliere la tesi, sostenuta da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo* cit., p. 702, secondo la quale la *ingiustizia grave e manifesta* (che oggi, invero, non sembra rivestire una significativa rilevanza, essendo presa in considerazione assai di rado dalla giurisprudenza) e la *disparità di trattamento*, poiché si sostanziano in «manifestazioni di parzialità dell'Amministrazione e rappresentano quindi violazione di una norma giuridica a sé stante – quella contenuta nell'a. 97 Cost. (nonché nell'a. 3), che impone all'Amministrazione un comportamento imparziale nelle proprie determinazioni –», non concretano «casi di eccesso di potere, bensì di violazione di legge».

[108] Del resto, come osserva A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa* cit., p. 81, «esiste un solo modo di assicurare, oltre che la riferibilità formale, la reale rispondenza degli atti dell'autorità ai fini dell'istituzione; bisogna garantire l'introduzione e la presenza motivata nella decisione di ogni interesse che sia rilevante in ordine all'oggetto della volizione».

ISSN 2036-7821

illogico reputare che l'eccesso di potere si configuri, in ogni caso, sia come 'vizio della funzione' che come 'vizio del fine' dell'atto[109].

Ad ogni modo, tanto che si sostenga questa tesi, quanto che si consideri la lesione dei principi in esame una forma autonoma dell'eccesso di potere, resta fermo che il G.A. non può rivisitare la opportunità della scelta della P.A.[110].

Si è rilevato che un riesame *nel* merito di siffatta scelta è invece conseguibile, talvolta, in sede amministrativa giustiziale. E si è avuto modo di constatare che, secondo la giurisprudenza, talora all'interessato è consentito di ricorrere alla P.A. anche *solo* per chiedere il riesame in questione.

L'orientamento non può non essere condiviso. È vero, infatti, che l'art. 1, co. 1, D.P.R. 1199/1971, non sancisce espressamente la possibilità di proporre il ricorso gerarchico proprio (la cui disciplina, come si è osservato, fatte salve disposizioni specifiche, si applica altresì al ricorso gerarchico improprio e al ricorso in opposizione) esclusivamente per vizi di merito; nondimeno, detta possibilità sembra evincersi con certezza dall'art. 5, co. 1, del decreto, il quale, nel fissare i limiti entro cui l'organo decidente può esercitare il suo potere, prevede che, se accoglie il ricorso «per altri [oltre alla incompetenza] motivi di legittimità *o* per *motivi di merito*, annulla o riforma l'atto salvo, ove occorra, il rinvio dell'affare all'organo che lo ha emanato» (corsivi di chi scrive). L'uso della congiunzione «o» pare sciogliere il dubbio in maniera inequivocabile[111].

---

[109] In altri termini, se, da un lato, pare potersi affermare, secondo l'autorevole insegnamento di F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione* cit., p. 29, che i principi in questione «costituiscono la condizione di legittimità della funzione amministrativa, intesa l'espressione ad indicare il concretarsi del potere in un singolo atto amministrativo», dall'altro non sembra irragionevole sostenere che la loro violazione, l'interesse pubblico dovendo essere necessariamente realizzato nel rispetto della disciplina della funzione, si estrinsechi in un vizio del fine dell'atto. In questa prospettiva, pare condivisibile la opinione di A. BERTOLDINI, *La tripartizione dell'invalidità nella giurisprudenza amministrativa* cit., p. 765, ad avviso del quale le figure sintomatiche originano «da un unico nucleo che, in linea generale, sintetizza tutte le situazioni in cui l'azione esercitata si è allontanata dalla *ratio* della norma attributiva del relativo potere».

[110] Cfr. B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo* cit., p. 323, il quale, pur auspicando il superamento della nozione di merito amministrativo, asserisce che «l'accesso pieno ai fatti non pare che possa di per sé significare che il giudice abbia il potere di sostituire la propria visione attorno ad essi, *in assenza del riscontro almeno di una voce di illegittimità*. Allorquando, infatti, la prospettiva assunta dall'amministrazione rimanga nella soglia dell'*opinabilità*, si dovrà escludere la sussistenza di un'illegittimità, con conseguente impossibilità di annullamento dell'atto impugnato» (corsivi di chi scrive).

[111] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Note in tema di ricorsi amministrativi e interessi amministrativamente protetti*, in corso di pubblicazione. L'opinione sembra trovare conforto nella manualistica. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, lascia intendere almeno in due punti di ritenere che sia possibile esperire un ricorso amministrativo anche soltanto per vizi di merito: laddove (vol. I, p. 677) afferma che «Nel caso di ricorso amministrativo presentato (*solo* o anche) per vizi di merito dell'atto impugnato», l'art. 6, D.P.R. 1199/1971, e l'art. 20, Legge 6 dicembre 1971, n. 1034, non possono essere intesi «nel senso che il silenzio importi il rigetto del ricorso per i vizi di merito con esso denunciati, poiché, non essendo per questi, di massima, consentiti ulteriori rimedi, il ricorrente rimarrebbe altrimenti defraudato irragionevolmente al riguardo di quella stessa tutela che il legislatore si è proposto di accordargli»; e, più avanti (vol. II, p. 1235), laddove, indicando le diverse conseguenze del silenzio-inadempimento «a seconda che si tratti di un ricorso contro la cui decisione sarebbero ammesse

ISSN 2036-7821

Non sembra irrilevante, inoltre, che nell'Allegato alla Raccomandazione del Consiglio d'Europa Rec(2001)9, del 5 settembre 2001, sui metodi alternativi di risoluzione delle controversie fra le autorità amministrative e i privati, con la quale si esortano gli Stati membri a promuovere l'utilizzo di tali rimedi, si afferma che il *recours à l'administration* può riguardare «l'opportunità e/*o* la legittimità di un atto»[112] (corsivo di chi scrive).

Del resto, la piena realizzazione della tutela *nel* merito conseguibile in sede amministrativa giustiziale non pare risultare in contrasto con norme di rango costituzionale. Anzi, essa sembra contribuire alla attuazione della Carta: se si ritiene che il principio di buon andamento prescritto dall'art. 97, co. 2, imponga alla P.A. di conseguire il massimo dell'interesse pubblico specifico con il minimo pregiudizio possibile degli interessi secondari, pare difficile negare che il suo inveramento sia significativamente agevolato dal riconoscimento della possibilità di ricorrere alla autorità amministrativa anche *solo* al fine di ottenere una rivalutazione della opportunità della decisione[113].

Si è altresì avuto modo di constatare che, per proporre un ricorso amministrativo nel quale si facciano valere solo vizi di merito, la giurisprudenza sembra considerare necessaria, in genere, la titolarità di una situazione soggettiva – quantomeno –

---

ulteriori istanze (ricorso giurisdizionale o ricorso straordinario), ovvero non ne sarebbero ammesse», rispetto a quest'ultima ipotesi, nell'asserire che essa costituisce «la regola per i motivi di merito», sostiene che siffatti motivi possono essere «rappresentati – *da soli*, o unitamente a motivi di legittimità – dal ricorrente» (corsivi di chi scrive). Pare essere del medesimo avviso L. MAZZAROLLI, *La tutela del cittadino nell'amministrazione: i ricorsi amministrativi*, in L. MAZZAROLLI e altri (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 2005, vol. II, pp. 407 ss., 429-430: «Giurisprudenza e dottrina hanno ampiamente dibattuto la questione del permanere o del venir meno nel superiore gerarchico del potere di decidere il ricorso dopo formatosi il silenzio-rigetto. In particolare è stata sottolineata l'esigenza che tale potere continui a sussistere per i casi in cui, essendo un ricorso *fondato unicamente su motivi di merito*, l'atto dell'autorità inferiore non potrebbe essere fatto oggetto di ulteriore impugnativa né col ricorso straordinario né con quello giurisdizionale (a parte le eccezioni della giurisdizione di merito); si è, al riguardo, affermato che, solo ammettendo che ci si possa rivolgere al giudice per far dichiarare l'illegittimità del comportamento inerte dell'Amministrazione e che questa sia obbligata ad attivarsi ove il ricorso venga accolto […], la tutela che la legge ha voluto assicurare al cittadino col ricorso gerarchico *anche per motivi di merito* presenta una concreta consistenza, perché non mancherebbe un mezzo con cui renderla effettiva» (corsivi di chi scrive). E anche A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 160, sembra giudicare ammissibile la proposizione di un ricorso gerarchico soltanto per vizi di merito quando, ribadendo che «di regola, in sede giurisdizionale, non sono ammessi ricorsi per motivi di merito», fa espressamente riferimento «al caso di un ricorso gerarchico che contenga *solo* censure di merito» (corsivo di chi scrive).

[112] I metodi alternativi di risoluzione delle controversie cui si fa riferimento nella Raccomandazione sono il *recours à l'administration*, la *conciliation*, la *médiation*, la *transaction* e l'*arbitrage*. Sull'atto in questione cfr. N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie* cit., pp. 62-69.

[113] Come rileva M. GIOVANNINI, *Il ricorso amministrativo nello spazio giudiziale* cit., p. 601, «Attribuire ad un'autorità amministrativa diversa da quella che ha provveduto il potere di sindacare, *anche nel merito*, il provvedimento di questa, oppure consentire alla stessa amministrazione di rimeditare la propria scelta, sulla base di un confronto con la controparte realizzato all'interno di un contraddittorio procedimentale, *responsabilizza l'amministrazione e la avvicina al cittadino e ai suoi interessi*» (corsivi di chi scrive).

ISSN 2036-7821

fattualmente differenziata; e che non mancano casi, tuttavia, in cui ritiene legittimato ad esperirlo anche chi vanti un mero interesse di fatto.

Ebbene, alla luce dell'art. 1, co. 1, D.P.R. 1199/1971, giusta il quale il ricorso gerarchico proprio è presentabile «da parte di chi vi abbia interesse», pare ragionevole sostenere che, di norma, un ricorso amministrativo ordinario non sia esperibile da chi versi in una situazione fattualmente indifferenziata.

Invero, dovendo le norme la cui violazione origina i vizi di merito reputarsi, a parere di chi scrive, tendenzialmente irrilevanti per l'ordinamento generale, della loro inosservanza non essendo possibile lamentarsi, di regola, dinanzi al G.A., non sembra revocabile in dubbio che, per proporre un ricorso nel quale siano dedotti esclusivamente motivi di merito, sia sufficiente vantare un *interesse amministrativamente protetto*, ossia una situazione differenziata sul piano del fatto, ma non giuridicamente qualificata[114].

Peraltro, non pare inammissibile che, in taluni casi, l'ordinamento riconosca la legittimazione ad esperire il ricorso anche al titolare di un mero *interesse di fatto*: come si è constatato, la disciplina del ricorso gerarchico proprio si applica a quello gerarchico improprio e a quello in opposizione solo in assenza di disposizioni specifiche; e la possibilità che una *lex specialis* consenta a chiunque di agire in sede amministrativa giustiziale non sembra preclusa dal dettato costituzionale, da questo non ricavandosi che, per poter presentare il ricorso, sia sempre necessario versare in una situazione fattualmente differenziata[115].

6. *Brevi conclusioni*

[114] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, pp. 32-34, il quale, dopo aver rilevato che «Sono pacificamente considerate situazioni soggettive legittimanti» alla proposizione dei ricorsi amministrativi «sia l'interesse legittimo che il diritto soggettivo», afferma che «Limitatamente ai ricorsi ordinari, però, non sembra si possa escludere che venga considerata tale pure l'interesse amministrativamente protetto (chiamato così […], anche con il conforto della giurisprudenza, proprio perché trova tutela soltanto in sede amministrativa, e non giurisdizionale): ciò accade, evidentemente, laddove nel ricorso (ordinario) si facciano valere esclusivamente vizi di merito dell'atto impugnato, ipotesi la cui evenienza, secondo il testo della disposizione di legge, pare proprio doversi ritenere (quantunque in linea teorica ed astratta) più che plausibile. […] Naturalmente, di regola, laddove si configuri un interesse amministrativamente protetto, il soggetto vanta anche un interesse legittimo o un diritto soggettivo (cui il primo si aggiunge); ma non è vero sempre, perché ciò (almeno concettualmente) non è necessario: è sufficiente che la situazione sia fattualmente differenziata da quella degli altri consociati, altrimenti sussistendo solo un mero interesse semplice (o di fatto). La differenziazione fattuale, invero, normalmente si accompagna ad una situazione soggettiva di interesse legittimo o di diritto soggettivo, ma può determinarsi pure in base ad un interesse (sostanziale ad un bene della vita) semplice, purché differenziato, appunto, sotto il profilo fattuale, sebbene non sia altresì giuridicamente qualificato perché privo di una norma giuridica che lo sostanzi. […] Ora, sempre che ne ricorrano i presupposti in base alle disposizioni di legge che disciplinano la fattispecie, se il ricorso amministrativo è proponibile anche soltanto per vizi, o – è lo stesso – ragioni […], di merito, ebbene in questo caso sembra difficile negare che la situazione sostanziale vantata dal ricorrente (nei confronti della P.A.) sia di interesse (soltanto) amministrativamente protetto».

[115] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Note in tema di ricorsi amministrativi e interessi amministrativamente protetti* cit.

ISSN 2036-7821

Gli esiti cui si è pervenuti suggeriscono alcune considerazioni conclusive.
Anzitutto, pare emergere chiaramente che l'ampiezza del sindacato giurisdizionale posto in essere tramite l'eccesso di potere risulta, oggi, assai significativa. Se è vero, infatti, che, per conseguire il riconoscimento della sussistenza dello sviamento, è richiesta una prova rigorosa della deviazione dell'atto dalla sua finalità, lo è altrettanto che, mediante le ccdd. 'figure sintomatiche', i giudici effettuano un controllo penetrante sul rispetto dei principi informatori dell'esercizio della discrezionalità, spingendosi fino a rilevare la *irragionevolezza* del sacrificio degli interessi secondari, aspetto notevolmente prossimo, con ogni evidenza, alla opportunità della decisione.
Ciò non sembra meritevole di censura; anzi, un sindacato di questo genere appare necessario per garantire il rispetto dei principi di cui all'art. 97, co. 2, Cost., se intesi nelle accezioni ad essi attribuite in questa sede. E però, la inosservanza di siffatti principi sembra doversi reputare accertabile solo se manifesta, in quanto, qualora il G.A. si spingesse oltre, finirebbe inevitabilmente per entrare nel merito della scelta[116].
Del resto, la vigenza del principio secondo il quale il G.A. non può, di regola, rivisitare la opportunità della decisione della P.A. non pare revocabile in dubbio, la attuazione di esso rivelandosi essenziale per l'inveramento del principio di separazione dei poteri, che continua a costituire uno dei cardini dello Stato di diritto[117].

---

[116] Sul punto cfr. G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa* cit., pp. 984-985, il quale, dopo essersi chiesto se la ragionevolezza possa «diventare schema di valutazione del giudice senza che questi sconfini arbitrariamente in giudizi di merito che, stante l'irresponsabilità politica dei giudici e la loro mancanza di *expertise* in determinate materie, dovrebbero ritenersi riservati alle amministrazioni», afferma che «È soprattutto l'idea del controllo di ragionevolezza come valutazione sul 'giusto' contemperamento degli interessi che ci sembra fuorviante e che si potrebbe prestare ad applicazioni pericolose». Ad avviso dell'A., «qualificare l'esercizio di poteri discrezionali in termini di giusto/ingiusto con riferimento alla ricerca di un punto ottimale di equilibrio tra interessi contrapposti non sembra corretto. E ciò per almeno due motivi: perché si utilizzerebbe nello schema di giudizio un concetto assoluto (quale quello di giustizia) riferito alla discrezionalità amministrativa che, in quanto valutazione comparativa di interessi, è soggetta a diverse variabili che non rendono possibile la determinazione di principi fissati come validi una volta per tutte, e perché, se il parametro di controllo fosse quello della giustizia del provvedimento, si finirebbe inevitabilmente per consentire al giudice di sostituire le proprie valutazioni (di soggetto neutro e terzo, quindi sicuramente più 'giuste') a quelle dell'amministrazione».

[117] Come osserva B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo* cit., pp. 262-263, «il principio della separazione dei poteri si mostra ancora prezioso e capace di governare le evoluzioni attualmente in corso, nella misura in cui afferma il divieto di cumulare in capo ad un medesimo soggetto, intitolato di potere, l'esercizio di funzioni eterogenee nel medesimo ciclo funzionale». L'A. aggiunge che «la naturale dimensione di controllo del principio in esame […] si dispiega su due livelli differenti. Un piano è quello dell'architettura istituzionale o meglio attiene all'essenza stessa del principio della separazione dei poteri, che, nel suo complesso, aspira a costituire un argine contro il rischio di degenerazioni e di abusi in danno delle libertà individuali. Il secondo può essere colto» considerando gli «svolgimenti del principio di separazione dei poteri nel corso del tempo. Può rilevarsi, infatti, che per quanto l'originaria raffigurazione di una distinzione, in linea di principio netta, tra poteri a cui spettano funzioni esclusive, sia stata superata, per quanto a questa si sia sostituita l'idea di una distribuzione trasversale delle funzioni tra i diversi poteri, il principio della separazione dei poteri conserva attitudine di governo giuridico della

ISSN 2036-7821

È altresì alla luce di ciò, com'è perspicuo, che il riconoscimento della possibilità di chiedere un riesame del merito della scelta in sede amministrativa giustiziale, anche senza dedurre, nel contempo, vizi di legittimità, riveste grande importanza.
Non può negarsi, invero, né che, probabilmente a causa della 'crisi' che da tempo interessa i ricorsi ordinari[118], sono poche le pronunce dalle quali possono inferirsi risposte in ordine ai profili problematici concernenti la tutela *nel* merito, né che questa non trova spesso considerazione in dottrina. Ebbene, dal momento che la sua piena realizzazione sembra poter contribuire in maniera significativa, come si è avuto modo di argomentare, a rendere l'azione amministrativa maggiormente conforme al dettato costituzionale, pare auspicabile che essa acquisisca nel diritto vivente uno spessore più ragguardevole[119].
In tale prospettiva, sembra apprezzabile che l'ordinamento, talora, riconosca la legittimazione ad esperire il ricorso altresì a chi versi in una situazione fattualmente indifferenziata, anche ciò parendo giovare alla qualità del contemperamento degli

realtà, nella misura in cui continua a postulare il tendenziale isolamento dagli altri poteri sovrani del potere giudiziario ed a quest'ultimo, costruito per indipendenza organizzativa, attribuisce il compito di frapporre un limite ed un freno all'azione degli altri poteri».

[118] Secondo B. MARCHETTI, *La tutela non giurisdizionale* cit., pp. 439-440, «Sono noti i difetti dei ricorsi disciplinati dal d.P.R. n. 1199 del 24 novembre 1971. Ad essi si addebita sia la mancanza di credibilità, dato che le amministrazioni non hanno mostrato nel tempo di saper e voler rivedere le proprie decisioni, sia l'assenza di regole ed istituti capaci di assicurare una revisione autonoma, indipendente ed autorevole dell'atto impugnato, sia ancora l'eliminazione di qualunque rapporto di pregiudizialità tra l'istanza amministrativa interna e il successivo ricorso giurisdizionale. Eliminazione peraltro divenuta inevitabile una volta apparso chiaro il fallimento del sistema rimediale amministrativo e la sua incapacità di rispondere alle istanze di protezione del cittadino».

[119] Sembra pienamente condivisibile l'auspicio di M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 661 ss., 664-665, secondo la quale «è possibile oggi una rilettura e un ripensamento» della amministrazione giustiziale, «in vista anche di quella diversificazione degli strumenti di tutela dei cittadini nei confronti dell'amministrazione già da tempo sollecitata da una direttiva comunitaria (84/450) e da una Raccomandazione del Consiglio d'Europa (5 settembre 2001) sull'opportunità di valorizzare le c.d. *alternative dispute resolutions* (a.d.r.). Non c'è dubbio, infatti, che la rivitalizzazione della funzione giustiziale postuli necessariamente un recupero del ruolo dei ricorsi amministrativi che di questa costituiscono l'espressione più peculiare. Tale recupero non risponde soltanto ad esigenze di riduzione del contenzioso giurisdizionale […], ma risponde principalmente all'esigenza di assicurare ai cittadini nei confronti dell'amministrazione una tutela in tempi brevi e poco costosa (non è richiesta, infatti, l'assistenza di un avvocato), ma soprattutto estesa al merito, essendo solitamente l'organo adito con un ricorso amministrativo in possesso di quella capacità di giudizio sull'opportunità dell'azione amministrativa che difetta, in via di principio, in capo all'organo giurisdizionale. Nondimeno si parla, da tempo, di crisi dei ricorsi amministrativi […]. Orbene, la proposta di un rilancio dei ricorsi amministrativi non sembra» in contrasto con la Costituzione, da questa ricavandosi «indicazioni per un modello di amministrazione strutturato in modo tale che tutta l'attività amministrativa – e quindi anche l'attività amministrativa di risoluzione dei conflitti occasionati da un precedente atto amministrativo – si svolga secondo i principi di imparzialità e buon andamento […]. Si tratta […] di valorizzare al massimo quegli aspetti positivi, oggi al livello di potenzialità, che ognuno dei quattro differenti tipi di ricorso previsti e disciplinati nel nostro ordinamento presenta, così da farne, per i cittadini interessati, veri e propri strumenti di tutela concorrenziali rispetto alla funzione giurisdizionale».

ISSN 2036-7821

interessi compiuto dalla P.A., e quindi all'inveramento della Carta. E tuttavia, affinché l'ampliamento del novero dei soggetti capaci di agire sortisca questo effetto, sembra necessario che si tenga adeguatamente conto della esigenza di non rallentare in modo eccessivo l'azione amministrativa, altrimenti rischiandosi di pregiudicare l'attuazione del principio di buon andamento.

ISSN 2036-7821