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
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2026

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

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 Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Valentina Maria Donini, 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 Martĭnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Dariusz Brakoniechi, Vinicio Brigante, Dariusz Budrowski, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Esper Tedeschi, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

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"

Processo amministrativo e risultato dell'azione amministrativa: dalle 'precomprensioni' di giurisprudenza e dottrina, al problema

di Paolo Cotza

(Ricercatore di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Cagliari)

Sommario

Introduzione. - 1. Ridefinizione dell'ambito attuale della 'giurisdizione oggettiva' del giudice amministrativo. - 2. Punto di vista dal quale muove la dottrina sottoposta a confronto. - 3. Processo amministrativo ed interesse pubblico particolare. Equivoci ingenerati da certa ambivalenza concettuale assegnata al sintagma 'interesse pubblico concreto'. - 3.1. Interesse pubblico e sua tipologia (generale, particolare, concreto): da mero "requisito" dell'atto a complemento dell'interesse legittimo; verso una nozione epistemologicamente "matura". - 3.2. Giudice amministrativo ed interesse pubblico concreto. - 4. Confutazione sul piano del metodo. - 5. Orientamento del regime processuale al 'risultato' dell'azione amministrativa e riti speciali, con particolare riguardo al contenzioso dei contratti pubblici. - 6. Prospettive di un riposizionamento dei termini di confine tra giurisdizione amministrativa di legittimità e merito amministrativo. - 6.1. Approdo ad una nozione (epistemologicamente) aggiornata di discrezionalità amministrativa (come correlata all'operazione interpretativo-applicativa) … - 6.2. … e di merito amministrativo. Implicazioni concettuali.

Abstract

The reading of an interesting article, recently published in an authoritative magazine, has 'provided the opportunity' to grapple with the question of a so-called pervasiveness (albeit sectoral) which, in the decisions of the administrative judge, is supposed to acquire a certain 'logic of the result' referred to the action of the public authorities..

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

Introduzione.

La lettura di un interessante articolo, comparso recentemente su autorevole Rivista[1], ha 'prestato il destro' per cimentarsi con la questione di una sedicente pervasività (sia pur settoriale) che, nelle decisioni del giudice amministrativo, andrebbe acquistando certa 'logica del risultato' riferita all'azione dei pubblici poteri.

Segnatamente, quel che ha catalizzato l'attenzione è la circostanza per cui il menzionato scritto (al pari di numerosi altri) avrebbe condotto ad emersione una variegata fenomenologia, dalla crescente diffusione, in corrispondenza della quale il processo amministrativo:

pare discostarsi dalla vocazione, impressagli dalle novità introdotte dalla Carta repubblicana e della quale si è ormai andata acquisendo consapevolezza, di giurisdizione in senso soggettivo, pur entro la soglia di una pronuncia 'conformativa' come usualmente intesa (in quanto influente sul solo piano della legittimità di quell'azione);

fino ad assumere una 'colorazione' di tipo 'oggettivante', per via dell'insinuarsi di istanze all'insegna dell'efficacia dell'agire della pubblica amministrazione (conseguimento del risultato), sul cui altare finirebbe col venir parzialmente sacrificato l'interesse (divenuto così secondario) del privato all'altro corno della legalità amministrativa, come costituzionalmente garantita anche in punto di (effettività della) tutela giurisdizionale.

Rilevate incidentalmente le correlate implicazioni, di un così pronunciato 'sconfinamento' della sensibilità delle pronunce giudiziali per il risultato dell'azione amministrativa, sul versante della 'tenuta' del principio di separazione dei poteri dello Stato (assegnando al giudice una "funzione sostanziale"[2]); l'A. paventa il delinearsi di uno scenario allarmante, per via del «rischio che si affermi una pericolosa deriva, anche sul piano culturale, volta a ritenere sempre e comunque lecito sacrificare l'effettività della tutela giurisdizionale qualora l'intervento del giudice possa frenare o rallentare l'azione amministrativa, ovvero compromettere il raggiungimento dei risultati perseguiti tramite la stessa.

Si teme, soprattutto, che le deroghe emergenziali al principio di effettività si trasformino in regole generali, vanificando in tal modo il lungo e tortuoso cammino verso una tutela piena nei confronti della pubblica amministrazione»[3].

Nella circostanza, l'A. offre una rappresentazione esauriente di quello 'spaccato' del dato di esperienza processuale; a fronte del quale non si può non convenire su almeno due considerazioni: per un verso, quanto alla disciplina sostanziale, non si rinvengono elementi tali da autorizzare un'ipervalutazione del principio del risultato (nel suo ampio 'gradiente' della tempestività, dell'efficienza economica, della qualità,

[1] G. TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, in *Dir. proc. amm.*, 2025, p. 511 s.
[2] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 540.
[3] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 564.

ISSN 2036-7821

etc.) ed il suo affermarsi senz'altro su di ulteriori (legalità, trasparenza)[4]; per altro verso, «a destare le maggiori perplessità è la tendenza rinvenibile nelle recenti riforme legislative a sostituire la tutela caducatoria con una tutela meramente risarcitoria»[5].

Nondimeno, va rilevato che: nel momento in cui tale fenomenologia viene inquadrata in termini di soluzioni 'volontaristiche' (*voluntas legis et iudicis*) al bilanciamento di un'antinomia tra principi, a partire da quelli di tutela (delle situazioni giuridiche soggettive) e di buon andamento (dell'azione amministrativa)[6]; pare condotta un'analisi inconferente del problema, rimettendone la soluzione, quando non alla matrice giurisprudenziale del 'diritto vivente' (con quel che ne consegue in termini di deficit di riconduzione a sistema dei singoli responsi interpretativi), alla politica della legislazione (cui corrispondente una inevitabile invarianza delle complementarizzazioni). Si conclude, infatti, non in termini propositivi, ma con un monito: «il futuro e la stessa esistenza della giustizia amministrativa dipendono … dalla sua capacità di coniugare una efficace tutela soggettiva con l'interesse pubblico al raggiungimento del risultato, non perdendo mai di vista le fondamentali esigenze di legalità, il cui soddisfacimento non può prescindere da un effettivo controllo giurisdizionale sull'esercizio del potere»[7].

Laddove, col presente scritto, si ritiene di procedere secondo una trattazione più 'strutturata' che, muovendo dai limiti così accusati dai menzionati 'formanti' giuridici[8], innanzitutto circoscriva ed al contempo estenda i termini di confine del problema, restituendolo ad una dimensione dogmaticamente matura, in modo da coinvolgere le questioni 'a monte' (e correlate). Ci si riferisce:

per un verso, all'emersione di "collisioni apparenti" fra principi fondamentali, in corrispondenza dei quali si registra un'ideologizzazione di valori, tale da renderli prevaricanti su altri in ambiti che non gli competono (in ragione di un deficit di analisi dogmatica)[9];

per altro verso, sia all'attuale fase evolutiva, nel senso di certa convergenza, degli studi sull'interesse pubblico e sull'interesse legittimo, tale da assecondarne la complementarità; sia alla prospettiva di estensione di una giurisdizione di legittimità

---

[4] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 559.

[5] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 565.

[6] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, pp. 561-565.

[7] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 565.

[8] R. SACCO, *Formante*, in *Dig. disc. priv.* – sez. civ. –, VIII, Torino, 1992, p. 438 s.: agli "insiemi di regole, coesistenti in un unico ordinamento" può darsi il nome di "formanti" (legale, giurisprudenziale, dottrinale, etc.). Questi non sono tra loro equivalenti: mutando nel tempo e rispetto ai diversi ordinamenti, essi innanzitutto danno luogo a fenomeni d'interazione; inoltre, si modificano nella loro importanza comparativa (maggiore o minore capacità di ciascuno di essi di influire sugli altri).

[9] Preziosi spunti di riflessioni vengono offerti da L. MENGONI, *Per una dogmatica dei diritti fondamentali*, in *Giornate in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1993, p. 47 s., ora anche in *Scritti I – Metodo e teoria giuridica* (a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi), Milano, 2011: p. 255 s., segn. pp. 259-260.

in relazione a profili, di costruzione dell'ordine degli interessi coinvolti, ascrivibili esclusivamente all'azione dei pubblici poteri solo in ragione di certe preclusioni ancora legate alla pregiudiziale di una 'riserva di amministrazione' sull'intero ambito delle 'valutazioni di opportunità' quali sindacabili nelle sole 'materie' di 'giurisdizione di merito'.

Su tali basi, l'obiettivo ultimo è quello di formulare un discorso in grado di assicurare 'dominio concettuale e di sistema' alla fenomenologia in esame, che consenta di canalizzare, le soluzioni (legislative e giurisprudenziali) che avrebbero dato l'abbrivo alla menzionata anomalia in punto di effettività della tutela giurisdizionale, secondo un aggiornato protocollo di metodo, idoneo a neutralizzarne (almeno in parte) il potenziale 'eversivo'. Può anticiparsi fin d'ora che le 'leve' sulle quali s'interverrà (a differenza dello scritto che ha fornito l'occasione di studio, per l'appunto limitatosi a farne una 'questione di principi') saranno evidentemente quelle di un compiuto riferimento all'interesse pubblico concreto e di una 'rivisitazione' della giurisdizione amministrativa di legittimità; sì da perorare la causa di una valutazione, del sedicente problema, di più ampio respiro, da esperire non in astratto (per 'materie' del contenzioso), ma (di volta in volta) avuto riguardo alla singola fattispecie con la quale l'interprete si trovi a confrontarsi.

1. *Ridefinizione dell'ambito attuale della 'giurisdizione oggettiva' del giudice amministrativo.*

Preliminarmente pare doversi formulare una puntualizzazione concettuale, dal momento che lo studio col quale ci si confronta: sembra ricondurre, la casistica di prevalenza del principio del risultato amministrativo su quello di tutela, entro i confini della 'giurisdizione oggettiva'; verosimilmente mutuando certo orientamento di giurisprudenza[10]. Così, facendo della medesima una categoria generale: comprendente l'intera fenomenologia processuale corrispondentemente alla quale, a vario titolo (nell'interesse della legge - in nome dell'interesse pubblico generale / all'insegna dell'interesse pubblico particolare), non si registra l'esclusivo perseguimento dello scopo di effettività della tutela delle situazioni giuridiche soggettive[11]. Quest'ultimo esito, quale andato delineandosi lungo un percorso: tortuoso, benché segnato dal riconoscimento delle nature, giurisdizionale del

[10] Cfr.: Cons. Stato, sez. VII, 28 marzo 2022, n. 2246 («La giurisdizione amministrativa di legittimità si caratterizza quale giurisdizione di tipo soggettivo, sia pure con aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo, ma che si manifestano in precisi, limitati ambiti come, per esempio, nella estensione della legittimazione ovvero nella valutazione sostitutiva dell'interesse pubblico in sede di giudizio di ottemperanza o in sede cautelare, ovvero ancora nella esistenza di regole speciali, quali quelle contenute negli artt. 121 e 122 del D.Lgs. n. 104/2010, che, riguardo alle controversie in materia di contratti pubblici, permettono al giudice di modulare gli effetti della inefficacia del contratto»); Cons. Stato, sez. VII, 23 marzo 2022, n. 2140.

[11] A partire da tale nucleo, reso 'negativamente', valga di ricordare che storicamente la prima menzione di processi a contenuto oggettivo si rinviene in E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *I problemi del diritto*, I, Milano, 1957, p. 116 s.

Consiglio di Stato e sostanziale dell'interesse legittimo (a partire dagli artt. 24, 111, 113 Cost.[12]); culminato con la duplice affermazione contenuta negli artt. 1 e 2, c.p.a., per cui (rispettivamente) «la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo», scopo che va perseguito mediante un "giusto processo" (con osservanza del contraddittorio e del principio di difesa).

Laddove la locuzione in esame: una volta superata la fase storica che aveva visto dominare la concezione del processo amministrativo come volto al ristabilimento del diritto oggettivo ossia, della legalità violata e della legittimità dei pubblici poteri (complici l'originaria funzione consultiva riconosciuta al Consiglio di Stato, e comunque la natura giuridica non autonoma dell'interesse legittimo, 'occasionalmente protetto' in quanto coincidente con l'interesse pubblico); prima che emergesse la fenomenologia in discorso, generalmente è stata riferita al giudice speciale, con riguardo ad un ben più circoscritto ambito di esperienza.

In tale contesto 'primordiale' assume rilievo paradigmatico l'istituto per cui (attualmente in forza dell'art. 99 c.p.a., comma 5) all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: quando ritenga la questione "di particolare importanza", al contempo dovendo definire il ricorso dichiarandone l'irricevibilità, l'inammissibilità o l'improcedibilità, altrimenti trattandosi di dichiarare l'estinzione del giudizio; spetti la prerogativa di decidere, enunciando comunque il "principio di diritto nell'interesse della legge", dunque senza che ciò produca effetti sul provvedimento impugnato[13]. Evidentemente, assumendo a termine di confronto tale 'archetipo' (onde verificare la plausibilità del discostarsene), dovrebbe (diversamente) concludersi che la giurisdizione del giudice amministrativo sia propriamente qualificabile come 'di diritto oggettivo' solo nell'ipotesi in cui la pronuncia rivesta una portata (effettuale) esorbitante rispetto al contenzioso che ne ha rappresentato

[12] Chiarisce Corte cost., 18 dicembre 2019, n. 271 che i menzionati parametri configurano «la giurisdizione amministrativa, nelle controversie tra amministrati e pubblico potere, [quale] primariamente rivolta alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive e solo mediatamente al ripristino della legalità dell'azione amministrativa, legalità che pertanto può e deve essere processualmente perseguita entro e non oltre il perimetro dato dalle esigenze di tutela giurisdizionale dei cittadini».

[13] L'esercizio di tale prerogativa è rimesso alla valutazione di opportunità da parte della stessa Ad. Plen. Peraltro, la giurisprudenza ha ritenuto di estendere tale previsione anche alle ipotesi: di rinuncia all'appello (Cons. Stato, ad. plen., 28 gennaio 2012, n. 1); nonché, in cui la decisione del merito della controversia dipenda da un altro punto di diritto logicamente pregiudiziale rispetto a quello che ha giustificato il deferimento, benché non si tratti di un profilo processuale in senso stretto, dal momento che la disposizione «manifesta l'intento del legislatore di consentire l'esercizio del potere nomofilattico dell'Adunanza Plenaria anche nei casi in cui l'esito della controversia prescinda, in concreto, dalla soluzione delle questioni di diritto deferitele» (Cons. Stato, ad. plen., 28 luglio 2011, n. 14).

La configurazione in termini di 'giurisdizione di tipo oggettivo' recentemente emerge anche in: M.A. SANDULLI, *Profili oggettivi e soggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in M.A Sandulli – F. Francario (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Napoli, 2017, segn., p. 341; R. CAPONIGRO, *La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*, in *federalismi.it*, 2/2017; A. ANGIULI, *L'Adunanza plenaria e l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge*, in *Dir. Soc.*, 2017, p. 173 s.

l'occasione, di là dalla precipua connotazione funzionale (e, correlativamente, dall'incidenza su quest'ultimo). Così, nella modalità 'pura' testé menzionata: per via di un compito nomofilattico sommamente riconosciuto al Consiglio di Stato (stavolta, non in quanto giudice d'appello, ma stante l'autorevolezza di cui gode quel suo consesso in punto di composizione) in funzione delle istanze generali di certezza del diritto e dell'azione amministrativa[14]. Salvo puntualizzare che quella prerogativa andrebbe propriamente riconosciuta come enunciazione: di "principi" cioè, di direttive di ottimizzazione di un comando di attuazione (nella maggior misura consentita dalle possibilità di fatto e giuridiche), ogniqualvolta i medesimi (siano essi deduttivi o di argomentazione dialettica) presuppongano il riferimento a (più o meno ampie) fattispecie astratte; altrimenti, di "clausole generali", quando si tratti di misure, direttive (quali la buona fede) da impartire al giudice per la ricerca della norma di decisione, con riguardo ad un problema giuridico non identificato da una fattispecie[15]. Resta comunque che quell'enunciato, eccezion fatta per il suo associarsi a fattispecie costruite (non con strutture linguistiche 'aperte' bensì) secondo elementi quantitativi e numerici (sì da condurre ad un giudizio puramente sussuntivo), attinge il proprio significato operativo solo "reagendo" direttamente col "caso" (lo stato di fatto dato dal concreto atteggiarsi degli interessi) al medesimo sottoposto eppertanto, non può prescindere dal complementare momento applicativo come, a sua volta, esigente la mediazione di giudizi di valore ricavati dai dati reali del caso da decidere. Per cui, quel rapporto fornisce all'argomentazione giuridica informazioni e punti di vista extratestuali per un adeguamento del significato normativo alle aspettative emergenti dalla realtà sociale che della disposizione rappresenta l'ambito applicativo.

Lungo la medesima falsariga potrebbe concludersi, corrispondentemente ravvisando una 'giurisdizione parzialmente oggettiva', anche laddove, pur incidendo sul

[14] Perplessità sono state mosse da E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, 2008, p. 467 s.: trattandosi di attribuzione della funzione nomofilattica ad un giudice di secondo grado, dotato di cognizione piena; laddove coerenza di sistema suggerirebbe di preferire la soluzione di istituire una sorta di "Cassazione amministrativa".

[15] L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 s., ora anche in *Scritti I – Metodo e teoria giuridica* (a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi), Milano, 2011, p. 165 s., segn. pp. 169-171.

Diversamente G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Torino, 1987, vol. I, p. 105; ID., *Il diritto mite*, Torino, 1992, pp. 147 s., 149 s., segn. p. 150, laddove (rispetto alle regole, quali precetti immediatamente e rigorosamente vincolanti la condotta degli individui) si sostiene che i principi: sono espressione di valori (politici, economici, etici, etc.) che hanno assunto rilievo nella comunità sociale, coerentemente ai quali forniscono «criteri per prendere posizione di fronte a situazioni a priori indeterminate quando vengano a determinarsi concretamente»; privi di fattispecie, quelli si dotano di un significato operativo solo nel momento in cui vengono fatti reagire con la realtà materiale. Accade, così, che: mentre le regole esprimono soluzioni di tipo esclusivo, reciprocamente confrontandosi secondo il criterio di non contraddizione; i principi involgono "promesse multiple per il futuro", risolvendo le reciproche collisioni all'insegna del bilanciamento; mentre il conflitto fra regole comporta l'abrogazione (totale o parziale) di quelle giudicate soccombenti; il contrasto fra principi si risolve nel prevalere (non caducante) dell'uno sugli altri, corrispondentemente ai valori espressi da ciascuno di quelli rispetto alle istanze di cui è portatore il caso concreto.

ISSN 2036-7821

contenzioso che l'ha originata, la decisione assuma portata più ampia. È il caso di accoglimento del ricorso che (s'intende, entro i limiti della domanda) determini l'annullamento con efficacia (non solo fra le parti in causa, bensì) *erga omnes*, essendone investiti atti a contenuto generale inscindibile, ovvero atti a contenuto normativo (quali sono i regolamenti), in corrispondenza dei quali gli effetti dell'annullamento non si possono dispiegare fra i soli ricorrenti, trattandosi di un tipo di determinazioni sostanzialmente e strutturalmente unitario, che «non può esistere per taluni, e non esistere per altri»[16].

Dunque, poiché nelle 'ipotesi aggiunte', tale (precipua) connotazione effettuale non sarebbe rinvenibile, quantomeno si dovrebbe verificare se condividano effettivamente l''anomalia' di una funzione processuale di tipo non puramente soggettivo. Ciò implica sia d'imprimere una rigorosa impostazione al discorso concettuale di riferimento (soggettività/oggettività della giurisdizione), sia di articolare in termini espliciti la diversa *ratio* per il momento sottesa 'in negativo' al regime di quell'ulteriore fenomenologia. Diversamente, non ci si discosterebbe da una trattazione succube dei pregiudizi radicatisi nell'ambiente giuridico 'specialistico', che: così esposta alla censura d'"inversione di metodo" (cioè, d'introduzione surrettizia di principi di "giudizi determinativi" avvalendosi di concetti – tradendo la loro vocazione di "meri" strumenti orientativi, d'impostazione dei problemi –)[17]; finirebbe col pregiudicare la corretta posizione del problema circa i suoi "contesti", sia "di scoperta" (emersione, di volta in volta, degli argomenti pratici integranti ipotesi di soluzione razionalmente fondate) che "di giustificazione" (argomenti dogmatici volti ad integrare la soluzione prescelta nel sistema concettuale del diritto vigente), ed alle relative interazioni[18]. Oltretutto, con una 'deriva' ancor più biasimevole, in termini di ideologizzazione del valore, rispetto a quella paventata in ambito privatistico quando ci si è confrontati con i portati giudiziali di una più rigorosa 'analisi economica del diritto', di proposizione del principio dell''efficienza' (quale omologo di quello pubblicistico del 'risultato') come luogo dell'argomentazione giuridica[19].

---

[16] *Ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 2009, n. 7023.

[17] La locuzione "inversione di metodo" è ripresa da PH. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübigen, 1932, p. 92 s. Cfr. pure L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 50 ove, con terminologia ricavata dalla teoria del giudizio, così si osserva: «In quanto hanno un'origine empirica, essendo derivati per induzione dai concetti legali, i concetti ordinatori formati dalla dogmatica non possono fornire principî di giudizi determinativi – sussuntivi di casi particolari sotto una regola data –, ma soltanto principî di riflessione su casi che devono essere tematizzati ai fini della ricerca della soluzione *secundum ius*».

[18] Valga di rinviare a L. MENGONI, *Scritti I – Metodo e teoria giuridica* (a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi), Milano, 2011: p. 223 s., segn. pp. 226-227; p. 229 s., segn. p. 232.

[19] Osserva, infatti, L. MENGONI, *Sull'efficienza come principio giuridico*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, 2004, VI, p. 4173 s., ora anche in *Scritti I – Metodo e teoria giuridica* (a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi), Milano, 2011: p. 263 s., segn. pp. 273-275: «L'analisi economica deve abbandonare la pretesa di universalità, la tendenza a isolare i giudizi di valore da cui muove sottraendoli alla discussione. È una pretesa prima di tutto incompatibile col diritto vigente, nella cornice del quale soltanto le ragioni dell'efficienza possono

ISSN 2036-7821

Quanto al primo profilo problematico, innanzitutto, occorre prendere atto che la conoscenza, intesa come evento, quale ne sia la forma (spiegazione causale per le scienze naturali, comprensione – a seguito d'interpretazione – per le scienze dell'uomo), è preceduta e determinata costantemente dalle "progettazioni di senso" discendenti, se non dalla "soggettività", dalla partecipazione dell'individuo ad un "senso comune" fatto di giudizi e concetti che, rappresentandone il suo "habitat sociale", profondamente lo influenzano. L'"analitica esistenziale", riconoscendo a tali progettazioni un "carattere ontologico originario della vita umana stessa", le compendia con il sintagma "comprensione originaria" o "precomprensione", a significare che su tale elemento costitutivo dell'esistenza umana, avente appunto la struttura del progetto, si fonda (esistenzialmente), al pari dello "spiegare", la comprensione "come risultato dell'interpretazione"[20]. Così, in base alla propria

---

trovare ascolto. La dottrina di base del diritto positivo include valori etico-personali che orientano l'interprete verso scelte non sempre coincidenti con quelle elaborate alla stregua di modelli economici. In secondo luogo è una pretesa incompatibile con le regole del discorso pratico, le quali devono essere definite conciliando per quanto possibile due esigenze antitetiche: da un lato l'esigenza di regole di razionalità fortemente selettive delle premesse, dall'altro l'esigenza di regole deboli che aprano la discussione a un ventaglio più ampio di ragioni. L'una tende a garantire agli esiti del discorso un indice elevato di razionalità e la massima pregnanza di significato, l'altra ad assicurare alla decisione un consenso sociale più esteso, anche a costo di un minore rigore epistemologico. La soluzione di un caso giuridico perplesso con l'ausilio dell'analisi economica, che è un modello privilegiato di logica delle scelte sociali garantito da procedure formali analoghe a quelle del metodo matematico, soddisfa in alto grado la prima esigenza, ma non di rado, può trovarsi in difficoltà di fronte alla seconda».

[20] Alla filosofia ermeneutica ed all'ermeneutica generale, spintesi al di là dell'obiettivo di costituirsi in sapere scientifico, si devono: tanto la scoperta che le condizioni ontologiche del comprendere non sono tutte riconducibili nell'ambito di un "procedimento" o di un metodo, quanto la ritrascrizione del circolo ermeneutico (non più fra "parti" e "tutto", bensì) tra la "precomprensione" (anticipazione precognitiva) che l'interprete già possiede del senso della "cosa" (nella circostanza, il testo normativo) e quest'ultima.

All'uopo, può rinviarsi, rispettivamente, a: M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, tr. it. Torino, 1969; nonché F. SCHLEIERMACHER, *Etica ed ermeneutica*, tr. it. Napoli, 1985 e H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, tr. it. Milano, 1988 -sul cui pensiero si sofferma G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza -i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer-*, Milano, 1984-.

Occorre prendere atto che la conoscenza, intesa come evento, quale ne sia la forma (spiegazione causale per le scienze naturali, comprensione -a seguito d'interpretazione- per le scienze dell'uomo), è preceduta e determinata costantemente dalle "progettazioni di senso" discendenti, se non dalla "soggettività", dalla partecipazione dell'individuo ad un "senso comune" fatto di giudizi e concetti che, rappresentandone il suo "habitat sociale", profondamente lo influenzano. La sua produttività ermeneutica è tanto meglio garantita quanto più l'interprete è riuscito a spezzare "il cerchio delle proprie private presupposizioni".

L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 19: «Nella situazione ermeneutica propria del giurista positivo gli elementi non giuridici o pregiuridici (ideologici in senso ampio) della precomprensione sono filtrati dalla tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene, dal deposito di nozioni teoriche, di orientamenti sistematici, di forme linguistiche tecnicizzate, di massime di applicazione accumulato dalla riflessione dottrinale e dall'esperienza giurisprudenziale precedenti, cioè da elementi (concettuali e linguistici) specificamente giuridici, che condizionano l'approccio ai testi normativi e il modo di intenderne il senso».

L'"analitica esistenziale", riconoscendo a tali progettazioni un "carattere ontologico originario della vita umana stessa" (GADAMER, *Verità…*, pp. 265 e 307), le compendia con il sintagma "comprensione originaria" o "precomprensione", a significare che su tale elemento costitutivo dell'esistenza umana (modo di essere dell'"esserci"), avente appunto la struttura del progetto, si fonda (esistenzialmente), al pari dello "spiegare", la comprensione "come risultato dell'interpretazione" (MENGONI, *Ermeneutica*..., p. 3: «Corrispondentemente l'ermeneutica nel senso di "metodologia delle scienze storiche dello spirito" è un modo derivato dell'ermeneutica

ISSN 2036-7821

nel senso primario (ontologico) di "fenomenologia dell'Esserci". Questo significato "primario" è sotteso all'affermazione che "l'interpretazione si fonda esistenzialmente sulla comprensione e non nasce quindi questa da quella"»).

In base alla propria "precomprensione", l'interprete interroga la "cosa"; ma solo se la domanda è adeguata la "cosa si lascia comprendere" (cioè, fornisce una risposta appropriata). Altrimenti la domanda torna all'interprete senza una risposta positiva, purtuttavia accrescendo la "precomprensione", di modo che il primo sarà in grado di rivolgere alla "cosa" una domanda più adeguata. L'interpretazione, pertanto, consiste in (ed opera mediante) un circolo di domande e risposte sempre più adeguate, che, producendo un *dialogo coerente* con la "cosa", ne consente, in ultimo, una comprensione autentica. Del "permanente effetto di scambio", tra comprensione dello stato di cose e comprensione del diritto, si occupa anche K. ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, *Heidelberg*, 1935; ID., *Sinn und Tragweite juristischer Systematik*, in *Studium Generale*, X, Berlin, 1957, p. 173 s.; ID., *Introduzione al pensiero giuridico*, tr. it. Milano, 1970. T. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, tr. it. Milano, 1962, pp. 104-105, parla di una "comprensione provvisoria del nesso giuridico".

In effetti, la scoperta della precomprensione acquista un particolare rilievo proprio nel campo delle scienze dell'uomo, una volta superata l'idea classica per cui il testo (il dato linguistico) va trattato come se fosse di per sé sufficiente a guidare la comprensione. Così che quest'ultima si limiterebbe a cogliere un significato precostituito, già compiutamente definito una volta per tutte, lo scritto da interpretare essendo considerato alla stessa stregua dell'oggetto di una ricerca che si svolge secondo una progressione lineare, del tipo di quella condotta dalle scienze naturali, "nell'illusione di raggiungere un'oggettività simile a quella propria (o, meglio, che a torto si ritiene propria) di tali scienze" (MENGONI, *Ermeneutica*..., pp. 9 e 4, nt. 16; termine d'attacco di tale critica è il concetto di metodo formulato da W. DILTHEY, *Die Entstehung der Hermeneutik*, in *Gesammelte Schriften*, V, Leipzig u. Berlin, 1924, p. 319).

La comprensione ermeneutica non è un mero sviluppo, "differenziato da una migliore tecnica interpretativa", della relazione elementare soggetto-oggetto che si instaura fra lettore e testo.

Se al testo si riconosce il carattere di struttura linguistica aperta, il "circolo ermeneutico", attraverso cui si esprime la "legge fondamentale" del comprendere, non è una relazione interna (formale, tra parti e tutto) al testo, quale oggetto contrapposto al soggetto interpretante, ma di essa fa parte anche quest'ultimo, come "permanentemente determinato dal movimento anticipante della precomprensione".

Ne consegue, innanzitutto, che al processo interpretativo deve riconoscersi la struttura dialogica della domanda e della risposta. «Punto di partenza dell'interpretazione non è il testo (analogamente alle scienze della natura, la cui ricerca muove dalla "cosa in sé"), bensì un fatto della vita o una situazione problematici, sui quali il testo, che ha qualcosa da dire in proposito, viene interrogato» (MENGONI, *Ermeneutica*..., p. 10). Ciò non significa escludere la "dimensione linguistica" dai referenti dell'interpretazione (quella essendo non solo mezzo di comunicazione di un contenuto logico o psichico già formato, ma innanzitutto strumento con cui tale contenuto si costituisce, forma del pensiero, non mero rivestimento accidentale di esso), bensì privarla dell'"esclusiva": «il testo fornisce un significato, e non semplicemente un senso (cioè una dimensione semantica e non semplicemente semiologica), soltanto se è fatto reagire con un caso concreto. Alla polisemia delle parole è correlativo il ruolo selettivo dei contesti nel cui ambito sono usate» (MENGONI, *op. ult. cit.*, pp. 10-11).

Trascorrendo, così, dal piano ontologico a quello epistemologico, l'analisi fenomenologica del comprendere impone, innanzitutto, di «acquisire tecniche adeguate di controllo razionale della precomprensione in base alla quale l'interprete procede a interpellare il testo, in guisa da garantirne l'apertura costante al dialogo col testo e impedire che i pregiudizi, le abitudini mentali, le categorie dogmatiche dell'interprete, la sua partecipazione acritica alla tradizione convertano il dialogo in monologo» (MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 11). In tal senso, sul piano epistemologico, due "condizioni fondamentali" possono contribuire a scongiurare il pericolo che la precomprensione "diventi fonte di fraintendimento o strumento di manipolazione arbitraria del pensiero del testo": «La prima condizione è una "coscienza ermeneutica educata", cioè "preliminarmente sensibile all'alterità del testo", che rende l'interprete pronto a lasciar parlare il testo, a "mettersi in ascolto dell'opinione del testo". La seconda condizione, implicita nella prima, è "una precisa presa di coscienza delle proprie presupposizioni e dei propri pregiudizi" per assoggettarli al controllo della riflessione critica. L'interprete deve essere costantemente disposto a mettere alla prova la sua precomprensione, a confrontarla criticamente, in relazione al problema proposto, con la parola del testo e a introdurre nelle proprie aspettative di senso tutte le correzioni richieste dall'esegesi del testo. Solo accedendo alla dimensione critica dell'esegesi la comprensione diventa ermeneutica,

trascorre da una comprensione provvisoria a una comprensione fondata (e quindi concettualizzata)» (MENGONI, *op. ult. cit.*, pp. 11-12).

L'interpretazione è, non già (come riteneva la teoria romantica) mera riproduzione di un originario atto produttivo, il "ripensare un già pensato"; bensì un'attività inventiva che, accettando e computando (sotto forma di tradizione) la distanza temporale dall'epoca del testo, svolge un compito mediatore del senso originario di quello col presente e le sue esigenze. Un contributo, in tal senso, è offerto dalla teoria dell'"efficacia conseguenziale dell'accadimento storico nella storia" (*Wirkungsgeschichte*, per cui si rinvia a GADAMER, *Verità*…, p. 350 s.): qualunque discorso in forma documentale, come ogni fatto storico, acquista ulteriore efficacia dal momento che s'inserisce in una concatenazione di determinazioni storiche, le quali conservano, nella forma della tradizione, il passato (almeno una parte di esso, dato che la prima è selettiva), ed al contempo si proiettano nel futuro determinando le condizioni per successivi accadimenti. «L'interprete dotato di coscienza storica fondata sulla *Wirkungsgeschichte* sa che la lontananza temporale dall'epoca del testo non è una distanziazione alienante, ma è una distanza riempita dalla continuità di una tradizione comune, che definisce la situazione ermeneutica iniziale e della quale è parte integrante "la catena delle interpretazioni passate, attraverso cui la precomprensione è obiettivamente mediata con il suo oggetto". Perciò egli deve non già rifiutare la distanza temporale, nell'illusione di potersi rendere "contemporaneo" al lettore originario (secondo la direttiva psicologizzante e storicizzante dell'ermeneutica romantica), ma al contrario appropriarsene "riconoscendo in essa una positiva e produttiva possibilità del comprendere". In questa prospettiva il passaggio dall'ontologia della comprensione all'epistemologia dell'interpretazione è compiuto da Gadamer fondando l'oggettività scientifica di quest'ultima sulla funzione di riflessione critica nei confronti della tradizione, che agisce nel processo interpretativo attraverso le strutture della precomprensione» (MENGONI, *Ermeneutica*..., pp. 13-14).

D'altro canto, poichè la stessa comprensione del giurista affonda le sue radici nella tradizione e presenta la struttura circolare della domanda e della risposta, ne consegue che:

- anch'egli «deve prendere coscienza della storicità della propria situazione, attingendo un senso più avvertito della relatività delle categorie concettuali apprese dalla comunità scientifica di cui è parte, nelle quali possono essere incorporati giudizi di valore non più rispondenti alla natura dei nuovi rapporti socio-economici o socio-culturali inerenti al caso in questione» (MENGONI, *op. ult. cit.*, pp. 19-20);

- la conoscenza del significato del testo normativo è legata tanto alle regole dell'analisi del linguaggio («...il tenore letterale del testo svolge una funzione euristica di grande importanza, sia scartando i progetti di senso che con le parole della legge non hanno alcuna congruenza, sia sollecitando la forza evocativa o figurativa del linguaggio e così contribuendo alla formazione di ipotesi di soluzione oggettivamente fornite di senso» - MENGONI, *op. ult. cit.*, pp. 17-18-), quanto al riferimento ai dati di fatto (extratestuali), a fattispecie (reali o pensate) da risolvere, emergenti dall'ambito normativo del testo, come definito dal segmento di realtà sociale individuato quale campo di applicazione della norma. Inoltre, l'integrazione dialettica derivante dal confronto fra il testo normativo (la "lettera") e la fattispecie concreta cui riferirlo, fa assurgere la norma a strumento di apprendimento della realtà (di quel contesto fattuale rappresentato dalla morfologia dei comportamenti sociali), dal momento che quest'ultima viene "letta" (considerata, intesa) in termini giuridici, attribuendole (sempreché sia possibile) un significato conforme o meno alle disposizioni legislative.

La comprensione conoscitiva dei testi normativi, pertanto, presenta una struttura applicativa ed appartiene all'"essere" di ciò che viene compreso. Tale tesi non nega la distinzione tra i due momenti della comprensione e dell'applicazione, non li confonde in un unico atto (come fa la dottrina positivistica), ma li riconduce ad un processo unitario: «la conoscenza del significato di un testo normativo e la sua applicazione al caso giuridico concreto non sono due atti separati, ma un processo unico» (GADAMER, *Verità*…, p. 360 s.); così che il testo della legge può essere compreso adeguatamente solo in ogni momento, in ogni situazione concreta, nuovamente e altrimenti. Nella dottrina giuridica italiana, T. ASCARELLI è stato il precursore di quella tesi che presuppone la distinzione fra testo e norma («A rigore la norma vive come "norma" solo nel momento in cui viene applicata e perciò appunto ogni applicazione di una norma richiede l'interpretazione di un testo, e cioè in realtà la formulazione -ai fini dell'applicazione- della norma», *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, nonché -con aggiunte- in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 140 s.). Cfr. pure G. ZACCARIA, *Indirizzi della filosofia e della teoria giuridica contemporanea: una mappa*, in *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990, pp. 19 e 164, ove l'a. aderisce alla teoria esposta da J. ESSER in *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*,

ISSN 2036-7821

"precomprensione", l'interprete interroga la "cosa"; ma solo se la domanda è adeguata la "cosa si lascia comprendere" (cioè, fornisce una risposta appropriata). Altrimenti la domanda torna all'interprete senza una risposta positiva, purtuttavia accrescendo la consapevolezza della "precomprensione", di modo che il primo sarà in grado di rivolgere alla "cosa" una domanda più adeguata. L'interpretazione, pertanto, consiste in (ed opera mediante) un circolo di domande e risposte sempre più adeguate che, producendo un *dialogo coerente* con la "cosa", ne consente, in ultimo, una comprensione autentica.

D'altro canto, occorre prendere atto che il diritto, sia pur nella modalità di un sistema "normativamente chiuso", è parte costitutiva della realtà sociale, come tale: strettamente legato da un rapporto d'interdipendenza con le altre, sì da non potersi esimere dall'essere "cognitivamente aperto"; bisognoso di continuo adattamento alle modificazioni che il corso della storia produce, con ritmo sempre più accelerato, in quelle sfere ulteriori.

Alla stregua di quanto testé esposto, di massima l'interpretazione è: non già mera riproduzione di un originario atto produttivo, il "ripensare un già pensato" come interamente posto ed immune da lacune; bensì un'attività inventiva (in tal senso implica una funzione politica) che, accettando e computando (sotto forma di tradizione) la distanza temporale dall'epoca del testo, svolge un compito mediatore, del senso originario di quello, col presente e le sue esigenze. Ciò, in ragione del *topos* di una legittimazione del diritto della post-modernità in termini sia di proceduralismo che di pluralismo dei principi materiali (sì da imporre l'osservanza di regole formali di statuizione, così come l'oggettivo conformarsi a valori metapositivi), trova ideali sedi di deputazione nell'esercizio delle funzioni giurisdizionale ed amministrativa; segnatamente, finendo coll'imporre un ripensamento del rapporto fra la Legge ed il giudice. Infatti, la comprensione conoscitiva dei testi normativi, in vista della decisione del caso concreto, quando non presenta una struttura meramente applicativo-sussuntiva, implica una valutazione degli interessi in giuoco conforme: ai giudizi di valore contenuti nella legge; altrimenti, al cospetto di una 'lacuna normativa' (in senso lato, le aperture ad un momento discrezionale potendo dipendere dall'introduzione di clausole del tipo della buona fede, come da tecniche orientate alle conseguenze), ai giudizi di valore sviluppati in modo autonomo, mediante complementarizzazioni dei principi interagenti con l'ambiente[21].

Frankfurt a.M., 1972 (tr. it., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, a cura di Patti-Zaccaria, Napoli, 1983).

Applicata alla fattispecie per risolvere la quale è stata predisposta (sulla base di un testo), la norma diviene essa stessa testo, in forma di "precedente", "a sua volta bisognoso di interpretazione", in occasione di successive applicazioni.

[21] L. MENGONI, *Diritto e politica nella dottrina giuridica*, in *Iustitia*, 1974, p. 337 s., ora anche in *Scritti I – Metodo e teoria giuridica* (a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi), Milano, 2011, p. 149 s., segn. pp. 152-154.

Per cui, tornando al problema specifico che impegna il presente scritto: non ravvisandosi preclusioni (né di diritto positivo, né logico-giuridiche) a conferire alla locuzione 'giurisdizione oggettiva' un significato più ampio, o comunque diverso; si tratta di confrontarsi con le tesi alternative, onde verificare quale sia più plausibile alla luce delle logiche dei meccanismi decisionali (interpretativo-applicativi) attualmente più condivise. Ci si riferisce a quelle: del "circolo ermeneutico" (per quanto anticipato, secondo la scansione che, partendo dal fatto, conduce al diritto, per poi tornare al fatto)[22]; nonché, trascorrendo sul piano epistemologico, "operazionale" (dei 'costi/benefici') paradigmaticamente compendiabile secondo i protocolli del "razionalismo critico"[23].

All'uopo, pare doversi muovere da una duplice constatazione.

Per un verso, la tendenziale stabilità della concettualizzazione associata alla 'dimensione soggettiva' della giurisdizione amministrativa, come compendiabile nel suo fondamento 'positivo' rappresentato dal Codice del processo amministrativo, in sintonia con la regimentazione del rito civile (stanti la previsione di cui all'art. 34, c.p.a., comma 1 nonché, il 'rinvio esterno', operato dall'art. 39 c.p.a., alle "disposizioni del Codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali"). Entrambe le discipline sono governate: dal principio della domanda, come dal dovere di corrispondenza fra 'chiesto e pronunciato'[24].

S'aggiunga che la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa è affermata, a livello costituzionale, dagli artt. 24, 103 e 113, alla cui stregua si delinea «la giurisdizione amministrativa, nelle controversie tra amministrati e pubblico potere [come] primariamente rivolta alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive e solo mediatamente al ripristino della legalità dell'azione amministrativa, legalità che pertanto può e deve essere processualmente perseguita entro e non oltre il perimetro dato dalle esigenze di tutela giurisdizionale dei cittadini»[25].

Su questa falsariga pare assestarsi l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato[26]; che

[22] L. BENVENUTI, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Milano, 2017, p. 122 s., p. 289. In tal senso, già A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65, segn. p. 77.

[23] Come noto, tale corrente epistemologica:

- rivelati i limiti del metodo induttivo, ha predicato la consapevolezza delle conseguenze alle quali conduce (stante la connessione complessiva di ogni divenire) l'impiego di mezzi pur soggettivamente "adeguati" (logica "operazionale" dei costi/benefici);

- per poi procedere (conformemente al postulato analitico) sul terreno dell'esperienza, mediante tentativi, attraverso un confronto delle "teorie rivali", onde condurre all'emersione degli errori ("falsificazione", come anticipato in esordio) ed alla loro eliminazione.

Cfr.: K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, tr. it. Torino, 1970, p. 275 s.; H. ALBERT, *Per un razionalismo critico*, tr. it. Bologna, 1973, p. 59 s.

[24] V. DOMENICHELLI, *Il principio della domanda del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 27 s. Cfr. pure F.G. SCOCA, *Il principio della domanda nel processo amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1600 s.

[25] Corte cost. n. 271/2019. Cfr. pure: F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 255; M.C. ROMANO, *Crisi della distinzione tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella prospettiva dell'Unione Europea*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 1 s.

[26] *Ex multis*: Cons. Stato, ad. plen., nn. 4/2011, 9/2014, 4 e 5/2015.

ISSN 2036-7821

tuttavia, per quel che rileva ai fini del presente scritto, si spinge oltre, affermando che, in forza del principio della domanda di cui all'art. 24 Cost. e del principio dispositivo di cui all'art. 34 c.p.a., «si tratta, nel caso della giurisdizione amministrativa di legittimità … di una giurisdizione di tipo soggettivo, sia pure con aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo (ma che si manifestano in precisi, limitati ambiti come, per esempio, nella estensione della legittimazione ovvero nella valutazione sostitutiva dell'interesse pubblico in sede di giudizio di ottemperanza o in sede cautelare, ovvero ancora nella esistenza di regole speciali, quali quelle contenute negli artt. 121 e 122 c.p.a., che, riguardo alle controversie in materia di contratti pubblici, consentono al giudice di modulare gli effetti della inefficacia del contratto)»[27].

Evidentemente, per converso, secondo tale prospettazione (di là dalla discutibilità dell'associare il principio dispositivo alla natura soggettiva del processo, il primo attenendo alle modalità di esercizio dell'azione), la giurisdizione di diritto oggettivo si contraddistinguerebbe per ciò, che il giudice è chiamato a curare un interesse pubblico, prima ed oltre che l'interesse e le situazioni giuridiche soggettive in causa: provvedendovi a prescindere dalla domanda di parte (pertanto, nell'indisponibilità da parte di quest'ultima) e, con specifico riguardo al processo amministrativo, senza risultare vincolato dai motivi di doglianza dedotti[28].

Se non che, la circostanza per cui, stavolta, a differenza di quanto rilevato a proposito dell''archetipo', non è richiesto il 'requisito' ulteriore di una pronuncia idonea ad incidere sulla decisione di altri contenziosi, comporta che alla locuzione "giurisdizione dalla natura parzialmente oggettiva" (in definitiva piegata ad una concettualizzazione 'in negativo') finisca coll'essere riconducibile un ampio novero di *subrationes*. Ciò, inevitabilmente presta il fianco ad un'obiezione di promiscuità casistica (al più rilevante in punto di rappresentazione di certo orientamento della

[27] Cons. Stato, ad. plen., n. 13 aprile 2015, n. 4 (occupatasi della sostituibilità della domanda di annullamento con quella risarcitoria), annotata (fra gli altri) da G.D. COMPORTI, *Azione di annullamento e dintorni nell'ottica della soggettività delle forme di tutela*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1693 s.; Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5 (che ha affrontato il tema dell'ordine di esame dei motivi e del correlato onere della parte di graduazione degli stessi), annotata da E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2192 s. Cfr. pure L. GIZZI, *La dimensione soggettiva della giurisdizione amministrativa tra Corte costituzionale e Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Questione giustizia*, 2021, p. 183 s., segn. pp. 183-187 (con ampie e lucide puntualizzazioni atte a confutare pretese affermazioni di giurisdizione oggettiva, laddove certe questioni controverse possono risolversi sempre collocando l'effettività della tutela entro i confini del principio dispositivo).

[28] CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, cit., p. 255. F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 459 s. osserva che, nei processi a contenuto obiettivo, si compie l'attuazione della legge indipendentemente dal diritto individuale di alcuno. Cfr. pure: N. PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 237 s., segn. p. 239 che rileva come "nei processi a contenuto oggettivo le parti non hanno il potere di subordinare l'esercizio della *potestas iudicandi* alla proposizione della domanda"; E. GUARNA ASSANTI, *Il processo amministrativo e la giurisdizione (s)oggettiva*, in *www.contabilita-pubblica.it*, p. 5, secondo cui ha carattere oggettivo il "giudizio consistente nell'annullamento di un atto solo perché contrastante con una norma".

ISSN 2036-7821

politica legislativa): tanto *ab extra* (riconducendovi indiscriminatamente istanze di legalità, correttezza ed imparzialità dell'azione amministrativa, certezza del diritto, come pure di 'risultato' - efficacia di quell'agire -) quanto *ab intra* (es., estendendo senz'altro il trattamento già riservato agli 'appalti relativi alle infrastrutture strategiche', ad 'appalti diversi'), che penalizza l'enucleazione stessa di ciascun problema in vista di una proposta di soluzione che non sia meramente 'omologante'.
Di tale inconveniente pare consapevole l'A. dello studio dal quale si muove: tant'è che, nel trattare dell'istituto di cui all'art. 99 c.p.a., comma 5, evidentemente ritenendolo avulso (o quantomeno decentrato) rispetto al novero di espressioni di giurisdizione oggettiva, quale prospettato nella sua ottica di matrice giurisprudenziale (e non solo), ne prende le distanze[29].
Pertanto, onde evitare d'incorrere in una trattazione inconferente rispetto al problema giuridico (funzionale), fin d'ora si ritiene di formulare alcune annotazioni volte a confutare l'assunto secondo cui tale fenomenologia 'estesa' esprimerebbe una omologante linea di tendenza recessiva del processo amministrativo in punto di effettività della tutela, in favore di una prevalente considerazione (oggettivante) del risultato dell'azione amministrativa; piuttosto, facendone emergere differenti ragioni giustificative e fermo restando che la disamina non vanta alcuna pretesa di esaustività, limitandosi a prospettare una 'chiave di lettura' che però non risulta smentita da indagini condotte a più ampio spettro[30].
Così, quando si tratti d'instaurare una virtuosa interazione, di ordine pubblico processuale, fra principi potenzialmente sinergici (in quanto sottesi ad interessi pubblici generali - non riconducibili ad una determinata amministrazione -), quali (esemplificativamente) quelli dell'effettività e della concentrazione della tutela (*ex artt.* 44, L. n. 69/2009 e 7, comma 7, c.p.a.); dal momento che ciò fisiologicamente non si traduce in un condizionamento del contenuto della decisione (sia pur potenziale, come nel caso in cui l'Adunanza Plenaria incide sull'orientamento della giurisprudenza, enunciando il principio *nell'interesse della legge*).
Per la stessa ragione, di convergenza fra tutela delle situazioni giuridiche soggettive e di alcuni interessi pubblici generali (alla trasparenza dell'azione amministrativa, al regolare processo di formazione della volontà del corpo elettorale, alla corretta erogazione di un servizio pubblico, alla tutela della concorrenza ed al corretto funzionamento del mercato), nei casi di ampliamento della fruibilità della giustizia amministrativa (azione a tutela dell'accesso civico, azione popolare in materia elettorale, azione riconosciuta ad Autorità di garanzia dei servizi pubblici, della

[29] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 529: «Questa disposizione, spesso interpretata come espressione di una giurisdizione di tipo oggettivo …».
[30] Ancora una volta valga di rinviare a GIZZI, *La dimensione soggettiva della giurisdizione amministrativa tra Corte costituzionale e Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit., p. 187 s.

concorrenza e del mercato[31]), in corrispondenza della quale l''eccentricità' delle fattispecie si fonda su certa precomprensione del giurista in ordine ai requisiti della legittimazione e dell'interesse ad agire (il primo come qualificato e differenziato, il secondo come non interferente col primo) cui ormai va riconosciuto solo un rilievo tendenziale (non assoluto). Laddove l'azione: pur senza smarrire il suo profilo funzionale, di *extrema ratio*, che tradizionalmente giustifica certi 'antidoti' ad una sua connotazione emulativa (la previsione di condizioni è fra i principali strumenti di contrasto all'abuso del processo)[32]; in ultimo, non può che essere variamente 'scolpita' in relazione al variegato atteggiarsi del 'bisogno di tutela giurisdizionale' come dipendente anche dalla tipologia degli interessi coinvolti[33].

Ma, soprattutto, pare doversi discostare dall'impiego della locuzione "giurisdizione oggettiva" (nell'accezione restrittiva nanti avanzata), ogniqualvolta la ragione giustificativa di certo regime 'positivo' (al pari di alcune statuizioni giurisprudenziali) sia quella (circoscritta al medesimo contenzioso) di contemperare l'effettività della tutela con istanze contenutistiche avulse rispetto a quelle strettamente processuali e convergenti (come nell'esempio della concentrazione)[34];

---

[31] M. SILVESTRI, *I frammenti di una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo*, in *giustamm.it*, 2015, p. 1 s., per una rassegna del sistema italiano di giustizia amministrativa nell'ottica della legittimazione a ricorrere, con particolare riguardo: alle ipotesi (previste dalla Legge od introdotte dalla giurisprudenza) di legittimazione svincolata dalla titolarità di una situazione giuridica soggettiva; nonché, ad una ricostruzione in tal senso della legittimazione ex lege dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, così come dell'Autorità dei trasporti. Nella circostanza l'A. argomenta nel senso della legittimità costituzionale di tali ipotesi, quantunque reputate 'eccentriche' rispetto alla giurisdizione di tipo oggettivo propria del processo amministrativo.

Cfr. pure V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 342.

[32] Secondo i canoni di una giurisdizione soggettiva e dell'impulso di parte (della domanda, col corollario del principio dispositivo), l'azione, per come attualmente intesa ("una serie di norme che regolano una serie di atti, e dalle quali scaturisce una serie di posizioni giuridiche soggettive", secondo la nozione fornita da E. FAZZALARI, *Azione civile - teorica generale e diritto processuale -*, in *Digesto civile*, https://onelegale.wolterskluwer.it/document, 1988), è indissolubilmente legata al 'bisogno di tutela giurisdizionale'.

[33] Pare così superato, a favore della seconda tesi, il dibattito storico di teoria dell'azione: come diritto a sé stante (a prescindere dal sussistere di una situazione giuridica soggettiva) a conseguire una sentenza 'qualunque' (U. ROCCO, *La legittimazione ad agire*, Roma, 1929, pp. 21 e 46); altrimenti (secondo l'orientamento che ha finito col prevalere a partire dal dato costituzionale), come correlato all'esistenza del diritto fatto valere in giudizio (S. SATTA, *Variazioni sulla legittimazione* ad causam, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 638 s.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 2006, p. 293; ID., *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro it.*, 2012, col. 1 s.; G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993, p. 4; V. ANDRIOLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana: discorso inaugurale dell'AA. 1954-55*, Pisa, 1955, p. 9).

Cfr. pure Cons. Stato, sez. II, 22 gennaio 2024, n. 721 secondo cui «il giudizio elettorale è volto alla salvaguardia dell'interesse pubblico generale nonché alla corretta applicazione della legge e della procedura elettorale, da cui deriva la legittimazione "popolare" di ogni cittadino elettore, che si esplica anche in grado di appello».

[34] Così, nel medesimo studio dal quale si muove, viene ravvista un'espressione di parziale giurisdizione oggettiva in Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5 che, «pur prestando formale ossequio al principio di effettività e a quello della domanda, ha stabilito che in caso di mancata espressa graduazione dei motivi da parte del ricorrente debba essere esaminato prioritariamente il vizio di legittimità più grave e radicale, a discapito del "criterio del soddisfacimento del massimo interesse della parte", dando priorità "all'interesse generale della

perché vi sono sottesi principi potenzialmente antinomici, quale quello del 'risultato' dell'azione amministrativa.

In questi casi, infatti:

se può presentarsi come 'non fisiologica' la funzionalità dell'effettività sia alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive delle parti in causa, sia al (mediato) perseguimento dell'interesse al ripristino della legalità violata dagli atti della pubblica amministrazione (s'intende, entro i limiti della domanda); trattandosi di affermare una pur parziale prevalenza del profilo di efficacia dell'azione amministrativa rispetto alle istanze di tutela;

resta comunque che quel discorso 'di principi' perde di rilievo 'eversivo', nel momento in cui (come si avrà modo di rappresentare in prosieguo di trattazione) venga canalizzato in termini di configurazione 'virtuosa' dei rapporti fra interesse pubblico generale, interesse pubblico particolare della data Amministrazione ed interesse del singolo; tanto nel caso in cui sia la Legge ad articolarla, quanto nel caso in cui spetti al Giudice in qualità di coartefice dell'interesse pubblico concreto; con quel che ne può conseguire anche in punto di modulabilità nel tempo degli effetti della sentenza di annullamento.

Ciò, finanche senza escludere: il rilievo di un interesse 'potenziale', purché integrante (non un'aspettativa di risultato utile, bensì) il (mero) "rischio di un risultato sfavorevole" (lesione)[35]; corrispondentemente, in un ambito di materia quale quello dei contratti pubblici (*rectius*, delle procedure ad evidenza pubblica), l'azionabilità di atti endoprocedimentali, dal momento che non vi osta la relativa disciplina comunitario-unionista (c.d. Direttiva ricorsi 89/665/CEE come modificata dalla Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007)[36]. Prospettiva, questa, ribadita dalla giurisprudenza nazionale, secondo cui:

---

collettività alla corretta gestione della cosa pubblica"» (TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, pp. 537-538).

[35] Per alcuni sviluppi applicativi sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Nuove frontiere della legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo (con particolare riguardo alla materia ambientale)*, in *amministrativ@mente*, 2024, p. 1521 s.

[36] Osserva PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, cit., pp. 267-268 che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con sentenza 5 aprile 20217 in causa C-391/15, ha così statuito: «(i) la nozione di decisione di un'amministrazione aggiudicatrice della direttiva ricorsi non fa alcuna distinzione a seconda del contenuto del momento della adozione di essa;

(ii) riguardo al momento a partire dal quale un ricorso deve essere ammissibile, la Corte ricorda che la direttiva ricorsi è intesa a rafforzare i meccanismi esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano dell'Unione, per garantire l'effettiva applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette;

(iii) tale obiettivo "non autorizza gli Stati membri a subordinare l'esercizio del diritto di ricorso al fatto che la procedura di appalto pubblico di cui trattasi abbia formalmente raggiunto una fase determinata";

(iv) spetta al diritto nazionale … disciplinare le modalità del procedimento giurisdizionale inteso a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, modalità che non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi previsti per la tutela dei diritti derivanti dall'ordinamento interno (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile

- il rito 'super-accelerato' era funzionale alla «pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione e, quindi, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione. … Il legislatore ha quindi inteso evitare che con l'impugnazione dell'aggiudicazione possano essere fatti valere vizi attinenti alla fase della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, il cui eventuale accoglimento farebbe regredire il procedimento alla fase appunto di ammissione, con grave spreco di tempo e di energie lavorative, oltre al pericolo di perdita di eventuali finanziamenti, il tutto nell'ottica dei principi di efficienza, speditezza ed economicità, oltre che di proporzionalità del procedimento di gara»[37];
- «l'accertamento di una causa di esclusione di un competitore per il medesimo contratto pubblico rappresenta comunque un vantaggio in vista del conseguimento del medesimo risultato ultimo»; con l'ulteriore vantaggio che «si determina così un regime di relativa stabilità del provvedimento di aggiudicazione, con la preclusione a fare valere nei confronti dell'atto finale di gara eventuali vizi di fasi precedenti»; realizzando «un ragionevole bilanciamento tra contrapposte esigenze dell'impresa partecipante e dell'amministrazione»[38].

Si può portare l'esempio di cui all'art. 121 c.p.a., comma 3, di conferimento al giudice del potere-dovere, persino in deroga al principio dispositivo, di fare salva l'efficacia dei contratti pubblici (di cui all'art. 119 c.p.a., comma 1, lett. 'a' ed al d.lgs. di attuazione della L. 21 giugno 2022, n. 78), anche in presenza delle "gravi violazioni" di cui al comma 1, quando ciò sia imposto dal "rispetto di esigenze imperative connesse a un *interesse generale*", almeno nei casi in cui esorbitino da quelle di cui è portatrice la parte pubblica del contenzioso (si potrebbe portare gli esempi, anche alla stregua del diritto europeo, d'interessi superiori quali la sanità, l'ordine e la

---

l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività); in particolare non devono mettere in pericolo l'effetto utile della direttiva [21 dicembre 1989, n. 89/665/CEE, volta a coordinare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori];

(v) tale interpretazione non è rimessa in discussione dalla constatazione secondo la quale la completa realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva ricorsi sarebbe compromessa se ai candidati ed offerenti fosse consentito far valere in qualsiasi momento del procedimento di aggiudicazione infrazioni alle regole di aggiudicazione, obbligando quindi l'amministrazione aggiudicatrice a ricominciare l'intero procedimento al fine di correggere tali infrazioni poiché tale rilievo concerne, infatti, la giustificazione dei termini ragionevoli di decadenza dei ricorsi avverso le decisioni impugnabili, e non già l'esclusione di un ricorso autonomo avverso la decisione che ammette un offerente a una procedura di aggiudicazione; …».

[37] Cons. Stato, ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4.

Salvo obiettarsi, nella diversa ottica di PAOLANTONIO, *op. ult. cit.*, p. 271 che, per via dell'orientamento giurisprudenziale 'filo-unionista', «il ricorso "efficace" è quello che salvaguarda l'"efficacia" – la speditezza, l'economicità, e così via – della procedura, ed il diritto europeo ne tutela la possibile declinazione nelle legislazioni nazionali proprio nella descritta prospettiva obbiettivistica».

[38] Cons. Stato, sez. V, 24 luglio 2019, n. 5234 con note critiche di PAOLANTONIO, *op. ult. cit.*, p. 272 s.

ISSN 2036-7821

sicurezza pubblica, la tutela delle categorie deboli, la preservazione dell'ambiente)[39]. Sempre con riguardo ad un intendere (epistemologicamente) corretto dei rapporti fra interesse pubblico generale ed interesse del singolo, valga di menzionare il caso di cui all'art. 125 c.p.a. nell'ambito applicativo esteso (dalla normativa emergenziale di cui alla L. 29 luglio 2021, n. 108, di conversione con modificazioni del d.l. 31 maggio 2021, n. 77 - segn. art. 48, comma 4 -) al contenzioso relativo all'impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento relative ad infrastrutture strategiche, legate ad investimenti pubblici finanziati con le risorse di cui al PNRR ed al PNC nonché, dei programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea. Si prevede, infatti: non solo che «la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato»; ma altresì che «in sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente *interesse nazionale* alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure»[40].

---

[39] Un commento critico si rinviene in PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, cit., pp. 247-248.

[40] In questo quadro normativo s'inseriscono: Cons. Stato, sez. VI, Ord. 7 ottobre 2022, n. 4832 («Il complesso delle regole processuali relative ai giudizi aventi a oggetto interventi finanziati con le risorse previste dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) esclude la possibilità di ammissioni alla valutazione con riserva, ma, al contrario, impone al Giudice di verificare con acribia il fumus boni iuris atteso che eventuali misure non sorrette da una simile valutazione rischiano, comunque, di incidere inutilmente sull'attività amministrativa e sulla relativa tempistica che è essenziale per la realizzazione delle varie misure previste dal Piano«; «La previsione di cui all'art. 48, comma 4, del D.L. n. 77/2021 dispone l'applicazione, per le procedure relative a interventi finanziati con le risorse del PNRR, delle regole di cui all'art. 125 c.p.a. e impone di tener conto, in sede di pronuncia del provvedimento cautelare, "della coerenza della misura adottata con la realizzazione degli obiettivi e il rispetto dei tempi di attuazione del PNRR". Le ulteriori disposizioni di cui all'art. 12-bis del decreto-legge 16 giugno 2022, n. 68, sono volte a determinare un'accelerazione della tempistica processuale al fine di bilanciare le esigenze di tutela giurisdizionale con l'interesse alla realizzazione degli obiettivi e al rispetto dei tempi di attuazione del P.N.R.R.»); Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2019, n. 3492 («La dichiarazione d'inefficacia del contratto e il conseguente subentro disposto a favore della parte ricorrente in una gara per l'affidamento dei lavori su opere strategiche sono inammissibili secondo l'art.125 codice del processo amministrativo; pertanto, deve riconoscersi alla parte ricorrente il risarcimento per equivalente»); Cons. Stato, sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1798 («In materia di appalti pubblici se con l'art. 121 D.Lgs. n. 104/2010 (CPA) sono tipizzate le fattispecie in cui è obbligatoria la declaratoria d'inefficacia del contratto (salva l'applicazione delle sanzioni alternative ex art. 123 CPA) e con l'art. 122 CPA sono indicati i criteri che devono orientare, in tutte le altre ipotesi, la riconosciuta discrezionalità del Giudice in ordine alla (eventuale) declaratoria d'inefficacia; con l'art. 125, comma 3, CPA il Legislatore ha inteso dettare una disposizione speciale per le infrastrutture strategiche che esclude in radice la declaratoria giurisdizionale d'inefficacia, circoscrivendo la tutela erogabile al solo risarcimento del danno ex art. 34, comma 3, CPA, e al paradigma generale ivi enunciato, secondo il quale se l'annullamento del provvedimento non è più utile alla parte (e qui non lo sarebbe per il divieto della declaratoria d'inefficacia, che impedisce il subentro nel medesimo), la pronuncia d'illegittimità ha mero valore di accertamento (e non già l'usuale valore costitutivo dell'annullamento) che fonda il consequenziale riconoscimento del diritto al risarcimento del danno»).

Specifiche riflessioni di dottrina si rinvengono in G. SEVERINI, *Tutela cautelare e interesse generale*, in M.A Sandulli – F. Francario (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Napoli, 2017, segn., p. 17.

Trattandosi, pertanto, di stabilire quale concetto associare alla locuzione 'giurisdizione oggettiva del giudice amministrativo', si ritiene: di prediligere quello che fa perno su di una pronuncia dalla portata esorbitante rispetto al contenzioso che vi ha dato occasione; sì da non estenderla neppure al caso in cui si tratti di "sanzionare la violazione obiettiva di norme di legge preposte alla tutela di interessi pubblici [generali], quali l'interesse alla concorrenza, alla *par condicio* e alla non discriminazione, alla trasparenza e alla pubblicità", dal momento che quella fenomenologia si spiega in considerazione di una complementarizzazione di principi, all'insegna della gerarchia, *ex ante* operata (per l'appunto) dalla legge (anziché dal giudice)[41].

Per converso, non pare plausibile la tesi per cui tale dovrebbe intendersi quella in corrispondenza della quale la decisione del giudice è orientata al risultato dell'azione amministrativa, in quanto impropria ed erronea, dato che si risolve nel peculiare modo di essere della 'giurisdizione soggettiva' di quel giudice speciale. Onde suffragare tale tesi ci si riserva di formulare ulteriori argomentazioni nel momento in cui si esamineranno disposizioni corrispondentemente alle quali la menzionata configurazione 'virtuosa' dei rapporti fra interessi non fa perno su quello pubblico generale (cfr. par. 5).

2. *Punto di vista dal quale muove la dottrina sottoposta a confronto*.

Come anticipato nell'Introduzione, lo scritto dal quale si muove è dichiaratamente volto ad assolvere ad un duplice intento rappresentativo:

«analizzare, in primo luogo, il contenuto e le declinazioni del principio del risultato nel processo amministrativo; esaminare, in secondo luogo, la relazione esistente tra il summenzionato principio e il principio di effettività della tutela giurisdizionale»[42];

in tale contesto, prefiggendosi di sviluppare il discorso relativo a quella relazione, con particolare riguardo alla disciplina processuale che ne rappresenta la più spiccata espressione di recepimento: quella dei 'contratti pubblici', specie alla luce di alcune novità introdotte dalla normativa 'emergenziale'[43].

Se non che, l''approccio metodologico' adottato, per ammissione dello stesso A., si risolve nell'enucleare la menzionata relazione o, per meglio dire (in definitiva), nella novità della sua disamina, dal momento che: a fronte di una ponderosa letteratura fatta di «contributi che indagano i principi e gli istituti del diritto amministrativo sostanziale tesi al raggiungimento del risultato amministrativo nelle sue complesse e variegate declinazioni; minore spazio è dedicato dalla comunità scientifica «alle

[41] Di diverso avviso GIZZI, *La dimensione soggettiva della giurisdizione amministrativa tra Corte costituzionale e Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit., p. 189.

[42] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, pp. 513-514.

[43] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, pp. 514 e 552 s.

ISSN 2036-7821

disposizioni processuali strumentali al conseguimento dell'utilità finale oggetto del potere amministrativo e alla realizzazione dell'interesse pubblico concreto»[44].

È pur vero che, lungo tale falsariga, l'A. annuncia altresì di voler "chiarire l'impostazione metodologica"; salvo constatare che lo svolgimento di tale proposito non esula da una mera "indagine" ("ricerca", "analisi") dello *status quo*: non spingendosi oltre un confronto fra quella fenomenologia anomala e la "regola" del processo amministrativo; sì da isterilire il discorso sulle "ricadute" di quella "netta contrapposizione", riducendolo ad una sospetta illegittimità costituzionale delle disposizioni di riferimento che, pur significativo *de iure condendo*, evidentemente non apporta alcun contributo al problema (di comprensione-applicazione) nella sua attualità[45]. Si legge così che, "tramite un approccio sistemico", innanzitutto si mira a «comprendere quali siano la funzione e gli obiettivi del processo amministrativo nell'attuale assetto ordinamentale, al fine di poter contestualizzare e apprezzare in pieno le ricadute del principio del risultato.

L'analisi muove dall'assunto di fondo in base al quale il principio di effettività della tutela giurisdizionale, pur essendo l'obiettivo fondamentale della giustizia amministrativa, non è in grado da solo di spiegare il suo carattere composito e pluristrutturato.

A questo proposito, … alcune disposizioni processuali di carattere eccezionale, a cui corrispondono *altrettanti frammenti di giurisdizione oggettiva*, mirano principalmente a favorire la realizzazione di interessi pubblici generali - quali la legalità, la correttezza e l'imparzialità dell'azione amministrativa, la certezza del diritto – ovvero valori e finalità la cui cura non è demandata a una specifica amministrazione.

Si tratta di una funzione secondaria della giustizia amministrativa che si affianca, senza contrapporsi, all'obiettivo di assicurare una tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere in giudizio.

A tali obiettivi se ne salda immediatamente un altro, cruciale ai fini della presente indagine: salvaguardare l'interesse pubblico amministrativo e, quindi, l'efficacia dell'azione amministrativa, nella prospettiva del raggiungimento del risultato.

È un obiettivo che si pone in netta contrapposizione rispetto alla tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive.

Ci si soffermerà, in particolare, sulla recente normativa emergenziale, che ha innescato nella disciplina processuale una problematica e insidiosa espansione dell'interesse al risultato, introducendo misure (forse oltremodo) protettive dell'amministrazione e limitative del principio di effettività, come nel caso

[44] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 514.

[45] Tale aspetto è segnalato in TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, pp. 557-558 con riguardo ad una specifica disciplina (d.l. n. 77/2021), ma pare potersi generalizzare assumendo a riferimento tutte le altre ipotesi (normative e giurisprudenziali) nelle quali viene imposto un sacrificio significativo al principio di effettività della tutela.

dell'estensione del perimetro applicativo dell'art. 125 c.p.a. ad appalti diversi da quelli relativi alle infrastrutture strategiche»[46].

3. *Processo amministrativo ed interesse pubblico particolare. Equivoci ingenerati da certa ambivalenza concettuale assegnata al sintagma 'interesse pubblico concreto'.*

Una volta passata in rassegna la teoria di (sedicenti) casi di 'giurisdizione oggettiva' nell'*interesse pubblico generale*, lo studio col quale ci si confronta procede all'esame della fenomenologia con riferimento alla quale «è l'*interesse pubblico amministrativo* che la normativa processuale pure si preoccupa di salvaguardare»: ossia, «un'esigenza specifica della funzione che appartiene a una determinata amministrazione e si risolve in ciò che sia utile ad essa (e, di riflesso, alla collettività generale o alle collettività particolari che compongono la stessa)»[47].

Scendendo nel dettaglio della 'dogmatica' di riferimento del menzionato scritto, si tratterebbe di scelte legislative «in certi casi fuorvianti rispetto all'obiettivo di garantire una tutela piena del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. … [volendo tutelarsi] l'*interesse pubblico concreto*, inteso come l'obiettivo che l'amministrazione è chiamata a realizzare nell'ambito del singolo procedimento. Tale interesse si concretizza, nel caso di atti discrezionali, in una sintesi risultante da una valutazione comparativa tra gli interessi pubblici coinvolti e, laddove rilevanti, quelli privati. L'interesse pubblico concreto rappresenta, dunque, il fine specifico dell'azione amministrativa, coincidente con il *risultato* da conseguire attraverso l'adozione del provvedimento»[48].

Se ne inferisce che il perseguimento dell'interesse pubblico concreto, nel caso di atti discrezionali rappresentato da una valutazione comparativa degli interessi coinvolti (pubblici e privati), potrebbe sfociare in un risultato "fuorviante" rispetto all'obiettivo di "tutela piena" del cittadino nei confronti dell'amministrazione pubblica.

Il punto è che, di tal fatta, si registra una equivoca (ed erronea) posizione del problema, dal momento che l''interesse pubblico concreto', come 'fine specifico dell'azione amministrativa', appartiene (per via del dovere di ponderazione degli interessi) alla sfera della legittimità dell'azione dei pubblici poteri, almeno nella duplice declinazione dell'imparzialità in senso oggettivo (sì da non pretermettere alcuno degli interessi apprezzabili) nonché della ragionevolezza (quale congruità e proporzione allo scopo) e, in questi termini, è comunque (logicamente) escluso che possa tradursi in un esito fuorviante rispetto all'obiettivo di tutela piena, semmai concorrendo a definirla. Sempre entro i medesimi termini di confine, all''interesse

[46] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, pp. 514-516.

[47] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 541 s.

[48] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 542. Il concetto viene ribadito dall'A., *ivi*, alla p. 561, ove si legge che «la tutela dell'interesse pubblico concreto … tende a identificarsi con l'interesse al risultato».

pubblico concreto', quale criterio dell'efficacia amministrativa (risultato), potrebbe riconoscersi un potenziale di 'fuorvietà' rispetto all'effettività della tutela, solo sul piano delle valutazioni (sindacato) estese al merito amministrativo.

Ma lo studio dal quale si muove, non arriva a tanto. Prova ne sia che, ribadita l'identificazione del risultato con la tutela dell'interesse pubblico concreto: si limita a sostenere che «il principio del risultato è da sempre connaturato al diritto amministrativo processuale, inteso in senso ampio»[49]; per poi discorrere di «numerose disposizioni che regolano lo svolgimento del processo, contribuendo a orientare struttura e finalità in funzione dell'effettiva attuazione dell'interesse perseguito dalla pubblica amministrazione»[50].

Salvo constatare che tale fenomenologia (al netto di talune affermazioni di giurisprudenza ancora condizionate dalla considerazione del processo amministrativo come volto alla riaffermazione della legalità amministrativa) è interamente riconducibile alle diverse modulazioni della definizione *in fieri* della situazione giuridica soggettiva tutelata, per via del reciproco condizionamento dell'interesse pubblico particolare (facente capo all'amministrazione 'di competenza'). Pertanto, l'affermazione secondo cui «la tutela dell'interesse pubblico concreto … tende a identificarsi con l'interesse al risultato», rischia di essere erronea (in quanto riduttiva) laddove quella coincidenza non venga intesa a partire dalla complementarità fra interesse legittimo ed interesse pubblico; nonché, al concorrente ruolo attivo giuocato dalla giurisdizione.

Così, laddove si ha riguardo alla disposizione di cui all'art. 21-*octies*, L. 7 agosto 1990, n. 241, in tema di annullabilità di 'vizi non invalidanti' coi relativi strascichi giurisprudenziali[51]. Salvo il dovere di puntualizzare che certa generalizzazione della 'portata' applicativa del principio del risultato tanto meno trova terreno fertile quanto più vengano in causa 'garanzie formali' riconducibili alla motivazione; dal momento che, lungi dal poter pacificamente concludere di trovarsi di fronte a "meri vizi procedimentali"[52]: all'indirizzo che accede alla tesi per cui anche il vizio relativo alla motivazione dell'atto può soggiacere alla disciplina dell'art. 21-*octies*, co. 2[53]; si contrappone l'orientamento secondo cui, quantunque l'atto sia 'vincolato', in corrispondenza di quella specifica patologia (motivazione omessa, generica o errata) non ci si può avvalere dell'art. 21-*octies* cit., co. 2, in quanto si assume non possa mai integrare un vizio 'di forma', la motivazione costituendo un 'presidio di legalità

[49] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 543.

[50] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 543 s.

[51] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, pp. 543-546.

[52] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 545.

[53] T.A.R. Toscana, Firenze, sez. III, 7 gennaio 2020, n. 9 ove si fa specifico riferimento al caso d'integrazione postuma della motivazione (in sede processuale) quando consista nel dar conto di una fonte normativa dapprima non menzionata, ma che, per la sua notorietà 'ben avrebbe dovuto e potuto essere conosciuta'.

insostituibile'[54].

Ugualmente pare doversi dissociare da certo intendere generalizzante associato al recente potenziamento degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, in quanto interpretabile: non solo «come un mezzo volto a favorire il raggiungimento del risultato amministrativo»[55]; ma altresì nel contesto di una strategia di politica legislativa (che comprende altresì la previsione di 'sentenze brevi', l'istituzione di 'sezioni stralcio', etc.) diretta ad alleggerire il carico di lavoro dal quale annosamente è afflitta la giurisdizione speciale, al punto da risultare inflazionata dal contenzioso.

Né varrebbe di trovare argomento in quella giurisprudenza che, anche al fine di fronteggiare le ccdd. forme di 'sospensiva impropria' (in via 'prudenziale') di provvedimenti da parte dell'amministrazione, nella fase cautelare dimostrerebbe certa risolutezza (o quantomeno propensione) a concedere spazio prevalente alle istanze d'interesse pubblico dell'amministrazione[56]. Infatti, in disparte il dato di esperienza che dimostra come in almeno altrettante circostanze l'amministrazione preferisca (nel timore d'incorrere in responsabilità) non assumere iniziative in attesa dell'esito del giudizio, rimettendosi a quest'ultimo onde determinare il proprio agire conseguente al radicamento di un contenzioso; resta il fatto che quella fenomenologia va inquadrata nel più generale *modus operandi* del giudice che subordina la propria decisione sull'istanza cautelare anche ad un bilanciamento degli interessi (pubblici e privati) in giuoco (tanto più che il requisito del *fumus boni iuris*, pur necessario, non è sufficiente), tenuto conto che il limite invalicabile (ulteriore) resta quello dell'irreparabilità del pregiudizio nel caso di un esito pur favorevole della pronuncia di merito[57]. Dunque, non vi è alcun sacrificio anomalo dell'effettività della tutela per la sola circostanza che il giudice verifichi (con adeguato onere di motivazione espressa) le possibili ricadute della misura cautelare sull'azione amministrativa e sugli interessi pubblici perseguiti mediante la stessa[58]. Ciò, nel quadro di una più

[54] T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 6 febbraio 2020, n. 1572. In linea: T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 11 marzo 2022, n. 723; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 17 febbraio 2022, n. 560, almeno con riguardo al caso di assoluta carenza di motivazione; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 8 febbraio 2022, n. 218; Cass. civ., sez. VV, 25 gennaio 2022, n. 2039 con riguardo all'atto tributario non motivato; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 3 gennaio 2022, n. 4; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 13 luglio 2021, n. 4850; Cons. Stato, sez. VI, 28 giugno 2021, n. 4887; Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2021, n. 3666; Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385.

[55] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 546.

[56] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 547 s.

[57] Significativamente Cons. Stato, sez. II, 12 febbraio 2025, n. 1164 statuisce che «non sussistono i presupposti per sospendere l'esecuzione dei provvedimenti con cui è stata indetta la gara per l'affidamento di concessioni di beni demaniali marittimi del litorale di Roma Capitale per finalità turistiche e ricreative, in quanto: a) le previsioni e i criteri previsti dall'amministrazione non sembrano avere portata escludente, né ostare alla utile partecipazione degli operatori interessati alla procedura; b) nella comparazione tra gli opposti interessi, appare prevalente l'interesse pubblico alla rapida definizione della procedura, anche in vista dell'avvio della stagione balneare». Cfr. pure Cons. Stato, sez. VI, 26 settembre 2011, n. 5364 in ordine al bilanciamento degli interessi in giuoco.

[58] Ulteriore conferma proviene da Cons. Stato, sez. VI, ord. 7 ottobre 2022, n. 4832 (menzionata proprio da TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 561) ove si osserva che: «la previsione di cui all'art. 48, comma 4, del D.L. n. 77/2021 dispone l'applicazione, per le procedure relative a interventi finanziati con le

ISSN 2036-7821

generale riconsiderazione del processo amministrativo, come avente ad oggetto il rapporto, di cui è altresì espressione il complementare riconoscimento dell'atipicità della tutela cautelare[59].

A questa stregua, risulta parimenti erronea la tesi secondo cui «il risultato amministrativo risulta indubbiamente favorito dalla regola generale secondo cui la sola proposizione del ricorso non comporta la sospensione automatica degli effetti dell'atto impugnato, rendendosi invece necessaria un'apposita misura cautelare disposta dal giudice»[60]. Infatti, ciò: lungi dall'esprimere una tendenza del processo amministrativo a subordinare l'effettività della tutela all'interesse al risultato dell'azione amministrativa; si spiega quale naturale (indisponibile) riflesso processuale della regola per cui l'atto amministrativo, ancorché viziato, continua a produrre i propri effetti fintantoché non viene annullato (quest'ultima prerogativa, di autotutela, in quanto espressione del medesimo potere di amministrazione attiva esercitato nell'adottare l'atto oggetto di ritiro). Ciò, per via della "presunzione di legittimità" dell'atto (giustificata dalla considerazione di provenire da pubblici funzionari scelti dall'amministrazione con particolari garanzie, dalla presenza di un sistema di controlli nonché, da esigenze di certezza dell'azione amministrativa[61]) alla base della sua "intima forza giuridica" (esecutorietà). Connotati tradizionalmente riconosciuti, agli atti in discorso, stante la loro tendenza ad attuare finalità (interessi generali) cui sono chiamate a presiedere le "persone giuridiche pubbliche": in virtù delle quali (discendendo direttamente dalla loro pronunzia, senza necessitare d'intervento da parte dell'autorità giurisdizionale) quegli atti, per sé soli (in primo e secondo grado) impongono ed assicurano il loro eseguimento[62]. Tutti caratteri sopravvissuti al 'passaggio di consegne' dall'assetto dello Stato liberale (per cui le

risorse del PNRR, delle regole di cui all'art. 125 c.p.a. e impone di tener conto, in sede di pronuncia del provvedimento cautelare, "della coerenza della misura adottata con la realizzazione degli obiettivi e il rispetto dei tempi di attuazione del PNRR". Le ulteriori disposizioni di cui all'art. 12-bis del decreto-legge 16 giugno 2022, n. 68, sono volte a determinare un'accelerazione della tempistica processuale al fine di bilanciare le esigenze di tutela giurisdizionale con l'interesse alla realizzazione degli obiettivi e al rispetto dei tempi di attuazione del P.N.R.R.».

[59] T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 19 gennaio 2024, n. 44: «nel processo amministrativo, l'accoglimento della domanda cautelare ai fini del riesame costituisce manifestazione della atipicità della tutela cautelare, ormai consolidata nell'art. 55 del D.Lgs. n. 104/2010, in cui non è presente riferimento alcuno a tipologie specifiche ed esclusive di provvedimenti cautelari, in ragione dell'attribuzione al giudice amministrativo, dell'ampio potere di adottare tutte le misure idonee ad assicurare in via provvisoria gli effetti della decisione sul ricorso, il giudice della tutela può dunque modulare la misura in rapporto alla fattispecie concreta in esame e alla natura dell'interesse legittimo, di contenuto oppositivo o pretensivo, fatto valere in giudizio; è palese l'intento del legislatore, con l'esplicito superamento della tipicità delle misure cautelari, di assecondare fin da tale fase il progressivo spostamento del contenuto proprio del giudizio, non più incentrato sull'atto bensì sul rapporto sottostante tra privato e p.a.». Cfr. pure Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2023, n. 5660.

[60] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 550.

[61] G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936, segn. pp. 58 e 192.

[62] Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Dell'interesse pubblico e di altri "incidenti" nell'annullamento d'ufficio e nella convalida delle fattispecie precettive di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 2012: par. 4.1., in relazione all'annullamento officioso par.1.3. e nntt. 183 e 206.

ISSN 2036-7821

sole questioni che i cittadini potevano sollevare nei confronti dell'amministrazione pubblica erano essenzialmente quelle collegate con la riserva di legge o della legge) alla Costituzione repubblicana corrispondentemente alla quale l'esercizio della discrezionalità amministrativa cessa di essere affare meramente interno ai pubblici poteri.

Infine, è allo stesso modo fuorviante concludere nel senso dell'evidenza, corrispondentemente ad alcuni contenziosi speciali, di una tutela accordata al risultato, alla stabilità dell'azione amministrativa, all'interesse pubblico concreto perseguito tramite quest'ultima. Innanzitutto, si portano gli esempi di due indirizzi giurisprudenziali consolidati nei giudizi in materia elettorale, per cui: si «tende ad escludere o a limitare significativamente la proponibilità dei motivi aggiunti … quando, ormai scaduto il termine di decadenza di trenta giorni dalla proclamazione degli eletti, il ricorrente deduce di aver conosciuto ulteriori vizi delle operazioni elettorali a seguito delle verifiche istruttorie disposte dal giudice amministrativo»; «la sola partecipazione alla competizione elettorale di un soggetto incandidabile non comporta di per sé l'invalidità dell'intera consultazione, ma impone la conservazione degli atti del procedimento non direttamente colpiti dall'invalidità dell'elezione del singolo candidato»[63]. Se non che, tali orientamenti si spiegano: non per via di quanto postulato dall'A. dal cui studio si muove; bensì, in ragione della speciale (adeguata) trasposizione di due dati negativi che indefettibilmente condizionano la ricerca discorsiva della regola di decisione. Ci si riferisce alla limitatezza del sapere del giudice ed alla scarsità del tempo disponibile, come lucidamente osservato da autorevole dottrina. Gli è, infatti, che «il giudice non può sapere tutto e comunque, anche se fosse in grado di procurarsi una informazione completa, il bisogno sociale di sollecita decisione non gli concederebbe il tempo occorrente. La giustizia non aspetta; per essere giusta la decisione deve essere pronta, e l'urgenza rende irraggiungibile l'ideale di una norma perfettamente adeguata in ogni caso … Giustizia rapida vuol dire giustizia in tempi ragionevoli, definiti da norme processuali che attuino un *equilibrio accettabile* tra le scansioni temporali richieste dalle regole dell'argomentazione giuridica (possibilità di partecipazione alla discussione di tutti gli interessati, libertà per ciascuno di svolgere esaurientemente tutti gli argomenti ritenuti pertinenti e di confutare gli argomenti avversari, garanzia di una istanza superiore di revisione del processo) e l'urgenza della decisione definitiva»[64].

---

[63] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, pp. 551-552.

[64] L. MENGONI, *Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 1999, p. 353 s., ora anche in *Scritti I – Metodo e teoria giuridica* (a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi), Milano, 2011, p. 31 s., segn. p. 37.

Cfr. pure T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 10 ottobre 2024, n. 1828 secondo cui «con il ricorso elettorale devono essere specificate le censure avverso l'atto di proclamazione degli eletti, poiché non può consentirsi che doglianze generiche o meramente ipotizzanti la sussistenza di tipologie astratte di vizi che conducano ad un'amplissima

Quanto testé confutato, innanzitutto, rende indifferibile un duplice discorso chiarificatore, relativo: al rapporto fra interesse pubblico generale, interesse pubblico particolare, interesse pubblico concreto e (avuto riguardo anche all'eventuale concorrere di interessi facenti capo ai singoli) interesse legittimo (par. 3.1.); nonché, al ruolo correlativamente riconoscibile al giudice amministrativo in ordine alla (co-)determinazione dell'interesse pubblico concreto (par. 3.2.). Per poi estendere la riflessione (ma in separata sede) alle prospettive di un riposizionamento dei termini di confine tra giurisdizione amministrativa di legittimità e merito amministrativo (par. 6).

3.1. ***Interesse pubblico e sua tipologia (generale, particolare, concreto): da mero "requisito" dell'atto a complemento dell'interesse legittimo; verso una nozione epistemologicamente "matura".***

Prestando seguito al primo proposito, valga d'introdurre la trattazione di quel 'corno del problema' muovendo da certo contesto statuale della modernità, in corrispondenza del quale l'azione degli apparati amministrativi non s'identifica più con l'ordinamento (*rectius*, non si esaurisce nel medesimo), per cui: di là dai profili evolutivi d'interazione disciplinare (per informazioni-regole) su base sistemica; la progressiva eclissi del principio legittimante di competenza (inteso in senso weberiano) segna la crisi della nozione giuridica d'interesse pubblico, come organicamente compendiabile nell'amministrazione[65].

D'altronde, un raffronto tra ordinamenti nazionali fornisce l'abbrivo per siffatto indirizzamento: da quel ramo d'indagine non potendosi fare a meno di constatare che la valutazione di preminenza fra i "requisiti" dell'atto (legittimità formale e rispondenza all'interesse pubblico della sua affermazione-conservazione) perde definitivamente la stabilità minima che le poteva conferire una parvenza "ontologica" all'interno di ciascun ordinamento; posto che s'attaglia, di volta in volta, all'uno od all'altro degli stessi requisiti[66].

Corrispondentemente, sul piano della scienza giuridica: laddove il Legislatore faccia uso di norme genericamente attributive di un potere, "lasciando le cose aperte per il

istruttoria ed alla conseguente proposizione di motivi aggiunti: il ricorso elettorale neppure può essere proposto, con riserva di motivi aggiunti, allo scopo di far rinnovare le operazioni di scrutinio dinanzi al giudice amministrativo, il quale può disporre gli accertamenti istruttori solo al fine di valutare l'effettiva fondatezza delle specifiche censure proposte».

[65] F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 133 s.

[66] D. DE PRETIS, *"Illegittimità comunitaria" dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 725 s., segn. pp. 728-730. Cfr. pure: A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo – I Annullamento e revoca tra posizioni "favorevoli" e interessi sopravvenuti* –– Napoli, 1991; ID., *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento* (atti della giornata di studio svoltasi a Caserta il 20 maggio 2005 – a cura di G. Clemente di San Luca –), Torino, 2005, p. 215 s.

ISSN 2036-7821

futuro e consentendo un approccio flessibile ai problemi del domani". Infatti, si va progressivamente diffondendo l'orientamento che:

- perorando il metodo della "contaminazione", asseconda un processo comune a differenti esperienze ordinamentali;
- quantomeno, nella misura in cui quel rapporto sinergico esalti la pienezza del sindacato giurisdizionale sull'argomentare delle autorità preposte ai pubblici interessi; al contempo, nell'osservanza dello schema logico della *deference*, seguendo il quale, alla condizione di organo *super partes*, si affianca il dovere del giudice di rispetto degli ambiti di valutazione non sostituibili con apprezzamenti soggettivi del medesimo[67].

Se non che: nonostante l'interesse pubblico rappresenti ormai il "problema essenziale del diritto amministrativo"[68]; per lungo tempo non ha conosciuto che uno scarso approfondimento. Si è, infatti, reputata appagante un'accezione teoricamente "negletta", (quale categoria giuridica "di senso"), di cui restano ancora tracce evidenti: «*quale connotazione di un'opera, di una attività o di una funzione, ha carattere aperto e/o indeterminato, non essendo vincolata ad alcuna espressa qualificazione legislativa né alla pertinenza soggettiva dell'iniziativa: essa si presta quindi ad abbracciare qualunque intervento che, a prescindere dalla sua appartenenza tipologica, risulti rispondere, nel concreto contesto sociale ed economico in cui deve essere realizzato, ad una finalità rilevante ed utile per la collettività (e non solo per il soggetto che se ne faccia promotore)*»[69].

Da qui, la necessità di alcune puntualizzazioni: sulle principali criticità (vecchie e nuove) che accompagnano quella "nozione" (funzionale); sull'opinabilità di alcuni "abbinamenti" (o "distinguo") nei quali è rimasta coinvolta. Ciò, avendo riguardo ai diversi formanti giuridici, come di seguito si tenterà di spiegare.

Per un verso, sul presupposto che quello all'effettività della tutela giurisdizionale si configura come diritto soggettivo del singolo, è stato acutamente osservato che: «... *se è chiara la rilevanza che assume l'interesse individuale protetto come diritto soggettivo mediante l'apposizione di corrispondenti limiti a poteri dell'amministrazione, meno chiari appaiono i caratteri dell'interesse pubblico connesso a questi limiti stessi, perché esso sembra svolgere un doppio ruolo: con maggiore evidenza, quello di interesse dell'amministrazione, contrapposto a quell'interesse individuale, e protetto entro i limiti posti ai poteri dell'amministrazione medesima; ma non solo: questo interesse dell'amministrazione, in tanto può essere limitato nei confronti di tale interesse individuale, in tanto può essere piegato alle esigenze della sua tutela, in quanto questa sua conformazione sia in funzione di un altro interesse: di un interesse che non può che essere di livello più elevato di quello che è pubblico,*

[67] Sul tema, ultimamente S. VALAGUZZA, *La contaminazione come metodo di conoscenza per la scienza giuridica. Una sperimentazione a partire dal diritto processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 1285 s., segn. pp. 1301-1302, 1319.

[68] M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, p. 91.

[69] T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 31 gennaio 2017, n. 183, in *Foro amm.*, 2017, p. 234 ove si puntualizza che: «Anche un intervento funzionale al raggiungimento di scopi di carattere lucrativo può astrattamente soddisfare esigenze di carattere pubblico e/o di pubblica utilità».

ISSN 2036-7821

nel senso che è dell'amministrazione pubblica, e che dunque, per questo solo dato, è anch'esso pubblico, e anzi a maggior ragione pubblico»[70]. In quest'ottica va inteso certo complessificarsi del "problema (del rapporto) amministrativo": in quanto esposto (anche) ad una sorta di dissolvenza nella quale è incorsa l'autonomia normativa degli enti pubblici (c.d. di azione) rispetto al Parlamento, le cui leggi non si limitano a conferire ai primi determinate prerogative, ma sovente ne disciplinano l'esercizio stesso. Si è andata via via smarrendo «*la consapevolezza dei valori che sono sottintesi dal perseguimento da parte del …"vero e proprio" legislatore* [Parlamento]*, di interessi pubblici che sono generali, nel preciso significato che questo aggettivo acquista, quando si considera che tali interessi costituiscono la sintesi suprema degli interessi di tutti i soggetti di quell'ordinamento che non a caso è parimenti detto generale: in quanto comprende anche i soggetti privati, che come tali già al suo livello mantengono la propria soggettività, la propria individualità. Correlativamente, si è persa la consapevolezza del carattere insuperabilmente di "parte" che l'amministrazione rivela, e della "parzialità" dei suoi interessi, per quanto pubblici, che persegue nella costruzione del suo ordinamento, nei confronti degli interessi che persegue il … "vero e proprio" legislatore, quando costruisce il suo ordinamento, quando costruisce l'ordinamento generale. Di conseguenza, si è persa la consapevolezza che la normazione di azione, in quanto sostanzialmente posta in funzione di interessi di "parte", anche se pubblici, quali devono essere comunque riconosciuti gli interessi dell'amministrazione, non può assurgere alla dignità della più elevata normativa di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, che viene a porsi come elemento costitutivo dell'ordinamento generale, per il solo dato formale che essa viene ugualmente adottata in quella veste legislativa che è propria di questa. Così, proprio nel periodo storico nel quale sempre più largamente la normativa di azione assume forma legislativa, per le stesse ragioni politiche e istituzionali generali che hanno provocato questa evoluzione, sempre più difficilmente si possono percepire le differenze sostanziali tra questa e la normativa di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione; e non solo tra la prima e la seconda: anche, e ancor più, tra la seconda e la prima*»[71].

Per altro verso (accostandosi al proposito di confutazione enunciato in esordio), deve registrarsi una tradizionale trascuratezza del giurista verso l'interesse pubblico in certa propensione a "trattarne" separatamente rispetto all'interesse legittimo sostanzialmente inteso[72]. Ciò si spiega con diversi ordini di ragioni.

---

[70] A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, p. 95 s., segn. pp. 99-100.

[71] A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, p. 95, segn. p. 205. Sugli 'attentati' al principio di legalità derivanti da certo atteggiarsi del rapporto fra poteri, legislativo ed esecutivo, con sostituzione del primo al secondo (emblematico l'esempio delle 'leggi-provvedimento'), si sofferma F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2007.

[72] Onde spiegare lo scarso approfondimento riservato alla nozione di "interesse pubblico": E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 1 s. («Il collegamento abituale "interesse legittimo – potere discrezionale" e l'altro, non meno consueto, "potere discrezionale – interesse

Preliminarmente, finisce col contrarsi in via progressiva il momento propriamente discrezionale, almeno nella misura in cui ci si approssimi allo stadio giudiziale, stante certo tecnicizzarsi di quell'ambito dell'attività amministrativa.

L'attenzione va però concentrata, per quel che maggiormente rileva, sugli ulteriori fattori, il primo dei quali, a sua volta, consta di almeno due componenti, di cui: l'una, sostanziale; l'altra, processuale.

Innanzitutto, va tenuto presente che le norme di relazione (riconducibili all'ordinamento generale) sovente tendono ad occupare spazi che competerebbero a quelle d'azione, sì da ingenerare una ingiustificata "ipervalutazione" dell'interesse pubblico "di parte" rispetto a quello dell'individuo[73].

La seconda ragione della trascuratezza del giurista verso l'interesse pubblico si coglie per via della resistenza ancora dimostrata 'sottotraccia' dalla teorica in forza della

---

pubblico" danno maggior attendibilità a[lla] supposizione [per cui l'attuale significato di ciascuna delle due locuzioni non può prescindere dal loro rapporto simbiotico], ed inducono a spiegare lo scarso approfondimento della nozione di interesse pubblico [almeno, fintantoché è invalsa la propensione a "trattarle" separatamente]»).

[73] «[...] se è chiara la rilevanza che assume l'interesse individuale protetto come diritto soggettivo mediante l'apposizione di corrispondenti limiti a poteri dell'amministrazione, meno chiari appaiono i caratteri dell'interesse pubblico connesso a questi limiti stessi, perché esso sembra svolgere un doppio ruolo: con maggiore evidenza, quello di interesse dell'amministrazione, contrapposto a quell'interesse individuale, e protetto entro i limiti posti ai poteri dell'amministrazione medesima; ma non solo: questo interesse dell'amministrazione, in tanto può essere limitato nei confronti di tale interesse individuale, in tanto può essere piegato alle esigenze della sua tutela, in quanto questa sua conformazione sia in funzione di un altro interesse: di un interesse che non può che essere di livello più elevato di quello che è pubblico, nel senso che è dell'amministrazione pubblica, e che dunque, per questo solo dato, è anch'esso pubblico, e anzi a maggior ragione pubblico» (A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 95 ss., segn. pp. 99-100).

In quest'ottica, va inteso certo complessificarsi del "problema (del rapporto) amministrativo": in quanto esposto (anche) ad una sorta di dissolvenza nella quale è incorsa l'autonomia normativa degli enti pubblici (c.d. di azione) rispetto al parlamento, le cui leggi non si limitano a conferire ai primi determinate prerogative, ma sovente ne disciplinano l'esercizio stesso. Come acutamente puntualizzato, si è andata via via smarrendo «la consapevolezza dei valori che sono sottintesi dal perseguimento da parte del …"vero e proprio" legislatore [parlamento], di interessi pubblici che sono generali, nel preciso significato che questo aggettivo acquista, quando si considera che tali interessi costituiscono la sintesi suprema degli interessi di tutti i soggetti di quell'ordinamento che non a caso è parimenti detto generale: in quanto comprende anche i soggetti privati, che come tali già al suo livello mantengono la propria soggettività, la propria individualità. Correlativamente, si è persa la consapevolezza del carattere insuperabilmente di "parte" che l'amministrazione rivela, e della "parzialità" dei suoi interessi, per quanto pubblici, che persegue nella costruzione del suo ordinamento, nei confronti degli interessi che persegue il … "vero e proprio" legislatore, quando costruisce il suo ordinamento, quando costruisce l'ordinamento generale. Di conseguenza, si è persa la consapevolezza che la normazione di azione, in quanto sostanzialmente posta in funzione di interessi di "parte", anche se pubblici, quali devono essere comunque riconosciuti gli interessi dell'amministrazione, non può assurgere alla dignità della più elevata normativa di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, che viene a porsi come elemento costitutivo dell'ordinamento generale, per il solo dato formale che essa viene ugualmente adottata in quella veste legislativa che è propria di questa. Così, proprio nel periodo storico nel quale sempre più largamente la normativa di azione assume forma legislativa, per le stesse ragioni politiche e istituzionali generali che hanno provocato questa evoluzione, sempre più difficilmente si possono percepire le differenze sostanziali tra questa e la normativa di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione; e non solo tra la prima e la seconda: anche, e ancor più, tra la seconda e la prima» (A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, cit., p. 205).

quale nel processo amministrativo (giuridicamente) si farebbe questione del solo interesse pubblico "di parte" o dell'interesse legittimo come coincidente col primo (da cui "riceve[rebbe] la vita"); così riducendo il secondo al rango di mera prerogativa di reazione nei confronti del provvedimento illegittimo (tale da "sdoganare" la proposizione del ricorso giurisdizionale da parte dell'interessato[74]). Risponde al vero che tale tesi ha raccolto un seguito minoritario[75]; pur trattandosi della più raffinata fra quelle originatesi dalla medesima costola, per cui l'unica situazione giuridica, soggettiva, sostanziale logicamente ammissibile sarebbe il diritto soggettivo[76]. Ma ciò si spiega in ragione delle obiezioni tradizionali che si appuntano: su di una concezione rigidamente compartimentale ("a tenuta stagna") quanto alla distinzione tra norme di relazione e norme di azione, e quindi tra illiceità ed illegittimità; sull'assunto secondo cui il processo amministrativo tutela soltanto l'interesse pubblico individualizzato nell'amministrazione[77]. In particolare, da diversi

[74] E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi della giustizia amministrativa* (prolusione al corso di diritto amministrativo pronunciata il 14 dicembre 1936), in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, p. 51 s. (ora in ID., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, p. 10).

[75] A. GLEIJESES, *Profili sostanziali del processo amministrativo*, Napoli, 1962, pp. 27-29, segn. p. 32 s., parla dell'interesse legittimo come (di una situazione soggettiva) coincidente con quello pubblico.

[76] F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d. (1910), p. 3.

[77] «...essenzialmente su due punti, che si possono dopo tutto considerare, per molti aspetti, interdipendenti, relativo, l'uno, alla distinzione delle due categorie, l'altro all'affermazione che nel processo amministrativo si fa, giuridicamente, solo questione di interesse pubblico.

La distinzione tra norme di relazione e norme di azione, e quindi tra illiceità ed illegittimità, è stata anzitutto messa in dubbio in base alle considerazioni che le norme del secondo tipo possono tutelare, insieme all'interesse pubblico, anche e contemporaneamente interessi individuali, oppure che, dovendo l'attività amministrativa osservare il limite del rispetto dei diritti soggettivi, ogni norma di relazione è nello stesso tempo norma di azione (sicché l'atto illecito è, in quanto tale, necessariamente illegittimo), o che addirittura ogni norma può appartenere ai due tipi, in quanto mira a disciplinare sempre dei comportamenti e a comporre dei conflitti di interessi; qualcuno ha aggiunto che esistono vincoli strettissimi tra le due categorie di norme, come sarebbe dimostrato dal fatto che si può avere violazione di una norma di relazione e quindi di un diritto soggettivo attraverso la violazione di una norma di azione (come nell'esempio dell'affievolimento).

L'altra critica si è appuntata ...sull'affermazione che il processo amministrativo tutela soltanto l'interesse pubblico individualizzato nell'Amministrazione, il quale sarebbe perciò, dal punto di vista giuridico, il solo interesse fatto valere in giudizio. A parte il rilievo, mosso da alcuni, che anche il giudice ordinario può tutelare l'interesse pubblico, si è detto che molteplici interventi indurrebbero a respingere quella concezione strettamente pubblicistica della giurisdizione amministrativa: i motivi cui si ispirò la riforma dell''89; tutta la posizione processuale del ricorrente, al quale spetta l'iniziativa, l'impulso la limitazione del tema della decisione, la possibilità di rinuncia ecc.; la ristrettezza dei termini di impugnativa; la stranezza di un'Amministrazione unica parte in senso sostanziale e quindi quasi in lotta con se stessa ma mai soccombente; l'impossibilità di ritenere la posizione del ricorrente analoga a quella del sostituto processuale; e così via di seguito.

Le critiche sin qui riferite, sia quelle relative alla distinzione fra le due categorie di norme, sia quelle relative agli interessi tutelati dal giudizio amministrativo, appaiono in gran parte persuasive, sebbene non riescano a condurre all'accoglimento delle posizioni, dalle quali sono formulate. Dal nostro punto di vista ci limitiamo ad osservare, in ordine alla teoria in esame, che l'interesse pubblico, posto ad oggetto del processo amministrativo e *che ivi riceve integrale soddisfazione*, non può essere costituito se non dall'interesse alla legittimità degli atti amministrativi, in cui altre dottrine hanno identificato l'interesse legittimo, rispetto alle quali però la teoria in esame presenta il notevole vantaggio di sfuggire alle difficoltà inerenti al problema della subiettivazione. Si possono pertanto richiamare le osservazioni ...ribadendo che il voler ravvisare l'oggetto del giudizio nell'interesse, anziché nella

decenni la dottrina ha posto l'accento sulla giuridica implausibilità sia della tesi secondo la quale le norme "di azione" sarebbero poste a tutela del solo interesse pubblico, sia di quella per cui l'interesse sostanziale dell'individuo possa ridursi a mero fatto di legittimazione[78].

Trascorrendo infine verso il secondo (correlato) ordine di spiegazioni di una

---

questione di legittimità dell'atto, nella quale sembra invece essere il vero *thema decidendi* del processo, è il portato di quella diffusa opinione, che ascrive ad oggetto di ogni attività giurisdizionale la tutela di interessi garantiti dalla legge; ma, ...in sede di considerazioni generali, la tutela degli interessi è lo scopo e non l'oggetto del processo (sì che, dal punto di vista teleologico, non si può forse escludere che la giurisdizione amministrativa sia preordinata alla contemporanea tutela dell'interesse individuale e dell'interesse pubblico).

Per quanto riguarda l'interesse sostanziale, appare assai convincente la sua riduzione a fatto di legittimazione. Bisogna però aggiungere che sul piano degli interessi sostanziali non viene in rilievo, nel giudizio amministrativo, solo quello di chi impugna l'atto, o tutt'al più anche quello dei controinteressati, bensì anche l'interesse della Pubblica Amministrazione, il quale è lo stesso che ha presieduto all'emanazione del provvedimento e che può essere sacrificato dalla decisione sull'altare del superiore interesse alla legalità. Esso si distingue da quest'ultimo, pur essendo entrambi interessi pubblici, ed ha natura sostanziale, alla stessa guisa dell'interesse del ricorrente, col quale si pone in rapporto di contrasto. Ciò evita di raffigurare l'Amministrazione quasi in lotta con sé stessa, spiega come mai possa soccombere, ed induce inoltre a considerare parti materiali nel processo anche il ricorrente e i controinteressati, secondo i più schietti principi del contraddittorio.

Relativamente, infine, al criterio di distinzione della competenza tra giudice ordinario e giudice amministrativo, nonché ai reciproci rapporti, la teoria in esame ha il merito di aver individuato una duplice difformità dell'atto dalle norme e di avere affermato pertanto la possibilità della doppia tutela.

Tuttavia i risultati, cui essa perviene, non si possono interamente condividere. La illiceità e l'illegittimità, pur potendo coesistere nello stesso atto, sono configurate quasi come compartimenti stagno, in quanto l'una è violazione del diritto soggettivo, l'altra dell'interesse pubblico. Se invece l'illegittimità si concepisce ...in un senso più ampio e comprensivo, ossia come difformità dell'atto dal paradigma predisposto dalla norma, essa potrà essere talvolta intimamente connessa all'illiceità, ossia al fatto che la Pubblica Amministrazione ha, nell'emettere il provvedimento, violato un dovere o addirittura un obbligo; sicché anche in tal caso il giudice amministrativo conoscerà dell'illegittimità dell'atto» (S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, pp. 251-255).

Quanto alla dubbia accettabilità della distinzione fra norme di azione e di relazione sul piano della teoria generale: M.S. GIANNINI e A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 229 s., segn. p. 282.

[78] Il costrutto in esame pare rispondere «all'esigenza – più o meno chiaramente avvertita – di stabilire un collegamento di qualunque genere fra processo amministrativo e realtà giuridica materiale. Si tratta, come deve riuscire evidente ad una analisi attenta, di una esigenza la quale aveva ed ha una sua precisa giustificazione, in quanto scaturisce e si pone come conseguente alla radicale insufficienza della configurazione tradizionalmente data alla giurisdizione amministrativa – istituita ...a tutela e garanzia dell'interesse del privato, che dovesse trovarsi protetto dalla norma (materiale), giusta un rapporto di coincidenza necessaria e di compenetrazione con l'interesse pubblico considerato nell'atto impugnato». Così A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, I, pp. 6-7 s., ove si pone in luce come la funzione da riconoscersi alla parte privata del giudizio non possa essere quella di costituire l'occasione per realizzare la tutela accordata all'interesse pubblico nell'ipotesi in cui non abbia preventivamente funzionato la c.d. autotutela amministrativa; con la conseguenza paradossale (sul piano del metodo) di costruire la giurisdizione amministrativa «muovendo da un'analisi, neppure esatta, e da una individuazione e determinazione, in gran parte arbitraria, della situazione giuridica del privato di fronte all'atto illegittimo della p.a., anziché da un esame delle norme definenti le varie forme della tutela che il processo amministrativo è preordinato a realizzare e da una analisi dei caratteri di struttura del processo, che sia condotta alla luce di una più esatta determinazione dell'istituto della legittimazione a ricorrere [vantare od avere un interesse diretto, personale ed attuale]».

Cfr. pure P. BODDA, *Interesse a ricorrere e interesse legittimo*, nota a Cons. St., IV, 7 dicembre 1934, n. 636, in *Il foro amm.*, 1935, I, 1, p. 47.

ISSN 2036-7821

trattazione separata dell'interesse pubblico rispetto all'interesse legittimo sostanzialmente inteso, può così articolarsi:
- a fronte dell'ampliarsi del novero delle occasioni "giustiziali", offerto al cittadino già sul piano procedimentale[79]; una progressiva occupazione dello spazio di tutela degli interessi individuali da parte di una torrentizia produzione di disposizioni (primarie e secondarie) volte soprattutto a regolare competenze e procedure[80];
- la connotazione "anfibologica" di un raffronto (l'interesse legittimo designando una situazione giuridica, l'interesse pubblico - atecnicamente - un'utilità per l'amministrazione[81]); altrimenti, identificando l'interesse legittimo con un sotteso interesse sostanziale, privato, in ragione dell'inammissibilità di una "correlazione" con un interesse (quello pubblico) individuato normativamente, dato che «*laddove arriva la legge la definizione del rapporto fra gli interessi è per intero assorbita al suo livello senza spazi residui*» (subordinazione dell'uno o dell'altro) eppertanto, sarebbe da escludere una situazione giuridica strutturalmente distinta dal diritto soggettivo[82].
Gli è tuttavia che quest'ultima tesi neutralizza la (possibilità di) correlazione (eppertanto, l'idea d'interesse pubblico in concreto) con meri espedienti verbali. Così, ad es., s'invoca il "vincolo di scopo": inteso come volto a perseguire non un interesse pubblico, ma interessi obiettivati e già formalizzati in una regola – legge o atto amministrativo –, a prescindere dai singoli e concreti aspetti che costituiscono i motivi della manifestazione di volontà dell'amministrazione[83]; per concludere

[79] A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* -dir. amm.-, cit., pp. 980-981; D. SORACE, *Notazioni in tema di posizioni giuridiche soggettive e tecniche di tutela nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1988, p. 3914 s., segn. pp. 3915-3916. Sul tema cfr. pure G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1981, p. 97; F. BRIGNOLA, *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, in *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, atti del XXXVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1992), Milano, Giuffrè, 1994, p. 7 s., segn. p. 9; E. CASETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, atti del XXXVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1992), Milano, Giuffrè, 1994, p. 19 s., segn. p. 28.

[80] A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* – atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013 –, Napoli, 2014, p. 171 s., segn. p. 198.

[81] Significativamente in M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, p. 76 si qualifica come "anfibologico" certo raffronto dell'interesse legittimo con quello pubblico, dal momento che si tratterebbe di "termini non omogenei": il secondo non identificando una situazione soggettiva bensì un "interesse sostanziale giuridicamente rilevante come fine". In quest'ottica si spiega l'obiezione mossa alla teoria, dominante in giurisprudenza sino agli anni Quaranta del secolo scorso, definita come dell'"interesse generale personalizzato" (*ivi*, pp. 80-81).

[82] A. ORSI BATTAGLINI e C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 487 s., segn. pp. 496-497.

Cfr. pure: R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3201 s., segn. p.3212 («anche nei riguardi della situazione di interesse legittimo l'interesse effettivo che l'ordinamento intende proteggere è pur sempre l'interesse ad un bene della vita»); M. PROTO, *La responsabilità dell'amministrazione per lesione di (meri) interessi legittimi: aspettando la Consulta*, nota a Corte cost., ord. 8 maggio 1998 n. 165, in *Resp. civ.*, 1998, p. 966 s.

[83] Così, sia pur nei confronti di atti di diritto privato, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, pp. 160-164. Sia consentito di rinviare, al riguardo, a P. COTZA, *Potere*

risolutamente nel senso dell'"irrilevanza della nozione di interesse pubblico nella qualificazione delle situazioni soggettive"[84].

Di tal fatta, però, il medesimo costrutto pare prestar il fianco a due ordini di obiezioni.

Innanzitutto, l'art. 97 Cost. fonda (ad un tempo) la compiuta risoluzione dell'interesse pubblico nell'ordinamento e (mediante la nozione di legittimità "allargata") il contenuto dell'interesse legittimo ("che non è possibile definire che in relazione all'interesse pubblico siffattamente risolto"). Se si conviene su tale tesi, in quella disposizione non solo si coglie l'essenzialità della prospettiva di giustizia per la comprensione del diritto amministrativo[85]; ma ne risulta "sconfessata" qualunque interpretazione ritualistica della legalità, sì da farne emergere gli aspetti sostanziali[86].

In secondo luogo, il costrutto avversato "tradisce" una concezione di regola giuridica invariabilmente attestata secondo lo schema (imperativo – al più nella sua versione finalistica – *id est*) ipotetico-casuistico[87]. La risposta al dilemma concettuale di partenza sembra allora doversi ricercare altrove: prendendo spunto dalla non riconducibilità, allo schema testé indicato, delle disposizioni di matrice "consequenzialista"; sì da dover ricorrere ad una nozione epistemologicamente "matura" d'interesse pubblico particolare. Quest'ultimo da intendersi non come

---

autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico), Napoli, 2007, par. 3.9.3.

[84] Cfr., al riguardo, A. ORSI BATTAGLINI, *"L'astratta e infeconda idea". Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico* (AA.VV.), Bologna, 1990, p. 11 s., segn. p. 73, ove si riporta l'asserto secondo il quale occorrerebbe «affermare risolutamente l'irrilevanza della nozione di interesse pubblico nella qualificazione delle situazioni soggettive e conseguentemente ricondurre la definizione dell'interesse legittimo in un esclusivo contesto di analisi del vantaggio obiettivamente attribuito dalla legge».

[85] E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 18: «L'interesse legittimo può garantire soltanto nei limiti del potere in sé considerato; ossia, nei limiti della legittimità dell'esercizio del potere; è un interesse alla legittimità particolarmente qualificato. La sua intensità -si passi la metafora- dipende dalla nozione che si accolga di legittimità. Se imparzialità e buon andamento sono rilevanti per costruire tale nozione, l'interesse legittimo riguarderà anche buon andamento e imparzialità, e la "caccia agli errori" risulterà, nella giustizia amministrativa, meno sterile».

[86] All'uopo, giova di richiamare un passo di E. CANNADA BARTOLI, *Interesse...*, p. 9, che così sintetizza il quadro di riferimento: «…l'art. 97 cost., stabilendo i canoni dell'imparzialità e del buon andamento, …fonda, ad un tempo, la compiuta risoluzione dell'interesse pubblico nell'ordinamento e, mediante la nozione di legittimità, il contenuto dell'interesse legittimo, che non è possibile definire che in relazione all'interesse pubblico siffattamente risolto» (*ivi*, p. 9). L'a. così prosegue: «…il compito del giudice amministrativo in tema d'interessi legittimi è strettamente collegato con quello che al medesimo spetta per la definizione …dell'interesse pubblico» (*ivi*, p. 19).

[87] L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 274 s., segn. p. 290: «Può darsi che la norma descriva direttamente il comportamento che deve essere adottato in presenza di date circostanze di fatto positivamente indicate, nel qual caso l'interesse, quale canone di comportamento, non esplica alcuna funzione rilevante nella fase di applicazione della norma, se non come criterio interpretativo della medesima, quando ne ricorrano i presupposti. Sostanzialmente diversa è l'ipotesi in cui la scelta del comportamento satisfattivo dell'interesse considerato venga rimessa ad un organo dell'apparato precostituito per la tutela dell'interesse. In questo caso infatti l'interesse diviene canone di comportamento operante principalmente nella fase di applicazione della norma, unico criterio al quale l'organo destinatario della norma può riferirsi per effettuare la scelta a lui demandata».

appartenente (in via esclusiva) all'amministrazione, bensì visto nella dinamica della sua determinazione e quindi nella confluenza dei vari interessi che vi sono coinvolti, compresi quelli degli amministrati; quale quella suffragata dalle menzionate logiche dei meccanismi decisionali (interpretativo-applicativi): del "circolo ermeneutico"; nonché, "operazionale" (dei 'costi/benefici') paradigmaticamente compendiabile secondo le scansioni del "razionalismo critico"[88]. Salvo ribadire il 'correttivo' all'instabilità delle decisioni, nel caso rappresentato dall''urgenza' intrinseca a quelle 'di giustizia'[89].

Evidentemente, alla luce di quanto precede, assume una nuova colorazione l'affermazione d'esordio: per cui quello all'effettività della tutela giurisdizionale si configurerebbe come diritto soggettivo del singolo. Infatti, la complementarità fra interesse legittimo ed interesse pubblico particolare, entrambi in funzione di quello concreto, comporta che quell'effettività, nel processo amministrativo, risenta della circostanza di appuntarsi su di una situazione giuridica soggettiva che non presenta i caratteri (canonicamente riconducibili al diritto soggettivo) cui la improntarebbe uno schema normativo ipotetico-casuistico. Pertanto, l'effettività stessa perde certo connotato di assolutezza (riferito alla tutela dell'interesse sostanziale), per assumere quello di tendenzialità entro i confini di un contemperamento legittimo delle istanze private con quelle pubbliche[90]. In tal senso, può seguitarsi ad impiegare l'affermazione d'esordio, purché si entri nell'ottica di certa polisemia all'insegna dell'interscambiabilità delle locuzioni: per cui il diritto soggettivo si può configurare

[88] Come noto, tale corrente epistemologica:

- rivelati i limiti del metodo induttivo, ha predicato la consapevolezza delle conseguenze alle quali conduce (stante la connessione complessiva di ogni divenire) l'impiego di mezzi pur soggettivamente "adeguati" (logica "operazionale" dei costi/benefici);

- per poi procedere (conformemente al postulato analitico) sul terreno dell'esperienza, mediante tentativi, attraverso un confronto delle "teorie rivali", onde condurre all'emersione degli errori ("falsificazione", come anticipato in esordio) ed alla loro eliminazione.

Cfr.: K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, tr. it. Torino, 1970, p. 275 s.; H. ALBERT, *Per un razionalismo critico*, tr. it. Bologna, 1973, p. 59 s.

[89] Ciò, a partire da una condizione del sapere sempre mutevole, mai definitiva, benché non sprovvista dell'attributo dell'oggettività: dato che il prodotto della discussione scientifica, critica (ossia – almeno in una certa forma –, "razionale"), prevalente in un determinato tempo per avere dimostrato il maggior grado di "resilienza", è conoscenza; come tale, distinta dalle semplici opinioni (dalle "credenze") che essa sospende in forza della sua "evidenza".

Una teoria, dunque, capace di conquistare il consenso di coloro i quali vedano, nel metodo della discussione razionale ("problematico", "deduttivo dei controlli", "selettivo", "autocorrettivo"), uno strumento di riconciliazione fra pensiero generale e discipline "regionali" (compresa quella giuridica).

[90] Di tale avviso si è espressamente dichiarato Cons. Giust. amm. Reg. Sicilia, 27 luglio 2012, n. 721, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 85 s., secondo cui la sistematica del processo amministrativo «elettivamente, conosce di una situazione giuridica - l'interesse legittimo - così intimamente connessa all'interesse pubblico generale, da non poter essere *tout court* trattata, anche nel processo, come i diritti soggettivi, di norma disponibili, di cui si conosce nel processo civile» (*ivi*, par. 4). Si tratta di un'affermazione nettamente avversata da PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, cit., p. 250 s.; ma erroneamente assumendo che s'identifichi con la tesi (anacronistica) della strumentalità dell'interesse legittimo rispetto ad una legalità amministrativa in senso formale cui sottende l'interesse pubblico generale.

quale interesse legittimo dell'ordinamento generale; mentre l'interesse legittimo quale diritto dell'ordinamento amministrativo[91].

3.2. Giudice amministrativo ed interesse pubblico concreto.

A questa stregua, tornando al processo amministrativo:

in ragione di quanto anticipato (in generale, a partire dall'impiego di principi e clausole generali - par. 1. -) sul rapporto fra la Legge e la fattispecie costruita con strutture linguistiche 'aperte', per cui la prima attinge il proprio significato operativo solo "reagendo" direttamente col "caso" (lo stato di fatto dato dal concreto atteggiarsi degli interessi) alla medesima sottoposto; eppertanto, non può prescindere (in termini di adeguamento del significato) dal complementare momento applicativo come, a sua volta, esigente la mediazione di giudizi di valore extratestuali, ricavati dai dati reali del caso da decidere, ed espressione di aspettative emergenti dalla realtà sociale che della disposizione rappresenta l'ambito applicativo;

il giudice, stante il suo compito "non meramente ricognitivo" della norma astratta, ma "attivo, creativo" della regola concreta di decisione, si fa da semplice "reintegratore di un ordine violato", "un costruttore, un coautore dell'ordine".

Salvo osservare che, quando si tratti del giudice amministrativo, tale connotato funzionale si spiega anche per via dell'assetto sostanziale acquisito dall'interesse pubblico: dal momento che centro vitale dell'azione amministrativa è l'esercizio della discrezionalità eppertanto, il relativo sindacato giurisdizionale, non trovando sempre un compiuto ordine normativo (secondo il menzionato schema ipotetico-casuistico): per un verso, finisce col venire a contatto col dispiegarsi della molteplicità degli interessi; per altro verso, si traduce, piuttosto che in giurisdizione (nell'attuazione logicistica della volontà concreta della legge, a partire da un'interpretazione "concettuale"), nell'individuazione dei "valori di giustizia"[92]. Pertanto, quando il giudice amministrativo sindaca, al contempo crea il parametro al quale avrebbe dovuto conformarsi l'azione dei 'pubblici poteri'. In tale contesto, la giurisdizione amministrativa non si limita a tutelare situazioni giuridiche soggettive di piena ed esclusiva attribuzione individuale; piuttosto, estrae dalla realtà sociale l'oggetto della propria cognizione.

A questa stregua (salvi ulteriori sviluppi della trattazione), la simultaneità 'conformativa-compositiva' (di bilanciamento fra interessi contrapposti) può

[91] F.G. SCOCA, *Interessi protetti* -dir. amm.-, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, Treccani, 1990, p. 11.

[92] M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, in *Foro it.*, 1978, V, col. 161 s., segn. col. 164: «Non senza ragione, la polemica intorno all'abolizione del contenzioso amministrativo prima e all'istituzione di una giurisdizione amministrativa dopo si sviluppò intorno al fatto che il giudice "altro" era destinato ad esplorare uno spazio (lo spazio dell'amministrazione pura, della conflittualità sociale) collocato al di là delle colonne d'Ercole delimitanti l'ambito dell'applicazione delle "leggi civili e politiche, regolatrici dei rapporti pubblici e privati" (Mancini) o, se si preferisce, l'ambito dei "diritti della privata proprietà e libertà" (Romagnosi)».

ISSN 2036-7821

senz'altro ricondursi alla giurisdizione generale di legittimità, senza dover ricorrere ad una giurisdizione di merito: nel momento in cui si assuma la complementarità, nel concreto, fra interesse pubblico 'primario' ed interesse legittimo, che (per l'appunto) fa del giudice un coartefice dell'azione amministrativa. Così che:
quando il giudice tutela le situazioni giuridiche azionate dai privati, inevitabilmente deve altresì farsi carico di curare l'interesse pubblico, quantomeno in una misura di ragionevolezza[93]; al contempo però, in chiave d'interesse pubblico concreto, intervenendo anche sull'assetto dell'interesse sostanziale facente capo al singolo;
altrimenti, dovendo assumersi che le valutazioni operate dall'amministrazione pubblica, nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali, siano senz'altro 'apprezzamenti di merito (amministrativo) che implicano scelte politiche di opportunità'[94].
Resta ancora una puntualizzazione che pare necessaria onde sgomberare il campo dell'analisi da precomprensioni ed equivoci. Lo spunto è offerto dalla tesi secondo la quale «l'interesse pubblico non è elemento costitutivo del processo amministrativo; [in tal senso, basterebbe] richiamare l'insuperato insegnamento secondo cui l'inizio del processo segna la fuoriuscita da esso di qualsivoglia "peculiarità" riconducibile all'interesse pubblico che connota l'azione amministrativa sostanziale»[95].
Se non che, le connessioni riportate nel presente paragrafo, come nel precedente, depongono a favore di una 'ontologica' considerazione dell'interesse pubblico anche da parte del giudice amministrativo; salvo osservare che ciò non trascende in violazione della 'parità delle parti' (quale connotato intrinseco al processo), nella misura in cui il sindacato del giudice si estende all'interesse pubblico, incidendovi, entro i limiti di una valutazione di legittimità del concreto contemperamento di quelli in giuoco.

4. *Confutazione sul piano del metodo*.
Se si conviene sui precedenti ordini di connessioni, tornando allo studio che ha dato occasione al presente scritto: pur condividendone il riconoscimento dal primo riservato, in corrispondenza dell'agire discrezionale, al rilievo centrale dell'interesse pubblico concreto; l'identificazione di quest'ultimo con l''utilità finale oggetto del potere amministrativo' finisce col 'tradire' una considerazione aprioristicamente riduttiva di determinate disposizioni processuali, che si vorrebbe meramente 'strumentali' a quello scopo, per via del riflettere scelte legislative «fuorvianti rispetto all'obiettivo di garantire una tutela piena del cittadino nei confronti della pubblica

[93] *Contra* F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, 2013, p. 223 ove si richiama a sostegno autorevole dottrina.
[94] Così F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo …*, p. 225.
[95] PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, cit., p. 241 il quale menziona a sostegno F. LEDDA, *Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi, in Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace*, in Atti del convegno tenutosi a Messina il 15-16 aprile 1988, Milano, 1993.

ISSN 2036-7821

amministrazione». Non foss'altro perché, in quell'ottica strettamente 'volontaristica' (monopolizzata dalla *voluntas legis* e dalle complementarizzazioni di principi che essa pare statuire - a favore dell'efficacia amministrativa ed a discapito dell'effettività della tutela del soggetto che ne risulta a vario titolo interessato -), tale rappresentazione adombra un approccio 'consequenzialista' al problema del rapporto più generale fra decisioni del giudice amministrativo e 'logica del risultato' riferita all'azione dei pubblici poteri. Ci si riferisce (secondo un significato di consequenzialità evidentemente diverso da quello associato agli schemi normativi, ma stavolta improntato ad una logica operazionale) al canone argomentativo improntato alle conseguenze che l'una o l'altra delle possibili soluzioni giudiziali, nel valutare una data fattispecie (evidentemente già perfezionatasi), verosimilmente è destinata a produrre sul versante dell'azione amministrativa: come fondato sul 'futuribile'. Per cui, pur esprimendo, quest'ultimo concetto, una forma complessa d'intreccio del presente col passato e col futuro, è ormai di comune dominio e pacificamente accettato nel senso che implica (almeno, quale primo aspetto del problema indagato prevalentemente dalla privatistica):

per un verso, «un giudizio ipotetico proiettato verso il passato, una specie di calcolo di probabilità retrospettivo»; per cui, esemplificativamente, a fronte di un dato risultato conseguito dall'amministrazione pubblica, pur a fronte di una sua azione viziata sul piano della legittimità, il giudice dovrà domandarsi se, nell'ipotesi in cui quel vizio non si fosse determinato, il risultato conseguito dal soggetto pubblico, sarebbe stato apprezzabilmente diverso e, con esso, sarebbe stato diverso l'impatto di quell'azione sulla sfera giuridica del privato[96];

per altro verso, una corrispondente proiezione del presente (la valutazione giudiziale) nel futuro (dell'azione amministrativa e della sfera degli interessi del privato)[97].

In altri termini, gli è che: pur senza pretendere di avanzare un discorso eversivo del ruolo della 'positività' in seno ai 'formanti' del diritto (delle gerarchie e delle confinazioni che la medesima detta); indugiando sul solo profilo di strumentalità, si trascura che il problema consiste innanzitutto nell'aporia di determinazione (scelta) della decisione giudiziale, come condizionata da una precognizione sugli effetti che la medesima può determinare in ordine all'azione amministrativa; quanto (evidentemente) prelude ad un'indagine che, lungi dall'essere circoscritta alla

[96] Valga di rinviare (*ex multis*) a: S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 80; P. CALAMANDREI, *L'art. 1497 c.c. e i futuribili*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, II, p. 200.

[97] L. MENGONI, *Diritto e tempo*, in *Jus*, 1998, p. 635 s., ora anche in *Scritti I – Metodo e teoria giuridica* (a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi), Milano, 2011, p. 11 s., segn. pp. 20-21: «Poiché il giudice deve rappresentarsi una situazione passata come presente ed in base ad essa formulare una prognosi *a posteriori* "sulle conseguenze che si sarebbero verificate nel passato se fossero accaduti certi fatti che non sono accaduti, e viceversa", il futuribile comporta, relativamente alla situazione considerata, anche una estensione del presente nel futuro».

ISSN 2036-7821

relazione 'lineare' decisione-effetto (di risultato), deve indulgere ad un più consapevole assetto ermeneutico di tipo 'riflessivo-circolare', in quanto scandito nei menzionati termini di una logica della preferenza fra soluzioni 'rivali' (alternative).
Salvo puntualizzare che tale circuito virtuoso può esplicarsi: non solo nei menzionati termini di una valutazione di prevalenza fra principi, di efficacia amministrativa e di tutela, emancipandosi dal giogo 'volontaristico' e così consentendo di operare una comprensione-applicazione delle discipline 'speciali' meno 'ingessata', di volta in volta 'aperta' al concreto atteggiarsi della sequenza passato-presente-futuro nella relazione fra decisione giudiziale ed azione dei pubblici poteri; ma altresì, quale secondo aspetto del problema, più di spettanza della pubblicistica, in termini di estensibilità della valutazione giudiziale in ordine al risultato dell'azione amministrativa eppertanto, nella misura in cui il giudice, tutelando le situazioni giuridiche azionate dai privati, si fa altresì carico di curare l'interesse pubblico (quantomeno entro i termini di una ragionevolezza che non sconfini nel merito).

5. *Orientamento del regime processuale al 'risultato' dell'azione amministrativa e riti speciali, con particolare riguardo al contenzioso dei contratti pubblici.*
Nell'ottica 'virtuosa' che si è testé tentato di adottare andrebbe 'letta' la circostanza per cui il principio di effettività della tutela permea altresì la disciplina dei riti speciali di cui al Libro IV, c.p.a., all'insegna della differenziazione: nel senso dell'adeguamento degli strumenti processuali destinati all'attuazione delle situazioni giuridiche soggettive (in ossequio al 'combinato disposto' degli artt. 3 e 24 Cost.); assecondando un moto che ha parimenti ispirato il codice di rito civile, e così catalizzando l'attenzione dei rispettivi ambiti scientifici[98].
In particolare: alla luce del rilevato rapporto di complementarità fra interesse pubblico ed interesse legittimo nonché, del ruolo 'creativo' del giudice amministrativo in quanto (lungi dal ridursi all'attuazione logicistica della volontà concreta della legge, a partire da un'interpretazione "concettuale"), si concretizza nell'individuazione dei "valori di giustizia", creando il parametro al quale avrebbe dovuto conformarsi l'azione dei 'pubblici poteri'; può valutarsi, emancipandosi da certa 'precomprensione' riconducibile al risultato dell'azione amministrativa, la disciplina processuale relativa al contenzioso in materia di contratti pubblici.
Così: salvo quanto convenuto circa il configurarsi di una forma di giurisdizione oggettiva con riguardo all'art. 121 c.p.a. che consente la permanenza dell'efficacia del

[98] *Ex multis*, può rinviarsi a: A. PROTO PISANI, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973, V, col. 205 s.; ID., *Note minime sulla c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, in *Dir. giur.*, 1978, p. 534 s.; ID., *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 536 s.; ID., *Ancora sulla c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, in *Dir. giur.*, 1980, p. 751 s.; L. MONTESANO, *Luci ed ombre in leggi e proposte di "tutela differenziata" nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 592 s.; C. VOCINO, *Intorno al nuovo verbo "tutela giurisdizionale differenziata"*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, II, 1, Milano, 1984, p. 763 s.; M. NIGRO, *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 3 s.

contratto benché ricorrano "gravi violazioni", una volta constatato che le istanze legate all'interesse generale la impongano (cfr. par. 1.); possono ricondursi alla menzionata strategia 'riflessiva', quale improntata ad una logica di tipo 'operazionale' mutuata quando si tratti di applicare principi antinomici (quali quelli dell'effettività della tutela e del risultato dell'azione dei pubblici poteri), le seguenti disposizioni del c.p.a.

Il primo riferimento cade sull'art. 120, comma 10, ove s'impone al giudice amministrativo di tener conto, nel decidere la domanda cautelare, dell'"interesse generale all'esecuzione del contratto"[99]; non per caso, l'A. dello scritto dal quale si muove riconosce che quella comparazione «non si differenzia sostanzialmente da quella che il giudice amministrativo compie nella generalità dei casi». Così che, in coerenza col 'gradiente' cui si presta la complementarità fra interesse pubblico ed interesse legittimo (venendo in rilievo la *ratio* di garantire la rapida conclusione delle procedure di gara e la stabilizzazione delle commesse pubbliche), si giustifica un arretramento della soglia di tutela di quest'ultimo (dell'interesse sostanziale sottesovi) in favore del primo[100].

Lungo la medesima falsariga andrebbe valutato l'art. 122 nel suo conferire al giudice amministrativo il potere di stabilire se dichiarare l'inefficacia del contratto per l'ipotesi di violazioni 'non gravi', quantunque sia illegittima l'aggiudicazione al punto da annullarla[101]. Prova ne sia, innanzitutto, che i riferimenti normativi ivi contenuti attengono a valutazioni che non esorbitano dalla vicenda contrattuale per cui è causa, per quanto si tratti di potere giudiziale reputato residuale, a fronte di una salvezza degli effetti altrimenti preconfigurata dal Legislatore (salve le determinazioni assunte dall'Amministrazione successivamente ed in conseguenza di

[99] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, pp. 552-553.

[100] *Ex multis*: T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 21 novembre 2025, n. 1061; Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2023, n. 9298 («La disciplina di cui agli artt. 119 e 120 c.p.a. ha carattere derogatorio rispetto alla disciplina processuale comune, e ciò implica, sul piano ermeneutico, l'utilizzo di parametri interpretativi che tengano conto della natura eccezionale delle disposizioni medesime e che precludano all'interprete l'utilizzo di canoni interpretativi estensivi e analogici, ma anche teleologici. L'attitudine delle norme oggetto di indagine a comprimere i diritti di difesa, riducendo i tempi per il loro valido esercizio, impedisce, infatti, di leggere la loro portata precettiva come estesa ad ambiti non direttamente segnati dal significato letterale delle espressioni lessicali utilizzate, così come preclude di ricavare, in esito a un'indagine che valorizzi la ratio della disposizione descrittiva, con valenza tassativa, delle controversie regolate dal rito speciale, effetti prescrittivi diversi da quelli direttamente riferibili al senso delle parole usate»); T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 16 ottobre 2023, n. 1453 («A salvaguardia dell'attendibilità delle offerte e della serietà della competizione, nonché dell'efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, in caso di incertezza interpretativa, va preferita un'interpretazione delle clausole del bando nel senso che i mezzi e le dotazioni funzionali all'esecuzione del contratto, soprattutto quando valutabili ai fini dell'attribuzione del punteggio per l'offerta tecnica, devono essere individuati già al momento della presentazione dell'offerta, con un impegno del concorrente ad acquisirne la disponibilità, a carattere vincolante ovvero compiutamente modulato dalla stazione appaltante quanto alla serietà ed alla modalità della sua assunzione o alle condizioni e ai termini di adempimento dell'obbligazione futura»).

[101] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, pp. 554-555.

quell'annullamento, a conferma della 'disponibilità' degli interessi in giuoco)[102].

[102] Cfr.: T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 12 settembre 2025, n. 2645; Cass. civ., sez. un., Ord. 9 agosto 2025, n. 22959 («Non integra eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo la pronuncia di inefficacia del contratto seguito ad aggiudicazione definitivamente annullata e di subentro del ricorrente nel rapporto contrattuale. Tali statuizioni sono istituzionalmente riservate al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm. e precluse all'autorità amministrativa, non potendosi configurare la violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa in pretesi errori di valutazione dei relativi presupposti»); Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2025, n. 2894; Cons. Stato, sez. V, 15 settembre 2022, n. 8011 («In generale va escluso che all'annullamento dell'aggiudicazione, in mancanza di espressa statuizione del giudice, possa conseguire la caducazione automatica del contratto; la decisione sulla sorte del contratto spetta, ai sensi degli artt. 121 e 122 del D.Lgs. n. 104/2010, al giudice che abbia annullato l'aggiudicazione; in mancanza della statuizione del giudice sulla sorte del contratto, malgrado l'annullamento giudiziale degli atti di gara e dell'aggiudicazione, il contratto rimane efficace, salve le determinazioni assunte dall'amministrazione successivamente ed in conseguenza di tale annullamento»); Cass. civ., sez. un., Ord. 28 luglio 2021, n. 21651; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 1° febbraio 2021, n. 234; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 12 agosto 2020, n. 1563 («L'art. 122 del D.Lgs. n. 104/2010 demanda al giudice la regolazione degli effetti dell'inefficacia del contratto, salvo che dall'annullamento dell'aggiudicazione derivi la ripetizione della gara; tuttavia, in base al combinato disposto degli artt. 34 e 122 del D.Lgs. n. 104/2010, deve ritenersi consentito al giudice, in caso di accoglimento del ricorso avverso l'aggiudicazione di un appalto, di regolare la decorrenza della inefficacia del contratto medio tempore stipulato, coordinandola con l'esito della ripetizione della gara, quando gli interessi dedotti in giudizio lo richiedano»); T.A.R. Friuli – Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 14 maggio 2020, n. 148 («In caso di accoglimento del ricorso avente ad oggetto l'aggiudicazione di una gara pubblica, deve essere dichiarata, se richiesta, anche l'inefficacia del contratto stipulato con l'aggiudicatario a decorrere dalla data di pubblicazione della sentenza di annullamento, disponendo con la medesima decorrenza, il subentro nel contratto del legittimo aggiudicatario; il giudice deve valutare la sussistenza delle condizioni che possano ostacolare il subentro nel rapporto, quali la durata del contratto e la parte di esso che deve essere ancora eseguita»); T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 7 febbraio 2020, n. 603. Che sia comunque un problema di sola ponderazione degli interessi in causa parrebbe indirettamente confermato da T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 22 aprile 2021, n. 372 («All'annullamento dell'aggiudicazione, in assenza di statuizione del giudice sul contratto d'appalto - situazione evidentemente differente da quella in cui il giudice amministrativo, pur richiesto dalla parte con domanda di declaratoria di inefficacia o di subentro, ritenga di mantener fermo il contratto soppesando espressamente le ragioni di cui all'art. 122 del D.Lgs. n. 104/2010 - non può seguire l'inerzia della stazione appaltante. La stazione appaltante, infatti, è tenuta a valutare se, alla luce delle ragioni che hanno determinato l'annullamento dell'aggiudicazione, permangano o meno le condizioni per la continuazione del rapporto contrattuale in essere con l'operatore economico (illegittimo) aggiudicatario, ovvero se non risponda maggiormente all'interesse pubblico, risolvere il contratto e indire una nuova procedura di gara»). Cfr. pure: Cons. Stato, sez. V, 26 gennaio 2021, n. 788 («Va escluso che all'annullamento dell'aggiudicazione, in mancanza di espressa statuizione del giudice, possa conseguire la caducazione automatica del contratto; la decisione sulla sorte del contratto spetta, ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a., al giudice che abbia annullato l'aggiudicazione; in mancanza della statuizione del giudice sulla sorte del contratto, malgrado l'annullamento giudiziale degli atti di gara e dell'aggiudicazione, il contratto rimane efficace, salve le determinazioni assunte dall'amministrazione successivamente ed in conseguenza di tale annullamento»); Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2020, n. 2731 («In materia di gare pubbliche, all'annullamento dell'aggiudicazione, in assenza di statuizione sul contratto d'appalto, situazione evidentemente differente da quella in cui il giudice amministrativo, pur ritualmente richiesto dalla parte con domanda di declaratoria di inefficacia o di subentro, ritenga di mantener fermo il contratto soppesando espressamente le ragioni di cui all'art. 122 del D.Lgs. n. 50/2016, non può seguire l'inerzia della stazione appaltante; la stazione appaltante, infatti, è tenuta a valutare se, alla luce delle ragioni che hanno determinato l'annullamento dell'aggiudicazione, permangano o meno le condizioni per la continuazione del rapporto contrattuale in essere con l'operatore economico aggiudicatario, ovvero se non risponda maggiormente all'interesse pubblico, risolvere il contratto e ripetere la procedura di gara»).

Come anticipato, condividono l'impostazione del Taglianetti: Cons. Stato, sez. VII, 28 marzo 2022, n. 2246; 23 marzo 2022, n. 2140.

D'altro canto, lo stesso A.: pur ancorato ad una (ormai anacronistica) concezione di quel giudice quale "mero censore della legittimità dei provvedimenti"; riconosce che «il processo amministrativo diventa, di conseguenza, non più soltanto il mezzo per assicurare la protezione degli interessi legittimi, ma anche lo strumento per individuare e scegliere quale interesse (pubblico o privato) debba prevalere nel caso concreto; ossia lo strumento per la tutela dell'interesse pubblico concreto che l'amministrazione non ha potuto o saputo tutelare nel corso della sua azione». Ciò, non desterebbe alcuna riserva sol che si rendesse tale processo, in un'ottica epistemologicamente ed ermeneuticamente aggiornata, come funzionale alla tutela dell'interesse legittimo in quanto (di volta in volta) complementare alle istanze generali, facendo del giudice speciale un coartefice dell'interesse pubblico concreto.

6. *Prospettive di un riposizionamento dei termini di confine tra giurisdizione amministrativa di legittimità e merito amministrativo*.

In forza dei precedenti argomenti, si ritiene di aver giustificato la prospettiva di estensione di una giurisdizione di legittimità in relazione a profili, di costruzione dell'ordine degli interessi coinvolti, ascrivibili esclusivamente all'azione dei pubblici poteri solo in ragione di certe preclusioni ancora legate alla pregiudiziale di una 'riserva di amministrazione' sull'intero ambito delle 'valutazioni di opportunità' quali sindacabili nelle sole 'materie' di 'giurisdizione di merito'.

Peraltro, sulla falsariga del medesimo discorso di aggiornamento epistemologico ed ermeneutico, pare di poter compiere un passo ulteriore nel percorso di avanzamento della giurisdizione di legittimità sul terreno (del risultato dell'azione amministrativa, *rectius*) della (co)determinazione dell'interesse pubblico concreto e, così, della tutela dell'interesse legittimo. Ci si riferisce al più recente stadio della vicenda di parziale assorbimento del merito amministrativo nell'ambito di una discrezionalità "esternalizzata".

A tal fine, innanzitutto valga di muovere dalla tesi per cui: «*in un primo senso il "merito" è sinonimo di contenuto sostanziale del provvedimento e comprende insieme opportunità, valutazioni tecniche e qualificazioni giuridiche applicate, insomma indica tutta l'attività che va dal momento in cui si pone l'esigenza di provvedere sino al momento terminale; in un secondo senso, il "merito" coincide con la discrezionalità, ossia con il giudizio di ponderazione comparativa degli interessi coinvolti nell'azione dal punto di vista della esigenza della funzione. Ora è evidente che con la prima di queste osservazioni si ha riguardo al fatto indubbio che la giurisprudenza amministrativa - non solo da noi, ma anche in altri Paesi - ha gradualmente attratto entro il sindacato di legittimità tutta quella parte dell'attività di merito che era in qualche modo assoggettabile a regole e, quindi, oggettivamente verificabile; muovendo dal travisamento dei fatti si è così giunti a controllare la regola individuale sotto l'aspetto della completezza dell'informazione, della plausibilità delle previsioni e, in una parola, della coerenza logica della struttura assunta dalla decisione. Con*

ISSN 2036-7821

la seconda osservazione si precisa il significato della prima, qual'è cioè la parte del merito che deve ritenersi sottratta al sindacato di legittimità e, insieme, si sottolinea la riluttanza del giudice di unica istanza ad entrare in un campo - quello della discrezionalità amministrativa - che si ritiene vada, di regola, conservato alla competenza dell'amministrazione attiva»[103].

A fronte di tale impostazione, un ridimensionamento della "base soggettiva" della discrezionalità (nel significato "attualizzato" di valutazione comparativa a cura dell'amministrazione) si è venuto a determinare all'insegna di un processo di progressiva giurisdizionalizzazione dell'attività amministrativa. Dunque: emancipandosi dal valore "intrinseco" di un'amministrazione legittimata sulla base di un principio di "competenza"[104]; nell'ottica (garantista) della tutela in un contesto (potenziale o reale) di conflitto fra interessi (se del caso, da comporre avendo riguardo all'illegittimità dell'atto od alla correttezza-liceità del comportamento dell'amministrazione stessa[105]).

---

[103] A. PIRAS, *Invalidità c*) Diritto amministrativo, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 598 s., pp. 611-612. Cfr. pure A. AZZENA, *Spunti per una riflessione su: regole tecniche e merito amministrativo in relazione alla possibilità di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità*, in *Studi in ricordo di E. Capaccioli*, Milano, 1988, p. 599.

Significativamente così esordisce V. OTTAVIANO, *Merito* (diritto amministrativo), in *Nov.mo Dig. it.*, X, Torino, 1968, p. 575: «Il merito degli atti amministrativi consiste nel contenuto di quegli elementi dell'atto, da determinare discrezionalmente».

[104] A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di "merito"*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 517 s., segn. p. 527 ricorda che il merito quale componente a base soggettiva del processo decisionale, amministrativo: «presupponeva …non solo e non tanto che il processo decisionale amministrativo fosse privo di regolamentazione giuridica, quanto soprattutto che esso fosse costruito su base soggettiva, e che in esso si esprimesse quindi il valore intrinseco di un'amministrazione legittimata sulla base di un principio di "competenza" (intesa in senso weberiano).

È la successiva eclissi di questo principio legittimante, e la sua tendenziale sostituzione ad opera di un principio di legittimazione di carattere oggettivo e procedimentale, a determinare quindi la corrispondente crisi della nozione di "merito"».

Cfr. pure G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968.

[105] S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica* amministrazione, Torino, 2005, pp. 299-302: «L'obbligo di motivazione, da cui deve emergere con chiarezza la prevalenza dell'interesse pubblico all'adozione di un nuovo e diverso atto sull'affidamento del privato creato dal comportamento precedente, ha rappresentato a lungo l'unico strumento -inadeguato- di protezione, in quanto oggetto del sindacato giurisdizionale di legittimità; tuttavia, non si è rivelato in concreto esaustivo e, comunque, di fatto risulta assai difficile per il tramite della motivazione accertare la correttezza e la liceità del comportamento della pubblica amministrazione.

La valutazione del comportamento dell'amministrazione e dell'eventuale lesione dell'affidamento è, quindi, *prospettiva chiaramente diversa* dal sindacato sulla legittimità dell'atto amministrativo, in quanto la buona fede è regola generale di condotta corretta che avrebbe una *funzione integratrice* della disciplina legislativa dell'azione amministrativa e della discrezionalità, distinguendosi da essa anche in sede di sindacato giurisdizionale, poiché sarebbe in concreto *necessaria una valutazione obiettiva del rapporto e del comportamento*. Tale distinzione pare emergere più chiaramente in conseguenza dell'ammessa azione di risarcimento avanti al giudice amministrativo per danni derivanti da provvedimenti illegittimi e riguardo alla giurisdizione esclusiva, comprensiva del risarcimento del danno: il giudice amministrativo opera su due ambiti distinti e cioè sulla tradizionale legittimità del *provvedimento* e sulla responsabilità e, dunque, necessariamente sul *rapporto*, sul *comportamento* e sull'eventuale *scorrettezza* della pubblica amministrazione, lesiva di affidamenti privati.

Quindi, ormai non è più adeguata la soluzione tradizionale limitata a verificare la necessaria ponderazione dell'interesse pubblico e privato integrante l'affidamento, secondo principi logici di proporzionalità e di ragionevolezza, giustificando la preminenza dell'interesse pubblico in una congrua motivazione. In tal modo, alla

ISSN 2036-7821

L'avanzamento del processo di assunzione di un rilievo esterno alla struttura di competenza, da parte della discrezionalità (che non muta, quanto agli elementi di cui si sostanzia, a seconda della natura - legittimità/merito - cui convenzionalmente si riconduce il vizio[106]), ben risponde alla progressiva pubblicizzazione delle istanze della materialità ad opera di uno Stato sociale dall'esteso suffragio elettorale[107]. Al

---

fine risulta l'implicita coincidenza tra il principio di tutela dell'affidamento e la necessaria ponderazione degli interessi, che è regola fondamentale della discrezionalità con la conseguenza che il sindacato giurisdizionale utilizza gli stessi parametri di valutazione, talora meramente formali, con riflessi negativi sull'effettività della tutela; inoltre, l'affidamento non verrebbe tutelato quando sia stato pregiudicato da una condotta scorretta, ma vi siano atti legittimi e la legge non preveda alcun indennizzo.

La tutela non può così tradursi solo nell'esercizio della discrezionalità, poiché a tal fine basterebbe considerare nella comparazione degli interessi l'affidamento privato, escludendo così una tutela diretta ed autonoma che richiede un sindacato sul rapporto e sul comportamento della pubblica amministrazione.

Si ricorda la posizione tradizionale …che aveva proposto l'obbligo di ponderazione degli interessi, pur affermando una discrezionalità condizionata da situazioni private consolidate sulla base di una precedente scelta amministrativa. In questa direzione la tutela dell'affidamento si realizza pur sempre indirettamente attraverso l'esercizio della discrezionalità amministrativa secondo principi di imparzialità e di adeguata motivazione; sarebbero di fatto escluse dalla tutela quelle posizioni private il cui pregiudizio non dipenda dalla suddetta "corretta" (che in sostanza significa legittima) ponderazione di interessi, bensì da un *comportamento scorretto* dell'amministrazione, ad esempio, consistente in un aggravamento immotivato del procedimento amministrativo.

In definitiva, la problematica dell'affidamento è stata in passato prevalentemente ricondotta all'ambito del *vizio di eccesso di potere* per violazione di principi generali (ad esempio, di imparzialità e di uguaglianza) da rispettare nell'esercizio del potere discrezionale in coerenza con il principio di legalità, o per il difetto o l'insufficienza della motivazione riguardo all'effettuata ponderazione di interessi, talora ravvisando la violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990.

Ad analoghe considerazioni è possibile giungere se si richiama la posizione …che definiva la buona fede e correttezza come principio costituzionale riconducibile all'imparzialità, con la conseguenza che il dovere di correttezza a tutela dell'affidamento comporta la comparazione degli interessi e la tendenziale conservazione delle posizioni acquisite al procedimento precedente per *esigenze di imparzialità e di giustizia sostanziale*.

Dunque, la dottrina più risalente che, con studi originali, ha affrontato la problematica, ha poi comunque ricondotto la lesione del legittimo affidamento ad un problema di legittimità del provvedimento, ma di certo coerentemente con il sindacato tradizionale del giudice amministrativo.

Quindi, un sindacato "indiretto" sul rapporto veniva esercitato da tempo sulla base di principi costituzionali e di alcune norme positive tramite "un'opera prudente della giurisprudenza che introduce nell'ambito dell'eccesso di potere alcune figure e principi riferibili non soltanto ai vizi dell'atto, ma anche al collegamento con la funzione, del cui esercizio esso costituisce espressione". Si è così manifestato un approfondimento del sindacato di legittimità con l'utilizzo di *canoni sostanziali di giudizio* che considerano le conseguenze socio-economiche della scelta amministrativa, in presenza di situazioni giuridiche soggettive consolidate e di *affidamenti dati dall'amministrazione* o per la gravità della compressione della sfera giuridica del destinatario dell'atto; questi criteri sostanziali attengono alla congruità e alla *ragionevolezza* complessiva della determinazione con carattere equitativo e finalità di integrazione dell'azione amministrativa».

Sulla riparazione del danno quale ripartizione, fra la collettività, del costo della realizzazione dell'interesse pubblico compromesso dal provvedimento illegittimo, F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm*., 2005, p. 863 s., ove si conclude che, nell'ordine d'idee di una rivalutazione della buona fede in senso soggettivo, «il danno risarcibile è limitato alla perdita che sarebbe stata evitata se non si fosse riposta fiducia nella spettanza di quanto è stato a suo tempo attribuito con il provvedimento (danno da affidamento)». Cfr. pure F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.

[106] E. FERRARI, *Revoca nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, XIII, p. 335.

[107] V. OTTAVIANO, *Merito* (diritto amministrativo) …, p. 576: l'«art. 97 [Cost.] con il disporre che l'organizzazione amministrativa deve stabilirsi per legge in modo da assicurarne il buon andamento e l'imparzialità, supera la concezione [propria della forma statuale di tipo liberal-oligarchico] e dà piena attuazione in confronto

ISSN 2036-7821

contempo, però, tale vicenda risolve sommariamente ed equivocamente il problema "di contenuto" del merito amministrativo, segnando la crisi più profonda (perché apparentemente irreversibile) della sua parabola: dal momento che risulta tralasciato il profilo funzionale dell'area sottratta a quella sindacabilità.

In altri termini, ulteriore occasione di superamento di "precomprensioni" relative al merito amministrativo è data da una "rivisitazione" della discrezionalità nel momento in cui la dogmatica elabora il concetto di "funzione"[108]. Infatti, un qualunque processo decisionale, in quanto attività, solo se funzionalizzato può dotarsi di una rilevanza giuridica, unitaria ed autonoma: *id est*, non coincidente con quella dei singoli atti di cui (eventualmente) consta. Peraltro, tale, ineccepibile elaborazione ha inciso pesantemente su quella del "merito amministrativo": dato che, pur emancipandosi dalla logica di predeterminazione dell'interesse e dell'atto, con una pretesa "esclusivista" ne ha comportato quell'appiattimento al menzionato archetipo della "composizione" sul presupposto di un conflitto che non può esaurirne l'ambito funzionale più esteso, del controllo.

«*Eppure, nella breve storia dell'evoluzione dogmatica dell'istituto non mancavano le premesse per un suo uso molto più articolato, premesse fondate … su di un'attenta analisi della realtà amministrativa. In particolare l'aver desunto da tale realtà l'impossibilità di ricondurre ad unità il fenomeno, dati i diversi livelli di emersione dell'attività decisionale nel mondo del diritto, ha condotto a due precise prese di posizione sia in merito alla episodicità della funzionalizzazione - non esiste la "funzione amministrativa": vi sono solo "delle funzioni amministrative" - sia riguardo al fatto che "globalità (della rilevanza dell'attività) non significa interezza". Ha indotto inoltre, ma questa volta in termini problematici, a prospettare, fra le due ipotesi estreme dell'attività totalmente libera e dell'attività totalmente vincolata, una serie graduale di funzionalizzazioni qualitativamente diverse e quindi non necessariamente caratterizzate dalla discrezionalità.*

… sono proprio questi caratteri che rendono vitale l'istituto che altrimenti si ridurrebbe ad una diversa prospettazione del tradizionale concetto di potestà; e per un fine estremamente limitato quale è quello dell'inquadramento in schemi formali dell'interpretazione giurisprudenziale dell'eccesso di potere. Ma per valorizzarli è probabilmente necessario operare non soltanto su alcuni dei termini della sequenza logica indicata - e cioè sulla "discrezionalità" - ed ammettere che nessuno di essi sia veramente coessenziale all'istituto.

---

dell'amministrazione al principio democratico. Il rilievo che in tal modo viene ad assumere il merito è, d'altro canto, in relazione con i compiti di gran lunga aumentati che l'amministrazione svolge a favore dei cittadini. Le situazioni soggettive relative alle prestazioni che la prima è tenuta a fornire ai secondi, verrebbero a perdere di consistenza, in tutti i casi in cui il fornirle è legato a qualche elemento discrezionale, ove l'esercizio della discrezionalità fosse per definizione affare meramente interno dell'amministrazione».

[108] F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, p. 1; ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65 s.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 438 s.; F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969; CARNEVALE-VENCHI, *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, Padova, 1969; F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 301 s.

Questo in tal modo viene ricondotto alla sua origine di attività giuridicamente rilevante e quindi, secondo lo schema tipico di ogni fatto giuridico, si riassume nella esistenza di una norma di qualificazione, caratterizzata da particolari contenuti adeguati all'oggetto da qualificare.

E questa estrema semplicità strutturale corrisponde appieno ai profili funzionali: si tratta infatti di uno strumento volto a restringere l'area dell'agire libero delle figure soggettive ed a rendere possibile che altri valutino se e come il processo decisionale abbia risposto alle aspettative, o a certe aspettative, inerenti al sistema di interessi su cui era destinato ad incidere ed eventualmente adottino le misure necessarie per la loro salvaguardia. La vicenda quindi si inquadra nello schema del controllo secondo l'unica possibile accezione generica del termine …; essa, perciò, ha come necessario presupposto logico e strutturale la predeterminazione di un parametro, poiché nel momento stesso in cui si impone il controllo occorre determinare a quali effetti e su quale oggetto esso debba svilupparsi; è nella regola, dunque, che ciascun controllo trova ad un tempo il proprio fondamento e la propria individualità»[109].

Proprio queste ultime connessioni possono tornare utili ai fini del superamento di certa precomprensione del giurista. Così:

- la scoperta, di una serie graduale di funzionalizzazioni qualitativamente diverse dell'attività, giova al superamento di una concezione del binomio "legittimità" – "merito" del tipo A/non-A (ossia "a terzo escluso"); dunque, in prospettiva, consente di ritagliare al merito amministrativo uno spazio identitario nell'ambito della discrezionalità;
- la riconduzione del processo decisionale allo schema del controllo, nel momento in cui un modello normativo di stampo consequenzialista esclude (quale necessario presupposto logico e strutturale) la predeterminazione di un parametro, dà l'abbrivio ad un criterio alternativo di valutazione, purché anch'esso oggettivante la bontà della scelta; tale può considerarsi quello (avanzato dal 'razionalismo critico') della logica operazionale (dei "costi/benefici").

Alla luce di quanto esposto: muovendo da un nucleo concettuale comune alla discrezionalità (sia tecnica che amministrativa) ed al merito, rappresentato

[109] G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 130 s., pp. 134-135: «La conclusione è tanto più vera nel caso del "controllo di attività" che …costituisce l'essenza della funzionalizzazione, poiché in questa ipotesi alla "regola" è assegnato un compito ad essa normalmente estraneo e cioè quello di operare la qualificazione primaria dell'oggetto del controllo. Non va infatti dimenticato che funzione significa indubbiamente "attività controllabile" ma significa prima di tutto "attività giuridicamente rilevante" e che quindi se a questa definizione si vuol dare un significato tecnico preciso si deve ammettere che nella specie la regola non può limitarsi ad identificare l'oggetto senza prendere posizione, come avviene di solito, sulla sua rilevanza giuridica, ma deve preliminarmente qualificare una realtà che fino a quel momento è rimasta estranea all'area del diritto. Tutto ciò in termini formali si traduce anzitutto nella necessità che la regola sia espressa da una norma dell'ordinamento statale cui compete in via esclusiva -dal punto di vista dello stesso ordinamento, naturalmente- tale funzione; ma significa ancora, come ovvio corollario, che il relativo sindacato deve essere di natura giurisdizionale».

ISSN 2036-7821

dall'opinabilità delle scelte che renderebbe configurabile una pluralità di decisioni astrattamente legittime; il carattere recessivo della cognizione di merito procede di pari passo col potenziamento (*rectius*, certo modo d'intenderlo) della cognizione del giudice amministrativo[110].

Se però il sindacato su di un provvedimento non è ancorabile a regole giuridiche (o comunque il vizio non è obiettivamente accertabile), non può tradursi in un giudizio in senso giurisdizionale; al più, ergendosi a controllo amministrativo. Pertanto, accade che:

- mentre la figura dell'eccesso di potere assurge a sintesi dei modi di sussumibilità della discrezionalità amministrativa nel giudizio di legittimità, dal punto di vista della garanzia (con particolare riguardo alla 'ragionevolezza' della comparazione degli interessi in giuoco e dei suoi esiti);
- il merito (e, con esso, la discrezionalità tecnica) resta relegato nella condizione di criterio istruttorio e di decisione (di percezione dell'utilità, della bontà del provvedimento rispetto alla condizione di fatto, con esclusione della compresenza d'interessi diversi ed opposti), ma non di giudizio[111].

In altri termini: ad un'identificazione del merito con una sfera riservata, espressione di un'idea di sovranità dell'amministrazione in rapporto con gli altri poteri dello Stato e con i cittadini; corrisponde l'insindacabilità, nei giudizi di legittimità, delle scelte così operate che, in quanto tali, sono legittime[112].

Rebus sic stantibus, venendo al secondo (e principale) dei due corni del problema di cui ci si è inteso occupare (il primo corrisponde a quel che tradizionalmente s'identifica coll'associare il merito all'opportunità: come tale, definente l''orizzonte di senso', senza però escludere significati più puntuali), se s'intende ampliare oltre i confini (tradizionali) della discrezionalità (della sua logica) l'ambito di rilevanza giuridica dell'attività amministrativa, secondo il nesso normazione-giurisdizione, imponendo a tale "inclusione" il *nomen juris* di "merito amministrativo", non sono adeguate le strategie al momento prospettate.

Non è tale, evidentemente, la previsione di "mezzi" atti a garantire il relativo controllo, quando la loro estrazione sia contenuta entro l'organizzazione amministrativa di competenza, benché gli effetti si ripercuotano sull'ordinamento generale.

---

[110] C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario* -a cura di V. Parisio-, Milano, 1998, p. 71.

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

[112] B. GILIBERTI *Il merito amministrativo*, Cedam, 2013, pp. 90-91. Cfr. pure, con particolare riguardo alla discrezionalità tecnica, R. LABRIOLA, *Discrezionalità tecnica e poteri del giudice amministrativo: discrezionalità tecnica, amministrativa e merito; ambito e limiti del sindacato del G.a.; CTU: consulenza percipiente e deducente; discrezionalità delle autorità indipendenti; discrezionalità negli appalti pubblici, nei concorsi e in materia urbanistica*, Milano, Giuffrè, 2020, pp. 11, 20.

Parimenti, non giova di ricondurre il merito alla legittimità e, per essa, alla discrezionalità, avvalendosi dell'addentellato della ragionevolezza delle Leggi, onde garantirne comunque una sindacabilità cui non deve necessariamente corrispondere la possibilità di riforma[113]. Ciò, innanzitutto, dal momento che (di là dalle diverse accezioni) quel criterio si presta all'obiezione di "intuizionismo neo-giusliberistico", per non aver fornito una base cognitiva (o, comunque, una coerenza teorica), al sincretismo dominante, più solida rispetto agli sviluppi ermeneutici dell'arte topica: l'argomentazione suggellata dal principio di effettività (che, cioè, riceve pratica applicazione[114]) e, come tale, "giusta" senza la necessità di invocare apertamente il diritto naturale, o di un'etero-fondazione in quel *medium*, tra l'interprete e la giustizia, rappresentato dal sistema. Né pare aver sortito esiti confortanti l'esperimento di fornire, alla dottrina del "diritto vivente", un fondamento politico-positivo ("debole", per l'appunto)[115]. Infatti, dal momento che la struttura secondo "principi", con la quale si positivizzano certi contenuti, implica un'incorporazione del valore nel fatto (essere), il secondo reca con sé la pretesa normativa (dover essere). Pertanto, il diritto verrebbe sottratto, sul piano gestionale, al paradigma della *scientia iuris*, per essere inquadrato secondo quello della *iuris prudentia*. Così, se la legge, sotto le Costituzioni liberali, gerarchizzava i principi, la vigenza della giustizia (quale fonte concorrente), col sostituire alla "tirannia del valore" il pluralismo dei principi equiordinati, impedisce di comprendere il diritto come *scienza* della loro composizione, quest'ultimo presentandosi solo come *prudenza* del loro bilanciamento. Dunque, se la giustizia si manifesta attraverso il "caso" (il fatto), la giurisprudenza non può che essere il soggetto elettivamente deputato al bilanciamento (tra la *ratio*, di cui il "caso" sarebbe divenuto portatore, e la *voluntas* della legge mitigata dalla concorrente giustizia), attraverso una rediviva equità che avrebbe assunto le vesti della "ragionevolezza" (quale arte della composizione in vista della co-esistenza).

Ancora, non tornano utili pur interessanti spunti offerti dagli studi civilistici, specie a partire dalla logica di un generico 'abuso del diritto' declinata in chiave costituzionale (art. 2 come imponente l'adempimento dei doveri di solidarietà)[116]. Stavolta l'argomento è volto: sia a limitare la tutela del diritto soggettivo, nella misura in cui venga esercitato abusandone; sia a rendere suscettive di controllo (a certi effetti) situazioni soggettive, semplici, tradizionalmente concepite come "ad esercizio totalmente libero" (traducentisi in una facoltà piuttosto che in una

[113] Ampia trattazione si rinviene in GILIBERTI, *Il merito amministrativo …*, pp. 196 s., 281.

[114] Se ne rinviene un esempio in GILIBERTI, *Il merito amministrativo …*, p. 327.

[115] Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *"Viatico" di metodo per un diritto amministrativo della modernità*, Cagliari, 2023, p. 37 s.

[116] GILIBERTI, *Il merito amministrativo …*, p. 213 s. Cfr. pure F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Esi, 1996, p. 57.

ISSN 2036-7821

potestà)[117].

Quegli spunti, infatti, restano esposti alla duplice critica:

di trovare giustificazione in disposizioni di principio e concetti-valvola (es., divieto di atti di godimento della proprietà volti al solo scopo di nuocere o recare molestia alla sfera giuridica altrui, proporzionalità dei mezzi, buona fede oggettiva - correttezza, etc., per cui si rinvia agli artt. 833, 844, 1175 cod. civ.) già offerti dall'ordinamento onde canalizzare le medesime istanze funzionali, una volta constatata la preclusione ad avvalersi in ambito civilistico di istituti (eccesso di potere ed interesse legittimo) mutuati dal diritto amministrativo;

nonché, d'incorrere parimenti in positivismo giuridico 'debole' quando si tratti di conciliare l'istanza fondamentale dell'uomo all'inviolabilità (divieto di arbitrio in suo danno) e quella di certezza del diritto declinata in termini di autonomia negoziale[118].

Per cui, andrebbe ribadita l'indifferenza dell'ordinamento quanto alla valutazione, di ragionevolezza-apprezzabilità, dei fini perseguiti dal soggetto entro i limiti della sua sfera di libertà; a meno che non si riscontri che quell'agire, pur nei limiti del lecito, sia diretto esclusivamente al pregiudizio altrui.

In altri termini, il menzionato dibattito: pur meritorio nel porre in guardia dalle derive dell'assunto di originarietà ontologica dell'amministrazione pubblica in uno Stato di diritto[119]; non pare in grado né di dimostrare inconfutabilmente che l'esistenza di una riserva di amministrazione sia smentita dal dato costituzionale (permanendo le menzionate obiezioni di positivismo giuridico 'debole'), né che (corrispondentemente) ne sia totale l'assorbimento da parte della legittimità e della discrezionalità[120]. Semmai, non mancano argomenti che depongono a favore di quella riserva: con particolare riguardo alla configurazione (operata dall'art. 97 Cost.) dell'amministrazione quale soggetto organizzato, come tale preposto alla cura adeguata del pubblico interesse; per cui le relative scelte, pur quando basate su nozioni aperte e di opinabile applicazione, godrebbero di autorevolezza e

[117] Sulle differenti implicazioni di gestione, quando si tratti di un interesse proprio od alieno: S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964; S. RODOTÀ, *Proprietà* (diritto vigente), in *Nov.mo Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 125 s.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, segn. p. 205 s.; L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.

[118] Pur condividendo l'osservazione per cui "un diritto certo ma iniquo costituisce un'aberrazione almeno quanto un diritto strutturalmente incerto (o, meglio, esegeticamente complesso)" (GILIBERTI, *Il merito amministrativo …*, p. 236). Cfr. pure A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1995, pp. 49-50.

[119] G. BERTI, *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2018.

[120] Diversamente GILIBERTI, *Il merito amministrativo …*, rispett. pp. 289 e 291-292: «… il merito non sembra poter figurare come area riservata, ma solo qualificare l'azione amministrativa che sia uscita indenne da un controllo sui contenuti delle scelte, perché i pubblici poteri si sono dispiegati in conformità ai principi che tutelano l'individuo e nel perimetro delle procedure e dei significati possibili dell'intero tessuto normativo disponibile e da applicare.

Tutto ciò parrebbe attribuire al merito una funzione descrittiva, non giuridica e, tuttavia, trattandosi di nozione dal retaggio antico, che evoca disequilibri, tra amministrazione e cittadino, occorrerebbe riflettere sull'opportunità di mantenerla in uso, specie considerando che senza di essa il sistema parrebbe riuscire comunque a spiegarsi (grazie al binomio … discrezionalità-legittimità)».

credibilità[121]. Al più, non ricorrendo valutazioni tipiche della discrezionalità pura (dunque, al solo cospetto di quella tecnica), una riserva in favore dell'amministrazione si porrebbe in contrasto col divieto di limitare la tutela del cittadino nei confronti dei pubblici poteri (ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost.)[122].

Di là dal convenire su tale conclusione, nondimeno il sistema deve assecondare massimamente il progressivo ridimensionamento dell'insindacabilità dell'agire amministrativo (affermazione del vincolo di motivazione sostanziale, ampliamento di poteri istruttori del giudice amministrativo quale quello di disporre consulenze tecniche, etc.). In quest'ottica, la menzionata dottrina si è peritata di contribuire ad una maggiore consapevolezza delle implicazioni, di certa "inclusione" del merito nella discrezionalità per via di 'irragionevolezza' e 'sproporzione', in punto di 'sostituibilità' del giudice all'amministrazione oltre il limite delle decisioni di tipo demolitorio[123]. Peraltro, sulla medesima falsariga di un progressivo delinearsi di

---

[121] D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995, pp. 348 e 404.

[122] F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1066; nonché, ID., *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, p. 115.

[123] Di tale obiettivo intende farsi carico GILIBERTI, *Il merito amministrativo …*, p. 294 s., a partire dalla questione della consumazione del potere discrezionale: una volta che nel giudizio se ne sia accertato l'illegittimo esercizio, ed a fronte di un'amministrazione recalcitrante quanto al conformarsi ai contenuti del giudicato alla medesima sfavorevole. L'a. prende le mosse dalle tesi per cui, a fronte di una decisione amministrativa tecnicamente opinabile, trova giustificazione non la sottrazione al sindacato del giudice, ma solo il divieto per quest'ultimo di sostituirsi all'amministrazione (cfr. anche F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II (Amministrazione e garanzie), Milano, 1987, p. 247 s., segn. p. 313 s. Quindi, dato conto dei diversi modelli di sindacato giurisdizionale (*ivi*, 308-309), si opina nel senso che: non solo il sindacato di legittimità può estendersi alla verifica diretta delle valutazioni tecniche dell'amministrazione (in quanto attinente al fatto), ma quando da quella emerga l'inattendibilità per qualunque ragione degli apprezzamenti amministrativi, il giudice può sostituire questi ultimi coi propri e dichiarare l'illegittimità dell'atto impugnato (*ivi*, pp. 310-311). Il limite (sulla scia di quanto statuito dalla Corte di Cassazione - sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312 -) sarebbe quello: di un sindacato intrinseco di tipo debole fondato sull'evidenza del vizio; o, comunque, del riscontro di almeno una 'voce d'illegittimità' (*ivi*, pp. 320 e 323); non invece attinente al fatto opinabile di cui il giudice può senz'altro conoscere (*ivi*, pp. 324-325). Dunque, la pienezza del sindacato attiene al profilo di cognizione e di accertamento dell'illegittimità; ma non può sfociare nella possibilità, per il giudice, di sostituire le valutazioni dell'amministrazione con proprie (*ivi*, pp. 325-326).

Su tali posizioni anche la giurisprudenza amministrativa in tema di riedizione del potere a seguito di giudicato: a partire da Cons. Stato, ad. plen., n. 2/2013 sulla quale ultimamente è tornato R. FUSCO, *Il sindacato giurisdizionale sulla riedizione del potere amministrativo a seguito del giudicato*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, p. 67 s., segn. pp. 90-91, ponendone in rilievo certa 'mitigazione' quanto alla preclusione del deducibile: «è minima, rimanendo sostanzialmente intatto … il potere dell'amministrazione di collocare i fatti oggetto di precedente valutazione in un quadro fattuale più ampio, di modificare la lettura giuridica degli stessi, di ponderare gli stessi in modo diverso sia nell'ambito proprio della discrezionalità amministrativa che di quella tecnica». Sul solco di tale tendenza giurisprudenziale s'inserirà la teoria dell''*one shot* temperato' (per cui l'amministrazione che abbia subito l'annullamento di un proprio atto può riesercitare il proprio potere una sola volta): quale punto di equilibrio tra le due opposte istanze, di garanzia d'inesauribilità del potere di amministrazione attiva, e la portata cogente del giudicato di annullamento con i suoi effetti conformativi.

Sulle due esigenze, 'fisiologicamente contrastanti', di effettività della tutela del soggetto che ha ottenuto un giudicato favorevole e che va protetto dal rischio di un'attività amministrativa reiteratamente negativa fondata su ragioni e valutazioni sempre nuove, e di aspettativa dell'amministrazione di esercitare la propria discrezionalità

quella amministrativa come giurisdizione piena (avuto riguardo alla disciplina introdotta col d.lgs. n. 80/1998, per certi versi antesignana di quella introdotta col vigente c.p.a.), altra dottrina ne ha enfatizzato il corrispondente connotato 'di merito', per via: della completezza del sindacato sul fatto, dell'effettività reintegratoria della tutela assicurata nonché, quando esclusiva, dell'estensione (indistinta) a tutte le situazioni giuridiche soggettive[124].

Col presente scritto, invece, ci si propone di ampliare quell'inclusione (e, con essa, la verifica di 'eccesso di potere giurisdizionale') in termini di sostituzione delle valutazioni (non solo degli apprezzamenti tecnici sul fatto) al cospetto di decisioni (benché opinabili) tutte 'ragionevoli', mediante una rielaborazione teoretica e dogmatica del menzionato nesso logico 'normazione-giurisdizione': avuto riguardo allo schema di regolazione qualificante che, a sua volta, non dev'essere necessariamente di tipo ipotetico-casuistico, potendo atteggiarsi secondo un criterio "consequenzialista"; segnatamente, sensibile al risultato ed alla sua "misura" (alla gestione) piuttosto che al garantire un assetto d'interessi prefigurato (ed una sanatoria del vizio)[125]. Di tal fatta, non limitandosi ad imporre (dovere giuridico), a tutti i soggetti che partecipano alla funzione amministrativa, di tener conto preventivamente (in ogni decisione ed in rapporto ad ogni comportamento) del possibile modificarsi della situazione esistente (onde realizzare con certezza gli obiettivi programmati)[126]. Altresì, inverandosi la tesi per cui l'"amministrazione di risultato", una volta introiettata dall'ordinamento giuridico, generale, di là dal contrapporsi ad un'"amministrazione per atti", si giustappone a quella "di interessi" (*rectius*, all'amministrazione che ha come obiettivo giuridico, ultimo, l'interesse,

---

in maniera autonoma (e tendenzialmente inesauribile) senza che vi sia una sostituzione da parte del giudice di là dai limiti normativamente previsti: R. FUSCO, *Il sindacato giurisdizionale sulla riedizione del potere amministrativo a seguito del giudicato*…, segn. p. 105.

[124] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, pp. 458-460 ove si conclude che, pertanto: la giurisdizione piena è sicuramente 'di merito', ma non 'di opportunità'; per quanto l'assenza di poteri sostitutivi non precluda, al giudice amministrativo, l'esercizio di discrezionalità (es., in sede di scelta delle modalità sia della reintegrazione del danno ingiusto *ex art.* 2058 c.c., sia dell'assunzione dei mezzi di prova più conformi al processo; quando si tratti d'individuare la misura cautelare più idonea; quanto alle prerogative esercitabili in sede di ottemperanza - *ivi*, p. 471 -).

[125] Tale profilo è stato abbozzato in CORAGGIO, *Merito amministrativo*…, pp. 135-141, non traducendosi (per ammissione dello stesso A.) in un'elaborazione compiuta di teoria generale.

[126] L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrativa (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 1 s., p. 16: «…il doveroso conseguimento dei risultati proietta le decisioni e i comportamenti amministrativi latamente intesi …nel futuro rispetto al momento in cui vengono assunti e fuori rispetto all'organizzazione e alle sedi decisionali, dando immediato e preventivo rilievo giuridico e sostanziale agli effetti materiali, alle conseguenze delle decisioni e dei comportamenti -e delle non decisioni e delle omissioni- sulle persone e sulle cose rientranti nel loro raggio d'azione, e spostando pertanto in avanti la soglia del giuridico, inglobando in esso il mondo dei fatti, dei fenomeni, delle vicende giuridiche reali.

Ciò conferisce a tutta l'attività amministrativa, nel suo insieme e nelle sue componenti, una spiccata dimensione finalistica e fa del risultato e della modificazione della realtà che ne consegue il suo scopo ultimo, attraendo nel processo decisionale le cose (esistenti e da realizzare), le attività e le persone coinvolte…».

ancorché concretizzato)[127]. Quest'ultima, per sua intrinseca natura: non costituendo l'obiettivo definitivo delle azioni umane (comprese quelle dei "pubblici poteri"); piuttosto, esprimendo la tensione verso l'obiettivo (propensione per qualcosa), "verso ciò in cui l'obiettivo si deve tradurre e si traduce nella realtà" (vale a dire il risultato che acquista così centralità)[128]. In questi termini le due questioni, di definizione degli interessi da perseguire e gestionale, finiscono con l'essere strettamente legate a quella di una adeguata interpretazione-applicazione di disposizioni normative orientate verso il futuro[129].

6.1. ***Approdo ad una nozione (epistemologicamente) aggiornata di discrezionalità amministrativa (come correlata all'operazione interpretativo-applicativa) …***

Quanto esposto sembra contribuire a delineare la discrezionalità "pura" della pubblica amministrazione (quale dotata di propria identità funzionale), ad esito di una serie progressiva di connessioni.

Innanzitutto, pare proficua l'indagine incentrata (più che sulla evanescente categoria del potere) sui "consolidamenti strutturali" in cui trova legittimazione la "logica – di comandi ed obbedienze – dell'autorità"[130].

---

[127] R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 172.

[128] L. IANNOTTA, *Merito…*, pp. 23-24 nonché, pp. 50-51: «La rilevata presenza del risultato, nella sua articolata composizione, in tutto il corso della funzione amministrativa, comprese le fasi preliminari, consente di affermare che il risultato, da elemento solo esterno all'ordinamento giuridico e successivo alle decisioni giuridiche, idoneo a verificare la razionalità, la giustizia e l'efficacia del sistema amministrativo (nell'insieme e nelle sue componenti) dal di fuori …è diventato elemento anche interno al diritto e alle decisioni giuridiche idoneo a realizzare tale verifica dall'interno dell'ordinamento e nel corso delle decisioni, ferme restando ovviamente le verifiche esterne e successive».

[129] CORAGGIO, *Merito amministrativo…*, p. 143.

GILIBERTI, *Il merito amministrativo …*, p. 101 s. ha ampiamente documentato la diffusione di certa consapevolezza (pur con diverse 'sfumature'), tra i 'formanti' nei quali si è estrinsecato il dato di esperienza giuridica in altri ordinamenti, con riguardo: sia alla riconducibilità, ad un *genus* comune, delle operazioni ermeneutica e discrezionale; sia all'erroneità del riferimento della discrezionalità ad uno schema normativo ipotetico-casuistico (*ivi*, p. 122). Il medesimo a. (*ivi*, p. 173) si è espresso nel senso che «risulterebbe artificiosa e foriera di duplicazioni quella descrizione della giurisprudenza comunitaria che separasse discrezionalità (pura, nel senso nazionale) e concetti indeterminati (discrezionalità tecnica, sempre secondo l'accezione nazionale)».

[130] A. ZANFARINO, *Potere* (in generale). *a) Filosofia del diritto*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 599 s., segn. pp. 607-609: «Una riflessione teorica sui problemi del potere può muovere dalla constatazione che il potere è prima di tutto una forma della esperienza esistenziale, nel senso che attraverso la sua potenzialità il soggetto può espandersi e influire sulla volontà degli altri soggetti e sulla realtà esterna. Senza questa potenzialità ideale e pratica la soggettività ripiegherebbe su sé stessa e non riuscirebbe ad esprimere le sue consapevolezze critiche e le sue capacità creative.

Il potere dell'individuo si connette dunque all'affermazione stessa delle sue libertà e dei suoi diritti e qualifica la sua attitudine a non assoggettarsi all'integrale condizionamento da parte di volontà e di forze esterne.

...Il problema del potere non si può però porre soltanto in termini di riconoscimento della potenzialità espansiva dei soggetti e di ricerca delle condizioni etiche o anche empiriche e pragmatiche che consentono di adattare l'idea del limite alle esigenze della coesistenza.

La realtà del potere emana dalle attività del soggetto, ma non si esaurisce nella semplice dinamica dei poteri individuali, come ritengono invece le teorie anarchiche, che tendono a scomporre le concentrazioni istituzionali e strutturali del potere per reinterpretare la realtà sociale in termini di relazioni intersoggettive che si presumono

Seguitando lungo il percorso di connessioni, la discrezionalità "pura" (come modalità di quel generale processo decisionale) si contraddistingue per via delle implicazioni dello schema normativo che ne risulta "a monte".

Segnatamente, ci si riferisce alla circostanza per cui il complesso di variegate operazioni (di comprensione-applicazione coinvolgente non solo il diritto ma anche il fatto[131]) antecedenti alla scelta (dal contenuto – ad un tempo – valoriale e logico), essendovi sottesa una disposizione normativa strutturata secondo lo schema (non ipotetico-casuistico, bensì) consequenzialista, implica (piuttosto che l'osservanza di regole della prassi o mutuate da "precedenti" giudiziali o da ulteriori ambiti disciplinari) un "bilanciamento fra interessi" (vincolante sia per chi lo formula che per i destinatari)[132].

Salvo aggiungere che tale operazione, in ambito amministrativo:

- oltre che tendere ad un progressivo arretramento, nella misura in cui vengano

---

capaci di equilibri e di reciproche garanzie. Il problema del potere non si risolve con il semplice contemperamento delle potenzialità creative ed espansive dei soggetti perché questa riduzione della realtà sociale a dinamica di relazioni intersoggettive disconoscerebbe la realtà di dimensioni strutturali più complesse e non riuscirebbe a garantire alla coesistenza condizioni adeguate a contrastare i rischi di dissoluzioni e di reciproche espropriazioni.

Il potere si forma e si esprime anche nei consolidamenti strutturali i quali risultano da combinazioni e mediazioni di varia natura, esistenziale e collettiva, ideale e materiale, qualitativa e quantitativa, che creano nella realtà sociale delle forze collettive superiori alla somma delle singole parti e capaci perciò di esercitare su di esse un ascendente ideale e un condizionamento pratico. Tali forze collettive si affermano come potere sia di coesione e di integrazione, sia di equilibrio e di distribuzione, sia di orientamento e di direzione.

...Il potere si esprime ...all'interno di più complesse situazioni esistenziali e sociali, ed ogni tendenza verso l'accentramento trova le sue reazioni in sollecitazioni che rafforzano in molteplici direzioni i valori della libertà, della differenziazione e del controllo. La logica del potere non può svolgersi solo come consolidamento di principi autoritari o come sistema meccanico di comandi e di obbedienze, perché oltre certi punti critici la coscienza della contraddizione le impedisce di considerare la realtà esterna come subordinata e strumentale.

Questa contraddittorietà del potere spiega la possibilità delle sue divisioni e spiega anche come alle tensioni per il potere si oppongano i valori e i simboli che affermano nella esperienza sociale una logica diversa qualitativamente dalla logica dell'autorità».

Sulla qualificazione del potere amministrativo in termini non meramente soggettivi, C. MARZUOLI, *Tutela e unità della giurisdizione. Autonomia e indipendenza*, in *Atti del VI Convegno nazionale della S.I.S.Di.C.*, Napoli, 2012, p. 355 s.

[131] Salvo quanto si riferirà a proposito del 'circolo ermeneutico' (alla fine del pres. par.) e della discrezionalità amministrativa (par. 12), anche il fatto entra nell'azione amministrativa non come 'cognizione' (se non in quanto *fictio*), ma come 'giudizio' sul medesimo. Ciò, al pari di quanto accade nella sede giudiziale ove: come l'autorità giudicante non constata il senso della legge, ma lo costruisce; del pari, non dà ingresso al fatto (storico come tale) se non attraverso un correlato giudizio (in definitiva, una scelta).

Preziosi spunti di riflessione vengono offerti da A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013. Cfr. pure I. PAGNI, *L'accertamento del fatto nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2025, p. 271 s., segn. p. 277.

[132] A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di "merito", in Dir. amm.*, 2008, p. 517 s., segn. p. 527. Osserva A. PIRAS, *Invalidità* (dir amm.), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 598 s., segn. pp. 610-612 che al termine "merito" possono associarsi almeno due significati (oltre ad un terzo in sede di processo amministrativo): «In un primo senso ... è sinonimo di contenuto sostanziale del provvedimento e comprende insieme opportunità, valutazioni tecniche e qualificazioni giuridiche applicate, insomma indica tutta l'attività che va dal momento in cui si pone l'esigenza di provvedere sino al momento terminale; in un secondo senso, ...coincide con la discrezionalità ...». Cfr. pure E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 293 s., segn. p. 321 s.

affinati i criteri tecnico-scientifici ed i "protocolli" applicativi[133];

[133] Cons. Stato, sez. VI, 5 dicembre 2022, n. 10624 così si esprime in punto di sindacabilità: «In caso di esercizio di discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, quando difettano parametri normativi a priori che possano fungere da premessa del ragionamento sillogistico, il giudice non "deduce" ma "valuta" se la decisione pubblica rientri o meno nella (ristretta) gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto. È ben possibile per l'interessato - oltre a far valere il rispetto delle garanzie formali e procedimentali strumentali alla tutela della propria posizione giuridica e gli indici di eccesso di potere - contestare ab intrinseco il nucleo dell'apprezzamento complesso, ma in tal caso egli ha l'onere di metterne seriamente in discussione l'attendibilità tecnico-scientifica. Se questo onere non viene assolto e si fronteggiano soltanto opinioni divergenti, tutte parimenti plausibili, il giudice deve dare prevalenza alla posizione espressa dall'organo istituzionalmente investito (dalle fonti del diritto e, quindi, nelle forme democratiche) della competenza ad adottare decisione collettive, rispetto alla prospettazione individuale dell'interessato».

Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2016 n. 1196, in *Foro amm.*, 2016, pp. 629-630 offre il seguente quadro definitorio delle scelte discrezionali: «...possono corrispondere alla cosidetta discrezionalità amministrativa, ove si tratti di individuare la linea operativa più opportuna nel caso concreto, per il soddisfacimento dell'interesse pubblico (adeguatamente bilanciato con ogni altro interesse rilevante), ovvero a discrezionalità tecnica, quando l'esercizio del potere richieda non una valutazione di opportunità, ma l'esatta considerazione di un fatto secondo i parametri di determinate scienze o tecniche; in altri casi, infine, la discrezionalità può avere carattere misto, come nel caso dell'individuazione dei criteri selettivi in un pubblico concorso, trattandosi in tal caso di scegliere criteri idonei, affinché gli organi competenti possano individuare i profili ritenuti ottimali, per la copertura del posto da assegnare. Il controllo del giudice, in presenza di apprezzamenti tecnicamente verificabili, può incidere su valutazioni che si pongano al di fuori dell'ambito di esattezza o attendibilità, quando non appaiano rispettati parametri tecnici di univoca lettura, ovvero orientamenti già oggetto di giurisprudenza consolidata, o di dottrina dominante in materia; in situazioni corrispondenti alla prima ed alla terza tipologia di valutazione discrezionale, invece, il vizio funzionale può emergere solo sotto il profilo dell'arbitrarietà, quando la ragione delle scelte amministrative compiute non appaia logica e verificabile, di modo che sia impossibile valutare l'effettiva rispondenza della scelta stessa all'interesse pubblico, perseguito dalla norma attributiva del potere». Sulle persistenti difficoltà ad enucleare, da parte della giurisprudenza, una univoca nozione "in positivo" di discrezionalità tecnica, cfr. pure T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 2 maggio 2019, n. 980, in *Foro amm.*, 2019, pp. 850-851.

Un inquadramento conciso quanto lineare del progressivo avvicendamento, a scelte propriamente discrezionali, di scelte basate su regole delle tecniche, scientifiche od applicate che si esprimono in giudizi tecnici, si rinviene in E. CASETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea* – atti del XXXVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 17-19 settembre 1992 –, Milano, 1994, p. 19, segn. pp. 28-30, per cui: sotto «quella che continua ad essere chiamata discrezionalità tecnica, con una espressione peraltro ormai quasi ripudiata sul piano teorico ... si accomunano attività non omogenee tra loro, quali gli accertamenti tecnici e le valutazioni tecniche, a tacere di altre più variegate puntualizzazioni. [Mentre i primi sono] ricondotti ad "elementi fissi" della fattispecie normativa ... le cd. valutazioni tecniche ... più si avvicinano a quelle puramente discrezionali. La differenza in teoria sussiste: la discrezionalità c.d. pura ... è lo spazio lasciato alla scelta in vista di un interesse pubblico, laddove la discrezionalità tecnica, se si tratta di valutazioni, concerne elementi imprecisi che tuttavia non involgono la considerazione di interessi pubblici». Cfr. pure: D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; N. DANIELE, *Discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione e giudice amministrativo*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, Milano, 1967, III, p. 293; PIRAS, *Discrezionalità amministrativa...*, p. 87 s.; P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, p. 95; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.* 1910, IV, 10.

Prendendo spunto dai cc.dd. "diritti sociali" da soddisfarsi mediante le prestazioni dei "pubblici servizi", D. SORACE, *Notazioni in tema di posizioni giuridiche soggettive e tecniche di tutela nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1988, p. 3914 s., segn. pp. 3917-3918, così osserva: «…mentre alcuni poteri sono strumenti di una vera e propria discrezionalità amministrativa della pubblica amministrazione, da intendersi come una discrezionalità mediante la quale si stabilisce quale tra più interessi in concorrenza nell'aspirazione a realizzarsi verrà

- si traduce in una maggior limitazione della libertà nel forgiare lo strumento *ad hoc*, derivante da un profilo di funzionalizzazione consistente nel sotteso perseguimento dell'interesse pubblico (concreto) che esige una legittimazione (più che "per competenza") "oggettivante".

L'utilità di una concezione della discrezionalità amministrativa su base epistemologica pare (quantomeno) triplice.

Per un verso, supera certa inconcludente cristallizzazione del dibattito tradizionale improntata sull'antitesi con la categoria della vincolatività, poiché comune ed unificante risulta il meccanismo di funzionamento rappresentato dal "circolo ermeneutico"; sì da concludere che, a seconda dell'accezione annessa al termine "interpretazione", l'azione amministrativa è sempre vincolata o sempre discrezionale[134].

Per altro verso, quella concezione può assecondare (un modo d'intendere i termini di confine del riesercizio del potere, correlato ad) un sindacato giudiziale: non più limitato (secondo una costante giurisprudenza) entro i confini dell'esatta valutazione del fatto nonché, della coerenza dell'*iter* logico, avuto riguardo alla correttezza-attendibilità dei parametri procedurali adottati[135]; ma esteso (conformemente al principio di effettività della tutela) alla bontà dei risultati (conseguiti o da

soddisfatto, altri poteri, invece, sono strumenti di una discrezionalità diversa in quanto consistente nella possibilità non di scegliere quali interessi privati siano da realizzare ma soltanto quali sono gli strumenti mediante i quali soddisfare certi interessi, essendo la loro soddisfazione già stata decisa previamente ed eteronomamente rispetto all'amministrazione».

Si è soliti qualificare l'azione amministrativa (in quanto teleologicamente orientata) come discrezionale in senso stretto quando il margine di "libertà limitata" sia governato dal solo canone di ragione, onde distinguerla da quella tale in senso tecnico come caratterizzata dall'ausilio di regole extragiuridiche. Salvo puntualizzare che, sulla base di ulteriore accezione, la discrezionalità tecnica andrebbe riferita non alla fase decisoria bensì a quella di rappresentazione della realtà, ogniqualvolta le regole extragiuridiche non consentano di effettuarla con risultati certi; correlativamente, potendo altresì enuclearsi una discrezionalità cd. mista, in corrispondenza della quale l'azione amministrativa si contraddistinguerebbe per una combinazione di discrezionalità tecnica (nella prima fase) e di discrezionalità amministrativa (nella seconda). Così A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 591 s.

[134] La dicotomia vincolatività/discrezionalità presuppone categorie da (così) qualificare (atto, attività, potere) che storicamente sono state espressione di una parziale rappresentazione del problema (del rapporto) amministrativo:

- dal punto di vista dell'amministrazione ed in funzione di esigenze di razionalizzazione dell'operato della struttura amministrativa nel rispetto del principio di riparto;

- non dal punto di vista del cittadino e della sua tutela (come invece inteso sia prima della "svolta orlandiana", sia negli ultimi anni specie per via di diversi interventi riformatori di rafforzamento del sistema di giustizia amministrativa).

Cfr. E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 503.

[135] «Il giudice non può sostituire all'apprezzamento dell'amministrazione il proprio soggettivo apprezzamento, ma non può esimersi dal valutare l'eventuale erroneità dell'apprezzamento dell'amministrazione stessa, ove tale erroneità sia valutabile e in concreto rappresentata. Il giudice amministrativo, quindi, deve censurare la valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di esattezza o attendibilità, quando non appaiano rispettati parametri tecnici di univoca lettura, ovvero orientamenti già oggetto di giurisprudenza consolidata, o di dottrina dominante in materia» (Cons. Stato, sez. VI, 9 luglio 2013, n. 3611, in *Foro amm.*, 2013, pp. 2136-2137).

raggiungere), complici i maggiori poteri istruttori[136].

Infine (sempre nell'ottica dell'emanciparsi da un ulteriore ordine di precomprensioni), quanto testé esposto pare altresì utile onde smentire il mero "ripiego" verso una rediviva associazione dell'attributo discrezionale alla sola attività/azione (nel senso benvenutiano del termine[137]), non anche agli atti: onde "aprire" a favore di un controllo esteso al rapporto funzionalizzato (in questi termini, "di merito") fra i portatori degli interessi (pubblici e privati) in giuoco, quale retto da uno "statuto" sensibile agli esiti concreti. Per cui il "risultato", da criterio di valutazione di un'attività gestionale (in termini di efficacia, economicità ed efficienza) che presuppone (quantomeno) la "determinazione degli obiettivi"[138], potrà assurgere a parametro del sindacato del giudice amministrativo (in termini di rispondenza all'interesse pubblico, concreto) e del correlato giudizio sulla legittimità (o meno) di un atto amministrativo (in senso formale) nel quale l'esito si compendia[139].

---

[136] Cfr.: A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, V, col. 168; Id., *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo* (a cura di M. A. Sandulli -convegno svoltosi presso l'università Bocconi di Milano, su iniziativa della rivista *Foro amm.*, il 25 maggio 2005), suppl. a *Foro amm.*, n. 6/2005, p. 17; F.G. SCOCA, *Mezzi di prova*, in A Quaranta e V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al D.Lgs. 104/2010*, Milano, 2011, p. 537.

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

[138] F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.* - Aggiorn., VI, Milano, 2002, p. 75 s., segn. p. 100, a proposito dell'introduzione di un parametro valutativo dell'attività amministrativa direttamente connesso ai risultati che con essa vengono conseguiti, così si esprime: «valutazione profondamente diversa da quella di opportunità, sia per l'oggetto (necessariamente riferibile all'attività e non ai singoli atti) sia soprattutto per il parametro. Mentre, infatti, la considerazione dell'interesse pubblico (o, in generale, della opportunità degli atti) è apprezzabile in modo fortemente soggettivo, e comunque la valutazione attiene al rapporto tra l'attività, intesa come mezzo, rispetto al fine che essa si propone di raggiungere, la nuova impostazione è ben più concreta dato che la valutazione è tutt'altro che confinata sul piano teleologico, e prende in considerazione il rapporto tra gli obiettivi programmati (o prefissati) e i risultati ottenuti. Il parametro è quello della efficacia e della economicità dell'attività e può estendersi fino alla valutazione della efficienza dell'apparato organizzativo: parametro, quindi, di carattere sostanziale, attinente più ai fatti che non alle norme, e che presuppone la preventiva determinazione degli obiettivi e la previsione dei mezzi per raggiungerli.

La valutazione di risultato non confligge peraltro con la valutazione di legittimità: si tratta di due modi distinti e concorrenti, anzi in qualche modo intrecciati, di valutazione dell'attività amministrativa».

[139] Secondo quanto preconizzato già in F. LEVI, *Legittimità* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 135 s., segn. p. 136. Cfr. pure F. BENVENUTI, *Inefficienza e caducazione degli atti amministrativi*, in *Giur. compl. Cass.*, 1950, p. 914.

In particolare, è nel superamento della barriera del sindacato giudiziale sul processo decisionale, per giungere a valutare il contenuto della determinazione amministrativa nel suo risultato economico-sociale, «lo snodo significativo nell'evoluzione del sindacato sull'eccesso di potere. Quello snodo che ha consentito ed ha addirittura necessitato lo spostamento del baricentro di tutta la teoria della validità dei provvedimenti amministrativi dalla teoria della legittimità (formale) alla teorica del risultato.

È accaduto, infatti, che il sindacato giurisdizionale sul corretto uso del potere e sulla ragionevolezza della decisione amministrativa si costruisca tutto sull'apprezzamento giudiziale di tale decisione in relazione alla consistenza ovvero al peso delle situazioni di fatto e di diritto (o interesse) che il giudice medesimo ritenga meritevoli di tutela. Si tratta in breve di un giudizio di congruenza o di proporzionalità fra ciò che

ISSN 2036-7821

l'Amministrazione pubblica ha deciso e la realtà su cui tale decisione ha inciso. Il sindacato di legittimità diventa, in altri termini, una "misura di giustizia in senso distributivo nei rapporti intersoggettivi" o anche di verifica dell'adeguatezza dell'azione amministrativa rispetto all'interesse pubblico concreto al cui perseguimento essa è vincolata.

In questo modo si è introdotto un doppio (e diverso) criterio di validità dei provvedimenti amministrativi che corrisponde, in sostanza, alla duplicità dei parametri che ormai caratterizzano il giudizio di legittimità. Accanto al criterio di validità tradizionale e (a legislazione vigente) irrinunciabile, della conformità/difformità di un atto rispetto alla norma di diritto obiettivo, criterio alla cui rilevazione sono deputati i vizi di legittimità di più remota origine (la violazione di legge e l'incompetenza), si affianca il criterio di validità fondato sulla adeguatezza/inadeguatezza di un atto (o di una serie di atti) rispetto alla funzione pubblica o anche …sulla devianza dal fine pubblico che la legge o il complessivo ordinamento pone all'amministrazione nell'esercizio di un potere dato, criterio di validità la cui rilevazione è rimessa al vizio di eccesso di potere.

Il diverso tipo di sindacato giurisdizionale, in relazione ai diversi vizi dedotti dalle parti ricorrenti, viene quindi ad influire in modo decisivo sulla individuazione e sulla medesima consistenza degli stati invalidanti. Da un lato, infatti, abbiamo l'illegittimità di un provvedimento che si fa derivare da un giudizio di difformità molto rigido, ancorato al parametro normativo, alla minuta prescrizione legislativa; dall'altro, viceversa, si ha l'illegittimità che origina dalla devianza dal fine, criterio di validità che …lascia al giudice amministrativo un margine di giudizio molto più ampio grazie all'elasticità del parametro assunto per valutare la legittimità sostanziale del provvedimento o dell'atto impugnato.

Ed è da questa sostanziale diversità dei criteri di validità che nasce il concetto di vizi c.d. di forma e di vizi di sostanza del provvedimento amministrativo e nasce, soprattutto, una sorta di disagio da parte dei giudici amministrativi nel continuare a ritenere ammissibile la coesistenza di criteri di validità così disomogenei tra loro» (POLICE, *L'illegittimità…*, pp. 757-759 s.).

Sulla circostanza storica per cui solo con l'introduzione del principio dell'atto formale l'azione materiale ha fatto seguito all'emanazione di atti: man mano concorrendo a smarrire il senso reale del fenomeno e dando l'impressione che detta azione sia secondaria (meramente esecutiva) rispetto all'atto stesso: E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1980, pp. 275-277.

Sull'"interpretazione sostanzialista" del principio di legalità, per cui, in presenza di vizi del procedimento, si potrà ravvisare un'illegittimità solo nel caso in cui l'interesse pubblico non sia stato adeguatamente curato, cfr.: V. CERULLI IRELLI e F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 617 s., segn. p. 618; V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, in *Giust. amm.*, 2002, p. 245 s.; F. LUCIANI, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 2001, p. 1248 s.; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo: le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Bari, 2002, p. 151.

Sulla nuova accezione di legalità e la conseguente difficoltà a ricondurre il principio ad unità: L. IANNOTTA, *Principio di legalità ed amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti* (atti del convegno di Macerata, 21-22 maggio 1999), a cura di C. Pinelli, Milano, 2000, p. 37 s.; ID., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Studi in onore di E. Casetta*, Napoli, 2001, p. 743; ID., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrativa (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 1 s.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 63 s.; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 91.

Circa il progressivo ingresso dei criteri dell'efficienza e del risultato nel sindacato del giudice amministrativo: P. CARNEVALE, *L'esame asettico delle pronunce giurisdizionali per il miglioramento produttivo e una maggiore efficienza della pubblica amministrazione*, in *T.A.R.*, 1999, II, p. 385; RI. CHIEPPA, *Giustizia amministrativa, efficienza e pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1996, p. 2500.

Cfr. pure: A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 635 s., segn. p. 695 s., laddove il solco è ancora quello tracciato da A. AMORTH, *Il merito degli atti amministrativi*, Milano, 1939, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, pp. 369 s., 370 s. (ove si ravvisa, nel principio di opportunità, «una misura dell'azione rispetto al suo risultato»; altresì rilevando «l'incidenza delle così dette regole di buona amministrazione non sulla scelta stessa dell'azione … dominata piuttosto dall'arte politica e dall'intuito, dall'avvedutezza del funzionario, bensì sul suo contenuto, nel senso della sua più appropriata adeguatezza al risultato»); M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939 (che attrae il risultato, se non sul piano della legittimità, in un ambito ad essa

Oltretutto, lungo il versante della separazione delle attribuzioni fra poteri dello Stato, da quanto testé perorato pare trarre beneficio la questione dell'"eccesso di potere giurisdizionale" (con specifico riguardo all'indebita invasione mediante esercizio di una *potestas decidendi* asseritamente riservata alla pubblica amministrazione – anziché ad altri giudici od al Legislatore –)[140].

6.2. *… e di merito amministrativo. Implicazioni concettuali.*

Il programma di (ri-)dislocazione del diritto sul versante della tecnica, sì da rappresentarlo come mezzo di risoluzione delle questioni poste dal dato di esperienza, comporta l'eventualità che quest'ultimo imponga di rilevare una pluralità di punti di vista secondo i quali l''oggetto' può essere considerato. Pertanto, la "strategia di trasposizione del problema" deve attuarsi secondo il paradigma del 'tipo normativo', avvalendosi di "concetti-funzione" cui, nella logica del sistema, corrispondono differenze istituite al proprio interno, per assumere le informazioni sul contesto necessarie a trattarne la complessità, in guisa da rimarcarle e metterle così in grado di veicolarle in una situazione di accresciuta complessità. Il tutto, a sua volta, da valutarsi sempre col metro dell'azione, tenendo conto che ogni valore giuridico attiene al comportamento umano, dunque è un valore di azione.

Ciò può riproporsi anche con riguardo al merito amministrativo, dal momento che:

- se vi viene associato un determinato significato (per quanto opinabile sul piano dell'attuale sistematica giuridica) dal quale risulta convenzionalmente "strutturato"; ma che, per via d'incrostazioni ideologiche, è sostanzialmente eluso dal formante giurisprudenziale;
- il dato di esperienza in punto di discrezionalità, come dogmaticamente filtrato (per via di 'confinazioni' e condizioni 'organizzazionali' d'interrelazione), consente di associarvi (quantomeno) un significato ulteriore, che può prestarsi ad una correlata estensione del sindacato giudiziale.

Salvo osservare che quest'ultimo significato, in quanto orbitante attorno al concetto di discrezionalità, presuppone di configurare l'interesse pubblico:

---

molto prossimo, individuando lo scopo giuridico di un atto esclusivamente nella "modificazione giuridica del mondo esteriore"); A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, Milano, 1993, II, p. 1117 s., segn. pp. 1123 e 1132; G. CORSO, *Validità* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 91 s.; A. POLICE, *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 229 s., segn. p. 250 s.; L. TORCHIA, *Procedimento e processo dopo la legge n. 241 del 1990: tendenze e problemi*, in *Mondo econ.*, suppl. al n. 9/1993, p. 38; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, p. 164 s.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, p. 107 s., segn. p. 115; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, relazione in *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione* (convegno AIPDA, tenutosi in Roma il 22 marzo 2002), pubbl. in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, p. 127; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio (formalismo pratico, azione amministrativa e illegalità utile)*, Torino, 2006, pp. 405-406.

[140] Per un recente inquadramento della questione (sia pur con riferimento all'eventualità che il giudice amministrativo invada la sfera di attribuzione del Legislatore): T. COCCHI, *L'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera legislativa. Ancora un'ipotesi meramente teorica?*, in *Foro amm.*, 2020, p. 169 s.

ISSN 2036-7821

- non come appartenente (in via esclusiva) all'amministrazione bensì, nella dinamica della sua determinazione concreta e quindi nella confluenza dei vari interessi che vi sono coinvolti, compresi quelli degli amministrati emancipati da una concezione formalistica dell'eccesso di potere;
- secondo quanto suffragato dalle logiche dei meccanismi decisionali (interpretativo-applicativi) e del "circolo ermeneutico"[141].

Da qui, l'esigenza di cogliere un profilo 'identitario' del merito amministrativo nel contesto della discrezionalità che ne eviti l'integrale assorbimento pur in un contesto comune di potere-autorità 'oggettivato' ed in grado di assicurare l''adesione delle menti'.

In quest'ottica, torna utile di ribadire la duplice tesi per cui:
- premesso che attualmente il cosiddetto vizio di merito, altro non è se non la violazione di quei principi di economicità e di efficienza che ormai costituiscono basi costituzionali dell'agire amministrativo, "positivizzati" nella legge generale sul procedimento e sull'attività amministrativi;

così che ci si troverebbe dinanzi ad "una categoria specifica di vizi di legittimità";
- fra legittimità e merito, almeno per quanto riguarda le forme di eccesso di potere per 'irrazionalità', non sussiste differenza di sostanza, ma solo in ordine al modo di rilevare il vizio dell'una (in via astratta) e dell'altro (in concreto).

Salvo fornire argomenti per cogliere, proprio sul piano sostanziale, un rapporto di *species* a *genus* fra merito e discrezionalità.

Da qui, l'enucleazione di almeno due accezioni di merito amministrativo, contraddistinte dall'estrinsecarsi in altrettante "confinazioni" riconducibili al principio di buon andamento ovvero (trascorrendo dal momento dell'organizzazione

---

[141] Osserva I. PAGNI, *L'accertamento del fatto nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2025, p. 271 s., segn. pp. 278-279: «Nel diritto amministrativo … i fatti non possono essere intesi nella dimensione statica di accadimento storico, ma si pongono in stretto rapporto con l'interesse pubblico concreto, al punto da divenirne componenti strutturali: quel che risulta dal procedimento è frutto della concreta dipendenza del valore degli interessi dall'individuazione e qualificazione dei fatti; le circostanze di fatto concorrono a costituire l'interesse pubblico concreto.

Dunque, il fatto oggetto della cognizione del giudice deve considerare quell'interesse pubblico concreto di cui il fatto è elemento costitutivo e il giudice, nella valutazione del fatto, deve considerare la presenza dell'interesse pubblico.

Inoltre, nella fattispecie normativa … entrano spesso espressioni non traducibili in fatti osservabili direttamente, ma costituenti clausole generali, come buon andamento dell'amministrazione, interesse dell'economia, ragioni sanitarie, urgenza, che vengono apprezzate dall'amministrazione.

In ogni caso, l'istruttoria processuale è un'istruttoria sull'istruttoria procedimentale.

… Nel giudizio sul rapporto (che è un rapporto dinamico, nel quale si delinea un nuovo assetto di interessi), il giudice amministrativo neppure potrebbe limitarsi ad acquisire il dato storico, perché così facendo non coglierebbe la dinamicità del rapporto; al tempo stesso, non può non conoscere direttamente il fatto, senza l'intermediazione del provvedimento, perché altrimenti non arriverebbe ad accertare la fondatezza della pretesa.

Il processo amministrativo, sia nel caso del processo sull'atto, visti gli effetti conformativi della pronuncia, che nel caso del processo sul rapporto, è un momento intermedio tra l'esercizio passato e l'esercizio futuro della potestà amministrativa, che viene condizionata da quanto disposto dal giudice …».

ISSN 2036-7821

- benché proiettato comunque verso l'interesse generale - al rapporto fra l'amministrazione pubblica ed i cittadini), della clausola generale di equità.
La prima corrisponderebbe ad un'azione dispiegantesi sulla scorta di regole tecniche e sociali; come tale: sottratta, entro i limiti del buon andamento, al sindacato del giudice amministrativo e ai relativi ricorsi, (salvo per casi specificamente indicati); ma suscettiva di valutazione d'ufficio o a seguito di ricorsi amministrativi.
Si tratterebbe dell'accezione consueta, ma ormai di dubbia assimilazione a livello dogmatico (concettuale e di sistema), dal momento che:
- per un verso, l'impiego di regole tecniche o sociali è indispensabile, nell'applicazione di norme giuridiche, quante volte queste ultime facciano riferimento a concetti individuabili soltanto in base a quelle regole; una tutela giurisdizionale effettiva non può, dunque, trascurare questi aspetti, a meno che non si ammetta che il giudice possa applicare solo in parte la disciplina sostanziale delle situazioni sottoposte al suo esame;
- per altro verso, poiché «*la Costituzione non prevede un preciso criterio di discriminazione e, d'altra parte, l'affidamento al legislatore ordinario della determinazione di tale criterio equivarrebbe a privare di ogni valore sostanziale la garanzia di tutela giurisdizionale, deve concludersi che l'attuazione del diritto sostanziale con riguardo a una situazione giuridica soggettiva debba tradursi in attuazione di tutte le norme che, direttamente o indirettamente, disciplinano la situazione stessa*»[142].
Nondimeno, certe incrostazioni ideologiche ed il peso della tradizione hanno condotto la giurisprudenza forense ad assumere un atteggiamento di estrema cautela nel permettere sconfinamenti che, in effetti, la legislazione sulla giurisdizione amministrativa e, quindi, sulla sindacabilità degli atti amministrativi pareva escludere (almeno, in un contesto cultural-ordinamentale d'origine).
La seconda accezione indica:
- 'in negativo', di escluderne sia la coincidenza con un obiettivo di conservazione e tutela dell'ordinamento giuridico (nel qual caso, infatti, non si riuscirebbe ad identificarne la distinzione con la legalità-legittimità in senso formale); sia (e corrispondentemente) l'assimilazione o (comunque) riconduzione ad un controllo di "proporzione" (tra contenuti dell'atto e risultato) tale da rendere il merito indistinguibile rispetto a certe figure di eccesso di potere riferibili (in un'ottica

[142] G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, p. 1573 s., segn. pp. 1584-1585. Prosegue l'a.: «Il principio della deducibilità in giudizio della violazione di tutte le norme disciplinanti una situazione giuridica soggettiva …può dunque essere precisato chiarendo che il legislatore ordinario, normalmente libero di qualificare un interesse materiale come diritto o come interesse legittimo o anche di non qualificarlo affatto, è tenuto, quando la qualificazione sia stata operata, ad ammettere la rilevanza in sede giurisdizionale (ordinaria o amministrativa) di tutte le norme che disciplinano comportamenti di privarti o di amministrazioni, comunque incidenti sull'interesse qualificato. Soltanto in tal modo trova concreta applicazione il principio di effettività della tutela e si assicura la realizzazione di una protezione giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive corrispondente alla loro disciplina sostanziale» (*ivi*, 1587).

ipotetico-casuistica) al profilo di (astratta) 'razionalità'[143];
- 'in positivo', quella parte della discrezionalità (dunque, facente capo ad un orizzonte normativo di tipo consequenzialista) in corrispondenza della quale la prerogativa di scelta e di decisione dell'autorità, nell'incidere sulla sfera giuridica del privato in nome dell'interesse pubblico, si estrinseca in termini concreti, fra più soluzioni rispondenti tutte al principio costituzionale del buon andamento.
Dunque, facendo leva sul discorso dogmatico nanti condotto, sarebbe possibile "isolare" un contenuto autonomo del merito amministrativo, corrispondente al "grado" di utilità-adeguatezza concreta dell'atto rispetto al risultato *id est*, al raggiungimento dei fini pubblici (generici e specifici) che gli sono intrinseci[144].
Da qui, in capo al privato: l'opinabile configurarsi di un mero interesse semplice o, al più, amministrativamente protetto; a meno che il contegno dell'autorità sia stato improntato ad illegittimità, a quel punto emergendo una situazione d'interesse legittimo. Salvo osservare che un sindacato di legittimità sarà comunque ammesso: non solo ogniqualvolta quella scelta (fra una molteplicità di soluzioni concretamente

[143] Un discorso "unitario", invece, si rinviene in A. AMORTH, *Il merito degli atti amministrativi*, Milano, 1939 (ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, p. 369 s.), pp. 402-403, sul presupposto che l'opportunità sia configurabile come criterio generale di "proporzione" tra il contenuto di un determinato provvedimento ed il suo risultato; con le connesse difficoltà a distinguere fra vizi di merito ed ipotesi di eccesso di potere.

[144] AMORTH, *Il merito…*, p. 368 s., segn. pp. 369-370, 385-386: «…mentre ogni altro soggetto -ma in particolare il fenomeno si accentua per le persone fisiche più che per i corpi morali- che non sia una pubblica amministrazione, è, nello svolgimento di questa attività, libero di determinarsi non tanto secondo il proprio tornaconto quanto soprattutto in piena esenzione da ogni vincolo, così nella proposizione dei fini come nella scelta dei mezzi in cui quell'attività si realizza, lo Stato e gli enti pubblici minori debbono al contrario sempre agire in osservanza non solo delle finalità loro proprie, ma in guisa anche che queste finalità vengano realizzate nel migliore possibile dei modi. Non si ammette cioè per le pubbliche amministrazioni dispersione di attività. Un agire arbitrario e capriccioso, e quindi pure un non agire quando l'azione si presenta con carattere di necessità, è giustificabile quando il soggetto mette in giuoco il proprio interesse - ed appare anzi come una conseguenza della sua libertà di determinarsi e, in genere, anche della sua responsabilità - ma non lo è più quando determinati soggetti hanno esclusivamente il compito di svolgere un'attività che ha carattere funzionale, che essi hanno cioè il dovere di svolgere -ancorché quando e come essi vogliono. E questo carattere deriva a queste attività dal fatto che, seppure esse vengano riferite dal diritto, e giustamente, come proprie a tali enti, esse tornano tuttavia a vantaggio di altri soggetti, si esplicano anzi per questi soggetti, per un aggregato di persone, per una comunità».
Tali riflessioni si rinvengono anche nella coeva opera di V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, p. 229 s.: «Quando comunemente si afferma che l'amministrazione è l'attività pratica o concreta con cui lo Stato provvede al raggiungimento dei fini per i quali agisce, si dà una definizione che ben può adattarsi a soggetti privati e che, in certo modo, rispecchia anche il rapporto con cui l'attività privata si trova col diritto.
La medesima definizione non si addice, però, all'attività della pubblica amministrazione, perché non tiene conto, o meglio, tiene un conto inesatto, del rapporto in cui l'attività amministrativa si trova col diritto e che è diverso da quello dell'attività privata. Un concetto di attività amministrativa che non pone in rilievo tale rapporto, non solo non può darci un concetto giuridico dell'attività stessa, ma può condurre, come infatti ha condotto nelle sue applicazioni, a conseguenze inesatte. Sotto questo aspetto, le antiche e tradizionali dottrine, che definivano l'attività amministrativa come esecuzione della legge, malgrado qualche deficienza, esprimevano l'esatto concetto della subordinazione dell'amministrazione al diritto. Concetto, questo, che in uno Stato qualificato di diritto non può non rientrare in una nozione giuridica dell'attività della pubblica amministrazione. Perciò, se è vero che la pubblica amministrazione è l'attività dello Stato rivolta al raggiungimento dei diversi scopi suoi propri, è altrettanto vero che questi scopi devono essere raggiunti subordinatamente al diritto».

'razionali'): integri un'illiceità (salvo consenso del privato stesso); ma anche quando si riveli meno premiante rispetto al problema di cura di un interesse pubblico 'oggettivato', quale affrontato dall'amministrazione[145].

Quest'ultima connotazione, peraltro, non contraddice la 'natura vocazionale' del processo amministrativo, come improntato (innanzitutto) al principio dispositivo e volto a tutelare la propensione a beni della vita[146]:

- dal momento che si è rilevata la consustanzialità fra interesse pubblico ed interesse legittimo; cosicché un sindacato funzionale a quest'ultimo non può non estendersi al primo (entro una certa misura);
- (corrispondentemente) purché il sindacato stesso verta ed incida sulla scelta amministrativa entro i limiti di una molteplicità di soluzioni ragionevoli (attendibili) già compiutamente prospettate dalle parti e versate in giudizio.

Discorso che, sul piano delle prerogative decisorie del giudice amministrativo di merito, risulta complementare a quello di un *plus* di conoscenza in fatto «che si sostanzia nella possibilità di formarsi e di ricostruire una propria integrale versione delle circostanze, quando anche vi fossero prove discordanti, ma egualmente attendibili, da valutare discrezionalmente»[147].

Se si conviene su quanto esposto, dunque, potrebbe concludersi che ci si è spinti oltre la pur corretta connessione fra "merito amministrativo" e valutazione discrezionale; a significare:

- non solo che il merito, quale misura della corrispondenza concreta ad un risultato, rientra nella parte dell'attività amministrativa riconducibile all'esercizio di quel potere (*rectius*, a quella modalità di valutazione)[148];

---

[145] Ad opposta soluzione potrebbe accedersi stante il "combinato disposto": della preclusione al ri-esercizio del potere amministrativo (discrezionale) una volta intervenuta la sentenza di annullamento con la sua carica "conformativa"; nonché, dell'attuale struttura soggettiva del processo amministrativo, non essendo direttamente chiamati a parteciparvi tutti coloro che dalla definizione in via giudiziale (anziché amministrativa) di una data vicenda potrebbero subire un pregiudizio immediato e qualificato, ma solo i controinteressati formali direttamente contemplati nell'atto impugnato (spunti in tal senso si rinvengono in T.A.R. Lombardia, Milano, III, 23 febbraio 2010 n. 429). Salvo replicare che tale rischio ragionevolmente risulterebbe scongiurato laddove il giudice amministrativo disponesse una adeguata integrazione del contraddittorio (all'occorrenza nella forma della notificazione per pubblici proclami).

[146] G. CORREALE, *Struttura del processo amministrativo e situazione fatta valere*, Caserta, Russo, 1978.

[147] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo* – I *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto europeo*, Padova, Cedam, 2000, p. 104 s. che così conclude: «Se questa è la portata della giurisdizione di merito tradizionalmente intesa, se essa è cioè libera valutazione e pieno apprezzamento dei fatti e del rapporto controverso, alla stregua di norme giuridiche o giuridicamente rilevanti, senza possibilità alcuna di giungere fino a valutazioni di convenienza o di opportunità circa la disposizione degli interessi pubblici in gioco, si può riconoscere una quasi completa coincidenza tra la nuova giurisdizione piena e quella antica»; ciò, a partire da «quella cognizione penetrante sul fatto che consente ed assicura una tutela reintegratoria tendenzialmente piena, indipendentemente dalle situazioni soggettive dedotte in giudizio» (*ivi*, p. 108).

[148] In dottrina, tale connessione si rinviene già con M. LA TORRE, *Le questioni fondamentali della giustizia amministrativa*, Milano, s.d., p. 113. Cfr. pure: E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, p. 59; AMORTH, *Il merito…*, p. 383, per il quale che sia l'attività discrezionale «il terreno sul quale debba venir

- altresì, risultando meglio definita l'interferenza fra i concetti di "merito dell'atto amministrativo", "attività discrezionale", "sindacabilità giudiziale"[149].

Convenendo su tali connessioni, può concludersi che anche nella circostanza in esame: non può ravvisarsi una 'oggettivazione' del processo amministrativo, nel senso di una sua tendenza recessiva in punto di effettività della tutela, in favore di una prevalente considerazione del risultato dell'azione amministrativa; semmai, cogliendovi una massimizzazione della vocazione 'soggettiva', in chiave di complementarizzazione degli interessi (pubblici e privati) in giuoco.

considerato il merito è cosa più che evidente, perché se il merito si contrappone a legittimità non può esso comparire nell'attività cosidetta vincolata la quale, anche se è meglio evitare di chiamare esecutiva, certo si svolge in osservanza esclusiva di disposizioni di legge, che è insomma tutta legittimità».

[149] Laddove, osserva l'AMORTH, *Il merito*…, pp. 379-380: il merito è espressione di corrispondenza fra il contenuto dell'atto ed il suo risultato; mentre, la sindacabilità «è la misura del potere di controllo attribuito a diverse autorità amministrative e giurisdizionali, misura la cui ampiezza è determinata dallo scopo che con quel controllo si vuol raggiungere e che può essere vario: tutela della legittimità in generale, tutela degli interessi amministrativi in quanto garantiti dalla legittimità dell'atto, tutela dell'amministrato e dei suoi diritti e interessi.

Orbene, … poiché il punto di vista della sindacabilità giudiziaria dell'atto amministrativo è quello che ha i maggiori se non i più appariscenti riflessi pratici, e poiché, senza dubbio, fra le tre nozioni dianzi ricordate esiste una certa interferenza, è avvenuto che ci si sia foggiato di esse un concetto in funzione della sindacabilità, concetto che naturalmente non è il vero».

Quanto ai rapporti d'interferenza fra discrezionalità e merito, puntualizza AMORTH, *Il merito*…, p. 383: «… il merito si trova nell'attività discrezionale in una zona che non è ad esso esclusivamente riservata, bensì forma ancora oggetto di dominio della legalità. Ed è per questo appunto che possono darsi vizi di legittimità dell'atto amministrativo discrezionale, come vizi di merito di questo medesimo atto».

Sulla sindacabilità giudiziale (a termini sia di legittimità che di merito) dell'atto amministrativo discrezionale, già: O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, I, p. 362, nt. 1; R. ALESSI, *Sul concetto di attività discrezionale della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1935, p. 14 [in estratto].

ISSN 2036-7821