

**ARISTIDE POLICE**

Professore ordinario di Diritto Amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza  
dell'Università degli studi di Roma «Tor Vergata»

*Aristide.Police@cliffordchance.com*

**L'EPIFANIA DELLA PIENA GIURISDIZIONE NELLA  
PRIMA STAGIONE DELLA «GIURISDIZIONE PROPRIA»  
DEL CONSIGLIO DI STATO**

**THE ORIGINS OF THE FULL JURISDICTION IN THE ITALIAN  
SYSTEM OF JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE ACTION**

SINTESI

Il lavoro segue gli sviluppi storici dell'origine e della evoluzione delle prime forme di giurisdizione piena, dagli albori dello Stato unitario sino al Codice del processo amministrativo. Le radici storiche di questo sindacato profondamente radicato nella pienezza della cognizione sui fatti, e caratterizzato da una notevole ampiezza quanto alla discrezionalità del giudice chiamato a dirimere la controversia, appaiono particolarmente significative, per essere state troppo spesso obliterate negli studi del processo amministrativo del secolo scorso prevalentemente incentrati (ed eccessivamente condizionati) dal modello asseritamente generale) della giurisdizione di legittimità. In particolare, l'indagine mette in luce, o almeno tenta di evidenziare, la fallacia di quella prospettiva generale del sindacato del giudice amministrativo costruito sull'idea di una *semiplena cognitio* e di un significativo limite dell'accesso del giudice al fatto ed al «merito». Solo il definitivo consolidarsi delle novità del modello processuale introdotto sul finire del secolo, di cui il Codice del processo amministrativo è sintesi, consentono di poter apprezzare una diversa prospettiva di pienezza della cognizione e del sindacato giurisdizionale del G.A., e con essa un inatteso ritorno alle origini. Ma rispetto alle origini, la prospettiva attuale ci offre un arricchito strumentario probatorio, un più consapevole approccio ed impiego delle conoscenze scientifiche e della tecnica degli *standard* i che potenziano le prospettive future della giurisdizione amministrativa. Ciò con la consapevolezza dei limiti e della vischiosità di un processo fortemente condizionato da prospettive culturali ed esigenze di smaltimento del contenzioso che molto spesso ancora frenano questo processo evolutivo.

ABSTRACT

The work follows the historical developments of the origin and evolution of the first forms of full jurisdiction in the judicial review of the admini-

strative action, from the dawn of the unitary State (1861) up to the *Codice del Processo Amministrativo* (the administrative litigation rules of procedure). The historical roots of this judicial review deeply rooted in the fullness of cognition on facts and characterized by a considerable breadth of the judicial discretion, appear particularly significant, for being too often obliterated in the studies of the administrative judicial review of the last century, mainly focused (and excessively conditioned) by the allegedly general model of the formal control of the rule of law principle. In particular, the investigation highlights the fallacy of that general perspective of the administrative judge's *semiplena cognitio* with a significant limitation of the judge's access to the fact and of his/her judicial discretion. At the turn of the century, the *Codice del Processo Amministrativo* allow us to appreciate a different perspective of full jurisdiction, and with it an unexpected return to origins. But compared to the origins, the current perspective offers us a more conscious approach and the use of scientific knowledge and the technique of standards that enhance the future of administrative jurisdiction as a whole. This with the awareness of the limits and the stickiness of a jurisdiction strongly influenced by cultural perspectives that very often still restrain this process.

PAROLE CHIAVE: Giurisdizione amministrativa, giurisdizione piena, sindacato di legittimità, sindacato di merito, Codice del processo amministrativo.

KEYWORDS: Judicial review of administrative action, full jurisdiction, judicial review of discretion, italian rules of procedure of judicial review.

INDICE: 1. L'origine della giurisdizione «propria» del Consiglio di Stato – 2. La trasformazione della giurisdizione propria in cognizione «sul merito» - 3. Dalla decadenza della giurisdizione propria «sul merito» al Codice del processo amministrativo – 4. Qualche considerazione conclusiva «sulla giurisdizione propria» oggi.

## 1. L'origine della giurisdizione «propria» del Consiglio di Stato.

È noto che per giurisdizione «propria» del Consiglio di Stato si intendevano le attribuzioni giurisdizionali previste dall'art.10 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. D che, già parte del contenzioso amministrativo preunitario, erano state fatte salve dall'abolizione disposta dall'art. 1, All. E, della medesima legge<sup>1</sup>. Ed era stata chiamata giurisdizione «propria» in quanto si contrapponeva alla giurisdizione ritenuta del Sovrano, cui il Consiglio di Stato partecipava

---

<sup>1</sup> Sul punto è unanime la dottrina. Per tutti si vedano R. MEREGAZZI, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in *La giustizia amministrativa* «a cura di G. MIELE», Vicenza, Neri Pozza, 1968, p. 204 e ss. e P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 50, che analiticamente esamina tutte le materie conservate alla giurisdizione propria del Consiglio di Stato (in materia mineraria, ecclesiastica e di debito pubblico), i c.d. residui del contenzioso amministrativo abolito dall'All. E.

solo in via consultiva delibando sui ricorsi straordinari<sup>2</sup>.

Sempre nel raffronto con le competenze consultive del Consiglio di Stato sembra doversi rinvenire la ragione giustificatrice (o almeno una delle ragioni giustificatrici) della locuzione «giurisdizione piena», pure impiegata per descrivere tali competenze del Consiglio di Stato. Infatti, mentre in sede consultiva il Consiglio di Stato dava pareri sui ricorsi al Re limitando, per espressa disposizione di legge, il suo esame alla sola legittimità, in sede di giurisdizione propria nulla si opponeva a che ogni questione di diritto e di fatto fosse affrontata e risolta dal giudice amministrativo. La legge taceva a riguardo ma la natura delle materie e la derivazione di questa giurisdizione dal contenzioso amministrativo, anti dalle giurisdizioni speciali di tale sistema, confortano questa conclusione: e di una effettiva pienezza in tal senso si può effettivamente parlare.

Anche il legislatore del 1889, al momento della istituzione della Quarta Sezione, posto dinanzi all'alternativa se mantenere questa giurisdizione «propria» del Consiglio di Stato, oppure potenziarla, ricomprendendola nell'ambito della neonata giurisdizione generale di legittimità, scelse la prima via. E ciò ha fatto, si ritiene, in virtù di un ragionamento per molti verso identico a quello che aveva indotto il legislatore del 1865 a conservare al Consiglio di Stato determinate competenze giurisdizionali, pur affermando e perseguendo, in linea di principio, attraverso abolizione del contenzioso amministrativo preunitario, l'ideale dell'unicità della giurisdizione. Anche il legislatore del 1899, cioè, avvertì la necessità di fornire una tutela più penetrante (di quella concessa con il ricorso per soli motivi di legittimità) a determinate controversie che presentavano un intreccio indissolubile di interessi pubblici e privati e che, per la loro importanza sociale ed economica, erano ritenuti meritevoli di una tutela che andasse oltre il profilo della legittimità per incidere sul rapporto sotteso all'atto impugnato, ovvero per conformarlo direttamente, in assenza di un provvedimento dell'Autorità amministrativa che su tale rapporto avesse disposto alcunché<sup>3</sup>.

Era quest'ultimo l'aspetto principale, se non unico, che caratterizzava la «pienezza» della giurisdizione per una autorevole dottrina. Si riteneva, infatti, che la formula usata dal legislatore avesse un significato che non ammetteva dubbi cioè che la giurisdizione speciale fosse sostituita alla giurisdizione ordinaria, per l'esercizio di ogni «potestà di cognizione e di giudizio» necessaria alla

---

<sup>2</sup> Come ci ricorda P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito*, cit., p. 50.

<sup>3</sup> Così G. B. GARRONE (voce) *Giurisdizione amministrativa di merito*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. VII, Torino, 1991, cit., p. 371. «Fu così che la frase *esercita giurisdizione propria* veniva sostituita dall'*altra decide pronunciando anche in merito*» (L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, Milano, Vallardi, s.d. ma 1910, p. 516).

tutela dei diritti ed alla definizione delle relative controversie e si giustificava questa interpretazione con l'osservazione che la sfera di attività della giurisdizione ordinaria si estendeva astrattamente alla tutela di tutti i diritti soggettivi appartenenti a queste due categorie di diritti (diritti personali e patrimoniali); ma che praticamente si restringeva a quei diritti ed a quei rapporti di diritto, personali o patrimoniali, che non si trovavano per disposizione di legge, conferiti alla competenza di una giurisdizione speciale<sup>4</sup>.

Con visione più ampia, si era anche sostenuto che la competenza di merito per gli oggetti e le controversie cui essa era applicata<sup>5</sup>, si spiegava «con tutta l'ampiezza di uffici in altre materie e contese spettanti ai tribunali» ordinari ap-

---

<sup>4</sup> Così L. MORTARA, nella nota in *Giur. It.*, vol. 49, I, 1, c. 1033; ad analoghi risultati perviene in *Nuove considerazioni sulla competenza giurisdizionale in tema di concentrazione e trasformazione di opere pie*, in *La legge*, XXXVIII, vol. II, n. 15.

<sup>5</sup> Ambito che come è noto era fissato dall'art. 27 del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato e che si estendeva alle liti in cui si controverta «dei sequestri di temporalità, dei provvedimenti concernenti le attribuzioni rispettive delle podestà civili ed ecclesiastiche, e degli atti provvisori di sicurezza generale relativi a questa materia; dei ricorsi per contestazioni fra comuni di diverse province per l'applicazione della tassa istituita dalla L. 11 agosto 1870, n. 5784, allegato O; dei ricorsi per contestazioni sui confini di Comuni o di Province; dei ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei Tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico; dei ricorsi in materia di consorzi per strade, le quali tocchino il territorio di più Province; dei ricorsi contro il diniego dell'autorizzazione a stare in giudizio ad enti morali giuridici, sottoposti alla tutela della pubblica amministrazione; dei ricorsi sopra tutte le questioni che per leggi speciali non peranco abrogate nelle diverse Province del Regno siano state di competenza dei Consigli e delle Consulte di Stato; dei ricorsi contro il decreto emanato dal Prefetto per provvedere, ai termini del terzo capoverso dell'art. 132 della legge comunale e provinciale, T.U. 4 febbraio 1915, n. 148, all'amministrazione della proprietà od attività patrimoniali delle frazioni o agli interessi dei parrocchiani, che fossero in opposizione con quelli del Comune o di altre frazioni del medesimo; dei ricorsi in materia di consorzi per opere idrauliche per le quali provvede lo Stato in concorso delle Province e degli enti interessati, o alle quali concorre lo Stato nell'interesse generale; dei ricorsi in materia di concorso di spesa per opere di bonifica di prima categoria costruite dallo Stato direttamente o per sua concessione da enti o privati, nonché in materia di consorzi per opere di bonifica della stessa categoria, ai termini dell'art. 56, comma primo e secondo del R.D. 30 dicembre 1923, n. 3256; dei ricorsi intorno alla classificazione delle strade provinciali e comunali; dei ricorsi contro provvedimenti della pubblica amministrazione in merito ad opere di privato interesse, esistenti o che potessero occorrere, attorno alle strade nazionali, od alla costruzione o riparazione dei muri od altri sostegni attorno alle strade medesime; dei ricorsi contro i provvedimenti del Prefetto e contro le deliberazioni in materia di apertura, ricostruzione o manutenzione delle strade comunali e provinciali; dei ricorsi contro le deliberazioni in materia di pedaggi sui ponti e sulle strade provinciali e comunali; dei ricorsi contro provvedimenti ordinati dal Prefetto a norma di quanto è prescritto nell'art. 378 della L. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, sui lavori pubblici, relativi ad opere pubbliche delle Province e dello Stato, eccettuati quelli indicati nella 2ª parte della lettera b) dell'art. 70 del R.D.L. 9 ottobre 1919, n. 2161; dei ricorsi contro le decisioni pronunziate dalle giunte provinciali amministrative in sede giurisdizionale nei casi in cui le giunte stesse esercitano giurisdizione anche nel merito; dei ricorsi relativi a tutte le controversie, che da qualsiasi legge generale o speciale siano deferite alla giurisdizione del Consiglio di Stato anche per il merito».

punto perché la sua genesi storica risaliva agli istituti del contenzioso amministrativo, e perché i «diritti subiettivi» che la legge voleva di preferenza garantiti da questa giurisdizione dovevano trovare in essa e per essa la loro completa protezione, senza di che sarebbe stato assurdo costituirla<sup>6</sup>. Secondo questa ricostruzione dottrinarla, giurisdizione propria significava che era esclusiva del Consiglio di Stato l'attribuzione della giurisdizione sulle materie designate; equivaleva cioè a giurisdizione piena e quindi a negazione del potere giurisdizionale dei tribunali ordinari su quelle materie.

Per evitare possibili semplificazioni del dato storico, tuttavia, occorre sottolineare come la giurisdizione piena, e ancor di più quella «anche in merito», del Consiglio di Stato, non sia suscettibile di riduzione ad una nozione unitaria. Come l'enumerazione di tutte le materie riconducibili alla giurisdizione «propria» del Consiglio di Stato ha posto subito in evidenza, uno degli aspetti che più ha contribuito ad impedire, sul piano dogmatico, l'affinamento di un concetto unitario di tale sindacato giurisdizionale ed ha in definitiva concorso ad una obiettiva svalutazione di siffatta giurisdizione. Si vuole far riferimento alla estrema eterogeneità nelle materie su cui il giudice amministrativo aveva una giurisdizione piena, eterogeneità ancor più marcata dai successivi ampliamenti di tale giurisdizione e dalla sua trasformazione in giurisdizione «anche in merito»<sup>7</sup>.

Ed infatti la critica maggiore che si muoveva ai primi contributi dottrinari sulla giurisdizione di merito<sup>8</sup>, si appuntava su un difetto che è a loro comune, cioè il considerare isolatamente un caso particolare della competenza di merito, trascurandone altri. E si può sin d'ora rilevare come una competenza la quale non viene dichiarata in via generale, ma relativamente a decine di particolari controversie, non può non assumere speciali figure a proposito delle diverse materie cui si applica. L'esame complessivo delle varie ipotesi di quella varia e spesso eterogenea competenza per materie, attribuita con le riforme Crispine al Consiglio di Stato, mettono in luce diversi motivi conduttori dell'opera del legislatore del 1889, quelli di cui si vedono intessute le relazioni e le discussioni parlamentari: la conservazione e lo sviluppo della giurisdizione propria di cui già in via di eccezione il Consiglio di Stato era investito, la convinzione che solo

---

<sup>6</sup> Così L. MORTARA nella nota citata. Con questi scritti Mortara aveva gettato le basi di quella teoria della giurisdizione di merito come giurisdizione piena che doveva in seguito e con maggiori sviluppi svolgere (nel *Commentario*, cit., vol. I, p. 516 ss.).

<sup>7</sup> Così G. B. GARRONE, *Giurisdizione amministrativa di merito*, cit., p. 370 s.

<sup>8</sup> Così V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, Milano, Società Editrice Libreria, 1907, p. 818.

in tale sede fosse possibile per il giudice amministrativo conoscere completamente del fatto oltre che del diritto, l'estensione del poteri del giudice a valutare opportunità e convenienza di un atto amministrativo. Motivi non del tutto armonici e coordinati gli uni con gli altri, anzi per certi aspetti in posizione antitetica fra loro<sup>9</sup>.

Si è ritenuto<sup>10</sup>, addirittura, che la giurisdizione amministrativa di merito, fosse nata storicamente sotto il segno della «più grande confusione, una specie di paniere nel quale si è rovesciato tutto quello che non si voleva e non si riusciva a collocare altrove», formatasi come un coacervo di cose diversissime che non è stato mai possibile comporre in uno schema ordinato; il tutto era cementato dal niente tanto è vero che sorsero dissensi, mai interamente sopiti, su che cosa significasse nella sostanza e nell'insieme questa giurisdizione di merito. Nulla, in conclusione, avrebbe mai caratterizzato e legittimato unitariamente questa giurisdizione.

Tuttavia, anche chi formulava giudizi severi e definitivi sulla possibilità di una configurazione unitaria della giurisdizione di merito<sup>11</sup>, doveva riconoscere che la giurisdizione piena del Consiglio di Stato era stata comunque contraddistinta da un reale elemento unificatore: i maggiori poteri istruttori e di cognizione del fatto attribuiti in tutte le materie del merito al giudice amministrativo: questo a il filo che effettivamente collega le membra sparse della giurisdizione di merito<sup>12</sup>. Opinione, questa, condivisa anche da chi ha approfondito al meglio i profili storici della giurisdizione di merito. In altri termini, pur nella loro diversità, tutte le materie della giurisdizione di merito, presentano un elemento comune ed unificante: l'attribuzione al Consiglio di Stato di una completa conoscenza e valutazione dei dati di fatto<sup>13</sup>.

Ed anche gli studiosi storicamente più vicini alle prime applicazioni della giurisdizione «anche in merito» erano pervenuti a medesime conclusioni. Si rilevava, infatti, che la competenza di merito nel campo giurisdizionale si distingue da quella di annullamento, in quanto quest'ultima manca di ogni facoltà inerente al ristabilimento ed alla valutazione del fatto, che si presume tale quale fu ritenuto da un alto magistrato, mentre la competenza di merito, più completa, ha pure la potestà di dirimere quelle controversie che al fatto si riferiscono.

---

<sup>9</sup> Così P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito*, cit., p. 6.

<sup>10</sup> Così M. NIGRO, *La giurisdizione amministrativa di merito*, in *La giurisdizione amministrativa di merito*, Atti del IV Seminario della Sezione Umbra del C.I.S.A. (Perugia 1968), Firenze 1969, p. 101 (anche in *Foro It.*, 1959, V).

<sup>11</sup> Così M. NIGRO, *La giurisdizione amministrativa di merito*, cit., p. 101 ss.

<sup>12</sup> Così sempre M. NIGRO, *Op. ult. cit.*, p. 102.

<sup>13</sup> Così P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito*, cit., p. 125 s.

no<sup>14</sup>: nel che va pure ricompreso ogni apprezzamento di prove e documenti e l'interpretazione degli atti<sup>15</sup>.

## **2. La trasformazione della giurisdizione propria in cognizione «sul merito».**

La piena cognizione sul fatto (o sui fatti) oggetto della controversia, che avrebbe dovuto caratterizzare la giurisdizione propria del Consiglio di Stato, ha subito, in realtà, un soffocamento da parte della giurisdizione di legittimità, che ha assunto importanza dominante nella caratterizzazione degli istituti. La verità è che la giurisdizione di merito si è profilata sin dall'inizio come giurisdizione speciale, contrassegnata dal principio di enumerazione delle materie, e non ha potuto svolgersi storicamente, nel senso di una generalizzazione dell'inserimento in una clausola generale di giustizia, giacché su di essa ha sovrastato sin dall'inizio la giurisdizione di legittimità, la cui generalità oltretutto si legata non ad una categoria di rapporti intersoggettivi, ma ad una situazione soggettiva implicante -di per se stessa- il disconoscimento di un rapporto vero e proprio. E questa circostanza ha indubbiamente anche ridotto subito le potenzialità della giurisdizione di merito, sia nel senso di rendersi effettiva e sfruttare, per così dire, tutte le sue attitudini nei casi per essa preveduti, sia nel senso di costruire una giustizia più effettiva e più piena.

Come rileva anche autorevole dottrina<sup>16</sup>, sussistono molte indicazioni e disponiamo ormai anche di convincenti dimostrazioni, del fatto che la cognizione di merito importava nella maggior parte dei casi, la conoscenza da parte del giudice, dei fatti che erano alla base dei provvedimenti impugnati o della controversia in atto. Il che significava, come subito si comprende, che la definizione data al fatto del provvedimento amministrativo non toglieva al giudice, e

---

<sup>14</sup> Così V. E. ORLANDO, *La giustizia*, cit., p. 826, che, portando ad esempio il contenzioso elettorale, affermava che «in materia di operazioni elettorali, non si può certo alludere al potere di modificare il risultato per ragioni di convenienza ma si intende estendere bensì quel giudizio a tutti gli apprezzamenti ed interpretazioni che possono far ritenere un fatto al fine di trarne una conseguenza giuridica».

<sup>15</sup> Così sempre V. E. ORLANDO, *Op. ult. cit.*, p. 826. Anche se Orlando, sul punto, non era sufficientemente chiaro nel far intendere se tale apertura del giudice all'apprezzamento di fatto fosse comune a tutte le ipotesi di giurisdizione di merito o se, invece, si andasse ad affiancare alle altre tesi prospettate in dottrina, quelle tendenze cioè che non potevano dirsi «né assolutamente erronee, né assolutamente vere» in quanto ognuna considerava isolatamente un aspetto particolare della competenza di merito, trascurandone gli altri (*Op. ult. cit.*, p. 817 s.), come un terzo elemento che concorrevva solo in alcuni casi a dare un significato particolare alla frase «decide anche in merito».

<sup>16</sup> Così F. BENVENUTI, (voce) *Giustizia amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 606.

quindi alla difesa delle parti, la possibilità di confrontare la massima adottata dall'Amministrazione con la effettiva condizione delle cose, e quindi con l'effettivo rapporto tra le parti della controversia.

Tutto ciò è mancato nell'attuazione che, storicamente, si è data alla giurisdizione piena del Consiglio di Stato e ciò non soltanto per le responsabilità imputabili ai giudici amministrativi di quel tempo remoto, soggiogati dal modello impugnatorio del processo da ricorso e dagli schemi propri della giurisdizione di legittimità. Accanto alle responsabilità della giurisprudenza amministrativa, che sono innegabili, non si debbono tacere le storiche responsabilità della dottrina. Alimentando una pluralità di tesi disparate sulla giurisdizione «anche in merito» e facendo, comunque, prevalere la tesi della sua natura di giudizio sull'opportunità e sulla convenienza, piuttosto che sul fatto, la dottrina ha inevitabilmente accresciuto le incertezze e le perplessità dei giudici, la loro timidezza. Soprattutto l'accentuazione (ed il sovradimensionamento) della cognizione sull'opportunità e sulla convenienza degli atti dell'Amministrazione ha(nno) indotto i giudici amministrativi -nel timore di debordare dall'ambito delle proprie attribuzioni giurisdizionali- a rifuggire dal giudizio di merito e, con esso, dal giudizio sui fatti rilevanti della controversia.

Va riconosciuto che queste difficoltà ed incertezze trovavano alimento negli interventi legislativi successivi che prevedevano come il giudice amministrativo in quelle particolari materie potesse decidere «anche in merito» con evidente intento di qualificare come aggiuntiva ed eccezionale la competenza di merito<sup>17</sup>, e per la conseguente impossibilità di ricorrere a forme di interpretazione analogica<sup>18</sup>.

Sotto il profilo storico, invece, la giurisdizione «propria» del Consiglio di Stato che, come si è accennato, era sicuramente una giurisdizione «di merito», e che tale era ben prima che il legislatore facesse impiego dell'arcana formula

---

<sup>17</sup> Sul punto la dottrina è unanime nel ritenere che la competenza di merito della giurisdizione amministrativa sia contraddistinta dai seguenti due caratteri: essa è eccezionale: non può esercitarsi se non per le materie tassativamente stabilite dalla legge; essa è, poi, aggiuntiva: si aggiunge a quella di legittimità, dovendo, in conformità ai principi generali, il sindacato di legittimità precedere quello di merito. ciò è confermato dal fatto che il legislatore, nel prevedere le materie di competenza di merito stabilisce che il giudice decide, «pronunciando *anche* in merito» (per tutti si veda P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 173; ma già L. MORTARA, *Op. ult. cit.*, vol. I, p. 518).

<sup>18</sup> È noto che i casi nei quali può trovare applicazione il giudizio «anche in merito» non possono essere in alcun modo estesi dall'interprete (sul punto G. ROEHRSEN, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Rass. lav. pubbl.*, 1972, p. 43 e ss., ora in *Studi in onore di A. Papaldo*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 216 e p. 220).

«anche in merito»<sup>19</sup>, rimaneva tutta costruita sull'idea di un pieno accesso al fatto come elemento unificante e caratterizzante.

Storicamente le materie attribuite alla giurisdizione piena del Consiglio di Stato, senza alcuna discriminazione di situazioni giuridiche soggettive, si prestavano ad un giudizio che si estendeva naturalmente ad una percezione del fatto in rapporto alle norme giuridiche da applicare. Il giudizio di merito come giudizio di opportunità amministrativa costituiva un aspetto residuale e non sempre ricorrente, anche se mai sottovalutato, specie dalla dottrina. Passare in rassegna la giurisprudenza del Consiglio di Stato in ordine alle controversie rientranti nella giurisdizione propria antecedente alla legge n. 5992 del 1889 è molto interessante, tale esame infatti mette in rilievo come in talune di queste materie il giudizio di merito sia stato in realtà esclusivamente un giudizio sui fatti ovvero sull'applicazione della legge ai fatti, dove peraltro era implicata una conoscenza sui fatti e non una valutazione di opportunità del provvedimento<sup>20</sup>. Fra le varie ipotesi di giudizio «anche in merito», infatti, il legislatore dell'epoca ne aveva indicate alcune nelle quali non era neppure astrattamente ipotizzabile un qualche cameo riservato a valutazioni di merito<sup>21</sup>.

Nonostante ciò, come si accennava, il profilo del giudizio di opportunità ha impressionato la dottrina<sup>22</sup> molto di più che non la concezione del giudizio

---

<sup>19</sup> Formula che, come ormai noto, è stata introdotta soltanto dal legislatore del 1889. Si è già ricordato, del resto, il pensiero di L. MORTARA, *Nuove considerazioni sulla competenza giurisdizionale*, cit.; ID., *Commentario*, cit., vol. I, p. 515, il quale, dopo aver stabilito l'equivalenza tra giurisdizione propria riconosciuta al Consiglio di Stato nella legge organica del 1865 all'art. 10 e la giurisdizione piena, come «negazione di potere giurisdizionale dei tributi ordinari su quelle stesse materie», rilevò che la frase «decide pronunciando anche in merito» espressa nell'art. 4 della legge del 1889 fu una variante pienamente terminologica rispetto alla frase «esercita, giurisdizione propria» contenuta nell'art. 10 della legge organica del 1865 e non ne volle perciò mutare il senso.

<sup>20</sup> Sul punto P. G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito*, cit., p. 70 ss.

<sup>21</sup> E qui «giudizio anche in merito» non può che avere invece un significato diverso da quello prima accennato. A proposito di tali controversie si è detto che occorre piuttosto parlare di un giudizio di fatto da parte del giudice amministrativo (M.S. GIANNINI e A. PIRAS, *(voce) Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970 p. 261 ss.). Opinione diversa ha invece G. ROEHRSEN, *La giurisdizione di merito*, cit., p. 222 s., secondo cui i fatti, in quanto posti a fondamento dell'atto amministrativo, non sfuggono al vaglio del giudice amministrativo neppure in sede di mera legittimità.

<sup>22</sup> Nonostante l'importante voce discorde, quella di L. MORTARA, *Nuove considerazioni*, cit., fasc. 15, il quale, dopo aver stabilito l'equivalenza tra giurisdizione propria riconosciuta al Consiglio di Stato nella legge organica del 1865, all'art. 10, e la giurisdizione piena come (negazione di potere, giurisdizionale dei tribunali ordinari sulle stesse materie) rilevò che la frase (decide pronunciando anche in merito) espressa nell'art. 4 della legge n. 5992, fu una variante puramente terminologica rispetto alla frase «esercita giurisdizione propria») contenuta nell'art. 10 della legge n. 2248, All. E non ne volle perciò mutare il senso.

di merito come giudizio sul fatto. Forse perché il primo impulso, naturale e spontaneo, è quello di fare ricorso al significato che il vocabolo «merito» ha nel diritto amministrativo sostanziale, che porta a ritenere che il giudice può procedere anche ad acclarare la opportunità, la convenienza, la utilità, la equità dell'attività amministrativa<sup>23</sup>.

E' così che la giurisdizione di merito come cognizione tendenzialmente piena dei fatti è diventata cognizione di opportunità amministrativa. La ragione più profonda di quanto accaduto è probabilmente da ricercarsi nella circostanza che, anche sulla giurisdizione di merito operò il diaframma costituito dalla separazione degli interessi dai diritti, che fu il prodotto della legislazione del 1865. Come è stato autorevolmente sostenuto<sup>24</sup>, non si dà infatti conoscenza dei fatti se questa conoscenza non si ambienta, per così dire, in una cognizione più vasta concernente appunto il rapporto intersoggettivo. Rapporto vuole dire diritto soggettivo: l'interesse legittimo implicava solo indirettamente il rapporto nel momento in cui si contrapponeva al diritto soggettivo; e, poiché tutela dell'interesse legittimo ha voluto dire, sin dall'inizio tutela diretta contro il provvedimento amministrativo, ecco che una conoscenza del fatto rapportata al procedimento stesso in relazione ai compiti dell'Amministrazione. In questo quadro, non poteva realizzarsi una cognizione dei fatti che non venisse immediatamente riassorbita in una valutazione di opportunità.

Quindi il profilo del giudizio di opportunità, come quello che meglio si adatta alla logica del nuovo ricorso al Consiglio di Stato ha lasciato il segno in dottrina molto più di quello del giudizio di merito come giudizio sul fatto. Si definiva la facoltà di decidere anche in merito come quella che non si limita solo all'esame della legittimità del provvedimento, ma comprende anche la valutazione della opportunità di esso, in antitesi con la competenza di annullamento che può soltanto mantenere o porre nel nulla l'atto a seconda che fu o non fu violata la legge<sup>25</sup>. Tesi pienamente accolta dalla Cassazione romana in due deci-

---

<sup>23</sup> Così, ad esempio, G. ROEHRSEN, *La giurisdizione di merito*, cit., p. 218, ed in termini analoghi a p. 221.

<sup>24</sup> Così F. BENVENUTI, *Giustizia*, cit., p. 608.

<sup>25</sup> Il concetto già messo in luce da L. MEUCCI (ID, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. Amm.*, 1891, p. 5 e ss.) era stato più ampiamente illustrato da R. PORRINI, *La giurisdizione amministrativa di annullamento nella sua natura e nelle sue relazioni colla giurisdizione ordinaria e con quelle amministrative speciali*, in *Arch. giur.*, 1891, p. 510 ss., il quale aveva scritto che «se al contrario è concessa la decisione in merito e l'interessato fa la sua istanza in questo senso, il giudizio cessa di essere prettamente giuridico e si fonda sopra criteri di amministrativa opportunità».

sioni intervenute a breve distanza l'una dall'altra in quegli anni<sup>26</sup>, anche se non mancò un'importante voce discordante<sup>27</sup>.

Peraltro, la tesi che ciascuna Sezione del Consiglio di Stato fosse una giurisdizione speciale contribuì ad accentrare la differenza fra giudizio di legittimità e quello di merito. Da «decide pronunciando anche in merito», secondo la formula del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato, nel quale era insita l'unità della giurisdizione, si passava, tramite la (ritenuta) duplicità soggettiva delle giurisdizioni, ad isolare obiettivamente un criterio di giudizio e si caratterizzava la Quinta Sezione come giurisdizione sull'opportunità amministrativa<sup>28</sup>. La pronuncia in merito diventava la conseguenza di una cognizione estesa al merito, che secondo la dottrina tradizionale, a convenienza, opportunità, cioè equità amministrativa. L'ultimo concetto sembra diverso dagli altri due, ma il problema di conciliare la giurisdizione, che è specificazione di una regola, criterio di giudizio, con valutazioni di convenienza ed opportunità che sembrano formulabili caso per caso. Anche il «merito» in questo significato è riferito, non diversamente dalla legittimità all'atto amministrativo, che, in quanto inopportuno può essere revocato o modificato<sup>29</sup>.

L'accentuazione di tale profilo, comunque, portava a dubitare della natura giurisdizionale dell'attività del giudice amministrativo<sup>30</sup>. Sono state così for-

---

<sup>26</sup> Così Cass., Roma, S.U., 16 marzo 1896, in *Giust. amm.*, 1896, III, p. 53 e 11 luglio 1898 in *La legge*, 1898, II, p. 505 ss.

<sup>27</sup> Quella di L. MORTARA (ID, *Nuove considerazioni sulla competenza giurisdizionale in tema di concentrazione e trasformazione di opere pie*, cit., n. 16 e *Commentario*, cit., vol. I, p. 515), il quale, riteneva che il carattere di giurisdizione piena implicava nel Consiglio di Stato un potestà di decidere un contrasto giuridico in sostituzione del giudice ordinario; donde tra l'altro, l'evidenza della tendenziale esclusività della giurisdizione di merito e del logico superamento da essa rappresentato, della distinzione tra diritto ed interessi propugnata ed affermata nel 1865. La giurisdizione di merito era invero, per naturale disposizione, volta a trasformarsi in giurisdizione esclusiva: a questo traguardo portava anche l'applicazione del principio di enunciazione, che conteneva in se stessa questa propensione all'esclusività delle competenze giurisdizionali attribuite al giudice. Ciò è tanto vero che, quando si istituì la giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato, a questa dettero corpo alcune delle materie che rientravano per l'addietro nella giurisdizione di merito: quella tra tali materie rispetto a cui si era manifestata in modo impellente la logica della esclusività della competenza del giudice.

<sup>28</sup> Così E. CANNADA BARTOLI, (*voce*) *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 548.

<sup>29</sup> Così ancora E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia*, cit., p. 548.

<sup>30</sup> Una chiara enunciazione della tesi che la Quinta Sezione sia giudice da un punto di vista esclusivamente formale ma, sostanzialmente, faccia puro ufficio di amministratore, è del Serena, che primo presiedette la Quinta Sezione, e la svolse proprio nel discorso inaugurale (in *Giust. amm.*, 1907, IV, p. 136). In passato la dottrina ha vivacemente dibattuto se, con riguardo al giudizio di merito, si debba parlare di una vera attività giurisdizionale o non, piuttosto, di attività amministrativa che riveste le forme della giurisdizione. Si veda ad esempio E. CASSETTA,

multate diverse proposte di inquadramento teorico tendenti ad attenuare, o addirittura a negare, la natura giurisdizionale del sindacato «anche in merito»: si è parlato di attività giurisdizionale solo in senso formale<sup>31</sup>, di giurisdizione mista a legislazione<sup>32</sup>, di giurisdizione mista ad attività amministrativa<sup>33</sup>.

Come è stato autorevolmente rilevato, però, il nucleo centrale della disputa è stato da tempo superato e la dottrina dominante tende ormai a dislocare diversamente i termini del discorso: l'equivoco che vizia l'impostazione tradizionale del problema risiede nella pretesa di spostare -attraverso le più diverse categorizzazioni dei profili funzionali dell'attività- l'ordine formale delle qualificazioni che (sole) individuano la struttura (e la funzione) del provvedimento

---

*Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 326 ss. Più di recente G. B. GARRONE, *Giurisdizione*, cit., p. 373 e p. 374 e s.

<sup>31</sup> Per G. ZANOBINI (ID, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1958, p. 254) la decisione del giudice di merito ha bensì la forma di una sentenza, ma il suo contenuto è pur sempre un provvedimento amministrativo. Come si vedrà, però oggi prevale la tesi secondo cui la giurisdizione di merito è vera e propria giurisdizione, e non già attività amministrativa che ha forma della giurisdizione, così M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, Jandi Sapi, 1960, p. 185 s.).

<sup>32</sup> Si è considerata quali legislativa l'attività del giudice amministrativo di merito, quando egli si dedica a codificare – attraverso principi o regole non giuridiche – il precetto giuridico individuale per applicarlo al caso concreto (così O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 16 e p. 407). Sono note le obiezioni con cui è stato possibile ribattere a queste costruzioni della dottrina (si veda, ad esempio, G. GARBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 69 ss.).

<sup>33</sup> La natura delle competenze generali della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, della competenza di merito, è giurisdizionale o amministrativo – contenziosa a seconda che sia esclusiva o concorrente con quella del giudice ordinario (così V.E. ORLANDO, *La giustizia*, cit., p. 818 ss. e, in senso sostanzialmente analogo, F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Torino, Utet, 1934, vol. II, p. 426 e, più di recente, G. ROEHRSEN, *La giurisdizione di merito*, cit., p. 266.)

Anche per A. SALANDRA (ID, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, Utet, 1904, p. 758) errerebbe gravemente chi ritenesse che la natura del giudizio di merito, per tutti i casi in cui è ammesso, sia unica ed organica, perché, invece, i casi stessi si possono raggruppare in due categorie di natura e carattere perfettamente opposti a seconda che riguardino: 1) controversie di diritto vertente fra la pubblica Amministrazione e gli individui; 2) richiesta di revoca o riforma di provvedimenti amministrativi lesivi di interessi (...). In entrambi i casi, l'ufficio del giudice, rispetto alle controversie stesse, niuna esclusa, consiste nell'esercitare una piena giurisdizione, in virtù della quale la sua decisione sostituisca quella delle parti contendenti. Ciò non toglie che, in forma contenziosa, tale giudice espliciti attività amministrativa (*Ibid.*, p. 799).

Ma si ricordino anche A. DE VALLES (ID, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, Athenaeum, 1917, p. 96), F. ROVELLI (ID, *Sul carattere della Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1914, I, p. 244) e C. VITTA (ID, *La giurisdizione amministrativa e il diritto obiettivo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1921, I, p. 265) i quali opinano che il giudice di merito espliciti un'attività mista: giurisdizionale e legislativa. Questa tesi aveva condiviso, in un primo tempo, anche O. RANELLETTI (ID, *Principi di diritto amministrativo*, I, Napoli, L. Pierro, 1912, p. 256), mutando poi opinione. Anche C. VITTA, nella seconda edizione del suo *Diritto amministrativo*, Torino, Utet, 1937, p. 478 e p. 600, cambia opinione e protende per la tesi secondo cui il giudice di merito esplicita, in forma contenziosa, attività amministrativa.

decisorio<sup>34</sup>. In realtà, l'ordinamento (art. 2908 cod. civ.) prevede che la tutela giurisdizionale delle situazioni protette richieda, per la sua attuazione, un'attività volta cioè a costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici con effetto fra le parti. La teoria degli atti giurisdizionali offre, d'altro canto, più di un tipo idoneo a classificare la sentenza amministrativa di riforma dell'atto sottoposto alla giurisdizione di merito. Sotto questo profilo, pertanto non si vede quali ostacoli si oppongano a considerare l'attività con cui il giudice disciplina - attraverso una propria pronuncia - il rapporto dedotto in giudizio come un'attività formalmente e stanzialmente giurisdizionale<sup>35</sup>.

### 3. Dalla decadenza della giurisdizione propria «sul merito» al Codice del processo amministrativo.

Alla base dello scarso rilievo che viene oggi riconosciuto alla giurisdizione di merito, come si è acutamente rilevato<sup>36</sup>, c'è l'idea, la sensazione, che nel

---

<sup>34</sup> Così M. S. GIANNINI e A. PIRAS, *Giurisdizione*, cit., p. 261 (e già M. S. GIANNINI, *La giustizia*, cit., p. 168 e ss.). In senso analogo R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 262, che ricorda come la più recente dottrina si è venuta in prevalenza convincendo che in sede di competenza di merito il Consiglio di Stato svolge attività sotto ogni punto di vista giurisdizionale (L. MORTARA, *Commentario*, cit., vol. I, p. 186; G. SALEMME, *Il concetto di parte e la pubblica Amministrazione nel processo civile penale e amministrativo* Roma, Atheneum, 1916, p. 192; G. FAGIOLARI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato, Studi in occasione del centenario*, vol. III, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1932, p. 181 ss.; A. AMORTH, *Il merito amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 113; V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Ann. dir. comp.*, vol. XXII, 1948, p. 308 ss. in parte ripubblicati in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1992, p. 267 e ss.; C. GESSA, *Profili e problemi di giustizia amministrativa nella prospettiva di integrazione e riforma dell'ordinamento vigente in Foro amm.*, 1968, III, p. 77 ss.; F. BASSI, *La norma interna (lineamenti di una teorica)*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 392) osservando esattamente che tale competenza è posta dal legislatore sullo stesso piano del giudizio di legittimità, in quanto svolta da un organo sopraordinato ed imparziale, ad istanza di parte, nell'ambito ed in funzione dell'ordinamento generale (A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, Morano, 1963, p. 108; R. LUCIFREDI, *In tema di giurisdizione di merito*, in *Annali dell'Università degli Studi di Perugia*, 1940, p. 5 ss., G. MIELE, *Il Consiglio di Stato come giudice d'appello*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, Padova, Cedam, 1940, vol. II, p. 361 e s.; M. NIGRO, *La giurisdizione*, cit., p. 59; E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 185 e s. Del resto, né la sostituzione del giudice all'Autorità amministrativa, né il ricorso a criteri di buona amministrazione offrono argomenti in contrario (assai risalenti sono le tesi che vedono in tale attività un'attività amministrativa, o quantomeno mista, cioè giurisdizionale nella fase dell'annullamento e amministrativa in quella della sostituzione: V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 84); infatti, la struttura funzionale del procedimento decisorio non è in grado di influire sulla natura né tantomeno costringe a trasferirlo nel campo degli atti amministrativi.

<sup>35</sup> Così M. S. GIANNINI e A. PIRAS, *Giurisdizione*, cit., p. 261 ed anche F. BENVENUTI, (*voce*) *Consiglio di Stato (competenza e giurisdizione)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 322 e s.

<sup>36</sup> Così U. POTOTSCHNIG, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, p. 513 e ss.

nostro ordinamento i casi di giurisdizione di merito rappresentino essenzialmente un residuo storico e qualcosa di sostanzialmente anomalo rispetto ai connotati propri di una funzione giurisdizionale modernamente intesa. A provocare siffatta sensazione non sono certo state le norme positive ma, semmai, la ricostruzione che di esse ha prospettato la dottrina prima e la giurisprudenza poi. Si è ripetutamente affermato, infatti, che nel diritto amministrativo la giurisdizione di merito si estende all'indagine sull'utilità, sull'opportunità, sulla convenienza e sull'equità stessa dell'atto amministrativo su cui si controverte, sicché il giudice di merito deve esaminare se l'Autorità ha agito utilmente. E analogamente, per quanto attiene ai poteri decisori, si è ripetuto che il giudice di merito può non soltanto annullare l'atto impugnato, ma può anche riformarlo, ovvero può addirittura sostituirsi all'Autorità amministrativa. L'aver posto l'accento su questi aspetti ha indotto una considerevole parte degli Autori a ritenere, come appena ricordato, che nella giurisdizione amministrativa di merito si dovesse ravvisare, in tutto o in parte l'esercizio di una funzione sostanzialmente amministrativa.

Il dubbio sollevato circa la natura giurisdizionale della giurisdizione di merito, fugato a livello di elaborazione scientifica, è rimasto -per così dire- a livello psicologico, anche perché sostenuto ed alimentato dal mito di quei principi che sembrano patrimonio ormai acquisito ed irrinunciabile dello Stato moderno: il principio della separazione dei poteri. Certo, lo Stato moderno era anche, e prima di ogni altra cosa, Stato di diritto, onde era suo dovere assicurare anzitutto protezione e tutela alle situazioni giuridiche individuali, nei confronti dei possibili arbitri del potere esecutivo. Ma il convincimento comune era che questo compito fosse sia adempiuto con la realizzazione di un controllo di giurisdizione sulla legittimità degli atti amministrativi, sotto il triplice ed ormai noto profilo della incompetenza, della violazione di legge e dell'eccesso di potere<sup>37</sup>.

Da qui è nata la tendenza dei giudici ad ammettere il giudizio di merito sempre più restrittivamente e la riluttanza con cui il giudice di merito, quando accoglie il ricorso e annulla l'atto impugnato, riforma lui stesso il provvedimento, in quanto si preferisce di solito rimettere l'affare all'autorità amministrativa competente trincerandosi dietro la motivazione che il potere di sostituzione gli compete soltanto nel caso dell'emissione di un atto amministrativo interamente vincolato. Da qui anche l'attribuzione del carattere di eccezionalità e di «aggiuntività» ed i ventilati dubbi di legittimità costituzionale della giurisdizione «anche

---

<sup>37</sup> Così ancora U. POTOTSCHNIG, *Origini e prospettive*, cit.

in merito» di quest'ultima rispetto alla giurisdizione di legittimità.

Tali conclusioni sembrerebbero in apparenza confermate anche dalle previsioni del Codice del processo amministrativo che nel riordinare (e nello sfrondare) le vecchie competenze della giurisdizione «propria» e di merito le ha ricondotte al limitatissimo novero di cui all'art. 134<sup>38</sup>.

Questa riduzione nel numero delle attribuzioni, peraltro in via di ampliamento sin dalle prime modifiche correttive al Codice, non ha inteso segnare il tramonto della giurisdizione «di merito» ed anzi forse segna una inversione di rotta ed in definitiva il superamento di un antico equivoco.

In alcuni casi tassativamente indicati dalla legge, è ben possibile che oltre ad assicurare la giusta tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei privati, il giudice si faccia aggiuntivamente carico della cura dell'interesse pubblico. Ed è questo a mio avviso il tratto caratterizzante e la ragione della persistente attualità della giurisdizione di merito. In essa, infatti, accanto alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive tipica di ogni processo si aggiunge una funzione (una funzione aggiuntiva, in ossequio all'*anche in merito*) e del tutto eccezionale: la cura dell'interesse pubblico a mezzo del processo ed in sostituzione dell'Amministrazione.

Non devono però ingenerarsi equivoci. Non si parla in questo caso di una cura del pubblico interesse che possa assimilarsi a quella che, nell'ambito della propria discrezionalità, spetta all'Amministrazione. Si tratta di peculiari ipotesi in cui il legislatore ravvisa la necessità di una contestualità tra la decisione che tutela le situazioni di interesse legittimo dei privati (e ne ripara la lesione) e la conseguente coerente conformazione dell'assetto degli interessi pubblici; ciò al fine di assicurare immediatezza e coerenza tra la tutela assicurata dal giudice alle ragioni del privato e le ragioni dell'interesse pubblico. Tratto, quest'ultimo, che è tipico della principale figura della giurisdizione di merito: il giudizio di ottemperanza.

Si potrebbe eccepire che tale conclusione non farebbe altro che riportare la giurisdizione di merito nel recinto del giudizio di opportunità, ricostruzione quest'ultima che nelle pagine che precedono si è ampiamente criticata.

---

<sup>38</sup> Come è noto, l'art. 134 c.p.a. prevede che: «1. Il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito (*soltanto*) nelle controversie aventi ad oggetto: a) l'attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato nell'ambito del giudizio di cui al Titolo I del Libro IV; b) gli atti e le operazioni in materia elettorale, attribuiti alla giurisdizione amministrativa; c) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti; d) le contestazioni sui confini degli enti territoriali; e) il diniego di rilascio di nulla osta cinematografico di cui all'articolo 8 della legge 21 novembre 1962, n. 161».

A ben vedere, però, così non è. Questo tipo di cognizione aggiuntiva non ha nulla a che vedere con le valutazioni di opportunità o di merito amministrativo; il giudice di merito, infatti, non opera scelte discrezionali, né effettua ponderazioni di interessi che siano alternative o comunque distoniche da quelle effettuate dalla pubblica Amministrazione. Il giudizio di merito in sostanza non comporta (né consente) una totale rinnovazione della scelta discrezionale dell'Amministrazione ma si pone come appendice –non necessaria, ma eccezionale appunto– della decisione sulla domanda di giustizia del ricorrente nella esatta determinazione della «misura» di tutela delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere in giudizio rispetto all'assetto degli interessi pubblici frutto delle ponderazioni discrezionali dell'Amministrazione.

In questo senso, il tratto aggiuntivo della giurisdizione di merito (che ancora ne giustifica la distinzione rispetto alla giurisdizione generale) è proprio questa idoneità a conformare alla misura di tutela delle ragioni del privato le ragioni dell'interesse pubblico. Il giudice amministrativo, in sostanza opera valutazioni che senza mai invadere la sfera della ponderazione degli interessi (e quindi la scelta dei fini), si limitano ove necessario ad incidere sui mezzi per rendere questi ultimi compatibili con le giuste ragioni del privato.

E tale persistente attualità sembra confermata dal fatto che il legislatore stia di recente disegnando nuove figure di giurisdizione di merito. È noto, infatti, come l'art. 44 della Legge comunitaria 7 luglio 2008 n. 88, nel recepire la direttiva «Ricorsi» 2007/66/CE, abbia previsto che sia riservata al «giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti retroattiva o limitata alle prestazioni da eseguire; nel caso di cui all'articolo 2-sexies, paragrafo 1, della direttiva 89/665/CEE e all'articolo 2-sexies, paragrafo 1, della direttiva 92/13/CEE, lasciare al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, e sanzioni alternative; fuori dei casi di cui ai numeri 1) e 2), lasciare al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, ovvero risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato»; e questo, provvedendo a includere il contenzioso contrattuale della P.A. «nell'ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito».

Se è vero infatti che apparentemente il Codice ha proceduto ad una razionalizzazione e ad una profonda riduzione delle attribuzioni giurisdizionali «anche in merito», nella importantissima materia delle controversie sull'aggiudi-

cazione dei contratti pubblici prevede, da un lato (art. 122 C.p.a.), che «il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, *tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti*, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta». Dall'altro lato, il successivo art. 125 C.p.a. prevede che «se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato», mentre «la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile».

Quella appena citata è un'ipotesi davvero importante, che dimostra come la giurisdizione di merito sia ancora pienamente attuale, e si giustifichi proprio in quei casi in cui eccezionalmente si rende necessaria una contestualità tra la tutela delle situazioni di interesse legittimo dei privati e la tutela delle ragioni dell'interesse pubblico.

Analoghe osservazioni possono replicarsi in ordine alla legge 4 marzo 2009, n. 15, con cui il Parlamento italiano ha disposto una «delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e all'efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla Corte dei conti».

Orbene, l'art. 4, co. 2, lett. 1, n. 2, di tale legge consente «a ogni interessato di agire in giudizio nei confronti delle amministrazioni, nonché dei concessionari di servizi pubblici, fatte salve le competenze degli organismi con funzioni di regolazione e controllo istituiti con legge dello Stato e preposti ai relativi settori, se dalla violazione di standard qualitativi ed economici o degli obblighi contenuti nelle Carte dei servizi, dall'omesso esercizio di poteri di vigilanza, di controllo o sanzionatori, dalla violazione dei termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali derivi la lesione di interessi giuridicamente rilevanti per una pluralità di utenti o consumatori»; e devolve «il giudizio alla giurisdizione esclusiva e di merito del giudice amministrativo».

All'atto del recepimento queste conclusioni non sembrano smentite né dalle posizioni espresse in sede consultiva dal Consiglio di Stato, né dal tenore

letterale del decreto legislativo n. 198 del 2009<sup>39</sup>. Pur se la lettura della Sezione consultiva sugli atti normativi tende a ricondurre l'azione per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni nel novero della giurisdizione esclusiva<sup>40</sup> ed in tal senso opera la lettera del decreto legislativo<sup>41</sup>, ciò in realtà non esclude che la cognizione del giudice amministrativo non possa qualificarsi come estesa al merito. E ciò si dice in ragione della peculiarità dell'accertamento giurisdizionale.

Come è reso chiaro sin dall'art. 1, «al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio, i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori possono agire in giudizio, con le modalità stabilite nel presente decreto, nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di servizi pubblici, se derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi, dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento, dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero dalla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, per le pubbliche amministrazioni, definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di *performance* contenute nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, coerentemente con le linee guida definite dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 13 del medesimo decreto e secondo le scadenze temporali definite dal decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150».

Non si può non riconoscere come tale valutazione comporti valutazioni di merito, soprattutto se, come precisa il comma 1 *bis* dell'art. 1, «nel giudizio di sussistenza della lesione di cui al comma 1 il giudice tiene conto delle risorse strumentali, finanziarie e umane concretamente a disposizione delle parti intimate».

È lungo questo binario che la giurisdizione «propria» del Consiglio di

---

<sup>39</sup> Il d.lgs. 20 dicembre 2009 n. 198, recante l' *Attuazione dell'articolo 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, pubblicato nella *Gazz. Uff.* 31 dicembre 2009, n. 303.

<sup>40</sup> Il riferimento è a Cons. St., Sezione atti normativi, Adunanza del 9 giugno 2009, n. 1943/09.

<sup>41</sup> Così l'art. 1, comma 7, secondo cui «il ricorso è devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e le questioni di competenza sono rilevabili anche d'ufficio».

Stato, grazie a questa sua capacità di conformare la misura di tutela delle ragioni del privato e le ragioni dell'interesse pubblico, sembra ritrovare vigore oggi.

#### **4. Qualche considerazione conclusiva «sulla giurisdizione propria» oggi.**

L'attenzione al tema che si affronta, è stata sollecitata da un'occasione congressuale, in occasione della quale alla ricostruzione sopra riportata, frutto in realtà di antichi studi<sup>42</sup>, si sono aggiunte considerazioni critiche sull'attualità.

Non si può infatti non evidenziare come la portata delle recenti riforme in questa materia non possa ignorare la percezione che la stessa giurisdizione, o meglio il Corpo vivo della magistratura, ha rispetto al suo ruolo il giudice di piena giurisdizione sui provvedimenti amministrativi.

Il tema che si pone è come la giurisdizione intende ed effettivamente esercita il controllo giurisdizionale, se lo esercita in modo penetrante come auspicato da più parti o invece in modo diverso o molto più contenuto di quanto auspichi autorevole dottrina: è questo il problema ed è un problema molto significativo un problema rispetto al quale le posizioni e i rimedi che la giurisprudenza delle Corti sovranazionali a cominciare dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo poco possono contribuire a chiarire.

Non vi è dubbio che la giurisprudenza delle Corti Europee offra un ancoraggio significativo, lo si è inteso anche dalla bellissima lezione del presidente Raimondi che apre questa sezione monografica della Rivista; ma sicuramente quel tipo di ancoraggio è il minimo di garanzie assicurabili al sindacato dei Giudici perché l'intervento della Corte si limita inevitabilmente a una esigenza minima di garanzia comune in relazione ai diritti fondamentali dell'uomo.

Qui invece il problema nella quotidianità della nostra esistenza e del controllo giurisdizionale su tutta l'attività che in qualche modo è mediata dall'esercizio di pubblici poteri di diversi livelli di governo è chiaramente un problema non necessariamente connesso o correlato alla tutela di diritti fondamentali e quindi non necessariamente e sufficientemente tutelato da quelle garanzie di tipo procedimentale e di tipo giurisdizionale che l'ordinamento europeo convenzionale può assicurare al singolo.

Gli ordinamenti sovranazionali hanno sicuramente costituito un motore di sviluppo della maturata coscienza da parte delle giurisdizioni nazionali e di apertura verso la piena giurisdizione, questo è sicuramente vero soprattutto per

---

<sup>42</sup> Il riferimento è ad A. POLICE, *La giurisdizione "propria" del Consiglio di Stato dagli allegati D ed E della legge 20 marzo 1865, n. 2248 al C.p.a.*, nel volume collettaneo *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Torino, Zanichelli, 2011, p. 77 ss.

tutta quella attività amministrativa di carattere afflittivo se non solo sanzionatorio che fruisce in modo massiccio dei benefici della giurisprudenza delle Corti europee. Ma per tutto il resto quello che è attività amministrativa d'ordine o di prestazione in cui il soddisfacimento parziale (o insufficiente) o il mancato soddisfacimento di pretese del bene della vita (o di beni della vita o di prestazioni pubbliche o di garanzie d'ordine) viene negato, si ha ragione di credere che rispetto ad esse il perimetro la cornice di sistema delle garanzie del diritto convenzionale europeo non è in grado di rimuovere il problema,

Il problema è altrove e, ad avviso di chi scrive va rinvenuto in quella percezione del limite, del confine, dell'argine al proprio sindacato ed al proprio controllo giurisdizionale che ogni giudice sente immanente nell'esercizio della sua missione professionale. Né questo problema si supera auspicando la unificazione delle giurisdizioni, vera mitologia giuridica<sup>43</sup>.

Non si crede che ci sia un giudice più valente dell'altro, una giurisdizione più coraggioso dell'altro nell'affrontare sindacare il merito, si crede anzi che proprio il passaggio dall'uno all'altro giudice (o giurisdizione, si pensi di recente alla giurisdizione sulle sanzioni Consob e Banca d'Italia<sup>44</sup>), dimostri il contrario e segnali la indisponibilità delle Corti d'Appello (come già, se non ancor più dei, Tribunali amministrativi) quanto all'esercitare un sindacato pieno (questo si ancorato i principi del diritto europeo perché di sanzioni si tratta). Questi mutamenti della giurisdizione anno dimostrato come la disponibilità dei giudici (ordinari o amministrativi) in materia sia stata molto simile, sempre caratterizzata da un *self-restraint* molto forte.

È questo allora il problema e lo è, dove le garanzie del diritto europeo le norme che attribuiscono giurisdizione piena non ci sono e quindi il sindacato di legittimità costituisce argine giustificazione o se si vuole in qualche modo un paravento alla esigenza di necessario e (e doveroso) approfondimento del fatto per un sindacato pieno da parte del giudice. Si badi, questo problema ce lo portiamo indietro da molto tempo ed è per questa ragione che si è pensato ad un intervento di taglio storico per l'occasione congressuale che ha occasionato questo scritto. Se guardiamo all'ordinamento italiano proprio con le leggi di

---

<sup>43</sup> Sia consentito sul punto il rinvio ad A. POLICE, *La mitologia della "specialità" ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Questione Giustizia*, n.3/2015, p. 136 ss. ed in *Aperta Contrada, Riflessioni su società, diritto, economia* [www.apertacontrada.it](http://www.apertacontrada.it) (ottobre 2015). Poi a stampa nel volume a cura di P.L. Portaluri, *L'Amministrazione pubblica, i Cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2016, p. 171 ss.

<sup>44</sup> Sia consentito sul punto il rinvio ad A. POLICE ed A. DAIDONE, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della CONSOB ed i limiti della Corte costituzionale come giudice del riparto*, nota a Corte cost., 27 giugno 2012, n. 162, in *Giur. it.*, 2013, p. 684 ss.

unificazione del 1865 il problema sorge nel nostro ordinamento giuridico di Stato nazionale ovviamente sorge da molto prima se si volesse andare indietro all'esperienza degli ordinamenti preunitari.

Di ciò si è ampiamente detto nelle pagine che precedono. Qui nel concludere questo approfondimento non pare si possa tacere come tutti i momenti evolutivi che hanno caratterizzato la nostra Giustizia amministrativa da allora, passaggi sicuramente importanti sicuramente volti a spostare le frontiere del sindacato non hanno in modo significativo trasformato quello che era un giudizio di legittimità in un giudizio di merito, inteso come giudizio sul fatto, nell'accezione molto bella del libro di Biagio Giliberti e nella ricostruzione assai profonda di Filippo D'Angelo<sup>45</sup>.

Questa trasformazione ad avviso di chi scrive non vi è stata o quantomeno non può dirsi compiuta; e non si è prodotto questo effetto per una ragione di tipo culturale e cioè l'ipoteca della formazione tradizionale degli studiosi e soprattutto dei magistrati amministrativi italiani, una formazione che ricostruisce ancora il sindacato giudiziario in una prospettiva molto lontana dalle intuizioni felici e coraggiose di Giuseppe Abbamonte, che nella sua Città sovengono ancor più vivaci e vibranti, come se il professore Abbamonte fosse ancora qui con il suo ironico sorriso. Un sorriso che si accompagna a quello per noi sempre vivo di Franco Pugliese, due persone lungimiranti ottimiste, quali cittadini ancor prima che come giuristi saldamente ancorati ai valori costituzionali, in una visione nuova che in nessun modo era sposata e condivisa dai Giuristi più tradizionali.

Ovviamente qualcosa si è mosso da allora e del resto non si immagina nulla di immutabile e così staticamente negativo nelle cose umane, ma il movimento ed il rinnovamento è stato un movimento assai vischioso, lento e prudente, tendente a ribadire l'impossibilità di una conoscenza piena dei fatti sottesi al sindacato della discrezionalità. Una prova di quanto si dice sono l'esito dei lavori della Commissione tecnica che ha coadiuvato il Governo per la predisposizione del Codice del processo amministrativo pochi anni orsono.

Non si è riuscito in quell'occasione a scardinare in modo significativo questa resistenza e si dubita che ad otto anni di distanza la propensione verso la giurisdizione piena sia aumentata in maniera significativa.

E non si vuole fare una valutazione sconcertante, né vestire le vesti del pessimista di professione. Ma certo la nostra consapevolezza del quanto non si

---

<sup>45</sup> Il riferimento è ai novelli Dioscuri della giurisdizione piena: B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013 e F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2013.

riesca a fare costituisca una ricchezza, solo la consapevolezza dei limiti dell'esistente consente di poter costruire una prospettiva di piena giurisdizione.

E va certo riconosciuto che oggi la consapevolezza culturale è molto mutata. Tuttavia si crede che il vero motore della pienezza di giurisdizione non possano che essere gli stessi cittadini e le imprese che agiscono per la tutela giurisdizionale; sempre che la battaglia per la pienezza della giurisdizione la si svolga non limitandosi all'egoistico obiettivo di conseguire il risultato ma anche generando consenso rispetto all'effetto di una giurisdizione piena; è evidente che i comportamenti opportunistici delle difese delle parti in giudizio sono inevitabili e sono il motore tipico delle relazioni processuali (come delle relazioni economiche, e umane in genere) ma è evidente altresì che il sostegno a una giurisdizione piena che venga dall'individuo costituisce l'unica possibile fonte di legittimazione per il giudice che quella giurisdizione esercita confrontandosi con il potere pubblico.

Una giurisdizione piena non potrà mai poter essere attesa dall'alto, essa è frutto di quotidiane conquiste dal basso nella realtà viva dell'agone processuale. E del resto quando i giudici hanno esercitato con pienezza il loro mestiere lo hanno fatto sempre sulla scorta di una profonda legittimazione democratica. Questo forse un po' è mancato alla giustizia amministrativa, in parte per incapacità di apprestare una efficiente comunicazione istituzionale, in parte (ed in positivo) perché la giustizia amministrativa non ha mai strumentalizzato i propri poteri per guadagnare consensi.