

FIorenzo LIGUORI

Professore ordinario di diritto amministrativo

presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II

fiorenzo.liguori@unina.it

IL SINDACATO DI MERITO NEL GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ

FULL JURISDICTION AND JUDICIAL REVIEW ON LEGITIMACY

SINTESI

L'individuazione dell'elemento differenziale tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito, tuttora operata dalla giurisprudenza con formule aprioristiche e stereotipate, incentrate sulla presenza/assenza di valutazioni di opportunità e convenienza, è resa ancor più problematica dalla introduzione di nuovi strumenti cognitori e di nuove azioni esperibili in sede di legittimità e dalla revisione delle nozione di discrezionalità, che porta a riconoscere l'esistenza di criteri giuridici (principi, clausole generali) idonei a sindacare l'operato dell'amministrazione nel suo contenuto intrinseco. La giurisdizione di merito, che non è mai stata una giurisdizione di opportunità e che ha perduto, col tempo, anche l'esclusiva di un accesso potenzialmente illimitato ai fatti di causa, può ancora essere distinta da quella generale di legittimità solo perché al giudice è riconosciuto, per esigenze di tempestività, il potere di sostituirsi all'amministrazione modificando direttamente in tutto o in parte il provvedimento impugnato, laddove in sede di legittimità non è mai possibile andare oltre una pronuncia di condanna al rilascio del provvedimento. L'esame dei poteri del giudice nella materia di confine dei contratti pubblici porta a ritenere che il rito speciale in vigore dal 2010 non abbia introdotto una giurisdizione di merito, e conferma l'accresciuta intensità del sindacato di legittimità, specialmente attraverso il test di proporzionalità, e la validità del criterio di distinzione incentrato unicamente sul potere di piena sostituzione.

ABSTRACT

The distinction between jurisdiction of legitimacy and jurisdiction on the merits is still made by jurisprudence with *a priori* clichés based on the presence/absence of evaluations of opportunity and convenience. The aforementioned distinction is made even more problematic by the introduction of new investigation tools and by the revision of the concept of administrative discretionary powers, which leads to recognition of the existence of juridical criteria (principles, general clauses) suitable to review the merits of administrative decisions. The jurisdiction on the merits has never implied a judicial control on the

expediency of administrative decisions and has lost, over time, even the exclusivity of a potentially unlimited access to the facts. Nevertheless, it can still be distinguished from the jurisdiction of legitimacy because the judge has the power, if specific needs of immediacy make it preferable, to replace the administration by modifying, directly or in part, the contested measure. The examination of judicial review in the field of public procurements leads to think that the special procedure in force since 2010 has not introduced a *full jurisdiction* and confirms both the increased strength of the legitimacy review – particularly through the proportionality test – as well as the validity of the criterion of distinction based on the power of full substitution.

PAROLE CHIAVE: giurisdizione di merito – giurisdizione di legittimità – merito – legittimità - sindacato – contratti pubblici - sostituzione – proporzionalità

KEYWORDS: full jurisdiction – judicial review – legitimacy – administrative decision – substitution – public contracts - proportionality

INDICE: 1. È ancora attuale l'antitesi tra legittimità e merito? – 2. La giurisdizione di merito oggi - 3. Merito e sostituzione. Le ragioni di una sopravvivenza – 4. Quello che il giudice non può fare – 5. I poteri del giudice amministrativo nella materia dei contratti pubblici. La legalità dei principi giuridificati e oggettivati – 6. Anticipazione dell'esecuzione e limiti alla sostituzione - 7. Giurisdizione di merito ed evoluzione del sindacato di legittimità – 8. Legittimità, merito, proporzionalità.

1. È ancora attuale l'antitesi tra legittimità e merito?

Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità è un tema che nella sua enunciazione presenta una componente provocatoria rispetto all'antitesi, configurata già sul piano logico, tra legittimità e merito. In realtà si tratta, come da tempo evidenziato¹, di una contrapposizione più apparente che reale, se si con-

¹ Nel 1996, Franco Pugliese, alla luce delle trasformazioni indotte dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, vede nel processo un *continuum* rispetto al procedimento e perciò afferma che: «*attenendo il giudizio alla gerarchia degli interessi, i vizi di legittimità non incontreranno limiti nei così detti profili di merito incensurabili come già avviene nei conflitti tra pp.aa. entrambe portatrici di interessi pubblici*». E aggiunge che: «*dovrà recedere la giurisprudenza per la quale il giudice non può sostituire alla ragionevole soluzione di merito prescelta dall'amministrazione una soluzione altrettanto ragionevole*» (F. PUGLIESE, *Sull'amministrazione consensuale. Nuove regole, nuova responsabilità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, II ed., 31). Feliciano Benvenuti osserverà qualche anno dopo che «*la pratica ha contrabbandato, fino ad oggi, i vizi di merito come vizi di eccesso di potere, ritenendosi che un provvedimento inopportuno comporti vizio della causa e perciò eccesso per sviamento di potere o sotto la etichetta sintomatica dell'ingiustizia manifesta*» (F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1998, 208). Vent'anni dopo Antonio Romano Tassone noterà come «*il concetto di "merito" appare sempre più spesso oscuro e di difficile decifrazione: tanto da far sostenere che esso è ormai scomparso, appunto perché integralmente assorbito dalla legittimità*» (A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di merito*, in *Dir. amm.*, 2008, 532-533).

Significative poi le considerazioni che si possono leggere in uno studio di pochi anni fa sul principio di proporzionalità secondo cui il sindacato svolto per il tramite di esso «*risulterà pieno e*

sidera l'evoluzione del sindacato di legittimità che consente oggi di coprire tendenzialmente anche molti spazi un tempo ritenuti preclusi.

Diversi aspetti restano, però, non del tutto definiti e riguardano profili essenziali, a cominciare dal raggiungimento di convenzioni linguistiche accettabili nell'impiego dei termini. Quando si afferma che legittimità e merito sarebbero ormai sovrapponibili, va tenuto conto che non si tratta di categorie date una volta per tutte, ma di concetti flessibili, di cui occorre delimitare convenzionalmente i confini, che però sono mobili, così come lo sono quelli tra attività esecutiva e attività discrezionale. Quanto a quest'ultima, è da tempo in atto, con effetti intuitivi sulle tematiche qui in esame, la revisione della relativa nozione nella consapevolezza che, quando le soluzioni non sono precisamente predeterminate dalla norma, non per questo difettano i criteri giuridici (principi, clausole generali) per sindacare la scelta nel loro contenuto intrinseco²: tutte le fasi del processo decisionale, anche quelle comunemente ascritte al merito, sono invero incompatibili con l'idea della libertà dell'amministrazione³.

Non esistono aree affrancate dal diritto, anche quando la legalità si esprime per principi e clausole generali e possono darsi più soluzioni "giuste". Questa eventualità non significa che vi sia libertà per l'amministrazione e che perciò la scelta sia indifferente al diritto, ma solo che esistono una pluralità di soluzioni valide rispetto ai valori da attuare⁴. A seguire questo attendibile percorso non potrebbe neppure più invocarsi come limite alla cognizione del giu-

*diretto sul rapporto; un sindacato, quindi, di merito, sia pur "mascherato" da sindacato di legittimità, attraverso cui il giudice misurerà l'esercizio del potere della pubblica amministrazione, sotto il profilo della necessità, idoneità ed adeguatezza dell'azione prescelta» (V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi e processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, 142-143). Mentre, guardando all'attuazione attraverso la legge sul procedimento del principio di buon andamento, se ne era già tratta la conclusione che «l'atto amministrativo viziato nel merito, ossia inopportuno, per aver violato i precetti dell'economicità e dell'efficienza, è un atto illegittimo per violazione di legge» (P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, Cedam, 2003, 371).*

² «L'uso segreto degli ingredienti del potere discrezionale è ormai un ricordo di altri tempi» aveva notato Feliciano BENVENUTI, *Potere discrezionale e controllo giudiziario. Introduzione al tema*. (1998), ora in *Scritti giuridici*, Milano, Vita e Pensiero, 2006, vol. V, 4514. Tra gli studi più importanti volti a ripensare la discrezionalità amministrativa cfr.: E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, Jovene, 2008; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008; G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Milano, Giuffrè, 2006. Si veda inoltre L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1 ss.

³In tal senso, cfr. ora M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, Pisa, ETR, 2013, 164. Per l'idea che la sottoposizione dell'amministrazione al principio di legalità sia incompatibile con la nozione di merito come attività amministrativa sottratta al diritto, si veda V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi* (1947), in *Scritti giuridici*, Id., Milano, Giuffrè, 1992, 267 ss.

⁴M. TRIMARCHI, *op. cit.*, pp. 169 ss.

dice il merito, se per tale si intende un pezzo di decisione o un ambito di scelte indifferenti per l'ordinamento giuridico.

Nondimeno, il merito è da taluni studiosi ancora visto come una specie di terra promessa che bisognerà prima o poi raggiungere per realizzare l'obiettivo di una giurisdizione piena; per il giudice, invece - per un certo giudice saggio e prudente - equivale tuttora a quella zona che gli appassionati di tauromachia chiamano *querencia*, dove, nella spaventosa confusione dell'arena, il toro si sente al sicuro. Basta sostituire, *si licet*, il toro con il giudice e pensare all'arena degli interessi e l'immagine dovrebbe funzionare.

2. La giurisdizione di merito oggi.

Esistono, può dirsi da sempre, almeno due modi diversi di intendere la giurisdizione di merito: uno che guarda al giudizio nel merito come a un giudizio di opportunità⁵; l'altro che si incentra sulla completezza dell'accesso al fatto⁶, un tempo riconosciuta al giudice amministrativo solo in questo ambito.

Nessuna delle due visioni è oggi appropriata: ed infatti pragmaticamente il codice non si impegna su questi versanti, limitandosi a riconoscere al giudice il potere di sostituirsi all'amministrazione. Il che non equivale ad attribuirgli il potere di valutare la c.d. opportunità della scelta, anche perché tra le materie sopravvissute alla falce del 2010 non tutte, e forse nessuna, contempla l'esercizio di poteri discrezionali⁷.

Emblematico il caso del rito elettorale pensato da sempre in funzione sostitutiva (anche quando non risultava inserito formalmente nell'elenco delle materie di merito), ma con riferimento ad una materia dove ogni valutazione di opportunità sarebbe una aberrazione e dove di poteri discrezionali non si può scorgere neppure l'ombra: qui si tratta di registrare fedelmente la volontà del corpo elettorale, nell'ambito di un procedimento che non lascia margini valutativi, ma impone l'esecuzione della legge agli uffici elettorali; e richiede rapidità di reazione giudiziaria (è un rito accelerato, non solo sostitutivo) affidando di-

⁵ L. MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, vol. I, 1891, 5 ss.; R. LUCIFREDI, *In tema di giurisdizione di merito*, in *Arch. Giur.* "Filippo Serafini", Vol. CXXV, 1941, 83 ss.

⁶ L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, Milano, Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1905; P.G. PONTICELLI *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Milano, 1958; A. AMORTH, *Il merito amministrativo*, Milano, 1939, cap. III.

⁷ G. VACIRCA, *Riflessioni sui contenuti di legittimità e merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, vol. III, Roma, 1981, spec. 1611 ss.; E. FOLLIERI, *Giudizio di merito come giudizio di legittimità*, in *Nuova rass.*, 1981, 14; F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, Giappichelli, 2013, 172 ss.

rettamente al giudice il potere di correggere i risultati, sia per l'urgenza che per il carattere temporaneo degli uffici elettorali⁸.

Dunque non sono le valutazioni di opportunità a contraddistinguere la giurisdizione di merito, neppure in definitiva l'ottemperanza⁹, la cui matrice esecutiva risulta ora accentuata per effetto dell'anticipazione di contenuti tradizionalmente tipici di quella fase nel giudizio di cognizione¹⁰.

L'accesso potenzialmente incondizionato al fatto è stato, invero, tratto distintivo solo fin quando il giudice di legittimità non si è visto riconoscere (prima con la legge 205 del 2000, poi con il codice) poteri pieni di cognizione dei fatti di causa¹¹. Ora non è più questo il *quid* differenziale, e in questo senso, prendendo cioè per buona la (certamente all'epoca attendibile) visione di Amorth, può anche dirsi che il sindacato di merito è diventato sindacato di legittimità.

Ma la giurisdizione di merito, ristretta a cinque casi, secondo il codice esiste ancora ed il tratto che per legge la caratterizza è il potere del giudice di sostituirsi all'amministrazione: non più evidentemente nella conoscenza dei fatti, e neanche nelle valutazioni di opportunità (che il più delle volte neppure alla stessa amministrazione sono in effetti attribuite), ma evidentemente nella emanazione del provvedimento, correggendo in tutto o in parte il progresso operato dell'amministrazione (cfr. art. 34, lett. *d*), c.p.a.). Beninteso, si può e si deve discutere di spazi che si aprono per la sostituzione anche nel giudizio di legittimità, specie se ci si distacca dalla prospettiva condizionante della divisione dei poteri, intesa in senso tradizionale, per virare verso altri lidi. Ma è un'ipotesi di lavoro tutta da verificare e che comunque, non può portare a riconoscere, a disciplina invariata, nel giudizio di legittimità una capacità in senso tecnico sostitutiva dello stesso tipo di quella possibile in sede di merito.

⁸ Su questi temi, si può vedere, F. LIGUORI, *Azione popolare e tutela del diritto di voto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993.

⁹ Oltre agli studi di G. VACIRCA e F. D'ANGELO citati alla nota precedente, cfr. L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione: la dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, spec. 196; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1971; B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto: ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, Giuffrè, 1997.

¹⁰ Come previsto dall'art. 34 lett. *e*) del c.p.a., su cui si possono vedere, tra le altre, le argomentate ricostruzioni di G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela. L'evoluzione del rapporto tra costituzione e ottemperanza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, spec. 241 ss.

¹¹ Le innovazioni hanno così consentito di superare anche il paventato contrasto con i principi costituzionali del precedente sistema istruttorio. In tema cfr. G. ABBAMONTE, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in *Giust. Amm. It.*, 2002, 5.

Sullo sfondo permane l'esigenza di distinguere il problema dell'amministrazione dal problema del giudice¹²: è quasi impossibile, almeno per una sensibilità che viene da lontano, non immaginare limiti all'invasività del potere giurisdizionale, per quanto ridotti e ispirati a esigenze diverse rispetto a quelle un tempo percepite¹³.

Si deve, per altro verso, pragmaticamente notare come una certa dose di sostituzione sia presente anche nel giudizio di legittimità pura. La sostituzione in un giudizio di tipo confutatorio può (e deve) limitarsi allo stretto necessario: ma comincia con l'interpretazione delle norme, che l'amministrazione compie per prima e che il giudice ripercorre e corregge, quando occorre, anche con riguardo alle valutazioni tecniche cui la norma rinvia, e prosegue con l'effetto conformativo, che astringe l'operato dell'amministrazione successivo alla pronuncia al rispetto di limiti che possono essere anche totalizzanti, potendo talvolta sfociare anche in un vero e proprio ordine di emanare il provvedimento.

Tale ultima possibilità, comunque non equiparabile ad una decisione direttamente costitutiva dell'effetto, non può però verificarsi in ogni tipo di controversia, essendo espressamente esclusa con riguardo sia ai poteri non ancora esercitati (art. 34, co. 2) che alla ipotesi in cui residuano scelte discrezionali (art. 34, lett. c); art. 31, co. 3), veracemente tali. Nella giurisdizione di legittimità, del resto, non può mai andarsi oltre l'emanazione di un ordine: l'effetto del provvedimento non può essere prodotto direttamente dal giudice.

3. Merito e sostituzione. Le ragioni di una sopravvivenza.

Un'idea molto interessante piuttosto di recente avanzata¹⁴ per giustificare la sopravvivenza della giurisdizione è che in questi casi il legislatore avrebbe inteso investire il giudice anche della cura dell'interesse pubblico. Questa tesi intende differenziarsi da quelle che vedono nella giurisdizione di merito la presenza di un sindacato di opportunità perché ritiene che la nuova conformazione dell'assetto degli interessi ad opera del giudice non implichi una totale rinnovazione delle scelte discrezionali dell'amministrazione (non possa cioè essere alternativa o distonica rispetto alla ponderazione di interessi effettuata

¹² F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, ora in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, p. 392.

¹³ La tradizionale cautela del giudice volta a ridurre il più possibile l'evenienza della sostituzione non può essere superata neppure se al concetto di autorità viene sostituito quello di libertà, intesa come presa di posizione rispetto al novero delle possibilità che l'ordinamento offre (B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013, 327).

¹⁴ A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, vol. II, 1437 ss. spec. 1449-1450.

dall'amministrazione), ma si ponga come appendice essenziale per definire l'esatta misura di tutela delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere in giudizio rispetto all'assetto degli interessi frutto delle ponderazioni discrezionali dell'amministrazione.

Secondo questa visione la giurisdizione di merito sarebbe dunque «*diretta a tutelare anche le "ragioni" del pubblico interesse, oltre alla situazione soggettiva privata, tramite un giudizio pieno in fatto e in diritto*»¹⁵. Su questa affermazione si può, in linea di massima, convenire, ma si deve anche avanzare qualche dubbio sul fatto che attraverso di essa si colga una peculiarità, anzi la peculiarità, della giurisdizione di merito. Il giudizio, in punto di strumenti cognitivi a disposizione del giudice, è oggi potenzialmente pieno in fatto e in diritto anche in sede di legittimità. E la considerazione dell'interesse pubblico non sembra essere estranea neppure alla giurisdizione di legittimità, così come ridisegnata dalle tendenze "civilizzatrici" che hanno caratterizzato l'ultimo turno di tempo. Per la presa in considerazione nel giudizio anche dell'interesse pubblico non occorre, infatti, rifarsi a visioni di stampo oggettivistico, ove si tenga nel debito conto che l'amministrazione, parte del rapporto giuridico processuale, di tale interesse è portatrice. Nell'ambito di un giudizio di parti retto dal principio della domanda il giudice, sulla base delle domande da queste avanzate, per risolvere il conflitto tra opposti interessi, deve farsi carico di ciascuno di essi, anche naturalmente di quello pubblico, se adeguatamente rappresentato in giudizio, senza per questo rinunciare alla sua imparzialità¹⁶. Il giudizio amministrativo di legittimità ha acquisito tratti spiccatamente conformativi e di spettanza; mentre è proprio nella visione più antica, che vedeva nel ricorrente una sorta di collaboratore ai fini della tutela dell'interesse pubblico, che il potere decisorio del giudice poteva limitarsi all'annullamento, sufficiente al ripristino della legalità violata e al riesercizio del potere.

Il principio di legalità ha assunto una connotazione sempre più estesa: un controllo giurisdizionale pieno deve, dunque, assicurare il rispetto di una tale legalità, inclusiva della considerazione di tutti gli interessi (privati e pubblici) in lite, beninteso nell'ambito dei confini definiti dalle parti. E quanto più si

¹⁵ D'ANGELO, *op. cit.*, 215.

¹⁶ Per dare adeguata sistemazione agli interessi materiali coinvolti nel cosiddetto problema amministrativo, e così ridefinire l'interesse pubblico concreto (al corretto esercizio delle funzioni amministrative), il ruolo integrativo del giudizio è pressoché ineluttabile, quante volte il giudice sia stato chiamato ad esprimersi: così G. TROPEA, *L'ibrido fiore della conciliazione: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 965 ss., par. 7 e 8, il quale osserva pure come la stessa azione amministrativa non è più solo il mezzo per garantire la protezione degli interessi indicati dalla legge ma è diventata lo strumento per individuare quale interesse debba prevalere nel caso concreto (amministrare è già giudicare).

espande il concetto di legalità in termini procedurali e sostanziali, tanto più la sentenza si manifesta come esito consequenziale della sola attività interpretativa, anche quando risolvere il conflitto sostanziale tra le parti può implicare una integrazione regolativa¹⁷.

Vi sono pure ipotesi in cui è la legge stessa a prevedere espressamente che il giudice sia chiamato a contemperare gli interessi in gioco, come nel caso dei contratti pubblici, senza che questo basti, io credo, a far trasmodare “nel merito” il suo giudizio.

Forse, per dare un senso alla sopravvivenza della ridimensionata giurisdizione di merito, si può formulare un’ipotesi più semplice, incentrata sul fattore tempo: la sostituzione, esclusa in linea di principio, è avvertita dal legislatore come necessaria nei casi in cui non è possibile o non è conveniente attendere che l’amministrazione si pronunci di nuovo dopo il *dictum* del giudice, ma occorre subito provvedere a correggere gli errori commessi.

Provando a riassumere; anzitutto va escluso che il tratto distintivo della giurisdizione “nel merito” sia da rinvenire nel potere di valutazione delle soluzioni fino all’opportunità; e non pare neanche che la giurisdizione di merito sia “dedicata” alla cura (anche) dell’interesse pubblico più di quanto non possa esserlo anche un giudizio di legittimità. Del resto, se tale giurisdizione va intesa con riguardo ai poteri del giudice di accedere al fatto, allora il processo può dirsi compiuto: quei poteri sono transitati anche nel giudizio di legittimità. Ma la conseguenza che se ne dovrebbe trarre sarebbe che la tradizionale contrapposizione è venuta meno. Resta, tuttavia, il dato positivo del potere di sostituirsi anche “in toto” all’amministrazione previsto solo nelle materie in cui la giurisdizione è estesa al merito.

I nuovi strumenti riconosciuti al giudice di legittimità (potere di condannare, anche ad un *facere*, potere di disporre la reintegrazione in forma specifica, potere di sindacare pienamente le valutazioni tecniche, ecc.), se lo fanno avanzare in un campo prima riservato in via esclusiva all’amministrazione, non gli attribuiscono tuttavia un potere di piena sostituzione, che il giudice continua a poter esercitare solo nelle materie indicate dall’art. 134 c.p.a.: per ragioni, è da credere, legate principalmente al fattore tempo, all’esigenza cioè di correggere subito l’operato dell’amministrazione senza restituire ad essa l’affare, anche solo per l’attuazione di un ordine del giudice.

¹⁷ G. COCOZZA, *Il percorso conformativo dell’eccesso di potere giurisdizionale. Una ricerca sul vizio della funzione e sul suo giudice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 167.

4. Quello che il giudice non può fare.

Al di là di questo dato esegetico, e della sua possibile giustificazione, l'uso del termine merito, sia per dire cosa non poteva il giudice fare sia per indicare cosa oggi potrebbe fare anche in sede di legittimità, produce ancora qualche equivoco e c'è ancora il rischio del suo utilizzo come di una maschera vuota (*imaginis sine res*).

Merito è stata, infatti, a lungo una formula, una convenzione linguistica per indicare ciò che al giudice è di norma precluso. Poi sembra sia diventato un modo per riferirsi a ciò che il giudice di fatto conosce e valuta, mascherando il suo operato da sindacato di legittimità.

Se è vero, però, che l'uso nel primo senso è "ideologico" e "difensivo" è anche vero in linea di massima, ed il codice ne dà conferma, che il giudice non può far tutto, anche solo per ragioni pratiche o, se si preferisce, per la natura delle cose, di cui il disegno costituzionale tiene ragionevolmente conto, attribuendo ai due soggetti in campo un diverso ruolo: è dell'amministrazione il compito e la responsabilità di dare risposte organizzate ai bisogni dei cittadini; è del giudice quello di intervenire, per imporre il rispetto della legge, quando chiamato in causa da chi lamenta una lesione di un diritto o di un interesse prodotta dall'azione o dall'inazione dell'amministrazione.

Problema amministrativo e problema del giudice, avvertiva Ledda, vanno entrambi risolti alla luce della legge e delle conoscenze tecniche, ma è diversa la prospettiva: il problema del giudice è di secondo grado e può sorgere solo quando il problema amministrativo sia stato risolto come chiarisce l'art. 34, co. 3, del c.p.a. In giudizio non si tratterà, del resto, di verificare complessivamente la "bontà" della soluzione adottata dall'amministrazione, bensì di verificare la legittimità del trattamento riservato agli interessi di chi chiede giustizia¹⁸, ma anche, è il caso di specificare, di tutte le altre parti in causa (si pensi alla posizione dei controinteressati, ma anche dell'amministrazione che pure può, tra l'altro, proporre un ricorso incidentale).

La giurisdizione va, dunque, distinta dall'amministrazione non solo e non tanto per obbedire ad un principio di separazione dei poteri sempre più in crisi o in trasformazione, quanto per ragioni di ordine logico e costituzionale quali l'eccezionalità e la frammentarietà dell'intervento del giudice, la sua terzietà,

¹⁸ M. TRIMARCHI, "Problema dell'amministrazione" e "problema del giudice": principio della separazione dei poteri ed effettività della tutela nel pensiero di Franco Ledda, in *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, (a cura di) F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA, Milano, Giuffrè, 2011, 179.

salvaguardata anche dal carattere eccezionale di tale intervento. L'ordinaria competenza di amministrare spetta, invece, all'amministrazione pubblica e del suo corretto adempimento sono responsabili i dipendenti e i funzionari¹⁹, anche sul piano politico.

Riconoscere che è fisiologico porre dei limiti alla giurisdizione non equivale, però, ad escludere la pienezza della tutela e neppure ad accettare tutti i tabù legati all'applicazione formalistica del principio di divisione dei poteri.

Occorre perciò un'opera di delimitazione di quanto è davvero precluso, al di là delle tradizionali visioni, alla luce dei nuovi poteri che il giudice amministrativo si è visto riconoscere. Al riguardo si svolgerà qualche breve notazione assumendo come paradigma il caso ("di confine" tra legittimità e merito) dei contratti pubblici, con riguardo al solo segmento relativo alle tematiche dell'aggiudicazione e del contratto e, segnatamente, alla scelta di concentrare nel giudizio di legittimità questioni prima rimesse all'amministrazione ovvero alla fase dell'ottemperanza.

5. I poteri del giudice nella materia dei contratti pubblici.

Lo schema conforme al principio di separazione dei poteri nella sua accezione classica (che però a torto può essere ancora invocato per l'accertamento fattuale e per le attività non discrezionali) è che il giudice indica la regola *iuris*, l'amministrazione si conforma, e se non lo fa c'è il rimedio dell'ottemperanza («*la sostituzione dell'aggiudicatario appartiene agli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione dei quali il giudice amministrativo conosce nella sede dell'ottemperanza*»), si legge nella sentenza dell'Adunanza plenaria n. 9/2008²⁰). Si usa dire che il giudice amministrativo guarda al futuro, e cioè all'attività amministrativa che deve seguire la sua pronuncia; ma a volte è un lusso che non ci si può permettere, se si vogliono soluzioni efficaci e tempestive. È il fattore tempo, a quel che sembra, che ha imposto, come già in altri settori, la scelta di lasciare nelle mani del giudice amministrativo la valutazione sulle sorti del contratto riconoscendogli il potere di dichiararlo inefficace e di disporre la sostituzione dell'aggiudicatario, all'esito di una valutazione su fatti (principalmente lo stato di esecuzione del contratto) e interessi, che non c'è tempo di rimettere all'amministrazione. Si deve ritenere che in questo modo la decisione giurisdiz-

¹⁹ Al riguardo cfr. R. CAVALLO PERIN, *I limiti ai poteri della giurisdizione nelle controversie contro gli atti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 981 ss.

²⁰ In *www.giust.amm.it*, con commento di F. LIGUORI, A. AULETTA, *La Plenaria, il "dialogo" tra le giurisdizioni e la motivazione che non c'è*, in *Giustizia amministrativa*, 2008, 3.

zionale investa il merito dell'azione amministrativa e trasformi il giudice in una sorta di superamministratore? Io credo di no²¹, perché la cognizione del giudice non si spinge oltre i confini di un autentico avanzato sindacato di legittimità²², i cui effetti si estendono poi sul contratto. Il giudice è infatti chiamato ad accertare in via di interpretazione se ricorrono i presupposti per la dichiarazione di inefficacia del contratto; e la sua attività è orientata dall'attuazione dei principi e di standard valutativi²³.

Anche il codice civile detta disposizioni che subordinano la pronuncia del giudice a presupposti quali la possibilità, l'eccessiva onerosità (art. 2058 c.c.), il non contrasto con l'interesse nazionale (art. 2933 c.c.). La "possibilità" è una condizione di carattere tecnico-economico; ma anche quando attiene all'eccessiva onerosità e al contrasto con l'interesse nazionale la valutazione rimessa al giudice è ancorata a valori giuridici, va operata in termini comparativi e proporzionali, e porta a selezionare le tecniche di tutela più idonee. Vi sono anche altri casi in cui il giudice ordinario si trova a dover ponderare interessi per applicare la legge: l'art. 844 c.c., in particolare, rimette al tribunale ordinario il compito di determinare se il livello di immissioni di fumo o calore superino la normale tollerabilità, valutando le circostanze e le condizioni dei luoghi per contemperare le esigenze della produzione industriale con quelle della proprietà privata. Si impone così al giudice d'effettuare un bilanciamento d'interessi prima di applicare la legge, non per compiere valutazioni di opportunità, ma per completare i precetti legislativi in funzione del caso concreto: siamo dunque nel campo dell'interpretazione della legge da applicare.

²¹È l'avviso espresso all'indomani dell'entrata in vigore della nuova disciplina in F. LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale e dei poteri del giudice nel decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *Giust. Amm. it.*, 2010, 6. Nello stesso senso cfr., anche per altri riferimenti, G. MARI, *cit.*, pp. 534 ss. Di rilievo, in particolare: E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo sul decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1067; F. FRACCHIA, *Il rito speciale negli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, in *Giust. Amm. it.*, 2010, 7; F. SAITTA, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, in *Giust. Amm. it.*, 2010; M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, in *Federalismi it.*, 2010, 18; G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. It. dir. pubb. comunit.*, 2008, 1029.

²² D'altronde, nella materia dei contratti pubblici, e della loro aggiudicazione in particolare, raramente sono ravvisabili attività veracemente discrezionali e sarebbe perciò singolare se le svolgesse il giudice, cui spettano valutazioni pur sempre sorrette dai principi, dalla loro legalità non più così debole.

²³ A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1999, 381 ss.

I poteri riconosciuti dall'art. 122 del c.p.a. non sono dissimili: si tratta essenzialmente di valutare la effettiva possibilità del ricorrente di conseguire l'aggiudicazione avendo riguardo alle domande formulate, ai vizi denunciati, allo stato di esecuzione del contratto²⁴. Una tecnica giurisdizionale che rimane nell'area della conoscenza del fatto, dalla quale emergono anche gli interessi, che il giudice amministrativo, anche nella giurisdizione di legittimità, può ricostruire e valutare ormai senza pregiudiziali restrizioni.

I profili da considerare si prestano, dunque, se ben intesi, a non essere confusi con valutazioni di opportunità, consistendo in una ragionevole modulazione degli effetti della decisione avendo di mira essenzialmente la soddisfazione dell'interesse materiale del ricorrente.

Nel caso delle violazioni gravi, le esigenze imperative che possono impedire le dichiarazioni di inefficacia del contratto sono essenzialmente riferite all'interesse generale assimilabile agli interessi superiori collegati alle esigenze dell'economia nazionale di cui all'art. 2933 c.c., ed ora anche alla incolumità pubblica, mentre gli interessi economici della stazione appaltante possono assumere rilievo solo in casi eccezionali e limitati, nell'ambito di un confronto tra posizioni e pretese paritarie (come nel caso dell'art. 2058 c.c.)²⁵.

Oggetto di considerazione sono anche *«l'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro»* e le ragioni di carattere tecnico tali da rendere evidente che non vi può essere subentro; profili che attengono entrambi alla verifica dell'interesse alla pronuncia di inefficacia. Anche in queste ipotesi la valutazione rimessa al giudice, ancorata anzitutto alla verifica dell'interesse al subentro, non appare tale da debordare dall'area della conoscenza del fatto e dell'applicazione del diritto, e risulta comunque guidata dall'applicazione di principi (ormai) di rango giuridico quali l'economicità, l'efficienza, la ragionevolezza e la proporzionalità (l'inefficacia del contratto, per non essere pronunciata, deve condurre a *«conseguenze sproporzionate»*).

6. Anticipazione dell'esecuzione e limiti alla sostituzione.

Il ruolo del giudice risulta comunque sensibilmente ampliato: gli viene infatti attribuito il potere della conformazione complessiva dell'assetto degli interessi, *«alla stregua di una vera e propria microregolazione del mercato»* che tenga conto

²⁴ Per l'applicazione di questi criteri, dai quali non sembra emergere alcuna usurpazione di valutazioni da rimettere in via esclusiva all'amministrazione, cfr., di recente, TAR Campania, sez. VII, 20 aprile 2017, n. 2183.

²⁵ F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul "nuovo" processo amministrativo sui contratti pubblici)*, in *Giust. Amm. it.*, 2010.

degli interessi implicati: quelli privati (del ricorrente e del controinteressato), quello pubblico (dell'amministrazione aggiudicatrice) e quello generale all'assetto concorrenziale del mercato. Il giudice diventa quindi l'arbitro di una operazione economica complessiva colta nella sua unitarietà, nell'ambito della quale possono essere predefiniti dall'ordinamento i parametri per l'esercizio della funzione, ma non anche stabilite *ex ante* le conseguenze automatiche delle illegittimità accertate in sede giurisdizionale²⁶.

La valutazione sulla sorte del contratto avviene in un giudizio di cognizione in cui vengono anticipati molti dei profili tradizionalmente ricondotti alla fase di esecuzione. Attraverso un più incisivo accesso al fatto, al giudice è demandato il compito di definire in ogni aspetto la vicenda amministrativa sottoposta al suo esame. Una tale attività cognitoria non può essere assimilata ad un sindacato di merito, se per tale ancora si intende lo svolgimento da parte del giudice di valutazioni di opportunità e convenienza; si tratta invero di attività interpretativa guidata dall'applicazione di principi e standard valutativi. È previsto nondimeno lo svolgimento ad opera del giudice di un'attività che prima era rimessa all'amministrazione tenuta ad eseguire la sentenza di annullamento dell'aggiudicazione. Secondo l'Adunanza plenaria n. 9 del 2008 infatti, «*la sostituzione dell'aggiudicatario appartiene agli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione, dei quali il giudice amministrativo conosce nella sede dell'ottemperanza*». Nel sistema vigente l'individuazione di un diverso aggiudicatario va fatta, invece, nel giudizio di cognizione ed il giudice può anche decidere di non dichiarare inefficace il contratto, in deroga alla regola generale della sua caducazione (che si evince dall'art. 125 c.p.a.).

La tipologia di sindacato esperibile, come detto, non implica valutazioni di merito, epperò va rimarcata la particolare forza della pronuncia del giudice che, se decide di rendere inefficace il contratto e di disporre il subentro nello stesso del ricorrente, è in grado di produrre direttamente almeno il primo di questi effetti. La pronuncia dunque presenta, per questo profilo, carattere costitutivo ed autoesecutivo; che però, a quel che sembra, si esprime nei riguardi del contratto, non dell'attività provvedimentale. Sul punto le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza 23 marzo 2017, n. 7295, chiamate a valutare – in un caso di inefficacia pronunciata dal giudice amministrativo – se ricorressero gli estremi di un eccesso di potere giurisdizionale, hanno condivisibilmente ritenuto che non può darsi nessuna usurpazione del potere amministrativo ri-

²⁶ In questo senso, F. CARDARELLI, *Commento a S.S.UU., ord. N. 2906 del 10 febbraio 2010*, in *Giust. Amm. it.*, 2010, 1; A. MASSERA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: le molte facce di un dialogo asincrono tra i giudici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 285.

spetto alla declaratoria di inefficacia del contratto, non essendo previsto «*il potere esclusivo dell'amministrazione di dichiarare unilateralmente l'inefficacia del contratto*» (ed hanno aggiunto che all'amministrazione spetta il rimedio contrattuale della risoluzione, collocata su un piano paritetico, di cui conosce il giudice ordinario, non quello amministrativo, e che perciò anche in questa ottica non vi è usurpazione di potere amministrativo).

Lo stesso subentro, quando sia stato richiesto e sia possibile disporlo perché la gara non va rinnovata, è disciplinato dalla norma del codice come una questione consequenziale rispetto alla pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione ed alla valutazione circa l'insussistenza dei presupposti per il mantenimento in vita del contratto. Una volta caduta la originaria aggiudicazione, e dichiarata l'inefficacia del contratto che vi dava seguito, si dà esecuzione alla valutazione già svolta dall'amministrazione in ordine alla offerta collocata in graduatoria nella seconda posizione. La condanna della stazione appaltante all'aggiudicazione in favore del ricorrente e al subentro nel contratto, ora possibile in sede di cognizione, integra una sostituzione di natura strettamente processuale, nel dovere di prestare l'attività mancante e necessaria a procurare, attraverso l'attuazione della decisione, il soddisfacimento effettivo dell'interesse tutelato dalla sentenza²⁷. Si tratta comunque di una condanna a fare quanto necessario per rendere effettivo il subentro nel contratto (cfr. la sentenza delle SS.UU. della Corte di Cassazione, 26 luglio 17, n. 3679), non di una misura integralmente sostitutiva dell'attività amministrativa.

Le peculiarità del rito degli appalti non sembrano dunque tali da farlo scivolare all'esterno dell'area del giudizio di legittimità; del resto l'anticipazione di molti dei profili tradizionalmente ricondotti alla fase di esecuzione investe - sia pure con strumenti che non presentano lo stesso grado di incisività di quelli pensati per gli appalti - la giurisdizione di legittimità tutta.

In particolare l'art. 34, lett. c), come integrato nel 2012, menziona apertamente la possibilità di un'«*azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto*» che in un primo momento si era pensato di ricondurre alla reintegrazione in forma specifica; e l'art. 34, lett. e), anticipa la possibilità nella nomina di un commissario *ad acta* già in sede di cognizione. La disciplina di questo rito speciale pare rientrare, dunque, tra quelle tendenze del giudizio di legittimità che, senza allontanare il giudice dal conflitto sostanziale tra le parti, ed anzi per risolverlo in pieno, rispecchiano l'evoluzione in senso sostanziale del principio di

²⁷ D. VAIANO, *Sindacato di legittimità e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, in *Sindacato giurisdizionale*, cit., 45.

legalità e l'integrazione dei rapporti tra procedimento e processo, in linea con una accezione mitigata del principio di separazione dei poteri, inteso come mero bilanciamento²⁸.

7. Giurisdizione di merito ed evoluzione del sindacato di legittimità.

Pur avendo circoscritto l'analisi ai profili relativi all'aggiudicazione e al contratto, per trarne la conclusione che il nuovo rito non proietta il giudizio all'esterno dell'area della legittimità, si deve anche aggiungere che altre sue manifestazioni sono di più problematica decifrazione e collocazione.

Il contenzioso tra ANAC e stazione appaltante, in particolare, secondo una lettura critica, rischia di staccare il processo dal terreno più propriamente rimediabile per proiettarlo nella «*nebulosa galassia della mediazione e regolazione dei conflitti tra interessi pubblici*»²⁹, assecondando una antica vocazione del giudice amministrativo; mentre la tendenza ad estendere le ipotesi di impugnazione immediata del bando (anche solo per contestare il criterio di aggiudicazione prescelto), enfatizza il profilo del ripristino della astratta legalità senza saldarla con l'effetto giuridico finale avuto di mira dal soggetto agente³⁰. Ma la concentrazione in sede di cognizione di valutazioni e pronunce prima rimesse all'amministrazione ovvero alla fase dell'ottemperanza non altera il carattere della giurisdizione fino a farla trasmodare dalla legittimità al merito, sia che per tale si intenda un giudizio contraddistinto dalla presenza di un potere di sostituzione provvedimentale sia che con il termine "merito" si voglia intendere o vagheggiare una giurisdizione che si sovrappone totalmente sul piano valutativo e decisionale all'amministrazione³¹.

Le esigenze di far presto, il fattore tempo, alla radice della giurisdizione nel merito, precludono questo "spostamento", questa anticipazione, ma non comportano la qualificazione in termini di giurisdizione di merito, perché non vi sono valutazioni di opportunità da svolgere³² e perché non è prevista una sostituzione delle attività provvedimentali in senso proprio.

²⁸ G. TROPEA, *L'ibrido fiore della conciliazione: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, cit.

²⁹ G. D. COMPORI, *La flessibilità delle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta* in *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, a cura di F. LIGUORI, S. TUCCILLO, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 72-73.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Una giurisdizione, quest'ultima, forse mai esistita (G. VACIRCA, *op. cit.*) e che assai difficilmente potrà mai prendere forma.

³² Ammesso e non concesso che si siano materie contraddistinte in tal senso: F. D'ANGELO, *op. cit.*; G. VACIRCA, *op. cit.*

È quest'ultimo il limite che permane e contraddistingue in oggi la giurisdizione generale di legittimità, pur dopo l'introduzione di strumenti quali la reintegrazione in forma specifica, (che non è più di moda, ma che è stato il primo appiglio per introdurre nell'armamentario del giudice amministrativo la possibilità di pronunciare un ordine di fare)³³, l'azione di adempimento e le altre pronunce possibili ai sensi delle previsioni di cui all'art. 34, lett. c) ed e).

«La condanna al rilascio dell'atto vincolato non produce gli effetti dell'atto medesimo e il persistente inadempimento dell'amministrazione al rilascio dell'atto apre la via - ora come un tempo - al giudizio di ottemperanza e alla richiesta di risarcimento del danno per equivalente in danaro (art. 112, co. 3)»³⁴. In questi casi il divieto per il giudice di costituire direttamente l'effetto tipico del provvedimento parrebbe integrare poco più che un retaggio della più rigida divisione dei poteri, posto che vi è molta differenza se non sul piano eminentemente formale, tra un ordine di fare e una sostituzione diretta.

La legge avrebbe, dunque, potuto configurare la sentenza come titolo costitutivo delle vicende giuridiche normalmente realizzate dall'atto (come nel caso dell'art. 2932 c.c.: sentenza costitutiva degli effetti del contratto non concluso) o nelle ipotesi di volontaria giurisdizione volta a superare determinate inerzie dell'autonomia privata (art. 1105, co. 4, art. 742 bis c.p.c.).

La mancata previsione in tal senso può essere letta come un formale ossequio alla divisione dei poteri, in verità superfluo, almeno quante volte la decisione, rimessa all'amministrazione e poi corretta dal giudice, non investe scelte di interessi, anzi, secondo la CEDU, scelte politiche espressione del principio democratico e della sovranità popolare³⁵.

La prudenza del legislatore pare, peraltro, radicarsi nel granitico indirizzo della Corte di Cassazione, secondo cui invade il merito ed è perciò affetta da eccesso di potere giurisdizionale la sentenza del giudice amministrativo a carattere autoesecutivo «intendendosi per tale quella che abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'attività amministrativa» (da ultimo, Corte cass., SS.UU., 5 febbraio 18, n. 2720).

³³ A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. II, Padova, Cedam, 2001, 317 ss.; F. LIGUORI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, Napoli, 2002, Editoriale Scientifica, 104 ss.; D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, 295 ss.

³⁴ R. CAVALLO PERIN, *op. cit.*

³⁵ In tema B. GILIBERTI, *Il merito, cit.*, 294 ss., F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e modi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 546 ss.; M. ALLENA, *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela all'interno degli stati membri dell'Unione Europea*, in *Sindacato giurisdizionale*, AA.VV., *op. cit.*, 105 ss., spec. 132.

Sia come sia, finché questo limite non cadrà, giurisdizione di merito e giurisdizione di legittimità saranno ancora distinguibili proprio in punto di sostituzione, unico profilo su cui si concentra l'art. 7, mentre le questioni relative alla profondità del sindacato si pongono in definitiva allo stesso modo in entrambe le giurisdizioni in esame, ed anche nella giurisdizione esclusiva.

8. Legittimità, merito, proporzionalità.

Sulla base di quanto ricostruito guardando al settore analizzato, ma con implicazioni che possono avere un rilievo di ordine generale circa il senso da attribuire al concetto di merito (e, correlativamente di legittimità), si può ritenere che effettivamente la tradizionale contrapposizione tra legittimità e merito sia stata in buona misura superata e che il sistema possa «*adeguatamente descriversi mediante i soli concetti della legittimità e della discrezionalità*»³⁶.

All'estensione dei poteri di cognizione e di decisione riconosciuti al giudice della legittimità non corrisponde ancora una loro applicazione omogenea e prevedibile³⁷ con tutto ciò che ne deriva in termini di incertezza e di prolungamento di una fase di transizione particolare delicata.

Nondimeno, sul piano potenziale e dei principi, l'intensità del controllo di legittimità è cresciuta al punto da coprire molti spazi un tempo ritenuti preclusi, senza che ciò comporti invasione del merito amministrativo.

Anche l'uso del principio di proporzionalità, correttamente operato, non comporta la fuoriuscita dall'ambito della giurisdizione di legittimità se la valutazione del giudice resta ancorata a parametri obiettivi come quello della minore incisività del mezzo a parità di risultato³⁸.

Dei tre stadi successivi in cui l'esame di proporzionalità risulta scandito, l'accertamento dell'idoneità allo scopo appare senz'altro compatibile con un sindacato di legittimità; e così pure quello della non sostituibilità con altre misure, anche quando la valutazione da farsi sia complessa e perciò opinabile: è comunque «*sul terreno dei fatti che la proporzionalità-necessità viene messa alla prova*»³⁹ sulla base delle allegazioni delle parti.

³⁶ B. GILIBERTI, *op. cit.*, 291, secondo il quale il merito costituisce solo il riflesso negativo dei limiti del sindacato di legittimità.

³⁷ Le oscillazioni giurisprudenziali sul fondamentale tema della valutazione delle circostanze di fatto sono oggetto di esame in F. LIGUORI, *La funzione amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, 107 ss.

³⁸ F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzionalità e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 361 ss.

³⁹ *Ibidem.*

Nella fase centrale, che spesso esaurisce la verifica, il parametro è dunque obiettivo, qualunque sia il grado di complessità delle indagini di ordine fattuale richieste.

La terza fase, quella che attiene alla adeguatezza della scelta e perciò al bilanciamento di interessi, è più problematica: ma, a parte che il più delle volte non occorre percorrerla, anche con riguardo ad essa è parso possibile quantificare l'intensità dei rispettivi sacrifici e benefici, instaurando il confronto non tra la meritevolezza degli interessi contrapposti, ma tra l'entità del sacrificio imposto agli uni e del beneficio conseguito da altri⁴⁰.

Credo, in conclusione, che avesse visto bene chi⁴¹ si spinse a prevedere, nella logica della continuità tra procedimento e processo, che il giudizio di legittimità si sarebbe col tempo esteso fino al merito. È quel che è accaduto negli ultimi anni attraverso l'estensione dei poteri istruttori e decisorii e con l'acquisizione della consapevolezza culturale che nessuna fase decisoria è sottratta al diritto. Nondimeno, la giurisdizione nel merito è ancora distinguibile dalla giurisdizione di legittimità perché solo nella prima è possibile la sostituzione piena, la produzione con sentenza costitutiva degli effetti del provvedimento.

Questa è però l'unica barriera residua, perché anche in sede di legittimità al giudice è consentito, nell'ambito dei confini tracciati dalle domande proposte delle parti in conflitto, e dunque del dedotto⁴², pronunciarsi sul rapporto controverso⁴³, con il solo limite, di diritto positivo (artt. 31 e 34), delle scelte veramente discrezionali. L'area della discrezionalità è peraltro sempre più percepita come non più indifferente al diritto e progressivamente si assottiglia lo spazio per la libertà di autodeterminazione, anche a seguire le indicazioni della Corte EDU, che vi ricomprende unicamente le opzioni che hanno una chiara attinenza con il principio democratico.

⁴⁰ In tema, cfr. ancora F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, che richiama la tesi di R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, Oxford, Oup, 2002. È un percorso possibile per uscire dal soggettivismo ma che può comportare approssimazioni troppo larghe, che potrebbero scontrarsi con l'unico vero limite tuttora rimasto: quello della autonomia dell'amministrazione nelle scelte di *policy* e cioè di scelte non solo specialistiche ma politiche-pianificatrici: la CEDU parla di esercizio della «discrezionalità amministrativa in conformità ai più ampi obiettivi politici», intangibile ove si realizzi nell'ambito di procedimenti amministrativi significativamente garantistici (CEDU, sez. IV, 14/XI/06, caso n. 60889/00, Tsfayo v. United Kingdom).

⁴¹F. PUGLIESE, *op. cit.*

⁴² Sul punto, F. FRANCIOSI, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1025 ss.

⁴³ In tema, di recente, G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio nel rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1235 ss., che richiama le riserve espresse da R. VILLATA sul significato euristico della formula "giudizio sul rapporto" (*Spigolature "stravaganti" sul nuovo codice del processo amministrativo*, in *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, 125).