

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCCXXXIV

CECILIA SERENI LUCARELLI

**L'ACCESSO AL FATTO
NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO**

Bologna
University Press

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCCXXXIV

CECILIA SERENI LUCARELLI

L'ACCESSO AL FATTO
NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

Bologna
University Press

Il volume beneficia di un contributo per la pubblicazione da parte del Dipartimento di Scienze giuridiche - Alma Mater Studiorum Università di Bologna.

Fondazione Bologna University Press
Via Saragozza 10, 40123 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buonline.com
e-mail: info@buonline.com

Quest'opera è pubblicata sotto licenza Creative Commons CC BY-4.0

ISSN 2283-916X
ISBN 979-12-5477-406-9
ISBN online 979-12-5477-407-6
DOI 10.30682/sg334

Impaginazione: Sara Celia

Prima edizione: aprile 2024

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

Per la presente monografia la Giunta di Dipartimento ha nominato la seguente Commissione di lettura:

Prof. Giuseppe Caia, ordinario di Diritto amministrativo, Alma Mater Studiorum-Università di Bologna.

Prof. Giuseppe Piperata, ordinario di Diritto amministrativo, Università IUAV di Venezia.

Prof. Aldo Sandulli, ordinario di Diritto amministrativo, Università LUISS di Roma.

A Ludovica

RINGRAZIAMENTI

Questo libro rappresenta lo sviluppo di uno studio sul fatto nel processo amministrativo iniziato durante il dottorato di ricerca in Diritto amministrativo, presso l'Università di Bologna.

Con grande riconoscenza e profonda stima, certamente il primo ringraziamento va al Professor Marco Dugato, Maestro sempre presente in questi anni di ricerca e guida preziosa.

Un doveroso ringraziamento va poi a tutti coloro, i cui consigli e suggerimenti spero di aver saputo cogliere: tra questi, anche per la pazienza che hanno avuto nel leggermi sin dalla tesi di dottorato, i Professori Giuseppe Caia, Giuseppe Piperata, Aristide Police e Aldo Sandulli; per i suoi inesauribili insegnamenti il Professor Marco Cammelli e, non da ultimo, per essere punto di riferimento costante il Professor Tommaso Bonetti.

Un'ulteriore menzione va a chi in vario modo ha partecipato al mio percorso accademico: ai Professori Michele Caianiello e Federico Casolari, già Direttore e Vicedirettore del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Bologna al tempo della redazione di questa monografia, ai Professori Andrea Morrone e Renzo Orlandi, Coordinatori del mio Dottorato di ricerca.

Di ogni errore od omissione rimane comunque responsabile unicamente l'autore di questa monografia.

PREMESSA E OBIETTIVO DELL'INDAGINE

Ogni studio sui temi della giustizia si imbatte prima o poi nell'esigenza di assicurare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, o perché la utilizza come premessa, o perché la pone come obiettivo della propria indagine¹.

Un'analisi sull'accesso al fatto nel processo amministrativo spiega la sua utilità e al contempo è utile nella misura in cui muova dalla esigenza e rispettivamente tenda alla esigenza di una più adeguata tutela delle situazioni soggettive giuridicamente rilevanti. Se infatti è oramai pacifico che il giudice amministrativo «ha pieno accesso al fatto»², non perché in passato vi fossero ostacoli teorici, ma perché per ragioni varie il fatto finiva con il rappresentare un postulato de-

¹ Sull'effettività della tutela imprescindibile il richiamo alla dottrina processualcivilista. Tra tutti si vedano G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, Jovene, 1933, 35 ss.; ID., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1928, 52 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. proc. civ.*, 1991, 1, 60 ss., identifica l'effettività nell'ottenere tramite il processo tutte quelle utilità assicurate dal diritto sostanziale; ID., *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli, Jovene, 2003, 6 ss. secondo cui il processo è una «sorta di contropartita che lo Stato dà ai cittadini a seguito della imposizione del divieto di farsi ragione da sé» che per essere effettiva «deve tradursi nella predisposizione di mezzi di tutela giurisdizionale [...] adeguati ai bisogni di tutela delle singole situazioni di diritto sostanziale», da cui deriva che il processo ha necessariamente «un carattere strumentale rispetto al diritto sostanziale».

² Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2023, n. 7931; ID., sez. III, 26 settembre 2023, n. 8512.

mandato all'amministrazione, l'attualità e la ragione dell'analisi derivano dal porsi la domanda se il giudice conosca adeguatamente il fatto in un'ottica di tutela piena ed effettiva³. L'effettività della tutela rappresenta cioè il punto di partenza e il punto di arrivo dell'analisi che si intende condurre.

D'altro canto, come affermato dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recente, il pieno accesso al fatto «costituisce presidio della pienezza e della effettività della tutela giurisdizionale sancita dall'art. 113 Cost.»⁴ e per rispettare i canoni del giusto processo il giudice amministrativo «deve conoscere direttamente e completamente del fatto (come del diritto)»⁵. È dunque nella prospettiva dell'effettività della tutela che occorre chiedersi se il processo amministrativo, per come è strutturato e per come concretamente si svolge, garantisca l'emersione del fatto qual è e non come se lo rappresenta il giudice.

Di quella premessa e di quell'obiettivo sarà allora necessario delineare i tratti caratterizzanti, perché sin da ora sia riconoscibile il filo conduttore che unisce e lega funzionalmente i temi che saranno oggetto dell'indagine condotta.

Non si tratta di un compito semplice, perché se già in una visione puramente astratta l'effettività della tutela è posta «al crocevia di così tanti percorsi normativi»⁶ che non è agevole individuare un concetto unitario⁷, il discorso diviene ancora più complesso quando il principio «del tutto quello e proprio quello»⁸ viene in concreto ca-

³ Si interroga sull'effettività della tutela in rapporto alla conoscenza completa diretta e completa del fatto F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 4, 1097 ss., spec. 1109.

⁴ Cons. Stato, sez. III, 28 dicembre 2022, n. 11455.

⁵ F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, cit.

⁶ M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *rivistaaic.it*.

⁷ Come evidenziato da R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008, 10 «quando si parla di effettività si ha riguardo a diversi profili» e l'effettività della tutela riferisce «a tre caratteristiche della tutela». Più in generale sul principio di effettività della tutela P. PIOVANI, *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 420 ss.; G. GAVAZZI, *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 3 ss.

⁸ Riprendendo la nota formula chiovendiana G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit.: «il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire».

lato nel contesto di riferimento⁹ e i parametri della tutela piena ed effettiva si vanno a confrontare con la natura propria dell'ordinamento¹⁰, eventualmente o necessariamente in rapporto con gli altri ordinamenti e con gli altri sistemi di tutela¹¹.

La complessità, che diviene indice della sua perdurante attualità e concreta utilità, è dovuta anche al fatto che la risposta soddisfacente alla domanda di una tutela piena ed effettiva è divenuta uno dei parametri sovranazionali¹² alla stregua del quale valutare i sistemi giurisdizionali nazionali¹³ ed è destinata, e ancor prima chiamata, ad adeguarsi ai cambiamenti della società e dei suoi bisogni¹⁴.

⁹ Sull'interpretazione del principio nei concreti percorsi argomentativi del giudice amministrativo S. VALAGUZZA, I. MARTELLA, *L'effettività della tutela nella esperienza giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 2, 783 ss.; M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, cit.

¹⁰ Con riferimento all'interpretazione del principio di effettività della tutela nella giurisprudenza costituzionale M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo tra autonomia e "civiltà"*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, Napoli, ESI, 2006, 573 ss.

¹¹ Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici e sull'efficacia giuridica propria delle relazioni tra ordinamenti E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 1997, 4 ss.

¹² Evidenzia M.A. CABIDDU, *Giustizia e giustiziabilità nella Carta dei diritti fondamentali*, in *La Carta di Nizza. I diritti fondamentali dell'Europa*, a cura di M. NAPOLI, Milano, Vita e Pensiero, 2004, 61 ss., che il valore giuridicamente vincolante della Carta dei diritti fondamentali di Nizza è stato affermato per la prima volta proprio in relazione a un ricorso giurisdizionale effettivo (art. 47).

¹³ Tanto il legislatore comunitario, quanto la giurisprudenza sovranazionale nella logica della *full jurisdiction*, che trova una sintesi nell'art. 6, Cedu, hanno dato una spinta propulsiva ed evolutiva in tal senso; sul tema tra i molti M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1602 ss., laddove rileva che il pieno accesso ai fatti rappresenta il «primo e irrinunciabile significato del concetto di "full jurisdiction"»; si veda anche ID., *L'art. 6 Cedu come parametro di effettività della tutela all'interno degli stati membri dell'Unione europea*, in *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione. Atti del convegno di Copanello. 1-2 luglio 2011*, a cura di F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA, Milano, Giuffrè, 2013, 109 ss.; ID., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012. Tra le tante nella giurisprudenza europea CEDU, 27 settembre 2011, n. 43509/08, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*.

¹⁴ Rileva la dinamicità del concetto di effettività, con riguardo alla tutela dei diritti fondamentali, «alimentato dagli stimoli che l'evoluzione della realtà sociale

Queste considerazioni sono tanto più influenti se rapportate al sistema di giustizia che interessa l'analisi¹⁵.

Il sistema di giustizia amministrativa, infatti, presenta indubie peculiarità rispetto agli altri sistemi di tutela sin dalle origini¹⁶, quando alla domanda di tutela del cittadino ci si limitava a replicare «ebbene, che vi si rassegni»¹⁷ e in cui ciclicamente ci si è interrogati

e della cultura diffusa imprime all'attività legislativa e giurisprudenziale» G. SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009, 12.

¹⁵ Sul principio di effettività della tutela nel processo amministrativo, tra i molti G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela. L'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013; F.F. GUZZI, *Effettività della tutela e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2013; E. PICOZZA, *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, 463; A. PAJNO, *L'effettività della giustizia amministrativa*, in AA.VV., *L'insegnamento di Vittorio Bachelet vent'anni dopo: giustizia e garanzie nel rapporto con le istituzioni*, Roma, AVE, 2002, 77 ss.; G. ROMEO, *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 3, 653 ss.; A. LAMORGESE, *L'effettività della tutela nell'esperienza giurisprudenziale*, in *Foro amm. CDS*, 2009, 4, 1109 ss.; R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 5, 1707 ss.; G. COCOZZA, *Effettività della tutela e giudizio di ottemperanza. Nuove prospettive alla luce del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4, 1321 ss.; G. GRECO, *Processo amministrativo e principio di effettività della tutela (brevi note)*, in AA.VV., *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 793 ss.; V. BONTEMPI, *Giustizia amministrativa ed effettività della tutela in Italia e in Germania*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 3, 678 ss.

¹⁶ V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1966; V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione pubblica nell'assetto costituzionale dei pubblici poteri*, in ID., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2019, 51 ss.; M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, ora in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, 1844 ss.; F. CORTESE, *La solitudine della Costituzione*, in *Pòlemos*, 2010, 157 ss.; ID., *Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 2, 329 ss.

¹⁷ Cfr. S. MANCINI, discorso nella seduta parlamentare che durò dal 9 al 22 giugno 1864 quando si discuteva del disegno di legge per l'abolizione del contenzioso amministrativo, pubblicato in A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, Unione tipografica editrice, 1904, 312 ss., spec. 350: «sia pure che l'autorità amministrativa abbia fallito alla sua missione, che non abbia provveduto con opportunità e saggezza, [...] sia pure che essa abbia, e forse anche senza motivi, rifiutato ad un cittadino una permissione, un vantaggio, un favore, che ogni ragione di prudenza e di buona economia consigliasse di accordargli [...] sia pure che questo cittadino è stato in conseguenza ferito, e forse anche gravemente, nei propri interessi: che perciò? Ed ecco, o signori, a questo punto sorgere il *criterio* proposto dai più illustri pubblici-

e ci si interroga sulle ragioni di sopravvivenza di una giurisdizione speciale¹⁸ e sulla adeguatezza e compatibilità delle tutele accordate dal giudice amministrativo alle esigenze della società civile moderna, alle prese con trasformazioni ben più repentine di quelle vissute nei secoli precedenti (*in primis* quella ecologica e digitale), più di recente con stati di emergenza vari (dall'emergenza sanitaria a quella bellica), nella ricerca di un ordine non più nazionale, bensì globale¹⁹.

Si vuole pertanto evidenziare che la storia del nostro sistema di giustizia amministrativa muove in una direzione per così dire opposta rispetto agli altri sistemi di giustizia – intendendo per altri sistemi di giustizia innanzitutto quello civile, che rappresenterà un costante, seppur discusso, termine di raffronto nell'analisi²⁰ – perché nasce senza avvertire propriamente quell'esigenza di tutela piena ed effettiva del cittadino nei confronti dell'amministrazione e del potere²¹.

sti, e adottato dalla Commissione. Che cosa ha sofferto il cittadino in tutte le ipotesi testè discorse? Semplicemente una lesione degli *interessi*? Ebbene, ch'ei si rassegni»; N. PAOLANTONIO, *L'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, Milano, Giuffrè, 1991.

¹⁸ Tra i molti si vedano M. NIGRO, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, 1983, V, 249 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, III, cit., 1569 ss.; G. PASTORI, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in ID., *Scritti scelti*, II, Napoli, Jovene, 2010, 567 ss.; A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 380 ss.; più di recente R. VILLATA, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 2, 285 ss.; L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 2, 561 ss.

¹⁹ Riprendendo l'espressione di S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009.

²⁰ Sul rapporto tra il diritto civile e il diritto amministrativo si vedano tra i molti E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1964, 19 ss. secondo cui il «diritto privato «concorre a costituire il diritto amministrativo [...] non significa – come si è visto – negare la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato; significa, soltanto, asserire l'incompletezza delle definizioni correnti, le quali risultano unilaterali, perché condotte dalla parte della pubblica amministrazione, cioè di quella che, nello stato moderno è uno dei soggetti del diritto amministrativo».

²¹ Imprescindibile il richiamo al discorso di S. SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione. Discorso pronunziato da Silvio Spaventa nell'Associazione costituzionale di Bergamo il 6 maggio 1880*, in *Codice della giustizia amministrativa. Leggi e regolamenti concernenti le questioni amministrative da trattarsi innanzi al Consiglio di Stato ed alle giunte provinciali amministrative con commenti e massime giurisprudenziali*, a cura di R. PORRINI, Firenze, Barbera, 1900, spec. 28 ss.

Anzi, è necessario sin da ora rilevare che nasce e si evolve sull'assunto della proclamata superiorità dell'amministrazione nei confronti del cittadino e con la preoccupazione di dettare le «guarentigie dell'amministrazione», non del cittadino, nei confronti del potere giudiziario. Poi, nel mutare progressivo di quell'idea e di quel rapporto, si sviluppa, in parte trasformando il suo stesso ruolo nell'ordinamento. Con l'avvento della Costituzione il problema è stato reso evidente²², ma la garanzia della tutela piena ed effettiva ha continuato a subire pesanti limitazioni nel processo amministrativo²³.

Per quanto il codice del processo amministrativo faccia della «tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo»²⁴ un principio cardine, consacrandone l'assoluta centralità nel suo primo articolo²⁵, quell'origine non va dimenticata,

²² Non perché prima del 1948 l'esigenza non fosse avvertita: accanto alla domanda di una tutela effettiva delle situazioni giuridicamente rilevanti ci si chiedeva se il giudice fosse munito dei mezzi adeguati ad assicurarla, sul tema V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, cit., 2 ss.

²³ Diffusa l'opinione secondo cui la Costituzione non ha fatto che confermare il sistema in precedenza vigente, G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo. La giustizia amministrativa*, II, Milano, Giuffrè, 1958, 50: «queste norme non fanno che confermare il sistema già vigente limitandosi ad elevare i suoi principi a norme di ordine costituzionale, non modificabili, quindi se non col procedimento della revisione della Costituzione. Una vera innovazione rappresenta il capoverso dell'art. 113 [...] la norma predetta determina l'abrogazione, immediata o meno, di tutte quelle leggi che dichiarino determinati provvedimenti sottratti ai comuni mezzi di impugnativa»; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Napoli, Jovene, 1982, 1184 ss.; M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, Jandi Sapi, 1966; *contra* E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1964, 27 ss., spec. 44, che tenta «un'esegesi delle norme costituzionali che prescinde dalle leggi non costituzionali e dalle relative conclusioni della dottrina e della giurisprudenza, poiché è sembrato più corretto tecnicamente e più conforme allo spirito della Costituzione esaminare le norme costituzionali in tema di giustizia amministrativa, al fine di coglierne i principi direttivi che debbono guidare l'interpretazione delle leggi vigenti e non già supporre, secondo un diffuso convincimento che la Costituzione si sia limitata a confermare *sic et simpliciter* il sistema anteriore con l'unica eccezione di vietare che i provvedimenti amministrativi possano essere in tutto o in parte sottratti al sindacato dei giudici»; R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'art. 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 4, 517 ss.

²⁴ Cfr. art. 1 c.p.a.

²⁵ Sulla codificazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale L. TORCHIA, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010,

perché ancora ne permangono le tracce in un processo in cui spesso si prescinde dal dare al privato «tutto quello e proprio quello» che il diritto sostanziale gli riconosce e perché, ai fini che interessano, condiziona fortemente l'analisi condotta sul potere del giudice di accedere al fatto.

Dalla ricostruzione storica emerge come in uno con il sistema di giustizia amministrativa sia lo stesso giudice amministrativo ad aver avuto un ruolo ed un'evoluzione peculiari²⁶. Il giudice amministrativo è nato, infatti, come giudice *nell'*amministrazione in virtù dell'idea che l'amministrazione non poteva essere giudicata che da se stessa²⁷. Con interventi spesso disorganici e stratificati, il giudice si è trasformato gradualmente in giudice *dell'*amministrazione, cioè in un giudice che *giudica* l'amministrazione, ma, ancora oggi, permane l'eco di quel «peccato originale»²⁸ e la giustizia amministrativa continua a dover fare i conti con l'esigenza di superamento dei limiti storici delle garanzie giurisdizionali nei confronti dell'amministrazione e dell'ingiustificata disomogeneità di tutela delle situazioni giuridiche soggettive accordata dal giudice amministrativo²⁹.

11, 1117 ss.; A. SANDULLI, *La storia e i principi*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2013, 1 ss.

²⁶ Sulle trasformazioni del sistema di giustizia amministrativa si veda di recente A. PAJNO, *Il giudice amministrativo italiano come giudice europeo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 2, 585 ss.

²⁷ Parla di «embricazione di giurisdizione e amministrazione, la quale si rivela organicamente nella collocazione del Consiglio di Stato e dei suoi membri nell'ambito del complesso governo-amministrazione [...] funzionalmente nel fatto che il Consiglio, oltre che funzione giurisdizionale [...] svolge funzione consultiva e in più "presta" continuamente i suoi uomini all'amministrazione per l'esercizio delle più varie e impegnative attività amministrative» M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, ora anche in *Id.*, *Scritti giuridici*, cit., II, 1051 ss.

²⁸ L'espressione è di A. POLICE, *La mitologia della "specialità" ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Questione giustizia*, 2015, 3, 136 ss.

²⁹ Tra i molti che si sono occupati del tema di veda S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 1, 47 ss. che nel sintetizzare la dinamica del percorso di sviluppo del modello italiano di giustizia amministrativa in termini di «dualismo a trazione monista», «si vuol dire che la concezione monista ha agito come fattore propulsivo dell'evoluzione del sistema dualista, imponendo, sotto la sempre latente prospettiva di una riespansione della giurisdizione ordinaria anche nella sfera delle controversie di di-

Nell'evoluzione della giustizia amministrativa e delle tutele riconosciute al cittadino nei confronti dell'amministrazione si deve tener conto altresì delle dinamiche del potere e del mutato rapporto tra cittadino, amministrazione e potere³⁰. Si fanno infatti sempre più numerosi i casi di interazione, diretta o indiretta, del potere pubblico con quello privato e con essi le istanze pretensive del cittadino di esercizio del potere da parte dell'amministrazione, che divengono prevalenti qualitativamente e quantitativamente rispetto ai casi in cui il cittadino deve "difendersi" dal potere. Contestualmente la volontà dell'amministrazione e con essa il provvedimento finale rimangono solo formalmente unilaterali perché, a fronte dei sempre più frequenti casi di attività amministrativa negoziata³¹, in cui rileva il comportamento del privato e la sua intermediazione nel procedimento, gli stessi divengono la risultante dell'apporto e del dialogo con l'altra parte del rapporto amministrativo, con evidenti e rilevanti conseguenze non solo di ordine sostanziale³², bensì anche processuale³³.

Si assiste, dunque, prima nel procedimento, e poi eventualmente nel processo, alla progressiva conformazione del potere pubblico alle istanze dei singoli e l'interesse pubblico in concreto perseguito diviene la risultante dinamica dell'incontro-confronto tra interessi

ritto pubblico, dapprima, che, per queste controversie, venisse creato un giudice in grado di sindacare l'esercizio del potere pubblico; poi, che tale giudice via via acquisisse, nei confronti dell'amministrazione, un grado di indipendenza avvicinabile a quello che caratterizza la posizione del giudice comune nelle controversie fra privati; infine, che il giudice in questione divenisse pienamente autosufficiente nell'assicurare piena tutela a tutte le situazioni soggettive del cittadino nell'ambito delle controversie di diritto pubblico, rendendo così inutile, in tale ambito, la supplenza, ancorché potenziale, del giudice ordinario».

³⁰ Su queste dinamiche di recente A. SANDULLI, *Potere e procedimento amministrativo*, in *Enc. dir.*, V, 2023, 543 ss.

³¹ Sull'effettività dell'amministrazione consensuale nella disciplina di settore, più che in quella degli accordi di cui all'art. 11, il n. 241/1990 W. GIULIETTI, *L'amministrazione per accordi, un modello ancora attuale?*, in *Il Diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, a cura di N. LONGOBARDI, Torino, Giappichelli, 2016, 95 ss., spec. 110 ss.

³² Sul tema M.A. CABIDDU, *Principio di legalità e amministrazione consensuale*, in *Amministrare*, 2008, 1/2, 27 ss.

³³ Sulla crescente consensualità nell'azione amministrativa A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, Jovene, 2016.

pubblici e interessi privati nella situazione di fatto, in cui la prevalenza degli interessi pubblici su quelli privati non è scontata. Anzi, di fronte all'emersione di interessi privati forti, rispetto ai quali l'amministrazione assume un inequivoco atteggiamento di *self-restraint*, confermato in giudizio da una talvolta eccessiva deferenza del giudice, si pone il problema dei loro limiti, ancor prima che della loro tutela.

Così, in giudizio, il potere e l'esercizio del potere divengono oggetto di verifica non solo in termini di stretta legalità, ovvero in virtù dei parametri più o meno puntuali fissati dalla legge, ma, quale veicolo di prestazioni, vengono valutati sotto il profilo della relazione e del modo in cui le parti si sono vicendevolmente rapportate all'insegna della trasparenza, dell'efficienza, del principio di buona fede, ovvero di tutte quelle regole non scritte che hanno fatto progressivamente perdere centralità alla legge rigorosamente intesa³⁴.

Il giudice amministrativo, definitivamente superato il suo ruolo di garante della legittimità fine a se stessa, sembra oramai abbandonare anche i confini del mero giudizio sul rapporto che intercorre tra cittadino e amministrazione, per varcare le soglie di un giudizio sempre più penetrante, in cui non è escluso che nel processo si giunga a rifare il procedimento e dunque l'istruttoria compiuta in procedimento³⁵.

Tutte queste considerazioni hanno importanti riflessi nell'analisi che si intende condurre. Se è oramai pacifico che il giudice amministrativo abbia accesso al fatto, quando ci si sposta dal piano dell'astratta codificazione dei principi alla loro applicazione in concreto e ci si interroga sullo stato attuale del processo amministrativo, non si giunge a conclusioni soddisfacenti in termini di effettività e pienezza della tutela e non può che dubitarsi sull'adeguatezza del controllo sul fatto.

³⁴ Sulla perdita di centralità della legge si vedano F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2007; ID., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, Il Mulino, 2012; ID., *La legalità amministrativa fra passato e futuro. Vicende italiane*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, 9.

³⁵ M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, in AA.VV., *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, I, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, 637 ss.; ora anche in *Munus*, 2020, 1, XIII ss.

Non è infatti definitivamente compiuto il percorso di pieno accesso al fatto, da intendersi come adeguato e doveroso approfondimento del fatto per un sindacato di cognizione effettivamente piena³⁶.

La giurisdizione amministrativa si trova ancora oggi a fare i conti con la posizione di privilegio dell'amministrazione e con l'autolimitazione dei poteri decisori e istruttori del giudice amministrativo e, sebbene si sia formalmente superato l'ostacolo dell'insindacabilità del fatto, la ricostruzione dei fatti prospettata dall'amministrazione è spesso accompagnata da quella che in dottrina è stata efficacemente ritenuta un'«attendibilità privilegiata»³⁷. Nonostante il principio della parità delle parti e del limite rappresentato dalle allegazioni delle parti dei fatti rilevanti nel processo, all'amministrazione, anche inconsapevolmente, si tende a credere di più. La ricostruzione dei fatti operata dall'amministrazione nel processo amministrativo assume cioè una rilevanza diversa rispetto a quanto affermato in giudizio dalle altre parti, sulla base di una sorta di ingiustificato *ipse dixit* in capo all'amministrazione³⁸.

Se non vi è dubbio che con il codice del processo amministrativo si è definitivamente superato un giudizio fondato sul paradigma della corrispondenza tra norma ed atto, che il giudizio ha ad oggetto il rapporto, che il giudice ha pieno accesso al fatto e che a tal fine sono state ampliate le azioni esperibili e i mezzi

³⁶ Esprime una posizione critica anche L. GIANI, *Giudice amministrativo e cognizione del fatto (il pensiero di Antonio Romano)*, in *Dir. amm.*, 2014, 3, 535 ss.: «la pienezza della tutela (della situazione sostanziale per cui si chiede giustizia nel processo) non è garantita nelle sedi processuali nelle quali non risulta ancora del tutto superata quella “deferenza” che il giudice amministrativo ha nei confronti dell'accertamento del fatto condotto dall'amministrazione».

³⁷ A. TRAVI, *Giurisdizione ed amministrazione, in Sindacato giurisdizionale e “sostituzione” della pubblica amministrazione. Atti del convegno di Copanello. 1-2 luglio 2011*, a cura di F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA, Milano, Giuffrè, 2013, 3 ss., spec. 8 e 10.

³⁸ *Contra* la giurisprudenza europea che da anni ammonisce in merito all'inesistenza di un tale diritto in capo all'amministrazione, tra le molte CEDU, 10 luglio 1998, C-20390/92, 21322/92, *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom*: «The right guaranteed to an applicant under Article 6 § 1 of the Convention to submit a dispute to a court or tribunal in order to have a determination of questions of both fact and law cannot be displaced by the *ipse dixit* of the executive».

istruttori, ebbene la particolare natura delle situazioni soggettive, l'innata vocazione oggettiva del giudice amministrativo, il timore di invadere il confine delle proprie attribuzioni, continuano a imporre sostanziali e importanti limitazioni nel sistema di giustizia amministrativa³⁹.

I maggiori ostacoli si incontrano quando il fatto ha natura tecnica e vengono in rilievo valutazioni tecniche dell'amministrazione, in quanto la piena conoscenza del fatto tecnico si ritrova in un instabile equilibrio tra inammissibile rivalutazione del fatto e indebita confusione con l'opinabilità della scelta.

Sarà dedicato ampio spazio a questi temi, ma sin da ora si vuole evidenziare come il sindacato di legittimità e i suoi tradizionali limiti, insieme con le ragioni storiche di formazione del sistema di giustizia amministrativa e le significative resistenze dei giudici rappresentino ancora un rilevante ostacolo nella trasformazione compiuta del giudizio amministrativo sul rapporto con accesso al fatto⁴⁰.

Il giudizio sul rapporto spesso non sembra più potersi considerare un giudizio sul rapporto strettamente inteso, perché il giudice, soprattutto in determinate materie, pare oramai spingersi al di là dell'accertamento dei fatti per come accertati nel procedimento e per come rappresentati nel provvedimento⁴¹.

Anche in questa prospettiva, impregiudicati i rilevanti problemi derivanti da una necessaria ridefinizione del principio di separazione dei poteri, la (ri)valutazione del fatto da parte del giudice non pare garantire l'adeguato controllo e la piena conoscenza dello stesso, con ricadute più ampie sull'effettività della tutela giustiziale.

³⁹ Sul tema di recente F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, cit., 1100 secondo cui la disciplina del processo amministrativo, quale si ricava dal c.p.a. «non risponde, peraltro, se non in parte, al c.d. diritto vivente, ossia al modello di processo che si celebra nelle aule giudiziarie, talché è impossibile affermare oggi, nonostante la vigenza del c.p.a., che il processo amministrativo consenta di soddisfare pienamente la pretesa del ricorrente, come voluto dalla legge».

⁴⁰ R. VILLATA, *Dodici anni dopo: il codice del processo amministrativo*, cit.

⁴¹ F. PATRONI GRIFFI, *Profili di full jurisdiction: il diritto di azione nel processo amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, 2, 211 ss.

Se non si vuole trasformare questa evoluzione in un ulteriore privilegio della storia del sistema di giustizia amministrativa, a questa evoluzione dovrà darsi una giustificazione⁴², o quantomeno il giudice dovrà fare effettivo uso degli strumenti istruttori a sua disposizione per l'adeguata conoscenza del fatto. Altrimenti dovrà dirsi definitivamente irrisolto il problema della certezza processuale e fattuale, che il giudizio sul rapporto avrebbe dovuto risolvere, e il processo amministrativo verrà lasciato alla perdurante ricerca di una «utopia imperfetta»⁴³.

⁴² Così A. TRAVI, *Relazione in occasione della presentazione del libro "Le ragioni della specialità"*, Bologna, 30 maggio 2018.

⁴³ Il richiamo è a A. ROMANO TASSONE, *Su diritto ed utopia: le "utopie imperfette" del giurista*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, cit., 887 ss.

CAPITOLO I

IL FATTO “AMMINISTRATIVO”: ALLA RICERCA DI UNA DEFINIZIONE TRA PROCEDIMENTO E PROCESSO

SOMMARIO: 1. Il “problema” di una definizione del fatto. – 2. Il fatto giuridicamente rilevante tra fatto descritto nella norma e crisi della fattispecie. – 3. La distinzione tra fatti “semplici” e fatti “complessi” dal piano della fattispecie astratta al fatto concreto. – 4. Il fatto quale componente dell’interesse pubblico concreto. – 4.1. La rilevanza dell’interesse pubblico concreto nella definizione del fatto. – 5. Il fatto nel passaggio dal giudizio sull’atto al giudizio sul rapporto quale fatto non meramente storico. – 5.1. Il fatto nella dinamica tra procedimento e processo, oltre l’istruttoria procedimentale. – 6. Cenni di metodo e rinvii.

1. *Il “problema” di una definizione del fatto*

Uno studio sull’accesso al fatto nel processo amministrativo non può che iniziare da una definizione del fatto.

Se a livello di metodo la circostanza può apparire di per sé banale, varie sono le criticità che un tale compito comporta, con l’effetto che quello che ci si propone di fare non è giungere a considerazioni necessariamente conclusive, quanto piuttosto tentare di porre le basi di quello che sarà l’oggetto principale della propria analisi.

In altri termini non stupisce che se nella prospettiva che interessa di effettività della tutela ciò su cui ci si deve interrogare è se il processo amministrativo, per come è strutturato e per come concretamente si svolge, garantisca l’emersione del fatto qual è e non quel-

lo che si rappresenta il giudice, occorre preliminarmente tentare di delineare i suoi contorni.

Nel farlo, le problematicità sono varie, innanzitutto perché il fatto rileva nel suo rapporto con il diritto. Non vi è dubbio che ogni vicenda giuridica-amministrativa è storica, umana, prima ancora che giuridica-amministrativa, ma nel processo quest'ultimo profilo ha sovente offuscato quello storico e così il "fatto" ha assunto rilievo più che in sé per essere distinto dal diritto.

Il rapporto tra questione di fatto e questione di diritto non si esaurisce in considerazioni di mera teoria generale del processo¹, ma, ai fini che interessano, attiene più propriamente al «problema concreto da risolvere»². L'esito del giudizio non è mai di solo diritto, o, viceversa, di solo fatto da contrapporre ad un giudizio di diritto, ma la questione di fatto e la questione di diritto «si intersecano di continuo tra di loro»³. Il giudizio mette «in contatto diritto e fatto»⁴ e diviene un giudizio *di diritto sul fatto*, un giudizio cioè che indaga i fatti accaduti e che hanno dato origine alla controversia e di applicazione delle norme e dei principi a quei fatti, per come rappresentati e introdotti in giudizio dalle parti e per come conosciuti e interpretati dal giudice⁵.

¹ M. TARUFFO, *Il fatto e l'interpretazione*, in *La fabbrica delle interpretazioni. Atti del VII Convegno della facoltà di giurisprudenza. Università degli studi di Milano-Bicocca. 19-20 novembre 2009*, a cura di B. BISCOTTI, P. BORSSELLINO, V. POCAR, D. PULITANÒ, Milano, Giuffrè, 2012, 123 ss.; N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1, 36 ss.; M. FORNACIARI, *La ricostruzione del fatto nel processo. Soliloqui sulla prova*, Milano, Giuffrè, 2005, 7 ss.; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, 236 ss.; G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, Cedam, 1937, 111 ss.

² Così sull'importanza del fatto P. PERLINGIERI, *L'interpretazione giuridica e i suoi canoni. Una lezione agli studenti della Statale di Milano*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 2, 405 ss.

³ Cfr. F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967, 232.

⁴ Così F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio"*. *Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, in *Dir. ec.*, 2018, 3, 1125 ss.

⁵ Sul tema M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit.; M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza, 2009; S. LUCATTINI, *Fatti e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, 203 ss.; R. RORDORF, *Questioni di diritto e giudizio di fatto*, in *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati*

Il fatto rappresenta «il punto d’origine di qualsiasi vicenda giudiziaria»⁶ e il giudizio si presenta come qualificazione giuridica della realtà, cioè del fatto, che si afferma sussistente⁷.

Non necessariamente, ma a questo dovrebbe tendere il giusto processo, la vicenda giudiziaria si conclude con un ritorno al punto d’origine e la verità processuale va a coincidere con quella fattuale⁸. Sulla verità processuale incidono, infatti, come meglio sarà chiarito nel capitolo III sull’istruzione probatoria, tanto l’atteggiamento del giudice nel «discernere il vero dal falso»⁹ e nel conoscere il materiale di fatto necessario per il suo giudizio¹⁰, quanto il comportamento delle parti nell’allegazione e nella prova dei fatti rilevanti ai fini del decidere¹¹. Indipendentemente dal metodo probatorio utilizzato, l’acquisizione dei fatti e degli elementi materiali su cui il ragionamento del giudice deve fondarsi rappresentano dunque un momento fondamentale.

In secondo luogo, la problematicità di una definizione del “fatto” deriva dalla circostanza che quella locuzione evoca concetti pro-

della Corte suprema italiana, a cura di M. ACIERNO, P. CURZIO, A. GIUSTI, Bari, Cacucci, 2011, 1 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza “giusta” e il metodo di decisione del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1, 106 ss.;

⁶ A. TRAVI, *Giurisdizione ed amministrazione*, in *Sindacato giurisdizionale e “sostituzione” della pubblica amministrazione*, cit., 3 ss., spec. 8.

⁷ Così F. BENVENUTI, *L’istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953, 51 ss., più nello specifico 56 secondo cui il giudizio è «costituito essenzialmente da tre giudizi semplici e precisamente da un lato, dal giudizio sull’esistenza della norma che concerne l’atto impugnato, dall’altro dal giudizio sull’esistenza di una realtà e precisamente sul modo di essere, nell’atto impugnato, di un suo elemento o requisito ed infine, di un giudizio circa il valore di quella realtà quanto alla sua riferibilità alla fattispecie della norma che essa individua».

⁸ Sul tema C. FRANCHINI, *Il giudice amministrativo e la ricerca della verità*, in *Verità e metodo in giurisprudenza*, a cura di G. DALLA TORRE, C. MIRABELLI, Roma, Libreria editrice vaticana, 2014, 272 ss.; E. CARLONI, *Le verità amministrative. L’attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano, Giuffrè, 2011.

⁹ Su tale tema si interrogava già G.D. ROMAGNOSI, *Opere postume. Ricerche sulla validità dei giudicj del pubblico a discernere il vero dal falso*, II, Firenze, Stamperia Piatti, 1837, 134 ss.: «la verità è, come dicesi, una sola. Ma tante sono le combinazioni possibili dei giudici sulle stesse idee, quante sono le diverse combinazioni possibili delle idee medesime e quanto sono le combinazioni delle combinazioni; le quali sono pressoché infinite».

¹⁰ Così F. BENVENUTI, *L’istruzione nel processo amministrativo*, cit., 74.

¹¹ Sul problema della verità in giudizio nella prospettiva degli oneri delle parti si veda V. BERLINGÒ, *Fatto e giudizio. Parità delle parti e obbligo di chiarificazione nel processo amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, 42 ss.

miscui e categorie giuridiche che, per quanto da tempo al centro del dibattito dottrinale, hanno assunto significati differenti¹², anche in ragione della prospettiva spazio-temporale che si intende privilegiare, nell'ambito del complesso rapporto tra amministrazione e amministratori.

Se si guarda, infatti, al fatto nel procedimento si potrebbe essere indotti a pensare che lo stesso sia di esclusivo appannaggio dell'amministrazione e che la stessa debba ritenere giuridicamente rilevanti i soli fatti agevolmente collocabili nella descrizione normativa attributiva del potere. Con l'effetto, dunque, che il "fatto" andrebbe necessariamente a coincidere con quella che, secondo una classificazione non da tutti accolta, sarebbe la fattispecie.

Se il fatto venisse invece considerato isolatamente nel processo, la tentazione potrebbe essere quella di pensare che il giudice ne abbia una disponibilità senza limiti, indipendentemente da quanto è definito nell'atto e a prescindere da quanto è reso oggetto di ricorso.

Come si tenterà di far emergere nel presente capitolo, entrambe le prospettive se singolarmente valutate sono errate, perché, con riguardo alla prima, da un lato, nel diritto amministrativo sono numerosi i casi in cui la norma fa riferimento a fatti non semplici ma complessi attraverso l'uso di concetti indeterminati, dall'altro lato, il fatto per come astrattamente descritto nella fattispecie per varie ragioni può non corrispondere con il fatto in concreto verificatosi. Nondimeno sbagliata è la seconda prospettiva perché nell'accesso al fatto il giudice incontra quantomeno «due limiti; l'atto amministrativo da una parte, il vizio-motivo di ricorso dall'altra»¹³. Così come nel procedimento, si deve giungere a superare la concezione per cui il fatto sia quello introdotto dall'amministrazione, parimenti nel processo il giudice non può dirsi "signore del fatto" e nella definizione del fatto rivestono un ruolo centrale anche le parti e i loro difensori.

¹² Per una ricostruzione delle teoriche che si sono sviluppate intorno al concetto di fatto si veda F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 42 ss.

¹³ Sul tema M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 319, secondo cui «il giudice conosce dei fatti solo in relazione all'atto e cioè in quanto elementi dell'atto o presupposti di esso o in genere componenti dell'episodio di vita da cui emerge l'atto, e ne conosce in quanto oggetto dell'affermazione del ricorrente».

Poiché ciò che interessa è il fatto nel processo amministrativo, ma la tutela giurisdizionale è sempre “in seconda battuta”¹⁴, non si può guardare al fatto nel processo prescindendo da quanto è avvenuto nel procedimento. Il “luogo” d’elezione del fatto non è cioè né il procedimento né il processo, ma, pur muovendo dalle categorie tradizionali, occorrerà superarle perché è nel *continuum* procedimento-processo che si tenterà di delineare i contorni del fatto, anche al fine di tratteggiare le prospettive del fatto nella definizione proposta.

Non da ultimo, ai fini che interessano, la problematicità del fatto è accentuata per i connotati che assume nel processo amministrativo.

Si è già accennato alla rilevanza del fatto nel processo¹⁵, ma occorre approfondire quel tema per evidenziare le indubbe peculiarità che anche sotto questo profilo presenta il fatto nel processo amministrativo.

Nel processo amministrativo il fatto e la cognizione del giudice del fatto sono infatti andate di pari passo con l’evoluzione della giurisdizione e della funzione del giudice amministrativo in rapporto all’amministrazione. Il mutato ruolo del fatto rappresenta uno degli aspetti di quel percorso che, a livello storico, ha portato al superamento di un giudizio sull’atto, o come più propriamente si è detto *all’atto*, e all’affermazione di un giudizio più ampio che riguarda il rapporto tra privato e amministrazione e l’accertamento della fondatezza della pretesa. La giurisdizione sul rapporto, definitivamente positivizzata nel codice del processo del 2010, ha infatti condotto al necessario ampliamento della cognizione del giudice sugli apprezzamenti di fatto e, contemporaneamente, ad una progressiva erosione della sfera discrezionale insindacabile della pubblica amministrazione¹⁶.

¹⁴ Così A. TRAVI, *Il sistema delle azioni delineato dal Codice del processo amministrativo*, in *L’oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, a cura di C. CUDIA, Torino, Giappichelli, 2020, 15 ss.

¹⁵ A. TRAVI, *Giurisdizione ed amministrazione*, cit., 8, secondo cui «il fatto è sempre rilevante, nella relazione giurisdizione e amministrazione: riservare il fatto all’amministrazione equivale ad amputare la giurisdizione di un suo carattere fondamentale».

¹⁶ Sul crescente rilievo della questione di fatto tra i molti F.G. SCOCA, *Articolo 63. Mezzi di prova*, in *Il processo amministrativo. Commentario al*

Pur nei perduranti condizionamenti del passato, di cui si dovrà tener conto e che più volte verranno richiamati nel corso dell'analisi, è indubbio che l'evoluzione del giudizio abbia definitivamente condotto anche nella giurisdizione di legittimità ad un pieno accesso del giudice amministrativo al fatto, la cui ricostruzione e valutazione non rappresenta più un postulato demandato all'amministrazione. La collocazione del fatto amministrativo al confine tra legittimità e merito ha in passato inequivocabilmente segnato il suo destino, tanto che nella preoccupazione di non superare quei confini si è "definito" il fatto e conseguentemente il giudizio sul fatto non per ciò che è, ma piuttosto per ciò che non deve essere. Le indagini sul fatto sono state assorbite nel dibattito sui limiti del sindacato sull'esercizio del potere discrezionale e hanno così intersecato il principio di separazione dei poteri e la sua evoluzione.

Superati quei limiti e quelle preoccupazioni, constatato cioè che il giudice accede al fatto, occorrerà interrogarsi su cosa è rimasto di quel principio. Anche in quei casi in cui sarà inevitabile che la volontà del giudice si sostituisca a quella dell'amministrazione, dovrà trovarsi una giustificazione diversa da quella della separazione dei poteri. Di questo si tratterà nel capitolo II, nel quale ci si occuperà dei profili più propriamente ricostruttivi nella prospettiva della separazione dei poteri, ma prima di farlo è necessario tentare di dare una definizione in positivo del fatto nel processo amministrativo.

2. Il fatto giuridicamente rilevante tra fatto descritto nella norma e crisi della fattispecie

Nella definizione del fatto, come accennato, la prima difficoltà risiede nella circostanza che la locuzione ha tradizionalmente evocato categorie differenti, alle quali non si è saputo dare un significato inequivoco.

D.lgs. 104/2010, a cura di A. QUARANTA, V. LOPILATO, Milano, Giuffrè, 2011, 535 ss.

Le incertezze e confusioni in materia sono cioè innanzitutto da addebitare «alle insufficienze e alle oscillazioni di linguaggio»¹⁷. Se in termini generali può dirsi che le nozioni di “fatto”, “fatto giuridico” e “fattispecie” sono state spesso utilizzate promiscuamente perdendo così il carattere della univocità, e lo stesso concetto è individuato volta a volta come “fatto”, “fatto giuridico” o “fattispecie”¹⁸, per la centralità che il dibattito ha assunto anche nel diritto pubblico¹⁹, si tenterà di dare atto delle posizioni che su quei termini si sono sviluppate²⁰.

Lo si farà privilegiando una prospettiva che non guarda singolarmente ai termini, ma che pone in relazione il “fatto”, inteso in senso lato, con la norma giuridica, al fine di individuare in quella relazione i contorni del rapporto tra fatto, fatto giuridico (o giuridicamente rilevante) e fattispecie, nell’ottica che interessa dell’accesso del giudice amministrativo al fatto.

Muovendo così dal rapporto tra fatto e diritto, mentre un vincolo giuridico non è pensabile fuori dal diritto, la rilevanza che il diritto accorda a un fatto non ne muta di per sé la sua intrinseca natura, ma trasforma gradualmente «una realtà non regolata in una realtà regolata»²¹.

Viene così alla mente l’esempio fatto da Franco Gaetano Scoca nel suo essenziale contributo sul tema della fattispecie precettiva. Il fatto che esista una previsione come l’art. 945 c.c. secondo cui «Le isole e unioni di terra che si formano nel letto dei fiumi o torrenti appartengono al demanio pubblico» non significa che debbano formarsi isole e unioni di terra nel letto dei fiumi. Se poi quel fatto ac-

¹⁷ Cfr. A. FALZEA, *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, 941 ss., spec. 943.

¹⁸ Sulle diverse accezioni del termine fatto C. MAIORCA, *Fatto giuridico-Fattispecie*, in *Nov. Dig. It.*, VII, Torino, 1961, 111 ss.

¹⁹ Sul concetto di fatto giuridico nel campo del diritto civile, anche per i riferimenti dottrinali, si v. R. SACCO, *Fatto giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, 2010, 610 ss. Nel diritto penale si veda tra i molti G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, Giuffrè, 1955, 1 ss., che rileva come nel diritto processuale penale il termine fattispecie processuale «è di preferenza adoperato con riferimento al fatto e ai fatti storici oggetto dell’imputazione», ma poiché la funzione del processo è accertare se una fattispecie sia stata integrata «le fattispecie processuali in senso tecnico sono ben altre: precisamente, quelle a cui vengono ricollegati effetti processuali».

²⁰ Sul tema si vedano tra gli altri anche A. CATAUDELLA, *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, 926 ss.; F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1969; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell’atto giuridico*, Milano, Giuffrè, 1941, 218 ss.

²¹ Cfr. F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit., 10.

cade, cioè se si formano isole e unioni di terra nel letto dei fiumi o torrenti, l'effetto giuridico che ne consegue è necessariamente quello previsto dalla norma, ovvero le isole e le unioni di terra passano nel demanio pubblico²².

Nell'attribuire giuridica rilevanza al rapporto fatto-effetto posto in essere dalla norma, Scoca parrebbe accogliere quell'accezione che ricollega il fatto ai suoi effetti e che tradizionalmente si affianca, secondo alcuni per contrapporsi, secondo altri per ricomprendere, la categoria dei fatti che si desume per differenza da quella degli atti. Se nella prima accezione il fatto sarebbe «tutto ciò a cui una norma giuridica (una qualunque norma del sistema positivo in considerazione) attribuisce un effetto giuridico», gravitando la nozione e la relativa definizione essenzialmente «sul cosiddetto rapporto di causalità giuridica, che è appunto lo speciale rapporto fatto-effetto posto in essere da una norma», nella seconda accezione «la classe dei fatti viene ora a comprendere tutti i fenomeni temporali che non sono attività volontarie dell'uomo», cioè che non sono atti²³.

Accanto a coloro che identificano gli atti nelle manifestazioni di volontà umana e dunque i fatti in tutti i fenomeni temporali che non sono attività volontarie umane, ulteriormente classificando i fatti a seconda che si dia rilievo agli effetti in rapporto alla situazione giuridica antecedente (fatti a effetti conformi/diformi), successiva (atti leciti/illeciti/dovuti) o ad entrambe (fatti costitutivi/modificativi/estintivi), vi sono Autori che nell'ambito della categoria in senso ampio dei fatti produttivi di effetti giuridici distinguono gli atti giuridici da una parte e i fatti giuridici in senso stretto dall'altra parte²⁴.

Nel distinguere tra fatto, fatto giuridico, o meglio giuridicamente rilevante, e fattispecie Scoca pone la relazione tra fatto ed effetto giuridico su un piano diverso da quello della giuridicità, intendendo per fattispecie «la proposizione normativa in cui viene descritto il fatto»²⁵,

²² Cfr. *ivi*, 8, sub nt. 10.

²³ Il riferimento è a A. FALZEA, *Fatto giuridico*, cit., 941 ss.

²⁴ Per una ricostruzione delle varie teorie sul concetto di fatto, si veda A. FALZEA, *Fatto giuridico*, cit. In particolare, tra i fatti giuridici distingue tra atti giuridici, che appartengono alla categoria dei fatti umani, e meri fatti giuridici, che in nulla si differenziano dai fatti naturali A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 147.

²⁵ Si tratta di terminologia non da tutti accolta. Secondo A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1964, 3 ss.; ID., *Manuale di diritto ammini-*

per fatto «il complesso degli elementi della realtà extragiuridica descritti dalla norma, riferendosi al momento precedente alla loro qualificazione giuridica, ossia intesi come accadimenti o situazioni soltanto materiali» e infine per fatto giuridico «la realtà di sintesi, ossia il fatto qualificato»²⁶. La giuridicità del fatto sarebbe dunque da ricercare non nella relazione tra fatto ed effetto giuridico, ma nella diversa relazione con la norma giuridica, nella relazione cioè tra realtà extragiuridica e qualificazione che ne fa la norma.

Il fatto giuridico «(o meglio, giuridicamente rilevante) è il fatto materiale in quanto preso in considerazione dal diritto, ossia è la risultante del rapporto di qualificazione che si stabilisce tra fatto e norma, inteso il primo come materia, oggetto di qualificazione e la seconda come forma della qualificazione»²⁷. Altrimenti, nell'occuparsi dei fatti in quanto produttivi di effetti giuridici, poiché il fatto non ancora efficace è pur tuttavia giuridicamente rilevante si tenderebbe ad affiancare alla «qualifica tralaticia» della efficacia come qualifica giuridica del fatto una qualifica ulteriore, quella della rilevanza attribuita al fatto della norma, «giustificando la giuridicità di quest'ultimo a mezzo non della sola norma, ma altresì degli effetti»²⁸. Nel percorso evolutivo che ha condotto a separare rilevanza ed efficacia²⁹, secondo Scoca occorrerebbe riferire la prima al rapporto tra fatto e fattispecie e la seconda al rapporto tra statuizione normativa ed elementi della realtà extragiuridica. Gli effetti andrebbero posti in relazione non con il fatto ma con la norma³⁰, perché la norma, non il fatto, è produttiva degli effetti³¹.

A ben vedere, quei termini ("fatto", "fattispecie" e "fatto giu-

strativo, cit., 146, «si è soliti designare complessivamente col nome di *fattispecie* gli elementi di fatto (siano essi uno o più) da cui un determinato effetto trae origine», con la precisazione che non tutti i fatti «vanno configurati come componenti della *fattispecie*».

²⁶ F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit., 26.

²⁷ *Ivi*, 25.

²⁸ *Ivi*, 35.

²⁹ Per l'evoluzione del rapporto tra fatto ed effetto, dal considerare l'effetto come fondamento della giuridicità del fatto all'estraniare l'effetto dal rapporto di qualificazione giuridica del fatto, passando per un momento intermedio che ha distinto rilevanza ed efficacia si veda *ivi*, 42 ss. e la dottrina *ivi* richiamata.

³⁰ *Ivi*, 37.

³¹ R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa. (Considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 331

ridico”) che nella stessa dottrina sono usati promiscuamente e con significati differenti³², quello che viene da alcuni riconosciuto come effetto giuridico, sia esso o meno rilevante per la delimitazione della categoria dei fatti in rapporto a quella degli atti, nella prospettiva di analisi che interessa, quella cioè del fatto nel processo amministrativo, pare essere null’altro che un “fatto”.

Si concorda cioè con chi ritiene di estendere legittimamente il fatto «al campo dell’effetto giuridico», quale «proiezione (assiologica e deontologica) di eventi del mondo e di comportamenti dell’uomo, cioè proprio di fenomeni temporali»³³. Riprendendo l’esempio di cui sopra, il passaggio delle isole e delle unioni di terra al demanio pubblico rappresenta un fatto, al pari del loro formarsi nel letto dei fiumi, non esaurendosi la realtà giuridica concreta né nella realtà normativa, né nella realtà materiale pregiuridica, essendo il risultato di una reazione tra di loro.

Il verificarsi, «imprevedibile ma riconoscibile»³⁴, del fatto giuridi-

ss., che ricollega la giuridicità del fatto nella sua relazione con norma e secondo cui l’efficacia diviene momento consequenziale all’esistenza del fenomeno giuridico.

³² Vi è chi ulteriormente ha distinto tra fattispecie astratta e concreta, D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, Giuffrè, 1939, 3 ss.: «la fattispecie concreta è una fattispecie corrispondente a quella astratta, ma pensata nel suo storico divenire. Essa si distingue dalla fattispecie legislativa perché non è concepita come parte costitutiva della norma; ma torna ad accostarsi alla fattispecie legislativa, perché anch’essa è semplicemente pensata, ed anch’essa è, in un certo senso, un’astrazione che l’interprete ricava da tutte le possibili fattispecie reali. La fattispecie reale, infine, o meglio le fattispecie reali, sono quelle della vita, individuate nel tempo e nello spazio. Come nessun fatto è uguale ad un altro, così nessuna fattispecie reale è uguale ad un’altra e ad una fattispecie astratta. Ma, attraverso un processo di semplificazione [...] ciascuna fattispecie reale viene assunta nello schema astratto di una determinata fattispecie legislativa». Sull’ulteriore distinzione tra la fattispecie normativa e la fattispecie concreta e reale si veda G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, Jovene, 1949, 15, secondo cui «la fattispecie concreta è una fattispecie corrispondente a quella normativa, ma pensata nel suo storico divenire» e «la fattispecie reale è il fenomeno in quanto corrispondente alla fattispecie normativa e concreta».

³³ Il riferimento è sempre a A. FALZEA, *Fatto giuridico*, cit., 942, secondo cui «la restrizione che la dottrina fa, del resto senza troppo consapevolezza teorica, appare dunque immotivata. È ovvio che, inteso come causa di effetti giuridici, il fatto rimane nel membro causale della norma, anzi coincide logicamente con esso e non può entrare mai nel membro opposto, quello effettuale, sotto pena di contraddizione logica. Ma, inteso come fenomeno temporale, evento del mondo esterno o comportamento volontario umano (atto), il termine fatto non soggiace più a questa logica necessità e può essere esteso legittimamente al campo dell’effetto giuridico».

³⁴ Il riferimento è a N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1, 36 ss. secondo cui «il caso è un evento imprevedibile, ma riconoscibile [...] La parola

camente rilevante, in quanto corrispondente a quello formalmente descritto nella norma (la "fattispecie" nella ricostruzione di Scoca), richiede sul piano della realtà materiale un accadimento o un'attività, ossia un qualcosa che prima non c'era e che andrebbe distinto dalla produzione degli effetti. D'altro canto, la fattispecie è «tutta protesa verso il futuro» e «mediante la fattispecie, il diritto "pensa" l'avvenire»³⁵. Ma se gli effetti si ricollegano alla norma e dunque il fatto concreto non sarebbe «né causa né condizione per il prodursi degli effetti, ma condizione per la operatività della norma»³⁶, non significa slegare il fatto dagli effetti, quanto piuttosto porsi nella prospettiva della norma e "limitare" gli effetti del fatto a quelli soli previsti dalla norma.

Ciò che rileva nel ragionamento condotto è che soprattutto nell'ambito del diritto amministrativo «diversamente stanno le cose»³⁷ e il campo dei fatti non si esaurisce in quello dei fatti indicati con precisione dalla norma. Non solo perché i fatti si fanno sempre più complessi e della complessità del mondo dei fatti la norma non può che considerare solo una serie di elementi semplici, ma anche perché si assiste ad una «deformazione» del fatto naturale ad opera della descrizione normativa e «del fatto che è, come è, il diritto valuta quel crede»³⁸.

Per un verso, fatti che nella realtà naturale sono estremamente complessi nel mondo del diritto sono qualificati in modo unitario e, per altro verso, realtà unitarie assumono rilievo nel diritto solo se se-

"caso" indica propriamente la duplice natura del fatto concreto: da un lato, l'*oggettiva imprevedibilità* del suo accadere (il quale dipende dal combinarsi e intrecciarsi di serie causali, a noi ignote); dall'altro, l'*oggettiva conformità* dell'accaduto al modello normativo, di cui appunto viene a costituire uno degli innumerevoli esempi. Il fatto, considerato con riguardo all'applicazione di una legge, assume la posizione logica di "caso".

³⁵ *Ivi.*

³⁶ F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit., 50 ss. secondo cui mentre la rilevanza giuridica è il mero «riconoscimento del fatto come formalmente (o morfologicamente) corrispondente alla descrizione normativa (fattispecie)», nel rapporto di efficacia «oltre alla conformità, prende rilievo, come giuridico altresì il momento del conformarsi». Realtà rilevante (i fatti giuridici) e realtà regolata (gli effetti) sono entrambe giuridiche «non in quanto poste, sia pure dalla (o per la, o nella) norma, in relazione l'una con l'altra, ma in quanto ciascuna di essa è giuridicamente valutata dalla norma».

³⁷ F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 330.

³⁸ F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit., 27, sub nota 31.

parabili dal complesso³⁹. A questo deve aggiungersi che, da un lato, vi sono fatti che, ancorché non complessi, non sono oggetto della statuizione normativa⁴⁰ e, dall'altro lato, lo sforzo di ricondurre il fatto accaduto al modello normativo si scontra con la crisi della fattispecie e con essa con la «crisi del caso»⁴¹. La legge deve cioè «arrendersi di fronte alla realtà del fatto concreto, perché la fattualità non può essere quasi mai pienamente ricondotta entro la regola generale e astratta»⁴².

Sulla distinzione tra fatti semplici e complessi si tornerà nel prosieguo, in quanto la stessa interseca altresì il ragionamento sull'interesse valutato dall'amministrazione.

Quello su cui conviene poi soffermarsi è che per ragioni varie il fatto non necessariamente si risolve «nello “schema” del fatto contenuto nella previsione normativa e perciò nella fattispecie»⁴³. La fattispecie normativa può infatti contenere espressioni non traducibili in «fatti osservabili direttamente; interesse dell'economia; interesse del buon andamento dell'amministrazione, ragioni sanitarie, urgenza e così via»⁴⁴. Inoltre, si è di frequente al cospetto di «norme senza fattispecie»⁴⁵, che non soddisfano il classico schema “se A, allora B”, ma mirano a tutelare interessi.

³⁹ Per la casistica si rinvia a M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, I, 361 ss., che rileva come talora quelli che vengono definiti atti giuridici assumono rilievo di fatti giuridici: «l'esposizione dell'infante, che è atto giuridico, produttivo di conseguenze civili e penali, per l'autore; ma è fatto giuridico per l'Autorità amministrativa che deve provvedere al ricovero dell'infante».

⁴⁰ F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit., 13, che rileva come in dottrina regni incertezza sul dato materiale preso ad oggetto dalla statuizione normativa: «mentre alcuni Autori hanno negato categoricamente che esso possa differire dal dato precedente, altri pur riconoscendo la diversità dal fatto non si sono poi trovati d'accordo sulla sua esatta identificazione».

⁴¹ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit. riconduce la crisi della fattispecie a «due fenomeni, che si tengono insieme e si spiegano con rigorosa reciprocità. Da un lato, c'è lo spostarsi dei criteri di decisione giudiziaria al di sopra della legge», dall'altro lato c'è il fenomeno «che le parti non espongono più al giudice eventi riducibili a casi, “stati di fatto contrari al diritto” e perciò destinati al confronto con stati di fatto previsti dal diritto, ma “operazioni economiche”, posizioni esistenziali (il nascere e il morire), intrecci o grovigli di interessi e bisogni e attese».

⁴² Così A. SANDULLI, *Potere e procedimento amministrativo*, cit., 556.

⁴³ G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2003, 81.

⁴⁴ F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 330.

⁴⁵ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit.

La tradizionale distinzione tra fatti e atti (ovvero tra fatti giuridici in senso stretto e in senso ampio) per il rilievo che assume la volontà dell'uomo, si fa poi più indeterminata nel campo del diritto amministrativo dove vi sono fatti che determinano interessi, interessi che influiscono sulla volontà, volontà che contribuiscono a determinare fatti⁴⁶. Il fatto che le parti espongono al giudice non necessariamente è riconducibile al caso previsto dal diritto, ma diviene l'intreccio di bisogni e interessi, il groviglio di valori e attese. Anche quando fatti e interessi sono presi in considerazione dalla proposizione normativa, perché descritti, valutati o regolati, divengono dunque aspetti della stessa complessa realtà materiale⁴⁷.

La fattispecie può non corrispondere alla struttura materiale del fatto, limitandosi a cogliere determinati aspetti rilevanti per il diritto, riunendo realtà materialmente diverse, ovvero accomunando requisiti e aspetti di fatti sostanzialmente diversi. La riduzione del fatto alla sua rappresentazione normativa non coglie appieno la concreta dinamica delle cose, esistendo nel processo un «problema dei rapporti tra realtà, rappresentazione e valutazione di quella realtà»⁴⁸.

Quando il giudice afferma l'invalidità di un provvedimento, come affermato da autorevole dottrina, l'esito del giudizio non è mai la conseguenza della sola affermazione della mancanza di una realtà di fatto prevista dalla norma come presupposto per il prodursi di determinati effetti, ma la «"rappresentazione" di una realtà di fatto» e insieme la «"valutazione" circa la sua disformità dalla previsione normativa che lo concerne»⁴⁹.

In altri termini, l'attività conoscitiva dell'amministrazione (e poi

⁴⁶ F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit., 13.

⁴⁷ Sul tema si rinvia all'ampio studio sull'accertamento amministrativo di B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, Cedam, 2001, 89 ss., spec. 141 ss., laddove fa riferimento a quelle ipotesi di incompiutezza della fattispecie in cui la costruzione giuridica del fatto avviene «mediante giudizi di valore compiuti di volta in volta dall'amministrazione attraverso una valutazione d'insieme delle circostanze accertate alla luce dell'interesse o degli interessi tipizzati dalla disposizione».

⁴⁸ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 57.

⁴⁹ Ivi, 54, precisa come nell'indagine condotta non si pretenda di utilizzare i concetti di rappresentazione e valutazione in modo filosoficamente esauriente, intendendosi indicare con l'espressione rappresentazione «il giudizio di esistenza (sull'essere) di una realtà di fatto inteso ad acquisire all'affermazione il suo stesso oggetto» e con l'espressione valutazione «il giudizio di valore giuridico (sul dover essere) di quel fatto».

del giudice nel processo) può sfociare, ma non necessariamente si risolve, nella sussunzione del fatto nella fattispecie⁵⁰ ed è dunque frequente che l'organo debba tener conto di elementi di fatto non prefigurati dal legislatore nella norma.

Nel suo rapporto con il diritto, occorre infine considerare che la realtà fattuale è mutevole nel tempo e nello spazio, il contesto sociale ed economico cambia e con esso il rapporto tra pubblico e privato e le dinamiche tra il sistema amministrativo e la società civile⁵¹. Ne consegue che i termini del rapporto "occasione-caso" paiono sempre più di frequente invertiti e quanto eventualmente disegnato dalla norma rappresenta sempre di più "occasione" che fattispecie a cui ricondurre il "caso". Per quanto la norma vada, come già si è detto, a regolare una realtà prima non regolata, «la realtà mutevole fornisce sempre nuova materia non regolata», sicché alla «dinamicità giuridica corrisponde una dinamicità materiale»⁵².

I sempre più frequenti stati di eccezione e di emergenza, così frequenti da essere impropriamente definiti "eccezionali"⁵³, dovuti alla

⁵⁰ Sul tema si v. anche F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 244, che dubita del fatto che «almeno nel nostro campo, le cose stiano in modo così semplice, che cioè i fatti, il cui accertamento costituisce l'oggetto necessario dell'attività conoscitiva dell'organo amministrativo chiamato ad esplicare un potere, siano sempre prefigurati dalla norma. In altre parole, se è certo che i fatti sono rilevanti per l'attività conoscitiva dell'amministrazione in quanto sussiste una correlazione tra loro e la fattispecie normativa, non è detto che tale rapporto sia necessariamente di conformità, come per lo più si ritiene; d'altro canto, si può chiedere se i fatti che devono essere accertati a pena di invalidità del provvedimento conseguente, siano soltanto quelli che trovano un riscontro puntuale nella descrizione astratta».

⁵¹ Su queste dinamiche si vedano i numerosi contributi raccolti in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile, I, Studi introduttivi*, Bologna, Bononia University Press, 2018; AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile, II, Garanzie dei diritti e qualità dei servizi*, Bologna, Bononia University Press, 2019; AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile, III, Problemi e prospettive*, Bologna, Bononia University Press, 2020.

⁵² F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit., 10.

⁵³ Evidenzia L. GIANI, *Dalla cultura dell'emergenza alla cultura del rischio: potere pubblico e gestione delle emergenze*, in *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, a cura di L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 15 ss., spec. 28 «la corretta considerazione del rischio e la istituzionalizzazione della sua valutazione dovrebbero consentire il generarsi all'interno del sistema giuridico di processi e procedure virtuosi che consentano la gestione di situazioni eccezionali con uno strumentario non *extra ordinem*, che estraneo ai tradizionali circuiti di garanzia e controllo lascia certamente spazio a un suo utilizzo strumentale e in certi casi "deviato"».

crisi pandemica prima, alla crisi bellica poi, ancor più di recente agli straordinari eventi atmosferici che hanno interessato il nostro territorio⁵⁴, hanno reso il fenomeno più evidente. Gli stati di eccezione e le emergenze sono infatti «“eventi” imprevedibili e irriconoscibili, ed escludono di per sé il vincolo logico della fattispecie»⁵⁵. Al moltiplicarsi sul piano dell’attività amministrativa di organi straordinari, commissari e gruppi di lavoro, sul piano processuale fanno da contraltare decisioni giudiziarie che «si fanno anch’esse “eccezionali”, sciogliendosi da qualsiasi schema classificatorio e sillogistico»⁵⁶. Parlare di fatto e fattispecie sarebbe in questi casi mero esercizio dogmatico, non potendosi in ogni caso pretendere dal giudice di sussumere il fatto nella fattispecie.

In definitiva, non può non ritenersi rilevante il fatto solo perché non è preso direttamente in considerazione dalla norma o perché nella stessa non è sussumibile. Sotto tale profilo, può dunque continuare a distinguersi tra “fatto”, “fattispecie” e “fatto giuridico”, a condizione che la suddetta distinzione non sia strumentalizzata per sminuire il fatto che non rientri nella descrizione normativa, bensì per renderla funzionale, quantomeno nel processo, a mantenere la rilevanza del primo (il fatto) indipendentemente dalla seconda (la fattispecie).

3. *La distinzione tra fatti “semplici” e fatti “complessi” dal piano della fattispecie astratta al fatto concreto*

Tanto le riflessioni che precedono su fatto, fatto giuridico e fattispecie, quanto quelle che seguiranno sulla rilevanza dell’interesse pubblico concreto nella definizione del fatto, richiamano all’attenzione la tradizionale classificazione tra fatti semplici e fatti complessi.

⁵⁴ Ha parlato di «ininterrotti» stati di emergenza G. BOTTINO, *L’amministrazione dell’emergenza. Relazione al Convegno nazionale Aipda*, Napoli, 29-30 settembre 2023.

⁵⁵ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit.

⁵⁶ *Ivi*.

La “distinzione” tra fatto, fatto giuridico e fattispecie ha condizionato solo in parte il dibattito sui fatti semplici e complessi, nella misura in cui si sono ricondotti tanto i primi quanto i secondi nella fattispecie, con i limiti che un tale sforzo comporta, a fronte delle perplessità che si sono tentate di evidenziare nella riconduzione del fatto alla fattispecie. La scelta di trattare della classificazione tra fatti semplici e complessi dopo aver trattato di quella tra fatto, fatto giuridico e fattispecie, non incide dunque sulla comprensione della prima. È invece opportuno farvi un cenno prima di imbattersi nella tematica dell’interesse pubblico concreto, in quanto l’idea di ricomprendere nel giudizio di fatto l’individuazione dell’interesse pubblico concreto muove proprio dalla distinzione tra fatti semplici e complessi⁵⁷.

Secondo la formulazione adottata per la prima volta da Federico Cammeo, la distinzione tra fatti semplici e complessi si è appuntata sul diverso criterio di apprezzamento del fatto. Nella comune cornice rappresentata dalla fattispecie normativa, in quanto una norma giuridica «presuppone sempre [...] che determinati fatti si verifichino per la sua applicazione», sarebbero fatti semplici quelli «accertabili od apprezzabili secondo il comune buon senso e la comune cultura giuridica» e fatti complessi quelli «valutabili secondo più lati criteri tecnico-amministrativi»⁵⁸.

A ben vedere, nel ragionamento condotto da Cammeo, la distinzione tra fatti semplici e complessi non rileva in sé e per sé, ma si inserisce nel dibattito intorno al controllo del giudice su quei fatti. Per quanto il giudizio sui fatti complessi sia «più elevato e complesso», non diversamente che nella materia dei fatti semplici, vi è «un giudizio nel senso logico di quest’espressione». Quella distinzione, infatti, serve all’Autore per giungere alla con-

⁵⁷ A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987, 230 ss., secondo cui «ammessa la riconduzione nell’ambito del giudizio di legittimità delle operazioni compositive di interessi che sottendono la finale decisione dell’autorità amministrativa» non può negarsi che i canoni per esperire il sindacato indiretto sui fatti complessi siano i medesimi.

⁵⁸ F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV sezione e l’apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, III, 275 ss., spec. 277.

clusione che entrambi i giudizi rientrano nella competenza del giudice di legittimità e, al di là della circostanza che si faccia rientrare il sindacato sui fatti complessi non nella violazione di legge, ma nell'eccesso di potere⁵⁹, non vi è tra i due casi «differenza di sostanza»⁶⁰.

La stessa sarà allora utile anche quando nel capitolo II si tratterà dei limiti che il giudice amministrativo si è posto nell'accesso al fatto, limiti che non trovano riscontro nella dottrina che già da tempo non dubita che nel giudizio di legittimità possa «esserci una indagine sui fatti»⁶¹. In questa sede rileva nella misura in cui dalla casistica proposta dall'Autore si possono trarre spunti nella precisazione intorno alla definizione del fatto.

Così sono fatti semplici «la cittadinanza, l'età, la povertà, la decorrenza di un termine, l'esistenza di una sentenza penale», mentre si è di fronte a fatti complessi «quando una norma sia subordinata, nella sua applicazione, alla *urgenza di provvedere*, alla *indegnità* di una data persona a un dato ufficio, alla *pericolosità* di una costruzione per la sicurezza pubblica, alla *insalubrità* di un edificio per la pubblica igiene»⁶².

Si sono poi sovrapposte varie teorie e la distinzione tra fatti semplici e complessi si è fatta meno chiara rispetto a quella tradizionalmente prospettata: a chi l'ha fondata sulla diversa tecnica adoperata nella determinazione dei presupposti necessari all'esercizio del potere, si sono contrapposti coloro che hanno focalizzato l'attenzione sul grado di certezza ottenibile nelle due ipotesi⁶³. Secondo alcuni, cioè, vi sarebbero fatti, quelli semplici, che «sussistono o non sussistono» e fatti, quelli complessi, che per loro natura possono presentarsi «in misura infinitamente varia»⁶⁴, cioè in grado maggiore o minore. Se-

⁵⁹ *Ivi*, 279.

⁶⁰ *Ivi*, 278.

⁶¹ *Ivi*, 275.

⁶² *Ivi*, 277.

⁶³ Per una ricostruzione delle varie tesi si veda A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., 230 ss.

⁶⁴ E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, Società editrice libraria, 1911, 54 ss. che pone come esempio del primo tipo la qualifica di minore, la quale «o sussiste o non sussiste in un caso singolo» ed «è indifferente che l'individuo sia ad essa più o meno vicino». Fatto complesso è la qualifica di

condo altri, vi sarebbero condizioni di fatto precise, «passibili di un mero accertamento privo di ogni e qualsivoglia grado di valutazione, in presenza della quale si deve ritenere senz'altro la sussistenza di un interesse pubblico», in quanto non sono tali da sussistere in misura diversa (il raggiungimento di una data età, il numero di figli, l'aver conseguito un determinato titolo di studio e così via) e condizioni di fatto la cui indicazione è imprecisa e soggette «oltre che ad un accertamento, anche ad un apprezzamento, ad una valutazione del grado e della misura in cui sussistono»⁶⁵ (la povertà, la vecchiaia, lo stato di bisogno, la buona condotta, lo scarso rendimento e così via), perché la legge condiziona la legittimità del provvedimento all'esistenza del presupposto in un grado minimo⁶⁶.

Senza prendere posizione per l'una e per l'altra tesi, l'impressione è che «essa in qualche modo riposi sul carattere obiettivo o soggettivo della loro rilevazione da parte dell'autorità amministrativa e quindi dello stesso giudice di legittimità»⁶⁷. Dalla definizione del fatto semplice o complesso in virtù della sua sussunzione immediata o meno nella norma, il dibattito si è così spostato sul relativo controllo⁶⁸, per essere assorbito in quello sui limiti del sindacato e sulla di-

vecchio, che può non sussistere «perché non si qualificare come vecchio chi è all'inizio della vita», ma se sussiste può sussistere in grado maggiore o minore «che vi sono, cioè, dei più, dei meno vecchi». Si tratta di tesi criticata da F. LEVI, 188, nt. 85 secondo cui «L'idea è acuta, ma non del tutto persuasiva. Da un punto di vista logico, essa può andare bene per quei termini che esprimono attributi riferibili ad una specifica categoria di oggetti (vecchiaia, valore artistico e così via). Ma altri termini possono riferirsi ad una serie amplissima o addirittura indefinita di fenomeni e di situazioni (ad esempio, la necessità e l'urgenza); in questi casi si deve ritenere che il giudice non possa esplicitare neppure un controllo sulla materialità dei fatti?».

⁶⁵ R. ALESSI, *Spunti ricostruttivi per una teoria degli atti amministrativi*, in ID., *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1981, 251 ss., spec. 302; ID., *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, Giuffrè, 1958, 292.

⁶⁶ ID., *Principi di diritto amministrativo. I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*, I, Milano, 1974, 230 ss.

⁶⁷ A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., 231.

⁶⁸ Sul tema in rapporto alle varie teorie sul concetto di discrezionalità tecnica, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 118 ss.

screzionalità tecnica⁶⁹, in quanto «quel che conta è il carattere insostituibile, proprio perché soggettivo, delle une e delle altre»⁷⁰.

Si è pertanto affermato che sui fatti semplici il giudice svolge un sindacato «diretto», condotto in modo autonomo rispetto a quello seguito dal soggetto controllato, e volto a verificare la veridicità delle condizioni "precise" poste dalla legge all'esercizio del potere⁷¹ e che l'attività conoscitiva si risolve in una mera sussunzione, nell'asserzione dell'esistenza o inesistenza di un dato obiettivo corrispondente ad una descrizione astratta⁷². Così in materia di tutela di interessi paesaggistici, il giudice può accertare la sussistenza di un muro che esclude la visibilità, anche qualora ciò conduca a confutare il giudizio già svolto dal Ministero che aveva dato per certa un'altezza del muro di molto inferiore. I fatti complessi sono invece suscettibili di un controllo indiretto, rivolto non alle conclusioni di fatto, bensì all'attività (conoscitiva) esplicitata dall'organo amministrativo per giungere a tali conclusioni, al fine di valutare la ragionevolezza e la logicità⁷³, con modalità che secondo autorevole dottrina sarebbero le medesime del sindacato sulle valutazioni di opportunità compiute dalla stessa amministrazione⁷⁴.

⁶⁹ E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, cit., 55, il criterio di distinzione tra le norme conduce alla distinzione tra quelle «la cui applicazione non dà luogo, e quelle che, viceversa danno luogo alla così detta discrezionalità tecnica», cui consegue che a meno di un'espressa disposizione in contrario, a meno, cioè, che non gli venga attribuito un sindacato di merito, l'organo giurisdizionale non può determinare quale è il grado, la misura, in cui la qualità, il carattere, l'attributo menzionati dalla norma, debbono verificarsi.

⁷⁰ Cfr. G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, cit., 83 ss., secondo cui «le ragioni utilizzate per affermare l'impossibilità (o inopportunità) di una simile "sostituzione" [...] toccano corde e sensibilità diverse. Per ora basta anticipare che esse, nonostante l'apparente lontananza, sembrano convergere su una precisa impostazione del problema: di stampo volontaristico e con al centro il soggetto-amministrazione o il soggetto-giudice, ciascuno portatore di una ragione propria e antagonista».

⁷¹ F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 489 ss., che rileva come questo significa anzitutto porsi il problema, che però non interessa in questa sede, della possibilità di sostituire il proprio giudizio di fatto.

⁷² *Ivi*, 266.

⁷³ *Ivi*, 496 ss.

⁷⁴ A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., 233, secondo cui «in entrambi i casi, infatti, l'attenzione e l'esame del giudice possono essere richiamati e sollecitati tanto in relazione all'esistenza

A ben vedere, già nella definizione proposta da Federico Cammeo, la complessità o semplicità del fatto riguarda non il fatto in sé, ma il giudizio che il giudice è chiamato a compiere e che attiene alla «intrinseca eterogeneità degli elementi variamente compresi nella categoria del “fatto”, i quali non consentono tutti il ricorso ad una medesima tecnica di accertamento»⁷⁵. Dopo qualche anno l'Autore è peraltro ritornato su quella distinzione per precisare che nel controllo sui fatti complessi, che deve essere inquadrato nell'eccesso di potere, non nella violazione di legge, il giudice incontra un limite perché all'accertamento di un fatto complesso si accompagna una valutazione in relazione all'interesse specifico della pubblica amministrazione⁷⁶.

Non vi è dubbio che, nella prospettiva del giudizio, sotto il profilo della sua “complessità”, il giudizio di fatto sia più facile quando sia stato conferito il posto ad un minorenni e vi sia una norma che esiga per il conferimento di un ufficio il compimento di diciotto anni (fatto semplice), mentre sia più complesso quando di fronte ad una disposizione che esige la dignità morale necessaria a un pubblico ufficio, lo si conferisce ad un diffamato per delitto contro le persone o la proprietà (fatto complesso).

Ai nostri limitati fini, che consistono, si ribadisce, nel delineare i caratteri del fatto nel processo amministrativo, la bipartizione tra fatti

o inesistenza dei fatti semplici assunti dall'autorità decidente a base del proprio iter intellettuale [...] quanto sulla “ragionevolezza” di tale procedimento, il quale deve pur sempre reggersi su fondamenti razionali e non può mai concretarsi in un mero atto di arbitrio».

⁷⁵ *Ivi*, 230.

⁷⁶ F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa. Ricorsi amministrativi. Giurisdizione ordinaria*, I, Milano, Vallardi, 1911, 773 ss. Sulle posizioni di Cammeo si vedano le considerazioni di C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985, 7 ss., spec. 11, secondo cui si troverebbero espresse «due posizioni diverse» a ben vedere sulla discrezionalità tecnica, e di riflesso sulla nozione di fatto complesso: «Una prima versione è quella ricavabile, in modo inequivoco, dalla Nota del 1902 (pag. 278) (ed emergente in alcune pagine del Commentario (pag. 134). La discrezionalità tecnica ha causa nella norma imprecisa [...] l'imprecisione della norma consiste nella indicazione di un fatto (perciò detto “complesso”)». In altre pagine del Commentario (773 ss.) e poi nel Corso (193) «la contrapposizione non è più fra fatti semplici e complessi, bensì fra fatti semplici e fatti che costituiscono ipotesi di discrezionalità tecnica, ovvero, e meglio, fra fatti che implicano (o meno) un apprezzamento da condurre in relazione al pubblico interesse». Si veda anche V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463 ss., spec. 489, nt. 92.

semplici e complessi non pare altrettanto pacifica. Non pare cioè che l'accertamento della povertà, fatto semplice nella classificazione proposta da Cammeo, debba considerarsi sempre e comunque semplice o, in ogni caso, che quel fatto debba ritenersi meno complesso di fatti assunti come complessi, quali l'urgenza o la pericolosità.

Quello che si vuol dire è che vi sono delle ipotesi in cui vi sono fatti semplici che non sono apprezzabili secondo la comune cultura giuridica e fatti complessi per i quali non è necessario ricorrere a criteri tecnico-amministrativi.

Si concorda cioè con la tesi proposta da Franco Levi, che nel richiamare la bipartizione prospettata da Federico Cammeo ha rilevato che la stessa «non vale sul piano della realtà, perché un certo fatto preso in concreto può essere semplice o complesso a seconda dei casi»⁷⁷. Se una data norma condiziona il provvedimento alla sussistenza del pericolo di crollo, può accadere che per accertare la pericolosità di un muro a seguito di lavori di smottamento di un terreno siano necessari accertamenti tecnici complessi e dunque la pericolosità non sia fatto *ex se* immediatamente percepibile da parte del giudice. A seguito di un terremoto quello stesso muro potrebbe apparire *ictu oculi* pericolante e di fronte a quel fatto in astratto complesso, ma in concreto semplice, l'inerzia dell'amministrazione che non ha provveduto con rapidità potrebbe ritenersi illegittima.

In altri termini, la distinzione tra fatti semplici e complessi trova «la sua ragione d'essere ed il suo valore sul piano della fattispecie astratta»⁷⁸, ma non sempre coincide con il piano della fattispecie concreta⁷⁹.

Ai fini che interessano l'analisi, se da quella distinzione, dunque, se ne vogliono far derivare conseguenze sotto il profilo delle modalità di accesso al fatto da parte del giudice, non potrà considerarsi il fatto semplice o complesso, preciso o impreciso sul piano della fattispecie astratta, ma lo stesso dovrà essere valutato nel suo essere fatto concreto.

⁷⁷ F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 187.

⁷⁸ *Ivi*.

⁷⁹ A considerazioni non dissimili si ritiene di dover giungere con riguardo all'altra tradizionale classificazione, che si ricollega a quella tra fatti semplici e complessi, quella cioè tra fatti/effetti principali e secondari, distinzione che verrà ripresa nel capitolo III attenendo più propriamente al tema dell'istruzione probatoria e su cui tra i molti si v. M. FORNACIARI, *La ricostruzione del fatto nel processo. Soliloqui sulla prova*, cit., 113.

4. *Il fatto quale componente dell'interesse pubblico concreto*

Nella prospettiva di analisi, in cui muovendo dall'affermazione per cui il fatto non può essere inteso come mero accadimento storico (v. *infra*, par. 5), per giungere ad una definizione in positivo del fatto, superati i ristretti confini del fatto precisamente e direttamente individuato nel modello normativo (v. *supra*, par. 2), assunta l'ottica del fatto concreto nella distinzione tra fatti semplici e complessi (v. *supra*, par. 3), un ruolo decisivo assume l'interesse pubblico concreto.

L'analisi interseca così uno dei temi tra i più complessi del diritto amministrativo, quello cioè dell'individuazione del fine a è cui ordinata in concreto l'intera vicenda procedimentale⁸⁰, che non coincide, ma necessariamente "esige"⁸¹, l'interesse posto dalla legge in via generale ed astratta (l'interesse definito primario o specifico)⁸² e che è la risultante, secondo alcuni, ma non tutti⁸³, della ponderazione con quello e con gli interessi pubblici secondari, nonché con gli interessi privati.

⁸⁰ Per tutti sulla funzionalizzazione M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996.

⁸¹ Così E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna, BUP, 2022, 21 ss., spec. 85 secondo cui «se è vero che l'interesse pubblico istitutivo o primario non è necessariamente una dedità, tanto più che il suo contenuto deve talvolta essere cercato e definito dalla stessa amministrazione agente (*supra*, par. 2.1), ciò che però non deve sfuggire è che quell'interesse è pur sempre una «esigenza» lato sensu "causale" rispetto alla successiva costruzione del fine in concreto».

⁸² Si utilizzerà nel prosieguo il concetto di interesse pubblico specifico nel senso di interesse indicato dalla legge, per distinguerlo da quello in concreto. Parla di «concretizzazione dell'interesse pubblico specifico», N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 3, 413 ss.; ID., *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000.

⁸³ Su cui è imprescindibile il richiamo a M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, 46, dove chiaramente rileva che: «il pubblico interesse condiziona la discrezionalità»; ID., *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, 48; ID., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 262, ove ulteriormente precisa che «il pubblico interesse specifico non è qualcosa di esterno e di estraneo alla discrezionalità, ma ne forma la sostanza stessa, perché un atto emanato in un certa sfera di competenza, altro non può riguardare che quel certo pubblico interesse».

Il tema generale non può che essere dato per presupposto, ma assume rilevanza nel ragionamento condotto nella misura in cui nell'ampio e complesso dibattito sull'interesse pubblico concreto e sulla sua consistenza si giunge all'affermazione per cui «i fatti son visti finalmente come elementi costitutivi di tale interesse»⁸⁴.

Tralasciando il tema, per quanto connesso, circa la natura o meno riservata dell'apprezzamento e della valutazione dell'interesse pubblico concreto⁸⁵, nella definizione del fatto amministrativo quello che rileva è che nel diritto amministrativo i fatti si pongono in un rapporto così stretto con l'interesse pubblico concreto, al punto da divenire componenti strutturali dello stesso, dando attualità agli interessi pubblici e privati compresenti.

Il percorso per giungere a tale definizione non è stato privo di ostacoli, passando dalla totale indifferenza sulle circostanze di fatto, perché un medesimo fatto può dar luogo a motivi diversi⁸⁶, alla

⁸⁴ Cfr. N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, cit., 450.

⁸⁵ Sul tema si veda F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, cit., 278, secondo cui «vi è sempre cioè nella materia dei fatti complessi, non diversamente che in quella dei fatti semplici, un giudizio nel senso logico di quest'espressione: e in entrambi i casi il procedimento psicologico attiene, per seguire le distinzioni della psicologia corrente, alla ragione e non alla volontà ed esclude il concetto di vera discrezionalità, che è procedimento volitivo, e implica la scelta libera (per quanto possa la volontà concepirsi tale) fra diversi modi d'azione». Si veda anche E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, cit., 54 ss. Sul tema anche R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 118, secondo cui «l'affermazione che l'interesse pubblico da perseguire sia in un rapporto logicamente determinato con i fatti oggettivi fa sì che esso sia in una certa misura controllabile, verificabile alla stregua di tali fatti. L'accertamento di un determinato fatto, come pure della sua rilevanza, non esula mai dall'ambito proprio di un giudizio di fatto in senso lato». Ancora secondo N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, cit., 444 «il problema della concretizzazione dell'interesse pubblico specifico è quindi autonomo, sia sul piano logico che su quello dell'indagine, rispetto al problema della determinazione discrezionale», negli stessi termini, Id., *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, 111, secondo cui l'emersione in concreto della ragione specifica del provvedimento si realizza in esito al completo procedimento acquisitivo e valutativo di tutti i fatti significativi, «cosa diversa, però è ritenere che siffatta emersione costituisca il risultato di un contemperamento di interessi».

⁸⁶ Secondo C.M. IACCARINO, *Studi sulla motivazione (con speciale riguardo agli atti amministrativi)*, Roma, Società editrice del foro italiano, 1933, 46 un de-

rilevanza meramente indiretta delle stesse, quali presupposti idonei a influenzare la dichiarazione di volontà dell'autorità, al pari dei moventi psicologici⁸⁷. Le ricostruzioni causalistiche dell'atto amministrativo, nell'intendere l'atto amministrativo come negozio giuridico di diritto pubblico e nell'assumere la causa ad elemento costitutivo dello stesso⁸⁸, ricomprendono tra i motivi, accanto alle rappresentazioni soggettive, le circostanze di fatto espressamente indicate dalla norma.

Per quanto ad oggi possano dirsi ampiamente superate⁸⁹, rimanendo «indecifrabile» il trasporto del concetto di negozio amministrativo nel diritto amministrativo⁹⁰ e non avendo ragione d'essere per gli

terminato fatto non sempre consiste nel motivo dell'atto, poiché «un fatto può pur dar luogo a diversi motivi, e quindi a diverse volontà».

⁸⁷ Così O. RANELLETTI, *Atti amministrativi*, in *Nov. Dig. it.*, I, Torino, 1957, 1486 ss. ora anche in *Id.*, *Scritti giuridici scelti. Gli atti amministrativi*, III, Napoli, Jovene, 1992, 711 ss., che distingue i presupposti dell'atto che sono stati la causa e cioè lo scopo pratico che quell'atto deve soddisfare dai motivi, che hanno indotto l'autorità amministrativa ad operare, dal presupposto dell'emanazione dell'atto amministrativo. categoria dei motivi, distinguendo tra motivi in senso oggettivo e motivi-presupposti, cioè circostanze di fatto e di diritto richieste dalla norma attribuita del potere quali condizioni per l'emanazione dell'atto.

⁸⁸ Senza nessuna pretesa di esaustività sull'atto amministrativo come negozio di diritto pubblico si vedano F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1960, 577 ss.; *Id.*, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., 92 ss.; A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Padova, Cedam, 1986; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1936, I, 280 ss.; O. RANELLETTI, *Atti amministrativi*, cit.; E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, cit., 29 ss. Più specificatamente sulla causa dell'atto amministrativo, U. FORTI, *I "motivi" e la "causa" negli atti amministrativi*, in *Foro it.*, 1932, III, 289 ss.; P. BODDA, *Opinioni sulla causa dell'atto amministrativo*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, Cedam, 1940, 59 ss.

⁸⁹ Già negava l'utilizzabilità della nozione di causa nella teoria generale dell'atto amministrativo R. ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, Giuffrè, 1934, 53 che rilevava come «oltre che inesatto, sarebbe equivoco e pericoloso il voler parlare di una "causa dell'atto amministrativo"»; *Id.*, *Spunti ricostruttivi per una teoria degli atti amministrativi*, cit., spec. 254, che osserva come se la dottrina avesse considerato due fattori fondamentali (il fatto che la pubblica amministrazione non agisce come il singolo individuo ma rientra tra gli enti collettivi e che non si trova in posizione di eguaglianza con i cittadini, ma in posizione prevalente), «che sono fonte di una posizione nettamente peculiare dell'atto posto in essere dall'amministrazione pubblica in confronto al negozio giuridico di diritto privato [...] l'avrebbero probabilmente indotta ad andare più cauta nel ricalcare senz'altro la teoria dell'atto amministrativo su quella del negozio giuridico privato».

⁹⁰ Cfr. M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 292.

atti di potere pubblico la distinzione tra atti negoziali e non⁹¹, le teorie causaliste ai fini che interessano hanno il pregio di aver dato rilevanza ai fatti⁹². Le stesse collocavano l'interesse pubblico specifico e i fatti al momento dell'assunzione della decisione finale quali condizioni per l'esercizio del potere in senso conforme al fine predeterminato dalla norma.

A ben vedere sono proprio le obiezioni mosse alle teorie causaliste che rilevano nel ragionamento condotto. Le teorie causaliste, infatti, pur dando rilievo ai fatti, hanno assunto come postulato quello dell'interesse pubblico specifico, ma non si sono sostanzialmente poste il problema della concretizzazione dello stesso. Allora ciò che ha reso l'«impresa malagevole ed imperfetta»⁹³ e cioè l'aver adattato la causa del negozio all'interesse pubblico, è il dato che serve per rinforzare la tesi in questa sede sostenuta secondo cui il fatto nel diritto amministrativo non può essere inteso nella sua dimensione statica di accadimento storico, prefigurato dalla norma, perché così facendo non si terrebbe conto dell'interesse pubblico in concreto.

Si deve a Massimo Severo Giannini l'individuazione dell'interesse pubblico specifico in un momento prodromico all'adozione della decisione⁹⁴, con l'effetto che anche la valutazione delle circostanze di fatto, ricomprese quelle estranee alla proposizione normativa, rientra nel processo logico antecedente la fase finale e che le stesse vanno considerate quali elementi costitutivi e non meri presupposti di quello che per l'Autore è «logicamente implicito», cioè l'interesse pubblico concreto⁹⁵.

⁹¹ Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 148.

⁹² Sui pregi e sui difetti delle teorie causaliste e in particolare sulla «eccessiva trascuratezza nei confronti degli elementi di fatto», N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, cit., 33 ss.

⁹³ Cfr. R. ALESSI, *Spunti ricostruttivi per una teoria degli atti amministrativi*, cit., 290: «in verità, tra causa del negozio ed interesse pubblico nulla v'ha di comune».

⁹⁴ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 72 ss. In senso analogo R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 222 secondo cui la teoria del negozio giuridico privato «non può essere trapiantata automaticamente e con profitto in un campo completamente differente, come quello del provvedimento amministrativo».

⁹⁵ Come rilevato da F.G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 4, 1045 ss., spec. 1070,

La decisione e con essa la definizione dell'interesse pubblico specifico che si concretizza, cioè dell'interesse pubblico in concreto perseguito, «“si fa” nella dinamica del confronto e del tendenziale componimento delle posizioni»⁹⁶. Diviene così l'esito di un'attività complessa nella quale accanto alla verifica circa l'esistenza delle condizioni di esercizio del potere e dunque, dell'interesse pubblico specifico contemplato dalla norma, vi sarebbe l'indagine, prodromica alla decisione e consistente nell'accertamento e nell'apprezzamento in merito alle circostanze di fatto, anche estranee alla proposizione normativa.

Al di là del momento in cui si collochi l'individuazione dell'interesse pubblico concreto, all'assunzione della decisione finale, o in una fase antecedente, ciò che importa è che la stessa postula la formulazione di articolate valutazioni dei fatti, ovvero di «un confronto dell'autorità procedente con i fatti compresenti nel problema, che entrano a far parte della struttura causale della funzione anche ove neppure menzionati nella proposizione normativa astratta»⁹⁷. Il procedimento e la decisione quale risultante del procedimento non sono soltanto una soluzione giuridica di coordinamento degli interessi giuridici coinvolti, bensì interessi e fatti sono tra loro intimamente collegati e si riconosce «la concreta dipendenza del valore degli interessi dall'individuazione e qualificazione dei fatti»⁹⁸.

l'interesse pubblico concreto «non è raffigurato da Giannini (ma logicamente implicito nella sua costruzione teorica), è stato poi reso esplicito dalla dottrina successiva».

⁹⁶ F. PATRONI GRIFFI, *Giustizia amministrativa: evoluzione e prospettive nell'ordinamento nazionale e nel quadro europeo*, *Lectio Magistralis svolta su Virtual Learning Environment* - UNIBO nell'ambito delle attività del Dipartimento di Scienze giuridiche - DSG e del Centro di Ricerca e Formazione sul Settore Pubblico CRIFSP-SPISA, Bologna, 24 novembre 2020, in www.spisa.unibo.it.

⁹⁷ Cfr. N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, cit., 448.

⁹⁸ Così M. DELSIGNORE, *La centralità dell'attività conoscitiva nella concezione originaria della l. n. 241/1990 e la sua perdurante attualità*, in *La legge n. 241 del 1990 trent'anni dopo*, a cura di A. BARTOLINI, T. BONETTI, B. MARCHETTI, B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI, Torino, Giappichelli, 2021, 339 ss., spec. 340.

Le circostanze di fatto⁹⁹ unitamente all'interesse pubblico specifico (primario) individuato in astratto dalla norma attributiva del potere¹⁰⁰, agli interessi pubblici secondari e privati compresenti nel caso specifico¹⁰¹ concorrono cioè a costituire l'interesse pubblico concreto¹⁰². Quest'ultimo assume un «contenuto variabile in relazione alle

⁹⁹ N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, cit., 453 giunge alla conclusione che l'interesse pubblico specifico emerge dall'accostamento dei fatti e degli interessi vertiti nella situazione concreta [...] qualunque fatto introdotto nella fattispecie reale assume, per ciò solo, giuridico rilievo e contribuisce a completare (e, in un certo senso, a problematizzare) l'elemento causale». In senso analogo R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 118, secondo cui «i fatti rilevanti sono elementi che concorrono all'individuazione dell'interesse pubblico specifico e l'indagine sui fatti non può essere connotata da elementi di discrezionalità in senso stretto, intesa quest'ultima come politicità».

¹⁰⁰ Sull'individuazione dell'interesse pubblico specifico o primario R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 103 ss., spec. 105, che rileva l'«indeterminatezza e l'indefinibilità dell'interesse pubblico primario», in quanto in alcune ipotesi la questione è facilmente risolvibile, perché basta interpretare la norma attributiva del potere, altre volte l'interesse pubblico è indicato indirettamente dalla legge, altre volte ancora non è affatto di immediata percezione quale sia l'interesse primario da tutelare, vi sono infine casi in cui gli stessi interessi indicati dalla legge come finalità da perseguire presentano natura indeterminata. Sull'insufficienza della legge nella definizione dell'interesse pubblico specifico si veda anche E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, cit., 39 ss., che parla di «crisi dell'interesse pubblico inteso come una datità». Sul tema anche G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000, 187, che rileva che «per quanto riguarda l'individuazione delle finalità dell'azione amministrativa, lo spazio occupato dalla legge è recessivo»; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1994, 198, per il quale «il fine dei poteri non è quasi mai espresso nelle leggi».

¹⁰¹ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 77, il quale osserva che «poiché un determinato interesse pubblico non esiste mai isolato nel mondo sociale; assegnando la cura di quest'interesse a un organo, gli si deve allora permettere anche di tener conto di altri interessi che con quello concorrono o che a quello accedono» e che «questi altri interessi, di fronte all'interesse attribuito alla cura funzionale dell'autorità, che si può denominare *interesse essenziale*, hanno carattere secondario (e si possono denominare *interessi secondari*)»; ID., *Diritto amministrativo*, cit., II, 49-50, per il quale la ponderazione degli interessi secondari in ordine all'interesse primario costituisce «ciò che potrebbe dirsi la figura tipo della discrezionalità. Nella pratica possono esistere figure più semplici o più complesse».

¹⁰² Ritieni che l'interesse pubblico concreto «non è uno degli interessi pubblici dati dalla legge (né l'interesse primario né uno degli interessi secondari) ma è un interesse (composito, misto, frutto di confronto o compromesso) diverso, scolpito (o costruito) dalla stessa amministrazione attraverso le operazioni di valutazione

diverse situazioni di fatto»¹⁰³, si determina progressivamente, attraverso la più completa istruttoria dell'affare, in quanto solo procedendo alla qualificazione dei fatti si perviene anche ad individuare l'interesse pubblico che si vuole attuare¹⁰⁴. Muovendo dall'interesse pubblico astratto, «si perviene all'individuazione dell'interesse pubblico "concreto" che viene determinato in esito all'attività amministrativa concretamente posta in essere»¹⁰⁵.

L'interesse pubblico concreto è dunque «un interesse (composto, misto frutto di confronto o compromesso) diverso, scolpito (o costruito) dalla stessa amministrazione attraverso le operazioni di valutazione comparativa»¹⁰⁶ e diviene così «metro di valutazione del contenuto del provvedimento finale, o, se si preferisce, dell'assetto di interessi che, con il provvedimento, diverrà giuridicamente impegnativo»¹⁰⁷. È il prodotto di una sintesi, secondo alcuni «logica»¹⁰⁸, secondo altri «concettuale, e, quindi, selettiva»¹⁰⁹, la quale «ha una base ed una rispondenza nei fatti»¹¹⁰.

comparativa» F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 4, 1045 ss., spec. 1070.

¹⁰³ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 109 ss., spec. 112.

¹⁰⁴ Rileva D. VAIANO, *Sindacato di legittimità e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, in *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, cit., 11 ss., spec. 51, che «solo sulla base di un fatto ricostruito esattamente potrà essere valutato in concreto, prima di tutto, l'interesse pubblico, essendo il fatto, evidentemente, il *prius*, e la valutazione dell'interesse pubblico susistente nel caso di specie il *posterius*».

¹⁰⁵ Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 22 dicembre 2020, n. 1173.

¹⁰⁶ F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, cit., 1070.

¹⁰⁷ ID., *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, Jovene, 1999, 1261 ss., spec. 1274.

¹⁰⁸ Di «sintesi logica alla quale non corrisponde veramente alcun concetto giuridicamente valido» con riferimento all'interesse pubblico parla anche G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, 162.

¹⁰⁹ F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 327, evidenzia come l'interesse pubblico concreto non sia «un semplice "dato", che assume rilievo ed acquista significato dalla contiguità con altri dati, ma, al contrario, della conclusione di una sintesi concettuale e, quindi, *selettiva*. Ciò spiega come esso, pur mantenendo la sua concretezza, si ponga con una certa autonomia rispetto agli altri interessi».

¹¹⁰ ID., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 334.

In sintesi, muovendo dalla considerazione per cui la necessità dell'interesse pubblico concreto deriva dall'esigenza di rendere l'interesse pubblico «aderente alla concreta situazione di fatto»¹¹¹, pare di poter giungere alla conclusione secondo cui i fatti sono ciò che “concretizzano” l'interesse pubblico specifico.

4.1. *La rilevanza dell'interesse pubblico concreto nella definizione del fatto*

Il ragionamento sull'interesse pubblico in concreto non è fine a se stesso, ma come anticipato rappresenta un passaggio necessario nel tentativo di definire i contorni del fatto nel processo amministrativo.

Nella misura in cui l'interesse pubblico concreto andrebbe a coincidere con quel particolare fatto che, ancorché non propriamente “fatto” secondo la definizione di Levi, assurge al rango di ragione non «necessitante» ma «sufficiente del provvedimento»¹¹², il fatto oggetto della cognizione del giudice non può non considerare quell'interesse pubblico in concreto di cui il fatto è elemento costitutivo¹¹³.

A questo punto del ragionamento occorre cioè invertire i termini del rapporto fatto/interesse per come tradizionalmente assunto nel dibattito sull'interesse pubblico in concreto, occupandosi indirettamente del secondo per definire il primo e non viceversa¹¹⁴.

¹¹¹ F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, cit., 1070.

¹¹² F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 554 rileva come non sia corretto parlare dell'interesse pubblico specifico come scopo o motivo del provvedimento: «si richiede soltanto che il provvedimento sia tale che l'interesse pubblico specifico possa averlo determinato, anche se in astratto questo poteva giustificare uno o più altri entro il margine libero della legge. Di conseguenza, pare che la qualifica più comprensiva del valore dell'interesse pubblico rispetto al provvedimento discrezionale possa essere trovata in una trasposizione nel nostro campo del concetto di “ragione sufficiente”. Si ricorderà infatti che il tratto più caratteristico di questo concetto è di “esprimere un condizionamento non necessitante”».

¹¹³ Anche perché come precisato da ID., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 327 nt. 159 «l'interesse pubblico concreto vale come ragione sufficiente del provvedimento discrezionale di fronte a colui che sindaca, non necessariamente anche come motivo effettivo per colui che agisce».

¹¹⁴ E. CARDI, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, Rimini, Maggioli, 1985.

Ponendosi cioè nella prospettiva del fatto, pare di poter affermare che se l'interesse pubblico concreto non può essere dato per presupposto, ma emerge dall'accostamento dei fatti e degli interessi, mutevoli, nella situazione concreta, parimenti il fatto, anche quando preso in considerazione dalla norma (e a prescindere dalla circostanza che coincida con quello preso in considerazione dalla norma), non può essere inteso nel suo essere dato o fissato come condizione dalla norma¹¹⁵. Se infatti prima l'amministrazione nel procedimento, nell'attuazione della norma attributiva del potere, poi il giudice nel giudizio, si limitassero a considerare il fatto in rapporto al modello normativo tipico, resterebbe fuori l'interesse pubblico in concreto¹¹⁶.

Così come nel procedimento l'attività conoscitiva, consistente nella acquisizione e valutazione dei fatti significativi, costituisce la «via amministrativa»¹¹⁷ attraverso cui si opera il confronto tra i vari interessi coinvolti e viene definito l'interesse pubblico concreto, nel processo amministrativo la conoscenza del fatto non può che essere mediata dalla valutazione dell'interesse pubblico concreto¹¹⁸.

Il che, sostanzialmente trasponendo sul fatto il carattere dinamico e mutevole dell'interesse pubblico (e del potere)¹¹⁹, equi-

¹¹⁵ Sul collegamento tra interessi e fatti A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, 76: «occorre riconoscere la costante indeterminatezza e concreta dipendenza del valore degli interessi – che guidano e orientano l'attività dell'amministrazione – dall'individuazione (e qualificazione) dei fatti della decisione».

¹¹⁶ Parla di «fatti artificiali» G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, cit., 26, secondo cui nel campo del diritto amministrativo «l'accaduto», la concreta azione amministrativa, non è mai agevolmente rapportabile a un modello normativo e a fattispecie tipiche, in quanto la norma prende in considerazione «fatti» quasi mai dotati di tratti precisi e verificabili [...] il diritto amministrativo, a differenza di quello civile, non si riferisce quasi mai a «fatti» agevolmente collocabili in una fattispecie normativa, la cui esatta comprensione si possa ottenere col ricorso a regole tutte racchiuse nel testo di legge [...] la necessaria mediazione fra ipotesi astratta e concreto modello di azione copre uno spazio vastissimo, al termine del quale resta la sensazione che i fatti, cioè il concreto giudizio operato dall'amministrazione nei singoli casi concreti, siano in realtà «immaginari», fatti artificiali, appunto».

¹¹⁷ Così G.D. COMPORTELLI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, Giuffrè, 62.

¹¹⁸ Sul controllo «indiretto» del giudice sul fatto per comprendere «se in quella data situazione è implicito un interesse» si veda F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 496 ss.

¹¹⁹ Parla di interesse pubblico in concreto perseguito che «si fa», nella dinamica del confronto» F. PATRONI GRIFFI, *La giustizia amministrativa nel 2019*, in

vale a dire che i fatti rilevanti nel processo amministrativo «proprio in virtù della dinamicità che ripetono dalla base sociale, non si prestano ad essere predefiniti ed inquadrati entro date relazioni organizzative ma solo ad essere confrontati per ricevere a seguito di tale confronto dialettico, la dimensione e la collocazione reciproca»¹²⁰.

I fatti rilevano nel loro rapporto con gli interessi, sono cioè quello che emergono nella sintesi non data, ma dinamica di interessi, posto che l'amministrazione «non cala *nel* fatto o *sul* fatto un diritto prefabbricato, ma tesse per così dire una trama che va dal diritto al fatto e dal fatto al diritto per precisare l'uno attraverso l'altro e viceversa»¹²¹. D'altro canto, «non si dà processo amministrativo cui sia estranea la considerazione dell'interesse pubblico» e dunque anche nella valutazione del fatto nel processo «c'è la presenza dell'interesse pubblico e della sua considerazione»¹²².

Il fatto in sé, anche se potenzialmente riconducibile a quello preso in considerazione dalla norma attributiva del potere, potrebbe infatti apparire a prima vista non significativo rispetto all'interesse pubblico specifico e viceversa assumere rilievo se valutato unitamente all'interesse in concreto perseguito dall'amministrazione. Una valutazione del fatto in astratto per come eventualmente indicato dalla norma, senza alcuna considerazione dell'interesse pubblico in concreto perseguito dall'amministrazione, non tiene conto dell'eventualità di un mutamento nella morfologia dell'interesse pubblico specifico in rapporto agli interessi pubblici e privati compresenti, con il rischio di dare prevalenza ad interessi, pubblici o privati, che

Giorn. dir. amm., 2019, 2, 140 ss., spec. 142. Ribadisce il concetto ID., *La giustizia amministrativa nel 2020*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 1, 11 ss., spec. 13, in cui rileva altresì la «dinamica» del potere che «muta e si trasforma».

¹²⁰ G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, cit., 63.

¹²¹ Così M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (Il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., III, 1429 ss., spec. 1442.

¹²² M. NIGRO, *Esperienze e prospettive del processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., III, 1451 ss., spec. 1453.

nel caso concreto sono recessivi, o, viceversa, di ritenere subvalenti interessi, pubblici o privati, che risultano prevalenti¹²³.

Per quanto si è detto, nel procedimento di formazione della decisione amministrativa assume centrale rilievo l'attività conoscitiva in ordine agli elementi fattuali, che secondo alcuni non si esaurisce nella «conoscenza statica della realtà attuale ma consiste soprattutto nella previsione della realtà futura come trasformata dagli effetti prefigurati nel progetto di provvedimento»¹²⁴, in quanto funzionale alla concretizzazione dell'interesse pubblico specifico.

¹²³ A tal proposito può essere utile l'esempio fatto da N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, cit., 148 che, ponendosi nella diversa prospettiva della concretizzazione dell'interesse pubblico specifico, rileva come «i fatti via via acquisiti consentiranno gradatamente l'emersione dell'interesse pubblico specifico [...] l'amministrazione ha una precomprensione della norma (che attribuisce il potere di notificare il bene immobile sul quale sono dislocati i reperti) a fronte di una situazione storica che, di pari passo con il procedere dell'attività conoscitiva, si arricchisce di ulteriori elementi la cui rilevanza può modificare quella primaria anticipazione di senso: non può modificare l'interesse pubblico, la cui esatta configurazione (o comunque quella ritenuta tale) non è ancora data, ma può modificare l'idea che l'operatore si era fatto di esso man mano che il confronto della situazione concreta con la norma attributiva del potere evidenzia la ipotetica inesattezza della originaria (o precedente) prefigurazione». In presenza di una norma che attribuisce all'amministrazione un potere di notifica rispetto a beni privati che siano di interesse artistico, storico, archeologico particolarmente importante, l'accertamento dell'esistenza di un complesso di reperti archeologici su un fondo privato non legittima di per sé l'esercizio del potere. Per quanto il fatto sia in sé riconducibile alla norma, quel fatto assume rilievo per come mediato dall'interesse pubblico, inteso non quale generico utile pubblico, ma piuttosto quale interesse perseguito nel caso concreto. L'amministrazione dovrà dunque per esempio accertare che quei reperti siano tombe e che per la morfologia del territorio, del numero di tombe, del loro stato di conservazione consentano di qualificare quell'insieme di reperti quale necropoli di particolare interesse e che l'interesse pubblico alla sua conservazione prevalga nel caso concreto sull'interesse privato ad esercitare in modo pieno il diritto di proprietà su quel fondo. Si supponga ancora che dalle indagini compiute emerga l'assenza tra un gruppo di tombe ed un'altra tomba di un sepolcreto custodito in un museo archeologico: questa ulteriore circostanza di fatto potrebbe condurre all'accertamento negativo dell'esistenza di una necropoli, e dunque dell'interesse pubblico alla sua conservazione. Quella circostanza di fatto però se valutata in rapporto all'interesse pubblico concreto, per esempio quello di tutelare la ricostruzione di una città etrusca rispetto al quale la presenza o meno del sepolcreto diviene irrilevante, potrebbe comunque condurre a legittimare l'esercizio del potere di notifica.

¹²⁴ COSÌ M. CALCAGNILE, *L'oggetto del provvedimento amministrativo e la garanzia di effettività nell'amministrazione pubblica*, Bologna, BUP, 2022, 141 ss., che accoglie una concezione dinamica e non statica dell'oggetto provvedimentale «che si proietta nel futuro della realtà, si configura come la prefigurazione dei prevedibili effetti

D'altro canto, la ragione per cui l'interesse pubblico non può essere astrattamente e aprioristicamente predeterminato e ha progressivamente perduto la sua connotazione monistica e soggettiva va ricercata proprio in quella complessità sociale ricondotta all'affermarsi dello Stato pluriclasse¹²⁵, che non può non essere tenuta in debita considerazione anche nella definizione del fatto rilevante nel giudizio.

I fatti significativi non coincidono o comunque non vanno identificati soltanto con le condizioni fissate dalla legge, perché, al pari dell'interesse pubblico, non sono «un dato ma un costruito»¹²⁶, non sono cioè predeterminabili e, nel concorrere all'individuazione dell'interesse pubblico concreto, la loro rilevanza «viene affrancata da ogni postulato sussuntivo»¹²⁷.

L'imprevedibile mutevolezza del contesto sociale ed economico e delle interazioni tra amministrazioni pubbliche e soggetti privati¹²⁸, nonché l'affermarsi dell'idea che il diritto deve essere costantemente adattato alle modificazioni che la realtà subisce conduce al necessario superamento di una logica strettamente sillogistica del nesso tra fatto e norma.

I fatti, in definitiva, sono quelli che l'amministrazione, nella trama tra fatto e diritto e tra diritto e fatto, considerata la situazione storica nel suo complesso e nella sua attualità accerta, in relazione all'esigenza di affermare la ricorrenza *in concreto* di un interesse pubblico.

materiali che si attendono dall'attuazione dell'opzione prescelta dall'amministrazione decidente».

¹²⁵ Sul tema si rinvia a G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, cit., 56 ss.

¹²⁶ Così M. NIGRO, *Diritto amministrativo e processo amministrativo*, in *Il Foro italiano*, 1985, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, cit., III, 1817 ss., spec. 1827.

¹²⁷ N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, cit., 454. Sviluppa ulteriormente l'idea in *Id.*, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, cit., 123 ss.

¹²⁸ Su tale aspetto con riguardo all'emergenza pandemica L. GIANI, *Riflettendo sull'ordinanza n. 38/2022 del CGARS, 19 febbraio 2022. Eccezionalità e pandemia. Spunti per una riflessione sul possibile ruolo di un diritto del rischio*, in *Nuove autonomie*, 2022, 1, 7 ss., spec. 12: «la stessa determinante del contesto non può non incidere non solo sulla proporzionalità, ma sulla stessa appropriatezza (valutata secondo un prisma in cui si considerano gli elementi organizzativi, i dati relativi alle risorse disponibili, i dati relativi all'impatto anche sociale della stessa decisione) della decisione, e quindi non può prescindere dalla determinante del fatto nella valutazione degli interessi e dunque nella composizione della decisione stessa».

5. *Il fatto nel passaggio dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto quale fatto non meramente storico*

Così delineato il rapporto tra fatto e interesse, nel tentativo di definire i contorni del fatto nel processo amministrativo, occorre altresì considerare quella che, pur essendo un'affermazione in negativo di ciò che il fatto amministrativo non è, è affermazione ricorrente tanto in dottrina quanto in giurisprudenza.

Si afferma infatti costantemente che il fatto non può essere inteso come mero accadimento storico, come fatto cioè in senso naturalistico¹²⁹. I più che in dottrina si sono occupati del tema hanno rilevato che il fatto, anche quello preso in considerazione dalla norma, non è quasi mai «un “fatto naturale”, dotato cioè di una sua “struttura naturale” pregiuridica, base naturale su cui poi la norma interviene con manipolazioni varie, in questo modo qualificandolo e rendendolo rilevante per il diritto»¹³⁰. Nella giurisprudenza, anche più recente, non mancano sentenze che affermano che il fatto è preso in considerazione nella stessa norma attributiva del potere non nella sua dimensione oggettiva di fatto “storico”, «bensì di fatto “mediato” dalla valutazione affidata alla pubblica amministrazione»¹³¹, con la conseguenza che il giudice deve verificare la legittimità della decisione finale «alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto»¹³².

Il ragionamento condotto sull'interesse pubblico concreto (v. *supra*, par. 4) e sulla rilevanza dei fatti nella definizione dell'interesse pubblico in concreto (v. *supra*, par. 4.1), conforta l'affermazione per cui il fatto non può essere inteso nella sua dimensione statica di accadimento storico, ma va visto nella sua dimensione dinamica di soddisfacimento degli interessi.

Seppure siano cambiati il rapporto tra privato e pubblica amministrazione e la dinamica sottesa a quel rapporto, perché l'inte-

¹²⁹ A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 2002, 57 ss.

¹³⁰ G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, cit., 25; ID., *Giudizio prova verità. Appunti sul regime delle prove nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 4, 906 ss.

¹³¹ Si veda tra le molte Cass., sez. un., 7 settembre 2020, n. 18592.

¹³² Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2023, n. 4686.

resse pubblico non si esaurisce in quello a cui l'amministrazione è preposta e finalizzata per legge, nel definitivo passaggio dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto quella dinamica, nella quale «si colloca la soddisfazione dell'interesse pubblico e può trovare posto la soddisfazione dell'interesse privato»¹³³, rimane.

In passato la cognizione del giudice sui fatti era mediata dalla selezione e ricostruzione operata dall'amministrazione e trovava una sua sintesi nel provvedimento¹³⁴. Il “problema” del fatto si poneva solo in relazione allo «schermo» del provvedimento¹³⁵ e il giudizio «proseguiva dal procedimento»¹³⁶. Non perché nel giudizio sull'atto non vi fosse l'esigenza di conoscere il fatto, ma perché l'atto fungeva da schermo tra il giudice e la vicenda su cui l'atto andava ad incidere e, dunque, il fatto si riduceva a quanto riportato nell'atto prodotto in giudizio dall'amministrazione¹³⁷. L'attenzione del giudice amministrativo, che si manifestava restio ad operare un controllo sul giudizio di fatto compiuto dall'amministrazione¹³⁸, era così rivolta unicamente alle questioni di diritto¹³⁹.

¹³³ F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, 379 ss.

¹³⁴ A. TRAVI, *Giusto processo e procedimenti amministrativi speciali*, in *Il giusto processo. Atti del Convegno tenutosi a Roma il 28-29 marzo 2002 presso l'Accademia nazionale dei Lincei*, 2003, 68 ss.; S. CAPOZZI, *Giusto processo e istruttoria nel processo amministrativo*, in AA.VV., *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il “giusto processo” in materia civile. Atti del convegno di studi di Campobasso del 26 febbraio 2000*, a cura di B. CAPPONI, V. VERDE, Napoli, 2002, 99 ss.

¹³⁵ G. ABBAMONTE, R. LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, cit., rilevano l'esigenza che il fatto entrasse nel processo per quello che è e non costretto dallo schermo dell'atto; sul tema anche G. ABBAMONTE, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in *giustamm.it*, 2002.

¹³⁶ F. PATRONI GRIFFI, *Giustizia amministrativa: evoluzione e prospettive nell'ordinamento nazionale e nel quadro europeo*, cit.

¹³⁷ Sulla ritrosia del giudice a conoscere il fatto M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 321ss.; F.G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, 1376 ss.; E. FOLLIERI, *Giudizio di merito come giudizio di legittimità*, in *Nuova rass.*, 1981, 1445 ss.; L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, Cedam, 1977, 6; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000, 186 ss.

¹³⁸ Così M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 316 ss. Sul tema anche F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 459 ss.

¹³⁹ Così C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1994, 3 rileva che l'approccio del giudice amministrativo e del giudice ordinario ai problemi della causa sia molto diverso, dal momento che «nel primo l'attenzione è

Sotto tale profilo, sono evidenti le differenze con il processo civile¹⁴⁰. Se il confronto mostra una qualche, seppur dubbia, utilità nella valutazione dell'adeguatezza del processo¹⁴¹, dell'assetto degli strumenti di cognizione del fatto a disposizione del giudice amministrativo, ovvero dei diritti e degli oneri delle parti in giudizio (v. *infra*, cap. III), le strutturali differenze nelle dinamiche del rapporto sotteso ai due giudizi portano ad una inevitabile distinzione del fatto nell'uno e nell'altro e, dunque, al superamento della pretesa di applicare *tout court* il modello del processo civile¹⁴².

Nel giudizio ordinario si pone il problema di individuare la sfera dei fatti giuridicamente rilevanti che più propriamente e in concreto diventano materia di prova e così l'attenzione del giudice e delle parti è sui "fatti storici" in rapporto all'oggetto del contendere, perché il fondamento dei diritti affermati è il fatto¹⁴³. Il dubbio è tutt'al più capire se ai fini dell'individuazione della norma da applicare nel caso concreto e degli effetti che ne conseguono, siano determinanti gli eventi, gli accadimenti od accidenti considerati da un punto di vista meramente storico o di cronaca, ovvero anche l'aspetto delle cose da un punto di vista meramente fotografico¹⁴⁴. Nella pratica, il fatto giuridicamente rilevan-

rivolta immediatamente alle questioni di diritto, nel secondo l'attenzione è immediatamente rivolta alle questioni di fatto».

¹⁴⁰ G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, cit., 111 ss.

¹⁴¹ A tal proposito si richiamano le parole di A. ROMANO TASSONE, *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 3, 581 ss., secondo cui «se non si pretende di applicare *tout court* nel giudizio amministrativo le nozioni tecniche correnti nella scienza del diritto processuale civile (elaborate anche sulla base di dati positivi specifici), da quest'ultima possono desumersi spunti utili ad impostare, sia pure su un piano molto generale, un discorso sistematico vuoi sul complessivo assetto degli strumenti di difesa nel giudizio di legittimità, vuoi sul ruolo che in tale contesto compete (o può competere) al ricorso incidentale».

¹⁴² Tra i molti che evidenziano le differenze tra il modello del processo civile e del processo amministrativo, F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 1 ss.: «Quel che è certo è che, essendo fondata sulla logica dell'esercizio del potere, ha una sua originalità che la differenzia inevitabilmente dal diritto privato e, per quanto riguarda il processo amministrativo, dal diritto processuale civile».

¹⁴³ Rileva le differenze tra giudizio civile e amministrativo in rapporto alla rilevanza del fatto F. SATTA, *Principi di giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1978, 256 ss.

¹⁴⁴ Sul tema E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., 55 ss.

te nel processo dipende dal punto o dai punti sui quali si accentra o si centralizza la contesa tra le parti. In giudizio può dunque rilevare tanto l'elemento di puro fatto che una certa dichiarazione è stata resa (“ho ricevuto da te il pagamento del tuo debito”), quanto, se è divenuta oggetto della materia del contendere, la questione su particolari dai quali può dipendere la classificazione o l'efficacia giuridica del fatto (“ho pagato il prezzo, il canone o altro”, “ho pagato in moneta o altro”). La circostanza che quanto detto corrisponda a ciò che fu veramente fatto o voluto non è questione di fatto e in quel caso la materia del contendere sul fatto si sposta sul terreno del diritto¹⁴⁵. Resta inteso che attraverso il fatto si afferma e si chiede al giudice amministrativo che venga affermato il diritto e la contestazione del fatto è essa stessa negazione del diritto.

Tutto ciò è viceversa «estraneo» al giudizio amministrativo¹⁴⁶, in cui il fatto, nel suo rapporto con il diritto, è qualcosa di diverso dal mero fatto storico.

Se già nel giudizio “sull'atto”, tutte le volte in cui la richiesta di annullamento veniva supportata dalla deduzione di fatti il cui accertamento avrebbe inciso sul riesercizio del potere amministrativo veicolandolo in modo più puntuale, la giurisprudenza in alcuni casi si spingeva ad accedere al fatto e il giudizio sull'atto finiva per essere accompagnato da uno scrutinio sul rapporto¹⁴⁷, che il fatto non pos-

¹⁴⁵ E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., 56 fa l'esempio della dichiarazione di pagamento: «Così, per esempio (a caso di tutti i giorni), qualcuno dica o scriva «ho ricevuto da te il pagamento del tuo debito (di prezzo, di canone od altro)», questa è una confessione che fa piena prova, sebbene involga degli elementi di diritto, e su questo punto «se pagamento ci sia stato» può interrogarlo il giudice, può essere deferito un giuramento [...] che se via invece discordanza o questione su dei particolari dai quali può dipendere poi la classificazione o la efficacia giuridica del fatto (per esempio: quale fu la moneta materialmente versata), allora il tema della prova si trasferirà su questi dati o su questi elementi di carattere storico».

¹⁴⁶ Cfr. F. SATTÀ, *Principi di giustizia amministrativa*, cit., 258.

¹⁴⁷ Cons. Stato, sez. VI, 22 aprile 2004, nn. 2367 e 2368; Cons. Stato, 19 novembre 2003, n. 9545; *contra* Cons. St., ad. pl., 22 ottobre 2007, n. 12 che disconosce l'evoluzione verso un giudizio sul rapporto: «I commendevoli contributi acquisiti, in sede dottrinale e giurisprudenziale, in tema “giudizio sul rapporto”, non sembrano condivisibili ove approdino al disconoscimento della natura principalmente impugnatoria dell'azione innanzi al giudice amministrativo, cui spetta non solo di tutelare l'interesse privato ma di considerare e valutare gli interessi collettivi che con esso si confrontano e, non solo di annullare, bensì di “conformare” l'azione amministrativa affinché si realizzi un soddisfacente e legittimo equilibrio tra l'uno e gli altri interessi».

sa essere interpretato come accadimento storico è ancor più significativo nel giudizio sul rapporto, che «è un rapporto dinamico, nel quale si delinea e si formalizza un nuovo assetto di interessi»¹⁴⁸. Il giudice amministrativo non guarda solo cosa è accaduto, non può limitarsi ad acquisire un dato storico, perché così facendo non coglierebbe l'essenza del rapporto che, per quanto continui a «campeggiare» l'atto¹⁴⁹, è divenuto oggetto del suo giudizio.

Il tema dell'oggetto del processo, le cui controversie e assai dibattute soluzioni sono note¹⁵⁰ e paiono aver trovato definitivamente

¹⁴⁸ F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, cit.

¹⁴⁹ Così M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 247, secondo cui il processo amministrativo nasce e per certi versi rimane un processo all'atto, perché nel processo amministrativo «campeggia» l'atto amministrativo con i suoi vizi, sia in quanto processo di impugnazione dell'atto amministrativo, sia perché finalizzato alla demolizione giuridica dell'atto amministrativo invalido.

¹⁵⁰ Per una sintesi delle posizioni dottrinarie sull'oggetto del giudizio si veda G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980, 175 ss.; ID., *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 3, 479 ss.; ID., *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, ivi, 2014, 4, 585 ss. La teorica del giudizio sull'atto che si è affermato per lungo tempo nella scia del tradizionale modello impugnatorio cassatorio e della sostanziale unicità dell'azione esperibile, non era a ben vedere unitaria, ma rappresentava la sintesi di teoriche diverse. Secondo alcuni l'oggetto del giudizio era configurato nella mera questione di legittimità dell'atto (A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1958, 259 ss.; ID., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 4, 635 ss., spec. 677); secondo altri nel potere di provocare l'annullamento dell'atto (E. GARBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa. Concetto ed oggetto*, cit., 58 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 253). Altri autori hanno risolto il problema dell'oggetto del giudizio nell'affermazione dell'«illegittimità dell'atto» impugnato in relazione ai motivi dedotti (R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 525; ID., *Spigolature "stravaganti" sul nuovo Codice del processo amministrativo*, in ID., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, 115 ss.; ID., *Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo*, ivi, 127 ss.; ID., *Dodici anni dopo: il codice del processo amministrativo*, in *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. SASSANI, R. VILLATA, Giappichelli, Torino, 2012, 41 ss.; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2003, 133), tesi poi riproposta secondo diverse formulazioni, ora come «risoluzione delle questioni proposte nei singoli motivi» (S. GIACCHETTI, *L'oggetto del giudizio amministrativo*, in AA.VV., *Studi per il centocinquantesimo anniversario del Consiglio di Stato*, II, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1981, 1483 ss., spec. 1495), ora come «pretesa fatta valere in giudizio dal ricorrente» (G. ABBAMONTE, R. LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di G. SANTA-

conferma con il codice del processo amministrativo¹⁵¹ non può che essere dato per presupposto in questa sede, se non nella misura in cui oggetto del processo e rilevanza del fatto nel processo sono strettamente connessi. Infatti, quanto maggiore è l'oggetto della cognizione, tanto più si avverte (o si dovrebbe avvertire) l'esigenza di un adeguato accertamento del fatto nel giudizio. Se il fatto e il giudizio sul fatto rappresentano anche nel giudizio di mera legittimità una componente necessaria e la non conformità dell'atto al fatto costitutivo rilevante per il potere integra un vizio di legittimità dell'atto¹⁵², il giudizio sul fatto diviene ancor più significativo nei giudizi e con riguardo alle azioni che non hanno ad oggetto solo l'impugnazione

NIELLO, Padova, Cedam, 167 ss.; ID., *Il ritiro dell'atto impugnato nel corso del processo e la delimitazione dell'oggetto del giudizio innanzi al Consiglio di Stato*, in AA.Vv., *Studi in onore di Antonino Papaldo. Scritti di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1975, 295 ss., spec. 305).

¹⁵¹ Alcuni studiosi più attenti all'effettività della tutela giurisdizionale e al moltiplicarsi delle pretese e delle azioni esperibili in processo, anche per evitare di circoscrivere gli effetti della sentenza e del giudicato alla mera eliminazione dell'atto impugnato, in quanto un giudizio (e di conseguenza un giudicato) così circoscritto non precludeva all'amministrazione di reiterare all'infinito atti identici a quello annullato, hanno prospettato la tesi del giudizio sul rapporto ben prima dell'introduzione del codice del processo amministrativo. Così A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo. Struttura del giudizio e legittimazione al processo*, I, Milano, Giuffrè, 1962, 124; M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 254 ss.; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971. La decisione del giudice secondo questa tesi non si limitava di conseguenza ad accertare l'illegittimità dell'atto e la parte del rapporto controverso per giungere alla semplice pronuncia di annullamento dell'atto, ma si estendeva alla verifica della spettanza della pretesa sostanziale dedotta in giudizio (O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1937, 397; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo. La giustizia amministrativa*, cit., 121 ss.). È stato così sostenuto che le due teorie non necessariamente sono contrapposte, ma la teoria del giudizio sul rapporto trova una «naturale composizione» con la tesi secondo cui oggetto del giudizio è la pretesa, da intendere in senso lato e non limitata, avanzata in giudizio dal ricorrente (A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, II, Padova, Cedam, 2001, 482 ss.; pensiero poi ripreso in ID., *Pluralità delle pretese, unicità dell'azione e oggetto del giudizio amministrativo*, in *Giudice amministrativo e tutele in forma specifica*, a cura di A. ZITO, D. DE CAROLIS, Milano, Giuffrè, 2003, 11 ss.; ID., *Il cumulo di domande nei «riti speciali» e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 4, 1197 ss.).

¹⁵² Su cui F.G. SCOCA, *Tribunali amministrativi regionali (TAR)*, in *Dizionario amministrativo*, II, a cura di G. GUARINO, Milano, Giuffrè, 1985, 1555 ss.

di un atto, ma che richiedono anche l'accertamento della fondatezza della pretesa¹⁵³.

Nel giudizio con cognizione piena sul rapporto «il giudice che non conosca direttamente il “fatto”, senza l'intermediazione del provvedimento, non è un giudice»¹⁵⁴.

Affermata l'idea che oggetto del giudizio non è l'atto, ma la pretesa sostanziale del ricorrente, come oramai pacificamente condiviso dalla giurisprudenza, anche costituzionale¹⁵⁵, l'attività conoscitiva del giudice ha ad oggetto l'intero rapporto corrente tra l'amministrazione e i privati¹⁵⁶, quale che sia la loro reazione rispetto

¹⁵³ ID., *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, cit., 1100 rileva infatti che «se l'impugnazione riguarda un provvedimento negativo, lesivo di un interesse pretensivo, la pretesa sostanziale non è di ottenerne l'annullamento ma di ottenere il provvedimento positivo. Se l'impugnazione riguarda il silenzio, la pretesa sostanziale non è di imporre all'Amministrazione di provvedere, ma di ottenere il provvedimento richiesto, cioè il provvedimento positivo. Se l'impugnazione riguarda un provvedimento sfavorevole, lesivo di un interesse oppositivo, la pretesa sostanziale non può essere soddisfatta soltanto con l'annullamento di quel provvedimento, ma con il realizzarsi della impossibilità per l'amministrazione di adottarne un altro avente il medesimo effetto».

¹⁵⁴ F. PATRONI GRIFFI, *Giustizia amministrativa: evoluzione e prospettive nell'ordinamento nazionale e nel quadro europeo*, cit.

¹⁵⁵ Corte cost., 15 luglio 2016, n. 179 ha rilevato «l'evoluzione complessiva del sistema di giustizia amministrativa, il quale – da giurisdizione sull'atto – sempre più spesso si configura quale giurisdizione sul rapporto amministrativo». Nella giurisprudenza amministrativa si veda tra le tante Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3: «Di qui, la trasformazione del giudizio amministrativo, ove non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione, da giudizio amministrativo sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata»; in quella ordinaria Cass. civ., sez. un., 7 settembre 2020, n. 18592: «il sistema della giustizia amministrativa deve dimostrarsi in grado di approntare un rimedio adeguato al bisogno di tutela, rendendo concretamente tangibile l'evoluzione della giustizia amministrativa da strumento di garanzia della legalità della azione amministrativa a giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali, come delineata dal suddetto nuovo codice del processo amministrativo».

¹⁵⁶ R. VILLATA, *Spigolature “stravaganti” sul nuovo Codice del processo amministrativo*, in ID., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, 125, evidenzia come «giudizio sul rapporto è pur esso una formula priva di significato euristico se non si definisce che cosa si intende per rapporto; che poi si allude alla relazione che intercorre tra amministrazione e privato allorché la prima, sol-

al risultato dell'esercizio (o del non esercizio) del potere¹⁵⁷ e anche quando l'atto mancando non sia più nemmeno «occasione»¹⁵⁸ che rende possibile il sindacato del giudice sull'esercizio del potere. Nel rapporto c'è non solo «il farsi del provvedimento (l'elaborazione del disegno di interessi)», ma anche «l'assetto disposto con il provvedimento: ci sono ossia due fasi, o due aspetti, del rapporto sostanziale, ma entrambi sono (possono essere) oggetto del processo amministrativo»¹⁵⁹.

Come già evidenziato, prendendo ad esempio il più recente contesto di crisi, l'evoluzione del contesto fattuale condiziona l'individuazione degli interessi e la loro reciproca composizione nell'interesse pubblico in concreto perseguito dall'amministrazione. Allo stesso modo, nel processo la concreta situazione di fatto rileva non in quanto tale, ma nella misura in cui rappresenta una sintesi dell'interesse pubblico, mutevole nel contesto spaziale e temporale di riferimento¹⁶⁰.

5.1. *Il fatto nella dinamica tra procedimento e processo, oltre l'istruttoria procedimentale*

Muovendo da quello che il fatto nel processo amministrativo non è, si tenterà ora di definire il fatto per quello che è.

Il fatto giuridicamente rilevante nel processo amministrativo è rappresentato da quanto avvenuto nel procedimento, che è «il luogo per eccellenza della dinamica»¹⁶¹, in cui dialogano cittadino e pub-

licitato o meno dal secondo, esercita i suoi poteri, si tratta solo di intendersi sulle parole».

¹⁵⁷ F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, cit.

¹⁵⁸ M. NIGRO, *Processo amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, 1991, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, cit., III, 2079 ss.

¹⁵⁹ F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, cit.

¹⁶⁰ Sul ruolo del giudice amministrativa nella pandemia F. GOISIS, *La giustizia amministrativa nell'emergenza pandemica, tra incisività dei poteri e self-restraint*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 4, 853 ss.

¹⁶¹ L. FERRARA, *Statica e dinamica nell'interesse legittimo: appunti*, in *Dir. amm.*, 2013, 3, 465 ss. secondo cui la lettura dinamica dell'interesse legittimo non esclude, anzi è compatibile con quella statica: «Vera, dunque, la prospettiva dinamica, che è figlia di quella “relazionale” del procedimento: il procedimento è il lu-

blica amministrazione, interesse legittimo e potere¹⁶². Già nel procedimento l'amministrazione si ritrova «immersa in una situazione storica ricca di infinite articolazioni, contemporaneamente rilevanti ed irrilevanti a seconda dei punti di vista» e «“crea” dal magma il proprio fatto», dovendo operare una selezione tra situazioni contemporaneamente presenti e tutte potenzialmente rilevanti¹⁶³.

Il fatto non può più essere inteso come la supposta prevalenza di un interesse sull'altro, ovvero dell'affermato esercizio del potere dell'amministrazione sull'interesse legittimo del privato, ma rileva il comportamento delle parti nel procedimento, l'adeguato bilanciamento dell'interesse o degli interessi di una parte sull'altra¹⁶⁴. D'altro canto, la centralità del procedimento e delle dinamiche procedurali si ricollegano alla già evidenziata difficoltà, e insufficienza, di determinare l'interesse pubblico in sede normativa¹⁶⁵.

Nel processo amministrativo i fatti penetrano anche in ragione della rappresentazione che di quei fatti si è avuta nel procedimento e che trova sintesi, quando c'è, nel provvedimento. Il provvedimento amministrativo, quando c'è, deve dunque essere esso stesso

go per eccellenza della dinamica. Ma le situazioni giuridiche soggettive non posso prescindere dalla statica. Non possono prescindere dalla statica perché esiste, usando le parole di Proto Pisani, la crisi o il fallimento della cooperazione tra le parti. Perché esiste la lesione delle garanzie. Perché esiste il processo. E il processo è il luogo della statica: è quello dove si stabilisce chi ha torto e chi ha ragione; dove si fissa cosa spetta e cosa non spetta (tutti concetti statici). Del resto, anche il termine “situazione” ha dal punto di vista etimologico un significato di carattere statico».

¹⁶² Sull'impatto del procedimento sull'interesse legittimo F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, 245 ss.

¹⁶³ F. SATTÀ, *Principi di giustizia amministrativa*, cit., 96.

¹⁶⁴ Sul collegamento tra interessi e fatti oltre a F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 330 ss.; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in AA.VV., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet. II. Amministrazione e garanzie*, Milano, Giuffrè, 1987, 255 secondo cui gli interessi «scaturiscono dai fatti e nella loro consistenza risultano pur essi da un apporto creativo del soggetto responsabile, che deve modellarli sull'impronta della situazione»; del resto M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 72 ss. riconosceva che «sembra anche che esista una più profonda relazione tra interesse e fatti giuridici che però non sappiamo ancora su che si fondi e di cui sfugge l'origine».

¹⁶⁵ M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, 6 rileva che l'accentrarsi procedimento è dovuto alla «crescente frammentazione dell'interesse pubblico», nonché alla «difficoltà di determinare l'interesse pubblico in sede normativa».

assunto come fatto, però «in esso è rappresentata – necessariamente – una realtà di fatto che deve essere oggetto della valutazione in giudizio»¹⁶⁶. Entrano nel giudizio non solo i fatti storici introdotti in giudizio dalle parti, ma anche quegli elementi di fatto che hanno costituito i presupposti del provvedimento, la loro rappresentazione nel provvedimento, il procedimento per mezzo del quale le circostanze materiali sono state conosciute e poi considerate e rappresentate.

In altri termini, muovendo dalla reciproca rilevanza del fatto nella definizione dell'interesse pubblico in concreto (v. *supra*, § 4) e dunque, ai fini che interessano, dell'interesse pubblico in concreto nella definizione del fatto (v. *supra*, § 4.1), il fatto giuridicamente rilevante è rappresentato dall'istruttoria procedimentale compiuta, dal comportamento delle parti nel procedimento e dagli accadimenti e dagli eventi occorsi in quella fase e volti alla definizione dell'interesse pubblico in concreto.

Il fatto da acquisire e da provare non è limitato all'esistenza del provvedimento, ma nel processo diviene la complessa risultante del fatto, e talvolta dei fatti, principale e secondari che concorrono alla corretta definizione e adeguata prova del primo.

Nel mutato rapporto tra amministrazione, cittadino e potere, l'istruttoria procedimentale generalmente trova una sintesi nel provvedimento ma, anche quando non sfocia in un provvedimento, il giudice controlla nel processo quello che è stato fatto nel procedimento e l'istruttoria procedimentale trova ingresso nel processo¹⁶⁷, ma non solo.

Da un lato il processo si rivela una sorta di ulteriore ed eventuale fase del procedimento e, sotto tale profilo, «momento di cooperazione all'esercizio del potere»¹⁶⁸ e, dall'altro lato, l'istruttoria

¹⁶⁶ L.R. PERFETTI, *L'istruttoria nel processo amministrativo ed il principio dispositivo*, in *Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione. Problemi teorici e dibattito giurisprudenziale*, a cura di E. FOLLIERI, E. STICCHI DAMIANI, L. PERFETTI, A. MEALE, Napoli, ESI, 2014, 43 ss.

¹⁶⁷ Sul tema L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004, 43 ss. secondo cui non può più opporsi l'argomento secondo cui quello che è stato oggetto della relazione sostanziale (cioè del procedimento) non può più trovare ingresso nel processo.

¹⁶⁸ Così M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 273.

del processo «continuazione ed integrazione del procedimento»¹⁶⁹. Il richiamo all'insegnamento di Mario Nigro pare però solo testuale, perché quando l'Autore nel proporre l'idea di un'integrazione tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale, spostando l'attenzione dall'atto all'istruttoria procedimentale per rendere più sostanziale il controllo giurisdizionale¹⁷⁰, affermava che il processo concorreva a «creare l'oggetto stesso della verifica»¹⁷¹ intendeva che il processo è un momento intermedio fra l'esercizio passato e l'esercizio futuro della potestà amministrativa, ma non «che il processo potesse divenire un improprio succedaneo del procedimento amministrativo»¹⁷².

È invero sempre più frequente l'«ingorgo tra momento della decisione e quello del sindacato»¹⁷³, in cui il processo e il procedimento «vedono scambiarsi logiche e funzioni ben oltre il modello dell'integrazione tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale invocato da Nigro»¹⁷⁴, perché in alcuni casi il processo si configura «come una sorta di procedimento di riesame condotto sotto

¹⁶⁹ G. SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 3, 572 ss., rileva come il modello di integrazione tra procedimento e processo «trovava già una giustificazione proprio nella legge del 1989 istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, laddove – all'articolo 16 diventato, poi, l'articolo 44 del testo unico oggi vigente – si configurava l'istruttoria nel processo come continuazione ed integrazione dell'istruttoria del procedimento: se la Sezione riconosce che l'istruttoria dell'affare è incompleta o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione con i documenti, può richiedere all'Amministrazione nuovi chiarimenti o documenti oppure ordinare verificazioni».

¹⁷⁰ M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, cit., 1440 ss., che individua i punti principali di integrazione tra procedimento e processo nella «operazione di "soggettivazione" degli interessi coinvolti nell'azione amministrativa; la definizione degli elementi di diritto e di fatto dell'episodio amministrativo; l'evidenziazione dei tempi e dei modi in cui la scelta amministrativa avviene».

¹⁷¹ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 313 ss.

¹⁷² Così M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 2, 459 ss., spec. 474.

¹⁷³ G.D. COMPORTELLI, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, 746 ss., spec. 821.

¹⁷⁴ M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, cit., 1440.

mentite spoglie processuali» e si sovverte «l'ordine logico e cronologico tra procedimento e processo»¹⁷⁵, divenendo il processo il luogo «di seconda istanza deputati alla “prosecuzione” in funzione giustiziale del contraddittorio iniziato con l'apertura del procedimento di primo grado»¹⁷⁶.

Sembra cioè definitivamente sfumata la cesura tra procedimento e processo, perché nell'«andirivieni»¹⁷⁷ tra procedimento e processo, non è remota l'ipotesi che il processo «assorba il procedimento»¹⁷⁸ e che attraverso l'effetto conformativo della decisione divenga principio guida per i futuri casi simili¹⁷⁹.

Pare così di poter giungere all'affermazione, con tutte le cautele che la stessa comporta, secondo cui nell'accedere al fatto il giudice può rifare nel processo l'istruttoria procedimentale già compiuta nel procedimento¹⁸⁰, facendosi così «signore» del rapporto amministrativo e del procedimento¹⁸¹. Non perché il potere giurisdizionale si debba definitivamente trasformare «in potere amministrativo di

¹⁷⁵ Così M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90*, cit., 473, con specifico riguardo all'istituto della motivazione postuma del provvedimento in sede giudiziale, laddove evidenzia «il rischio che l'amministrazione si limiti ad individuare il dispositivo del provvedimento, rinviando l'esplicitazione delle motivazioni, e costringa il privato ad attivare lo strumento della tutela giurisdizionale al solo scopo di essere reso partecipe delle ragioni alla base della decisione».

¹⁷⁶ G.D. COMPORTI, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, cit., 824.

¹⁷⁷ L'espressione è di F. PATRONI GRIFFI, *La giustizia amministrativa nel 2020*, cit., 13; ID., *Giustizia amministrativa: evoluzione e prospettive nell'ordinamento nazionale e nel quadro europeo*, cit.

¹⁷⁸ G. SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, cit., muovendo dall'art. 21-octies, l. n. 241/1990 con riguardo in particolare all'attività vincolata giungeva alla conclusione secondo cui il processo può sostituire il procedimento e «il contraddittorio processuale può surrogare la partecipazione procedimentale».

¹⁷⁹ F. PATRONI GRIFFI, *La giustizia amministrativa nel 2020*, cit., 13, rileva come questo andirivieni tra procedimento e processo è continuo perché si inserisce in una dinamica circolare, in cui la tutela del singolo caso diviene principio guida per i futuri procedimenti, attraverso l'effetto conformativo della decisione».

¹⁸⁰ In tal senso M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., XLVI.

¹⁸¹ Così T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, Bologna, BUP, 2022, 179 ss., spec. 203, con particolare riguardo ai risvolti della rinnovazione dell'istruttoria procedimentale in sede processuale sulla portata della partecipazione procedimentale.

ultima istanza»¹⁸², ma perché il procedimento non necessariamente rappresenta il fatto storico collocato in quel tempo e in quello spazio per come indicato dall'amministrazione nel provvedimento conclusivo del procedimento. Il procedimento va cioè analizzato nella sua dimensione dinamica, sia che se ne valorizzi la dimensione funzionale secondo l'insegnamento benvenutiano come «forma della funzione»¹⁸³, sia che lo si intenda, secondo l'impostazione di Giannini, come luogo deputato alla composizione degli interessi¹⁸⁴.

La cognizione del fatto non deve essere limitata alla verifica del procedimento e dei fatti presi in considerazione dall'amministrazione nel procedimento che ha condotto all'adozione del provvedimento¹⁸⁵, non solo perché a volte il provvedimento manca, ma anche perché si chiede al giudice una verifica di tutti i fatti, anche quelli non acquisiti nel procedimento ai fini dell'accertamento della fondatezza della pretesa.

A questo deve aggiungersi che spesso l'assetto degli interessi (la concretizzazione dell'interesse pubblico specifico) non è dato nem-

¹⁸² Di recente sui rischi di una sovrapposizione tra procedimento e processo A. SANDULLI, *Potere e procedimento amministrativo*, cit., 552, che rileva «pur nella consapevolezza del legame indissolubile, la persistente necessità di distinzione tra procedimento e processo».

¹⁸³ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss., spec. 128: «il procedimento è manifestazione della funzione, così come l'atto è la manifestazione del risultato di quella funzione. E, come la funzione è il suo contenuto, esso è dunque la forma della funzione».

¹⁸⁴ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, 160, sul presupposto per cui il «decidente, e anche le altre parti del procedimento in un procedimento complesso si muovono in una rete di interessi pubblici, collettivi, diffusi e privati» e «quanto più la rete degli interessi è complessa, tanto più il legislatore dovrebbe avere cura di congegnare le fasi del procedimento in modo da permettere una valutazione consapevole degli interessi compresenti».

¹⁸⁵ M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione a proposito di un recente disegno di legge*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, III, cit., 2037 ss., spec. 2051 rileva come «il procedimento è, se non la sola, la massima fonte (e insieme sede) di quei rapporti di durata fra amministrazione e cittadini»; che «solo dal procedimento amministrativo possono scaturire gli elementi necessari al giudice, per la verifica dei fatti, così come posti a base del provvedimento» e «solo il procedimento amministrativo può rendere noti al giudice i parametri di ragionevolezza, di giustizia e di efficienza concretamente assunti nella vicenda dall'amministrazione [...] senza i quali il giudice difetta degli elementi essenziali per una verifica dell'eccesso di potere che non si contenti di un riscontro di illogicità ed ingiustizia astratte».

meno alla fine del procedimento, che è sempre meno «un metodo prestabilito per ordinare l’esercizio della funzione» e sempre più assume «natura aperta, flessibile, sostanzialmente dinamica»¹⁸⁶. In una logica composita che vede il giudice appropriarsi di strumenti e di giudizi che non sono suoi propri, la sentenza compone per la prima volta l’assetto di interessi e definisce il fatto e gli accadimenti occorsi prima¹⁸⁷.

Il giudizio diviene così la logica continuazione del procedimento nella dinamica degli interessi delle parti e dell’amministrazione.

In questo senso il “tempo” e il “luogo” della decisione, e con essa del fatto, paiono spostarsi dal procedimento al processo, che può divenire il luogo in cui si ponderano gli interessi e in cui si accede al fatto, sia esso o meno il presupposto per l’esercizio del potere.

Il fatto nel nuovo giudizio sul rapporto è dunque rappresentato dal procedimento e da quanto è stato compiuto nel procedimento, ma non solo. L’istruttoria processuale è mediata da quella procedimentale, non perché nel processo si ha una mera rivisitazione del

¹⁸⁶ Il richiamo è sempre a M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell’amministrazione a proposito di un recente disegno di legge*, cit., 2052.

¹⁸⁷ Sul creazionismo giurisprudenziale nella scienza del diritto amministrativo, senza pretesa di esaustività, si vedano tra i molti S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di G. PASQUINI, A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2001, 3 ss.; A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2015, 2, 691 ss.; R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 2, 369 ss.; P.G. PORTALURI, *Ascendenze del creazionismo giurisprudenziale e ricadute sul processo amministrativo: il controllabile paradigma dell’accesso al giudice – Ich kenne die Sprechchöre der Macht und des Rechts, Die Lautverstärker und Sinnverfälscher der Regime. C. Schmitt, Gesang des Sechzigjährigen*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 232 ss. Più in generale sul tema L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 2016, 22; ID., *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, Mucchi, 2018; D. BUSNELLI, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1579 ss.; P. GROSSI, *Sulla odierna ‘incertezza’ del diritto*, in AA.VV., *L’incertezza delle regole*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015; ID., *Il giudice civile, un interprete?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1139 ss.; ID., *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, ivi, 2017, 831 ss.; ID., *A proposito di “diritto giurisprudenziale”*, ivi, 2020, 1 ss.

procedimento¹⁸⁸, ma nel senso che il giudice può in alcuni casi rifarla in processo.

6. *Cenni di metodo e rinvii*

Se il procedimento entra nel processo e la «curiosità istituzionale»¹⁸⁹ del giudice a conoscere i fatti per decidere la causa in diritto può spingersi ben oltre i fatti del procedimento, il “luogo” del fatto non è identificabile né nel procedimento né nel processo e il fatto diviene soggettivamente imputabile al giudice, non meno che all'amministrazione¹⁹⁰.

È quanto emerge in maniera evidente nei casi di non annullabilità del provvedimento amministrativo di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990 e di cui si dirà (v. *infra*, cap. V), in quanto se il giudice si limitasse a guardare al fatto nella sua staticità dovrebbe annullare il provvedimento, preso atto che quanto è stato fatto non corrisponde a quanto imposto dalla norma. In un *continuum* procedimento-processo l'istruttoria procedimentale diventa tangibile e il giudizio conduce alla non annullabilità anche di quel provvedimento che non corrisponde al paradigma legale ed è consentito all'amministrazione di integrare la motivazione del provvedimento impugnato nel corso del processo.

La circostanza poi che il giudice abbia un pieno accesso al fatto fa sì che il fatto irrompa nella sentenza e divenga strumento per

¹⁸⁸ Sul tema si veda anche G. D'ANGELO, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, a cura di C. CUDIA, Torino, Giappichelli, 2020, 265 ss., che rileva che «la concezione che richiedeva una mediazione necessaria dell'istruttoria procedimentale rispetto al processo è stata il riflesso di un modo superato di intendere l'oggetto del giudizio. Questa mediazione è stata assunta in termini di consequenzialità rispetto all'interpretazione cassatoria del processo amministrativo come mera rivisitazione del procedimento».

¹⁸⁹ L'espressione è di F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Jus*, 1997, 315 ss., spec. 322.

¹⁹⁰ Ne trae conseguenze sulla costruzione teorica delle posizioni giuridiche soggettive G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 4, 1235 ss.

limitare il potere dell'amministrazione dopo il giudizio, che, anche quando non idoneo ad assicurare il soddisfacimento della pretesa, rende sicuramente più stringente la regola di condotta futura per la stessa amministrazione¹⁹¹ (v. *infra*, cap. V).

A questi istituti, che potrebbero apparire tra di loro estranei, ma che paiono trovare una sintesi nella definizione del fatto proposta, sarà interamente dedicato l'ultimo capitolo, nel quale a chiusura dell'analisi e muovendo dalla giurisprudenza che ha avuto un ruolo fondamentale nell'evoluzione della materia, si tenterà così di giustificare quanto sin da ora affermato.

Vari sono i punti critici di questa ricostruzione e che meritano un'approfondita riflessione. Si tratta infatti di considerazioni che inducono ad un necessario ripensamento del modello e delle regole processuali che erano stati elaborati e codificati con riferimento a un diverso tipo di giudizio e a un diverso modello processuale.

Se non lo si vuole rendere un dogma trascendente e muto, occorrerà innanzitutto ripensare al principio di separazione dei poteri, che in passato ha rappresentato uno dei principali ostacoli all'ampliamento dei poteri del giudice, anche alla luce del più recente dibattito sull'eccesso di potere giurisdizionale (v. *infra*, cap. II).

Un'attenzione particolare merita poi l'istruttoria che assume importanza centrale nel processo con accesso al fatto, anche se, per quanto si dirà, continua a prevalere soprattutto in certe materie un atteggiamento di eccessiva ritrosia del giudice, che reduce dal passato tende ancora a privilegiare acriticamente la ricostruzione dei fatti espressa nel provvedimento impugnato dall'amministrazione resistente¹⁹² (v. *infra*, cap. III).

¹⁹¹ M. NIGRO, *Crisi del giudizio di annullamento, prospettive e linee di tendenza del processo amministrativo*, in *Prospettive del processo amministrativo. Atti del convegno di studio. Padova 10-11 aprile 1987*, a cura di L. MAZZAROLI, Padova, Cedam, 1990, 17 ss.: «l'accertamento dei fatti è lo strumento mediante il quale il giudice può limitare il potere dell'Amministrazione dopo il giudizio e che può condurre, se non ad assicurare l'utilità connessa alla pretesa sostanziale azionata, quantomeno a rendere più stringente la regola di condotta futura della stessa Amministrazione. La trasformazione del giudizio di annullamento in giudizio ordinario dipende quindi in larga parte dalla profondità di penetrazione del giudice nella zona del fatto».

¹⁹² Sia consentito sin da ora il rinvio a G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 2, 705 ss.

Altro profilo che sarà indagato nell'analisi condotta è poi quello della conoscenza del fatto tecnico, in quanto sempre di più il giudice è chiamato a decidere controversie che sottintendono l'acquisizione di elementi tecnici e l'accesso al fatto, così inteso, è mediato da valutazioni tecniche dell'amministrazione e richiede al giudice di confrontarsi con saperi estranei alla sua area di competenza¹⁹³ (v. *infra*, cap. IV).

¹⁹³ Così A. TRAVI, *Le nuove sfide della giustizia amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 2, 173 ss.

CAPITOLO II

GIUDIZIO SUL FATTO E PRINCIPIO DI SEPARAZIONE DEI POTERI. SPUNTI RICOSTRUTTIVI E PROFILI EVOLUTIVI

SOMMARIO: 1. Le ragioni di una ricostruzione storica nella prospettiva della separazione dei poteri. – 2. La giurisdizione “propria” quale eccezione alla giurisdizione con limitato accesso al fatto: l’accesso al fatto per il controllo dell’economia. – 3. Il giudizio sull’erroneo accertamento del fatto nella giurisdizione di legittimità: fatto falsamente rappresentato, travisato o inesistente. – 4. Da un giudizio potenzialmente anche sul fatto ad un giudizio in concreto sulla sola opportunità nella giurisdizione “anche in merito”. – 5. La perdurante distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi nell’accesso al fatto nelle materie di giurisdizione esclusiva. – 6. Il necessario ripensamento del principio di separazione del potere giurisdizionale dal potere amministrativo. – 7. Il ruolo del giudice dei conflitti di attribuzione nella definizione dei confini tra amministrazione e giurisdizione. – 7.1. I «soli motivi inerenti alla giurisdizione»: dal controllo sull’eccesso di potere giurisdizionale al rischio di un nuovo “balletto di giurisdizioni”.

1. *Le ragioni di una ricostruzione storica nella prospettiva della separazione dei poteri*

Dopo aver tentato di definire nel capitolo I i contorni del fatto nel processo amministrativo, poiché la ragione dello studio è comprendere se il giudice amministrativo ne garantisca un’adeguata conoscenza, l’analisi giunge naturalmente al tema centrale dell’analisi che è quello dell’accesso del giudice amministrativo al fatto.

Quest’ultimo non potrebbe essere compreso nella sua attuale problematicità e nei suoi potenziali sviluppi futuri se non prendendo

le mosse dal nucleo originario del sistema di giustizia amministrativa¹, che sul piano legislativo è rappresentato dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo del 1865 (l. 20 marzo 1865, n. 2248)².

Non è nelle intenzioni di chi scrive, né potrebbe esserlo, occuparsi compiutamente dell'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa³. Lo si farà limitatamente e nella misura in cui lo stesso sia utile ai fini dell'oggetto principale dell'analisi, muovendo dai passaggi più significativi delle leggi del 1865 e del 1889 che rilevano nell'oramai definitivo, ancorché non pacifico, approdo ad un sistema di conoscenza del fatto nel giudizio. Si perdonerà pertanto all'Autore se quella ricostruzione offrirà dei meri spunti sull'evoluzione storica del sistema di giustizia amministrativa, essendo la prospettiva e la ragione di una tale ricostruzione quelle di delineare i fondamenti della giurisdizione sul fatto, i cui precedenti possono rinvenirsi tanto nella giurisdizione "propria", quanto nella giurisdizione "anche in merito" e, per certi versi, nella giurisdizione esclusiva.

¹ Così A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975, 5 secondo cui «non è possibile cogliere il significato di ognuna delle singole componenti del sistema, se non mediante il suo inquadramento nella complessa evoluzione legislativa e dottrinale che si è sviluppata, all'incirca nel mezzo secolo che va dall'unità d'Italia fino alla prima guerra mondiale [...] la scelta del punto di partenza si impone da sé: esso non può essere altro che l'esame della legge abolitrice del contenzioso amministrativo».

² Per un'analisi della legislazione preunitaria si rinvia a M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit.

³ Sull'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa tra i molti è imprescindibile il riferimento a E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1964; ID., *Processo amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, Utet, 1957, 1077 ss.; ID., *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, Utet, 1991, 508 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1976, 55 ss.; ID., *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, cit.; F. BENVENUTI, *Giustizia*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 589 ss.; ID., *Processo amministrativo (ragioni e struttura)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, 454 ss.; M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 ss.; ID., A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 229 ss.; G. MIELE, *La giustizia amministrativa*, in *La giustizia amministrativa. Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, a cura di G. MIELE, Milano, Neri Pozza, 1968, 9 ss.

Le stesse rappresentano infatti le prime forme di sindacato caratterizzato dalla cognizione dei fatti da parte del giudice e la circostanza che siano state inizialmente offuscate dalla giurisdizione generale di legittimità, tradizionalmente «limitata» nell'accesso del giudice amministrativo al fatto⁴, non ne sminuisce l'importanza. Si è infatti poi assistito ad un inatteso ritorno alle origini e le stesse hanno rappresentato, quantomeno sotto tale profilo, il modello di riferimento.

È necessaria un'altra premessa di metodo. Il problema dell'accesso al fatto storicamente si è posto al centro di una variabile, ma costante, dialettica tra due contrapposti principi: quello dell'effettività della tutela, da un lato, quello della separazione dei poteri, dall'altro lato⁵.

Se il primo muove l'intera ricerca e il sistema di giustizia amministrativa nel suo complesso, per quanto si trovi ancora oggi a dover

⁴ A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, cit., 54 che rileva come «questo vizio originario colpisca esclusivamente la giurisdizione amministrativa di legittimità, che da allora, appunto, è stata considerata “limitata”; limitata nella cognizione delle diverse situazioni giuridiche soggettive, ma limitata anche nella cognizione del fatto (una sorta di *semiplena cognitio*), nell'articolazione dei poteri di decisioni, in definitiva nella sua stessa attitudine a comporre le controversie e a dare effettiva tutela alle pretese avanzate in giudizio». Parla di giurisdizione “limitata” O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1937, 411: «la giurisdizione di sola legittimità è una giurisdizione *limitata*. E giurisdizione limitata è quella, in cui il giudice non ha il potere di conoscere di tutti gli aspetti della controversia, né di dare tutti gli ordini necessari a reintegrare il diritto, che riconosce violato. Nella giurisdizione amministrativa di pura legittimità, come vedremo, il giudice può conoscere unicamente della legittimità dell'atto amministrativo impugnato, e nella decisione ha solo il potere di annullamento dell'atto amministrativo riconosciuto illegittimo. Non può dare gli ordini necessari a reintegrare il diritto violato, né può sostituire la sua volontà a quella dell'autorità amministrativa, di cui ha annullato l'atto o il provvedimento».

⁵ Sulla separazione dei poteri fra i molti G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, 670 ss.; ID., *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, V, Milano, Giuffrè, 2023, 1122 ss.; F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 472 ss.; F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 1, 17 ss. Sulla riserva d'amministrazione D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996, 85 ss.; E. CASSETTA, *Attività amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, 521 ss.; G. MARONGIU, *Funzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, Treccani, 1989, 1 ss.

fare i conti con un'ingiustificata posizione di privilegio dell'amministrazione, debba tendere ad ampliare al massimo la tutela giurisdizionale del cittadino, è certo il secondo di tali principi ad aver informato le originarie soluzioni, tanto giurisprudenziali quanto dottrinali, in tema di accesso al fatto⁶. Anche dopo che si è attribuita al Consiglio di Stato la veste giurisdizionale, il principio di separazione dei poteri ha rappresentato l'argomento principale per negare la continuità tra procedimento e processo e il timore di invadere le competenze dell'amministrazione e gli spazi di discrezionalità ritenuti insindacabili ha per lungo tempo spinto il giudice *dell'amministrazione* a limitare i suoi poteri di cognizione del fatto al riscontro dell'insussistenza degli elementi addotti dall'amministrazione. Quando poi si è tentato di attribuire un qualche rilievo al fatto nel giudizio, lo si è fatto a ben vedere non con il fine di un più efficace accertamento del fatto, ma per verificare se lo stesso fosse stato travisato, falso o errato.

Il principio di separazione dei poteri rappresenta così una chiave di lettura imprescindibile nella ricostruzione storica proposta del sistema di giustizia amministrativa. Al tempo stesso, il progressivo superamento degli originari caratteri del giudizio amministrativo con l'affermarsi più di recente di un accesso potenzialmente senza limiti al fatto, in cui la distinzione tra amministrazione e giurisdizione appare sempre più «incerta e sfrangiata»⁷, induce a interrogarsi sulle sorti di quel principio, che tradizionalmente ha vissuto (e vive) diverse realizzazioni pratiche a seconda del momento storico in cui si è manifestato⁸.

Ci si occuperà del principio di separazione dei poteri limitatamente alle dinamiche che hanno interessato il potere amministrativo e quello giurisdizionale nella prospettiva dell'accesso al fatto⁹.

⁶ Sul tema si veda A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, cit., 124 secondo cui «la definizione dei poteri di decisione del giudice è proporzionata alla c.d. riserva di amministrazione, nel senso che tanto più estesa è tale riserva, tanto più è circoscritta la capacità cognitiva e decisoria del giudice».

⁷ V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione e giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 2019, 3, 1825 ss.

⁸ T.F. GIUPPONI, *Separazione dei poteri*, in *Grammatica del costituzionalismo*, a cura di C. CARUSO, C. VALENTINI, Bologna, Il Mulino, 2021, 97 ss., spec. 102.

⁹ Per una dettagliata analisi delle recenti dinamiche che hanno interessato la separazione dei poteri in tutti i suoi aspetti si vedano P. PASQUINO, *La separazione*

Restano ai margini del ragionamento condotto sia l'evoluzione di quel principio nel rapporto con gli altri poteri, sia il dibattito, che periodicamente lo interessa, relativo al riparto tra giurisdizione ordinaria e amministrativa¹⁰. Con riguardo alla prima, si è assistito a non lievi distorsioni tra la dimensione prescrittiva e descrittiva del principio¹¹, che hanno condotto ad un'erosione degli argini sia del rapporto tra potere giurisdizionale e legislativo¹², sia dei confini tra amministrazione e legislatore¹³ nella definizione dei limiti della ri-

dei poteri. Prologo nel XVIII secolo: da Montesquieu a Madison, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 1, 3 ss.; F. FABBRINI, *La separazione dei poteri nell'unione europea*, ivi, 13 ss.; N. LUPO, C. FASONE, *La separazione tra poteri nei raccordi tra unione europea e Italia*, ivi, 45 ss.; D. TEGA, G. D'AMICO, *La costituzione italiana e la separazione dei poteri: le scelte dell'assemblea costituente tra modelli storici e contesto politico*, ivi, 89 ss.; S. SPUNTARELLI, *Il parlamento amministratore*, ivi, 121 ss.; L. CASINI, *Il governo legislatore*, ivi, 149 ss.; N. PALAZZO, *La corte costituzionale legislatore*, ivi, 189 ss.; G. VOSA, M. CECILI, *La funzione normativa dell'ordine giudiziario*, ivi, 255 ss.; F. CORTESE, *Le regioni co-legislatori e co-amministratori: ambizioni originarie, oscillazioni attuative, potenziali traguardi*, ivi, 335 ss.; G. REPETTO, *La tensione essenziale. Governo, amministrazione e separazione dei poteri*, ivi, 363 ss.; R. MORGANTE, G. NAPOLITANO, G. MOCAVINI, G. BUTTARELLI, *Autorità indipendenti e separazione dei poteri: un'analisi empirica delle nomine e dei mandati*, ivi, 441 ss. Sul «fallimento» della separazione tra politica e amministrazione si veda anche L. CASINI, *Politica e amministrazione: «the italian style»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 13 ss.

¹⁰ Sul rapporto tra “motivi di giurisdizione” e unità e pluralismo della giurisdizione si vedano M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1677 ss.; R. VILLATA, «Lunga marcia» della Cassazione verso la giurisdizione unica («dimenticando» l'art. 103 della Costituzione)?, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 324 ss.

¹¹ Sulle dinamiche che hanno interessato il principio di separazione dei poteri AA.Vv., *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, a cura di A. VIGNUDELLI, Milano, Giuffrè, 2009.

¹² Parla di «decostruzione» del principio di legalità e di conseguente mutamento del ruolo del giudice M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., XXIX.

¹³ La riserva di amministrazione è stata oggetto di recente di un innovativo intervento della Corte costituzionale. Il riferimento è a Corte cost., 23 giugno 2020, n. 116, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 34-bis, d.l. 24 aprile 2017, n. 50, nella parte in cui ha approvato l'atto amministrativo costituito dal “programma operativo straordinario” (Pos) 2015-2018 per l'emergenza economico-finanziaria e per il riassetto gestionale del servizio sanitario della regione Molise, invocando proprio la riserva di amministrazione quale limite intrinseco alla scelta legislativa: «se la materia, per la stessa conformazione che il legislatore le ha dato, si presenta con caratteristiche tali da enfatizzare il rispetto di regole che trovano la loro naturale applicazione nel procedimento amministrativo, ciò deve essere tenuto in conto nel

serva amministrativa¹⁴. Con riguardo al secondo, i sostenitori della giurisdizione unica, invocando la formula della separazione dei poteri, arrivavano ad affermare non solo che il giudice dovesse essere separato dall'amministrazione¹⁵, ma anche che l'amministrazione dovesse essere "separata" dalla giurisdizione e cioè sottratta al suo controllo¹⁶.

Anticipando le conclusioni cui si giungerà, quel precario e travagliato equilibrio tra separazione dei poteri ed effettività della tutela giurisdizionale pare attualmente nettamente sbilanciato sul secondo e, complice anche l'influenza del diritto europeo e della logica sovranazionale della *full jurisdiction*¹⁷, il paradigma della pienezza della tutela pare essersi definitivamente imposto sull'affermazione da parte dell'amministrazione di spazi a sé riservati e insindacabili dal giudice¹⁸.

Tali dinamiche sono tuttavia di frequente disattese nella prassi e l'equilibrio tra i due principi è rimesso tanto al giudice amministra-

vagliare sotto il profilo della ragionevolezza la successiva scelta legislativa, pur tipicamente discrezionale, di un intervento normativo diretto». In dottrina C. PINELLI, *Dallo scrutinio stretto all'omaggio al giudice amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2020, 3, 1318 ss.; F. FERRARI, *Il giudizio comparativo tra atti colpisce anche la fonte primaria statale: ancora su riserva di amministrazione e leggi-provvedimento (nota a C. cost. n. 116 del 2020)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, 3.

¹⁴ Sul tema tra i molti si veda S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, Giuffrè, 2007.

¹⁵ C.E. GALLO, *Il controllo della Corte di Cassazione sul rifiuto di giurisdizione del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017.

¹⁶ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 65.

¹⁷ Sul tema oltre a M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, cit., si vedano F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, 546 ss.; AA.VV., *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi. The control of full jurisdiction on administrative measures*, a cura di B. GILBERTI, Giapeto, 2019.

¹⁸ Sul tema di recente A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 1, 393 ss., secondo cui «il paradigma dell'effettività e della pienezza della tutela giurisdizionale si è chiaramente imposto, soprattutto nell'ultimo trentennio, su qualsiasi prospettiva tesa a valorizzare, in nome della separazione dei poteri, una riserva politico-amministrativa nei confronti del giudice»; si veda anche C. CUDIA, *Considerazioni sull'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2021, 3, 621 ss., che rileva che «nell'orizzonte dello Stato di diritto il principio di separazione dei poteri e il principio di legalità-giustiziabilità non sono equiordinati: il secondo è irrinunciabile e prevale sul primo».

tivo, che diviene sempre più spesso «l'arbitro finale della definizione della rilevanza del principio di separazione dei poteri nell'ordinamento giuridico»¹⁹, quanto alle sezioni unite della Corte di Cassazione, quale giudice deputato a risolvere i conflitti di attribuzione.

Dopo aver ricostruito l'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa nell'affermazione di un giudizio sul fatto, si darà dunque atto del più recente dibattito sull'eccesso di potere giurisdizionale e del ruolo delle sezioni unite della Corte di Cassazione nella necessaria ridefinizione dei confini tra potere giurisdizionale e poteri amministrativo, con limitato riguardo all'accesso al fatto.

2. *La giurisdizione "propria" quale eccezione alla giurisdizione con limitato accesso al fatto: l'accesso al fatto per il controllo dell'economia*

L'analisi dell'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa nella prospettata affermazione di un modello di giudizio sul fatto muove, come anticipato, dalla l. 20 marzo 1865, n. 2248 abolitiva del contenzioso amministrativo.

Nel tentativo di cercare un equilibrio tra la cogente imperatività dell'azione amministrativa e l'allora timidamente avvertita necessità di azionare le pretese del cittadino verso l'amministrazione, ha dato prevalenza alla prima con evidenti ricadute sull'effettività della tutela. Da un lato, infatti, la tutela era incentrata sui soli «diritti civili e politici»²⁰, mentre venivano restituiti all'amministrazione e di fatto lasciati privi di tutela «quegli affari non ricompresi nell'articolo precedente», che prima trovavano difesa davanti ai tribunali del contenzioso amministrativo. Dall'altro lato, anche con riguardo ai primi, cioè ai diritti che si pretendevano lesi dagli atti dell'amministrazione, i poteri del giudice ordinario erano assai limitati e la posizione del privato certamente non paritaria²¹.

¹⁹ Così A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit.

²⁰ Sul tema si veda F. BENVENUTI, *Giustizia*, cit.

²¹ Sui poteri del giudice ordinario F. FALCONI, *I poteri di decisione del giudice ordinario nelle controversie amministrative*, in *La giustizia amministrativa*, a cu-

L'art. 4, l. n. 2248/1865, all. E, infatti, pur di far salva la rigorosa applicazione del principio di separazione dei poteri²² e per evitare il pericolo di una «continua ingerenza dei tribunali ordinari negli affari amministrativi»²³, limitava la cognizione del giudice agli «effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto del giudizio» e, in ogni caso, gli vietava di annullare gli atti amministrativi pur lesivi dei diritti soggettivi²⁴. Dall'art. 5, l. n. 2248/1865, all. E, si ricavava poi che l'atto amministrativo non conforme a legge, *rectius* illegittimo, poteva solo era disapplicato²⁵, ma non annullato²⁶, in quanto «rappresentava, prima che un potere, una manifestazione di libertà dell'amministrazione» che doveva convivere con la libertà dell'individuo «senza negarsi a vicenda»²⁷.

Ai fini dell'analisi sul fatto da parte del giudice amministrativo, interessa solo indirettamente la conoscenza che il giudice ordinario

ra di G. MIELE, cit., 199 ss.; A. TORRENTE, *La competenza del giudice ordinario ed i suoi poteri di cognizione nelle controversie in cui è interessata la pubblica amministrazione*, ivi, 141 ss.

²² Sull'influenza del principio della divisione dei poteri nella determinazione delle controversie da attribuire alla competenza del giudice ordinario e sui limiti dei suoi poteri si vedano tra i molti E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1957, 49; *contra* G. VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, Milano, Società editrice libraia, 1901, III 431 ss.; M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, cit., 99 secondo cui il principio «è qui invocato a sproposito» per «conservare alla P.A. una serie di privilegi [...] quello di vietare al giudice di fare ciò che fanno i giudici quando vien loro domandato di accertare che un certo atto è invalido: annullarlo»; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2006, 238 ss.

²³ Così G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo. La giustizia amministrativa*, cit., 37.

²⁴ Sull'estensione della disciplina dettata dall'art. 4 alle fattispecie «più incredibili» F. SATTA, *Principi di giustizia amministrativa*, cit., 44 ss.

²⁵ L'art. 5 così dispone: «In questo come in ogni altro caso, le Autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi».

²⁶ Sugli equivoci e incertezze sull'interpretazione dell'art. 5 si rinvia a F. SATTA, *Principi di giustizia amministrativa*, cit., 55 ss.

²⁷ Così F. BENVENUTI, *Giustizia*, cit., secondo cui «il fatto di aver bloccato la disciplina della tutela intorno alla situazione soggettiva lasciava dunque impregiudicato il problema del valore e della portata del provvedimento amministrativo. Il non aver inserito questo essenziale profilo nella disciplina della tutela, altro che nei limiti necessariamente recessivi della disapplicazione comportava una grossa ipoteca su tutta la sistemazione allora raggiunta».

aveva del fatto nel giudizio sul diritto che si pretendeva leso dall'atto²⁸. Se si analizza la giurisprudenza di quegli anni, si trova costantemente affermato che i tribunali giudiziari non sono competenti a giudicare le azioni di risarcimento «quando si impugna non la legalità del provvedimento, ma la sua verità e l'estimazione dei fatti e delle ragioni che lo determinarono»²⁹, ovvero che il privato non può proporre l'azione per il risarcimento dei danni «quando la *causa petendi* rifletta semplicemente l'apprezzamento dei fatti e delle ragioni che motivarono il licenziamento»³⁰. Da quelle pronunce si ricava che il giudice ordinario si limitava a conoscere il fatto attraverso gli effetti dell'atto e gli era precluso un apprezzamento delle circostanze di fatto valutate dall'amministrazione. A questo deve aggiungersi che nel giudizio avanti al giudice ordinario valevano i principi generali sull'onere della prova, ma il privato che assumeva il suo diritto leso da un atto dell'amministrazione, nel provare fatti contrastanti con quelli affermati dall'atto, si trovava di fronte alla difficoltà che il materiale probatorio era in possesso dell'amministrazione.

Nell'accennato contesto di generalizzata limitazione quantitativa e qualitativa della tutela³¹ e con essa di un accesso significativamente ridotto del giudice al fatto, si inserivano altresì i casi previsti dall'art. 9, n. 4), l. n. 2248/1865, all. D, in cui il Consiglio di Stato

²⁸ Il fatto sotteso al diritto leso non sempre coincideva con il fatto presupposto dell'atto, perché nella confusione tra atto e diritto, il giudice ordinario applicava l'art. 4 anche a casi in cui mancava qualunque rapporto tra diritto e atto, ovvero limitava i suoi poteri in pretesa applicazione dell'art. 4, in casi in cui ad essere lesivo non era l'atto ma un fatto dell'amministrazione, con un legame con un atto. Sul tema si veda F. SATTA, *Principi di giustizia amministrativa*, cit., 55 ss.

²⁹ Cass., 7 maggio 1888, in *Giur. it.*, 1888, I, 3, 30 citata da A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1976, 93, nt. 191.

³⁰ Cass., 21 giugno 1883, in *Giur. it.*, 1884, I, 3, 44 sempre citata da A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, cit., 93, nt.

³¹ Così L. VERRIENI, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, Utet, 1991, 453 ss. che ricorda come «nei primi anni di applicazione della l. cont. amm. la giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione fu ammessa soltanto per i cosiddetti atti di gestione, con esclusione degli atti di impero emanati dalla pubblica amministrazione: ciò in quanto, come affermava il Consiglio di Stato, in qualità di giudice dei conflitti, «non è lecito chiamare l'autorità amministrativa avanti alla giudiziaria a rendere conto dell'esercizio delle sue attribuzioni», o «sostituire privati periti agli uffici tecnici governativi, o la giudiziaria all'autorità amministrativa».

era chiamato in via consultiva a rendere il suo parere sui ricorsi fatti al re «contro la legittimità di provvedimenti amministrativi sui quali siano esaurite e non possano proporsi domande di riparazione in via gerarchica». Anche in questi casi, infatti, il Consiglio di Stato non svolgeva un'indagine diretta e personale degli elementi di fatto, ma si avvaleva in maniera pressoché esclusiva delle risultanze istruttorie effettuate dagli organi amministrativi diversi da quello emanante ed era naturalmente portato a far propri elementi fattuali di altri³².

Un ruolo peculiare era invece svolto dal Consiglio di Stato nelle ipotesi di giurisdizione “propria” previste dall'art. 10, l. n. 2248/1865, all. D³³, in cui il Consiglio di Stato non si limitava a dare pareri, ma decideva esso stesso.

In queste materie, infatti, astrattamente non era preclusa alla cognizione del giudice amministrativo nessuna questione di fatto (e di diritto)³⁴, perché l'art. 10 le elencava senza dettare alcuna norma sui poteri di cognizione e di decisione del giudice³⁵. In particolare, tra le materie proprie c'era il contenzioso sul debito pubblico («sulle controversie fra lo Stato ed i suoi creditori, ri-

³² Così, ancorché nella prospettiva dell'evoluzione storica del sindacato giurisdizionale sulla motivazione del provvedimento amministrativo, A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi*, 142.

³³ Sul tema si vedano 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.*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, Zanichelli, 2011, 77 ss.; A. CORPACI, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in AA.VV., *Le riforme crispine. Giustizia amministrativa*, II, Milano, Giuffrè, 1990, 77 ss.; R. MEREGAZZI, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in *La giustizia amministrativa*, a cura di G. MIELE, cit., 199 ss.; P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Milano, Giuffrè, 1958, 49 ss.

³⁴ Secondo P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, cit., 51 giurisdizione propria nel senso di «giurisdizione delegata in antitesi alla funzione che il supremo consesso amministrativo svolgeva di regola dando pareri sui ricorsi al Re», che poi significasse anche piena, cioè relativa a diritti «è questione distinta [...] non si occupava né di diritti né di interessi, ma solo di decidere controversie determinate ad essa attribuite: onde tutto al più propria equivaleva a speciale, perché sottratta al supremo canone teorico discretivo delle competenze».

³⁵ L'unica eccezione era rappresentata dalla materia ecclesiastica: l'art. 27 prevedeva infatti che «sulla requisitoria del Ministero Pubblico il Consiglio di Stato, lette le scritture difensive, rimuove l'ostacolo dell'atto abusivo, o secondo i casi lo annulla e rimette le cose nello stato precedente».

guardanti l'interpretazione dei contratti di prestito pubblico, delle leggi relative a tali prestiti e dalle altre sul debito pubblico»³⁶; le controversie relative ai rapporti con le autorità ecclesiastiche («sui sequestri di temporalità, sui provvedimenti concernenti le attribuzioni rispettive delle podestà civili ed ecclesiastiche, e sopra gli atti provvisionali di sicurezza generale relativi a questa materia»³⁷; nonché altre materie che erano deferite al Consiglio di Stato dalle leggi generali del regno, tra cui la revoca delle concessioni minerarie, le controversie sui vincoli forestali e sulle elezioni comunali.

È «fatica vana»³⁸ cercare linee e principi unitari, ma ai fini che interessano, è possibile svolgere alcune considerazioni comuni.

In queste materie i più ampi poteri del Consiglio di Stato non andavano ricondotti alla convinzione di un più penetrante sindacato sul fatto, ma si giustificavano in quanto si trattava di materie ritenute essenziali per l'economia dell'epoca. Per quanto eterogenee, per ragioni varie si ritenevano sottratte alla giurisdizione del giudice ordinario e sottoposte ad un controllo maggiore di quello esercitato dall'amministrazione attiva³⁹. Le controversie sul debito pubblico, che, in mancanza di un'espressa disposizione di legge, sarebbero rientrate nella giurisdizione ordinaria, sin dall'origine erano state sottratte alle potenziali interferenze con i giudici ordinari per un pieno controllo dell'economia da parte dell'esecutivo. Su altre materie, quali le controversie con le autorità ecclesiastiche, il sindacato potenzialmente più ampio del Consiglio di

³⁶ Per una ricostruzione storica della legislazione sul debito pubblico si veda F. CAMMEO, *I titoli del debito pubblico e la competenza sulle relative controversie*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, 1, 99 ss.; più di recente sul contenzioso in materia F. MERUSI, *Debito pubblico e giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1, 3 ss.

³⁷ Sul tema P.A. D'AVACK (a cura di), *La legislazione ecclesiastica*, in *L'istruzione e il culto*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione sotto l'alto patronato del Presidente della Repubblica*, Vicenza, Neri Pozza, 1967.

³⁸ Cfr. P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, cit., 51.

³⁹ Così F. MERUSI, E. FREDIANI, *Itinerari della tutela del cittadino. Errori, rimedi e fantasie*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 68 secondo cui si potrebbe ipotizzare che nelle competenze proprie del Consiglio di Stato «ci sia stata una logica di "controllo" dell'economia da parte dell'esecutivo».

Stato sul fatto si inseriva nella logica di tutela contro gli eccessi e gli abusi consumati con atti e provvedimenti ecclesiastici⁴⁰. Vi erano poi materie che in sé ponevano la concreta esigenza di conoscere il fatto, qual era quella forestale disciplinata dalla l. 20 giugno 1877, n. 3917. Il Consiglio di Stato chiamato a valutare la legittimità o meno di un vincolo forestale apposto per impedire i danni al suolo derivanti da un disboscamento indiscriminato non poteva infatti prescindere da una conoscenza dello stato dei luoghi, delle condizioni del fondo, della consistenza del suolo, delle condizioni igieniche locali, dell'estensione del bosco ecc. per comprendere se vi fosse stata o meno una corretta applicazione della legge al caso concreto⁴¹.

La giurisdizione propria può, dunque, rappresentare l'antecedente storico più vicino ad una giurisdizione con accesso al fatto, ma aveva ad oggetto un numero limitato di materie, con la conseguenza che l'accesso al fatto all'epoca rappresentava nient'altro che un'eccezione alla generale regola del giudizio con accesso limitato al fatto.

3. *Il giudizio sull'erroneo accertamento del fatto nella giurisdizione di legittimità: fatto falsamente rappresentato, travisato o inesistente*

Con la l. 31 marzo 1889, n. 5992 è stata istituita all'interno del Consiglio di Stato la IV sezione "per la giustizia amministrativa", ma sotto il profilo dell'accesso del giudice al fatto le cose non sono cambiate⁴².

⁴⁰ Sulle ragioni dei più ampi poteri del giudice nella materia ecclesiastica si veda P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, cit., 58 ss.

⁴¹ Sul tema sempre P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, cit., 71 ss.

⁴² Sul tema si veda N. PAOLANTONIO, *L'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, cit.; F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabile secondo criteri tecnici*, cit.; F. MERUSI, *Incontri pericolosi... Crispi e la nascita della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1, 13 ss.

L'originaria natura amministrativa, secondo molti più giustiziale che giurisdizionale⁴³, se per un verso ha rappresentato l'espedito

⁴³ Sulla natura giustiziale e non giurisdizionale della IV sezione del Consiglio di Stato si veda V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, cit., III, 711 ss., spec. 818, che rileva che «una soluzione assoluta e generale non è possibile, ma che invece occorre applicare principii diversi a seconda delle diverse materie su cui la competenza di merito si esercita» e che per la qualificazione giurisdizionale «debbono concorrere due elementi: che la materia sottoposta al giudizio implichi controversia sopra un diritto subiettivo; che, in rapporto a tale dichiarazione, l'unica autorità competente sia l'autorità amministrativa chiamata a decidere. E fu precisamente quest'ultimo elemento che più ci affaticò quanto volemmo determinare il carattere della competenza generale della IV Sezione». Sul tema si veda altresì A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit., 516 rileva che «l'Ufficio centrale del Senato, che pure parlò ripetutamente della *suprema giurisdizione amministrativa*, che si andava ad istituire, e riconobbe il carattere giudiziale dei suoi pronunciati e della sua procedura, volle che le si desse facoltà di *decidere*, non di *giudicare*; perché parve più conforme all'indole di questa giurisdizione il *decidere* che il *giudicare*; questa attribuzione più propria del *giudice*; quella conciliabile con l'ufficio di *amministratore*»; parla di «balletto fra i termini "contenzioso" e "giurisdizione" e "giustizia amministrativa"» per qualificare l'attività della IV sezione F. MERUSI, *Incontri pericolosi... Crispi e la nascita della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1, 13 ss. Di quell'origine "giustiziale" e "non giurisdizionale", si continuano ancora oggi a far discendere una serie di caratteristiche, per alcuni vizi capitali, della IV sezione del Consiglio di Stato, in parte frutto più di miti in altri casi effettivamente rispondenti alla realtà tra cui la vicinanza di questo giudice con il potere esecutivo, la sua natura e fisiologica "cedevolezza" rispetto alle ragioni dell'interesse pubblico; la commistione dei ruoli e delle funzioni giurisdizionali e consultive (o addirittura amministrative). Sul tema si vedano A. POLICE, *La mitologia della "specialità" ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Questione giustizia*, 2015, 3, 136 ss. secondo cui «alla critica circa la vicinanza, o meglio la "contiguità" del giudice amministrativo con il potere esecutivo, si potrà agevolmente rispondere che tale circostanza se è stata vera in una determinata porzione dell'esperienza repubblicana, molto meno lo è stata nella triste stagione dell'ordinamento corporativo, o nella recente attualità caratterizzata da una tendenza del tutto opposta, sia per una sostanziale preclusione ed un rigido argine alla collaborazione dei giudici amministrativi negli uffici di staff, sia per una dichiarata insofferenza del potere esecutivo rispetto ai giudici amministrativi (ed ancor più al peso del loro sindacato demolitorio). Ed anzi questa significativa insofferenza del potere esecutivo sia a livello statale, sia a livello regionale, sia a livello di enti territoriali pare in evidente contraddizione con la supposta strutturale "cedevolezza" del giudice amministrativo rispetto alle ragioni dell'interesse pubblico. Anche le censure circa la commistione dei ruoli nella titolarità delle funzioni giurisdizionali e di quelle consultive, potrebbero essere considerate il frutto di una sopravvalutazione dottrinarica se solo lo si esamina in una prospettiva comparata alla luce della giurisprudenza delle Alte corti europee rispetto ad analoghe istituzioni di Paesi dell'Unione». Sotto quest'ultimo aspetto si vedano S. MIRATE, *L'indipendenza e la imparzialità del giudice am-*

te per giustificare nel pieno rispetto della separazione dei poteri⁴⁴, il potere della quarta sezione al più quale giudice *nell'amministrazione*, non giudice *dell'amministrazione*, di pronunciare l'annullamento degli atti amministrativi, per altro verso, ha lasciato del tutto irrisolto e forse volutamente incompreso il problema della differenziazione tra le modalità di tutela accordate ai diritti soggettivi e quelle accordate agli interessi legittimi⁴⁵.

Gli anni successivi alla riforma del 1889 sono stati «gli anni delle occasioni mancate, dei tentativi falliti di correggere le incongruen-

ministrativo. Un'analisi problematica fra diritto interno e giurisprudenza CEDU, in *Le garanzie delle giurisdizioni. Indipendenza e imparzialità dei giudici*, a cura di A. SANDULLI, G. PIPERATA, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 67 ss.; M.P. CHITI, *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli "altri"*, in *Astrid Rassegna*, 2006, 35; A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 2, 505 ss.

⁴⁴ Parla di «manovra aggirante» rispetto al principio secondo giudicare l'amministrazione valeva sostanzialmente amministrare G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2001, 41-42.

⁴⁵ F.G. SCOCA, *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, Giappichelli, 2013, 3 ss., spec. 11 secondo cui «l'obiettivo della pienezza della tutela, ammesso che fosse nelle prospettive dei riformatori (come si può dedurre dal vano tentativo, di poco successivo, di introdurre la c.d. doppia tutela), non fu affatto raggiunto». Esula dalla presente analisi il tema del riparto di giurisdizione. La bibliografia sul tema è amplissima. Sia consentito il rinvio a F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990, 85 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premesse allo studio del sistema vigente*, Pescara, Italica, 1979. Sul tema della doppia tutela O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, 1892, ora in *Id.*, *Scritti giuridici scelti. La giustizia amministrativa*, II, Napoli, Jovene, 1992, 1 ss.; *Id.*, *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza dell'autorità giudiziaria e amministrativa*, 1893, *ivi*, 91 ss. La tesi della doppia tutela è stata affermata da E. GUICCIARDI, *Diritto, interesse e doppia tutela*, in *Giur. it.*, 1951, III, 33 ss., ora in *Id.*, *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, Utet, 1967, 34 ss. secondo cui «quando l'Amministrazione abbia violato, entro lo stesso rapporto, una norma posta a garantire un diritto individuale e una norma posta ad assicurare l'interesse pubblico, ed il suo atto sia quindi insieme illecito ed illegittimo, il cittadino può difendere il suo diritto soggettivo davanti al giudice ordinario per ottenere il risarcimento del danno, e al tempo stesso difendere il suo interesse semplice, per la sua coincidenza coll'interesse pubblico protetto dalla legge, davanti al giudice amministrativo per ottenere l'annullamento dell'atto»; *Id.*, *Norme di relazione e norme d'azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 1951, III, 66 ss., ora in *Studi di giustizia amministrativa*, *cit.*, 55 ss. nel quale ribadendo il criterio della "doppia tutela", afferma che ciò che rileva è la norma violata e dunque «si può dire senz'altro: *norma di relazione, giudice ordinario; norma d'azione, giudice amministrativo*».

ze maggiori della legislazione del 1865 e del 1889»⁴⁶, nella confusione tra diritti e interessi, un po' per effetto dell'insufficiente determinazione del ruolo del giudicante, un po' per la molteplicità e la difformità dei criteri di attribuzione, nonché per il mantenimento delle numerose giurisdizioni speciali.

Così, ai fini che interessano, per quanto non vi fosse alcuna astratta preclusione di conoscere il fatto e in dottrina sono vari gli Autori che hanno affermato che fosse «fuori dubbio che la IV sezione possa e debba ricostruire il fatto», ancorché con il limite della valutazione e dell'apprezzamento soggettivo del fatto «là dove è possibile un diverso opinamento e una diversa valutazione»⁴⁷, nella giurisprudenza vi fu una certa prudenza nella conoscenza del fatto, oltre al timore che ciò potesse consentire al giudice di esercitare un sindacato diretto sulla discrezionalità⁴⁸.

Non mancano sentenze della neonata quarta sezione del Consiglio di Stato che, nell'affermare che l'apprezzamento dei fatti posti alla base di un decreto di scioglimento dell'amministrazione di un istituto di beneficenza «non contiene nulla d'illogico o irrazionale», riconoscono implicitamente una conoscenza del giudice dei fatti⁴⁹, ma si tratta di pronunce isolate, perché anche dopo il 1889, l'orientamento nettamente prevalente, qualificando come apprezzamento del fatto anche quello che apprezzamento non era, finiva con l'escludere l'accesso del giudice amministrativo al fatto. È costante l'affermazione per cui «non costituisce disputa di eccesso di potere o di violazione di legge, quella che si aggira nei termini di un inadeguato apprezzamento delle circostanze di fatto» e «su questa disamina la IV sez., chiamata a giudicare, non ha competenza di pronunziarsi»⁵⁰.

⁴⁶ COSÌ M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit.

⁴⁷ V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 813 ss.; in termini P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, cit., 117 secondo cui il giudice di legittimità e quello di merito sono entrambi «capaci di vagliare e ricostruire il fatto, ma in diversa misura e con diverso fine».

⁴⁸ Rileva l'estraneità dei fatti all'ambito della giustizia amministrativa all'origine G. ROMEO, *A proposito del controllo di legalità*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, 551 ss.

⁴⁹ Cons. Stato, 7 gennaio 1892, n. 3, su cui si rinvia al commento di A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, cit., 77 ss.

⁵⁰ Così Cons. Stato, 8 gennaio 1897, in *Giust. Amm.*, 1897, 23 ss., citata in P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, cit., 119.

Nel capitolo III sarà dedicato ampio spazio all'attività istruttoria, ma già in questa sede è opportuno rilevare la scarsa convinzione con cui lo stesso legislatore aveva attribuito poteri istruttori al Consiglio di Stato, che, per quanto potessero mettere in dubbio la vocazione casatoria⁵¹ del neonato giudice amministrativo⁵², gli erano attribuiti solo se la sezione riconosceva che l'istruzione dell'affare era incompleta. Muovendo dalla tradizione precedente in cui il Consiglio di Stato in sede consultiva non accedeva al fatto, ma si avvaleva dell'istruttoria del Ministero richiedente, l'incompletezza dell'istruttoria veniva riferita non al processo ma al procedimento che aveva condotto al provvedimento impugnato e il giudice amministrativo "dipendeva" così dalla determinazione del fatto operata dall'amministrazione⁵³.

La quarta sezione, trattenuta dalla sua natura giurisdizionale e nel timore di invadere le competenze dell'amministrazione, rimaneva ancorata all'idea di un sindacato di mera verifica a posteriori dei vizi dell'atto in rapporto alla legge, in cui l'intervento nel fatto per quanto non precluso, non andava oltre a quel giudizio compiuto dalla Cassazione sul «fatto illogico, contraddittorio, incompleto, insomma ogni convincimento che non dà ragione di sé, in modo che ognuno può dire, senza prender in esame i fatti affermati, che il ragionamento fatto non conduce necessariamente ad affermarli»⁵⁴.

La scelta legislativa e lo sviluppo in tal senso della giurisprudenza sono l'effetto delle contingenze storiche e culturali dell'epoca, che, per quanto ad alcuni apparissero come un mero «pregiudizio»⁵⁵,

⁵¹ Così il senatore Auriti in sede di discussione dell'artt. 3 e 4 del disegno di legge Crispi, precisò che nel caso di competenza di legittimità «il Consiglio di Stato ha funzioni, non in tutto, ma in gran parte analoghe a quelle della Corte di Cassazione, mentre nel caso di competenza anche in merito, ha funzioni simili a quelle del magistrato di appello», in *Atti Parlamentari Senato del regno, Legislatura XVI, 2^a sessione, 1887-1888, Discussioni, 22 marzo 1888, 1209 ss.*, riportate tra i molti da N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, cit., 240, nt. 36.

⁵² F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 485.

⁵³ Parla di «totale dipendenza della giurisdizione amministrativa dalla determinazione del fatto operato dalla stessa amministrazione» A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi*, cit., 149.

⁵⁴ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, Jovene, 1934, 575; P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Milano, Bocca, 1920; G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, cit.

⁵⁵ Così F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., 307, che rileva come rimangono «due pregiudizi», il primo pregiudizio è che

subivano ancora l'influenza di un principio di separazione dei poteri rigidamente inteso, in cui l'amministrare e il giudicare dovevano rimanere su piani nettamente distinti.

È così che il diffondersi nella prassi della rilevazione sintomatica dell'eccesso di potere ha condotto ad un progressivo svilimento dell'indagine sul fatto, perché anche quando il giudice si interessava del fatto era per affermarne l'erroneo accertamento da parte dell'amministrazione, non perché tale conoscenza fosse funzionale ad una più corretta decisione. Il fatto rilevava cioè solo se falsamente rappresentato, travisato o inesistente.

Il giudice, che doveva mantenere il suo giudizio senza sostituirsi all'amministrazione, non poteva riesaminare il fatto. Poteva sindacare solo ciò che costituiva distorta creazione del fatto, distorta rappresentazione o distorta valutazione del fatto, ovvero accertare che quanto ritenuto esistente dall'amministrazione fosse in realtà insussistente. Ferma cioè la ricostruzione operata dall'amministrazione nel provvedimento, il giudice si occupava del fatto solo nel caso di errore sul fatto palesemente evidente⁵⁶.

Il giudizio sul fatto era in altri termini ridotto a «situazioni che appaiono del tutto esasperate e quasi di scuola per chi le subisce»⁵⁷, perché il fatto elevato a presupposto dell'atto non rifletteva la realtà o perché il provvedimento non aveva alcun legame con il fatto. Nel caso di errata percezione e rappresentazione della realtà il giudice poteva accedere al fatto perché in quei casi il sindacato si riduceva alla constatazione in ordine alla sussistenza o insussistenza di elementi o circostanze di fatto ritenute rispettivamente insussistenti o sussistenti⁵⁸, perché si era demolito un intero edificio ma era pe-

«la giurisdizione in questa materia possa soltanto esplicitarsi per via di annullamento o di inibizione, non mai per via di precetti positivi», il secondo pregiudizio è che «l'imporre ad una autorità amministrativa una data linea di condotta, perché conforme al diritto, eccede dalla funzione giurisdizionale e rientra nel campo della stessa funzione amministrativa».

⁵⁶ Secondo F. PATRONI GRIFFI, *Giustizia amministrativa: evoluzione e prospettive nell'ordinamento nazionale e nel quadro europeo*, cit. «travisamento del fatto, vizi della motivazione, attenzione al fatto per negare l'applicazione di un principio di diritto a quel fatto sono evidenze dell'accesso del giudice al fatto».

⁵⁷ F. SATTI, *Principi di giustizia amministrativa*, cit., 176.

⁵⁸ Come rilevato da A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, cit., 285 diverso è il caso in cui la situazione accertata dall'amministrazione

ricolante un solo balcone, perché si era dichiarato lo stato di epidemia del bestiame mentre si trattava di un caso isolato, perché si era escluso un candidato che aveva il titolo non valutato e così via.

Sia per coloro che riconducevano alla violazione di legge l'errore sul fatto presupposto legalmente necessario⁵⁹, sia per coloro che ricomprendevano l'errore sul fatto nell'eccesso di potere per travisamento del fatto⁶⁰, era invece sempre precluso al giudice conoscere quei profili che riguardavano la valutazione del fatto, correttamente rappresentato dall'amministrazione, perché il rischio era che nella sovrapposizione tra la valutazione del ricorrente e quella dell'amministrazione, la valutazione del giudice si sostituisse a quella dell'amministrazione.

4. *Dal giudizio potenzialmente anche sul fatto ad un giudizio in concreto sulla sola opportunità nella giurisdizione "anche in merito"*

Accanto alle materie in cui il giudice di legittimità si doveva occupare delle sole questioni *di diritto*, vi erano delle materie in cui il legislatore prestava maggiore attenzione al rapporto tra il provvedimento e i fatti⁶¹ e in cui «l'ultima parola definitiva di estimazione di fatto» doveva essere non nelle mani dell'amministrazione, ma del

trovi riscontro solo parziale nella realtà, perché in tal caso «l'erroneità di tale valutazione non è certa ma sola eventuale. Ciò in conseguenza della possibilità, ormai più volte sottolineata, che muovendo dal presupposto erroneo dell'esistenza di una certa situazione di fatto si giunga a conclusioni in ordine alla realizzazione della fattispecie prevista dalla norma del tutto corrette rispetto alla situazione realmente esistente».

⁵⁹ G. ZANOBINI, *Dell'errore di fatto negli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1927, I, 524 ss. secondo cui è ricompreso nella violazione di legge solo l'errore che «cade sulla esistenza di un presupposto legalmente necessario». Sul tema anche A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, cit., 288, secondo cui l'errore di fatto va identificato con l'illegittimità solo nel caso «in cui il fatto erroneamente assunto come esistente in concreto sia previsto direttamente come tale dalla legge e non debba quindi essere oggetto di un apprezzamento che potrebbe anche condurre ad una qualificazione [...] del tutto conforme».

⁶⁰ A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo. L'accertamento del rapporto e l'esecuzione della sentenza*, II, Milano, Giuffrè, 1962, 420 ss.

⁶¹ Si veda E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, cit., 92 ss.

Consiglio di Stato⁶², a cui erano attribuiti tra l'altro più ampi poteri istruttori.

In particolare, l'art. 16, l. n. 5992/1889 riconosceva alla quarta sezione, «prima di decidere sul merito», il potere di richiedere all'amministrazione «schiarimenti o la produzione di documenti» o di ordinarle «di far nuove verificazioni» nel caso in cui i fatti affermati nel provvedimento impugnato fossero in contraddizione con le risultanze dei documenti.

Le materie in cui la quarta sezione decideva «pronunziando anche in merito» erano elencate all'art. 4, l. n. 5992/1889⁶³ e in parte coincidevano con quelle già di giurisdizione propria del Consiglio di Stato previste dalla l. n. 2248/1865 (ad esempio la materia ecclesiastica, il debito pubblico), in parte erano state attribuite al Consiglio di Stato tra il 1865 e il 1889 (ad esempio la materia forestale, il contenzioso elettorale), in parte provenivano dal contenzioso amministrativo preabolizione⁶⁴.

Si trattava di materie eterogenee, nelle quali il tratto comune era rappresentato dal dover risolvere questioni *di fatto*⁶⁵, che apparendo incerte e diversamente valutabili dall'amministrazione e dal giudice non potevano formare oggetto di un giudizio di legittimità⁶⁶. La con-

⁶² Così il senatore Auriti in sede di discussione degli artt. 3 e 4 del disegno di legge Crispi, cit.

⁶³ M. NIGRO, *La giurisdizione amministrativa di merito*, in *Foro it.*, 1969; ora anche in *Id.*, *Scritti giuridici*, cit., II, 857 ss., che rileva «a me pare che la giurisdizione amministrativa di merito sia nata storicamente [...] sotto il segno della più grande confusione. Questa giurisdizione è stata una specie di panierino nel quale si è rovesciato tutto quello che non si voleva e non si riusciva a collocare altrove».

⁶⁴ Sulla giurisdizione anche in merito della IV sezione si vedano V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 815 ss.; A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, Morano, 1963, 100 ss.; G. FAGIOLARI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1932; O. TENTOLINI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1942; G. VACIRCA, *La giurisdizione di merito: cenni storici e profili problematici*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁵ Così P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, cit., 130; U. POTOTSCHING, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 499 ss.

⁶⁶ Critica la tesi secondo cui «la possibilità di conoscere pienamente del fatto sarebbe la caratteristica del giudizio di merito rispetto al giudizio di legittimità, per il quale ci sono maggiori limiti di prova» F. SATTA, *Principi di giustizia amministrativa*, cit., 342, nt. 2: «non sembra esatto, da due diversi punti di vista. Anzitutto con

troversia tra comuni per la riscossione della tassa sulle vetture pubbliche, così come quella sulla classificazione di una strada comunale o provinciale per l'individuazione dell'obligato alla manutenzione si risolvevano sopra elementi di fatto (il comune più popolato nel primo esempio, il fatto che una strada riunisse fra loro più importanti frazioni nel secondo esempio).

Il giudizio di merito è nato, dunque, come giudizio sul fatto, senza i limiti del giudizio di mera legittimità⁶⁷, ma si caratterizzava anche per un altro aspetto.

Il giudice, che solitamente si arrestava di fronte al potere dell'amministrazione di disporre degli effetti che la norma ricollegava all'atto e che si limitava alla verifica del rispetto della valutazione dei principi generali dell'attività amministrativa, conosceva anche di quegli effetti e poteva così sostituirsi all'amministrazione per regolare direttamente e nella sua interezza il rapporto controverso⁶⁸. Così il giudizio sul diniego dell'autorizzazione a stare in giudizio ad enti morali, il giudizio contro l'autorizzazione alla fondazione di un istituto di beneficenza, il giudizio sulla trasformazione in consorzio erano tutti giudizi sull'opportunità di valutare la sufficienza del patrimonio di un fondatore, della convenienza di una modifica statutaria e così via.

Si era affermata poi un'altra autorevole tesi, seguita soprattutto nel successivo sviluppo della giurisdizione esclusiva di merito, se-

questo orientamento si finisce con il presupporre che il giudice amministrativo di legittimità statuisca in base ad una conoscenza del fatto in sostanza arbitraria, quella fornitagli da una parte: ciò che è assurdo e di fatto non è. In secondo luogo, perché se, per superare questo rilievo, si invocasse la maggiore ampiezza della prova esperibile, si dimenticherebbe che il codice civile è pieno di limitazioni alla prova; e questo non ha nulla a che vedere con una limitazione alla cognizione del fatto».

⁶⁷ V. OTTAVIANO, *La giurisdizione di merito nella giustizia amministrativa*, in *La giustizia amministrativa*, a cura di G. MIELE, cit., 187 ss., spec. 191, secondo cui «il *quid proprium* della giurisdizione di merito non consiste nel fare vere e proprie considerazioni di opportunità e nemmeno nel decidere al pari di un giudice di equità, bensì nel non incontrare i limiti a cui invece deve sottostare il giudice della mera legittimità. Quest'ultimo, difatti, conosce anche del fatto ma ne conosce solo sotto determinati profili».

⁶⁸ Sostengono la tesi del merito come opportunità L. MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1891, 5 ss.; 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, 510 ss.

condo cui la giurisdizione “anche in merito”, coincideva con la giurisdizione propria riconosciuta al Consiglio di Stato nei casi di cui all’art. 10 l. 2248/1865, all. D ed era una giurisdizione “piena”, cioè esclusiva, con conoscenza anche dei diritti, in sostituzione del giudice ordinario⁶⁹.

Nell’intento originario, il giudizio sull’opportunità del provvedimento rappresentava un aspetto residuale e il giudizio anche in merito era un giudizio diretto a ricostruire i fatti e, ove necessario, ad apprezzare la bontà, la convenienza dell’azione amministrativa. Sennonché, superata anche per via giurisprudenziale l’altra teorica, quella della giurisdizione piena, perché la quarta sezione «non ha competenza» su diritti personali e patrimoniali⁷⁰, proprio su quest’ultimo aspetto si è concentrata la dottrina.

I giudici, un po’ anche per il timore di oltrepassare i limiti delle proprie attribuzioni, si sono trovati presto a rifuggire dal giudizio sui fatti e la giurisdizione di merito è presto divenuta giudizio sulla sola opportunità e sulla convenienza amministrativa⁷¹.

La giurisdizione anche in merito della quarta sezione del Consiglio di Stato, che rileva ai fini che interessano in quanto comportava nella maggior parte dei casi una cognizione e una valutazione completa dei fatti che erano alla base del provvedimento impugnato, è rimasta in definitiva nello sfondo, perché anch’essa speciale e contrassegnata dal principio di enumerazione delle materie e perché sin dalle origini è stata soffocata dalla giurisdizione di legittimità⁷².

⁶⁹ L. MORTARA, *Nuove considerazioni sulla competenza giurisdizionale in tema di concentramento e trasformazione di opere pie*, in *Giust. amm.*, 1891, 1, 5 ss. anche in *La legge*, XXXVIII, II; Id., *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, Vallardi, I, 1905.

⁷⁰ Le Sezioni Unite, l’allora giudice deputato a risolvere i conflitti di giurisdizione, annullò per vizio di incompetenza molte delle decisioni della IV sezione che avevano risolto questioni preliminari di diritti, tra queste Cass., sez. un., 2 luglio 1887, in *Giur. it.*, I, 1, 1034; Id., 11 luglio 1898, in *Legge*, 505; Id., 23 agosto 1898, in *Legge*, 506; per un’ampia disamina della giurisprudenza, P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, cit., 166.

⁷¹ Cass., sez. un., 16 marzo 1896, in *Foro it.*, 1896, XXI, 956 ss.

⁷² Così F. BENVENUTI, *Giustizia*, cit., secondo cui «che presso di noi l’apertura dell’indagine del giudice amministrativo al cosiddetto merito mostrasse collegamenti con l’impostazione del giudizio in termini di tutela piena, dovrebbe ormai essere un dato acquisito alla storia della nostra giustizia amministrativa».

La quarta sezione del Consiglio di Stato ha così rinunciato ad esercitare i poteri istruttori previsti dall'art. 16 l. n. 5992/1889 e, dopo un'iniziale attenzione al rapporto tra il provvedimento e i fatti, l'accertamento di questi ultimi è stato ricondotto al livello della verità risultante dai documenti⁷³. Contestualmente si è affermata quella presunzione di legittimità degli atti amministrativi che in sede processuale si traduceva in un'inversione dell'onere della prova a danno del ricorrente⁷⁴.

Sotto questo profilo la giurisdizione anche in merito ha rappresentato più che un tentativo, un'occasione, forse volutamente mancata, di estendere la giurisdizione amministrativa alla piena conoscenza del fatto, che è rimasta offuscata dalla logica e dai criteri del giudizio di legittimità, incentrato sul provvedimento e sulla distinzione tra diritti e interessi⁷⁵.

Le cose non sono cambiate nemmeno quando nel 1907 è stata istituita la quinta sezione del Consiglio di Stato con espressa giurisdizione di merito, per distinguerla dalla giurisdizione di legittimità della quarta sezione⁷⁶.

L'art. 27, r.d. 17 agosto 1907, n. 642 recante il "regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato", consentiva infatti alla sola quinta sezione di «assumere testimoni, eseguire ispezioni, ordinare perizie e fare tutte le altre indagini che possono condurre alla scoperta della verità, coi poteri attribuiti al magistrato dal codice di procedura civile e con le relative sanzioni», mentre i poteri istruttori della quarta sezione erano, in base all'art. 26 limitati all'acquisizione di «quegli atti e documenti [...] necessari per la decisione della controversia» o, al più, alla richiesta all'amministrazione di eseguire nuove verificazioni⁷⁷.

⁷³ A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in ID., *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, Tipografia dello stabilimento S. Lapi, 1900, 249 ss.

⁷⁴ Sull'evoluzione in tal senso si veda F. BENVENUTI, *Giustizia*, cit.

⁷⁵ Sulle vicende del concetto di merito A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di "merito"*, in *Dir. amm.*, 2008, 3, 517 ss.

⁷⁶ Sul tema si veda L. TORCHIA, *L'istituzione della V sezione con la legge n. 62 del 1907: la «carta giurisdizionale» del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, cit., 177 ss.

⁷⁷ Si vedano i commenti agli artt. 26 e 27 di G. DE GIORGI CEZZI, *Commento dell'art. 26 regio decreto 17 agosto 1907, n. 642 – Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, in *Codice ipertestuale*

Nonostante le origini, il profilo del giudizio sull'opportunità ha sollecitato l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza molto di più del profilo del giudizio sul fatto e si è presto intesa la decisione di merito come una decisione sull'opportunità, più che come una decisione con piena cognizione dei fatti e, dunque, più opportuna⁷⁸.

Una delle ragioni è forse dovuta alla circostanza che l'idea dominante del processo amministrativo come giudizio sull'atto ha condizionato negativamente anche l'evolversi e l'affermarsi di un giudizio sul fatto. La conoscenza del fatto era infatti inizialmente riferita al solo provvedimento e non si collocava in un giudizio più ampio sul rapporto, con la conseguenza che la conoscenza del fatto si arrestava alla valutazione dell'opportunità del provvedimento, che rappresentava l'unico oggetto del giudizio⁷⁹.

Sicuramente anche l'aver configurato le due sezioni come due giurisdizioni speciali e, in particolare, la quinta sezione come giurisdizione sull'opportunità amministrativa⁸⁰ ha contribuito ad alimentare quell'idea di eccezionalità e, dunque, di residualità, della

della giustizia amministrativa, a cura di S. BATTINI, B.G. MATTARELLA, A. SANDULLI, G. VESPERINI, Torino, Utet, 2007, 255 ss.; ID., *Commento dell'art. 27 regio decreto 17 agosto 1907, n. 642 – Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, ivi, 259 ss.

⁷⁸ Sul tema si veda G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, cit., 31 ss.

⁷⁹ F. BENVENUTI, *Giustizia*, cit.; ID., *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, a cura di F. BENVENUTI, G. MIGLIO, Vicenza, Neri Pozza editore, 1969, 65 ss.; L. MORTARA, *Nuove considerazioni sulla competenza giurisdizionale in tema di concentramenti e trasformazione di opere pie*, cit.; ID., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile. Teoria e sistema della giurisdizione civile*, I, Milano, Vallardi, 1903, 404 ss. che evidenziava l'esclusività della giurisdizione di merito, nel senso che il Consiglio di Stato aveva la potestà di decidere in sostituzione del giudice ordinario: «se la materia preveduta tutta è deferita alla giurisdizione di merito del consiglio di stato non ci può essere luogo a riserve od esclusioni» e con particolare riguardo alle questioni in materia di trasformazione o concentramento di opere pie devolute alla giurisdizione di merito «quando una contestazione deve essere, a norma di legge, decisa nel merito dalla quarta sezione del consiglio di stato, appartengono alla competenza di questo magistrato tutte le questioni preliminari e incidentali».

⁸⁰ Così E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, cit.

giurisdizione anche in merito⁸¹ rispetto a quella generale di legittimità.

Nemmeno il testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, nel quale sono confluite le norme antecedenti, è riuscito a rispondere alle esigenze emerse nei decenni precedenti⁸².

⁸¹ Secondo G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo. La giustizia amministrativa*, cit., 215 ss. «come nelle giurisdizioni di equità alla funzione giurisdizionale si aggiunge quella legislativa, così nella giurisdizione di merito alla stessa funzione si aggiunge un'attività amministrativa: può dirsi, con molta approssimazione, che in essa si ha una funzione di amministrazione attiva, esercitata con le garanzie formali del contraddittorio e del giudizio ossia in forma giurisdizionale [...] l'organo giurisdizionale, in questa materia, si sostituisce all'organo amministrativo ed esercita, in forma di decisione, un'attività amministrativa»; sulla competenza di merito si veda V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 815 ss.; F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, II, Torino, Utet, 1934, 426 ss.; A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit., 747 ss. Si vedano anche A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, cit., 1917; F. ROVELLI, *Sul carattere della Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1914, I, 244; C. VITTA, *La giurisdizione amministrativa e il diritto obiettivo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1921, I, 265 i quali opinano che il giudice di merito espliciti un'attività mista: giurisdizionale e legislativa. Anche C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, Utet, 1937, I, 600 ss., cambia opinione e protende per la tesi secondo cui il giudice di merito esplica, in forma contenziosa, attività amministrativa; O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, cit., 16 considera quasi legislativa l'attività del giudice amministrativo di merito: in tutti i casi in cui il giudice «non trova nel diritto positivo vigente la norma da applicare al caso concreto, per risolvere la questione a lui sottoposta, ma la pone egli stesso pel caso, di cui si tratta [...] in questi, come abbiamo detto, non compie più solo una funzione giurisdizionale, cioè di risoluzione di una questione giuridica mediante l'applicazione del diritto esistente al caso concreto, ma una funzione di *creazione* del diritto [...] così come in generale fa il legislatore». Di contrario avviso E. GARBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa. Concetto ed oggetto*, Milano, Giuffrè, 1950, 69 ss., spec. 86 secondo cui «il giudice di merito, nel riformare un atto amministrativo, esplica contemporaneamente una funzione giurisdizionale ed una funzione amministrativa». Prevale la tesi secondo cui la giurisdizione di merito è vera e propria giurisdizione, così M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 261; in senso analogo R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1971, 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».

⁸² A. ROMANO, *Art. 26, t.u. Cons. St. (r.d. 26 giugno 1924, n. 1054)*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. ROMANO, R. VILLATA, Padova, Cedam, 2009, 1117 ss.

Il tema che qui rileva dell'attribuzione al giudice, indipendentemente dalla materia, dei poteri necessari per conoscere il fatto è rimasto ancora una volta in sottofondo ed è prevalsa l'idea che la giurisdizione amministrativa era una giurisdizione di legittimità e che i casi di giurisdizione nei quali il giudice decideva pronunciando, come si diceva, "anche in merito" erano limitati e eccezionali⁸⁵.

⁸⁵ Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale decide pronunciando anche in merito: 1) dei sequestri di temporalità, dei provvedimenti concernenti le attribuzioni rispettive delle potestà civili ed ecclesiastiche, e degli atti provvisionali di sicurezza generale relativi a questa materia; 2) dei ricorsi per contestazioni fra Comuni di diverse Province per l'applicazione della tassa istituita dalla l. 11 agosto 1870, n. 5784, allegato O; 3) dei ricorsi per contestazioni sui confini di Comuni o di Province; 4) 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; 5) dei ricorsi in materia di consorzi per strade, le quali tocchino il territorio di più Province; 6) dei ricorsi contro il diniego dell'autorizzazione a stare in giudizio ad enti morali giuridici, sottoposti alla tutela della pubblica amministrazione; 7) 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; 8) 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; 9) 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; 10) 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 1 e 2 del R.D. 30 dicembre 1923, n. 3256; 11) dei ricorsi intorno alla classificazione delle strade provinciali e comunali; 12) 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; 13) dei ricorsi contro i provvedimenti del Prefetto e contro le deliberazioni in materia di apertura, ricostruzione o manutenzione delle strade comunali e provinciali; 14) dei ricorsi contro le deliberazioni in materia di pedaggi sui ponti e sulle strade provinciali e comunali; 15) 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 II parte della lettera b) dell'art. 70 del R.D.L. 9 ottobre 1919, n. 2161 30; 16) 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; 17) 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.

L'art. 44 r.d. n. 1054/1924 per la prima volta ha attribuito al giudice, accanto al potere di richiedere «schiarimenti o documenti», ovvero di ordinare all'amministrazione di fare nuove verificazioni, il potere, anche nelle materie diverse da quelle di merito, di disporre la consulenza tecnica e nei giudizi di merito ha autorizzato il Consiglio di Stato ad «ordinare qualunque altro mezzo istruttorio, nei modi determinati dal regolamento di procedura».

Nella prassi gli effetti del processo da ricorso originariamente inteso si sono proiettati anche nell'istruzione probatoria del giudizio di merito⁸⁴. Il giudice amministrativo, infatti, non aveva diretto accesso al fatto e, anche nei casi in cui decideva in merito, lo "conosceva" per come mediato dalla documentazione depositata in giudizio nella maggior dei casi dalla sola amministrazione che ne aveva la disponibilità con evidenti ricadute sull'effettività della tutela del singolo.

5. *La perdurante distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi nell'accesso al fatto nelle materie di giurisdizione esclusiva*

Le evidenziate criticità della giurisdizione di merito nell'accesso al fatto si sono riproposte anche nei casi di giurisdizione esclusiva introdotti dall'art. 8, r.d. 30 dicembre 1923, n. 2840 e poi riportati nell'art. 29, r.d. n. 1054/1924⁸⁵.

⁸⁴ Secondo F. SATTÀ, *Principi di giustizia amministrativa*, cit., 342 gli ampi poteri istruttori attribuiti al giudice di merito sarebbero inutili, in quanto «o il fatto è incontrovertito tra le parti: in tal caso non si vede a che cosa possano servire poteri istruttori così ampi, perché non spazio per istruttoria; o il fatto è controverso; ma il travisamento di fatti e la falsità del presupposto sono tipici motivi di legittimità, che assorbono, in senso tecnico, le censure di opportunità».

⁸⁵ Sono attribuiti all'esclusiva giurisdizione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale: 1) i ricorsi relativi al rapporto d'impiego prodotti dagli impiegati dello Stato, degli enti od istituti pubblici sottoposti a tutela od anche a sola vigilanza dell'amministrazione centrale dello Stato o da agenti di ferrovie e tramvie concesse all'industria privata ai sensi dell'art. 15 del R.D.L. 19 ottobre 1923, n. 2311 quando non si tratti di materia spettante alla giurisdizione della Corte dei Conti o a quella di altri corpi o collegi speciali; 2) i ricorsi contro i provvedimenti che autorizzano o negano la fondazione di istituzioni pubbliche di beneficenza, o di istituzioni pubbliche di istruzione e di educazione, o che ne approvano o modificano gli statuti;

Al di là di quelle che erano le aspettative iniziali, di un giudizio nel quale il profilo dell'atto imperativo avrebbe potuto essere sostituito dal profilo del rapporto e nel quale il ricorrente agiva a tutela di una situazione giuridica soggettiva, senza che rilevasse la natura di diritto o interesse, la riforma del 1923 non ha dato vita ad un'autonoma e unitaria figura di giurisdizione amministrativa⁸⁶.

La giurisdizione esclusiva sin dall'inizio è stata impostata e condizionata dal modello del processo da ricorso e dai suoi tabù. L'aver reso "esclusivo" il potere del giudice amministrativo relativamente a una serie di controversie non è stato cioè sufficiente per modificare rispetto a quelle materie l'essenza della tutela e i limiti della cognizione e dei poteri del giudice amministrativo⁸⁷.

Anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, in cui il giudice

3) i ricorsi relativi al concentrazione, al raggruppamento, alla fusione, alla trasformazione, alla costituzione in consorzio o alla federazione delle istituzioni pubbliche indicate nel numero precedente o ad esse equiparate a norma dell'art. 91 della l. 17 luglio 1890, n. 6972; 4) le controversie tra lo Stato ed i suoi creditori riguardanti la interpretazione dei contratti di prestito pubblico, delle leggi relative a tali prestiti e delle altre sul debito pubblico; nonché le controversie indicate nell'art. 14 della l. 27 aprile 1885, n. 3048; 5) i ricorsi circa la competenza passiva delle spese ritenute rispettivamente obbligatorie per lo Stato, per la Provincia e per il Comune, ai termini delle leggi vigenti in materia di sanità pubblica; 6) i ricorsi in materia di ospitalità e di ricovero degli inabili al lavoro; 7) le controversie relative alle spese per gli alienati previste dall'art. 7 (comma 1) della l. 14 febbraio 1904, n. 36; 8) i ricorsi contro il decreto del Prefetto che, in seguito al reclamo di parte o d'ufficio, abbia provveduto per regolare o vietare l'esercizio d'industrie insalubri o pericolose ai termini degli artt. 32, 33 e 34 della legge sulla pubblica sicurezza 30 giugno 1889, n. 6144, e dell'art. 68 legge sanitaria, T.U. 1° agosto 1907, n. 636 34; 9) i ricorsi contro le decisioni delle giunte provinciali amministrative emesse in materia di loro esclusiva giurisdizione. I ricorsi previsti dai nn. 1, 6 e 7 del presente articolo sono ammessi soltanto per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge. Su quelli previsti dai nn. 2, 3, 4, 5, 8 e 9, il Consiglio di Stato pronuncia anche in merito, salvo per i ricorsi di cui al n. 9 quanto è disposto in contrario dal comma 2 dell'art. 22 del testo unico delle leggi sulla giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale.

⁸⁶ F. BENVENUTI, *Consiglio di Stato (competenza e giurisdizione)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, 325 ss. parla di «ibrido in cui il giudice può assicurare entrambe queste tutele conoscendo contemporaneamente di interessi e di diritti».

⁸⁷ Si veda F. LEDDA, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato. Relazione al V seminario della Sezione ombra del Centro italiano di studi amministrativi*, in *Nuova rass.*, 1971, 2717 ss.; R. MEREGAZZI, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, cit.; V. CAIANIELLO, *I caratteri della giurisdizione esclusiva*, in *Studi in onore di Antonino Papaldo*, cit., 179 ss.

decideva come giudice di merito, si riproponevano, infatti, le criticità già evidenziate e il giudice non faceva uso dei più ampi poteri che la legge gli attribuiva per accedere al fatto.

Successivamente, anche l'occasione dell'istituzione dei tribunali amministrativi regionali nel 1971 (l. 6 dicembre 1971, n. 1034), come si è affermato, «è stata clamorosamente sciupata»⁸⁸ e non ha avuto né grande fortuna, né alcuna speranza di inverarsi⁸⁹.

Gli artt. 7 e 8, l. n. 1034/1971, si limitavano a richiamare le norme precedenti del testo unico del 1924 per delineare tassativamente le materie nelle quali il tribunale amministrativo esercitava giurisdizione di merito, giurisdizione esclusiva, e, nell'ambito di queste ultime, i casi in cui giudicava anche in merito. Per quanto riguarda i poteri, anche istruttori, del giudice il testo unico rinviava alle norme di procedura che si osservavano dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato. L'art. 26, in maniera innovativa rispetto al passato, prevedeva poi che quando il giudice «è investito di giurisdizione di merito può anche riformare l'atto o sostituirlo, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa» e, limitatamente alle materie relative a diritti attribuiti alla sua competenza esclusiva e di merito, il giudice «può condannare l'amministrazione al pagamento delle somme di cui risulti debitrice».

Sotto il profilo dei poteri del giudice e del pieno accesso al fatto nelle materie di giurisdizione esclusiva è con il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 che si è avuto un primo compiuto tentativo di codificazione di una giurisdizione piena del giudice amministrativo⁹⁰.

⁸⁸ F.G. SCOCA, *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 25 secondo cui «nonostante l'indubbio rilevante impatto sul sistema della giustizia amministrativa, la legislazione del 1971 non ha dato luogo ad una riconsiderazione globale e sistematica dei mezzi di tutela nei confronti dell'amministrazione, né ha introdotto una disciplina processuale esauriente».

⁸⁹ M. NIGRO, *Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa dopo la legge sui tribunali amministrativi regionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1815 ss. ora anche in ID., *La riforma del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980, 39 ss.

⁹⁰ S. CASSESE, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 12, 1221 ss.

Dopo gli artt. 33 e 34 che contenevano un'elencazione delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, l'art. 35 delineava un giudizio nuovo e diverso da quello sino a quel momento conosciuto nella giurisdizione esclusiva, sia sotto il profilo dei poteri istruttori, sia sotto il profilo dei poteri decisori, nella parte in cui prevedeva che «il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva ai sensi degli articoli 33 e 34, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto» e che «può disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, nonché della consulenza tecnica d'ufficio, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento».

Seppure la norma sia stata definita in dottrina «dal tenore succinto» ovvero «dal contenuto talvolta ermetico»⁹¹, la tutela delineata dal legislatore del 1998 rappresentava un evidente tentativo di accrescimento sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo dei poteri del giudice amministrativo nell'ottica di una tutela piena, svincolato da ogni possibile condizionamento derivante dalla situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, inverandosi l'auspicio di chi da lunghi anni aveva invocato la creazione di un giudice dotato di cognizione piena sulle pretese dei ricorrenti⁹².

L'attenzione dei più si è concentrata sulla risarcibilità dei danni derivanti dalla lesione degli interessi legittimi⁹³. Ai fini che interessano l'introduzione di quell'azione rileva non tanto in sé, quanto in un discorso più ampio sui maggiori poteri non solo di decisione, ma ancor prima di istruzione probatoria e di cognizio-

⁹¹ Così A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, cit., 41.

⁹² F. BENVENUTI, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, cit., 65 ss.

⁹³ Tra i molti si veda E.A. APICELLA, *Giurisdizione esclusiva su concessioni di beni pubblici e risarcimento del danno tra orientamenti giurisprudenziali ed innovazioni del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80*, in *Foro amm.*, 1998, 10, 2641 ss.; E. FOLLIERI, *Il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi alla luce del d.lgs. n. 80/1998*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 3, 453 ss.; G. VIRGA, *Le riforme a metà (prime osservazioni sugli artt. 33-35 del D.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 ed in particolare sulla possibilità per il giudice amministrativo di condannare la P.A. al risarcimento del danno ingiusto nelle nuove materie rientranti nella sua competenza esclusiva)*, in *Giust. amm. sic.*, 1998, 1, 286 ss.

ne sul fatto e sul rapporto, anche se limitatamente ad alcune materie.

L'apertura alla piena cognizione del fatto da parte del giudice amministrativo ha costituito uno dei profili di maggior rilievo e più innovativi del d.lgs. n. 80/1998 che, nell'attribuire al giudice amministrativo il potere di disporre l'assunzione di tutti mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, richiamava il modello originario, ma mai definitivamente percorso, della giurisdizione "anche in merito" quale attitudine a conoscere i fatti e a tutelare i rapporti con cognizione piena⁹⁴.

⁹⁴ La tesi è confermata, seppure in un *obiter dictum*, dalla nota sentenza Cass., sez. un., 1999, n. 500. Si afferma che con l'art. 35 d.lgs. n. 80/1998 «viene delineata una nuova giurisdizione esclusiva su determinate materie (di rilevante interesse sociale ed economico): nuova (rispetto a quella preesistente) perché nel contempo esclusiva, nel significato tradizionale di giurisdizione amministrativa indifferentemente estesa alla cognizione degli interessi legittimi e dei diritti, e piena, in quanto non più limitata all'eliminazione dell'atto illegittimo, ma estesa alla reintegrazione delle conseguenze patrimoniali dannose dell'atto, perché comprensiva del potere di disporre il risarcimento del "danno ingiusto" (già precluso dall'art. 7, comma 3, della legge n. 1034 del 1971, che riservava al giudice ordinario, anche nelle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, le questioni relative ai diritti patrimoniali conseguenziali, comunemente identificati con il risarcimento del danno, e che è stato abrogato in tale parte dall'art. 35, comma 4, con conseguente estensione dei poteri del giudice amministrativo anche nelle ulteriori ipotesi di giurisdizione esclusiva previste da altre norme precedenti)». Sono infatti pressoché analoghi i poteri riconosciuti al giudice amministrativo dall'art. 26, t.u. 1971 e dall'art. 35, d.lgs. n. 80/1998, che non incontrano i tradizionali limiti del sindacato nel giudizio di legittimità. In particolare, per quanto riguarda i poteri di cognizione, è consentito al giudice accertare autonomamente i fatti, apprezzare la corrispondenza tra il fatto e la fattispecie astrattamente prevista dalla norma, determinare l'esatta attuazione del principio di diritto stabilito in sentenza. Quanto ai poteri istruttori, è consentito al giudice l'utilizzo di mezzi di prova che non sono consentiti nell'esercizio della competenza di legittimità. Vi è però una differenza con riguardo ai poteri decisori, perché mentre l'art. 26, comma 3, t.u. 1971 consentiva al giudice di «riformare l'atto» o addirittura di «sostituirlo»; l'art. 35, comma 1, d.lgs. n. 80/1998 dispone la reintegrazione della situazione giuridica soggettiva lesa, anche in forma specifica attraverso l'annullamento dell'atto illegittimo o la condanna dell'amministrazione ad un *facere* o a un *dare*, ovvero ad un generico *praestare* il risarcimento per equivalente del danno ingiusto, ma non prevede che il giudice possa sostituirsi direttamente all'amministrazione. Mancava dunque nella giurisdizione esclusiva quel potere di sostituzione che caratterizzava la giurisdizione di merito e che aveva suscitato le numerose critiche della dottrina e della giurisprudenza, che influenzate dal perdurante mito del principio di separazione dei poteri tendevano ad ammettere sempre più restrittivamente la giurisdizione anche

Sennonché, così come nello sviluppo del sindacato anche in merito, il giudizio di mera opportunità e di convenienza dell'atto amministrativo ha prevalso sulla cognizione piena dei fatti, anche l'evoluzione della giurisdizione esclusiva ha tradito l'originaria essenza e i possibili sviluppi in termini di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale.

La giurisprudenza, infatti, sin dall'inizio ne ha limitato le potenzialità e la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, che in quelle materie aveva perso rilievo ai fini della determinazione del giudice, continuava invece a legittimare la disomogeneità nei meccanismi di tutela e l'alterità delle garanzie. Il giudice amministrativo conosceva infatti dei diritti tutt'al più con i poteri del giudice civile, ma continuava a conoscere gli interessi legittimi secondo i suoi normali e circoscritti poteri e comunque limitando la tutela alla sola azione di annullamento⁹⁵.

Nemmeno i numerosi interventi della Corte costituzionale in materia di giurisdizione esclusiva⁹⁶ sono riusciti a superare il mo-

in merito o comunque a non sostituirsi all'amministrazione se non nei casi di potere interamente vincolato. La differenza tra i due modelli processuali ha comunque portato autorevole dottrina a escludere che l'uno possa «aggiungersi» all'altro come una sua appendice o che l'uno sia «eccezionale» rispetto all'altro (si veda A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, cit., 95 secondo cui «i due rimedi, così come disegnati dal legislatore, sono alternativi l'uno all'altro o, più correttamente, nell'ambito delle rispettive materie sono esclusivi; ciascuno nel proprio ambito, costituisce l'unico rimedio processuale possibile»; 168, il ricorso di piena giurisdizione è «istituto ontologicamente diverso (per non dire contrapposto) alla giurisdizione esclusiva disegnata dal legislatore del 1923»).

⁹⁵ V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1988, 268, secondo cui la giurisdizione esclusiva «è "piena", capace di offrire tutta la giustizia di cui abbia bisogno chi la invoca».

⁹⁶ Il riferimento è a Corte cost., 28 giugno 1985, n. 190 sull'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 700 c.p.c. nella parte in cui non consente al giudice ordinario di tutelare in via d'urgenza diritti soggettivi derivanti da comportamenti omissivi della pubblica amministrazione e devoluti in via di merito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sollevata in riferimento agli artt. 24, comma 1, 3, comma 1 e 113 Cost.; Corte cost., 23 aprile 1987, nn. 146 e 147: «è fondata, in riferimento agli artt. 3 e 24 cost., la questione di legittimità costituzionale degli artt. 44, 1° comma, r. d. 26 giugno 1924, n. 1054, 26 r. d. 17 agosto 1907, n. 642, e 7, 1° comma l. 6 dicembre 1971, n. 1034, nella parte in cui, nelle controversie di pubblico impiego devolute alla giurisdizione esclusiva amministrativa, non consentono l'esperimento dei mezzi istruttori previsti negli artt. 421, 2° comma, all. 4, 422, e 425 c.p.c. novellati in virtù della l. 11 agosto 1973,

dello tradizionale del giudizio impugnatorio caratterizzato dal limitato accesso del giudice al fatto, dal metodo acquisitivo nell'istruzione probatoria e dagli ampi spazi di accertamento riservati all'amministrazione⁹⁷.

In definitiva, nonostante i tentativi del legislatore, per ragioni varie⁹⁸, il modello del giudizio di legittimità ha continuato ad esercitare una forza attrattiva di valore decisivo in tutta l'area dei giudizi amministrativi, ponendo sulla giurisdizione esclusiva, così come sulla giurisdizione "anche in merito", «una pesante ipoteca»⁹⁹.

n. 533»; a seguito dell'ampliamento delle materie ad opere del d.lgs. n. 80/1998 si vedano Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204; Id., 28 luglio 2004, n. 281; Id., 11 maggio 2006, n. 191.

⁹⁷ Tra i molti che hanno commentato la sentenza Corte cost., 5 luglio 2004, n. 204 si vedano M. CLARICH, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 9, 969 ss.; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, ivi, 974 ss.: «in sostanza, se la giurisdizione esclusiva è costituzionalmente legittima quando anche «in assenza della previsione legislativa» si «contemplerebbe pur sempre la giurisdizione generale di legittimità» del giudice amministrativo è evidente che della giurisdizione esclusiva non vi sarebbe più necessità (o utilità) alcuna. È per questo che la pronuncia che qui si commenta si può sintetizzare col dire che la giurisdizione amministrativa è piena, ma non è più esclusiva. Stando alla motivazione della sentenza, infatti, ci sembra di poter dire che quando la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è costituzionalmente legittima essa non è affatto utile o non è più necessaria»; A. PAJNO, *Giurisdizione esclusiva ed "arbitrato" costituzionale*, ivi, 983 ss.; A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Foro it.*, 2004, I, 2598 ss.; F.G. SCOCA, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, 4, 2209 ss.

⁹⁸ Sul punto A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., 229 rilevava che la «titubanza del giudice amministrativo ad avventurarsi in una cognizione piena della situazione di fatto posta a base del provvedimento, si riporta indubbiamente a molteplici fattori, non tutti riducibili ad un atteggiamento d'ossequio nei confronti dell'autorità [...] né va trascurato, a nostro avviso, il fatto che i magistrati del Consiglio di Stato, sovente interessati ad elaborare i principi giuridici generali di un'attività amministrativa non disciplinata dal legislatore».

⁹⁹ Così A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, cit., 144, riprendendo l'espressione di F. LEDDA, *Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi*, in *Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace. Atti Convegno Messina*, 15-16 aprile 1988, Milano, Giuffrè, 1993, 91 ss.

6. *Il necessario ripensamento del principio di separazione del potere giurisdizionale dal potere amministrativo*

È oramai pacifico che quel modello di sindacato sul fatto, che ha stentato ad affermarsi nelle giurisdizioni per tradizioni “speciali”, si sia progressivamente consolidato¹⁰⁰ e che il giudice, anche di legittimità, abbia accesso al fatto¹⁰¹.

Nel prosieguo sarà dedicato ampio spazio alle criticità che le dinamiche del giudizio sul fatto in concreto pongono in rapporto al principio di effettività della tutela, ma prima è opportuno interrogarsi sulle sorti del principio di separazione dei poteri, che ha rappresentato il filo conduttore nella ricostruzione storica condotta¹⁰² e che ha tradizionalmente influenzato il rapporto tra giurisdizione e amministrazione¹⁰³.

¹⁰⁰ Contemporaneamente nell'ultimo decennio si è assistito alla predisposizione di modelli processuali differenziati a garanzia di particolari interessi, che derogano al modello ordinario, peraltro non tanto sul fronte del sindacato quanto sotto il profilo della legittimazione. In particolare, in materia di appalti pubblici si rinvia a A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 2, 423 ss.; sull'azione ci cui all'art. 21-bis, l. n. 287/1990 si vedano M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in *Federalismi.it*, 2012, 12; F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *federalismi.it*, 2012, 12; M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis l. 287/90*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, 865 ss.; B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 3, 291 ss.

¹⁰¹ Tra le molte Cons. Stato, sez. VI, 5 agosto 2019, n. 5559; Id., sez. III, 11 dicembre 2020, n. 7097.

¹⁰² Per una recente ricostruzione dell'evoluzione del principio si veda T.F. GIUPPONI, *Separazione dei poteri*, cit.

¹⁰³ Sul tema dei rapporti tra giurisdizione e amministrazione, in particolare dopo l'introduzione del codice G. TROPEA, *L'“ibrido fiore della conciliazione”: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 3, 965 ss. F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 1 ss.; F.G. SCOCA, *Autodichia e Stato di diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 25 ss.; G.C. SPATTINI, *Note minime su autorità indipendenti, separazione dei poteri e «giusto processo» nel Codice: ancora una «ingiustizia amministrativa» nei confronti della discrezionalità tecnica?*, in *giustamm.it*.

Per quanto già si è detto nella definizione del fatto nel processo amministrativo, il confine tra vicende sostanziali e processuali è sempre più incerto e il giudice in alcuni casi giunge addirittura a rifare il procedimento in processo¹⁰⁴, gravandosi in luogo dell'amministrazione dell'attività di ponderazione tipicamente amministrativa.

Il crescente interventismo del giudice amministrativo può condurre ad un esaurimento della discrezionalità in sede processuale¹⁰⁵, non limitandosi a verificare la legittimità di un atto o di un comportamento, ma dettando regole sempre più puntuali anche per l'azione futura dell'amministrazione.

Ma se il giudice amministrativo può giungere a valutare pubblicazioni che una commissione scientifica appositamente nominata ha ritenuto non valutabili e conferire l'abilitazione ad un candidato che se l'era vista negare¹⁰⁶, ad affermare l'efficacia dell'idrossiclorochi-

¹⁰⁴ Sulla tesi secondo cui il principio di separazione non negherebbe la continuità tra procedimento e processo di recente M. BELLAVISTA, *Il principio della separazione dei poteri nella continuità fra procedimento e processo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, 1, 47 ss.; F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 31 ss.

¹⁰⁵ L. TORCHIA, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 188 ss., che rileva come l'interferenza della decisione del giudice rispetto all'attività amministrativa sia riconducibile a più fattori «a volte dovuta ad una sorta di abdicazione dell'amministrazione al suo ruolo, altre volte al fatto che i principi predominano ormai sulle regole nel nostro ordinamento e consentono quindi una latitudine sempre più ampia all'interpretazione, altre volte ancora all'importazione nel giudizio amministrativo di tecniche di bilanciamento fra diritti e interessi – largamente utilizzate nel giudizio di legittimità costituzionale – che riproducono l'attività di ponderazione tipicamente amministrativa». Sulle tensioni che determina il ruolo del giudice amministrativo di «regolatore e guida» sulla separazione dei poteri si veda da ultimo S. CASSESE, *Amministrare la Nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Milano, Mondadori, 2022, 124 ss.

¹⁰⁶ Il riferimento è alla nota sentenza Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, su cui tra gli altri con riguardo al tema qui esaminato del rapporto giudice-amministrazione si sofferma ampiamente L. SALTARI, *Giudici amministratori*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 1, 293 ss. La Corte di Cassazione (Cass., sez. un., 7 settembre 2020, n. 18592) ha peraltro escluso la configurabilità del vizio di eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera riservata al potere amministrativo «in quanto una tale pronuncia costituisce il frutto di un'attività (l'interpretazione, sia pure articolata ed evolutiva, di norme giuridiche) che rappresenta il "proprium" della funzione giurisdizionale e non può dunque integrare, di per sé sola, la violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale».

na o l'effetto del paracetamolo per la cura domiciliare dei pazienti affetti da Covid '19¹⁰⁷, o a dettare i criteri per imporre un vincolo di destinazione d'uso su un bene espressione di identità culturale collettiva¹⁰⁸, dovrà necessariamente ripensarsi al rapporto tra giurisdizione e amministrazione e a quella concezione dell'insindacabilità di un potere sull'altro che, pur scontando criticità sul piano teorico¹⁰⁹, nel processo amministrativo conduceva al divieto di ingresso dell'istruttoria procedimentale nel processo¹¹⁰.

Il problema non è dunque stabilire a chi appartenga la giurisdizione, se al giudice ordinario o al giudice amministrativo, ma piuttosto capire se nell'esercizio dei suoi ampliati poteri, e in particolare nell'accesso al fatto, il giudice amministrativo invada l'ambito, seppure progressivamente ristretto, dei poteri insindacabili dell'amministrazione.

Se in altri termini, il processo non è necessariamente momento intermedio tra l'esercizio pregresso e futuro della funzione amministrativa, ma nel processo il giudice svolge direttamente l'attività amministrativa¹¹¹, il principio di separazione non potrà cioè certamente essere più inteso nella sua visione liberale classica e ricondotta al modello francese¹¹², a ben vedere già da tempo messa in discussio-

¹⁰⁷ Cons. Stato, sez. III, 9 febbraio 2022, n. 5.

¹⁰⁸ Cons. Stato, ad. pl., 13 febbraio 2023, n. 5.

¹⁰⁹ Tra i tanti G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato*, cit., 672.

¹¹⁰ L'avvicinamento tra giurisdizione ed amministrazione si deve anche al farsi imparziale dell'amministrazione al pari del giudice «di fronte a più interessi da garantire», come evidenziato da G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato*, cit., 700 ss.

¹¹¹ Al di là dell'accesso del giudice al fatto che interessa nell'analisi condotta, sono varie le manifestazioni del "giudice senza amministrazione", recuperando la formula utilizzata in AA.VV., *Amministrare e giudicare. Trasformazioni ordinamentali. Atti del Seminario, Milano, 24 maggio 2021*, a cura di P. CERBO, G. D'ANGELO, S. SPUNTARELLI, Napoli, Jovene, 2022, spec. 15 ss.

¹¹² Nella dottrina francese tra i tanti che si sono occupati di separazione dei poteri E. LAFERRIERE, *Traite de la juridiction administrative et des recours contentieux*, I, 1888, 374 ss.; E. ARTUR, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions de juger et d'administrer*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, XVII, 1902, 234 ss.; P. SANDEVOIR, *Etudes sur le recours de pleine juridiction. L'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative*, Paris, LGDJ, 1964, 65 ss.; Y. GAUDEMET, *Reflexions sur l'injection dans le contentieux administratif*, in *Mélanges offerts a Burdeau, Le pouvoir*, Paris, 1977, 805 ss.; P. LEGENDRE, *Histoire de la pensée administrative française*, Paris, Mouton, 31 ss.; M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle françai-*

ne¹¹³, di rigida distinzione tra il soggetto a cui è attribuito il potere amministrativo e quello a cui è attribuito il potere giurisdizionale¹¹⁴.

Anche a non volere giungere alla conclusione che nei rapporti tra giudice e amministrazione il principio di separazione non sia più un problema e non vi sia più «nessuna traccia di un principio di riserva di amministrazione»¹¹⁵, il rischio che il «giudice-amministratore»¹¹⁶

se, LGDJ, 1973; J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, LGDJ, 1970; ID., *Du principe de séparation au principe de dualité*, in *Rev. fr. droit adm.*, 1990, 26 ss. Sulla centralità della riflessione francese in tema di separazione dei poteri, anche per i riferimenti dottrinali si veda M. MAZZAMUTO, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, cit.; M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Studi in onore di Antonino Papaldo*, cit., 3 ss., ora anche in ID., *Scritti giuridici*, cit., II, 871 ss.

¹¹³ Per una completa disamina dell'evoluzione del principio e dei suoi possibili significati G. TROPEA, *L'“ibrido fiore della conciliazione”*, cit., secondo cui tra l'altro la rigida divisione dei poteri era già «incrinata col riconoscimento del carattere giurisdizionale del Consiglio di Stato». Sul tema anche V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, cit., 33 ss.

¹¹⁴ L'impostazione del principio di separazione dei poteri di stampo liberale viene tradizionalmente ricondotta al pensiero di Locke e Montesquieu. Mentre nella visione di J. LOCKE, *Two treatises on governments*, II, 1690, 143 ss. il potere costitutivo è il potere supremo al quale sono ricondotti e subordinati il potere legislativo e quello federativo, mentre non si trova enucleato e distinto dagli altri quello giudiziario, secondo C. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Milano, Rizzoli, 1989, vi sono tre specie di poteri, affidati a soggetti od organi differenti: il legislativo, l'esecutivo, e il potere giudiziario. Per una ricostruzione di quelle teorie si vedano nella dottrina italiana F. MODUGNO, *Poteri*, cit., spec. 475; F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit.

¹¹⁵ Così A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., secondo cui «il percorso di giuridificazione della discrezionalità ha condotto a circoscrivere il problema della separazione dei poteri soprattutto negli angusti spazi del merito»; secondo S. DEL GATTO, *Il principio di separazione dei poteri alla prova degli organi ausiliari. Il ruolo del Consiglio di Stato e della Corte dei conti nell'equilibrio tra poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 1, 219 ss., dovrebbe ragionarsi «in termini di equilibrio e bilanciamento tra poteri all'interno di una sequenza che dal procedimento passa al processo [...] Un equilibrio che varia al variare del tipo di funzione svolta dell'amministrazione, delle fattispecie poste alla cognizione del giudice, del tipo di provvedimento impugnato e dell'azione esercitata».

¹¹⁶ L'espressione è di S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, cit.: «il Consiglio di Stato svolge una funzione amministrativa implicita, sia dando indicazioni all'amministrazione procedente, sia adempiendo un compito più generale, che consiste nella direzione della intera attività amministrativa. Si ritorna, così, al problema posto prima, di un giudice-amministratore».

possa «avere la forza di un oppressore»¹¹⁷ non esclude l'accesso del giudice al fatto e il mantenimento di aree di privilegio in capo all'amministrazione.

Se «è assodato che il giudice ha pieno accesso al fatto, occorre aggiungere che l'accesso al fatto non può consentire la sostituzione del giudice alla pubblica amministrazione nelle valutazioni ad essa riservate»¹¹⁸.

Il principio di separazione dei poteri viene cioè ad essere «mitigato»¹¹⁹, ma non per questo definitivamente superato o in ogni caso violato¹²⁰.

Ai fini che interessano il reciproco atteggiarsi tra amministrazione e giurisdizione¹²¹, tra potere amministrativo e potere giurisdizionale non pare così lineare come quello che potrebbe apparire da una mera lettura del codice del processo amministrativo, che all'art. 34, comma 2 afferma che «in nessun caso» il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati¹²².

¹¹⁷ C. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., 309 ss.

¹¹⁸ Così chiaramente Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2023, n. 7931.

¹¹⁹ Parla di «accezione mitigata del principio di separazione dei poteri (inteso come mero bilanciamento)» G. TROPEA, *L'“ibrido fiore della conciliazione”*, cit. Più in generale sui diversi significati della separazione dei poteri nella dottrina costituzionalista si veda M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. Atti del XIX Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Padova, 22-23 ottobre 2004*, Padova, Cedam, 2008, 10 ss.; A. VIGNUDELLI, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in www.dirittoquestionipubbliche.org.

¹²⁰ In tal senso S. DEL GATTO, *Il principio di separazione dei poteri alla prova degli organi ausiliari*, cit. secondo cui «la pervasività dei poteri attribuiti al giudice non pare tuttavia, tale da violare la regola per cui la cura concreta dell'interesse pubblico spetta all'amministrazione».

¹²¹ Accanto alla tendenza del giudice amministrativo ad amministrare si afferma la tendenza dell'amministrazione a giudicare, su cui si veda AA.VV., *Amministrare e giudicare*, cit., 265 ss.

¹²² Sulla riconduzione dell'art. 34, comma 2 c.p.a. al principio di separazione dei poteri, in giurisprudenza tra le molte Cons. Stato, ad. pl., 27 aprile 2015, n. 5: «L'art. 34, co. 2, cit., è espressione del principio costituzionale fondamentale di separazione dei poteri (e di riserva di amministrazione) che, storicamente, nel disegno costituzionale, hanno giustificato e consolidato il sistema della Giustizia amministrativa (sul valore del principio e la sua declinazione avuto riguardo al potere giurisdizionale in generale, ed a quello esercitato dal giudice amministrativo in particolare, cfr. da ultimo Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85; 23 febbraio 2012, n. 40; Cass. civ., sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312 e 2313; Ad. plen. n. 9 del 2014

Se quanto detto è sostenibile in astratto, in concreto vi sono ipotesi in cui al contrario il giudice amministrativo invoca la separazione dei poteri e il divieto del giudice di pronunciarsi su poteri non esercitati¹²⁵, per giustificare un suo atteggiamento più deferente. Accanto a quelle pronunce in cui il giudice amministrativo giudicando amministra, vi sono infatti casi in cui il giudice amministrativo arresta il suo sindacato sul fatto in pretesa “attuazione” del principio di separazione dei poteri, ritenendo la valutazione riservata all’amministrazione.

Sulle sorti del principio di separazione dei poteri pare così assumere un ruolo centrale il giudice amministrativo, che, sebbene in maniera spesso poco precisa e apodittica, ne segna il destino. Nello stabilire quali sono i suoi poteri, il giudice amministrativo pare ride-

cit.; Ad. plen., 3 febbraio 2014, n. 8)»; anche nella relazione governativa al codice si ricollega la disposizione al principio di separazione dei poteri, affermando che il divieto è stato introdotto «al fine di evitare domande dirette ad orientare l’azione amministrativa pro futuro, con palese violazione del principio della divisione dei poteri»; in dottrina *contra* M. MAZZAMUTO, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1, 67 ss. secondo cui «la separazione dei poteri non ha nulla a che fare con i limiti della giustizia amministrativa, la riserva di amministrazione non ha rango costituzionale e il divieto legislativo dell’art. 34, comma 2, c.p.a. ha una valenza meramente ricognitiva di principi tradizionali del contenzioso amministrativo». Più in generale in dottrina sull’art. 34, comma 2, c.p.a. G. CORSO, *Art. 34. Sentenze di merito*, in *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, cit., 339 ss.; M. TRIMARCHI, *Il divieto di «pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati» attraverso il prisma della giurisprudenza*, in *Foro amm. CDS*, 2013, 4, 1097 ss., che rileva come «vietare che sia il giudice amministrativo a pronunciarsi «a prima battuta» sul rapporto controverso, infatti, significa escludere la presenza del solo potere giurisdizionale all’interno di un «ciclo funzionale», ribadendo dunque il principio secondo cui deve esservi alterità tra l’organo che delibera e quello che controlla»; Id., *“Problema dell’amministrazione” e “problema del giudice”: principio di separazione dei poteri ed effettività della tutela nel pensiero di Franco Ledda*, in *Sindacato giurisdizionale e “sostituzione” della pubblica amministrazione*, cit., 179 ss.; P. CERBO, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 1, 94 ss., secondo cui la disposizione «intende salvaguardare non il potere come prerogativa dell’amministrazione, ma la sua specifica modalità di esercizio, vale a dire il procedimento amministrativo; detto altrimenti, ciò che risulta precluso al giudice è l’esercizio “alternativo” di un potere non ancora estrinsecatosi attraverso un apposito procedimento».

¹²⁵ Tra le molte si vedano a titolo esemplificativo Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2018, n. 4789; Id., 3 settembre 2018, n. 5142; Id., sez. VI, 19 luglio 2019, n. 5089.

finirne i confini¹²⁴ e, nel mantenere spazi riservati all'amministrazione, al contempo pare garantire una certa tenuta della divisione dei poteri¹²⁵.

Tali considerazioni saranno più chiare quando nel capitolo IV sarà maggiormente approfondita l'indagine sul giudizio sul fatto, ma sin d'ora può dirsi che il principio di separazione dei poteri continua ad assumere un qualche rilievo più come «argomento» nei concreti percorsi argomentativi del giudice amministrativo, al fine di graduare l'estensione del suo sindacato¹²⁶, che come dogma volto a stabilire la rigida distinzione di un potere dall'altro e in particolare del soggetto che esercita il potere amministrativo da quello che esercita il potere giurisdizionale¹²⁷.

Il problema allora non è tanto quello della crisi della separazione dei poteri e del *“juger l'administration c'est administrer”*¹²⁸, quanto gli inconvenienti che possono derivare da una commistione non ordinata del giudicare e dell'amministrare, peraltro riproponendosi, seppure in altra forma, quell'anomalia di cui si dirà nel prossimo paragrafo che già si poneva quando il Consiglio di Stato era giudice risolutore dei conflitti di attribuzione.

¹²⁴ A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, cit., che rileva come «una concezione rigorosa del principio di legalità [...] non ammette alcuna riserva originaria di potere all'amministrazione e, di conseguenza, non consente neppure che il confine fra amministrazione e giurisdizione sia rimesso sostanzialmente alla giurisprudenza».

¹²⁵ Così A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., secondo cui il giudice amministrativo sarebbe addirittura l'«arbitro finale della definizione della rilevanza del principio di separazione dei poteri nell'ordinamento giuridico».

¹²⁶ Così ivi, nt. 186, il quale rileva «l'assoluta prevalenza del richiamo a tale concetto nella giurisprudenza amministrativa [...] Tutte le altre 189 massime sono relative a sentenze del Consiglio di Stato o di Tribunali amministrativi regionali e corrispondono, quindi, al 75,6 per cento delle massime totali».

¹²⁷ Rileva G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, in *Sindacato giurisdizionale e “sostituzione” della pubblica amministrazione*, cit., 183 ss. «la strada è quella di vedere amministrazione e giurisdizione in un *continuum*. La divisione dei poteri non è a blocchi, ma a cicli funzionali, ed è orientata alla migliore tutela dei soggetti» (187), dunque «non è ammissibile che il giudice formuli un indirizzo vincolante per l'amministrazione», ma non è nemmeno ammissibile che se la discrezionalità è esercitata male, sia precluso «al giudice di mettere le cose a posto» (189).

¹²⁸ La tradizionale espressione è attribuita a H. DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, 1818.

Occorre valorizzare oltremodo la dimensione funzionale del principio di separazione dei poteri, che è stata concettualizzata sin dal XIX secolo, quando nel passaggio da un approccio di tipo soggettivo ad un approccio più marcatamente oggettivo, si è attribuita ciascuna funzione ad un soggetto dello Stato e la si è ricollegata ad una specifica manifestazione di volontà¹²⁹ e poi ulteriormente evolutasi nel XX secolo con l'avvento delle costituzioni rigide e l'affermazione dello Stato di diritto¹³⁰.

In altri termini, nella prospettiva di un'adeguata e flessibile divisione del lavoro e di bilanciamento dei poteri¹³¹, è necessario assicurare che alla cura di determinati interessi provveda l'apparato più idoneo¹³². Si dovrà trasformare così «un regime di tendenziale e programmatica diversità, e quindi di alterità e non sovrapponibilità, di due distinti poteri (quello giurisdizionale e quello amministrativo), in un regime di combinazione/sequenza di prerogative»¹³³, ancorché i rapporti tra giudice e amministrazione non possano essere risolti «cercando ogni volta di spostare il confine tra poteri, attribuendo

¹²⁹ Sul tema G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato*, cit., 677 ss.; F. MODUGNO, *Poteri*, cit., 477 secondo cui la distinzione delle funzioni e la immanente determinazione concettuale specifica di ciascuna funzione «sono relative e storicamente contingenti, non assolute e logicamente necessarie».

¹³⁰ Sulla centralità dei «cicli funzionali» per la piena comprensione del principio della separazione dei poteri negli ordinamenti contemporanei, in quando «dipende dal diverso regime giuridico degli atti-fonte il modo concreto in cui si presenta la concorrenza delle funzioni e la loro distribuzione tra soggetti diversi» e, al contempo, sull'idea del controllo come «funzione tesa a rendere più lenta e difficile l'inevitabile modificazione della prescrizione normativa nel processo della sua attuazione», si veda G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato*, cit., 713; ID., *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, cit., 1129 ss.

¹³¹ M. TRIMARCHI, *Il divieto di «pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati» attraverso il prisma della giurisprudenza*, cit., secondo cui «il contenuto minimo della “pretesa normativa” insita nella separazione dei poteri è da ravvisare dunque nella necessaria compresenza, all'interno di uno stesso “ciclo funzionale”, di organi di deliberazione e organi di controllo».

¹³² F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., 108, il quale, proprio in relazione al rapporto tra esecutivo e legislativo, evidenzia come il principio della separazione dei poteri si sia ridotto a «mero criterio di divisione del lavoro onde assicurare in linea tendenziale che alla cura di determinati interessi provveda l'apparato o l'organo strutturalmente più idoneo».

¹³³ F. CORTESE, *Amministrazione e giurisdizione: poteri diversi o poteri concorrenti?*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2018, 2, 99 ss., spec. 106.

all'uno ciò che l'altro non sembra capace di fare o cercare di impedire interferenze»¹³⁴.

Il rischio è che altrimenti il problema della separazione dei poteri si sposti da un potere all'altro e che l'«amministrare senza amministrazione»¹³⁵ vada a ricadere eccessivamente sul potere giurisdizionale, chiedendosi sempre di più ad un giudice che finirebbe per giudicare sempre meno¹³⁶, con risvolti negativi su altro principio, quello dell'effettività della tutela, che è invece divenuto il paradigma a cui ordinare «l'ordinamento più vasto»¹³⁷.

Se si pensa definitivamente alla separazione dei poteri come «specializzazione di cui dovrebbero essere portatori corpi diversi e, appunto, separati», per cui è «sconveniente»¹³⁸ che una funzione sia in concreto esplicata da un soggetto appartenente al potere che rispetto ad essa non possiede la specifica competenza, nell'«equilibrio»¹³⁹ tra il potere dell'amministrazione e quello del giudi-

¹³⁴ L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo e le attività produttive: le barriere, gli ostacoli, i nodi. Studi di caso per uscire dal labirinto*, in *I nodi della pubblica amministrazione*, a cura di L. TORCHIA, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, 21.

¹³⁵ M. CAMMELLI, *Amministrare senza amministrazione*, in *il Mulino*, 2016, 4, 578 ss.

¹³⁶ Il richiamo è sempre all'espressione di M. CAMMELLI, *Amministrare senza amministrazione*, cit., che rilevava il fenomeno del chiedere sempre di più ad un'amministrazione pubblica «che amministra sempre meno».

¹³⁷ Il riferimento è all'espressione di F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 13.

¹³⁸ L. SALTARI, *Giudici amministratori*, cit., 331, secondo cui «l'intervento sostitutivo dei giudici non risolve, anzi crea inconvenienti e problemi. Sicché si può auspicare la rimonta della separazione dei poteri. Ma non perché sia disturbante l'emergere di fenomeni che contraddicono la tripartizione separata dei poteri, per cui è desiderabile che la realtà si riconnetta all'ontologia. [...] La complessità della società contemporanea annette alla separazione dei poteri un'ulteriore valenza, quella della specializzazione di cui dovrebbero essere portatori corpi diversi e, appunto, separati. Per cui è sconveniente che una funzione sia in concreto esplicata da un soggetto appartenente al potere che rispetto ad essa non possiede la specifica competenza».

¹³⁹ Ragionano in termini di «equilibrio tra il potere dell'amministrazione e quello del giudice di controllarne *ex post* l'operato» S. DEL GATTO, E. ROTOLO, *Il giudice e l'amministrazione*, in *La dinamica del diritto amministrativo. Dieci lezioni*, a cura di L. TORCHIA, Bologna, Il Mulino, 2017, 255 ss., spec. 283, secondo cui questo equilibrio «varia al variare delle fattispecie poste alla cognizione del giudice, del tipo di provvedimento impugnato, dell'azione esercitata e del tipo di funzione svolta dall'amministrazione».

ce¹⁴⁰, potrebbe giungersi ad un compromesso tra il principio di separazione dei poteri e quello dell'effettività della tutela.

7. *Il ruolo del giudice dei conflitti di attribuzione nella definizione dei confini tra amministrazione e giurisdizione*

Se più di recente il giudice amministrativo invoca la separazione dei poteri quale argomento a sostegno di un suo sindacato più o meno penetrante, il vero "arbitro" definitivo dei confini tra amministrazione e giurisdizione dovrebbero essere le sezioni unite della Corte di Cassazione, che dal 1877 sono il giudice risolutore delle questioni di giurisdizione¹⁴¹.

Poiché anche il sistema dei conflitti di attribuzione ha tradizionalmente vissuto anomalie e contraddizioni e la distinzione tra limiti interni ed esterni di giurisdizione¹⁴² e il sindacato della Cassazione

¹⁴⁰ Parla di «leale collaborazione» tra il giudice che «tende a rimettere le cose a posto e quindi a ottenere il risultato di tutela» e amministrazione G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, cit., 189.

¹⁴¹ Per un'analisi delle decisioni del Consiglio di Stato sui conflitti di attribuzione si veda G. MANTELLINI, *I conflitti d'attribuzioni in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, Firenze, Barbera, 1878.

¹⁴² Osservano A. POLICE, F. CHIRICO, «*I soli motivi inerenti la giurisdizione*» nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in *Il Processo*, 2019, 1, 113 ss.: «il significato delle espressioni "limiti interni"- "limiti esterni" dipende dal punto di osservazione dell'interprete». Secondo una parte della dottrina tradizionale, che guarda alla giurisdizione nel suo insieme, «il limite esterno della giurisdizione è quello costituito dai "limiti internazionali" e dai "limiti costituzionali", oltre i quali non può spingersi alcun giudice appartenente all'ordinamento giudiziario italiano; il limite interno della giurisdizione, invece, è il confine determinato nell'ambito del potere giurisdizionale tra i diversi ordini di giudici, ossia il confine oltre il quale finisce la sfera di potere di un giudice e comincia quella di un giudice diverso». Secondo altra prospettazione, che guarda non alla giurisdizione nel suo insieme, ma al singolo plesso giurisdizionale, «i limiti interni della giurisdizione, la cui violazione non è sindacabile dalla Corte di Cassazione, riguarderebbero invece l'interpretazione fornita dal giudice speciale delle norme sostanziali e processuali, e più in generale, le questioni attinenti alle modalità di esercizio della tutela da parte di quest'ultimo, in quanto tali non soggetti al sindacato della Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost.». Per la prima impostazione si vedano V. CAIANIELLO, *L'ambito del sindacato della Cassazione sulla giurisdizione amministrativa*, in *Id.*, *Problemi dell'amministrazione e della giurisdizione*, Padova, Cedam, 1986, 647 ss., spec. 679: «il controllo della Cassazione sul limite interno della giurisdizione am-

sulle sentenze del giudice amministrativo sono al centro di una rinnovata riflessione, sarà consentito fornire qualche breve spunto ricostruttivo utile per comprendere l'assetto attuale.

La nascita del sistema dei conflitti di attribuzione può farsi risalire alla legge sarda del 20 novembre 1859, n. 3780¹⁴³, il cui intento era proprio quello di verificare non tanto le giurisdizioni o le attribuzioni, ma di impedire ingerenze del potere giudiziario nell'amministrazione e garantirle spazi di esercizio insindacabile del potere.

Quell'intento e quella diffidenza nei confronti del potere giudiziario sono rimasti immutati anche quando, con la riforma del 1865, il potere di reprimere i conflitti, che prima era del re (previo parere del Consiglio di Stato, su proposta del Ministero dell'Interno, sentito il Consiglio dei Ministri)¹⁴⁴, è stato trasferito al Consiglio di Stato, che sui conflitti esercitava giurisdizione propria¹⁴⁵. La scelta del Consiglio di Stato quale organo risolutore dei conflitti ha rappresentato già di per sé un'anomalia, perché il Consiglio di Stato era esso stesso parte dell'amministrazione e il conflitto diveniva così un conflitto tra poteri non propriamente separati e non pari ordinati, in cui il "giudice" che risolveva il conflitto era anche parte del conflitto.

Quest'anomalia, che in parte riflette quella tendenza più recente del giudice a farsi "arbitro" dei confini tra amministrazione e giu-

ministrativa, cioè sul riparto fra le giurisdizioni [...] il controllo della Cassazione sul limite esterno della giurisdizione amministrativa ha come scopo di impedire che nell'esercizio del potere giurisdizionale loro conferito, il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa invadano la sfera riservata dalla legge all'assoluta discrezionalità della Pubblica Amministrazione». Aderisce alla seconda impostazione A. PAJNO, *La giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di A. SANDULLI, in *Corso di diritto amministrativo*, diretto da S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2013, 59, secondo cui «la Corte di cassazione (correttamente) interpreta quello da effettuarsi ai sensi dell'art. 111, c. 8, cost. non solo come sindacato sul riparto della giurisdizione (ordinaria o amministrativa), ma anche come sindacato sul rispetto, da parte di ciascun giudice, dei limiti della propria competenza giurisdizionale»; sul tema si veda altresì M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 173 ss.

¹⁴³ Art. 1 recita: «vi è conflitto quando l'Autorità giudiziaria si occupa di questioni riservate alle determinazioni dell'Autorità amministrativa, o quando un Tribunale ordinario si occupa di una questione riservata ai Tribunali del contenzioso amministrativo».

¹⁴⁴ Il Consiglio di Stato dava il preavviso ai sensi dell'art. 17.

¹⁴⁵ Si veda F.G. SCOCA, *Il Consiglio di Stato e i conflitti di attribuzione (1865-1877)*, in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, cit., 93 ss.

risdizione invocando il principio di separazione dei poteri, spiega le criticità del sistema originario di risoluzione dei conflitti, che di fatto aveva spogliato il territorio del contenzioso ordinario in favore dell'amministrazione. Il Consiglio di Stato, infatti, aveva risolto gran parte dei conflitti, dichiarando, anche se impropriamente¹⁴⁶, «competente» l'autorità amministrativa¹⁴⁷ e dunque ampliando le aree di potere incensurabile¹⁴⁸.

Anche quando con la legge 31 marzo 1877, n. 3761 il compito di conoscere dei conflitti (positivi e negativi) fra i giudici ordinari e i giudici speciali, nonché di dichiarare la nullità delle sentenze dei giudici speciali per "incompetenza" o "eccesso di potere", è stata attribuita alla Corte di Cassazione a sezioni unite, l'atteggiamento dell'organo risolutore non è mutato¹⁴⁹.

L'impressione era che le questioni di "competenza" venissero risolte più che in vista di un'effettiva separazione dei poteri, in funzione della decisione della questione¹⁵⁰. La possibilità di elevare il conflitto diveniva così una vera e proprio «arma»¹⁵¹, che il legislatore

¹⁴⁶ Secondo M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 176: «nei casi in cui il giudice (qualunque giudice) è carente di giurisdizione, ciò accade non perché "competente" sia l'amministrazione, ma perché non vi è né diritto né azione da far valere».

¹⁴⁷ Nel periodo 1865-1877, il Consiglio di Stato concludeva così i decreti con cui risolveva a favore dell'amministrazione i conflitti sollevati davanti ad esso: «Dichiara competente l'autorità amministrativa a risolvere la causa onde è sorto il presente conflitto».

¹⁴⁸ A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit., 414 rileva che «l'uso del mezzo straordinario, assai parco nei primi anni, si andava facendo sempre più frequente, in guisa da dar ragione a chi lo qualificava di abuso diretto a sottrarre quanto più si potesse alla competenza dei tribunali» e «troppo spesso, seconda la felice esposizione del Mancini, i litiganti erano "rimandati dalle aule giudiziarie alle anticamere dei Ministri"».

¹⁴⁹ L'art. 3, l. n. 3761/1877 ha infatti attribuito alla Cassazione la competenza di «3° Giudicare dei conflitti di giurisdizione positivi o negativi fra i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali, non che della nullità delle sentenze di queste giurisdizioni per incompetenza od eccesso di potere».

¹⁵⁰ Per un'analisi delle decisioni del Consiglio di Stato sui conflitti di attribuzione si veda G. MANTELLINI, *I conflitti d'attribuzioni in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, Firenze, Barbera, 1878.

¹⁵¹ Sul tema G. MANTELLINI, *I conflitti d'attribuzioni fra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, Firenze, Barbera, 1873; F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., 445; L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, cit., 129 ss.; S. LESSONA, *Il vizio di eccesso di potere nelle sentenze delle giurisdizioni speciali*, in ID., *Scritti minori*, I, Milano, Giuffrè, 1958,

dava all'amministrazione per consentirle di difendere il suo territorio, sottraendo la controversia al giudice che la stava esaminando e dirottandola verso l'organo risolutore dei conflitti¹⁵².

Negli anni immediatamente successivi all'istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato si era oramai diffusa l'idea che i tribunali ordinari non fossero in grado di «sopperire al bisogno di assicurare la giustizia nell'amministrazione»¹⁵³ e che l'eccesso di potere operasse «in un campo incomparabilmente più largo di quello in cui sta contenuta l'autorità del giudice civile»¹⁵⁴. Così era fortemente contestata la possibilità che le decisioni della quarta sezione fossero suscettibili di ricorso alla Cassazione come giudice dei conflitti. Da un lato, si utilizzava l'*escamotage* della natura amministrativa della quarta sezione del Consiglio di Stato¹⁵⁵ per sottrarla al sindacato del giudice ordinario, dall'altro lato, si raccomandava alla Cassazione, che tendeva a interpretare in maniera lata i suoi poteri¹⁵⁶, di procedere «con prudenti criteri»¹⁵⁷.

425 ss.; O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, cit., 517 ss.; S. ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, cit. Per una dettagliata ricostruzione si veda altresì F. BASSI, *Lo straripamento di potere. (Profilo storico)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 245 ss., spec. 288 ss. per quanto riguarda l'eccesso di potere giudiziario nell'art. 3, n. 3), l. n. 3761/1877.

¹⁵² Sugli orientamenti giurisprudenziali originari L. CALIENDO, *In tema di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1925, IV, 49 ss.; L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1931, 215 ss.

¹⁵³ A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, cit., secondo cui «finché di facoltà discrezionali sia da sommo ad imo intessuta ogni pubblica gerarchia, i tribunali ordinari non potranno sopperire al bisogno di assicurare la giustizia nell'amministrazione. Il loro controllo esterno e schematico dovrà fra l'altro essere integrato e supplito da quello più penetrante e più efficace di speciali giurisdizioni amministrative».

¹⁵⁴ L. MORTARA, *Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione*, in *Monitore dei tribunali*, 1889, 245.

¹⁵⁵ Anche chi come ID., *Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione*, cit., affermava la natura giurisdizionale della IV sezione evidenziava il bisogno di una modificazione radicale della legge del 1877.

¹⁵⁶ Si veda V. CAIANIELLO, *L'ambito del sindacato della Cassazione sulla giurisdizione amministrativa*, cit., lamenta la tendenza della Cassazione a considerare come questione di giurisdizione l'esistenza o meno di un interesse legittimo.

¹⁵⁷ Così S. ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, cit., 1252. Rileva altresì che «il

Non mancarono poi i tentativi in dottrina di creare un tribunale speciale dei conflitti a composizione mista paritaria¹⁵⁸, in ogni caso circoscrivendo la competenza della Cassazione ed escludendo la giurisdizione sul controllo sulla discrezionalità «per una ragione più intima di merito, perché cioè non vi è diritto, né azione da fare valere». In altri termini, quando la questione involgeva l'esercizio della discrezionalità, si diceva che la controversia non riguardasse la giurisdizione ma il merito, perché «l'amministrazione reclama, come parte in causa, un suo diritto» e «la giurisdizione, sbagliando, lo disconosce»¹⁵⁹. Si sottraeva così il controllo alla Cassazione che ave-

controllo su queste decisioni è di una estrema delicatezza [...] Più delicato ancora esso si rende nell'ipotesi che una giurisdizione amministrativa sia stata essa stessa giudice di un eccesso di potere da parte o di un'altra giurisdizione di grado inferiore o di una semplice autorità amministrativa, e che siffatto giudizio si sia correttamente compiuto con i criteri con cui la nozione dell'eccesso si delinea nel campo amministrativo, più larga e penetrante che non nel campo giudiziario. Di tale differenza la Cassazione dovrà tenere conto, altrimenti rischia di considerare come eccesso ciò che da parte della giurisdizione fu esercizio di una competenza legittima».

¹⁵⁸ Così anche F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., 369. Rileva la necessità di «mutare l'attuale sistema che dei loro conflitti fa giudice l'organo supremo della magistratura ordinaria e affidare invece siffatta attribuzione ad un apposito tribunale» S. ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, cit., 1224. Più di recente M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, cit., 1699: «non vi è dubbio che la via maestra rimane quella della riforma istituzionale, indicata più di un secolo fa da Ludovico Mortara, addivenire cioè ad un tribunale della giurisdizione a composizione mista»; R. VILLATA, *«Lunga marcia» della Cassazione verso la giurisdizione unica («dimenticando» l'art. 103 della Costituzione)?*, cit., 356 secondo cui «l'istituzione di un Tribunale dei conflitti a composizione mista risulterà certamente la soluzione più consonante con un sistema dualistico fondato sulla piena parità di giudice ordinario e giudice amministrativo, ma a tal fine dubito fortemente circa la percorribilità di siffatto obiettivo senza una riforma costituzionale»; N. PAOLANTONIO, *Monismo e dualismo del sistema di giustizia amministrativa. Considerazioni a margine di un disegno di legge per l'istituzione di un tribunale supremo dei conflitti*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, cit., 1235 ss.

¹⁵⁹ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 771 «l'eccesso di potere, ancorché implichi un giudizio che si avvicina al merito, rimane, però distinto da questo. Coll'eccesso di potere si colpisce il caso che non vi sia alcun fatto che costituisca motivo o causa dell'atto, in cui, cioè nessuna ragione di utile pubblico giustifichi l'atto. Nel sindacato di merito, si ricerca se essendovi una qualche, benché minima ragione di pubblica utilità, che costituisce motivo o causa dell'atto, questa sia idonea in linea di opportunità o equità a dar vita all'atto stesso. La giurisprudenza è molto rigorosa nell'escludere siffatto sindacato di merito non solo quando si tratti dell'uso di poteri discrezionali puri dell'amministrazione, ma nemmeno dell'eserci-

va esteso il controllo di legittimità anche all'eccesso di potere nelle forme via via assunte nella giurisprudenza del Consiglio di Stato¹⁶⁰.

Nonostante le critiche e il tentativo di individuare prudenti criteri per l'esercizio da parte della Corte di Cassazione del proprio sindacato sulla giurisdizione, il legislatore non è più tornato sulla scelta di attribuire a quel giudice la giurisdizione in materia di conflitti¹⁶¹.

Il ruolo delle sezioni unite quale giudice risolutore dei conflitti è stato confermato nei testi legislativi successivi¹⁶², nel codice di

zio della discrezionalità tecnica». Si veda anche sul tema O. RANELLETTI, *Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1928, II, 69 ss. ora in *Id.*, *Scritti giuridici scelti. La giustizia amministrativa*, II, Napoli, Jovene, 1992, 165 ss. che critica la sentenza Cass., sez. un., 21 gennaio 1928, n. 321 che riconosce il difetto di giurisdizione nell'ipotesi in cui il Consiglio di Stato abbia esercitato «un sindacato di merito invadendo il campo proprio dell'attività amministrativa», poiché si trattava di valutazione di elementi rimessi al potere discrezionale dell'amministrazione dello Stato: «Ma con tutto il rispetto per l'altissimo magistrato, a noi non sembra che tale tesi possano essere seguite: [...] ammesso per poco che il provvedimento impugnato fosse discrezionale, l'impugnativa contro di esso, per la mancata osservanza della condizione, a cui ne era stata vincolata la emanazione dal Ministero dei lavori pubblici, non esorbitava dai confini del giudizio di legittimità; conseguentemente il ricorso al Consiglio di Stato, in sede di giurisdizione di legittimità, era proponibile; e il Consiglio di Stato, decidendo su di esso rimaneva nei limiti dei poteri ad esso spettanti nel giudizio di legittimità».

¹⁶⁰ M. D'AMELIO, S. ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1929, 181 ss. Tra le molte sentenze che hanno dato un'interpretazione estensiva della questione di giurisdizione ravvisabile anche nelle ipotesi di «improponibilità assoluta della domanda», quando «non si rinvenga nell'ordinamento alcuna norma o principio astrattamente idonei a far rientrare la posizione dedotta fra quelle suscettibili di tutela giurisdizionale» Cass., sez. un., 22 ottobre 1984, n. 5365 e 5363; *Id.*, 23 luglio 1984, n. 4489; *Id.*, 3 giugno 1986, n. 3700; *Id.*, dicembre 1986, n. 7213; *contra* l'orientamento secondo cui la pronuncia sulla «configurabilità astratta del diritto fatto valere in giudizio costituisce questione di merito e non di giurisdizione» e perciò non può essere denunciata con istanza di regolamento preventivo di giurisdizione Cass., sez. un., 20 giugno 1987, n. 5449; *Id.*, 21 febbraio 1987, n. 1879; *Id.*, 15 giugno 1987, n. 5256.

¹⁶¹ Anche per un'ampia disanima della giurisprudenza della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo si vedano B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1998, I, 1567 ss.; V. CAIANIELLO, *L'ambito del sindacato della Cassazione sulla giurisdizione amministrativa*, cit.

¹⁶² Per una ricostruzione dello sviluppo storico della nostra legislazione in materia si veda M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 173 ss. L'art. 6, l. n. 62/1907 stabilì che nei confronti delle decisioni pronunciate dal Consiglio di Stato

procedura civile del 1942¹⁶³ e poi nell'art. 111, comma 8 della Costituzione, che ha previsto il ricorso in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione»¹⁶⁴. Da ultimo, il codice del processo amministrativo agli artt. 91 e 110 non ha fatto altro che ribadire la previsione costituzionale, prevedendo che il ricorso per Cassazione è ammesso contro le sentenze del Consiglio di Stato «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione»¹⁶⁵.

7.1. *I «soli motivi inerenti alla giurisdizione»: dal controllo sull'eccesso di potere giurisdizionale al rischio di un nuovo “balletto di giurisdizioni”*

Sebbene «nelle leggi e nella prassi, i termini suddetti siano adoperati in modo tutt'altro che costante e preciso»¹⁶⁶ e larga parte delle questioni teorico-applicative nel sindacato delle decisioni del Consiglio di Stato ad opera della Corte di cassazione «sorga dall'ambiguità dei termini utilizzati dalla Costituzione e dalla disciplina

fosse esperibile il ricorso in Cassazione «per assoluto difetto di giurisdizione». La formula è stata successivamente trasfusa nell'art. 48, R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 (t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato). Dopo la Costituzione, la legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (legge istitutiva dei Tar) ha ribadito la proponibilità del ricorso in Cassazione «per motivi inerenti alla giurisdizione», con formula ripresa anche dal più recente d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373 in relazione all'impugnazione delle decisioni del Consiglio di giustizia amministrativa.

¹⁶³ L'art. 362 c.p.c. ribadisce la possibilità di sindacare le sentenze del giudice amministrativo per generici «motivi attinenti alla giurisdizione», comprensivi del difetto e del cattivo esercizio della funzione giurisdizionale, su cui si veda V. ANDRIOLI, *Commento al Codice di procedura civile. Del processo di cognizione*, II, Napoli, Jovene, 1945, 360 ss.

¹⁶⁴ V. CAIANIELLO, *L'ambito del sindacato della Cassazione sulla giurisdizione amministrativa*, cit.

¹⁶⁵ Per un commento degli artt. 91 e 110 c.p.a., si veda F.P. LUISO, *Mezzi di impugnazione*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, Giuffrè, 2015, 889 ss., M. D'ORSOGNA, *Motivi di ricorso*, ivi, 1014 ss. Si veda altresì M.V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del consiglio di Stato*, Padova, Cedam, 2005; C.E. GALLO, *L'impugnazione in Cassazione delle decisioni del Consiglio di stato*, in *Dir e proc. amm.*, 2013, 2-3, 553 ss.

¹⁶⁶ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 174.

processuale»¹⁶⁷, nel ragionamento condotto non rilevano le questioni relative al limite costituito dalla giurisdizione di altro giudice, ordinario o speciale (difetto relativo di giurisdizione), ma interessa il dibattito sull'eccesso di potere giurisdizionale¹⁶⁸, che riguarda lo sconfinamento dell'attività giurisdizionale (ordinaria o amministrativa)¹⁶⁹, tanto nel campo dei poteri legislativi, quanto in quello dei poteri propriamente amministrativi¹⁷⁰.

Se lo sconfinamento nel campo legislativo appare più teorico che pratico¹⁷¹, perché vorrebbe dire che il giudice crea lui una nor-

¹⁶⁷ A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 2, 635 ss.

¹⁶⁸ Per tutti G. CAIA, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, in *La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi*, a cura di F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 249 ss., spec. 254, che rileva che l'invasione della sfera di altra giurisdizione, il difetto assoluto di giurisdizione, il rifiuto di esercizio della potestà giurisdizionale, l'irregolare composizione dell'organo giudicante «integrano una verifica di giurisdizione per problemi di giurisdizione», mentre l'eccesso di potere giurisdizionale «riguarda un'ipotesi in cui la giurisdizione del giudice amministrativo deve essere verificata in relazione alle funzioni spettanti ad altri poteri dello Stato».

¹⁶⁹ È quanto rilevato da ultimo anche da Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 6: «L'«eccesso di potere giudiziario», denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici».

¹⁷⁰ R. VILLATA, *Sui «motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 3, 632 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Sui motivi attinenti alla giurisdizione*, in *Foro amm.*, 1963, 315 ss.; F. FRANCIOSI, *Diniego di giurisdizione*, in *Il Libro dell'anno del Diritto 2019*, a cura di Istituto della Enciclopedia Italiana, 2019; ID., *Il Sindacato della cassazione sul rifiuto di giurisdizione*, in *Il Libro dell'anno del Diritto 2017*, a cura di Istituto della Enciclopedia Italiana, 2017.

¹⁷¹ Così M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 169. Anche la giurisprudenza Cass., sez. un., 30 marzo 2017, n. 8282; Id., 16 febbraio 2017, n. 4095; Id., 21 novembre 2011, n. 24411; Id., ord., 28 gennaio 2011, n. 2068; Id., ord., 30 dicembre 2004, n. 24175, rileva che «l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è figura di rilievo affatto teorico, in quanto – dovendosi ipotizzare che il giudice applichi, non già la norma esistente, ma una norma all'uopo creata – detto eccesso potrebbe ravvisarsi solo a condizione

ma «esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete»¹⁷² e perché il più delle volte si contesta il vizio non tanto quando il giudice crea la norma, ma quando si è limitato a interpretarla e quindi non è denunciabile in Cassazione¹⁷³, di rinnovata attualità e rilevante nell'analisi¹⁷⁴, è l'ipotesi dello sconfinamento del potere giudiziario nel potere amministrativo¹⁷⁵.

Occorre in altri termini comprendere come la Corte di Cassazione abbia ricondotto nei «motivi inerenti alla giurisdizione» l'eccesso di potere del giudice amministrativo¹⁷⁶, superando quella tesi

di poter distinguere un'attività di produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice, da un'attività interpretativa».

¹⁷² Tra le molte Cass., sez. un., 12 dicembre 2012, n. 22784; Cass., sez. un., 14 settembre 2012, n. 15428.

¹⁷³ Tra le molte Cass., sez. un., 9 maggio 2016, n. 9282; Id., 20 aprile 2017, n. 9967; Id., 21 marzo 2017, n. 7157.

¹⁷⁴ Tra i molti si vedano V. CAIANIELLO, *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Giur. it.*, 1977, IV, 23 ss.; C. LAVAGNA, *In tema di eccesso di giurisdizione del Consiglio di Stato*, in *Foro amm.*, 1951, II, 142 ss.; A. TORRENTE, *Il ricorso alle Sezioni Unite della Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato per motivi attinenti alla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 252 ss.; C. CERETI, *Impugnabilità in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato per i motivi inerenti alla giurisdizione (art. 111 u.c. Costituzione)*, in *AA.VV., Studi in memoria di Guido Zanobini*, I, Milano, Giuffrè, 1965, 297 ss.; C. FERRI, *Limiti del controllo in Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 356 ss.; I.M. MARINO, *Corte di Cassazione e giudici «speciali»*. (Sull'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost.), in *AA.VV., Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, Giuffrè, 1993, 1383 ss.; V. OTTAVIANO, *Rilievi in tema di c.d. conflitti fra amministrazione e giudice amministrativo*, in *Id., Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1992, 173 ss.; F. CIPRIANI, *Sul difetto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Foro. it.*, 1999, 6, 2009 ss.; A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, cit., 434 ss.; B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, cit.; F. GAVERINI, *Il controllo della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato ex art. 111 cost. ed il principio di effettività della tutela, tra limite interno ed esterno della giurisdizione*, in *Foro Amm. CdS*, 2007, 1, 82 ss.; F. OLLA, *Il sindacato della Corte di Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione amministrativa e l'interpretazione della legge*, in *Giust. civ.*, 2008, 1548 ss.; C. CACCIAVILLANI, *La risoluzione delle questioni di giurisdizione*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, cit., 448 ss.; F. LORENZETTI, *Il sindacato della Cassazione sulle pronunce del Consiglio di Stato per «i soli motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *Il Processo*, 2022, 1, 155 ss.

¹⁷⁵ Tra le molte Cass., sez. un., 17 febbraio 2012, nn. 2312 e 2313.

¹⁷⁶ Sul tema oltre alla dottrina già citata si vedano M.V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, Cedam, 2005; A. LAMORGESE, *La giurisdizione contesa. Cittadini e pubblica amministrazione*, To-

che, in una visione condizionata dall'antica concezione del conflitto tra poteri, affermava che tutte le volte in cui la questione attiene all'invasione del giudice della riserva amministrativa si porrebbe un problema di merito, non una questione di giurisdizione ricorribile in Cassazione¹⁷⁷.

L'esigenza si pone perché si assiste ad una progressiva, talvolta indebita, estensione del sindacato *ex art.* 111, comma 8 Cost. Il giudice ordinario nelle vesti di organo risolutore dei conflitti, per un verso prova a riappropriarsi di materie che ha perso, considerando come eccesso di potere l'esercizio da parte del giudice speciale di una competenza legittima, per altro verso tenta, quantomeno astrattamente, di porre un freno alle tendenze del giudice amministrativo di varcare qualsivoglia limite imposto alla sua giurisdizione¹⁷⁸.

Ancorché non siano così frequenti i casi in cui la Cassazione accoglie il ricorso e cassa la sentenza del giudice amministrativo¹⁷⁹, il giudizio davanti alla Cassazione per motivi di giurisdizione diviene un potenziale terzo grado di giudizio, tutte le volte in cui le sezioni unite, superata la difficoltà di cogliere di volta in volta la linea di discriminazione tra sindacato di merito e di legittimità, si spingono fino a circoscrivere i poteri del giudice amministrativo¹⁸⁰.

Vi rientrano i casi in cui il giudice usa poteri di cognizione o di decisione più ampi o anche solo diversi rispetto a quelli attribuiti

rino, Giappichelli, 2014, 62 ss.; P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione» nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Napoli, ESI, 2016.

¹⁷⁷ I. ZINGALES, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, Giuffrè, 2007, 206 ss.

¹⁷⁸ Parla di «forte tensione» tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato che periodicamente si ripropone G. TROPEA, *Diritto alla sicurezza giuridica nel dialogo "interno" ed "esterno" tra corti*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 4, 1255; A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione "funzionale" delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 1111 ss.

¹⁷⁹ Cass. n. 2312/2012, che cassa una sentenza del Consiglio di Stato che aveva annullato un provvedimento di rifiuto di aggiudicazione per ragioni di inaffidabilità dell'impresa adottato dalla pubblica amministrazione appaltante; Cass., 5 ottobre 2015, n. 19787 che cassa la sentenza del Consiglio di Stato che opera una valutazione di merito del contenuto della delibera del CSM per l'attribuzione di un incarico giudiziario.

¹⁸⁰ C. GIUDICE, *Le Sezioni Unite quale terzo grado del giudizio amministrativo*, in *giustamm.it*, 2021. In senso critico sul sindacato della Cassazione sui poteri del giudice amministrativo L. GIANI, *Giudice amministrativo e cognizione del fatto*, cit.

dalla legge, perché decide nel merito in sede di giudizio di sola legittimità, perché decide dell'opportunità dell'atto, sostituendolo o riformandolo, perché compie in giudizio accertamenti o valutazioni anche tecniche¹⁸¹, demandati all'amministrazione nel procedimento¹⁸². Così, per esempio, quando in materia di appalti il giudice amministrativo, constatata l'assenza delle spiegazioni necessarie a giustificare un'offerta anomala, si spinge a formulare un autonomo giudizio di congruità dell'offerta della ditta aggiudicatario della gara, le sezioni unite sono chiamate, quale giudice di terzo grado, a valutare lo sconfinamento nella sfera di valutazione dell'amministrazione¹⁸³.

Al vaglio del giudice della giurisdizione vi sono poi tutti le ipotesi di «abuso» del giudizio di ottemperanza¹⁸⁴, in cui al giudice amministrativo è consentito in linea di principio di sostituirsi all'amministrazione nel provvedere e in concreto la questione dei limiti della giurisdizione, in rapporto con la riserva di amministrazione, si risolve nella valutazione dello sconfinamento rispetto alla regola più o meno stringente dettata dal giudice nella sentenza da ottemperare.

Per quanto nella logica della Cassazione la cognizione del fatto non implicasse necessariamente uno sconfinamento da parte del giudice amministrativo dei suoi poteri, perché «ha il potere di accertare i fatti e di valutarli dal punto di vista del diritto al fine di stabi-

¹⁸¹ Sull'eccesso di potere giurisdizionale in rapporto al sindacato sulla discrezionalità tecnica si veda L. GIANI, *L'accertamento del fatto da parte del giudice amministrativo tra valutazioni tecniche ed eccesso di potere giurisdizionale*, in *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, a cura di G. DE GIORGI CEZZI, G. GRECO, G. MORBIDELLI, P.L. PORTALURI e F.G. SCOCA, I, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 405 ss., spec. 421 ss.

¹⁸² Tra le molte Cass., sez. un., 13 ottobre 2023, n. 28550: «l'eccesso di potere per sconfinamento nella sfera del merito amministrativo è configurabile soltanto quando l'indagine svolta dal giudice amministrativo abbia ecceduto i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, rivelandosi strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e della convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione, attraverso un sindacato di merito, che si estrinsechi in una pronuncia avente il contenuto sostanziale e l'esecutorietà propria del provvedimento sostituito (Cass., sez. un., 28 luglio 2021, n. 21651; Cass., sez. un., 22 settembre 2023, n. 27201)».

¹⁸³ Cass., sez. un., 17 dicembre 2021, n. 40546.

¹⁸⁴ Tra le molte Cass., sez. un., 19 ottobre 2012, n. 17936.

lire se il provvedimento sia viziato»¹⁸⁵, il giudice amministrativo ha per molto tempo inteso in modo molto restrittivo i suoi poteri di accertamento del fatto. Di conseguenza, il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione raramente aveva ad oggetto l'indagine da parte del giudice del fatto. Anche quando la Cassazione era chiamata ad individuare i limiti del sindacato di legittimità, non era chiaro il confine tra accertamento del fatto strumentale ad una diretta valutazione dell'opportunità (vietato) e indagine sul fatto per la corretta applicazione della norma (consentita).

Veniva così consentito l'esame sull'uso fatto da terzi di una strada privata perché la valutazione effettuata ineriva all'interpretazione della *ratio* della disciplina urbanistica¹⁸⁶, nonché l'accertamento relativo all'esproprio di un'area esorbitante rientrando nell'ambito della giurisdizione di legittimità «l'accertamento dei limiti dell'esercizio del potere ablatorio in rapporto alle effettive esigenze della realizzazione dell'opera di pubblico interesse»¹⁸⁷.

Nel giudizio con pieno accesso al fatto, i casi di ricorso alle sezioni unite per eccesso di potere giurisdizionale sono potenzialmente destinati ad aumentare e diventano un'arma per il soccombente tutte le volte in cui il giudice nell'accedere al fatto abbia rigettato il ricorso¹⁸⁸.

In sede di controllo dei limiti della giurisdizione, la corte di Cassazione dovrà necessariamente adeguarsi all'evoluzione del sindacato del giudice amministrativo, per evitare di ascrivere all'area del merito amministrativo quella che non è una scelta vera e propria,

¹⁸⁵ Cass., 8 maggio 1959, n. 1350; Id., 6 aprile 1963, n. 895; Cass., 21 giugno 1968, n. 2072; *contra* Cass., 16 ottobre 1961, n. 2175, secondo cui il giudice amministrativo si deve limitare ad «un riscontro obiettivo, materiale o razionale, tra la realtà effettuale e la base del provvedimento, senza addivenire ad una valutazione o ad un apprezzamento subiettivo dei fatti stessi». Per una compiuta analisi della giurisprudenza della Cassazione B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, cit.

¹⁸⁶ Cass., 16 gennaio 1987, n. 317.

¹⁸⁷ Cass., 20 gennaio 1987, n. 462.

¹⁸⁸ Già Cass., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013 si è occupata della contestata invasione da parte del Consiglio di Stato della sfera d'azione riservata all'amministrazione con riguardo alla verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato, su cui si veda in dottrina B. GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, 1057 ss.

ma una scelta riconducibile al sindacato pieno ed effettivo sulla legittimità dell'azione amministrativa¹⁸⁹, in cui il giudice non agisce «in prima battuta»¹⁹⁰.

È quanto di recente avvenuto nella nota vicenda Hoffmann-La Roche, in cui la questione è stata portata avanti alla Cassazione, a ben vedere più con l'obiettivo di perseguire un terzo grado di giudizio, che per convincenti ragioni di superamento dei limiti esterni della giurisdizione. Si è infatti utilizzato l'espedito del diniego di giurisdizione e dell'eccesso di potere giurisdizionale, sull'assunto che il Consiglio di Stato in parte non avesse operato alcun sindacato né alcuna valutazione sui fatti fondanti la decisione di AGCM, in parte ne avesse invaso i poteri amministrativi, confermando la sanzione da questa irrogata sulla base di fatti diversi. Le sezioni unite, tuttavia, hanno rigettato tutti i ricorsi, rilevando che il Consiglio di Stato non ha ommesso di espletare il vaglio dei fatti rilevanti, ma, al contrario, «ha compiuto *in toto* l'accertamento fattuale», affrontando in modo espresso la questione della sostituibilità terapeutica dei due farmaci e della natura ingannevole delle informazioni sugli effetti collaterali pregiudizievoli degli stessi¹⁹¹.

C'è un altro dato che merita di essere approfondito.

Nel giudizio sul fatto il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione è infatti destinato ad avere ad oggetto con maggiore frequenza rispetto al passato anche le sentenze del giudice della revocazione¹⁹²,

¹⁸⁹ F. PATRONI GRIFFI, *Giustizia amministrativa: evoluzione e prospettive nell'ordinamento nazionale e nel quadro europeo*, cit.

¹⁹⁰ F.G. COCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, cit., nel richiamare Cons. Stato, sez. IV, 6 novembre 2018, n. 6270, rileva che «la differenza tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito sta nel fatto che, “nel giudizio di legittimità” il giudice agisce “in seconda battuta”, verificando, nei limiti delle censure dedotte, se le valutazioni effettuate dall'organo competente sono viziate da eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, vale a dire se le stesse, pur opinabili, esulano dal perimetro della plausibilità, o per travisamento del fatto, mentre nel giudizio di merito, il giudice agisce “in prima battuta”, sostituendosi all'Amministrazione ed effettuando direttamente e nuovamente le valutazioni a questa spettanti, con la possibilità [...] di sostituire la propria valutazione alla valutazione dell'Amministrazione anche nell'ipotesi in cui quest'ultima, sebbene opinabile, sia plausibile».

¹⁹¹ Cass. civ., sez. un., 5 ottobre 2021, n. 26920.

¹⁹² Su cui con riguardo al caso del contrasto della sentenza del giudice nazionale con una pronuncia di una Corte di Giustizia sovranazionale si veda F. FRANCA-

che nella necessaria considerazione dell'errore di fatto risultante dagli atti o documenti di causa, deve limitarsi a rilevare l'«abbaglio dei sensi» del giudice della sentenza impugnata¹⁹³, che ha ritenuto documentalmente provato un fatto inesistente o viceversa inesistente un fatto documentalmente provato, altrimenti oltrepassando i limiti della sua giurisdizione.

Il ricorso per Cassazione in questi casi (quando cioè sia stato esperito anche il rimedio della revocazione ai sensi dell'art. 395, n. 4 c.p.c.) viene così ad essere un potenziale quarto grado di giudizio, che non può tuttavia essere strumentalizzato «per veicolare censure rivolte, in realtà, a contestare il potere giurisdizionale esercitato, dallo stesso giudice amministrativo»¹⁹⁴ nella precedente decisione di merito. Così in un recente caso in cui il Consiglio di Stato, ribaltando la decisione del Tar Lazio¹⁹⁵, aveva confermato la non idoneità di un'aspirante commissaria di Polizia in ragione della presenza di un tatuaggio in zona non coperta dall'uniforme¹⁹⁶, il giudizio tutto incentrato sul fatto che si trattasse di un tatuaggio in senso stretto o di un mero residuo cicatriziale, copribile dalle calze della divisa, dopo essere stato cassato anche dal giudice della revocazione «per la mancata considerazione della – asserita – non visibilità del tatuaggio»¹⁹⁷, è giunto fino alla Cassazione, che ha tuttavia dichiarato il ricorso inammissibile in quanto si configurerebbe al più «un *error in iudicando*, come tale non censurabile in sede di legittimità»¹⁹⁸.

Se va visto con favore il ruolo della Cassazione quale giudice del controllo nel giudizio sul rapporto con ampio accesso al fatto, anche sotto il profilo della garanzia per la parte soccombente rispetto a un giudice amministrativo sempre più autoreferenziale, riecheggiano le

RIO, *Giudicato e revocazione*, in *Il Libro dell'anno del Diritto 2018*, a cura di Istituto della Enciclopedia Italiana, 2018; già ID., *Revocazione per contrasto con pronuncia di Corte di giustizia*, in *Libro dell'anno del diritto 2016*, a cura di Istituto Enciclopedia Italiana, 2016.

¹⁹³ Cons. Stato, sez. II, 27 aprile 2022, n. 3258.

¹⁹⁴ Cass., sez. un., 27 marzo 2023, n. 8676; Id., 22 settembre 2023, n. 27195; Id., 20 luglio 2021, n. 20688; Id., 31 ottobre 2019, n. 28214.

¹⁹⁵ Tar Lazio, sez. I-quater, 7 febbraio 2020, n. 1700.

¹⁹⁶ Cons. Stato, sez. IV, 8 giugno 2021, n. 4386.

¹⁹⁷ Cons. Stato, n. 3258/2022, cit.

¹⁹⁸ Cass., n. 8676/2023, cit.

parole di quella dottrina che già da tempo ammoniva dal rischio di «vedere una questione di giurisdizione dappertutto»¹⁹⁹.

Le vicende più recenti segnano infatti un nuovo attivismo della Cassazione, che pare strumentalizzare la concezione per così dire “evolutiva” o “dinamica” di giurisdizione²⁰⁰, che aveva condotto ad estendere il giudizio letteralmente «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione» alle “forme di tutela” considerando norma sulla giurisdizione «non solo quella che individua i presupposti dell’attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere stabilendo attraverso quale forma di tutela esso si estrinseca»²⁰¹ e ricostruendo come questione di giurisdizione anche il difetto di qualsiasi potere (cioè assoluto) di giurisdizione, quando non vi sia nessuna situazione da tutelare e nessuna azione da esperire²⁰².

Se fino ad ora la questione era rimasta più teorica che pratica, più di recente quella concezione è stata strumentalizzata con la funzione ultima di impedire la formazione di un giudicato contrastante con il diritto dell’Unione europea cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione²⁰³, letteralmente rianimando il dibattito dottrinale in

¹⁹⁹ Così M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 170.

²⁰⁰ Sul tema si veda A. BARONE, *Un caso estremo di diniego di giurisdizione per radicale stravolgimento del diritto dell’Unione europea*, in *Il Processo*, 2018. Parla di «nomofiliachia oltre i confini» A. BARONE, *Nomofiliachia, corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 3, 557 ss.

²⁰¹ Così a partire da Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254.

²⁰² Cass., sez. un., 19 gennaio 2012, n. 736.

²⁰³ Come noto, è intervenuta la Corte costituzionale (Corte cost. n. 6/2018), che ha negato la compatibilità della nozione di giurisdizione dinamica «con la lettera e lo spirito della norma costituzionale», escludendo in maniera netta ogni interpretazione evolutiva o soluzione intermedia che renda possibile il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze dei giudici speciali per violazioni di legge non riconducibili alla nozione di giurisdizione in senso stretto. Le sentenze immediatamente successive sembravano essersi definitivamente adeguate alla presa di posizione della Corte costituzionale escludendo il riferimento all’ipotesi estrema del contrasto con il diritto sovranazionale (Cass., sez. un., 19 luglio 2018, n. 19283; Cass., sez. un., 9 novembre 2018, n. 28652; Cass., sez. un., 17 dicembre 2018, n. 32622; Cass., sez. un., 16 maggio 2019, n. 13243; Cass., sez. un., 19 novembre 2019, n. 29085; Cass., sez. un., 6 marzo 2020, n. 6460), ma poi le sezioni unite hanno chiesto in via pregiudiziale l’intervento interpretativo della Corte di giustizia perché «la compatibilità di suddetto orientamento con il diritto dell’Unione, e dunque la sua vincolatività per le sezioni unite, è dubbia» (Cass., sez. un., ord., 18 settembre 2020, n. 19598). La Corte di Giustizia ha ritenuto idoneo a garantire la

materia²⁰⁴. Per ragioni di sintesi si perdonerà all'Autore se non ci si

pienezza e l'effettività della tutela il rimedio previsto dall'art. 111, comma 8 Cost. (CGUE, grande sez., 21 dicembre 2021, C-497/20).

²⁰⁴ Tra i tanti in dottrina, senza nessuna pretesa di esaustività, si vedano A. POLICE, F. CHIRICO, «*I soli motivi inerenti la giurisdizione*» nella giurisprudenza della Corte costituzionale, cit.; A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione "funzionale" delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, cit.; ID., *Rapporti fra le giurisdizioni e interpretazione della Costituzione: osservazioni sul Memorandum dei presidenti delle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro it.*, 2018, CXLIII, 109 ss.; G. SIGISMONDI, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giur. cost.*, 2018, 1, 122 ss. Si vedano anche M. BRANCA, *L'esecuzione della sentenza CEDU e la riapertura del processo civile o amministrativo: Corte cost. n. 125 del 2017, n. 6 e n. 25 del 2018*, in *Giur. cost.*, 2018, 3, 1521 ss.; F. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2018, 3, 1537 ss.; F. DEODATO, *Nota a Corte Costituzionale sentenza 24 gennaio 2018, n. 6 e Corte di Cassazione – S.U. sentenza 29 dicembre 2017, n. 31226*, in www.ildirittoamministrativo.it; A. BARONE, *Un caso estremo di diniego di giurisdizione per radicale stravolgimento del diritto dell'Unione europea*, in *Il Processo*, 2018; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Il Processo*, 2020, 3, 886 ss.; G. TROPEA, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in giustiziasinsieme.it; A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in foroitaliano.it; G. COSTANTINO, A. CARRATA, G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in questionegiustizia.it; S. BARBARESCHI, L.A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598. Con postilla a commento di B. Caravita*, in federalismi.it, 2020, 30; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Il Processo*, 2020, 3, 886 ss.; G. TROPEA, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in giustiziasinsieme.it; A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in foroitaliano.it; R. BIN, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in federalismi.it, 2020, 32; F. FRANCARIO, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in *Questione giustizia*, 2021, 1 ss.; ID., *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, in federalismi.it, 2020; ID., *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustizia insieme*, 2020; A. SANDULLI, *Impervi sentieri dell'interlegalità: dal conflitto tra giurisdizioni allo scontro tra ordinamenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2021, 1, 57 ss. Ancora, sulla sentenza della CGUE, tra i tanti R. CONTI, *La Corte di Giustizia risponde alle*

occuperà approfonditamente della vicenda, che è solo indirettamente connessa al ragionamento condotto. Per quanto le sezioni unite, sulla scorta della più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, paiono aver definitivamente limitato il loro controllo sulle norme direttamente applicative del diritto UE²⁰⁵, la vicenda rileva nell'analisi in quanto pare sintomatica del tentativo quasi ostinato di voler estendere i propri poteri attraverso un'interpretazione estensiva dei motivi inerenti alla giurisdizione.

Si ritiene tuttavia che quegli stessi poteri non possano essere senza limiti²⁰⁶, anche perché se così fosse, ci si troverebbe di fronte

S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i "seguiti" a Corte Giust., G.S., 21 dicembre 2021, C-497/20, Randstad Italia?, in *Giustizia insieme*, 2022; R. MARTINO, *La Corte di Giustizia si pronuncia sulla querelle, tutta italiana, circa l'ambito di applicazione dell'art. 111, comma 8, Cost.: note a prima lettura*, in *Il Processo*, 2021, 566 ss.; B. SASSANI, B. DE SANTIS, *Diniego di tutela giurisdizionale e poteri delle Sezioni Unite alla luce del diritto unitario europeo. Riflessioni a caldo su una decisione annunciata*, in *Judicium*, 2022; M.P. CHITI, *Un conflitto tra i giudici supremi italiani deciso dalla Corte di giustizia: "tutti gabbati"?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 2, 225; R. VACCARELLA, *Violazioni del diritto europeo e «motivi inerenti alla giurisdizione»: novità in vista?*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1, 207 ss.; G. GRUNER, *Giudicato amministrativo nazionale e diritto dell'Ue*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2022, 4, 441 ss.; F. FRANCIARIO, *Il pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20 Randstad Italia spa*, in *Federalismi.it*, 2022, 2 ss.; *Id.*, *La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i "seguiti" a Corte Giust., G.S., 21 dicembre 2021 – causa C-497/20, Randstad Italia? Interventista di Roberto Conti a Fabio Francario*, 2022; M. MAZZAMUTO, *Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, in *Giustiziainsieme.it*, 2022; A. LAURA, *Il giudicato amministrativo anticomunitario: problema giuridico o politico*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 4, 852 ss.; C. FASONE, *La separazione tra poteri nei raccordi tra unione europea e Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 1, 45 ss.; D. PALAZZO, *I motivi inerenti alla giurisdizione tra diritto europeo ed effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 1, 93 ss.; E.N. FRAGALE, *Il controllo della Corte di cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato: aggiornare o superare la teoria dello sconfinamento in danno di altri poteri?*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 1, 326 ss.

²⁰⁵ Cass., sez. un., 27 settembre 2023, n. 27433; *Id.*, 5 maggio 2022, n. 14301; *Id.*, 22 dicembre 2022, n. 37605.

²⁰⁶ Corte cost., 12 marzo 1007, n. 77 nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 30, l. 6 dicembre 1971, n. 1034, ha affermato che «deve escludersi che la decisione sulla giurisdizione, da qualsiasi giudice emessa, possa interferire con il merito (al quale appartengono anche gli effetti della domanda) demandato al giudice munito di giurisdizione. La conferma di ciò è nella circostanza che perfino il supremo organo regolatore della giurisdizione, la Corte di cassazione, con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell'art. 111, comma 8, Cost., vincolare il Consi-

a una *impasse* e si finirebbe per violare quelle stesse regole di riparto che giustificano la previsione di un sindacato sulla giurisdizione.

Il giudizio sulla giurisdizione verrebbe poi strumentalizzato per fini che senza dubbio vanno garantiti, ma ad esso del tutto estranei e si giungerebbe, come affermato di recente in dottrina, ad «autentici pastocchi», con «un giudice “amministrativo” che applica il diritto “civile” della responsabilità ed un giudice “civile”, nella veste di giudice della giurisdizione, che si intromette a piene mani negli affari di diritto “amministrativo”»²⁰⁷.

Se, dunque, si vogliono immaginare i possibili approdi futuri, “risolto” il problema dell’eccesso di potere giurisdizionale e dei limiti del potere del giudice amministrativo, il problema successivo, in un futuro che pare non essere neanche così lontano, potrebbe essere quello dell’eccesso di potere dello stesso giudice deputato a sindacare sull’eccesso di potere giurisdizionale. Il rischio in altri termini è che la clausola dei motivi inerenti alla giurisdizione si trasformi in una «sorta di illecito atipico»²⁰⁸ e si assista ad un nuovo “balletto tra giurisdizioni”²⁰⁹ e poteri, del tutto inopportuno sia per un adeguato controllo del potere del giudice amministrativo, sia, più in generale, per l’effettività della tutela e del giusto processo²¹⁰.

glio di Stato e la Corte dei conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione; e ad analogo principio, conforme a Costituzione, si ispira l’art. 386 cod. proc. civ. (applicabile anche ai ricorsi proposti a norma dell’art. 362, comma 1, cod. proc. civ.) disponendo che «la decisione sulla giurisdizione è determinata dall’oggetto della domanda e, quando prosegue il giudizio, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda».

²⁰⁷ Così M. MAZZAMUTO, *L’eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, cit., 1714.

²⁰⁸ Così A. CASSATELLA, *L’eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, cit.

²⁰⁹ Si richiama l’espressione di M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel “balletto” delle giurisdizioni: nota a Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 163*, in *Giur. comm.*, 2012, 6, 1166 ss., in materia di sanzioni della Consob.

²¹⁰ Sul tema L. GIANI, *Giudice amministrativo e cognizione del fatto*, cit.

CAPITOLO III

L'ISTRUZIONE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO SUL FATTO: OBBLIGHI ISTRUTTORI E MEZZI DI PROVA

SOMMARIO: 1. Dall'istruzione probatoria tra conoscenza del fatto e effettività della tutela alla conoscenza del fatto tra istruzione probatoria e effettività della tutela. – 2. L'istruttoria processuale *oltre* l'istruttoria procedimentale. – 3. L'allegazione dei fatti nel giudizio sul fatto: onere della parte o potere del giudice? – 4. L'attualità del metodo acquisitivo. – 4.1. I limiti del metodo acquisitivo tra concreta applicazione dell'onere della prova e riserva di amministrazione. – 5. I mezzi di prova a dieci anni dall'introduzione del codice del processo amministrativo: è "ragionevole" continuare ad escludere l'interrogatorio formale e il giuramento? – 6. La richiesta di chiarimenti tra integrazione postuma della motivazione e accesso distorto del giudice al fatto. – 7. Attualità della distinzione tra verifica e consulenza tecnica d'ufficio. – 8. L'istruzione da mezzo a "presunto" ostacolo nell'accesso al fatto.

1. *Dall'istruzione probatoria tra conoscenza del fatto e effettività della tutela alla conoscenza del fatto tra istruzione probatoria e effettività della tutela*

Riprendendo la premessa da cui è mossa l'analisi, si deve osservare che il tema dell'accesso al fatto nel processo amministrativo in un'ottica di tutela piena ed effettiva non può essere compiutamente affrontato se non occupandosi anche dell'istruzione probatoria. Si è anticipata la rilevanza che l'istruttoria ha nell'accesso del giudice al fatto e nella sua adeguata conoscenza e si è osservato come anche storicamente il legislatore abbia attribuito più ampi poteri istruttori

al giudice proprio in quelle materie caratterizzate da una pretesa conoscenza completa dei fatti (v. *supra*, cap. II).

Nel capitolo IV verrà evidenziato come, almeno a parere di chi scrive, l'istruttoria costituisce una fase addirittura indispensabile per l'acquisizione in processo, peraltro sempre più frequente a fronte della crescente pervasività della tecnica nell'azione quotidiana dell'amministrazione, di elementi tecnici complessi. Vi sono materie nelle quali continua a prevalere un atteggiamento di eccessiva ritrosia del giudice, che reduce dal passato tende ancora a privilegiare acriticamente la ricostruzione dei fatti espressa nel provvedimento impugnato dall'amministrazione resistente¹, ma detta circostanza non è sufficiente per rassegnarsi al fatto che tendenzialmente «l'istruttoria non s'ha da fare»², e, anzi, è la ragione per cui non si può prescindere da un esame delle sue problematiche³.

Il dato da cui si deve partire è il collegamento a cui si è accennato tra istruzione probatoria, conoscenza del fatto ed effettività della tutela⁴.

¹ Già M. NIGRO, *Problemi del nuovo processo amministrativo*, ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., II, 1281 ss., spec. 1289 parlava di «disparità di trattamento tra le varie materie», rilevando che: «se si facesse effettivamente l'analisi della giurisprudenza si riscontrerebbe che il giudice amministrativo non è sempre così restio, come normalmente si ritiene, a rivedere il giudizio di fatto [...] succede che il giudice amministrativo, il quale di solito si ferma davanti all'accertamento e alla rivalutazione dei fatti, nel settore economico – delle autorizzazioni per esempio (licenze commerciali, autorizzazione all'esercizio di autolinee) – valica questi confini e penetra piuttosto profondamente nel territorio del fatto. [...] Ora con quali strumenti potrà verificare i fatti, se non dispone di adeguati mezzi istruttori?».

² Così V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 1, 7 ss.

³ Secondo D. VAIANO, *Sindacato di legittimità e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, cit., 50, non è possibile sostenere il potenziamento dei poteri decisorii riconosciuti al giudice «senza che avvenga un parallelo superamento dell'atteggiamento di tradizionale ritrosia dei giudici amministrativi a sviluppare un'adeguata istruttoria sui rilevanti profili di fatto sui quali occorre fondare la decisione», anche perché ciò si pone «in chiaro contrasto con il richiamato principio costituzionale della parità tra le parti in giudizio, che deve essere garantito in ogni fase del processo».

⁴ L.R. PERFETTI, *Prova*, in *Enc. dir., Annali*, II, 1, Milano, Giuffrè, 2008, che rileva il rapporto di strumentalità tra disponibilità del mezzo di prova, pienezza della cognizione del fatto e protezione costituzionale del diritto di azione; sul tema anche se in relazione al processo civile M. TARUFFO, *Prova giuridica*, in *www.treccani.it*, 1997: «La disciplina procedimentale della prova presenta alcuni aspetti

Non vi è autore tra quelli che si sono occupati del tema che abbia negato, almeno in linea di principio, la relazione tra istruzione e cognizione del fatto⁵, tanto che la migliore dottrina ha parlato a tal

che hanno grande rilevanza sotto il profilo delle garanzie costituzionali. Un aspetto molto importante consiste appunto nel considerare il fenomeno della prova in chiave garantistica. Il punto di riferimento fondamentale è costituito dai commi 1 e 2 dell'art. 24 della Costituzione, che prevedono rispettivamente la garanzia del diritto alla tutela giurisdizionale e la garanzia della difesa. Questa prospettiva conduce alla formulazione di due principi fondamentali, strettamente connessi, che attengono alla prova nel processo: il primo va sotto il nome di diritto alla prova; il secondo va sotto il nome di principio del contraddittorio nell'istruzione probatoria. Il diritto alla prova viene considerato come un aspetto fondamentale delle garanzie della tutela giurisdizionale e della difesa: la possibilità di "difendersi provando" è strumento essenziale per chi intenda far valere un proprio diritto nel processo, e per chi sia chiamato a difendersi nel processo, civile o penale»; G. VERDE, *Prova (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, 579 ss.

⁵ La bibliografia sul tema è amplissima. Oltre ai lavori monografici sul tema, tra cui si vedano F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit.; L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, Cedam, 1977; G. VIRGA, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991; C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, cit.; L. BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, Giuffrè, 2005; A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, cit., 374 ss.; tra i tanti contributi si ricordano F. BENVENUTI, *Istruzione del processo. Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 204 ss.; C.E. GALLO, *Istruzione nel processo amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Torino, Utet, 1994, 8 ss.; ID., *L'istruttoria processuale*, in *Diritto amministrativo speciale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, V, Milano, Giuffrè, 2003, 3333 ss.; L. MIGLIORINI, *Istruzione (istruzione del processo amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, Treccani, 1990, 1 ss.; ID., *Brevi note sulla posizione del giudice e delle parti nel processo amministrativo*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano, Giuffrè, 1988, 449 ss.; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit., 70 ss.; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, cit.; M. NIGRO, *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, II, Milano, Giuffrè, 1968, 769 ss., ora anche in ID., *Scritti giuridici*, cit., I, 683 ss.; R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 2, 195 ss.; ID., *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 2, 201 ss.; A. TRAVI, recensione a R. BRIANI, *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo. Una lettura alla luce dell'articolo 111 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 2, 514 ss.; ID., *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 272 ss.; ID., *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 1997, 11, 1262 ss.; ID., *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 4, 558 ss.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione avanti il giudice amministrativo*, II, cit., 3 ss.; ID., *Istruzione preventiva e processo amministrativo: riflessioni a margine di una recente pronuncia*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 3, 629 ss.; M. DUGATO, *L'istruttoria*,

proposito di «contenuto minimo dell'istruzione probatoria», per evidenziare che l'istruttoria soddisfa «l'esigenza del giudice di conoscere il materiale di fatto necessario per il suo giudizio»⁶.

Si è cioè da sempre riconosciuta la strumentalità⁷, o quantomeno l'indubbia relazione, tra l'istruttoria e l'accesso al fatto⁸. Nel processo la prova rileva nel suo essere «risultato relativo alla verità dimostrata di un enunciato fattuale»⁹. La limitatezza dei mezzi di prova ammessi nel giudizio di legittimità¹⁰ è stata così storicamente

in *Diritto processuale amministrativo*, cit., 181 ss.; F.G. SCOCA, *Articolo 63*, cit.; G. CORSO, *Istruttoria nel processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, Treccani, 2003, 1 ss.; G. AZZARITI, *Limitazione dei mezzi di prova e struttura del processo amministrativo di legittimità*, in *Giur. cost.*, 1990, 5, 1698 ss.; R. LASCHENA, *L'istruzione nel processo amministrativo. Profili generali*, in *AA.VV.*, *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, cit., III, 1803 ss.; G. ABBAMONTE, *La prova nel processo amministrativo*, in *Riv. amm. rep. it.*, 1985, CXXXVI, 679 ss.; P. STELLA RICHTER, *La riforma del sistema delle prove nel processo amministrativo*, in *Giust. civ.*, 1984, 10, II, 416 ss.; F. SAITTA, *I nova nell'appello amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2010, 275 ss.; A. DEGLI ESPOSTI, *Appunti sull'istruttoria nel processo amministrativo (a proposito di una recente sentenza del Consiglio di giustizia amministrativa della Regione siciliana)*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 2, 272 ss.; L.R. PERFETTI, *Sull'istruttoria nel processo amministrativo oltre il "metodo acquisitivo". Osservazioni sulla relazione tra art. 64 c.p.a. ed art. 213 c.p.c.*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, II, cit., 739 ss.; ID., *Prova*, cit.; G. TROPEA, *Lo svolgimento del processo in primo grado: fase istruttoria. I principi dell'attività istruttoria*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di G.P. CIRILLO, S. PERONGINI, Torino, Giappichelli, 2020, 248 ss.

⁶ Così F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 74;

⁷ Così sul punto la nota sentenza Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601: «L'esperibilità della consulenza tecnica nel processo del lavoro pubblico, così come successivamente per le materie – edilizia, urbanistica, servizi pubblici – di giurisdizione esclusiva piena, ai sensi dell'art. 35, comma 3, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, è strumentale al più completo accertamento del fatto, accertamento che, per quanto prima detto, deve intendersi comune all'intera giurisdizione di legittimità».

⁸ Sul tema si vedano anche nella dottrina processualcivile G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1928, 809 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1936, 331 ss.; C. LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, Firenze, Fratelli Cammelli, 1914, 7, rileva che «ogni mezzo che può raggiungere lo scopo di dare al giudice la certezza dell'esistenza o dell'inesistenza di un fatto, è un mezzo di prova».

⁹ M. TARUFFO, *Verità e prova nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 4, 1305 ss.; dello stesso Autore sul tema si vedano anche ID., *Fatti e prove*, in *La prova nel processo civile*, a cura di M. TARUFFO, Milano, Giuffrè, 2012, 3 ss.; ID., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, Giuffrè, 1992.

¹⁰ L'art. 26, r.d. 17 agosto 1907, n. 642 recante il regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato prevedeva che: «Le sezioni giurisdizionali possono richiedere all'amministrazione e ordinare alle par-

“giustificata”¹¹ in relazione alla limitata esigenza del giudice di conoscere il fatto nella verifica della sussistenza di un vizio di legittimità¹² e, viceversa, tanto nei casi di giurisdizione estesa al merito, quanto nei casi di giurisdizione esclusiva¹³, caratterizzati da un ac-

ti di produrre quegli atti e documenti che credono necessari per la decisione della controversia. Possono pure richiedere che l'amministrazione faccia eseguire nuove verificazioni, fissando il termine entro cui dev'essere depositata la relazione. Le parti sono, a cura dell'amministrazione, avvisate, almeno cinque giorni prima, del luogo, del giorno e dell'ora in cui si eseguiranno le verificazioni». L'art. 44, comma 1, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 recante il testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato prevedeva: «se la sezione, a cui è stato rimesso il ricorso riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleta, o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione coi documenti, può richiedere all'amministrazione interessata nuovi chiarimenti o documenti: ovvero ordinare all'amministrazione medesima di fare nuove verificazioni, autorizzando le parti ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti, ovvero disporre consulenza tecnica».

¹¹ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 257 secondo cui «nell'assetto che il legislatore del 1889 ha dato al processo non si tratta di operare una nuova ricostruzione dei fatti, ma «di completare» la ricostruzione operata dall'amministrazione e di stabilire la concordanza e la coerenza, per questo profilo, tra l'atto e l'istruttoria compiuta nel procedimento amministrativo, e cioè tra i vari “momenti” del procedimento stesso»; Id., *Problemi del nuovo processo amministrativo*, cit., 1289 «l'apertura dell'angusto sistema istruttorio deve realizzarsi anche nell'ambito del processo di legittimità [...] c'è chi pensa (ed io sono fra quelli) che il giudizio di legittimità possa essere spinto verso confini che non sono ancora stati toccati e di questo ampliamento di prospettiva è elemento essenziale il guadagno di un maggior dominio sui fatti e quindi l'istituzione di un sistema probatorio più adeguato». Sul tema M. DUGATO, *L'istruttoria*, cit., 182 secondo cui «in passato, non è mancato chi ha dubitato delle indefettibilità dell'istruzione probatoria nel processo amministrativo, affermandone il carattere meramente eventuale, testimoniato dal fatto che esistono casi nei quali la realtà rappresentata dalle parti non è controversa ed in cui il giudice non ha bisogno di alcuna attività di acquisizione dei fatti per decidere. In realtà così non è. La ricostruzione dei fatti e la rappresentazione della realtà sono attività logiche assolutamente indispensabili per poter decidere, anche quando esse possono essere compiute con particolare semplicità e, quindi, anche quando finiscano per risolversi nella sola acquisizione del provvedimento impugnato».

¹² Così C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 14 secondo cui: «l'atteggiamento del Consiglio di Stato era a maggior ragione giustificato tenendo conto del fatto che quel supremo consesso si occupava, all'epoca, soprattutto dell'impugnazione di atti di autorità statali che, in relazione all'articolazione della scala gerarchica e alla necessità che l'impugnazione fosse rivolta verso un atto definitivo, pervenivano all'esame del giudice amministrativo già dopo una reiterata attività valutativa ed istruttoria, compiuta dall'amministrazione [...] cosicché, la necessità di nuovi accertamenti in fatto poteva, obiettivamente, rivelarsi meno frequente, occorrendo, piuttosto, l'individuazione delle soluzioni in diritto».

¹³ Si veda l'art. 16, l. n. 5992/1889 che, nei casi in cui il giudice decideva sul merito, prevedeva più ampi poteri istruttori: «se la sezione riconosce che l'istruzione

certamento più completo dei fatti¹⁴, il legislatore aveva previsto più ampi poteri istruttori.

D'altro canto, l'astratta previsione di più ampi mezzi istruttori non è stata di per sé sufficiente a garantire un consequenziale ampliamento dell'accesso del giudice al fatto¹⁵ per l'atteggiamento più o meno giustificato, ma generalmente timido, assunto fino a qualche anno fa dalla giurisprudenza amministrativa nella conoscenza diretta del fatto¹⁶.

ne dell'affare è completa o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione con le risultanze dei documenti, prima di decidere sul merito, può richiedere all'Amministrazione interessata nuovi schiarimenti o la produzione di documenti od ordinare all'Amministrazione medesima di far nuove verificazioni, autorizzando le parti, quando ne sia il caso, ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti». L'art. 27, r.d. 17 agosto 1907, n. 642, con riguardo alla quinta sezione stabiliva: «La sezione quinta può assumere testimoni, eseguire ispezioni, ordinare perizie e fare tutte le altre indagini che possono condurre alla scoperta della verità, coi poteri attribuiti al magistrato dal codice di procedura civile e con le relative sanzioni». L'art. 44, comma 2, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 prevede: «nei giudizi di merito il Consiglio di Stato può inoltre ordinare qualunque altro mezzo istruttorio, nei modi determinati dal regolamento di procedura». Con riguardo alla giurisdizione esclusiva più di recente l'art. 35, comma 3, d.lgs. n. 80/1998 ha previsto: «Il giudice amministrativo, nelle controversie di cui al comma 1, può disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, nonché della consulenza tecnica d'ufficio, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento. L'assunzione dei mezzi di prova e l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio sono disciplinati, ove occorra, nel regolamento di cui al regio decreto 17 agosto 1907, n. 642, tenendo conto della specificità del processo amministrativo in relazione alle esigenze di celerità e concentrazione del giudizio».

¹⁴ In dottrina tra i molti A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, cit., 3 ss., spec. 19 secondo cui «le previsioni di cui al comma 3 dell'art. 35 del decreto legislativo n. 80 del 1998, nel disporre un notevole ampliamento dei mezzi di prova ammissibili, attribuiscono al giudice amministrativo una cognizione piena sul fatto [...] strumentale alla funzione propria del giudizio di giurisdizione piena che è quella di assicurare la reintegrazione, anche in forma specifica, delle situazioni giuridiche soggettive di cui il ricorrente assume la lesione e quindi, in sostanza di assicurare al ricorrente il conseguimento concreto delle utilità o del bene per il quale agisce in giudizio»; N. DI MODUGNO, *La nuova giurisdizione esclusiva e la prova nel processo amministrativo: prime riflessioni sulla recente riforma*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 13 ss.

¹⁵ Sul mancato impiego dei propri poteri istruttori nell'esercizio delle proprie competenze di merito si veda A. CORPACI, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit.

¹⁶ Si veda C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 12 che rileva come «la scarsità di interventi in materia istruttoria [...] non può non adde-

Se quanto detto è senz'altro utile sotto il profilo ricostruttivo, l'attuale prospettiva sull'istruzione probatoria non può che essere differente, perché insieme con il rapporto tra giudice, amministrazione e potere, è mutato lo stesso atteggiamento del giudice amministrativo rispetto all'accesso al fatto¹⁷. E poiché l'istruttoria «va inquadrata nel rapporto processuale dalla cui definizione dipende e alla cui definizione concorre»¹⁸, nel senso che il modello di istruttoria si atteggia diversamente a seconda del tipo di processo in cui insiste¹⁹, non pare che si debba più riflettere sull'istruttoria quale strumento per l'accesso al fatto, perché, definitivamente superati la logica del processo all'atto e la resistenza del giudice a “tribunalizzarsi”²⁰, l'accesso al fatto è oramai pacifico.

Piuttosto è necessario interrogarsi sull'adeguatezza dell'istruttoria in sé, ovvero in senso più ampio sull'attuale sistema di istruzione probatoria nel processo amministrativo, che comporta una riflessione tanto sui mezzi di prova, quanto sui poteri del giudice e delle parti nell'acquisizione del fatto, per poi spostare, se non addirittura invertire, l'angolo di visuale e interrogarsi sull'ammissi-

bitarsi alla scelta della giurisprudenza, alla volontà del giudice di non utilizzare lo strumentario posto a sua disposizione, o di utilizzarlo con estrema cautela [...] ove si consideri che il Consiglio di Stato non è mai stato un giudice timido, avendo piuttosto atteggiamenti pretori [...] Il diverso atteggiamento della giurisprudenza è, evidentemente, nel caso di specie, indice di una valutazione particolare».

¹⁷ R. GRECO, *L'istruttoria e l'accertamento del fatto nel codice del processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*.

¹⁸ Così F. BENVENUTI, *Istruzione del processo amministrativo*, cit. secondo cui «l'istruzione subisce inevitabilmente i limiti del tipo di processo in cui insiste», ovvero nell'ambito del processo amministrativo e dello stesso metodo acquisitivo, con riguardo all'allora diversa ampiezza dell'apparato istruttorio e del novero delle prove consentite nella giurisdizione di legittimità e di merito, «il punto di riferimento non è più né il tipo di processo né la struttura del processo bensì l'ampiezza del potere del giudice in ordine all'oggetto del giudizio».

¹⁹ Così F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 178 secondo cui «la struttura fondamentale del sistema istruttorio adottato in ogni processo deve essere in accordo con la particolare natura di quel processo».

²⁰ L'espressione è di V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, cit., 264 che constata che l'atteggiamento del giudice vero l'istruttoria è sempre stato diffidente «essenzialmente per il timore di una eccessiva tribunalizzazione» ed auspica il superamento di quella «barriera alla conoscenza del fatto che il giudice amministrativo, in specie mediante un'autolimitazione all'istruttoria documentale, s'è imposto».

bilità di un accesso al fatto che seppure non più limitato, diviene forse più problematico rispetto ad un sostanziale inutilizzo dell'istruzione.

Per utilizzare altre parole, potrebbe dirsi che il problema non è più l'istruzione probatoria *per* la conoscenza del fatto, bensì la conoscenza del fatto *nell'*istruzione probatoria.

L'accesso del giudice amministrativo al fatto non solo è pacifico, ma è penetrante a tal punto da giungere in alcuni casi addirittura ad un sostanziale rifacimento del procedimento nel processo e il legislatore ha previsto gli strumenti adeguati per conoscerlo. L'ultima considerazione, che può apparire provocatoria se confrontata con la prassi giurisprudenziale, anche più recente, che, al di là di timide aperture, pare conoscere il fatto a prescindere dall'istruzione dell'affare, diviene evocativa in risposta all'altrettanto imprescindibile esigenza di effettività della tutela, che come anticipato sin dalla premessa rappresenta non solo il punto di partenza, bensì anche il punto di arrivo dell'indagine condotta²¹.

Non si ha ovviamente la pretesa di invocare l'effettività della tutela per fondare «soluzioni che non sono per nulla nella legge o per introdurre, nell'interpretazione degli istituti, contenuti soggettivi ed estranei alla disciplina del processo amministrativo»²². Come si cercherà di dimostrare nel prosieguo, tutto è nel codice del processo amministrativo e non pare che sotto il profilo dell'istruttoria ci sia nulla di nuovo da introdurre, ma l'indagine si spiega nella prospettiva dell'effettività della tutela.

²¹ Sul rapporto tra mezzi istruttori e «diritto d'azione» A. TRAVI, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, cit.; in particolare sotto il profilo del controllo giurisdizionale della discrezionalità tecnica tra i molti ID., *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, cit.; ID., *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 2, 439 ss.; S. MIRATE, *La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 2000, 2402 ss.; C. VIDETTA, *Discrezionalità tecnica: problemi vecchi e nuovi dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 6, 2251 ss.

²² Così A. TRAVI, *L'effettività della giustizia amministrativa*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo. L'opera scientifica di Fabio Merusi*, a cura di L. BENVENUTI, M. CLARICH, Pisa, ETS, 2010, 51 ss.

Se l'obiettivo anche del processo amministrativo è quello della «ricerca della verità»²³ in un'ottica di effettività della tutela²⁴, come già auspicato agli inizi degli anni Novanta quando ancora si ragionava sulle prospettive e sulle trasformazioni di un processo all'atto²⁵, pare che dall'istruttoria (*rectius* dall'istruzione probatoria²⁶) non si

²³ L'espressione è di F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 81 che rileva che «non si può considerare compiuta quell'istruzione che non ha rappresentato secondo verità o sufficientemente quegli elementi su cui si fonda l'affermazione o, in altre parole, che l'istruzione, in quanto è far conoscere, non è perfetta se non nel momento in cui quel far conoscere è divenuto una rappresentazione della realtà, sufficiente a suffragare il giudizio di verità sull'affermazione».

²⁴ Sul tema si veda M.A. SANDULLI, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 12, 3533 ss.; G. ABBAMONTE, *Completezza ed effettività della tutela giudiziaria secondo gli articoli 3, 24, 103 e 113 della Costituzione*, in *AA.Vv., Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, Mucchi, 1996, I, 37 ss.; G. DE GIORGI CEZZI, *Giudice amministrativo e tutela praeter legem del cittadino*, in *Evoluzione della giustizia amministrativa. Integrazione europea e prospettive di riforma*. Atti del Convegno. Lecce, 21-22 novembre 1997, a cura di E. STICCHI DAMIANI, Milano, Giuffrè, 1998, 113 ss.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, cit., 39 secondo cui «l'effettività è infatti fortemente attenuata dove c'è una "cognitio debole", e trova la sua migliore garanzia soltanto grazie ad una cognizione piena che si fonda su di un esame compiuto dei fatti posti a base della decisione del giudice e su di una valutazione dell'atto amministrativo (ove esistente) come epilogo di un'azione amministrativa improntata ai principi di buon andamento ed imparzialità».

²⁵ Così M. NIGRO, *Crisi del giudizio di annullamento, prospettive e linee di tendenza del processo amministrativo*, cit., 17 ss.: «nella prospettiva di una trasformazione sostanziale del processo nel senso auspicato, e prefigurato dalla riforma, un ruolo essenziale riveste la piena conoscenza del fatto. Ciò in quanto l'accertamento dei fatti è lo strumento mediante il quale il giudice può limitare il potere dell'Amministrazione dopo il giudizio e che può condurre, se non ad assicurare l'utilità connessa alla pretesa sostanziale azionata, quantomeno a rendere più stringente la regola di condotta futura della stessa Amministrazione. La trasformazione del giudizio di annullamento in giudizio ordinatorio dipende quindi in larga parte dalla profondità di penetrazione del giudice nella zona del fatto».

²⁶ Come rileva M. DUGATO, *L'istruttoria*, cit., 181: «l'istruzione in senso ampio, dunque, prima ancora che una fase del processo rappresenta un procedimento logico, il cui oggetto non si riduce alla semplice raccolta degli elementi di fatto e delle prove in merito a ciò che le parti affermano sussistere od essere accaduto, ma comprende anche l'iter logico di analisi di quegli elementi e di quelle prove ed il ragionamento giuridico che, analizzando attraverso le norme gli elementi di fatto e le prove, conduce il giudice a formare il proprio convincimento. Nell'istruzione in senso ampio assumono peraltro un rilievo determinante le operazioni di acquisizione dei fatti e degli elementi materiali su cui si compie il ragionamento logico e su cui si fonda il convincimento che dà origine alla decisione. Questo procedimento viene definito come istruzione probatoria ed è tradizionalmente rappresentato come il

possa più acriticamente prescindere²⁷. In un processo con pieno accesso al fatto la crescente esigenza di effettività della tutela giurisdizionale non pare più potersi accontentare di trovare una sintesi in una relazione tra fatto e istruttoria che, ancorché indubbia, continua il più delle volte a rimanere sulla carta, perché «nell'istruttoria si formano le premesse ed i presupposti per il convincimento del giudice sulle domande delle parti»²⁸.

Accanto alla consapevolezza che l'accesso al fatto è fondamentale per redigere una sentenza "giusta"²⁹, nel processo con accesso al fatto pare cioè sia giunto il momento di acquisire anche la consapevolezza che l'istruzione «si deve sempre fare quando occorre»³⁰.

complesso delle attività che le parti ed il giudice pongono in essere per giungere ad una completa rappresentazione della realtà rilevante per il processo e per la decisione». Si veda sul tema anche G. VIRGA, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativa*, 24 che rileva come «al termine "istruttoria" sono solitamente correlati tre significati: [...] per indicare l'attività di ricerca ed acquisizione degli elementi di fatto sui quali debbono fondarsi le domande introduttive de giudizio [...] attività di verifica degli elementi dedotti dalle parti al fine di pervenire alla definizione del giudizio [...] distinta "fase" della vicenda processuale, compresa tra la fase introduttiva del giudizio e quella decisoria».

²⁷ Tra i molti C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, cit., 3334 secondo cui: «non è ipotizzabile che in un processo, e cioè in un procedimento che deve giungere davanti ad un soggetto imparziale alla soluzione di una questione giuridica concreta, si possa escludere l'esigenza di un'attività istruttoria, e cioè di un'attività volta all'accertamento dei fatti: l'accertamento dei fatti, come si è detto, è infatti un elemento ineliminabile del giudizio».

²⁸ Evidenzia F. SATTA, *Principi di giustizia amministrativa*, cit., 229 ss., spec. 232 che nell'istruttoria confluiscono esigenze fondamentali, di cui due «l'una corollario dell'altra: vale a dire, da un lato, dell'indipendenza del giudice e dall'altro lato, dal punto di vista delle parti, della loro stessa "indipendenza" e della certezza del diritto e della giustizia».

²⁹ Così F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza "giusta" e il metodo di decisione del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1, 106 ss.

³⁰ M. NIGRO, *Linee per una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 249 ss. ora anche in *Id.*, *La riforma del processo amministrativo*, cit., 109 ss., spec. 129, rileva che quanto ai mezzi di prova ammissibili «per questa parte, riforme radicali sembrano indispensabili»; *Id.*, *Problemi del nuovo processo amministrativo*, cit., 1289 che tra «i punti qualificanti» di un serio disegno riformatore del processo amministrativo individua l'istruzione probatoria, rilevando che «ora con quali strumenti esso – il giudice amministrativo – potrà verificare i fatti, se non dispone di adeguati mezzi istruttori?»; C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, cit., 3334 secondo cui: «non è ipotizzabile che in un processo, e cioè in un procedimento che deve giungere davanti ad un soggetto imparziale alla soluzione di una questione giuridica concreta, si possa escludere l'esigenza di un'attività

2. Istruttoria processuale oltre l'istruttoria procedimentale

Nel capitolo I quando si è tentato di dare una definizione del fatto nella prospettiva che interessa dell'accesso al fatto, ci si è imbattuti nel mutato rapporto tra istruttoria procedimentale e istruttoria processuale. Di quel mutato rapporto occorrerà ora delineare i tratti fondanti, trattandosi di premessa necessaria per l'analisi tanto dei doveri istruttori delle parti e dei rispettivi poteri istruttori del giudice, quanto dei mezzi di prova.

In quello che si è definito un *continuum* tra procedimento e processo, la fase, più o meno delimitata nel tempo, dell'istruzione probatoria rappresenta, infatti, il secondo momento di acquisizione e di ricostruzione dei fatti³¹, perché già nel procedimento l'amministrazione compie le attività volte alla verifica della situazione fattuale³², attraverso l'acquisizione di documenti, dati e dichiarazioni, ovvero nei casi di fatti complessi di natura tecnica di pareri (su cui v. *infra*, cap. IV), attraverso l'effettuazione di accertamenti tecnici, la disposizione di ispezioni e di richieste istruttorie³³.

istruttoria, e cioè di un'attività volta all'accertamento dei fatti: l'accertamento dei fatti, come si è detto, è infatti un elemento ineliminabile del giudizio».

³¹ Sulla ripartizione in fasi del procedimento amministrativo si veda A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940, 80; Id., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 569 ss. che ripartisce il procedimento in tre fasi: fase preparatoria, fase costitutiva e fase di integrazione dell'efficacia e nell'ambito della fase preparatoria distingue «diversi (possibili) stadi (o sottofasi): quello dell'iniziativa, quello dell'istruttoria, quello predecisorio, quello della determinazione del contenuto dell'emanando atto "principale"»; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., II, 111 ss. secondo cui le fasi sono le seguenti: a) di iniziativa; b) di istruttoria, in cui intervengono; c) di decisione; d) di integrazione; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, I, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Bologna, Monduzzi, 2005, 531 ss., spec. 584 ss.; in ordine al valore di tale descrizione si veda in particolare S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 1995, 311 ss.

³² Secondo M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., 120: «l'istruttoria del processo amministrativo differisce da quella del processo, in quanto non ha per oggetto l'acquisizione di prove ai fini dell'accertamento di un fatto, ma ha un oggetto molto più ampio e complesso, costituito dall'acquisizione al procedimento degli interessi da valutare e, strutturalmente, nella raccolta degli elementi che servano alla valutazione degli interessi stessi».

³³ Sul tema tra i molti si veda F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 363 ss.; R. PEREZ, *L'istruzione nel procedimento amministrativo (Studio sui mezzi di informazione della pubblica amministrazione negli Stati*

È passato più di mezzo secolo da quando Feliciano Benvenuti con dire quasi profetico invocava un processo di parti in cui l'istruttoria procedimentale era separata da quella processuale³⁴, in un tempo in cui il problema della commistione tra le due fasi non era avvertito come tale³⁵ e, anzi, per il fatto che un'istruzione era già compiuta nel procedimento, si mortificava, seppure ingiustamente, l'utilità di un'ulteriore istruzione in processo, fino a negare da parte di alcuni l'esistenza³⁶. Nel processo sull'atto il giudice sostanzialmente accoglieva la ricostruzione dei fatti operata dall'amministrazione che trovava una sintesi nel provvedimento e non si poneva in concreto la necessità di acquisire fatti ulteriori e "fuori dal processo"³⁷, di cui

Uniti e in Italia), in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, II, 623 ss.; D. BORTOLOTTI, *Attività preparatoria e funzione amministrativa. Contributo allo studio del procedimento nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1984, spec. 103 ss.; M.T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991; V. CERULLI IRELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Id.*, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 332 ss.

³⁴ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 162.

³⁵ Parla di «tempo di Feliciano Benvenuti» A. PAJNO, *Benvenuti e il futuro*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 1, 5 ss. che nel ricordare Benvenuti al centenario dalla sua nascita rileva come «il tempo di Feliciano non è, pertanto quello del suo presente ma [...] quello del futuro, di quel futuro che è il nostro presente».

³⁶ E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., 249 ss., secondo cui «nella maggior parte dei casi, le prove fornite dalle parti sono sufficienti all'istruzione della causa»; *contra* tra i molti C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 90 secondo cui «in ogni processo l'istruzione è indispensabile [...] il che significa che mai è assente la fase dell'istruzione come mai è assente la fase della trattazione [...] in realtà, può darsi che in un determinato tipo di giudizio, stante il comportamento delle parti in causa e il tipo di controversia trattata, l'una o l'altra questione possano assumere un rilievo più ridotto, o addirittura un rilievo minimo [...] la verifica della situazione di fatto, in relazione alla quale la domanda viene proposta, è comunque sempre indispensabile».

³⁷ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 149: «il principio dell'uguaglianza sostanziale delle parti davanti al giudice, come importa che la disposizione dei fatti secondari spetti fuori del processo solamente alle parti e non anche al giudice, così importa che nel processo siano solamente le parti a compiere quel primo atto dell'introduzione dei fatti che consiste nella loro indicazione. Sono infatti soltanto le parti che, essendo a conoscenza dei fatti fuori dal processo (quei fatti di cui si sono servite nella loro istruzione primaria), possono provvedere a farli valere, e si intende come fatti secondari, nel processo: mentre rimane necessariamente limitata la possibilità per il giudice di conoscere altri fatti, oltre quelli introdotti dalle parti: i quali sono perciò gli unici fatti di cui ci si può avvalere nell'istruzione».

le parti si erano servite nella loro istruzione primaria³⁸ e il procedimento diveniva per così dire un «diaframma»³⁹ per separare il giudice dalla conoscenza diretta dei fatti.

Quelle preoccupazioni ritrovano, seppure in termini diversi, una rinnovata attualità nel processo dei giorni nostri, in cui il giudice, per quanto già si è rilevato nel capitolo I, pare spesso andare *oltre* la stessa istruttoria procedimentale.

Con l'affermarsi del giudizio sul rapporto, pur rimarcando la sostanziale diversità per funzione e per oggetto tra istruttoria procedimentale e processuale, se n'è sottolineata l'inevitabile connessione⁴⁰. D'altronde il fine del processo non è più la mera verifica della corrispondenza tra norma e fatto per come rappresentato nel provvedimento, che a volte manca, ma anche quando esistente, la sua

³⁸ La distinzione tra attività di istruzione primaria e attività di istruzione secondaria è stata elaborata sempre da F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 72 ss. secondo cui «primaria» è l'istruzione compiuta dal ricorrente, «fuori e prima del processo», «di cui egli può talora avvalersi nel processo, e nel cui corso egli tende a conoscere gli elementi su cui fondare, o meglio, da cui ricavare l'affermazione»; cui fa seguito l'attività istruttoria «secondaria», definita come «l'insieme delle attività dirette a rappresentare nel processo quella realtà che le parti hanno già conosciuto per pervenire alle loro affermazioni, e che il giudice deve conoscere per pervenire alla sentenza su quelle affermazioni»; L. MIGLIORINI, *Istruzione (istruzione del processo amministrativo)*, cit., distingue ulteriormente sotto il profilo soggettivo tra istruzione primaria, svolta dal privato al di fuori del processo, istruzione preparatoria svolta dal giudice sin dalla prima udienza fino al momento in cui la causa non viene rimessa al Collegio per la decisione, c.d. istruzione vera e propria, svolta dalle parti e dal giudice per la conoscenza dei fatti.

³⁹ Così A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2021, 279 secondo cui «una conclusione del genere però non convince. Il provvedimento amministrativo che si basa su un'erronea rappresentazione dei fatti materiali è viziato, indipendentemente da ogni considerazione circa l'adeguatezza o meno dell'istruttoria procedimentale che lo ha preceduto. Sostenere che non sia consentita al giudice la cognizione diretta dei fatti significa escludere, in pratica, la tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti di alcune tipologie di vizi dell'atto amministrativo».

⁴⁰ Così tra i molti M. DUGATO, *L'istruttoria*, cit., 181, secondo cui «l'istruttoria procedimentale e l'istruttoria processuale sono, da un lato, distinte per funzione e per oggetto; dall'altro, inevitabilmente intrecciate l'una all'altra [...] la progressiva trasformazione del processo amministrativo in processo sul rapporto, la pubblicità dell'istruttoria procedimentale, la partecipazione del privato al procedimento e la recente complicazione strutturale del procedimento fanno dunque, oggi più che in passato, dell'istruzione processuale un'istruttoria sull'istruttoria procedimentale».

illegittimità è di frequente l'effetto di comportamenti tenuti dalle parti durante il procedimento, di errori o lacune compiuti durante l'istruttoria procedimentale, con la conseguenza che non può imporsi al giudice di dare per acquisita la ricostruzione dei fatti compiuta dall'amministrazione. Il giudice cioè non può non tener conto di quanto avvenuto prima e, seppure il problema si sia spostato su chi debba/possa introdurre i fatti, primari e secondari, nel processo, non si può negare che l'istruttoria processuale sia un'istruttoria *sull'istruttoria procedimentale*⁴¹.

Un siffatto ragionamento poteva ritenersi rappresentativo dell'atteggiamento del giudice fino a qualche anno fa, ma oggi non pare esaustivo, perché a volte il legame tra istruttoria procedimentale e processuale è tale che il giudice va addirittura oltre con tutte le problematiche, prima tra tutte quella dell'invasione del giudice nel campo delle valutazioni riservate all'amministrazione, di cui si è tentato di dare atto nel capitolo II.

D'altro canto, se così non fosse, non si spiegherebbero norme come l'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990. Se il giudice dovesse infatti limitarsi a verificare quanto avvenuto in procedimento, in molti casi non si riuscirebbe a convincere che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Solo ammettendo che possano essere introdotti in giudizio fatti nuovi (che cosa avrebbe osservato, prodotto in procedimento il privato per indurre l'amministrazione ad adottare un provvedimento diverso), ovvero, in altri termini, consentendo al giudice di rifare in processo l'istruttoria procedimentale⁴², si può giungere all'accertamento della fondatezza della pretesa.

⁴¹ Sul rapporto tra istruttoria procedimentale e processuale tra i molti si veda anche G. VIRGA, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, cit., 263 secondo cui occorre abbandonare l'idea che «l'attività istruttoria da compiere nel processo amministrativo si modelli su quella già effettuata in sede di procedimento amministrativo e ne rappresenti, per così dire, una riedizione (peraltro limitata ed eventuale). Le due istruttorie, secondo tale visione, sarebbero speculari, l'una prevista per un controllo interno dell'amministrazione circa i vari elementi da valutare e l'altra per un riscontro esterno [...] istruttoria giurisdizionale = istruttoria procedimentale – i fatti che non costituiscono oggetto di censura».

⁴² In tal senso M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., XLVI.

E così, ancorché non certo nel senso auspicato da Feliciano Benvenuti, la «separazione» tra istruttoria procedimentale e processuale ritrova una sua attualità, perché superata la concezione della necessaria mediazione dell'istruttoria procedimentale nel processo⁴³, pare assistersi a un sia pur accidentato, forse inavvertito, ritorno al passato, in cui il giudice amministrativo, superate le resistenze a “tribunalizzarsi”, torna ad “amministrativizzarsi” e in alcuni casi non resiste alla suggestione di spingere il sindacato sul fatto così a fondo da rifare l'istruttoria nel processo.

3. *L'allegazione dei fatti nel giudizio sul fatto: onere della parte o potere del giudice?*

Le conseguenze dell'ultima considerazione svolta sul modello di istruzione probatoria sono di tutta evidenza e nella valutazione dell'adeguatezza del sistema delineato dal codice del processo amministrativo portano primariamente a interrogarsi sul rapporto e sul ruolo delle parti e del giudice nell'affermazione e rappresentazione dei fatti rilevanti ai fini del decidere.

Tradizionalmente, infatti, si sono distinti il momento dell'allegazione e il momento della prova, e, configurato il processo amministrativo come processo di parti, si è riservata alle parti l'individuazione degli elementi e dei fatti da provare e si sono attribuiti al giudice poteri istruttori officiosi per acquisire la certezza in ordine alla sussistenza dei fatti.

L'attenzione si è peraltro fino ad ora concentrata più sul momento della prova che su quello dell'allegazione, un po' per la maggiore delicatezza del primo, un po' per la tendenziale scarsa rilevanza

⁴³ Sul tema si veda anche G. D'ANGELO, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, cit., 265 ss. che rileva che «la concezione che richiedeva una mediazione necessaria dell'istruttoria procedimentale rispetto al processo è stata il riflesso di un modo superato di intendere l'oggetto del giudizio. Questa mediazione è stata assunta in termini di consequenzialità rispetto all'interpretazione cassatoria del processo amministrativo come mera rivisitazione del procedimento».

za che fino a qualche anno fa è stata data nel processo amministrativo al fatto. Poiché si ribadisce il problema del fatto si “poneva” solo in relazione al provvedimento, ma il provvedimento non richiedeva accertamenti intorno alla propria esistenza poiché si presumevano veri tanto l’affermazione in fatto quanto la pretesa nello stesso contenuti, ogni affermazione di un fatto diverso da quello affermato dalla pubblica amministrazione era meramente «strumentale» a rivelare un vizio di quel provvedimento, ma non «finale» alla soddisfazione dell’interesse sostanziale del ricorrente⁴⁴. Così facendo, per un verso, nel costante raffronto del processo amministrativo con quello civile⁴⁵, si è giunti ad un sostanziale cortocircuito che ha portato a ritenere, in giurisprudenza più che in dottrina, che nei giudizi su interessi legittimi nel potere del giudice di acquisire la prova sui fatti vi rientrasse quello di introdurli e che il principio dispositivo “pieno” operasse solo nei giudizi che vertono su diritti soggettivi⁴⁶. Per

⁴⁴ Così F. SATTÀ, *Principi di giustizia amministrativa*, cit., 256 ss.

⁴⁵ Sul rapporto tra l’istruttoria nel processo civile e nel processo amministrativo tra i molti G. MANFREDI, *Il regime probatorio nel codice del processo*, in *Urb. e app.*, 2011, 4, 473 ss., secondo cui «prendere come termine di paragone il processo civile di per sé risulta senz’altro opportuno, dato che questo processo (soprattutto in passato) ha assicurato standard di tutela più elevati di quelli forniti dal processo amministrativo. Ma questo termine di paragone non può condurre a riconoscere i profili di specificità dei rapporti fra cittadino e amministrazione che del processo amministrativo sono l’oggetto»; A. TRAVI, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, cit., 581 secondo cui «il processo amministrativo ha una sua individualità che deve indurre a proporre con estrema cautela confronti col processo civile. Soprattutto, si deve evitare di interpretare la disciplina del processo amministrativo assumendo come modello per l’indagine la disciplina del processo civile»; ID., *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, cit., 1264: «processo civile e processo amministrativo corrispondono a modelli diversi e gli istituti del primo non trovano necessariamente riscontro nel secondo. Inoltre il richiamo al codice di procedura civile può essere giustificato in presenza di una lacuna».

⁴⁶ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, Utet, 2010, 380 ss. che evidenzia «l’intento di ridurre al minimo il tradizionale *gap* (strutturale e funzionale), da tempo esistente fra i due tipi di giudizio, rafforzando – soprattutto, nella cognizione delle controversie devolute alla «giurisdizione esclusiva» – sia la tipologia dei mezzi di prova (tipica o atipica), suscettibili di acquisizione, di deduzione e di assunzione avanti al giudice amministrativo, sia la gamma dei poteri istruttori a lui conferiti»; rilevando che per quanto concerne la giurisdizione generale di legittimità, il c.d. metodo acquisitivo «non soltanto ridimensionerebbe in modo drastico il carattere tendenzialmente dispositivo del rito, ma soprattutto verrebbe ad attenuare in

altro verso, si è creata confusione tra i due piani e, nell'enfatizzare il momento della prova e con esso il metodo acquisitivo a discapito di una sua lettura alla luce del principio dispositivo, si è legittimato l'ingresso in giudizio di circostanze non allegate dalle parti, considerandole indebitamente quali poteri del giudice sulla prova dei fatti⁴⁷.

In uno studio sull'accesso al fatto nel processo, la questione di tenere distinti i due momenti, quello dell'allegazione e quello della prova, assume un'importanza centrale e, in uno con i poteri istruttori delle parti e del giudice, occorre riflettere sul momento dell'allegazione dei fatti.

La distinzione tra oneri delle parti e poteri del giudice nel processo amministrativo, che trova una sintesi in quello che anche la giurisprudenza, recependo quanto anticipato dalla dottrina, concordemente afferma essere un sistema dispositivo con metodo acquisitivo⁴⁸, deve infatti ritenersi tutt'ora valida, ma è evidente che qualora si ammetta che il giudice possa rifare il procedimento in processo, derivano alcune rilevanti conseguenze sotto il profilo del principio dispositivo, prima ancora che sul metodo acquisitivo.

L'analisi non può non tener conto dell'insegnamento di Feliciano Benvenuti che collocava l'allegazione dei fatti non nel momento dell'istruzione, ma in quello della determinazione dell'oggetto della

maniera sensibile la portata dei criteri generali e della regola di giudizio, desumibili dall'art. 2697 c.c.».

⁴⁷ Sui poteri d'ufficio del giudice G. DE GIORGI CEZZI, *Poteri d'ufficio del giudice e caratteri della giurisdizione amministrativa*, in *Annuario 2012. Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo. Atti del convegno annuale Trento, 5-6 ottobre 2012. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, 9 ss.

⁴⁸ Così C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 37: «al momento, vi è una sostanziale concordia, in giurisprudenza, in ordine all'assetto probatorio nel processo: nel senso che la giurisprudenza ha recepito, e formalmente richiamo, la teoria, assai autorevole, secondo la quale il processo amministrativo è un processo a sistema dispositivo con metodo acquisitivo [...] si tratta di un'evoluzione giurisprudenziale che fa seguito ad una fase in cui era più frequente ed abituale l'affermazione secondo la quale il giudice amministrativo doveva d'ufficio acquisire gli elementi di prova occorrenti per il suo giudicare». Imprescindibile il richiamo a F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit.; il cui insegnamento è stato seguito dalla dottrina successiva, tra i molti si vedano A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, cit., 376; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 289 ss.

causa, con la conseguenza che l'introduzione dei fatti era riservata alle parti non tanto per soddisfare «astratte esigenze di natura processuale», ma alla luce dei «più generali fondamenti dello Stato come Stato di diritto»⁴⁹. Al giudice non è riconosciuto il potere di disporre fuori dal processo dei fatti che appartengono alla realtà materiale e dai quali le parti possono trarre vantaggio ai fini della dimostrazione della fondatezza in fatto delle loro affermazioni, perché l'interesse del giudice all'oggetto del giudizio è necessariamente un «interesse mediato» dall'attività delle parti⁵⁰.

Sotto il profilo dell'allegazione dei fatti in dottrina qualche autore ha distinto tra allegazioni principali e allegazioni secondarie e ha accentuato il rispetto del principio dispositivo con riguardo ai fatti principali, pur ammettendo che il giudice possa tener conto anche di quei fatti secondari, indirettamente rilevanti⁵¹, che gli servono per accertare la verità dei primi⁵². Questa ricostruzione si giustifica-

⁴⁹ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 37.

⁵⁰ Sempre ivi, 46.

⁵¹ M. FORNACIARI, *La ricostruzione del fatto nel processo. Soliloqui sulla prova*, cit., 113 secondo cui sono fatti c.d. principali quelli che «in base al diritto sostanziale, incidono sull'esistenza o meno della situazione giuridica, oggetto del processo (e che vengono suddivisi, secondo l'usuale bipartizione, in costitutivi, da un lato, e impeditivi/modificativi/estintivi, dall'altro); o, nei casi di processo su fatti, quelli che concretano essi stessi, senza il medio della situazione giuridica, tale oggetto. [...] Oltre a tali fatti *direttamente* rilevanti, il processo deve tuttavia del tutto abitualmente occuparsi anche di altri fatti, solo *indirettamente* rilevanti [...] quelli, c.d. secondari, che non appartengono (né come costitutivi, né come impeditivi/modificativi/estintivi) alla fattispecie della situazione giuridica, per la quale si chiede tutela, o nel caso di giudizio sui fatti, che non rappresentano l'oggetto del processo, ma tali tuttavia che sulla loro base si può, in virtù di un ragionamento inferenziale risalire al modo di essere di quelli principali».

⁵² Così L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, cit., 88: «il giudice amministrativo è vincolato agli *alligata partium*, nel senso che non può porre a fondamento della decisione fatti giuridici diversi da quelli introdotti dalle parti, ma può tenere conto d'ufficio di quei fatti secondari che gli servono per cercare la verità dei fatti principali allegati dalle parti. In tal modo non risulta violato il principio della domanda in quanto l'iniziativa del giudice non lede in alcun modo il potere monopolistico delle parti di fissare l'oggetto del giudizio, ma riguarda esclusivamente la tecnica del processo, cioè il modo in cui è esercitata la funzione giurisdizionale sulla *res in iudicium deducta*»; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit.; C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, cit., 3340, secondo cui «non può ammettersi che nel processo amministrativo sia possibile una gestione in qualche misura privatistica del rapporto tra le parti che non è ammessa sul piano sostanziale, posto che ogni gestione che non corrisponda all'in-

va per la disuguaglianza tra l'amministrazione e il privato sul piano sostanziale e il ruolo attivo del giudice veniva così evocato per "garantire" la parità tra le parti almeno sul piano processuale. Già in passato però oltre alla difficoltà di distinguere in concreto tra fatti (e allegazioni) principali e fatti (e allegazioni) secondari,⁵³ scontava il rischio che «una volta aperta la via al giudice dal versante dell'acquisizione della prova, non è poi affatto facile conservare la distinzione tra acquisizione dei fatti secondari e monopolio delle parti circa quelli primari»⁵⁴.

Questa distinzione, che peraltro ha da sempre riguardato più che il fatto in sé il controllo del giudice⁵⁵, non pare convincente e tantomeno risolutiva nel processo sul fatto. In primo luogo, perché sono venute meno le stesse ragioni che portavano sul piano sostanziale all'individuazione di una parte "debole" e di una parte "forte"⁵⁶

teresse pubblico è sanzionata penalmente [...] Cosicché, una rilevanza della attività istruttoria del giudice amministrativo non può contestarsi».

⁵³ Così L. PERFETTI, *L'istruttoria nel processo amministrativo ed il principio dispositivo*, in *Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione. Problemi teorici e dibattito giurisprudenziale*, a cura di E. FOLLIERI, E. STICCHI DAMIANI, L. PERFETTI, A. MEALE, Napoli, ESI, 2014, 43 ss.

⁵⁴ Si veda F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 141 ss. secondo cui «il principio dell'uguaglianza sostanziale delle parti davanti al giudice importa che la disposizione dei fatti secondari spetti fuori del processo solamente alle parti e non anche al giudice»; nello stesso senso A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, cit., 376; M. NIGRO, *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, cit., 778; R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, cit.; Id., *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, cit., osserva che «un potere del giudice di *ricercare* fatti secondari sembra condurre direttamente a violare il divieto di scienza privata del giudice, divieto che la dottrina unanimemente ravvisa nell'art. 115 cod. proc. civ.».

⁵⁵ Secondo M. FORNACIARI, *La ricostruzione del fatto nel processo. Soliloqui sulla prova*, cit., 119, la qualifica di un fatto come principale o secondario «non attiene infatti alla natura del fatto in sé, bensì al ruolo che esso gioca nella concreta vicenda, della quale volta a volta si tratta [...] il medesimo fatto ben può dunque appartenere, a seconda dei casi, all'una o all'altra di tali categorie, senza che questo implichi alcuna sconfessione della convinzione circa la necessità della distinzione di queste».

⁵⁶ Sul tema L. PERFETTI, *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1, 72 ss. che rileva che «la realtà dei rapporti giuridici (anche procedurali, anche sostanziali) consegna una percezione non sempre coincidente con questo presupposto», ovvero con il fatto che il privato debba essere assunto per definizione come parte debole.

e che giustificavano il ruolo suppletivo del giudice nell'allegazione dei fatti, anche solo quelli secondari. In secondo luogo, perché in un giudizio che mira alla verifica dell'uso ragionevole del potere e all'accertamento della fondatezza della pretesa, che spesso prescindono dall'esistenza di un provvedimento, risulta ancor più difficile distinguere i fatti che attengono al contenuto della domanda (i c.d. fatti principali) dai c.d. fatti secondari⁵⁷, ovvero le circostanze e i presupposti, da cui trarsi indirettamente la prova dei fatti principali⁵⁸.

Per quanto riguarda il primo profilo⁵⁹, la piena partecipazione del privato al procedimento e il riconoscimento nella l. n. 241/1990 del diritto di accesso ai documenti amministrativi e poi con il d.lgs. n. 33/2013 ai dati e ai documenti delle pubbliche amministrazioni, ha temperato la necessità di poteri di intervento del giudice nell'allegazione dei fatti⁶⁰ e l'interpretazione, anche di recente ribadita dalla

⁵⁷ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 149 parla di effetti principali/secondari rilevando che «non è infrequente che un atto negoziale o un provvedimento abbia oltre agli effetti principali, alcuni effetti secondari o riflessi della stessa natura dei meri fatti. Rispetto a tali effetti, il negozio o il provvedimento opera non più come tale, bensì come mero fatto. Si pensi al decreto di promozione di un pubblico ufficiale che ha come effetto tipico la nomina di lui a un posto più elevato e produce altresì l'effetto secondario di rendere vacante il posto di ruolo da lui precedente occupato al livello inferiore e realizzando una situazione di fatto che è presupposto indispensabile per la promozione di un altro pubblico ufficiale».

⁵⁸ Sulla difficoltà nell'identificare fatti primari e secondari si veda anche A. TRAVI, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, cit., 578.

⁵⁹ Sul tema si veda C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, cit., 3336 ss. che distingue l'ipotesi in cui il «ricorrente agisca in una situazione sostanziale nella quale non è gli è possibile dotarsi, da sé, degli elementi occorrenti per la dimostrazione della realtà di fatti» dall'ipotesi in cui agisca «a tutela di una situazione che l'ordinamento gli riconosce in modo autonomo, indipendentemente, cioè dalla mediazione autoritativa della scelta dell'amministrazione: in questa situazione, il giudice amministrativo è portato a ritenere che il ricorrente che abbia la disponibilità di mezzi di prova li debba autonomamente utilizzare, e sia tenuto, perciò, a fornirli in giudizio».

⁶⁰ Sul tema dell'accesso agli atti la bibliografia è amplissima. Oltre ai molti lavori monografici sul tema tra cui si vedano G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il foia italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2019; B. PONTI (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Santarcangelo di Romagna, 2016; E. CARLONI, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014; F. MERLONI, G. ARENA (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008; tra i tanti contributi si ricordano

giurisprudenza, in merito agli effetti dell'accesso sul decorso del termine per impugnare⁶¹, ha di fatto ridimensionato⁶² l'eventuale rischio di ricorsi al buio⁶³, ancorché il sistema dispositivo con metodo acquisitivo non possa dirsi definitivamente recessivo⁶⁴.

G. GARDINI, *La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal "Folia Italia"*, in *Federalismi.it*, 2018, 19; D.U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 5, 1019 ss.; S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *federalismi.it*, 2016, 23, 1 ss.; M. OCCHIENA, *I diritti di accesso dopo la riforma della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 3, 905 ss.; A. SANDULLI, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 5, 494 ss.; ID., *La casa dai vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 6, 669 ss.; M.A. SANDULLI, L. DROGHINI, *La trasparenza amministrativa nel FOIA italiano. Il principio della conoscibilità generalizzata e la sua difficile attuazione*, in *federalismi.it*, 2020, 19, 401 ss.; E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 2, 573 ss.; M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Ist. fed.*, 2013, 3-4, 657 ss.; M. SAVINO, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. amm.*, 2019, 3, 453 ss.

⁶¹ Cons. Stato, ad. pl., 2 luglio 2020, n. 12: «In materia di procedure di gare d'appalto, la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la "dilazione temporale" del termine per impugnare quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta».

⁶² Secondo G. VIRGA, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, cit., 260 «la previsione nella recente legge 7 agosto 1990, n. 241, di un organico sistema di pubblicità degli atti amministrativa e l'attribuzione al ricorrente di reali poteri di accesso, dovrebbe far venir meno in gran parte la necessità di prevedere un metodo acquisitivo nel processo amministrativo e dovrebbe trasformare l'onere di fornire un principio di prova per gli atti in possesso della P.A. in un onere pieno della prova».

⁶³ Sul tema M. RAMAJOLI, *Riflessioni critiche sulla ragionevolezza della disciplina dei termini per ricorrere nel processo amministrativo*, in *federalismi.it*, 2018, 17, 23 ss.; G. VIRGA, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, cit., 260, secondo cui «l'aver previsto che il privato al quale è stato negato l'accesso a determinati atti può proporre ricorso contro il rifiuto opposto dall'amministrazione o contro la mera inerzia di quest'ultima, e non anche che la proposizione di tale ricorso ha effetto interruttivo nei confronti del termine di impugnativa decorrente dalla data di avvenuta conoscenza del provvedimento nei confronti del quale si intendeva esercitare l'accesso, pregiudica gravemente l'effettività di questo strumento di tutela».

⁶⁴ F. SAIITA, *Il sistema probatorio del processo amministrativo dopo la legge n. 241 del 1990: spunti ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 1, 1 ss.; più di recente P. LOMBARDI, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo*:

Per quanto riguarda il secondo profilo, il dato positivo non pare giustificare la pretesa distinzione tra allegazioni primarie e secondarie. Il codice del processo amministrativo ha, infatti, sul punto riprodotto l'art. 44 t.u.c.s. che attribuiva al giudice poteri di intervento solo nell'acquisizione delle prove, non nell'allegazione dei fatti, che si riteneva così, anche per effetto del chiaro dato legislativo, riservata alle parti.

L'art. 64, comma 1, c.p.a. prevede che «spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni». I fatti rilevanti nel processo sono cioè quelli individuati dalle parti come ragioni delle loro domande e eccezioni e dunque non pare esserci spazio per un'introduzione dei fatti da parte del giudice, indipendentemente dalla loro natura primaria o secondaria.

Non vi è dubbio che il processo amministrativo si caratterizzi ancora oggi come processo di parti retto dal principio dispositivo e in cui spetta soltanto alle parti allegare i fatti. Se però il giudice nell'accedere al fatto può spingersi fino a rifare il procedimento nel processo, il rischio è che il giudice possa divenire "signore sul fatto", prima ancora che signore della prova.

A ben vedere pare che il problema non sia tanto l'affermazione piena del principio dispositivo, quanto l'allegazione dei fatti come momento necessario del giudizio. In altri termini, la realtà processuale pare arricchirsi di fatti ulteriori a quelli primariamente allegati dalle parti, non perché il giudice debba supplire ad una loro inerzia o all'impossibilità di provvedervi direttamente, o perché sia in qualche modo negato il loro dovere di introdurre i fatti rilevanti ai fini del decidere e sia consentito al giudice, insieme con l'accesso al fatto, quello di concorrere alla definizione del fatto controverso. Quello che accade, invece, è che quei fatti nascono *ex novo* nel processo e dunque non sono allegati dalle parti, il che non necessariamente significa che siano formalmente introdotti dal giudice.

In definitiva, non pare che si possa giungere a negare il principio dispositivo e il processo amministrativo sul fatto deve essere ri-

poteri del giudice e giurisdizione soggettiva «temperata», in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1, 85 ss.

costruito nel perimetro generale del principio dispositivo. La questione si sposta sul piano della prova e dell'utilizzo adeguato di quei fatti ai fini del decidere, pena il superamento del confine tra giudicare e amministrare per effetto di un'enfatizzazione dell'accesso del giudice al fatto.

4. *L'attualità del metodo acquisitivo*

Dopo aver affrontato il tema dell'allegazione dei fatti e le sue problematiche nell'accesso del giudice al fatto, l'analisi conduce logicamente e sistematicamente al momento dell'istruzione probatoria in senso stretto.

Le disposizioni sulla produzione dei documenti e sull'assunzione delle altre prove, ovvero sui "mezzi" attraverso i quali la prova può essere raggiunta, assumono rilievo nell'analisi condotta per valutare la completezza del sistema istruttorio delineato dal codice del processo amministrativo. Non si può poi prescindere da un confronto con le disposizioni tese a ripartire tra le parti e il giudice il complesso delle attività istruttorie e con quelle relative alla prova dei fatti allegati, dal cui esame è possibile determinare l'estensione e la struttura stessa del momento istruttorio⁶⁵.

Sebbene anche nel processo amministrativo, come nel processo civile, viga il principio tipizzato dall'art. 2697 c.c. secondo cui l'onere della prova incombe su colui che allega i fatti a sostegno della domanda⁶⁶, l'ordinamento riconosce al giudice amministrativo significativi poteri di acquisizione probatoria.

⁶⁵ M. DUGATO, *L'istruttoria*, cit., 186: «le questioni da affrontare sono tre. La prima attiene ai poteri e ai doveri istruttori [...] la seconda questione riguarda invece il concetto stesso di prova ed investe l'aspetto della sua sufficienza: quando un'allegazione può dirsi effettivamente e pienamente provata? Che cosa accade e che cosa può fare il giudice se la prova, pur data, non può dirsi piena? La terza questione riguarda invece i mezzi attraverso i quali la prova può essere raggiunta».

⁶⁶ Come precisato dalla dottrina civilistica, onere della prova significa che «egli porta il rischio della mancata (acquisita) prova di quel fatto, no che la parte onerata non potrà vincere se non adempie quell'onere, perché il fatto può essere pacifico, notorio, ammesso, confessato, dimostrato in virtù dei poteri inquisitori del giudice», così C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, Giappichelli, 2021, 142.

L'art. 63 c.p.a., infatti si apre con l'affermazione che l'onere della prova è a carico delle parti e l'art. 64 c.p.a. ribadisce che spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande. Il codice prevede però ancora ampi poteri d'ufficio in capo al giudice amministrativo. Innanzitutto, l'art. 63 c.p.a. stabilisce che «fermo restando l'onere della prova» a carico delle parti, il giudice può chiedere loro «anche d'ufficio chiarimenti o documenti»; al comma 2 consente al giudice di ordinare anche a terzi l'esibizione «anche d'ufficio» di documenti o quanto altro ritenga necessario e di disporre l'ispezione⁶⁷. L'art. 64 c.p.a., comma 3 prevede poi l'acquisizione anche d'ufficio di informazioni o documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione. Infine, il comma 2 dell'art. 46 c.p.a. e il comma 3 dell'art. 65 c.p.a. dispongono che se la pubblica amministrazione non provvede al deposito del provvedimento impugnato, ovvero degli atti e documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, il giudice possa ordinarne l'esibizione nel termine e nei modi opportuni.

L'operatività del metodo acquisitivo nel processo di parti risente ancora oggi dei condizionamenti del passato e del tradizionale modello di processo in cui l'istruttoria nei giudizi avanti il Consiglio di Stato e avanti le giunte provinciali amministrative era retta da principi di tipo inquisitorio e il giudice amministrativo "signore della prova" conservava il potere di svolgere indagini d'ufficio per ovviare alla difficoltà della parte di produrre prove sufficienti a far valere la propria pretesa. L'art. 44 t.u.c.s., che ha rappresentato la norma di riferimento in materia di istruttoria prima del codice del processo amministrativo, prevedeva infatti il potere del giudice di richiedere all'amministrazione interessata «nuovi schiarimenti o documenti» e di ordinare nuove verificazioni o disporre una consulenza tecnica, nel caso in cui riconoscesse l'istruttoria dell'affare incom-

⁶⁷ Sebbene l'art. 63 c.p.a. rinvii agli articoli 210 ss. c.p.c., l'esibizione in quel caso può essere disposta dal giudice solo su istanza di parte. L'art. 210 prevede: «Negli stessi limiti entro i quali può essere ordinata a norma dell'articolo 118, l'ispezione di cose in possesso di una parte o di un terzo, il giudice istruttore, su istanza di parte, può ordinare all'altra parte o a un terzo di esibire in giudizio un documento o altra cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione al processo».

pleta, o che i fatti affermati nell'atto o nel provvedimento impugnato fossero in contraddizione con i documenti⁶⁸. Per il privato, dunque, il "problema" della prova non si poneva se non come «elemento capace di creare il dubbio nel giudice»⁶⁹, ovvero nel caso di contraddizione tra l'atto e i documenti che per legge giustificava i poteri istruttori del giudice.

La trasformazione del giudizio sull'atto in giudizio sul rapporto e il temperamento dello sbilanciamento della posizione sostanziale delle parti⁷⁰ ha indotto a interrogarsi sull'operatività più rigorosa del principio dell'onere della prova e sul conseguente ridimensionamento del metodo acquisitivo nell'acquisizione della prova⁷¹.

Per un verso, anche nel processo di cognizione ordinario, che ha rappresentato, come già anticipato più o meno concordemente⁷², il

⁶⁸ Parla di «anomia» S. ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, cit., III, 624 ss.; F. SATTÀ, *Principi di giustizia amministrativa*, cit. 246 ss. rileva la singolarità della norma che «lungi dal limitarsi a conferire al giudice poteri di iniziativa istruttoria, ha in realtà disposto un compiuto sistema probatorio, nel quale la prova può essere fornita sola dalla pubblica amministrazione [...] il dubbio si risolve attraverso un canale obbligato, e questo canale è l'amministrazione».

⁶⁹ Così F. SATTÀ, *Principi di giustizia amministrativa*, cit., 250.

⁷⁰ Secondo V. VIGORITA, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, cit., 17, secondo cui la posizione di disuguaglianza quanto al possesso di certo materiale probatorio non può che costituire una «motivazione di contorno: e non certo la ragione centrale del diverso potere riconosciuto al giudice amministrativo [...] essa è piuttosto (insisto sul punto) disparità sostanziale, di posizione sostanziale: perché il privato è il destinatario o "l'oggetto" del provvedimento amministrativo; e vede dunque disciplinare in via autoritativa ed esecutoria dall'Amministrazione i propri interessi. Qui sta la condizione differenziata»; secondo L. BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, cit., 581 il fondamento del metodo acquisitivo «non è mai stata [...] la disuguaglianza esistente tra le parti sul terreno della realtà materiale in ordine alla pratica disponibilità dei fatti secondari. Chi scrive – lo si enuncia senza indugio – ritiene che quella *ratio* sia da rintracciarsi (*da sempre*) nell'indisponibilità dell'oggetto del giudizio amministrativo di legittimità».

⁷¹ M. DUGATO, *L'istruttoria*, cit., 188; sul tema si veda anche C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, cit., 3342 che a fronte della sostanziale modificazione della giurisdizione esclusiva, si attendeva «una modificazione dell'atteggiamento, con ripristinazione tendenziale nella giurisdizione amministrativa esclusiva del principio dispositivo in senso pieno, e cioè senza possibilità acquisitiva da parte del giudice».

⁷² Sul tema si veda, anche per i riferimenti alla dottrina processualcivile G. MANFREDI, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, cit. che rileva come debba ritenersi superato anche nel processo civile che il princi-

modello di riferimento del processo di parti, il puro metodo dispositivo, che imporrebbe al giudice di limitarsi a ciò che le parti hanno allegato e provato, si ritrova spesso a cedere il passo a modelli più temperati⁷³, in cui il giudice ha il potere di integrare e completare le prove fornite dalle parti⁷⁴. Per altro verso, la scelta del modello è influenzata da considerazioni di tecnica e di opportunità che cambiano nel corso del tempo e il tipo di atto impugnato e le esigenze particolari del singolo processo in cui è adottata mutano la consistenza specifica della regola⁷⁵. Quanto più il sindacato del giudice è penetrante e la giurisdizione in cui campeggia l'atto "si avvicina" alla giurisdizione sul rapporto, tanto più la regola dell'onere della prova riprende il suo primato⁷⁶, anche a fronte dei diversi e più o meno de-

pio della domanda implichi necessariamente «il monopolio delle iniziative istruttorie in capo alle parti del processo».

⁷³ Sul tema nella dottrina civilistica si veda tra i molti B. CAVALLONE, *Crisi delle «Maximen» e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 678 ss.; G. VERDE, *Prova*, cit., 606 ss., che rileva che nel processo civile «per quanto testualmente il legislatore abbia dichiarato di ispirarsi al metodo dispositivo (art. 115 c.p.c.), si rinvencono temperamenti così notevoli da far dubitare che già nel processo di cognizione ordinario il programma sia stato puntualmente realizzato (v., in proposito, gli artt. 61 e 197, 116 comma 2, qualora consulenza tecnica e interrogatorio libero possano annoverarsi fra le prove, 118 commi 1 e 2, 213, 240, 241, 253, 257, 317 e 421)».

⁷⁴ M. DUGATO, *L'istruttoria*, cit., 188 secondo cui il puro metodo dispositivo «mal si concilia con l'esercizio, da parte di una delle parti di un potere giuridicamente attribuito, come ben dimostrano le peculiarità del processo civile del lavoro (in cui si giudica di un potere privato), in cui i poteri di intervento del giudice ordinario nell'acquisizione della prova sono più significativi di quelli che lo stesso può esercitare nell'ordinario processo di cognizione»; si veda anche G. VIRGA, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, cit., 64, che rileva «i principi fondamentali che in passato sembravano caratterizzare il processo civile – e prima fra essi proprio quel principio dispositivo che sembrava permeare l'intero sistema istruttorio presente in quest'ultimo tipo di processo – hanno subito un profondo processo di revisione, e non è mancato chi ha notato come sia oggi avvertita l'esigenza di accrescere il potere di indagine del giudice perfino nel processo relativo a diritti disponibili».

⁷⁵ F. BENVENUTI, *Istruzione del processo amministrativo*, cit.

⁷⁶ Così E. PICOZZA, *Processo. Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, 463 ss., secondo cui «la regola di giudizio per il giudice amministrativo non si fonda e non può fondarsi sulla interpretazione stretta del principio dell'onere della prova come descritto dall'art. 2697 c.c. L'istruzione probatoria concorre alla formazione dell'oggetto del processo, e cioè alla verifica della lesione dell'interesse legittimo; ma è indubbio che il tipo di atto impugnato (perlomeno nel processo di legittimità) o addirittura la tipologia dell'at-

finitivi effetti sulla posizione delle parti che produce l'accoglimento o il rigetto della domanda⁷⁷.

Ad oggi, la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere confermata l'attualità del metodo acquisitivo⁷⁸ e il pieno accesso del giudice al fatto non pare, sotto questo profilo, indurre a necessari ripensamenti.

4.1. *I limiti del metodo acquisitivo tra concreta applicazione dell'onere della prova e riserva di amministrazione*

Le considerazioni che precedono devono essere calate nei casi in cui si pone in concreto il problema dell'onere della prova, ovvero quando, al momento della decisione, di un fatto non sussista né la prova che è accaduto, né la prova che non è accaduto⁷⁹.

tività esercitata muta la consistenza specifica della regola. Si va da fattispecie in cui alla formazione della regola di giudizio è addirittura estraneo il principio dell'onere della prova, mentre si realizza quello del libero convincimento, sub specie del potere di interpretazione (e ciò vale soprattutto per gli atti amministrativi generali sostanzialmente normativi, in cui si sono stabilite somiglianze con il processo di costituzionalità), a casi in cui la regola di giudizio esprime per così dire una discrezionalità di secondo grado, in che risiede lo *specificum* del giudice amministrativo, cioè l'essere un giudice-legislatore, ad altri casi in cui, come si è sottolineato, l'accertamento riguarda più il vizio che il fatto. Quanto più, viceversa, ci si avvicina alla giurisdizione sul rapporto (per esempio in tema di giurisdizione esclusiva), tanto più la regola dell'onere della prova riprende il suo primato».

⁷⁷ Sul tema C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, cit., 3342: «in processo di accertamento, l'intervento del giudice in ordine alla introduzione di mezzi istruttori può condurre ad una conclusione del processo che viene a conformare in modo più netto le posizioni delle parti, eventualmente in difformità rispetto alle scelte che hanno compiuto. Se l'annullamento del provvedimento amministrativo, in ogni caso, lascia libero il potere dell'amministrazione, ben diversa è la conclusione del giudizio in sede di accertamento, allorché l'accoglimento ed il rigetto della domanda comporterà la conformazione della posizione rispettiva delle parti».

⁷⁸ Tra i tanti si vedano F.G. SCOCA, *Articolo 65*, cit.; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 211 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 275; L. GIANI, *La fase istruttoria*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, Giappichelli, 2023, 418 ss.; G. MANFREDI, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 3, 578 ss.

⁷⁹ È quella che F. CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico della prova*, Milano, Giuffrè, 1992, 25, definisce la «zona neutra dei fatti affermati da uno o alcuna delle parti soltanto, cioè dei fatti affermati ma non ammes-

L'affermazione del metodo acquisitivo, infatti, non consente, né tanto meno obbliga il giudice a sostituirsi alla parte che non abbia dato prova dei fatti posti a fondamento della sua domanda. L'art. 64 c.p.a., riproponendo quasi integralmente la formula del comma 1 dell'art. 115 c.p.c., con l'unica eccezione dei «fatti specificatamente non contestati», stabilisce il dovere del giudice di porre a fondamento della decisione le sole prove proposte dalle parti e, dunque, di considerare inesistente il fatto incerto.

Di conseguenza, nell'ipotesi in cui al momento della decisione il giudice non si sia formato un convincimento circa l'esistenza o meno del fatto controverso, indipendentemente dalla parte su cui incombe l'onere della prova e nonostante le prove assunte in giudizio, darà torto alla parte che su quel fatto ha basato la propria domanda o viceversa le proprie eccezioni, ma che non l'ha adeguatamente provato. In altri termini, il metodo acquisitivo, se strettamente inteso, non pare aver attenuato o invertito l'onere probatorio, che continua a incombere primariamente sulle parti⁸⁰.

La regola dell'onere della prova, anche nel processo amministrativo, non è stata tuttavia intesa in senso rigoroso. Ha subito limitazioni, deroghe, temperamenti, non tanto, si ribadisce, per effetto dei poteri officiosi attribuiti al giudice, che viceversa incontrano un limite nell'onere della prova, o perché si debba ripartire l'onere probatorio a seconda della situazione giuridica soggettiva fatta valere⁸¹ o del tipo di fatto da provare⁸², quanto perché si è affermato che è

si, i quali possono esistere o non esistere. Sono i c.d. fatti controversi, i quali soltanto costituiscono, di regola materia della prova».

⁸⁰ Sul tema F. SAIITA, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *Dir. e processo amm.*, 2013, 1, 93 ss.

⁸¹ Secondo M. NIGRO, *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, cit., 788 «laddove il cittadino pretende qualcosa, sia esso a dover provare l'esistenza dei fatti che legittimano la sua prova, mentre spetterà all'amministrazione di dar la prova dei fatti che ostacolano o fanno venir meno l'aspettativa pretensiva [...] laddove il cittadino resiste all'azione positiva dell'amministrazione [...] la situazione appare rovesciata. È l'amministrazione che deve provare che esistono i fatti che giustificano la sua azione, mentre compete al cittadino la prova dei fatti impeditivi o estintivi del potere».

⁸² Secondo F. SAIITA, *Giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1986, 354: «se il fatto da provare è semplice, storico, si potrebbe dire, l'onere della prova è assoluto; quanto più il fatto, nella sua storicità, è più o meno incontrovertito, ma discussa ne è l'interpretazione cioè la sua ricostruzione in termini di presupposto per

sufficiente che la parte fornisca un c.d. principio di prova, ponderando in concreto il carico probatorio delle parti⁸⁵, tenuto conto della possibilità per l'uno e l'altro soggetto di provare fatti o circostanze che ricadono nelle rispettive sfere d'azione, usando le parole del codice nella loro «disponibilità»⁸⁴.

Sulla portata del principio di prova non vi è stata unanimità di vedute in dottrina e in giurisprudenza e a chi ha affermato che il ricorrente sarebbe tenuto a fornire elementi di seria consistenza, ovvero una ricostruzione attendibile del fatto portato alla conoscenza del giudice⁸⁵, si è contrapposto chi ha ritenuto sufficiente l'indicazione di indizi idonei a fondare astrattamente la pretesa fatta valere e chi l'ha invece confuso con l'onere di specificazione delle censure⁸⁶. Altri hanno poi assunto che l'onere del principio di prova sarebbe soddisfatto dalla semplice allegazione dei fatti⁸⁷, nell'ambito di quel-

la valutazione di opportunità impugnata, l'onere della prova si trasforma, fino a divenire, si potrebbe dire, mero onere di argomentazione: onere cioè di dimostrare la necessità della verifica, non tanto del fatto, quanto del fatto, elevato a presupposto».

⁸⁵ Sul tema F. SAITTA, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3, 911 ss.; secondo F.G. SCOCA, *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei Tribunali Amministrativi regionali*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 2, 253 ss., spec. 283 «sembra di poter affermare che nel processo amministrativo vigono contemporaneamente due principi diversi, applicabili ciascuno a determinati fatti da provare: per i fatti che sono nella disponibilità del ricorrente grava su questi l'onere (pieno) della prova; per i fatti che sono viceversa nella disponibilità dell'Amministrazione, vige la regola del principio di prova».

⁸⁴ Così G. VIRGA, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, cit., 77 rileva come «per ripartire l'onere probatorio tra le parti del processo amministrativo sia necessario fare riferimento al criterio della "disponibilità del materiale probatorio"»; C. LAMBERTI, *Disponibilità della prova e poteri del giudice amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012.

⁸⁵ Così C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, cit., 3343; secondo E. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo*, cit., 1085, andrebbe inteso come onere di prospettare uno «schema attendibile di ricostruzione storica (e di valutazione giuridica) degli avvenimenti».

⁸⁶ Sulle varie accezioni attribuite in giurisprudenza al principio di prova si veda R. VILLATA, *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, cit., 211.

⁸⁷ L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, cit., 51 secondo cui quando viene prospettato un vizio di eccesso di potere «sorge allora il fondato dubbio di poter configurare in questi casi l'onere del c.d. principio di prova, quale situazione autonoma rispetto all'onere di allegazione dei fatti princi-

la tendenza che nell'enfatizzare il metodo acquisitivo ha condotto a confondere i due piani e ad ammettere l'equivalenza tra l'allegare e il provare⁸⁸. Se per il giudice si giungono a considerare quali poteri di prova quelli che sono veri e propri momenti di allegazione della realtà extraprocessuale che gli sarebbero preclusi, per le parti si considera la semplice allegazione di un fatto quale prova dello stesso, senza che la parte si adoperi in una seppur minima attività di allegazione.

Per quanto riguarda il criterio della vicinanza della prova, detto anche della "riferibilità" del mezzo di prova, lo stesso secondo autorevole dottrina sarebbe ricavabile direttamente dall'art. 64 c.p.a., che espressamente correla l'onere alla «disponibilità». L'onere della prova sussisterebbe cioè nei limiti della disponibilità della prova⁸⁹. L'eventuale mancata produzione, essendo obiettivamente imputabile alla parte che aveva nella sua piena disponibilità il materiale probatorio in questione, legittima il giudice a ritenere il fatto non provato e a respingere la relativa pretesa⁹⁰. Si tratta di un principio che da anni viene applicato dalla giurisprudenza civilistica e che onera il soggetto per cui la prova è più facile (il debitore che deve provare l'esatto adempimento dell'obbligazione pretesa dal creditore; il medico che deve provare di aver corretta-

pali [...] Da ciò consegue che l'inadempimento dell'onere del c.d. principio di prova comporta l'inammissibilità del ricorso o dei singoli motivi e non una declaratoria di infondatezza».

⁸⁸ Di contrario avviso M. DUGATO, *L'istruttoria*, cit., 190 secondo cui quest'ultima «si può condividere solo a patto che si pretenda che all'allegazione dei fatti il ricorrente accompagni una seppur minima attività volta a dimostrare la verità dell'allegazione. Attività, questa, che può anche consistere nell'esposizione di un semplice ragionamento logico nel quale sia rinvenibile un tentativo di dimostrazione dell'assunto. In caso contrario, si ammetterebbe per il ricorrente l'equivalenza tra l'allegare (il dire) ed il provare».

⁸⁹ Così F. SAITTA, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, cit.; negli stessi termini G. VELTRI, *Gli ordini istruttori del giudice amministrativo e le conseguenze del loro inadempimento*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2013: «l'onere cioè sussiste nei limiti della disponibilità e non oltre».

⁹⁰ Così G. VIRGA, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, cit., 77 ss., secondo cui «il principio dell'onere della prova trova specificazione e contenuto nel processo amministrativo in relazione alle rispettive concrete possibilità di prova delle parti. Problema che si pone anche nel processo civile in tutti quei casi in cui il materiale probatorio sia prevalentemente documentale e sia detenuto in tutto od in parte dal soggetto nei confronti dei quali si agisce in giudizio».

mente adempiuto agli obblighi di diligenza professionale)⁹¹, in linea con quei principi di buona fede e correttezza tra le parti, che più di recente sono stati estesi anche ai rapporti con la pubblica amministrazione⁹².

Si spiega in virtù del principio della vicinanza della prova quella giurisprudenza in materia di appalti che nell'applicare il soccorso istruttorio processuale, che sarà oggetto di approfondimento nel capitolo V, pone l'onere di dimostrare l'esito favorevole della procedura non in capo al ricorrente che invoca l'esclusione, ma sull'aggiudicatario, che è il soggetto più facilitato, per la diretta conoscenza dei fatti⁹³. Il ricorrente può dunque limitarsi ad addurre la mancanza o l'incompletezza della produzione documentale, collegando

⁹¹ Come noto Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533 costituisce la decisione capostipite dell'orientamento favorevole alla vicinanza della prova: «In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento».

⁹² Secondo M.G. DELLA SCALA, *Onere della prova e poteri acquisitivi nel processo amministrativo. Il divieto di nova in appello e il requisito della "indispensabilità"*, in *Il Processo*, 2021, 3, 521 ss., spec. 528: «La vicinanza alla prova finisce così per costituire un temperamento, sia pur in via d'eccezione, della rigidità dell'onere della prova, peraltro già mitigato ad esempio dall'operare delle presunzioni, laddove l'istruttoria nel processo amministrativo, in ragione della comune disparità delle parti rispetto all'accesso alla prova, presenta tratti di flessibilità più marcati; risulta ordinariamente articolata lungo un doppio binario: della piena applicazione dell'onere della prova per le parti che ne hanno disponibilità, dell'onere della prova temperato dal principio acquisitivo quando la posizione impari ridondi in indisponibilità della prova per colui che ha interesse a produrla».

⁹³ Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2019, n. 1312; Cons. Stato, 14 gennaio 2019, n. 348; Cons. Stato, sez. V, 10 aprile 2018, n. 2180.

presuntivamente a tali difetti una possibile carenza del requisito sostanziale ed è l'aggiudicatario resistente nei cui confronti è invocata l'esclusione per carenza dei requisiti di partecipazione che, in via d'eccezione, non necessariamente con la proposizione di un ricorso incidentale⁹⁴, deve provare la natura meramente formale dell'errore contenuto nella dichiarazione e di essere in possesso del requisito in contestazione sin dall'inizio della procedura di gara e per tutto il suo svolgimento⁹⁵. Così se a fronte della radicale mancanza della documentazione espressamente richiesta dal disciplinare ai fini della dimostrazione di un fatturato, la parte interessata non ha prodotto neppure in giudizio elementi di riscontro in grado di comprovare l'effettiva sussistenza del requisito, limitandosi a invocare l'opportunità di future indagini, va esclusa l'operatività del soccorso istruttorio processuale, in quanto permane il ragionevole dubbio che le lacune riscontrate si accompagnino ad una effettiva carenza sostanziale del requisito⁹⁶.

Emblematica sotto tale profilo è altresì la giurisprudenza in materia di abusi edilizi e di sanatoria degli stessi, che, in ossequio al principio della vicinanza della prova, costantemente afferma che l'onere della prova circa l'effettiva natura ed entità dei lavori, nonché circa il tempo della loro ultimazione grava sul privato, nella cui sfera di signoria, quale responsabile dell'abuso o proprietario ricade la condotta⁹⁷. È anche vero che tale orientamento ammette un temperamento «secondo ragionevolezza» nell'ipotesi in

⁹⁴ Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 9 marzo 2018, n. 666; Tar Toscana, sez. II, 24 luglio 2017, n. 983.

⁹⁵ Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975; Cons. Stato, 8 giugno 2018 n. 3483.

⁹⁶ Cons. Stato, n. 1312/2019.

⁹⁷ Così tra le molte Tar Lazio, sez. II, 7 maggio 2021, n. 5391 che aggiunge che: «ai fini della concessione del condono edilizio, l'Amministrazione, pur dovendo sempre espletare un'istruttoria adeguata anche relativamente all'epoca dell'edificazione, non deve fornire, quale condizione di legittimità per l'irrogazione della sanzione, (anche) prova certa dell'epoca di realizzazione dell'abuso. Ricade, infatti, in capo al proprietario (o al responsabile dell'abuso) l'onere di provare la data di ultimazione delle opere edilizie, dal momento che solo l'interessato può fornire inconfutabili atti, documenti ed elementi probatori che siano in grado di radicare la ragionevole certezza dell'epoca di realizzazione di un manufatto. In difetto di tali prove, resta integro il potere dell'Amministrazione di negare la sanatoria dell'abuso e il suo dovere di irrogare la sanzione demolitoria».

cui il privato produca a sostegno della propria pretesa «elementi non implausibili» e l'amministrazione, viceversa, allegli «elementi incerti»⁹⁸.

In applicazione del principio della vicinanza della prova, il giudice può poi porre l'onere di rappresentazione di un fatto a carico di un soggetto diverso da quello che l'ha introdotto in giudizio. Si pensi al caso in cui la stazione appaltante non depositi in giudizio i documenti in suo possesso e il giudice ne ordini d'ufficio l'esibizione all'altra parte. L'omesso deposito, in questo caso, non costituisce una circostanza che necessariamente conduce all'accoglimento del ricorso per mancata prova del fatto allegato dall'amministrazione, ma può rappresentare un comportamento processuale da valutare nel contesto degli elementi probatori già forniti dal ricorrente⁹⁹.

Il criterio della vicinanza della prova rappresenta così non solo un "temperamento"¹⁰⁰ alla regola dell'onere della prova, ma anche un criterio di bilanciamento tra un'applicazione rigorosa del principio dispositivo e l'operatività senza limiti del metodo acquisitivo¹⁰¹.

Nell'analisi di tale dinamica, sintomatica è anche quella giurisprudenza in materia di sanzioni antitrust¹⁰², in cui il rigetto o l'accoglimento della domanda dipendono più frequentemente di quanto accada in altre materie dall'aver o meno fornito la prova della propria pretesa¹⁰³, così avviandosi verso un timido superamento di

⁹⁸ Così tra le molte Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2021, n. 3877.

⁹⁹ Cons. Stato, sez. VI, 7 ottobre 1987, n. 806.

¹⁰⁰ Sul tema F. SAITTA, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3, 911 ss.

¹⁰¹ G. MANFREDI, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, cit., secondo cui i due metodi «convivono [...] l'applicazione dell'uno o dell'altro è regolata dal principio della disponibilità (o prossimità, o vicinanza) della prova [...] sicché le parti hanno l'onere di provare tutto quanto possono concretamente dimostrare, mentre quando questa possibilità non sussiste continua ad applicarsi l'onere del principio di prova, e rientrano in gioco i poteri officiosi del giudice».

¹⁰² Su tale aspetto si veda S. DE NITTO, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., 228 ss.

¹⁰³ Tar Lazio, sez. I, 22 luglio 2021, n. 8825 ha rigettato il ricorso sull'assunto che «il provvedimento impugnato evidenzia e dimostra in maniera puntuale e con un corredo probatorio adeguato la strategia collusiva posta in essere dalle imprese interessate dal procedimento in esame», e, viceversa, «le spiegazioni economiche alternative che le imprese hanno fornito per giustificare la propria condotta nel

quella presunzione di esattezza¹⁰⁴, che, ancorché costituzionalmente dubbia¹⁰⁵, tende ad assistere i provvedimenti, anche sanzionatori, delle autorità indipendenti. La giurisprudenza, consapevole della difficoltà di fornire una prova piena dei fatti che integrano l'infrazione, ha ritenuto però che «la prova della pratica concordata, oltre che documentale, possa anche essere indiziaria, purché vi siano indizi gravi, precisi e concordanti»¹⁰⁶. Mentre la prova dell'irrazionalità delle condotte deve gravare sull'Autorità¹⁰⁷, con riguardo ai contatti

contesto oggetto di accertamento non appaiono sufficientemente attendibili e, comunque, non in grado di sovvertire le valutazioni tecniche compiute dall'Autorità, che risultano essere congruenti e condivisibili»; Tar Lazio, sez. I, 12 luglio 2021, n. 8240 ha annullato il provvedimento dell'Agcm, in quanto nel provvedimento mancherebbero «elementi indiziari, gravi precisi e concordanti, tali da delineare un quadro sufficientemente chiaro, non altrimenti spiegabili se non con l'esistenza della accertata pratica concordata, volta a limitare il confronto competitivo nei mercati rilevanti: a) dei servizi al dettaglio di telecomunicazione mobile, di estensione geografica nazionale; b) dei servizi al dettaglio dell'accesso su rete fissa a banda stretta, di estensione geografica nazionale; c) dei servizi al dettaglio di telecomunicazioni su rete fissa a banda larga e ultralarga, di estensione geografica nazionale. Al contrario la parte ricorrente ha fornito una spiegazione plausibile dei ricostruiti incontri e scambi di informazioni, alternativa a quella ricostruita dall'AGCM».

¹⁰⁴ Così A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, cit., 443; parla di «prova privilegiata» G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 5, 999 ss.

¹⁰⁵ Esprime considerazioni critiche alla luce del quadro costituzionale S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, cit., secondo cui «altro è configurare un'amministrazione che, per indipendenza e tecnicità, riesca a svolgere anche un ruolo di composizione sociale, altro è imporre, in un contesto costituzionale che valorizza fortemente (a torto o a ragione) il ruolo del giudice, una limitazione *ex ante* della intensità del sindacato»; S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origine storiche e problemi odierni*, in *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, a cura di S. CASSESE, C. FRANCHINI, Bologna, Il Mulino, 1996, 217 ss. si interrogava sul perché venissero create autorità indipendenti «per assoggettare, poi, la loro attività all'ordinario sindacato giurisdizionale».

¹⁰⁶ Tra gli elementi indiziari Cons. Stato, n. 4990/2019: «la durata, l'uniformità e il parallelismo dei comportamenti; l'esistenza di incontri tra le imprese; gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, di strategie e politiche comuni; i segnali e le informative reciproche; il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate».

¹⁰⁷ Sul tema Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2020, n. 2674: «Normalmente si opera la distinzione tra parallelismo naturale e parallelismo artificiosamente indotto da intese anticoncorrenziali, in cui la prima fattispecie è da dimostrare sulla base

tra le imprese, agli scambi di informazioni, «non altrimenti spiegabili in un contesto di sano confronto concorrenziale e, quindi, sintomatici di un'intesa illecita»¹⁰⁸, «si determina un'inversione dell'onere della prova che ricade in capo all'impresa»¹⁰⁹.

Nel giudizio con pieno accesso al fatto, non paiono sovvertiti i suddetti principi e i rispettivi temperamenti in tema di onere della prova. Non pare cioè che il più ampio accesso al fatto possa rappresentare il presupposto per un indebito ritorno al passato, consentendo al giudice amministrativo di acquisire d'ufficio gli elementi di prova per giudicare o per valutare autonomamente la completezza dell'istruzione dell'affare. I poteri istruttori del giudice risultano anche nel processo con pieno accesso al fatto sussidiari rispetto a quelli delle parti.

Il processo amministrativo con pieno accesso al fatto rimane cioè un processo di parti, in cui se da un lato la natura del processo

di elementi di prova endogeni, ossia collegati alla stranezza intrinseca delle condotte accertate e alla mancanza di spiegazioni alternative, nel senso che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello riscontrato e la seconda sulla base di elementi di prova esogeni, ossia di riscontri esterni circa l'intervento di un'intesa illecita al di là della fisiologica stranezza della condotta in quanto tale. La differenza tra le due fattispecie e le correlative tipologie di elementi probatori – endogeni e, rispettivamente esogeni – si riflette sul soggetto, sul quale ricade l'onere della prova: nel primo caso (elementi endogeni), la prova dell'irrazionalità delle condotte grava sull'AGCOM; nel secondo caso (elementi esogeni), l'onere probatorio contrario viene spostato in capo all'impresa».

¹⁰⁸ Cons. Stato, n. 4990/2019.

¹⁰⁹ Così di recente Tar Lazio, sez. I, 12 luglio 2021, n. 8240: «In particolare, qualora, a fronte della semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti sul mercato, il ragionamento dell'Autorità sia fondato sulla supposizione che le condotte poste a base dell'ipotesi accusatoria oggetto di contestazione non possano essere spiegate altrimenti se non con una concertazione tra le imprese, a queste ultime basta dimostrare circostanze plausibili che pongano sotto una luce diversa i fatti accertati dall'Autorità e che consentano, così, di dare una diversa spiegazione dei fatti rispetto a quella accolta nell'impugnato provvedimento. Qualora, invece, la prova della concertazione non sia basata sulla semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti, ma dall'istruttoria emerga che le pratiche possano essere state frutto di una concertazione e di uno scambio di informazioni in concreto tra le imprese, in relazione alle quali vi siano ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, grava sulle imprese l'onere di fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte e dei loro contatti (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2011, n. 2925)».

non conduce, come affermato da autorevole dottrina con riguardo alla giurisdizione piena alla sua negazione, quanto piuttosto ad una sua «diversa utilizzazione»¹¹⁰, dall'altro lato l'iniziativa d'ufficio non può essere eccessivamente ampliata e non può sostituirsi a quella delle parti rimaste inerti, se non nei limiti in cui si renda necessaria per l'impossibilità della parte a provvedervi direttamente.

In ogni caso, pare che le maggiori criticità non siano tanto nel rapporto tra il giudice e le parti private, quanto nel rapporto tra giudice e amministrazione, quale titolare del potere, oltre che parte, ancorché «non di parte»¹¹¹, in causa. Il metodo acquisitivo può condurre il giudice ad acquisire quelle prove che le parti, e quindi anche l'amministrazione nella sua veste di parte del processo, non sono in grado di fornire, ovvero, in applicazione del principio della vicinanza della prova, a porre l'onere di rappresentazione di un fatto a carico di un soggetto diverso da quello che l'ha introdotto in giudizio.

Il metodo acquisitivo e un eccessivo ampliamento dei poteri d'ufficio non possono tuttavia condurre il giudice a farsi "parte", valutando il fatto oltre il fine del sindacato sul legittimo uso del potere, pena il superamento del confine tra il potere giurisdizionale e quello dell'amministrazione. Se in sé la circostanza che l'indagine istruttoria sia compiuta su iniziativa del giudice per supplire a un'eventuale inerzia delle parti non pare porre in astratto problemi¹¹², va in definitiva ribadito che l'esercizio dei poteri istruttori non può rappre-

¹¹⁰ Così A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, cit., 91, che nel suo studio sulla giurisdizione piena afferma che «il modello del processo amministrativo paritario che con il decreto n. 80 del 1998 si va edificando, richieda non tanto la negazione del metodo acquisitivo, quanto piuttosto una sua diversa utilizzazione [...] occorre che la giurisprudenza amministrativa coniughi "l'onere del principio di prova, con quello che potremmo definire della "sussidiarietà necessaria" (o più semplicemente della "necessarietà)" in virtù del quale l'intervento sussidiario e sostitutivo del giudice nell'acquisizione della prova si renda necessario stante la impossibilità della parte a provvedervi direttamente».

¹¹¹ L'espressione è di M.R. SPASIANO, *Tre quesiti sulla giustizia nell'amministrazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 9, 889 ss.

¹¹² In tal senso G. MANFREDI, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, cit.; sul rischio che il metodo acquisitivo attribuisca al giudice amministrativo un'eccessiva discrezionalità F. VOLPE, *Spunti di giustapposizione tra il sistema processuale italiano e quello tedesco, in materia di poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, in *Annuario 2012. Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, cit., 165 ss.

sentare l'*escamotage* per consentire l'ingresso a valutazioni riservate all'amministrazione¹¹³. Un potere istruttorio d'ufficio così esercitato si porrebbe infatti in contrasto con la specifica funzione per la quale lo stesso è attribuito al giudice¹¹⁴.

Per quanto si dirà nel prosieguo dell'indagine, pare comunque che, sotto il profilo dell'acquisizione d'ufficio dei mezzi di prova, il problema si sia spostato a valle. Il principio della separazione dei poteri, come anticipato nella prima parte, rimane centrale, ma la tendenziale ritrosia del giudice amministrativo all'utilizzo dei mezzi istruttori pare "risolvere" in radice l'eventualità di derive applicative nell'esercizio del metodo acquisitivo.

5. *I mezzi di prova a dieci anni dall'introduzione del codice del processo amministrativo: è "ragionevole" continuare ad escludere l'interrogatorio formale e il giuramento?*

Così indagati il ruolo delle parti e del giudice, il metodo e le problematiche connessi nel giudizio con accesso al fatto, del sistema dei mezzi istruttori ha senso parlare in una prospettiva non più in senso stretto quantitativa¹¹⁵.

Un limite dell'originario processo amministrativo di legittimità era rappresentato dal numero¹¹⁶ e dal carattere tassativo dei mezzi

¹¹³ In dottrina rileva la difficoltà di trovare nel processo amministrativo un punto di equilibrio «tra principio dispositivo e poteri officiosi del giudice» M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 100 ss.; sul tema si veda anche A. PROTO PISANI, *Relazione conclusiva*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M.G. CIVININI, C.M. VERARDI, Milano, Franco Angeli, 2001, 317 ss.

¹¹⁴ A tal proposito è utile il richiamo a quella giurisprudenza della Cassazione con riguardo ai poteri officiosi del giudice del lavoro; tra le molte si vedano Cass., sez. lav., 27 ottobre 2020, n. 23605; Cass., sez. III, 25 agosto 2020, n. 17683; Cass., sez. lav., 7 luglio 2020, n. 14081.

¹¹⁵ Giù G. VIRGA, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, cit., 205 ss. rileva come il problema dell'istruttoria nel processo amministrativo «non è solo "quantitativo" e la sua soluzione non dipende dall'ammettere il maggior numero possibile di mezzi istruttori».

¹¹⁶ Sul tema della limitatezza dei mezzi di prova si veda E. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo*, cit.; R. LASCHENA, *L'istruzione nel processo amministra-*

di prova ritenuti ammissibili¹¹⁷, tanto che la giurisprudenza costituzionale era a più riprese intervenuta per tentare di colmare le lacune normative¹¹⁸. Le vecchie norme erano a ben dire «inadeguate»¹¹⁹ e, soprattutto nelle materie di giurisdizione esclusiva, gli iniziali limiti sui mezzi istruttori nella tutela dei diritti soggettivi avanti al giudice amministrativo erano difficilmente giustificabili in rapporto a

tivo. Profili generali, cit., 1803 ss.; G. SANTANIELLO, *Il sistema probatorio nel processo amministrativo italiano (Spunti di comparazione con gli ordinamenti francese e tedesco)*, in AA.VV., *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione. Contributo alle iniziative legislative in corso, Atti del XXXI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna 19-21 settembre 1985*, Milano, Giuffrè, 1988, 383 ss.

¹¹⁷ Sul tema in dottrina G. AZZARITI, *Limitazione dei mezzi di prova e istruttoria del processo amministrativo di legittimità*, cit.; G. VIRGA, *Le limitazioni probatorie nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 1, 115 ss.; A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, cit., 392; *contra* C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, cit., 3354 secondo cui il sistema processuale va interpretato sistematicamente «nel senso dell'attribuzione al giudice amministrativo dello strumentario previsto per il giudice civile in ogni tipo di giurisdizione»; E. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo*, cit.; E. PICOZZA, *Processo amministrativo*, cit. In giurisprudenza sull'atipicità dei mezzi di prova Cons. Stato, sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2894; Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2467.

¹¹⁸ Corte cost., 10 aprile 1987, n. 146; con note di A. TRAVI, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, cit.; C.E. GALLO, *Prova testimoniale e processo amministrativo di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 4, 558 ss.; G. VACIRCA, *Prime riflessioni sul nuovo regime delle prove nelle controversie in materie di pubblico impiego (nota a C. cost. 23 aprile 1987, n. 146)*, in *Foro amm.*, 1987, 6, 1344 ss.; M.G. ANTONIUCCI, *L'istruzione probatoria nelle controversie in materia di pubblico impiego (nota a C. cost. 23 aprile 1987, n. 146)*, in *Foro amm.*, 1988, 4, 824 ss.; G. SERIO, *Brevi note sul nuovo sistema probatorio nelle controversie di pubblico impiego (nota a C. cost. 23 aprile 1987, n. 146)*, in *Foro amm.*, 1988, 5, 1282 ss.; I. FRANCO, *Il processo in materia di pubblico impiego fra legislazione e giurisprudenza*, *ivi*, 1610 ss.

¹¹⁹ Così V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, cit., 9. Si vedano anche i rilievi critici di M. NIGRO, *Processo amministrativo*, cit.; A. PALLOTTINO, *L'istruttoria nel processo davanti ai giudici amministrativi*, in *Foro it.*, 1980, V, secondo il quale «il sistema risente della concezione originaria del processo amministrativo contenzioso, ma non giurisdizionale»; nello stesso senso G. VIRGA, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, cit., 205 ss., secondo cui le cause delle disfunzioni nell'istruttoria sono tradizionalmente individuate nella mancanza di un *corpus* omogeneo di norme, nella carenza di strumenti probatori adeguati, nella scarsa propensione del giudice amministrativo a decidere in base al fatto; sul tema si veda anche F.G. SCOCA, *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei Tribunali Amministrativi regionali*, cit.

un giudizio che non era propriamente all'atto e che avrebbe richiesto l'uso di mezzi di prova ulteriori a quelli meramente documentali previsti dall'art. 44 t.u.c.s. nell'ambito dei giudizi di legittimità¹²⁰. Come già accennato nel capitolo II soltanto nei giudizi di merito i poteri istruttori del giudice amministrativo, ancorché nella prassi inutilizzati¹²¹, erano più ampi e gli era consentito di «ordinare qualunque altro mezzo istruttorio»¹²², oltre ai documenti, chiarimenti e verificazioni, secondo le modalità indicate nell'art. 27 del regolamento di procedura¹²³.

Le norme sull'istruzione probatoria si sono via via arricchite con il trasformarsi del processo amministrativo da processo sull'atto a processo sul rapporto e si è assistito ad un ampliamento istruttorio della tutela, inizialmente per la tutela dei soli diritti soggettivi, poi estesa anche agli interessi legittimi¹²⁴.

Il codice del processo amministrativo ha rappresentato l'ultimo passaggio di un percorso normativo a più riprese, che per un ver-

¹²⁰ L'art. 44, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 prevedeva per i giudizi di legittimità: «Se la sezione, a cui è stato rimesso il ricorso riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleta, o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione coi documenti, può richiedere all'amministrazione interessata nuovi chiarimenti o documenti: ovvero ordinare all'amministrazione medesima di fare nuove verificazioni, autorizzando le parti ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti, ovvero disporre consulenza tecnica», secondo le modalità indicate dall'art. 26, r.d. 17 agosto 1907, n. 642. In dottrina C.E. GALLO, *Commento all'art. 44 del T.U. Cons. St.*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit.

¹²¹ Su cui A. CORPACI, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit.

¹²² Così l'art. 44, comma 2, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054: «Nei giudizi di merito il Consiglio di Stato può inoltre ordinare qualunque altro mezzo istruttorio, nei modi determinati dal regolamento di procedura».

¹²³ L'art. 27, r.d. 17 agosto 1907, n. 642 prevede: «La sezione quinta può assumere testimoni, eseguire ispezioni, ordinare perizie e fare tutte le altre indagini che possono condurre alla scoperta della verità, coi poteri attribuiti al magistrato dal codice di procedura civile e con le relative sanzioni».

¹²⁴ L'art. 35, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 ha previsto nelle materie di giurisdizione esclusiva che: «Il giudice amministrativo, nelle controversie di cui al comma 1, può disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, nonché della consulenza tecnica d'ufficio, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento. L'assunzione dei mezzi di prova e l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio sono disciplinati, ove occorra, nel regolamento di cui al regio decreto 17 agosto 1907, n. 642, tenendo conto della specificità del processo amministrativo in relazione alle esigenze di celerità e concentrazione del giudizio».

so ha parificato i mezzi istruttori a quelli tipici del processo civile, ad eccezione dell'interrogatorio formale e del giuramento, per altro verso ha uniformato l'istruttoria nel processo di legittimità a quella in origine prevista per la sola giurisdizione esclusiva dal d.lgs. n. 80/1998¹²⁵.

L'art. 63 c.p.a., infatti, senza distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, tra giurisdizione esclusiva, di legittimità o di merito, dopo aver espressamente richiamato l'ordine di esibizione di documenti, l'ispezione, la prova testimoniale, la consulenza tecnica, al comma 5 prevede che «il giudice può disporre anche l'assunzione degli altri mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento».

Ad oggi non pare, dunque, di essere di fronte ad un problema di inadeguatezza normativa e il giudice amministrativo sembra essersi finalmente dotato degli «occhi» e delle «mani» che gli mancavano¹²⁶. Il sistema probatorio può dirsi ad oggi pressoché completo e, a oltre dieci anni dall'introduzione del codice del processo amministrativo, pare essersi lasciati alle spalle i dubbi e la riluttanza nell'accesso del giudice al fatto, così che è utile indagarlo oltre che in sé, soprattutto in rapporto all'adeguata conoscenza del fatto e al suo concreto utilizzo nella conoscenza del fatto.

Se dall'affermazione teorica per cui il giudice amministrativo, non solo quello di merito, ma anche quello di legittimità, è dotato pressoché degli stessi strumenti probatori di cui è dotato il giudice ordinario¹²⁷, si scende all'esame concreto del suo operato, ci si accorge come nel processo amministrativo l'istruzione sia ancora nella maggior parte dei casi esclusivamente documentale e quindi sostanzialmente inadeguata.

L'analisi, che dunque si conferma non essere imposta tanto da una necessità di intervenire sul piano legislativo, quanto dal condi-

¹²⁵ Sulle novità introdotte dall'art. 35, d.lgs. n. 80/1998 si veda a A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, cit., 29 ss.

¹²⁶ L'immagine del giudice amministrativo quale «essere con grandi orecchi, ma senza occhi e senza mani» è di M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, cit.

¹²⁷ L'art. 63, comma 5 c.p.a. prevede infatti che: «Il giudice può disporre anche l'assunzione degli altri mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento».

zionamento derivante dal tipo di processo in cui l'istruttoria insiste, riguarderà solo quei mezzi istruttori¹²⁸ che più propriamente rispondono alle esigenze del giudizio con pieno accesso al fatto. Ci si soffermerà, in particolare, sulla verifica e sulla consulenza tecnica d'ufficio, mentre non ci si occuperà della prova documentale e delle ispezioni, se non per cenni nell'ultimo paragrafo per dare atto del perdurante stato critico dell'istruttoria nel processo amministrativo.

Prima però resta la necessità di indagare le ragioni per cui continuano ad essere esclusi dal novero dei mezzi istruttori tipici del processo amministrativo il giuramento e l'interrogatorio formale¹²⁹.

¹²⁸ Sulla distinzione tra mezzi di prova in senso proprio volti a dimostrare la verità di un fatto allegato (es. documenti) e altri mezzi istruttori (es. consulenza tecnica d'ufficio) tra i molti M. DUGATO, *L'istruttoria*, cit., 192.

¹²⁹ È invece ammissibile l'interrogatorio libero che non comporta confessione e costituisce uno strumento per la formazione del libero convincimento del giudice. In giurisprudenza si veda Cons. Stato, sez. III, 23 febbraio 2012, n. 1069 che ha ritenuto legittimo l'interrogatorio libero nonostante la mancata previsione nel codice del processo amministrativo: «Ai fini del loro accertamento, il giudice amministrativo può legittimamente ricorrere all'interrogatorio libero delle parti, da ritenersi compatibile con la nuova struttura di un giudizio amministrativo incentrato sul rapporto, che attribuisce al giudice i poteri necessari per un accesso diretto al fatto»; Tar Lombardia, Milano, sez. III ord., 6 aprile 2011, n. 904: «L'interrogatorio libero delle parti costituisce un mezzo istruttorio che, senza aprire crepe di sistema, si iscrive armonicamente nelle trame dell'attuale ordinamento processuale amministrativo, seppure al medesimo estraneo. In tal senso, invero, seppure le dichiarazioni rese in sede d'interrogatorio libero rivestono un ruolo probatorio suppletivo ed indiziario, non potendo le risposte date nel corso del suo svolgimento avere valore di confessione, né essere apprezzate nella loro isola quali elementi di piena prova, la loro deduzione fornisce, tuttavia, al Giudice motivi sussidiari di convincimento per corroborare o disattendere le prove già acquisite al processo. Pur con i predetti limiti, l'interrogatorio libero costituisce un importante ausilio alla chiarificazione e precisazione delle allegazioni di fatto contenute negli scritti difensionali, specie nelle controversie in cui solo il contatto con le parti può fornire indispensabili elementi sensitivi di convincimento ai fini del riscontro e della valutazione delle prove già acquisite. Il colloquio informale, altresì, può consentire al Giudice di comprendere in maniera più esauriente i termini reali delle operazioni economiche e dei meccanismi tecnici celati dietro il linguaggio specialistico utilizzato, facilitando allo stesso tempo l'espunzione dal *thema probandum* dei fatti non oggetto di specifica contestazione e per i quali il deducente può essere assolto *ab onere probandi*»; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 4 aprile 2019, n. 1886; Tar Toscana, Firenze, sez. I, 10 aprile 2018, n. 511; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 28 luglio 2015, n. 1845; Tar Campania, Napoli, sez. II, 14 gennaio 2015, n. 211. In dottrina si veda S. LUCATTINI, *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti: per una specialità di servizio*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 3, 1415 ss.

Le ragioni dell'esclusione tradizionalmente si fanno risalire all'idea che l'interrogatorio formale e il giuramento sono prove legali, che ai sensi degli artt. 2733 e 2738 c.c. vincolano il giudice, impedendogli di decidere in modo diverso¹³⁰. Sarebbero dunque inammissibili nel giudizio amministrativo in quanto incompatibili con il principio generale del libero convincimento del giudice. Secondo questa tesi, qualora infatti si vincolasse il giudice ad accettare come vero quanto è dichiarato come vero nella confessione o nel giuramento, si escluderebbero a priori quei poteri officiosi di acquisizione della prova che storicamente caratterizzano il processo amministrativo. Questa argomentazione è stata peraltro criticata da parte della dottrina che, pur giungendo alla medesima conclusione a fronte del chiaro disposto legislativo¹³¹, ha ritenuto che l'esclusione dell'interrogatorio formale e del giuramento non si debba desumere tanto dal principio del libero convincimento del giudice, quanto dall'impossibilità della parte di disporre dei fatti da provare¹³².

L'esclusione delle prove legali si è altresì giustificata sull'assunto che le stesse presuppongono la disponibilità dei diritti e la loro

¹³⁰ Così in dottrina F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 341 ss.; A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, cit., 386 «non sono conciliabili con un processo nel quale dei fatti introdotti nel giudizio dispone soltanto il giudice, che perciò non può essere limitato nel potere dall'operato delle parti»; L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, cit., 140 ss.; C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 155 ss.; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, Utet, 1994, 665 ss.

¹³¹ F.G. SCOCA, *Articolo 63*, cit., 546: «se il principio del libero convincimento nella valutazione delle prove viene sostituito, secondo il preciso disposto dell'art. 64, co. 4, dalla diversa regola del "prudente apprezzamento" [...] la tesi non sembra più sostenibile. [...] Ci sono alcuni "indizi" della disponibilità dell'oggetto del giudizio, anche nella disciplina sull'istruzione: in primo luogo il principio di non contestazione; in secondo luogo l'efficacia probatoria dell'atto pubblico [...]; in terzo luogo le presunzioni legali. Si può ritenere che l'esclusione dell'interrogatorio formale e del giuramento non abbia oramai valide giustificazioni. Tuttavia essa è statuita per legge, e questo chiude il discorso».

¹³² A. TRAVI, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, cit., 578 che rileva che «tali mezzi di prova, infatti, sono consentiti nel processo civile, dove parimenti vige il principio del libero convincimento del giudice (si pensi, in particolare al processo del lavoro); inoltre anche nel processo amministrativo è contemplata l'ammissibilità delle prove legali: basti pensare all'atto pubblico».

immediata riferibilità a chi giura o a chi è interrogato, mentre l'interesse legittimo è posizione di per sé non disponibile¹³³.

Alla luce di quanto si è detto sull'acquisizione dei fatti nel processo, pare necessario rimeditare su quelle stesse ragioni che tradizionalmente conducevano ad escludere dal novero dei mezzi istruttori il giuramento e l'interrogatorio formale.

Il giudice ha infatti pieno accesso al fatto e il sistema probatorio non funge più né da «diaframma»¹³⁴ per tenere il giudice distante dal fatto, né da strumento necessario per accedervi, così che, quantomeno con riguardo a quelle posizioni sicuramente disponibili, non pare più giustificabile l'assoluta esclusione del giuramento e dell'interrogatorio formale nel processo amministrativo.

Pertanto, se anche si vuole continuare ad ammettere la limitazione con riguardo agli interessi legittimi, non pare più ragionevole una qualsivoglia limitazione con riguardo ai diritti soggettivi¹³⁵. D'altronde, davanti al giudice ordinario non è prevista alcuna preclusione quando la parte sia una pubblica amministrazione e si discute tutt'al più dell'ammissibilità o meno del singolo mezzo di prova con riguardo ai capitoli di prova formulati e della conoscenza diretta o meno dei fatti da parte del soggetto giurante interrogato quale rap-

¹³³ Sul tema dell'indisponibilità della posizione dedotta in giudizio C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, cit., 3361, «anche allorché il legislatore ha ammesso che vi sia una soluzione consensuale al problema costituito dall'emanazione del provvedimento amministrativo, a mezzo di accordi, tale soluzione consensuale non è stata immaginata come la conseguenza di una scelta libera dell'amministrazione, ma come, invece, il frutto del consenso della parte pubblica e della parte privata in ordine al miglior componimento degli interessi per il raggiungimento di una pubblica esigenza. La prova legale non sarebbe, pertanto, in ogni caso in materia utilizzabile»; F.G. SCOCA, *Articolo 64* (commento), in *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, cit., 548 ss.

¹³⁴ L'espressione è quella già richiamata di A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 279.

¹³⁵ In tal senso A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, cit., II, 72 secondo cui «non si possono tacere, tuttavia, seri dubbi sulla ragionevolezza e sulla legittimità costituzionale di tale esclusione, almeno nelle ipotesi in cui non siano oggetto di contestazione situazioni indisponibili da parte dell'Amministrazione»; negli stessi termini con riguardo alla materia del pubblico impiego già A. TRAVI, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, cit., 577, secondo cui «interrogatorio e giuramento dovrebbero ritenersi ammessi anche nel processo amministrativo in materia di pubblico impiego, nei casi in cui siano in gioco situazioni disponibili».

presentante dell'ente. Ebbene, sotto questo profilo, lo stesso potrebbe/dovrebbe avvenire davanti al giudice amministrativo.

Pare più problematico superare l'altro ordine di argomentazioni, ovvero l'assenza del potere della parte di imporre o di condizionare con un proprio atto processuale, ulteriore rispetto all'allegazione, l'acquisizione del fatto al processo, cioè di disporre sul piano processuale dei fatti¹⁵⁶. Come noto, infatti, tanto la confessione quanto il giuramento adempiono la prova, non solo perché escludono la necessità della prova del fatto confessato o giurato mediante la ricerca di altri fatti, ma perché sono essi stessi prova, la cui verità non può essere messa in dubbio dal giudice.

Se, tuttavia, si affronta la questione non limitatamente al piano della possibilità di mezzi istruttori, bensì tenuto conto delle peculiarità del processo amministrativo nel suo complesso, si potrebbe forse concludere che, ammesso che nel giudizio con pieno accesso al fatto dalla fase dell'allegazione si può prescindere, è giunto il momento che, quantomeno con riguardo a quei fatti sostanzialmente non allegati dalle parti, non vi siano più limitazioni sui mezzi istruttori esperibili davanti al giudice amministrativo.

6. *La richiesta di chiarimenti tra integrazione postuma della motivazione e accesso distorto del giudice al fatto*

Così evidenziati i dubbi sull'esclusione delle prove legali nel processo amministrativo, si possono ora approfondire i mezzi di prova previsti dal codice. Come già anticipato, non ci si occuperà di tutti i mezzi istruttori, ma solamente di quelli che mostrano un peculiare interesse rispetto all'oggetto dell'analisi, o perché particolarmente rilevanti sotto il profilo della cognizione del fatto (verificazione e consulenza tecnica d'ufficio) o perché forieri di potenziali problemi in rapporto al più ampio accesso del giudice al fatto.

È quest'ultimo il caso dei chiarimenti, che sono stati sin dall'origine previsti nel giudizio amministrativo, ma che, per come è costru-

¹⁵⁶ Sul tema si veda F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 341 ss.

ito oggi il processo, rischiano di divenire strumentali ad un accesso distorto del giudice al fatto.

A differenza che in passato, in cui l'art. 44 t.u.c.s. espressamente stabiliva che gli «schiarimenti» potessero essere richiesti all'amministrazione interessata, l'art. 63 c.p.a prevede che il giudice possa richiedere d'ufficio chiarimenti a tutte le parti e non solo all'amministrazione, mentre è rimasto invariato il divieto di chiedere chiarimenti a terzi, a cui tutt'al più il giudice può ordinare l'esibizione di documenti secondo il disposto degli artt. 210 ss. c.p.c.¹³⁷. Si tratta comunque di uno di quei casi in cui, al di là di quanto previsto dalla norma e dalle concrete esigenze del processo, prevalgono i condizionamenti del passato e il giudice il più delle volte chiede chiarimenti all'amministrazione e sono rari i casi in cui l'ordine è rivolto al privato¹³⁸.

Il codice non riproduce nemmeno quella parte della disposizione che limitava l'utilizzo di tale mezzo di prova, stabilendo che gli schiarimenti potessero essere richiesti unicamente quando «l'istruzione dell'affare è incompleta», o quando «i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione coi documenti»¹³⁹. Si diceva cioè che gli schiarimenti rivolti all'amministrazione non riguardassero circostanze dubbie, bensì circostanze non chiare a fronte della rappresentazione fornita dal ricorrente¹⁴⁰. Detta limitazione non è più prevista nel codice del processo amministrativo, che non stabilisce nemmeno particolari formalità per l'assunzione del mezzo

¹³⁷ In base all'art. 210 c.p.c.: «Negli stessi limiti entro i quali può essere ordinata a norma dell'articolo 118, l'ispezione di cose in possesso di una parte o di un terzo, il giudice istruttore, su istanza di parte, può ordinare all'altra parte o a un terzo di esibire in giudizio un documento o altra cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione al processo. Nell'ordinare l'esibizione, il giudice dà i provvedimenti opportuni circa il tempo, il luogo e il modo dell'esibizione. Se l'esibizione importa una spesa, questa deve essere in ogni caso anticipata dalla parte che ha proposto l'istanza di esibizione».

¹³⁸ Sul punto si veda G. VELTRI, *Gli ordini istruttori del giudice amministrativo e le conseguenze del loro inadempimento*, cit.

¹³⁹ Così art. 44, r.d. 1054/ 1924.

¹⁴⁰ Sul tema si veda C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, cit., 3358 che rileva che per questa ragione «la giurisprudenza esclude che sia possibile all'amministrazione fornire i chiarimenti in un atto del difensore, dovendo l'amministrazione medesima assumersi in proprio, come soggetto pubblico, la responsabilità dei dati e delle valutazioni che fornisce al giudice amministrativo».

di prova e, dunque, anche alla luce delle peculiarità del giudizio con pieno accesso al fatto, occorre interrogarsi sul ruolo dei chiarimenti in giudizio.

I chiarimenti consistono sostanzialmente in delucidazioni, relazioni normalmente scritte, circa presupposti di fatto che la parte può essere in grado di fornire¹⁴¹. La parte che fornisce chiarimenti il più delle volte è l'amministrazione, ma in quel caso, almeno a parere di chi scrive, risulta difficile comprendere quali siano le differenze con «i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche» che l'art. 3 l. n. 241/1990 qualifica in termini di motivazione.

Sulle vicende della motivazione e in particolare sulle dinamiche relative alla motivazione postuma si tornerà nel prosieguo (v. *infra*, cap. V), in particolare con riguardo alle implicazioni che l'accesso del giudice al fatto potrebbe avere anche sotto tale profilo¹⁴².

In passato, a fronte dell'orientamento pacifico che negava l'ammissibilità della motivazione postuma, sull'assunto della necessaria contestualità della motivazione rispetto alla formazione del provvedimento conclusivo del procedimento, non si poneva nemmeno il problema o comunque si escludeva la possibilità per l'amministrazione di modificare o integrare la motivazione dei suoi atti attraverso i chiarimenti, che dovevano servire solo a chiarire i dubbi interpretativi e le eventuali contraddizioni con i documenti già depositati in giudizio¹⁴³. La giurisprudenza più recente tende a distinguere tra motivazione effettuata «mediante atti del procedimento», ammissibile, e motivazione postuma inammissibile effettuata «mediante atti processuali, o comunque scritti difensivi»¹⁴⁴.

¹⁴¹ Così A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, cit., 384.

¹⁴² Sul tema per tutti di recente G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 4, 1235 ss.

¹⁴³ Così M. DUGATO, *L'istruttoria*, cit., 192; C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, cit., 3358 secondo cui «non può ammettersi che in sede di schiarimenti l'amministrazione possa integrare la rappresentazione in fatto contenuta nel provvedimento impugnato o meglio esplicitare le ragioni di diritto che hanno condotto alla scelta circa l'adozione di una piuttosto che di un'altra misura».

¹⁴⁴ Tra le molte più recenti Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2021, n. 2001; Cons. Stato, sez. VI, 30 ottobre 2020, n. 6657; Cons. Stato, sez. VI, 24 giugno 2020, n. 4038; Cons. Stato, sez. II, 6 maggio 2020, n. 2860.

Anche in dottrina, si è affermato che soltanto consentendo all'amministrazione di integrare in giudizio l'istruttoria e così le ulteriori giustificazioni a sostegno della propria condotta, è possibile per il giudice avere una cognizione piena del rapporto, necessaria per accertare la fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente¹⁴⁵. Così argomentando si potrebbe giungere a ritenere che attraverso i chiarimenti, che sostanzialmente quando resi dall'amministrazione si riducono ad una motivazione postuma del provvedimento, si consentirebbe al giudice di avere una conoscenza effettiva del fatto controverso.

Ai fini dell'analisi svolta, pare rilevante evidenziare i potenziali rischi di una tale ricostruzione¹⁴⁶. A tal proposito, pare significativo richiamare una curiosa vicenda in materia di appalti, in cui il giudice amministrativo ha sostanzialmente fatto propri, «non intravedendo ragioni» per disattenderli¹⁴⁷, i chiarimenti resi dall'amministrazione tramite il suo difensore nel corso dell'udienza e fatti trascrivere a verbale, ritenendo così provate circostanze di fatto (il trasporto di una cella frigo dalla cucina di una RSA alla cucina di un asilo nido; l'uso di una pressa per hamburger per la preparazione dei posti) dirimenti ai fini della valutazione della corretta attribuzione dei punteggi di gara e, dunque, della decisione della causa, circostanze di fatto che non erano state in alcun modo introdotte o altrimenti provate in giudizio.

Se così è, l'ambito dei chiarimenti dell'amministrazione diviene potenzialmente illimitato con il rischio che, eluso formalmente il divieto di un'integrazione postuma della motivazione del provvedimento mediante atti processuali e scritti difensivi, il giudice li possa utilizzare come strumento per un inammissibile e distorto accesso al fatto.

¹⁴⁵ Così A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, cit., 358 ss.

¹⁴⁶ Sul tema G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, cit.

¹⁴⁷ Tar Marche, sez. I, 15 gennaio 2020, n. 37.

7. *Attualità della distinzione tra verificaione e consulenza tecnica d'ufficio*

Nell'analisi condotta sui mezzi di prova previsti dal codice del processo amministrativo, come anticipato, un ruolo di particolare interesse sotto il profilo della pienezza della cognizione del fatto rivestono la consulenza tecnica d'ufficio e le verificazioni¹⁴⁸.

A ben vedere si tratti di strumenti che non sono propriamente mezzi di prova, ma mezzi di ricerca della prova, con cui si consente al giudice non solo di acquisire quelle conoscenze tecniche di cui è privo e rilevanti ai fini del decidere¹⁴⁹, ma altresì di ricostruire direttamente il fatto, con rilevanti conseguenze sul suo sindacato.

Tradizionalmente si sono distinti la verificaione e la consulenza tecnica d'ufficio sulla base di due ordini di considerazioni. Alcuni autori, seguiti dalla giurisprudenza anche più recente¹⁵⁰, hanno affermato che la prima ha carattere tendenzialmente ricognitivo di

¹⁴⁸ Sulla strumentalità tra consulenza tecnica d'ufficio e accesso diretto ai fatti M.A. SANDULLI, *La consulenza tecnica d'ufficio*, cit.: «L'introduzione della consulenza tecnica quale strumento di ausilio e supporto delle valutazioni del giudice al fine della composizione della lite risponde pienamente alla esigenza di un accesso diretto ai fatti da parte del giudice, non più mediato dalla ricostruzione che di essi sia stata fatta dall'Amministrazione».

¹⁴⁹ G. VIRGA, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, cit., 34, secondo cui «i mezzi di ricerca della prova non sono di per sé fonte di convincimento, ma rendono possibile acquisire cose materiali, documenti o dichiarazioni dotate di attitudine probatoria. I mezzi di ricerca della prova attingono all'attività istruttoria primaria, i mezzi di prova a quella di istruzione secondaria, diretta appunto a verificare le affermazioni delle parti ed i fatti emergenti dalle prove precostituite che sono state acquisite al processo».

¹⁵⁰ Cons. Stato, sez. III, 25 marzo 2021, n. 2530: «La consulenza tecnica d'ufficio si differenzia dalla verificaione, in quanto la consulenza tecnica (art. 67 c.p.a.) si estrinseca in una valutazione – e quindi in un giudizio – alla stregua della discrezionalità tecnica. Il consulente non si limita cioè ad un'attività meramente ricognitiva e circoscritta ad un elemento o fatto specifico ma, utilizzando le proprie specifiche cognizioni tecniche, prende in carico situazioni ed oggetti complessi al fine di elaborare un proprio giudizio, e di conseguenza a rispondere al quesito ritenuto dal giudice utile ai fini del decidere con una soluzione tecnicamente idonea alla stregua di un "giudizio di valore". Al contrario, la verificaione, di cui all'art. 66, c.p.a., è diretta ad appurare la realtà oggettiva delle cose, e si risolve essenzialmente in un accertamento diretto ad individuare, nella realtà delle cose, la sussistenza di determinati elementi, ovvero a conseguire la conoscenza dei fatti, la cui esistenza non sia accertabile o desumibile con certezza dalle risultanze documentali».

atti o accadimenti e riguarda solo l'accertamento dei fatti, ma non comporta valutazioni in senso proprio¹⁵¹, mentre la consulenza tecnica consisterebbe nell'acquisizione di un giudizio rispetto alla valutazione di elementi tecnici già acquisiti nell'istruttoria. Secondo altri, anche le verificazioni potrebbero avere carattere valutativo oltre che ricognitivo dei fatti e la differenza sarebbe un'altra: mentre la verifica viene affidata sempre a un organismo pubblico, così non è per la consulenza tecnica d'ufficio che può essere affidata a dipendenti pubblici, o, come avviene nel processo civile, a un professionista tra quelli iscritti negli albi dei consulenti, ovvero ad altri soggetti aventi particolare competenza tecnica nella materia in questione¹⁵².

Il differente contenuto dell'indagine istruttoria propria dei due strumenti spiega la ragione per cui nel processo amministrativo si è sempre guardato alla consulenza tecnica d'ufficio con una certa diffidenza e ancora oggi il suo concreto utilizzo si trova a fare i conti con i condizionamenti del passato¹⁵³. Tra i due mezzi istruttori si è mostrata un certo *favor* per le verificazioni, che si risolvevano in «vere e pro-

¹⁵¹ Così C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 149 secondo cui «ciò che distingue la verifica dalla perizia è che, nella prima non si tratta di porre in essere un'attività valutativa, ma soltanto un'attività ricognitiva, tanto di elementi quanto di dati».

¹⁵² Così A. TRAVI, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 1997, 11, 1263 ss. secondo cui «resta ferma la distinzione fra “verificazioni” e “consulenze tecniche”, ma essa non è distinzione di ambiti d'indagine o di contenuti».

¹⁵³ E. PICOZZA, *La c.t.u. tra processo amministrativo ed effettività del diritto comunitario*, in *Potere discrezionale e controllo giurisdizionale*, a cura di V. PARISSIO, Milano, Giuffrè, 1998, 185 ss.; S. SPINELLI, *Discrezionalità tecnica e mancato esperimento di consulenza tecnica in giudizio: un vulnus alla tutela sostanziale del privato?*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 10, 3272 ss.; A. TRAVI, *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia «amministrativa»?*, in *Gior. dir. amm.*, 2006, 3, 304 ss.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 143 ss.; M.A. SANDULLI, *La consulenza tecnica d'ufficio*, cit.; E. CARACCIOLLO LA GROTTIERA, *La consulenza tecnica d'ufficio e il sindacato del giudice amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008; B. GILIBERTI, *Consulenza tecnica, pienezza del sindacato e full jurisdiction. Brevi annotazioni a Consiglio di Stato, Sez. V, 17 ottobre 2013, n. 5043*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, 745 ss.; L.R. PERFETTI, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il processo*, 2020, 2, 428 ss.; F. CAPORALE, *L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell'Arera*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 1, 429 ss.

prie ispezioni locali e documentali»¹⁵⁴ e pertanto erano ritenute perfettamente compatibili con il principio di separazione dei poteri. Il timore era – e continua ad essere rappresentato – dal fatto che il consulente nominato dal giudice possa in qualche modo indebitamente sostituirsi all'amministrazione e alle sue valutazioni, mentre con la verifica si avrebbe la “garanzia” che l'indagine rimanga nella sfera di competenza dell'amministrazione, ancorché diversa da quella resistente¹⁵⁵, tanto che in passato, enfatizzando quest'aspetto, non è mancato chi l'ha considerata addirittura «un supplemento di istruttoria amministrativa»¹⁵⁶.

Se già nel regolamento del 1907 era prevista la possibilità per le sezioni giurisdizionali di richiedere all'amministrazione di eseguire nuove verificazioni¹⁵⁷, solo nel 2000 è stata introdotta in via generale nel processo di legittimità avanti al giudice amministrativo la possibilità di disporre la consulenza tecnica d'ufficio, così privando il giudizio sull'atto del suo «più strenuo baluardo»¹⁵⁸. Prima di quel momento, infatti, le perizie erano ammesse solo nei casi di giurisdizione di merito ovvero in quei casi eccezionali – come quello dei ricorsi contro i provvedimenti di diniego delle concessioni edilizie¹⁵⁹

¹⁵⁴ Così V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, cit., 13 ss.; negli stessi termini A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1287 secondo cui le verificazioni «possono consistere nella ispezione di documenti, di archivi, di luoghi, in accertamenti tecnici, nella assunzione di informazioni. Esse sono quindi in grado di fornire al giudice, attraverso la relazione che l'Amministrazione è tenuta a farne, tutti gli elementi che al giudice ordinario forniscono i mezzi di prova previsti dal c.p.c.».

¹⁵⁵ L'art. 44, r.d. n. 1054/1924 inizialmente prevedeva che il giudice potesse ordinare «all'amministrazione medesima di fare nuove verificazioni».

¹⁵⁶ Così C. MIGNONE, *I mezzi di prova in rapporto alle plurime giurisdizioni del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1, 11 secondo cui «a seguito dell'ordine di verificaione, si dà avvio ad un procedimento amministrativo istruttorio, in cui l'impulso, anziché provenire da un privato o da altra autorità amministrativa, proviene dal giudice. Ciò permette di parlare ugualmente di «eteroiniziativa pubblica», essendo il giudice una pubblica autorità: si configura, insomma, un procedimento amministrativo per impulso giudiziario, il cui esito sarà riversato nel processo»; *contra* F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 157 ss.

¹⁵⁷ Così art. 27, r.d. n. 642/1907.

¹⁵⁸ Così B. GLIBERTI, *Ἐκλέγετε nel processo amministrativo tra separazione dei poteri e sovranità dell'individuo*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2017, 1, 271 ss., spec. 283.

¹⁵⁹ L'art. 16, l. n. 10/1977 prevedeva che i tribunali amministrativi regionali «oltre i mezzi di prova previsti dall'articolo 44, comma 1, del R.D. 26 giugno 1924,

– espressamente previsti dalla legge, ma si ritenevano escluse nelle ipotesi di giurisdizione di legittimità¹⁶⁰.

L'art. 63, comma 4 c.p.a. pare aver reso intercambiabili i due strumenti sotto il profilo funzionale («qualora reputi necessario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche»)¹⁶¹, tuttavia, rimane la previsione che la consulenza tecnica può essere disposta solo «se indispensabile»¹⁶².

Nel giudizio con pieno accesso al fatto, almeno a parere di chi scrive, pur dovendo scongiurare l'abuso nel suo utilizzo, non vi dovrebbero essere più ragioni per giustificare la passata ritrosia del giudice amministrativo¹⁶³ che, salvo rari casi¹⁶⁴, non disponeva la

n. 1054, possono disporre altresì le perizie di cui all'articolo 27 del R.D. 17 agosto 1907, n. 642».

¹⁶⁰ Così M. LA TORRE, *Il sistema delle prove avanti il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale*, in AA.VV., *Studi in occasione del centenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1932, III, 573 ss.

¹⁶¹ In giurisprudenza sulla distinzione tra verifica e consulenza tecnica d'ufficio tra le tante si veda Cons. Stato, sez. IV, 23 novembre 2020, n. 7303: «Gli artt. 66 e 67 del D.lgs. n. 104/2010, pur distinguendo tra la “verifica” e la “consulenza tecnica”, non precisano in che cosa consista la differenza, e in quali casi il giudice debba servirsi dell'una piuttosto che dell'altra. Il senso proprio delle parole lascia intendere tuttavia che la “verifica” consiste nella oggettiva ricognizione, constatazione e descrizione di stati di fatto (ad esempio: la misurazione della distanza fra due luoghi, la rilevazione dello stato di avanzamento di un'opera, l'analisi della composizione chimica di un prodotto, ecc.), mentre la “consulenza tecnica” consiste nella formulazione di un parere tecnico il quale, pur necessariamente basato su dati oggettivi, riflette il convincimento soggettivo e in qualche misura opinabile del suo autore. Sicché è logicamente accettabile che lo stesso quesito rivolto a due consulenti diversi riceva risposte altrettanto diverse, mentre lo stesso non si può dire della verifica».

¹⁶² Negli stessi termini l'art. 19 c.p.a. stabilisce che «Il giudice può farsi assistere, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo, da uno o più verificatori, ovvero, se indispensabile, da uno o più consulenti».

¹⁶³ In passato la giurisprudenza prevalente escludeva l'ammissibilità nel processo amministrativo di legittimità della consulenza tecnica. Tra le molte si vedano Tar Lazio, Roma, 2 luglio 1980, n. 488; Tar Lombardia, Milano, 18 novembre 1983, n. 146; Tar Lombardia, Milano, 25 ottobre 1983, n. 16; Cons. Stato, sez. VI, 13 luglio 1985, n. 422; Tar Sardegna, 22 novembre 1986, n. 693; Tar Calabria, 22 luglio 1987, n. 346; Cons. Stato, sez. VI, 27 maggio 1991, n. 321; Cons. Stato, sez. VI, 27 maggio 1991, n. 321; Tar Emilia-Romagna, Bologna, 24 novembre 1992, n. 369; Tar Campania, Napoli, 26 aprile 1993, n. 51.

¹⁶⁴ Tar Lombardia, Milano, sez. III, 12 maggio 1997, n. 586: «La cognizione del giudice amministrativo non è limitata al c.d. sindacato esterno, inerente alla congruità e alla ragionevolezza delle valutazioni compiute dall'Amministrazione, ma si estende anche alla fondatezza della pretesa fatta valere dal ricorrente in giudi-

consulenza tecnica d'ufficio proprio per il rischio di rivalutare i fatti della controversia. Anzi, per quanto si dirà nel capitolo IV, quando il fatto è tecnico le esigenze di accertamento completo del fatto in uno con la verifica della fondatezza della pretesa, inizialmente più avvertite nelle materie di giurisdizione esclusiva che nelle altre, dovrebbero definitivamente prevalere sul timore di sconfinare nell'ambito riservato delle valutazioni tecniche dell'autorità amministrativa.

Il tema, che qui è affrontato in un discorso più ampio sull'istruttoria in rapporto all'accesso al fatto, è in effetti strettamente legato al tema del sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche e alla sua evoluzione. Ne consegue che, se in passato l'esclusione trovava fondamento nell'esigenza di garantire la riserva dell'amministrazione¹⁶⁵, anticipando quanto si dirà, superate quelle motivazioni, l'utilizzo della consulenza tecnica d'ufficio dovrebbe andare di pari pas-

zioso e quindi alla verifica della conformità dell'operato dell'Amministrazione rispetto alla norma. Ai fini di tale verifica il giudice amministrativo può disporre una consulenza tecnica, ancorché la vertenza attenga a un provvedimento che sia espressione di discrezionalità tecnica (nella fattispecie si trattava della verifica dell'anomalia di un'offerta per un appalto): l'ammissibilità della consulenza si ricava dal codice di procedura civile e dai principi sul processo affermati dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo», con nota di A. TRAVI, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, cit. e di L.R. PERFETTI, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, cit. Si vedano anche Tar Lombardia, Milano, sez. III, 11 aprile 1996, n. 463, con nota di O.M. CAPUTO, *La consulenza tecnica nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1996, 2982. Anche se con riferimento a un accertamento tecnico preventivo si veda Tar Toscana, sez. I, ord. 20 dicembre 1996, n. 783: «Nell'ambito della giurisdizione esclusiva sui rapporti di concessione di servizi pubblici, al giudice amministrativo spetta anche il potere di disporre misure di istruzione preventiva. Si è ritenuta, in particolare, l'ammissibilità di un ricorso che chiedeva un accertamento tecnico preventivo ai sensi dell'art. 696 c.p.c.», con nota di A. POLICE, *Istruzione preventiva e processo amministrativo: riflessioni a margine di una recente pronuncia*, cit.

¹⁶⁵ Non sono mancate posizioni critiche di chi ha ritenuto insussistente un nesso di consequenzialità tra apprezzamento tecnico e inammissibilità di mezzi istruttori C. MARZUOLI, *A proposito di apprezzamenti tecnici e mezzi istruttori nel giudizio di legittimità*, in *Le Regioni*, 1986, 281 ss. Sul tema si veda altresì A. TRAVI, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, cit., 576 secondo cui dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 146/1987 «non è più possibile sostenere che ogni elemento di giudizio inerente a valutazioni tecniche sia riservato all'amministrazione: l'introduzione della consulenza tecnica implica infatti proprio la possibilità di un apprezzamento di ordine tecnico del giudice amministrativo sulle valutazioni poste a fondamento di un atto dell'amministrazione. Assu-

so con la progressiva erosione della sfera discrezionale insindacabile della pubblica amministrazione, ma soprattutto con la sua oramai quotidiana necessità di confrontarsi con elementi tecnici complessi¹⁶⁶.

Riprendendo le parole della nota pronuncia del Consiglio di Stato n. 601/ 1999, l'esperibilità della consulenza tecnica¹⁶⁷ «è strumentale al più completo accertamento del fatto». Dunque, se l'accesso al fatto, anche tecnico, è oramai pacifico, dovrebbero essere altrettanto indiscusse le ragioni di "indispensabilità" della consulenza tecnica d'ufficio.

Nel giudizio con accesso al fatto, pur nei limiti della domanda di parte e dei principi di prova forniti dalla parte¹⁶⁸, la previsione del codice del processo diverrebbe così in astratto superflua¹⁶⁹, non essendovi motivi per dover precisare, peraltro in assenza di criteri chiari che finiscono con il limitarne sostanzialmente l'utilizzo, che la consulenza può essere disposta solo se indispensabile¹⁷⁰.

Il giudice non dovrebbe essere tenuto a giustificare l'indispensabilità dell'assistenza di uno o più consulenti e l'ammissibilità del-

me invece maggiore concretezza l'esigenza di chiarire quali profili delle valutazioni tecniche possano o debbano essere riservate all'amministrazione».

¹⁶⁶ Sul rapporto tra riserva dell'amministrazione e valutazioni tecniche imprescindibile il riferimento a A. TRAVI, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, cit., 1266, secondo cui «l'ambito delle valutazioni tecniche riservate all'Amministrazione è stato esteso oltre modo [...] il carattere "riservato" di una valutazione di ordine tecnico non può rappresentare la regola generale [...] richiede sempre un fondamento specifico».

¹⁶⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601.

¹⁶⁸ Evidenza questo profilo B. GILIBERTI, *Consulenza tecnica, pienezza del sindacato e full jurisdiction*, cit.

¹⁶⁹ Secondo C.E. GALLO, *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, in *Il Processo*, 2020, 2, 347 ss. secondo cui «se la consulenza tecnica d'ufficio è ammessa soltanto ove indispensabile, è evidente che il codice ipotizza che nella gran parte dei casi non vi sia necessità di superare la qualificazione del fatto compiuta dall'amministrazione e questo conduce inevitabilmente il giudice ad allinearsi su quanto l'amministrazione stessa in fatto asserisce. Occorrerà, perciò, eliminare l'espressione contenuta nell'art. 63, comma 4 del codice del processo amministrativo «se è indispensabile».

¹⁷⁰ Non pare che il concetto possa coincidere con quello di indispensabilità per l'acquisizione di nuovi mezzi di prova e nuovi documenti in appello, su cui si F. SAITTA, *Onori (?) ed oneri della "processualciviltà": Palazzo Spada alle prese con il controverso concetto di indispensabilità della prova*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3, 1069 ss.

la consulenza tecnica d'ufficio dovrebbe essere valutata sulla base di quegli stessi criteri che nel processo civile precludono le perizie c.d. esplorative¹⁷¹, in quanto finalizzate a esonerare la parte dagli oneri probatori sulla stessa gravanti o comunque a supplire alle carenze delle proprie allegazioni e deduzioni istruttorie¹⁷². In altri termini, il giudice dovrebbe poter disporre la consulenza solo su principi di prova già dedotti dalle parti, ma a prescindere da un giudizio di astratta necessità che di per sé assiste qualsivoglia mezzo istruttorio e che rischia altrimenti di risolversi in motivazioni tautologiche e apodittiche¹⁷³. Quando il fatto è tecnico, vi sono dei casi in cui «l'unico modo per il giudice per conoscere il fatto contestato è di far ripetere la misurazione da un perito d'ufficio»¹⁷⁴.

¹⁷¹ Sulla consulenza tecnica nel processo civile si veda per tutti M. VELLANI, *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, Utet, 1988.

¹⁷² Tra le molte Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2021, n. 1039: «Nell'ambito di un giudizio amministrativo la consulenza tecnica non esonera la parte dall'onere di provare i fatti dedotti e posti a base delle sue richieste, i quali devono essere dalla stessa dimostrati in ragione dei criteri di ripartizione dell'onere della prova, costituendo la detta consulenza non già un mezzo di prova, ma semmai un mezzo di ricerca della prova, avente la funzione di fornire al giudice i necessari elementi di valutazione quando la complessità sul piano tecnico-specialistico dei fatti di causa ne impedisca una compiuta comprensione»; Cons. Stato, sez. II, 29 gennaio 2021, n. 900: «La consulenza tecnica d'ufficio non è mezzo istruttorio in senso proprio, avendo la stessa la finalità di coadiuvare il giudice nella valutazione di elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che necessitino di specifiche conoscenze, con la conseguenza che non può essere utilizzata per esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume, essendo legittimamente negata nel caso in cui la parte tenda con essa a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni o offerte di prova, ovvero di compiere una indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati».

¹⁷³ Non sono mancate ordinanze nelle quali l'indispensabilità della consulenza tecnica è stata genericamente motivata con la necessità di «assicurare la completezza dell'istruttoria» (così tra le molte Cons. Stato, sez. VI, ord. 7 marzo 2016, n. 899; Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2015, n. 4745); ovvero «ai fini del decidere» (così Cons. Stato, sez. VI, ord. 4 marzo 2021, n. 1861).

¹⁷⁴ F. MERUSI, *Variazioni su tecnica e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, 973 ss., che fa l'esempio della misurazione dei campi elettromagnetici: «esiste una pluralità di metodi per la misurazione e i vari metodi, ovviamente, danno risultati non sempre coincidenti. Scegliere un metodo o l'altro può essere valutato dal giudice solo con criteri di ragionevolezza. Ma se si contesta in fatto la misurazione effettuata con un determinato metodo, l'unico modo per il giudice per conoscere il fatto contestato è di far ripetere la misurazione da un perito d'ufficio».

Anche per quanto riguarda il profilo funzionale pare venuta meno la ragione per differenziare la verifica dalla consulenza tecnica d'ufficio, in quanto non vi è motivo per categorizzare l'una o l'altra a seconda che la verifica abbia ad oggetto la sola comprensione del fatto o anche la valutazione della ragionevolezza della scelta. Riprendendo le parole di autorevole dottrina, se si cerca di capire in che cosa essi siano istituti diversi, il quadro risulta ancor «più frastagliato» di un tempo¹⁷⁵.

Anche al giudice non è infatti precluso in via assoluta un giudizio sulla valutazione tecnica compiuta dall'amministrazione e l'esigenza di distinguere è venuta meno ancor prima che per il consulente per il giudice amministrativo.

Non sono neppure più apprezzabili rilevanti differenze sotto il profilo procedurale¹⁷⁶, soprattutto nell'ipotesi sempre più frequente in cui la verifica è affidata ad un'amministrazione differente da quella coinvolta come parte del giudizio ed è effettuata nel pieno rispetto del principio del contraddittorio¹⁷⁷, consentendo alle parti non solo di assistere alle operazioni di verifica, ma altresì di nominare propri consulenti di parte e dando termine per osservazioni e rispettive repliche¹⁷⁸. Né pare nei fatti giustificata la «snellezza, anche di forma e di accertamento»¹⁷⁹, che viene talvolta in-

¹⁷⁵ Il riferimento è a A. TRAVI, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, cit., 1265.

¹⁷⁶ Le uniche differenze consistono nel fatto che il verificatore non è scelto *ad personam* dal giudice, ma l'incarico è affidato a un'amministrazione pubblica nel suo complesso; il verificatore, inteso quale persona fisica individuata nei ranghi dell'amministrazione incaricata, non deve comparire davanti al giudice per il conferimento dell'incarico, non deve prestare giuramento e non è sottoposto al regime delle responsabilità proprie del consulente tecnico, sul tema R. DE NICOLIS, *I mezzi di prova e l'attività istruttoria*, in *Processo amministrativo. Formulario commentato*, a cura di R. DE NICOLIS, Wolters Kluwer, 2016, 907 ss., specie 936.

¹⁷⁷ L'art. 66 c.p.a. non impone lo svolgimento delle operazioni di verifica nel contraddittorio tra le parti e il verificatore, risultando il contraddittorio processuale assicurato consentendo alle parti di prendere posizione sulla relazione di verifica, mediante il deposito entro i termini di legge di apposita memoria difensiva, con cui formulare le pertinenti osservazioni. Tra le molte sentenze sul tema si veda Cons. Stato, sez. III, 19 ottobre 2017, n. 4848.

¹⁷⁸ Sul rispetto del contraddittorio nelle operazioni di verifica si veda in particolare Cons. Stato, sez. VI, 5 ottobre 2020, n. 5843.

¹⁷⁹ Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 2017, n. 4352: «La verifica, dunque, si distingue dalla CTU per una sua particolare snellezza, anche di forma e di

vocata per spiegare il ricorso alla verifica piuttosto che alla consulenza tecnica¹⁸⁰.

In definitiva, devono dirsi sostanzialmente superate le differenze con la verifica, tuttavia la consulenza tecnica d'ufficio è rimasta uno strumento residuale. Anche quando la controversia coinvolge questioni di carattere tecnico e le parti la richiedono, il giudice ne ipotizza l'adozione, ma poi il più delle volte definisce altrimenti la controversia¹⁸¹ o comunque ritiene non necessario disporla¹⁸², preferendo chiedere chiarimenti alle parti o dando loro un termine per ulteriori memorie.

Pur ammettendo che «l'esame di talune delle doglianze dedotte investe aspetti di carattere squisitamente tecnico, per le quali sarebbe ipotizzabile l'eventuale adozione di misure istruttorie (verifica o CTU) al fine di meglio delineare alcune caratteristiche tecniche delle offerte presentate dai concorrenti»¹⁸³, i giudici ritengono

modalità di accertamento dei fatti – il che giustifica la preferenza espressamente accordata dal Codice rispetto alla CTU – e rimettendosi al prudente apprezzamento del giudice, con riferimento al caso concreto, scegliere tra i due mezzi posti a sua disposizione». Nel caso di specie si trattava di accertare le condizioni per qualificare un'area di proprietà privata come boscata ed erano state disposte ben tre verificazioni: la prima effettuata dalla comunità montana che non aveva escluso che l'area potesse qualificarsi come boscata; la seconda effettuata da un organo regionale; la terza affidata al dipartimento di scienze forestali e ambientali dell'università che ha infine accertato la natura boscata dell'area.

¹⁸⁰ Più in generale sull'allungamento dei tempi processuali come alibi per giustificare il mancato utilizzo dei mezzi istruttori nel processo amministrativo S. LUCATTINI, *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti: per una specialità di servizio*, cit.

¹⁸¹ Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 25 maggio 2020, nn. 348 e 349: «Occorre premettere che l'esame di talune delle doglianze dedotte investe aspetti di carattere squisitamente tecnico, per le quali sarebbe ipotizzabile l'eventuale adozione di misure istruttorie (verifica o CTU) al fine di meglio delineare alcune caratteristiche tecniche delle offerte presentate dai concorrenti. Non di meno ritiene il Collegio che la controversia può essere definita sulla scorta delle schede tecniche e dal manuale dei prodotti offerti la cui disamina rende possibile acquisire gli elementi di giudizio utili alla decisione».

¹⁸² Tra le più recenti Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2021, n. 439; Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2021, n. 434; Cons. Stato, sez. II, 13 gennaio 2021, n. 420; Cons. Stato, sez. II, 7 gennaio 2021, n. 230; Cons. Stato, sez. II, 4 gennaio 2021, n. 77; Cons. Stato, sez. III, 29 dicembre 2020, n. 8492; Cons. Stato, sez. VI, 28 dicembre 2020, n. 8387.

¹⁸³ Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 25 maggio 2020, nn. 348 e 349; Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 7 maggio 2021, n. 455;

di definire altrimenti la controversia e di avere a disposizione gli elementi di giudizio utili alla decisione o comunque di dover disattendere la richiesta istruttoria «finalizzata a rescindere e sostituire, mediante l'esercizio dei poteri istruttori di questo giudice, le valutazioni tecniche, per le predette ragioni intangibili, cui la commissione è pervenuta sulla base degli atti di gara»¹⁸⁴.

Così facendo, la “conoscenza” del fatto tecnico viene mediata dalle perizie depositate in giudizio dalle parti e la decisione è il più delle volte il risultato dell'adesione alla ricostruzione fornita dalla commissione giudicatrice e del consulente dell'amministrazione, anche perché al ricorrente e al suo perito non è chiesto di provare i fatti costitutivi della pretesa, quanto «elementi ed argomenti tecnici atti ad evidenziare palesi incongruenze od illogicità o manifesti errori di fatto ascrivibili al giudizio della commissione di gara»¹⁸⁵. I problemi di esame e comprensione del fatto tecnico vengono risolti dando cioè prevalenza al consulente di parte che in giudizio risulta più convincente, il più delle volte concludendo che non possono essere messe in dubbio le determinazioni dell'amministrazione, in quanto l'organo consultivo tecnico dell'amministrazione è comunque quello che è meglio in grado di cogliere le specificità tecniche della questione¹⁸⁶. Raramente il giudice amministrativo, pur invocando un presunto accertamento dei fatti, dispone una consulenza tecnica d'ufficio¹⁸⁷.

Il tema sarà ulteriormente approfondito nel capitolo IV, ma sin da ora è opportuno rilevare che nella giurisprudenza più recente, ancorché con riguardo a determinate materie, insieme con una maggiore sensibilità nei confronti dell'accertamento del fatto tecnico, il giudice pare riconoscere l'utilità della consulenza tecnica d'uffi-

¹⁸⁴ Tar Veneto, sez. I, 12 marzo 2021, n. 339. In termini Tar Lombardia, Milano, sez. II, 11 maggio 2021, n. 1171; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 9 aprile 2021, n. 915.

¹⁸⁵ Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 282.

¹⁸⁶ Tar Lazio, Roma, sez. Iter, 5 novembre 2013, n. 9394.

¹⁸⁷ Cons. Stato, sez. III, 5 agosto 2020, n. 4945 nel valutare la legittimità del punteggio attribuito in una procedura aperta per la fornitura di stent vascolari per la produzione di «studi indicizzati riferiti a prodotti analoghi appartenenti alla famiglia di device a cui il prodotto in gara afferisce», ha ritenuto «pertinente uno studio relativo al distretto infrapopliteo» contestato dalla ricorrente, senza nominare un consulente, facendo proprie competenze anatomiche in grado di valutare l'analogia tra vasi periferici.

cio¹⁸⁸. Si tratta per esempio dei giudizi sugli atti delle autorità di regolazione, in cui il giudice si avvale dell'apporto di un consulente per la valutazione dei criteri di determinazione delle tariffe del servizio¹⁸⁹, ovvero dei giudizi sulla verifica dell'anomalia delle offerte di gara, nei quali non è così raro l'utilizzo della verifica e della consulenza tecnica¹⁹⁰, per accertare, alla luce della documentazione versata in atti di gara e nel procedimento di verifica di anomalia, se l'offerta è nel complesso congrua, sostenibile e realizzabile, o ancora del contenzioso in materia di accertamenti sanitari dei soggetti alle dipendenze della pubblica amministrazione, in cui non di rado vengono disposte consulenze volte al riconoscimento di una patologia come causa di servizio o all'accertamento dell'idoneità fisica dei partecipanti ad un pubblico concorso¹⁹¹.

A ben vedere, però, anche in questi casi la verifica e la consulenza vengono disposte in giudizio più che per accertare la situazione di fatto con le competenze tecniche necessarie¹⁹², per confortare il convincimento del giudice circa la non manifesta irragionevolezza e erroneità della voce tariffaria, dell'offerta di gara, della valuta-

¹⁸⁸ Sul tema S. LUCATTINI, *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti: per una specialità di servizio*, cit.; Id., *Fatti e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, 203 ss.

¹⁸⁹ Tra le più recenti sugli atti dell'Autorità di regolazione per l'energia elettrica e il gas e il sistema idrico si vedano Cons. Stato, sez. VI, 14 maggio 2021, n. 3809; Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2021, n. 731; Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2021, n. 768; Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2021, n. 732; Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 2021, n. 645; in dottrina sul tema specifico dell'utilizzo dei mezzi istruttori nei giudizi aventi ad oggetti i provvedimenti dell'Arera si veda F. CAPORALE, *L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell'Arera*, cit.

¹⁹⁰ Tar Veneto, sez. III, 30 marzo 2021, n. 409.

¹⁹¹ Tra le più recenti si vedano Cons. Stato, sez. IV, 26 marzo 2021, n. 2541;

¹⁹² Rilevano R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 147, che in materia il giudice «dopo aver affermato in astratto la possibilità di un sindacato diretto dell'attendibilità delle operazioni tecniche, si ferma in realtà ad un controllo estrinseco tradizionale dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa»; anche L. GIANI, *L'accertamento del fatto da parte del giudice amministrativo tra valutazioni tecniche ed eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 418 evidenzia come non sia chiaro «fino a che punto il giudice voglia spingersi [...] la regola generale sembra piuttosto improntata al principio inverso secondo cui la statuizione in ordine all'assetto di interessi inquadrata come diretta derivazione del fatto accertato a una norma tecnica opinabile deve provenire dalla stessa amministrazione».

zione medica¹⁹³. Nelle sentenze, infatti, si continua spesso a giustificare espressamente l'utilizzo delle stesse con un richiamo ai principi giurisprudenziali tradizionali¹⁹⁴. In altri termini, ancorché in linea di principio si affermi che il giudice può legittimamente disattendere le considerazioni del consulente «attraverso una valutazione critica che sia ancorata alle risultanze processuali e risulti congruamente e logicamente motivata»¹⁹⁵, il giudice il più delle volte, per il solo fatto che le conclusioni del consulente sono di fatto confermate del giudizio al quale era pervenuta l'amministrazione, giunge ad un giudizio di non manifesta erroneità, illogicità delle stesse. Sotto tale profilo, il discorso è particolarmente rilevante nel sindacato sui provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti: si è infatti venuto a creare una sorta di “statuto” in materia, difficilmente giustificabile a livello costituzionale¹⁹⁶, in cui l'autorità indipendente, che può utilizzare in processo tutte le prove già acquisite nel procedimento che essa stessa ha condotto, oltre che risultare sostanzialmente avvantaggiata nell'o-

¹⁹³ Così facendo, come correttamente rileva F. CAPORALE, *L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell'Arera*, cit. «si registra un'inversione della funzione di questo mezzo istruttorio: non è utilizzato per aumentare l'intensità del sindacato giurisdizionale, né per garantire l'effettività della tutela, né per configurare un sindacato «progressivo» sulla discrezionalità tecnica o per ripetere la valutazione tecnica o per sostituirsi all'amministrazione nella decisione, ma per sottoporre a un ulteriore controllo, ancora più attento, un provvedimento già apparentemente illegittimo».

¹⁹⁴ Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2021, n. 3472: «l'accertamento sulle singole voci era però pur sempre preordinato ad accertare se il giudizio espresso dalla SUA sulla congruità dell'offerta fosse nel complesso attendibile e immune da profili di illogicità, macroscopica erroneità e irragionevolezza, nei limiti del sindacato giurisdizionale sulla verifica di anomalia dell'offerta».

¹⁹⁵ Così Cons. Stato, sez. III, 7 gennaio 2022, n. 65.

¹⁹⁶ Già C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in *I garanti delle regole*, cit., 69 ss., spec. 80, nel delineare i caratteri delle autorità indipendenti, evidenziava la necessità di un loro riconoscimento a livello costituzionale: «in un sistema che si caratterizza sempre più per la frammentazione e la diffusione dei poteri a livello sia economico-sociale, sia politico-istituzionale [...] diventa essenziale la presenza di un corpo di autorità che non sia riconducibile in via esclusiva a nessuno dei poteri tradizionali dello Stato [...] poiché, però, ciò può realizzarsi solamente attraverso il riconoscimento di adeguate soluzioni organizzative, è necessario che il legislatore affronti il problema in termini generali, delineando una sorta di “statuto” in materia e, allo stesso tempo, assicurando a tali autorità [...] una specifica posizione a livello costituzionale».

pera di convincimento del giudice¹⁹⁷, è dotata di un grado di conoscenza tecnica che è difficilmente colmabile in processo¹⁹⁸.

Quest'ultima tendenza e la specificità delle materie e delle questioni trattate sono tali che è non possibile affermare di essere giunti a un generale e definitivo cambio di passo¹⁹⁹ e ancora oggi prevale la scarsa propensione del giudice ad utilizzare la consulenza tecnica d'ufficio, con inevitabili ricadute, ai fini che interessano, sull'accertamento pieno ed effettivo del fatto.

8. *L'istruzione da mezzo a "presunto" ostacolo nell'accesso al fatto*

Le osservazioni sin qui svolte sul metodo istruttorio e sui mezzi di prova nel processo amministrativo sul fatto non consentono di trarre conclusioni definitive, né chi scrive ha la pretesa di farlo.

¹⁹⁷ Evidenzia tale aspetto P. LAZZARA, *Le competenze comunitarie e i limiti al sindacato giurisdizionale in materia Antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 2, 179 ss.

¹⁹⁸ Un cenno merita Tar Lazio, sez. III, 26 novembre 2019, n. 13568, ove si sottolinea che «l'evoluzione della giurisprudenza, in materia di sindacato sugli atti discrezionali, non può non incontrare una delimitazione almeno in parte diversa, tenuto conto della specifica competenza, della posizione di indipendenza e dei poteri esclusivi, spettanti alle medesime Autorità».

¹⁹⁹ Si vedano Cons. Stato, sez. IV, 11 gennaio 2021, n. 370 sul decreto di diniego dell'infermità per causa di servizio sulla base del parere del Comitato di verifica per le cause di servizio, che accogliendo l'appello rileva che in primo grado «non sono stati evidenziati quegli aspetti di errore macroscopico o di illogicità, ai quali la giurisprudenza ancora il sindacato di legittimità del giudice amministrativo» e soprattutto, ai fini che interessano, definendo il giudizio «alquanto apodittico (poiché non fondato su una CTU ovvero su un ragionamento tecnico scientifico articolato e riferito a letteratura scientifica validata)»; Cons. Stato, sez. III, 28 dicembre 2020, ord. n. 8445 che nel disporre la consulenza tecnica d'ufficio rileva che «quando il tema, come nel caso di specie, involva l'esame di mercati specifici e di dinamiche economiche la cui prognosi è oggetto di *business plan*, il controllo di legittimità non possa scindersi da un approfondimento condotto con l'ausilio della scienza qualificata e specialistica di un consulente tecnico che, con equidistanza tra le opposte ricostruzioni, possa verificare la correttezza e verosimiglianza dei dati e la ragionevolezza tecnica delle prognosi sulla base di tali dati compiute»; Cons. Stato, sez. III, 28 dicembre 2020, ord. n. 8427; Cons. Stato, sez. II, 4 gennaio 2021, n. 102; Cons. Stato, sez. VI, 15 gennaio 2021, ord. n. 31 in sede di appello cautelare invita il giudice di merito a «valutare l'opportunità di disporre un autonomo accertamento tecnico, mediante verifica o consulenza tecnica d'ufficio, allo scopo di chiarire gli aspetti tecnici messi in rilievo».

A ben vedere, come anticipato sin dalle premesse e come si è tentato di dimostrare nelle pagine che precedono, non è forse neppure necessario giungere a delle conclusioni, in quanto almeno a chi scrive non pare che sotto il profilo dell'istruzione probatoria vi sia nulla da cambiare, né nulla da aggiungere al codice del processo amministrativo.

Il discorso muta radicalmente se si guarda all'istruzione per come concretamente si svolge²⁰⁰, in quanto davanti al giudice amministrativo l'istruttoria continua ad essere meramente documentale e come rilevato da uno dei massimi studiosi dell'istruttoria nel processo amministrativo, occorrerebbe una vera e propria «revisione dell'istruttoria»²⁰¹.

A tal proposito, vi sono due ulteriori aspetti da considerare: da un lato, il codice del processo amministrativo, a differenza del codice di procedura civile, non prevede una fase propriamente istruttoria²⁰²; dall'altro lato, il capo II stabilisce non del tutto chiare modalità di assunzione delle prove, che possono essere disposte sia dal Presidente o da un magistrato da lui delegato sia dal Collegio²⁰³.

Il primo aspetto non sembra cogliere nel segno le problematiche dell'istruzione nel processo sul fatto, in quanto l'assenza di una vera e propria fase istruttoria e presunte istanze di celerità del processo non sembrano rappresentare le ragioni per cui il giudice amministrativo normalmente si astiene dall'effettuare attività istruttoria²⁰⁴. Anzi, pur con le cautele che un tale parallelismo, come già più volte evidenziato, richiede²⁰⁵, anche nel processo di cognizione davanti al

²⁰⁰ R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, cit.

²⁰¹ Così C.E. GALLO, *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, in *Il Processo*, 2020, 2, 347 ss.

²⁰² Secondo G. VIRGA, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, cit., 16 più che di «fase istruttoria» è preferibile parlare di «momenti ai quali corrispondono determinate attività [...] è la specifica funzione svolta dall'istruttoria che rende possibile rilevare l'esistenza di distinte attività (e non già di "fasi") istruttorie nello svolgimento della vicenda processuale».

²⁰³ Sul tema G. VIRGA, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, cit., 213 ss.

²⁰⁴ In passato si era sviluppata la prassi della c.d. udienza istruttoria nella quale venivano prese in considerazione le istanze presentate dalle parti.

²⁰⁵ Per tutti M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo tra autonomia e "civilizzazione"*, cit.

giudice ordinario sempre più si ragiona sul rendere fisiologica l'assenza di un'autonoma fase di istruzione, quando la causa risulta di per sé matura per la decisione o con riguardo a determinate controversie per le quali la stessa non risulta necessaria. In altri termini, la presenza di una fase istruttoria non rappresenta di per sé la garanzia che il fatto venga effettivamente conosciuto e pare illusorio pensare che si faccia "prima" non facendo istruttoria²⁰⁶.

Il secondo aspetto è invece più rilevante: raramente l'istruzione è anticipata e le misure istruttorie vengono disposte fuori dall'udienza dal Presidente o da un magistrato delegato, come previsto dal comma 1 dell'art. 65 c.p.a. Le prove vengono, infatti, tutt'al più disposte dal Collegio all'esito dell'udienza di discussione del ricorso²⁰⁷ con un inevitabile allungamento dei tempi per giungere alla decisione del ricorso, oltre che con un inutile sovrapporsi di memorie e repliche. Così facendo, tanto i giudici, quanto le stesse parti continuano a mostrare una qualche diffidenza, o meglio una certa non confidenza, rispetto alle istanze istruttorie, che vengono generalmente avvertite più come un appesantimento del giudizio, che quale utile strumento di conoscenza del fatto.

In definitiva, nel processo sul fatto in cui non è più giustificabile, né tanto meno accettabile, che il giudice acceda al fatto senza effettivamente conoscerlo, sarebbe necessario un vero e proprio «mutamento di mentalità»²⁰⁸ non solo del giudice, bensì anche delle

²⁰⁶ Così V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 7 ss., spec. 26 secondo cui «da un lato vi è l'esigenza di far presto dall'altro quella di far bene, ma è evidente come l'esigenza di far presto sia addirittura contraddetta dal non fare istruttoria. Se infatti in molti casi è vero che un'istruttoria sommaria può giovare alla rapidità, è altrettanto vero che un'istruttoria carente in casi ancora più numerosi aggrava i tempi del processo».

²⁰⁷ Così C.E. GALLO, *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, cit. secondo cui «la rarità dell'attività istruttoria consegue anche alle modalità attraverso le quali la medesima può essere disposta [...]. La proposta, perciò, è di ammettere la possibilità che l'attività istruttoria venga disposta al termine di apposite camere di consiglio, dedicate esclusivamente all'esame delle istanze di parte volte ad ottenere provvedimenti istruttori. Si tratta di integrare l'art. 65 del codice di rito, prevedendo, al comma 2, la possibilità di una camera di consiglio espressamente dedicata all'attività istruttoria, e di modificare, di conseguenza, anche l'art. 87 che individua le ipotesi in cui la controversia può essere trattata in camera di consiglio».

²⁰⁸ Così C.E. GALLO, *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, cit.

parti. Si è infatti soliti individuare nel giudice, in particolare quello di primo grado, il principale responsabile dei difetti dell'istruzione probatoria, ma si ritiene che il più volte stigmatizzato «atteggiamento culturale»²⁰⁹ del giudice amministrativo sia spesso alimentato da quello delle parti (in particolare dell'amministrazione) e dei loro difensori, che oramai abituate a un processo senza istruttoria, tendono a non attribuire la dovuta attenzione alla prova dei fatti e al rispetto del riparto degli oneri probatori e delle conseguenti regole di giudizio, mostrando un generale disinteresse nei confronti dell'istruzione e confidando nel fatto che il giudice si allinei sulla loro posizione²¹⁰.

In molti casi l'amministrazione rappresenta esattamente il fatto, in altri casi sono sufficienti i documenti depositati in giudizio, perché il fatto è semplice e non necessita di particolari conoscenze. In questi casi *nulla quaestio*. Ve ne sono tuttavia altri in cui la tutela è effettiva solo se il fatto è conosciuto dal giudice nel contraddittorio tra le parti²¹¹ ed eventualmente con l'ausilio di consulenti e la qualificazione della realtà di fatto compiuta dall'amministrazione nel provvedimento dovrebbe poter esser opportunamente superata, senza bisogno di ricorrere a una logica di indispensabilità o stretta necessità.

Tutto questo riesce allora meglio a spiegarsi nel caso di fatti complessi, di natura tecnica, rispetto ai quali risulta dirimente l'uso degli strumenti istruttori. Ai fatti tecnici sarà, pertanto, dedicato il capitolo IV e si dovrà ragionare non solo sullo stato attuale del sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione, per ribadirne i limiti, ma si dovrà altresì riflettere sull'atteggiamento dell'amministrazione rispetto alla tecnica e sulle sue inevitabili ricadute sul processo.

²⁰⁹ Parla di «disinclinazione giudiziale all'accertamento dei fatti [...] emblematica di un atteggiamento culturale ed, in senso lato, ideologico» F. FIGORILLI, *L'istruttoria nel giudizio amministrativo (art. 44, R.D. 26.6.1924, n. 1054)*, in *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, a cura di S. BATTINI, B.G. MATTARELLA, A. SANDULLI, G. VESPERINI, Torino, Utet, 2007, 594.

²¹⁰ M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., 119: «il processo è giusto se è sistematicamente orientato a far sì che si stabilisca la verità dei fatti rilevanti per la decisione, ed è ingiusto nella misura in cui è strutturato in modo da ostacolare o limitare la scoperta della verità, dato che in questo caso ciò che si ostacola o si limita è la giustizia della decisione con cui il processo si conclude».

²¹¹ Sul principio del contraddittorio per tutti F.P. LUISO, *Il principio del contraddittorio e l'istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 2, 328 ss.

CAPITOLO IV

COGNIZIONE DEL FATTO TECNICO TRA CRITICITÀ DELL'ATTIVITÀ CONSULTIVA E PROSPETTIVE DEL SINDACATO SULLE VALUTAZIONI TECNICHE

SOMMARIO: 1. Tecnica e diritto: risvolti processuali di un problema sostanziale. – 2. Alcune contraddizioni nel procedimento consultivo tra teorica necessità e perduta strumentalità dell'attività consultiva della pubblica amministrazione. – 3. L'accesso del giudice al fatto tecnico muovendo dal sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche: ancora alla ricerca di un'uniformità perduta. – 4. Tendenze e controtendenze nell'accesso del giudice al fatto tecnico: quando l'accesso al fatto tecnico incide sulla sindacabilità delle valutazioni tecniche. – 4.1. L'insindacabilità delle valutazioni tecniche invocata per escludere l'accesso al fatto tecnico. – 5. L'attività consultiva quale criterio non uniformante nel giudizio sul fatto tecnico. – 6. Il ruolo del consulente tecnico d'ufficio nella cognizione del fatto tecnico: “deferenza” del giudice amministrativo o reale rischio di sostituzione?

1. *Tecnica e diritto: risvolti processuali di un problema sostanziale*

Nel corso dell'analisi già è emersa la problematicità del ragionamento condotto sull'accesso al fatto nel processo amministrativo con riguardo ai fatti di natura tecnica.

Ferme restando le considerazioni già svolte, sono evidenti le ragioni di un approfondimento sul fatto tecnico. Se in generale è l'accesso al fatto nel processo amministrativo l'oggetto dell'analisi, merita particolare attenzione l'accesso al fatto di natura tecnica, sia per la sua centralità, sia per la sua problematicità.

Le amministrazioni sono, infatti, quotidianamente alle prese

con un incremento della complessità dei compiti che sono chiamate a svolgere, dovuto in parte (e insieme) all'incalzante innovazione scientifica e tecnologica, alla rapida e globale diffusione delle conoscenze, più di recente all'emergenza sanitaria¹. Al crescente bisogno di conoscenze tecniche e dunque di rinnovamento e di adeguamento della sua organizzazione, l'amministrazione, che storicamente ha rappresentato il catalizzatore degli uffici tecnici nei più svariati settori per il peso economico e organizzativo che la sperimentazione tecnica comporta, ha negli ultimi anni risposto inversamente con la progressiva emarginazione dei tecnici al suo interno². All'esigenza di "specializzazione" dell'amministrazione si è cioè nei fatti contrapposto un generale "impoverimento" tecnico dell'amministrazione e delle sue competenze specialistiche³.

Conseguentemente, il "problema" della tecnica⁴ e, ai fini che interessano nell'analisi condotta, del fatto tecnico, riguarda non solo la fase del processo, ma ancor prima quella del procedimento che conduce all'assunzione della decisione⁵. Quando il fatto è tecnico, i profili di diritto sostanziale e quelli di diritto processuale si condiziona-

¹ Parla di «pervasività» della tecnica nell'azione quotidiana dell'amministrazione S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 1, 80 ss.

² Sul tema si veda A. VARNI, G. MELIS (a cura di), *Burocrazie non burocratiche. Il lavoro dei tecnici nelle amministrazioni tra Otto e Novecento*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1999.

³ Sull'indebolimento dei corpi tecnici si vedano G. MELIS, *La fuga dall'amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell'amministrazione dell'Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 2, 469 ss.; L. FIORENTINO, *I corpi tecnici nelle amministrazioni: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 2, 479 ss.; G. MELIS, *Culture dei «tecnici» e amministrazione nell'Italia di ieri e di oggi*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, 2, 291 ss.; A. ZUCARO, *La crisi dei Corpi Tecnici della Pa nel quadro della crisi delle politiche pubbliche*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, 2, 303 ss.

⁴ Il tema sotteso è quello più ampio tra diritto e tecnica. Sul rapporto tra diritto e tecnica si vedano tra i molti N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001; L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 1, 1 ss.; N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, Laterza, 2007.

⁵ Tale dato è particolarmente evidente nel caso delle decisioni contabili dell'amministrazione, come rilevato da W. GIULIETTI, *Funzione politica del bilancio e tutela dell'interesse finanziario tra tecnica e diritto*, in *Dir. ec.*, 2019, 2, 279 ss., spec. 286. Più in generale sul rapporto tra politica e tecnica si veda ID., *Tecnica e politica nelle decisioni amministrative composte*, in *Dir. amm.*, 2017, 2, 327 ss.

no reciprocamente e se la dimensione processuale ha rappresentato tradizionalmente la dimensione principale della nozione di discrezionalità tecnica⁶, è proprio la natura tecnica dei fatti⁷ che ha dapprima giustificato la definizione autonoma di discrezionalità tecnica⁸

⁶ La dimensione processuale della discrezionalità tecnica è sottolineata da M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 42 ss.; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 4, 1149 ss.

⁷ Tra i moltissimi contributi sul tema si veda P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 2010, 146 ss., secondo cui «il tema si pone all'interno della più ampia relazione tra diritto e tecnica»; F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, Giuffrè, 2008, 471 ss.: «la discrezionalità tecnica, per come assunta nel dibattito dottrinale, è invece fenomeno che non appartiene né al terreno delle certezze scientifiche, né al terreno delle certezze giuridiche. Occupa una zona grigia tra diritto e tecnica. Il suo carattere anfibologico è dovuto al fatto che l'amministrazione applica una regola che, pur enunciata nella norma giuridica, non è, essa stessa, regola giuridica, ma non è neppure regola tecnica in senso proprio, dato che non deriva da una scienza esatta».

⁸ Gli autori che all'inizio del Novecento per primi si sono occupati delle valutazioni tecniche compiute dall'amministrazione le hanno ricondotte, pur nella diversità delle ricostruzioni, all'ampia nozione di discrezionalità, coniando il concetto di «discrezionalità tecnica». Si vedano per tutti F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 193 ss. secondo cui si ha discrezionalità tecnica quando la legge assume, come presupposto dell'atto amministrativo un fatto complesso, intendendo per tale quello suscettibile di una valutazione quantitativa in relazione al pubblico interesse: «spesso nel campo della pubblica amministrazione la sua attività è disciplinata da norme imprecise, la cui attuazione presuppone il verificarsi di fatti complessi, cioè suscettibili di un più o di un meno, da valutarsi in relazione all'interesse pubblico e il cui apprezzamento, per la ragione che si dirà, deve lasciarsi alla pubblica amministrazione stessa. Siamo in un campo alquanto diverso da quello della discrezionalità pura, perché qui la norma regolatrice c'è, mentre nella discrezionalità pura manca. Siamo anche però in un campo diverso da quello dell'attività vincolata, perché nell'attività vincolata la norma è precisa, c'è un criterio immutabile di riferimento, l'accertamento dei fatti, mentre nel caso qui ricordato la norma è imprecisa e i fatti vanno apprezzati con particolari criteri. In questi casi si parla di discrezionalità tecnica: con questa espressione si vuole indicare, che la discrezionalità non è qui puro arbitrio, ma è determinata da criteri di tecnica amministrativa, da quei criteri che la norma giuridica suggerisce in relazione alle esigenze della pubblica amministrazione»; ID., *La competenza di legittimità della IV Sezione del Consiglio di Stato e l'apprezzamento dei fatti secondo criteri tecnici* in *Giur. it.*, 1902, III, 275 ss.; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Estratto dalla Giur. it.*, LXII, 1910, 10 ss. secondo cui vi è discrezionalità tecnica in presenza di una «norma giuridica, che determina i limiti della potestà dell'amministrazione. Ma il diritto obiettivo dichiara che questo confronto fra l'atto e la norma giuridica per alcuni punti sfugge alla competenza degli organi giurisdizionali e spetta esclusivamente all'amministrazione [...] poiché anche qui vi ha insindacabilità, anche qui si deve parlare e si parla di discrezionalità. Ma qui la insindacabilità dipende non dal silenzio della norma giu-

e poi ha indirizzato la soluzione sul problema del relativo potere di valutazione⁹.

Il discorso non può, dunque, essere limitato a considerazioni relative allo stato attuale del sindacato sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione¹⁰, bensì dovrà essere oggetto di analisi anche il procedimento, con particolare riguardo all'atteggiamento dell'amministrazione rispetto alla tecnica. L'istruzione processuale rappresenta il secondo momento di acquisizione e ricostruzione dei fatti, perché già nel procedimento l'amministrazione compie, o dovrebbe compiere, anche con l'ausilio di organi consultivi tecnici le attività volte alla verifica della situazione fattuale¹¹. Conseguentemente, l'adeguata conoscenza del fatto tecnico dovrebbe rappresentare una prerogativa dell'amministrazione e degli organi consultivi di cui si avvale, non meno che del giudice in sede processuale.

ridica [...] dipende invece da ciò, che il diritto obiettivo dichiara, per alcuni punti insindacabile»; O. RANNELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, Luigi Pierro editore, 1912, 360 ss., spec. 369 secondo cui «non crediamo neppure di dover distinguere una discrezionalità pura da una discrezionalità tecnica o tecnico-amministrativa [...] perché, lasciando da parte la parola "tecnica", la quale da sola non può esprimere propriamente questo concetto, la discrezionalità, sia l'apprezzamento puramente amministrativo, sia tecnico-amministrativo, è sempre amministrativa».

⁹ In tal senso C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., secondo cui la tecnica opera criterio risolutivo sia in termini di definizione dell'ambito sostanziale del fenomeno, sia in termini di elaborazione tecnica del regime giuridico riservato della discrezionalità tecnica.

¹⁰ Sul rapporto tra tecnica e amministrazione per una definizione del problema della discrezionalità tecnica si vedano V. BACHELET, *L'attività tecnica della Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1967; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit.; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in AA.VV., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet. II. Amministrazione e garanzie*, Milano, Giuffrè, 1987, 245 ss.; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439 ss.; F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, 983 ss.

¹¹ Sull'attività consultiva si vedano P. CORSO, *La funzione consultiva*, Padova, Cedam, 1942; F. FRANCHINI, *Il parere nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1944-1945; F. TRIMARCHI, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, Milano, Giuffrè, 1974; G. GHETTI, *La consulenza amministrativa*, Padova, Cedam, 1974; G. CORREALE, *Parere*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, 676 ss.; A. TRAVI, *Parere nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, Utet, 1995, 601 ss.; A. AMORTH, *La funzione consultiva e i suoi organi*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, IV, 1958-1986, Milano, Giuffrè, 1999, 1175 ss. Più di recente S. CASSESE, *La funzione consultiva nei governi moderni*, in *Quad. cost.*, 2001, 1, 5 ss.; C. BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, Il Mulino, 2002.

Giunti a questo punto dell'analisi, nell'ottica di indagare la problematicità della conoscenza del fatto tecnico in una prospettiva più ampia, si impongono alcune considerazioni sull'attività consultiva, fisiologicamente strumentale ad una migliore conoscenza del fatto tecnico nel procedimento amministrativo¹², per poi ragionare sulle potenziali ricadute sull'accesso del giudice al fatto tecnico.

¹² Sono numerosi gli studi sull'attività consultiva in cui costantemente emergono la difficoltà di darne una certa definizione e le variabili nelle quali si declinano e differenziano le diverse espressioni del concetto, condizionate dai procedimenti decisionali interessati, dagli assetti organizzativi e dalle competenze sottese al suo esercizio (Così C. BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, cit., 1). Molti hanno tentato di delinearne i caratteri distintivi rispetto alle altre funzioni tipicamente amministrative. Alle opere che hanno dato rilievo al profilo soggettivo e agli organi ai quali la legge assegna compiti consultivi, per rispondere al «bisogno – dell'organo al quale la funzione è attribuita – di conoscenze tecniche specializzate per il settore in cui agisce» (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., 36 ss.), si sono affiancate quelle che si sono concentrate sulla collocazione dell'attività consultiva nel procedimento. Secondo alcuni l'attività consultiva, e in particolare il parere in senso proprio, si caratterizzerebbe per il fatto di inserirsi nella fase che precede la formazione della decisione ma successiva alla fase istruttoria, sul punto si vedano A. TRAVI, *Parere*, cit.; A. SANDULLI, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, II, a cura di S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2000, 927 ss. spec. 1016 secondo cui «il parere introduce, nell'ambito del procedimento principale, una fattispecie sequenziale, che prende l'avvio dalla definizione dell'oggetto, prosegue con la richiesta operata dal responsabile del procedimento, continua con l'istruttoria svolta dall'organo consultivo, e si conclude con l'emissione dell'atto da parte dello stesso, in forma scritta ed adeguatamente motivato»; più di recente M.G. DELLA SCALA, *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Torino, Giappichelli, 2016, 523 ss., spec. 529, secondo cui il parere «pur formalmente collocato all'interno dell'istruttoria, è più propriamente, dunque anello di congiunzione tra la fase c.d. "istruttoria in senso stretto", di acquisizione dei fatti e selezione degli interessi, e fase di assunzione della decisione»; tra coloro che sostengono che la fase consultiva sia parte di quella istruttoria, si veda V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2002, 416 ss.: «nei procedimenti più complessi, l'istruttoria si arricchisce di una fase autonomamente connotata, intesa ad una valutazione preliminare (o preparatoria in ordine al decidere) dei fatti e degli interessi in gioco: la fase consultiva [...] Nell'ambito dell'istruttoria procedimentale si inserisce così, nei casi in cui la legge lo prevede, un procedimento consultivo».

Nella diversità di contributi, di profili di interesse e di prospettiva di analisi sull'attività consultiva, vi è un dato comune relativo alla natura, diversamente detta "ausiliaria", "servente", "necessaria", ma comunque strumentale (A. AMORTH, *La funzione consultiva e i suoi organi*, cit., 1777 ss.) dell'attività consultiva rispetto all'attività decisoria, in quanto fisiologicamente e necessariamente volta «a fornire valutazioni e giudizi su varie questioni in vista delle scelte finali adottate da altri» (E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2019, 464 ss.).

L'eccessiva ritrosia del giudice nell'utilizzo dei mezzi istruttori a sua disposizione¹³, a cui si è fatto un cenno già nel capitolo III e su cui si tornerà in chiusura del ragionamento condotto in questo capitolo (v. *infra*, §6), rappresenta certamente un rilevante ostacolo all'adeguata conoscenza del fatto tecnico nel processo, ma non si tratta dell'unica criticità. Anche le ultime modifiche legislative alla legge n. 241/1990 sono infatti evidentemente improntate alla logica del massimo contenimento dei tempi procedurali¹⁴, in un sistema in cui l'attività consultiva, piuttosto che essere valorizzata nell'ottica di una effettiva conoscenza del fatto tecnico e di una decisione qualitativamente migliore, è al più "tollerata", ma generalmente compressa¹⁵ e talora addirittura compromessa¹⁶.

Pare dunque che tanto nel processo quanto prima nel procedimento, per ragioni e per dinamiche differenti di cui si darà conto nel pro-

¹³ Sulla resistenza del giudice all'utilizzo degli strumenti probatori a sua disposizione si vedano tra i molti S. LUCATTINI, *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti: per una specialità di servizio*, cit., secondo cui «le resistenze del giudice amministrativo nello sfruttare a pieno le proprie possibilità cognitive sono dovute, non a questioni di diritto positivo o di tecnica processuale, bensì a ragioni di ordine storico, ideologico e culturale, di come cioè il giudice percepisce sé stesso ed il proprio ruolo all'interno del processo e nei confronti del potere pubblico».

¹⁴ M. DESIGNORE, *La centralità dell'attività conoscitiva nella concezione originaria della legge n. 241/1990 e la sua perdurante attualità*, cit., rileva come il procedimento si collochi in un sentiero «sempre più calpestato da un legislatore che intende semplificare anche al costo di costringere l'azione amministrativa entro termini così angusti da giungere ad una decisione quale che sia».

¹⁵ Soprattutto a partire dagli anni Novanta dello scorso secolo l'attività consultiva è stata trascurata dal legislatore, tanto sotto il profilo organizzativo, quanto sotto il profilo dell'azione amministrativa. A tal proposito è sufficiente richiamare le prime misure di semplificazione organizzativa che, anche se con differenti modalità, hanno interessato a più riprese l'attività consultiva, non certo per valorizzarla ma con l'obiettivo, spesso esplicito, di limitarla attraverso la soppressione di organi consultivi (ad esempio art. 41, l. n. 449/1997; art. 96, d.lgs. n. 267/2000) e la drastica riduzione degli organi collegiali e, tra questi, primariamente degli organi consultivi (ad esempio art. 20, l. n. 59/1997; art. 9, d.lgs. n. 112/1998; art. 18, l. n. 448/2001). Al medesimo risultato conducono inoltre le diverse forme di silenzio-assenso (ad esempio art. 1, comma 18, l. n. 239/2004), la trasformazione di pareri obbligatori in facoltativi (ad esempio art. 17, d.lgs. n. 490/1999) o l'eliminazione della previsione di contributi endoprocedimentali consultivi (ad esempio art. 5, comma 2, d.lgs. n. 492/1998). Sul tema si veda M.G. DELLA SCALA, *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, cit., 539.

¹⁶ Sul punto si vedano M. OCCHIENA, N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Il Dir. Ec.*, 2019, 3, 27 ss., spec. 61.

siegua, il fatto tecnico non sia adeguatamente conosciuto. Si assiste, in altri termini, a una tendenziale mortificazione dei profili tecnici e con essi della complessiva qualità tecnica della decisione amministrativa.

A fronte della scarsa centralità accordata all'attività consultiva nella fase procedimentale, vi è da chiedersi se vi siano delle conseguenze in termini di dover essere sulla sua sindacabilità in processo, tali da garantire una, seppure parziale, presa in carico da parte dell'ordinamento dei profili tecnici della scelta amministrativa e delle sempre più numerose istanze tecniche di tutela.

Dopo aver delineato alcune delle principali contraddizioni che caratterizzano la fase consultiva, in particolare quella che consiste nel rilascio di pareri tecnici¹⁷, vincolanti e non, l'analisi, dunque, non potrà che volgere lo sguardo alla rilevanza dell'attività consultiva nella fase processuale, per verificare se, nei casi in cui il parere tecnico sia stato reso e dunque la decisione, facendo proprie le regole tecniche applicate nella fase consultiva, si sia per così dire "tecnicizzata"¹⁸, il giudice conosca dell'attività consultiva svolta. Se così non fosse, si giungerebbe ad un'inevitabile *impasse* in cui il problema della compromissione della tecnica verrebbe semplicemente spostato dalla fase procedimentale a quella processuale, con indubbe ricadute sull'effettività della tutela e, più nello specifico, sulla complessiva (ir)rilevanza del fatto tecnico, ovvero dei profili tecnici della decisione amministrativa.

¹⁷ Va tuttavia precisato che l'attività consultiva non si esaurisce nell'attività volta a rendere pareri e che non in tutti i casi in cui viene emesso un parere si è in presenza di un'attività consultiva. Tra i molti sul tema si veda G. CORREALE, *Parere*, cit., che evidenzia come non esista «equivalenza tra funzione consultiva e parere, cosicché esistono pareri, cioè atti siffattamente denominati, che non sono espressione di funzione consultiva». Secondo la chiara ricostruzione di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 125 «non si deve confondere il dare pareri con l'attribuzione consultiva (come invece spesso si fa), quest'ultima consistendo nel dare pareri in esercizio di un'attività specificamente definitiva come tale da norme».

¹⁸ L'espressione è di M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. AMATO, A. BARBERA, Bologna, 1986, ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., III, 1587 ss., spec. 1629; poi ripresa da A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1997, 164 che rileva: «questo processo di tecnicizzazione non darà origine ad una attività tecnica, quasi diversa e contrapposta a quella amministrativa, ma si limiterà a tecnicizzare in parte quest'ultima».

È certo che il ragionamento non si esaurisce ma è fortemente condizionato dal tema del sindacato del giudice sulla discrezionalità tecnica (*rectius*, sulle valutazioni tecniche)¹⁹, perché i criteri di sindacato sono gli stessi anche quando la decisione è preceduta dal parere di un organo consultivo, tema sul quale sarà consentita qualche breve riflessione, per evidenziare come, allo stato attuale, le categorie classiche sono rese sempre più incerte da un atteggiamento del giudice non univoco²⁰.

Quando il giudice è chiamato a risolvere controversie di carattere scientifico, in cui i fatti tendenzialmente esulano dal piano delle conoscenze notorie o delle scienze comuni, non sono individuabili criteri univoci e nella giurisprudenza degli ultimi anni emerge piuttosto una disomogeneità di posizioni. La sensibilità «per le esigenze legate alla materia» tende a prevalere su quella per la «coerenza di sistema»²¹, non, dunque, perché il giudice ignori la questione tecni-

¹⁹ L'accostamento tra discrezionalità e discrezionalità tecnica può dirsi ormai pacificamente superato in dottrina. La categoria della c.d. "discrezionalità tecnica" è considerata dai più una locuzione impropria e fuorviante, frutto di un «errore storico della dottrina» secondo alcuni (tra questi si veda M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 56); di un «equivoco metagiuridico» secondo altri (in tal senso V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, cit., 37). La dottrina prevalente ha cioè ritenuto che le valutazioni tecniche non possano essere in alcun modo assimilate alla discrezionalità amministrativa e che si tratti di categorie del tutto disomogenee. Le valutazioni che devono essere compiute alla stregua di conoscenze specialistiche non possono considerarsi discrezionali in quanto non involgono scelte di opportunità né sono soggette ad alcun vincolo positivo. Non vi è cioè quella graduazione e ponderazione degli interessi pubblici e privati che, come ha insegnato Massimo Severo Giannini (il riferimento è a M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 72 ss.) connota la discrezionalità in quanto tale, poiché il quadro degli interessi è già predeterminato dalla norma e il margine libero della valutazione corrisponde alla opinabilità delle valutazioni scientifiche.

²⁰ G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, cit.; C. MARZUOLI, *La "discrezionalità tecnica" nella giurisprudenza dei TAR: analisi degli orientamenti relativi ad alcuni settori*, cit.; N. PAOLOANTONIO, *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, cit.; C. VIDETTA, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione nella giurisprudenza successiva alla decisione 9 aprile 1999 n. 601 della quarta sezione del Consiglio di Stato*, cit.; G. D'ANGELO, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, cit.

²¹ G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, cit.

ca, anzi perché ne definisce i limiti in ragione dell'interesse a dominare o a rimanere estraneo alla materia.

In alcuni casi, meglio ancora, con riguardo a determinate materie, prevale, infatti, una sorta di timore, forse eccessivo, del giudice e la tecnica funge sostanzialmente da limite del sindacato, alimentando l'impressione che il presunto rispetto di una non dichiarata riserva di amministrazione e l'invece dichiarata mancanza di cognizioni tecniche celino la consapevole esigenza di accordare prevalenza a certe sfere di interessi, per sacrificarne altre. In altri casi, invece, quella che, secondo gli insegnamenti tradizionali della dottrina e della giurisprudenza, dovrebbe rimanere una verifica della correttezza e ragionevolezza delle operazioni tecniche compiute manifestamente sconfinava in un inammissibile giudizio del giudice circa la condivisibilità o meno della decisione. Si giunge poi in casi limite ad un giudizio addirittura di «maggiore attendibilità», con la conseguenza che la sfera dell'opinabilità dei parametri tecnici utilizzati rischia di sovrapporsi alla sfera dell'opportunità della decisione finale.

Il ragionamento si chiuderà con alcune considerazioni sull'istruzione probatoria: gli strumenti probatori o ausiliari²², infatti, potrebbero (*rectius* dovrebbero) costituire gli strumenti indispensabili per l'acquisizione in processo di elementi tecnici complessi e, soprattutto nei casi in cui nel procedimento ci si è avvalsi dell'apporto di un organo consultivo tecnico, per controllare adeguatamente nel processo il vero contenuto di ciò che si è compiuto in procedimento.

Altrimenti, pur dovendosi dare per acquisita la «piena signoria sul fatto», anche sotto il profilo del suo contenuto tecnico²³ da parte del giudice amministrativo, il processo amministrativo, per come è

²² Sul tema A. TRAVI, *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia «amministrativa»?», in Gior. dir. amm.*, 2006, 3, 304 ss. secondo cui «il giudice amministrativo può e deve avvalersi della consulenza tecnica. Non può dichiarare infondata, né tanto meno inammissibile, la censura, solo perché comporta la necessità di approfondimenti particolari di ordine tecnico [...] La regola del giudizio è sempre la stessa: tutti i fatti controversi devono essere verificati, nel rispetto delle allegazioni e sulla prova, e tale regola non incontra eccezioni nella dimensione di ordine tecnico dei fatti. Altrimenti la giustizia «amministrativa» diventa qualcosa di diverso e minore rispetto alla «giustizia» senza aggettivi».

²³ Così F. PATRONI GRIFFI, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa*, 5 febbraio 2020; ID., relazione introduttiva al webinar «Dieci anni di Codice del processo amministrativo: bilanci e prospettive» organizzato dall'Università di

strutturato e per come concretamente si svolge, rischia di far emergere il fatto tecnico per come se lo rappresenta il giudice, non per come davvero è²⁴.

2. *Alcune contraddizioni nel procedimento consultivo tra teorica necessità e perdita strumentalità dell'attività consultiva della pubblica amministrazione*

La pervasività della tecnica nell'azione quotidiana dell'amministrazione e il tendenziale impoverimento delle competenze tecniche dell'amministrazione rappresentano tra le ragioni per cui l'amministrazione, che non ha al suo interno gli strumenti per fronteggiare la tecnica, dovrebbe porre al centro della sua azione provvedimentoale l'apporto dell'organo consultivo, ad essa fisiologicamente strumentale²⁵.

È cioè indubbio che l'organo consultivo dotato di competenze

Roma Tre (16 settembre 2020); si veda anche ID., *La giustizia amministrativa nel 2019*, in *Gior. dir. amm.*, 2019, 2, 140 ss.

²⁴ Sul tema nella prospettiva dell'accertamento del fatto e dell'effettività della tutela, L. GIANI, *Il problema amministrativo tra incertezza della tecnica ed esigenze di tutela sostanziale del cittadino (il contributo di Franco Ledda)*, in *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, cit., 135 ss.; ID., *L'accertamento del fatto da parte del giudice amministrativo tra valutazioni tecniche ed eccesso di potere giurisdizionale*, cit.

²⁵ In virtù della riconosciuta strumentalità dell'attività consultiva, non solo giuridicamente, ma anche logicamente precedente all'attività decisoria (M.S. GIANINI, *Diritto amministrativo*, cit., 124 ss.) che anche la giurisprudenza è arrivata a sostenere che l'atto dell'organo consultivo successivo alla decisione perderebbe la sua connotazione consultiva, per il solo fatto di essere successivo e, dunque, indipendentemente dalla possibilità dell'amministrazione decidente di rivedere il proprio provvedimento finale e di tener conto del consiglio reso. Così Cons. Stato, 10 gennaio 2020, n. 259 con riguardo al parere della Soprintendenza afferma: «Trattandosi, come ogni atto di natura consultiva, di determinazione diretta ad illuminare e sorreggere l'organo di amministrazione attiva nell'adozione di un provvedimento, il potere si consuma nel momento in cui l'amministrazione procedente ha adottato il provvedimento finale. Orbene, essendo l'autotutela, quale procedimento di secondo grado, espressione dello stesso potere esercitato nell'adozione dell'atto di primo grado, l'annullamento di ufficio, il ritiro ovvero la modifica del parere possono intervenire fino a quando l'organo di amministrazione attiva non abbia emanato il provvedimento finale. Superato tale momento, l'esercizio della funzione consultiva si è esaurito e, dunque, un nuovo esercizio della stessa può aversi solo

tecniche fornisca (o – per quanto si dirà – dovrebbe fornire) un apporto necessario e strumentale all'organo competente a decidere, che di quella competenza tecnica è sfornito.

L'analisi del dato positivo e dei consolidati orientamenti giurisprudenziali evidenziano invece rilevanti criticità, così che la centralità che tradizionalmente veniva riconosciuta all'attività consultiva viene ad essere per più motivi messa in dubbio nella prassi, con probabili ricadute sulla qualità tecnica delle decisioni amministrative. Sono, infatti, numerose le contraddizioni contenute nella legge generale sul procedimento amministrativo del 1990, che, sempre nell'ottica della celerità e della compressione del tempo dell'agire, certo hanno concorso alla perdita di centralità dell'attività consultiva e con essa dell'adeguata conoscenza del fatto tecnico.

Nell'art. 16 del Capo IV della l. n. 241/1990, dedicato alla semplificazione dell'azione amministrativa²⁶, appare centrale il profilo temporale²⁷, più che quello funzionale, dei pareri resi dagli organi consultivi delle pubbliche amministrazioni²⁸, marcando l'accento sul termine per l'emissione del parere, nella versione originaria della norma non superiore a novanta giorni e nella versione attualmente vigente fissato addirittura in «venti giorni dal ricevimento della richiesta»²⁹.

quando l'organo consultivo risulti nuovamente compulsato dall'amministrazione procedente con richiesta di nuovo parere».

²⁶ Su cui tra i molti V. CERULLI IRELLI, F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, 3-4, 617 ss.

²⁷ Sugli istituti di semplificazione in rapporto al tempo dell'azione amministrativa L. GIANI, *I tempi (dell'azione e della decisione) dell'amministrazione tra certezza e affidamento*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, cit., III, spec. 2487 ss.

²⁸ In tal senso A. TRAVI, *Parere*, cit., 616 secondo cui la legge n. 241 del 1990 agli artt. 16 e 17 «non prende in considerazione globalmente le ipotesi di parere, ma detta una disciplina settoriale riservata ai “pareri” di “organi consultivi”».

²⁹ Nella versione originaria l'art. 16, comma 1, prevedeva che: «Nei casi in cui debba essere obbligatoriamente sentito un organo consultivo, questo deve emettere il proprio parere entro il termine prefissato da disposizioni di legge o di regolamento o, in mancanza, non oltre novanta giorni dal ricevimento della richiesta». Il comma 1 è stato così sostituito dall'art. 17, comma 24, l. 15 maggio 1997, n. 127: «Gli organi consultivi delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, sono tenuti a rendere i pareri ad essi obbligatoriamente richiesti entro quarantacinque giorni dal ricevimento della richiesta. Qualora siano richiesti di pareri facoltativi, sono tenuti a dare immediata comunicazione alle amministrazioni richiedenti del termine entro il quale il parere sarà reso». L'art. 8, comma 1, lett. a), l. 18 giugno 2009, n. 69, ha ulteriormente

La norma è stata più volte modificata anche in ordine alle conseguenze derivanti dall'inutile decorrenza del termine e dai meccanismi di superamento dell'*impasse* procedimentale. Se fino al 2009 era rimessa all'amministrazione richiedente la scelta di procedere indipendentemente dall'acquisizione del parere, salvi i casi di pareri rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini, la l. 18 giugno 2009, n. 69 ha sul punto distinto i pareri obbligatori da quelli facoltativi. Nel primo caso ha previsto che l'amministrazione «può procedere» e nel secondo, invece, che l'amministrazione «procede indipendentemente dall'espressione del parere», precisando che comunque il responsabile del procedimento è responsabile della sola richiesta di parere, non già degli eventuali danni derivanti dalla mancata espressione del parere da parte dell'organo consultivo³⁰.

Il recente d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. in l. 11 settembre 2020, n. 120³¹, modificando il comma 2 dell'art. 16, ha uniformato la disciplina dei pareri obbligatori e di quelli facoltativi, prevedendo per entrambe le categorie che, in caso di decorrenza del termine senza che sia stato comunicato il parere o senza che l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie, l'amministrazione «procede indipendentemente dall'espressione del parere»³².

Si tratta di una modifica che pare ragionevole dal punto di vista sostanziale, dal momento che la distinzione tra parere obbligatorio e facoltativo non riguarda l'obbligatorietà o meno del rilascio (e dell'acquisizione) del parere, quanto la richiesta del parere, essendo dunque logico che la natura del parere non incida sull'attività procedimentale dell'amministrazione richiedente, suc-

diminuito il termine prevedendo: «all'articolo 16: 1) al comma 1, primo periodo, la parola: "quarantacinque" è sostituita dalla seguente: "venti"; 2) al comma 1 sono aggiunte, infine, le seguenti parole: "che comunque non può superare i venti giorni dal ricevimento della richiesta"».

³⁰ Sul procedimento consultivo si veda M. OCCHIANA, N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione*, cit., 52.

³¹ L'art. 12, recante "Modifiche alla legge 7 agosto 1990, n. 241", al comma 1, lett. f), ha previsto che: «all'articolo 16, comma 2: 1) il primo periodo è soppresso; 2) al secondo periodo la parola: "facoltativo" è soppressa».

³² Ai sensi del comma 3, tale disposizione continua a non applicarsi «in caso di pareri che debbano essere rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini».

cessiva alla richiesta³³. L'aggettivo allude all'organo richiedente, non a quello adito, e quindi la natura obbligatoria o facoltativa può rilevare unicamente ai fini della responsabilità del soggetto che per legge è tenuto a richiedere un parere obbligatorio (e non lo fa) o che richiede un parere facoltativo sulla base di proprie valutazioni di opportunità nella conduzione del procedimento (magari del tutto irragionevoli)³⁴. Una volta richiesti, non dovrebbero giustificarsi distinzioni tra i pareri facoltativi e quelli obbligatori né sotto il profilo della doverosità nell'emanazione del parere da parte dell'organo consultivo, né sotto il profilo del successivo agire dell'organo richiedente³⁵. A parte il caso dei pareri obbligatori vincolanti, quello che richiede la legge è, infatti, che l'amministrazione motivi la scelta di discostarsi dal parere richiesto, ma, anche quando il parere è obbligatorio, l'amministrazione, anche se sarebbe opportuno che ne tenesse conto³⁶, non ha un obbligo di conformarsi al giudizio tecnico³⁷.

³³ Più nello specifico, nel caso di parere obbligatorio la legge prevede a carico dell'amministrazione decidente un onere procedimentale di assumere un consiglio di stampo tecnico-scientifico in vista dell'adozione di un provvedimento qualitativamente migliore, con la conseguenza che l'amministrazione li deve richiedere, a pena di illegittimità del provvedimento finale, anche se riferibili a procedimenti amministrativi identici nei quali l'organo consultivo si è già espresso. Sul punto si vedano M. OCCHIENA, N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione*, cit., 41.

³⁴ L'art. 16 va letto alla luce dell'art. 1, comma 2, l. n. 241/1990 e l'ente nel valutare se richiedere un parere non richiesto dalla legge, deve verificare che il conseguente aggravamento del procedimento trovi giustificazione in «straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria». Si veda G. GRASSO, *Art. 16 – Attività consultiva*, in *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, a cura di A. BARTOLINI, S. FANTINI, G. FERRARI, Roma, Nel diritto, 2010, 414 ss.

³⁵ Tra i molti si veda M.G. DELLA SCALA, *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, cit., 543, secondo cui «attraverso la sollecitazione dell'organo consultivo l'autorità procedente rileva la necessità del contributo conoscitivo nel caso concreto, così consumando il suo potere di scelta in merito e autolimitandosi nelle proprie prerogative decisorie. L'amministrazione ha il dovere, acquisito il parere "facoltativo", di tenerne conto e di motivare al riguardo, essendo il medesimo un atto giuridico dagli effetti analoghi a quelli del parere obbligatorio».

³⁶ L'obbligo di considerazione viene ritenuto l'effetto tipico del parere e ricondotto alle finalità di consulenza che si realizzerebbero con il parere, sul punto si veda A. TRAVI, *Parere*, cit., 606.

³⁷ Secondo F. TRIMARCHI, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, cit., 198 «va ancora rilevato che non è la natura facoltativa del parere

Ciò che invece suscita perplessità è l'aver sostituito con quello che pare un obbligo di procedere senza il parere ("procede")³⁸ l'originaria facoltà dell'amministrazione ("può procedere"), in contraddizione con il carattere funzionale del parere previsto per legge rispetto alla decisione finale. La novella, dunque, se pare in armonia con le ragioni della celerità del provvedere, costituisce una mortificazione generale della qualità tecnica della decisione, che, almeno a parere di chi scrive, meriterebbe particolare attenzione in quanto il "quando" provvedere non può divenire alternativo al "come" provvedere.

Come è stato osservato da autorevole dottrina, con riguardo al regime dei pareri facoltativi, una tale disciplina ha assegnato «carattere generale all'istituto dell'«accantonamento» – o del «prescindere» – del parere in ritardo»³⁹.

Dal punto di vista teorico, invero, la previsione solleva almeno due ordini di questioni. In primo luogo, rischia di rendere un "fuor d'opera"⁴⁰ quella norma che, in vista dell'adozione di un provvedimento qualitativamente migliore, accorda all'autorità che deve provvedere la possibilità (o l'obbligo) di avvalersi del consiglio di organo istituzionale. In secondo luogo, enfatizza le preoccupazioni in merito al generale "accantonamento" dell'attività consultiva, che,

a legittimare la più ampia libertà dell'organo decidente, anzi proprio la volontà nella richiesta del parere, traducendosi, per quello, in un evidente fatto di autolimitazione, rende difficile giustificare la possibilità di discostarsene [...] L'organo attivo, in pratica, non ritenendo di dover decidere da solo, richiede la collaborazione di altri organismi. Non è, quindi, agevole giustificare un provvedimento che disattenda *tout court* il parere liberamente richiesto, e bisogna andare molto cauti, sul terreno giurisdizionale, nel valutare le ragioni di tale divergenza. È per quest'ordine di considerazioni che si rivela la necessità, in questa ipotesi, di una congrua motivazione che dia conto delle ragioni sostanziali di quella divergenza».

³⁸ In tal senso M. OCCHIENA, N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione*, cit., 41 sul regime che prima riguardava i soli pareri facoltativi, ma con considerazioni che possono essere estese ai pareri obbligatori: «nel caso dei pareri facoltativi ha invece statuito il dovere dell'ente decidente di procedere, in ogni caso, senza parere»; M.G. DELLA SCALA, *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, cit., 544, parla di accantonamento «doveroso».

³⁹ G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit.

⁴⁰ L'espressione è di A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940, 162 ss. che l'ha utilizzata con riguardo alla rilevanza giuridica dei pareri facoltativi.

più che essere valorizzata come momento insostituibile e necessario di acquisizione di dati e conoscenze utili, continua ad essere compressa dal legislatore perennemente alla rincorsa del mito del semplificare per legge⁴¹ e il più delle volte compromessa da primarie esigenze di celerità del procedimento e di tensione verso il risultato.

Il rischio poi è che, così ragionando, si giunga al paradosso di equiparare negli effetti al parere “accantonabile”, perché tardivo, il parere omesso e dunque non ritenere annullabile quella decisione che, seppure illegittima perché adottata senza il parere prescritto dalla legge, sia tempestiva⁴², valutando cioè come del tutto irrilevante la patologica eliminazione di momenti in senso lato “istruttori” perché “dequotati” a meri vizi formali⁴³.

A margine di questa prima parte del discorso, sarà consentita un’ulteriore considerazione, che, ritagliando uno spazio al “come” provvedere, pur nella primaria esigenza del “quando” provvedere, in parte riesce ad attenuare quel paradosso e quelle preoccupazioni.

Il fatto che l’amministrazione proceda nei termini, ma «indipendentemente dal rilascio del parere», non esclude per ciò solo che la decisione finale sia legittima. L’amministrazione, infatti, nel “decidere in fretta”, potrebbe non aver “deciso bene”⁴⁴ e il provvedimento finale potrebbe essere viziato per non aver considerato elementi e/o profili tecnici che l’organo consultivo avrebbe rappresentato e che l’amministrazione, carente delle competenze specialistiche necessarie, non è in grado di valutare. L’acquisizione del parere rap-

⁴¹ A. POLICE, *Il potere, il coraggio e il tempo nel decidere. Corpi tecnici e loro valutazioni nel trentennale della legge sul procedimento amministrativo*, in *La legge n. 241 del 1990*.

⁴² M. OCCHIENA, N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione*, cit., 59, che, nell’evidenziare come il legislatore abbia optato per una modalità di esercizio del potere consultivo improntata alla logica del massimo risultato, si chiede provocatoriamente se dal parere “tollerato” si debba un domani fare i conti con una «decisione erronea ma non annullabile perché tempestiva».

⁴³ Sul tema della distinzione tra vizi formali e sostanziali si vedano tra i molti A. POLICE, *L’illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 4, 735 ss.; ID., *La c.d. invalidità formale dei provvedimenti amministrativi fra mito e realtà*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, cit., 145 ss.

⁴⁴ Sul tema M. OCCHIENA, *L’incidenza della semplificazione sul potere e sul procedimento amministrativo: riflessioni anche alla luce della nuova disciplina del commercio*, in *Dir. e società*, 1998, 475 ss.

presenta (o dovrebbe rappresentare), come affermato da autorevole dottrina un elemento «essenziale perché il procedimento possa dirsi maturo per la decisione»⁴⁵ e nei casi di particolare complessità tecnica la consulenza dell'organo consultivo un momento giuridicamente rilevante nell'assunzione di un provvedimento ragionevole. Lasciando quindi da parte il profilo temporale, resta comunque il fatto che la valutazione effettuata dall'amministrazione potrebbe risultare carente sotto il profilo tecnico e dunque il provvedimento finale illegittimo⁴⁶.

Per come però si è evoluto il giudizio sulla validità degli atti e l'imputazione dell'invalidità⁴⁷, come verrà meglio approfondito nel capitolo V, la legittimità della scelta finale e la sua intrinseca ragionevolezza vengono valutate anche sulla base dell'istruttoria compiuta nel procedimento e dei risultati raggiunti (v. *infra*, §2), con la conseguenza che, come rilevato da autorevole dottrina, «possiamo avere una istruttoria idonea a sorreggere l'atto anche quando essa manchi di considerare elementi che l'amministrazione non aveva ragionevolmente la possibilità di acquisire»⁴⁸. E tale potrebbe essere proprio il caso in cui la mancata acquisizione del parere sia imputa-

⁴⁵ Così A. TRAVI, *Parere*, cit., 608.

⁴⁶ L'amministrazione al più potrebbe ottenere l'imputazione delle spese del processo all'organo consultivo che non si è espresso nei termini.

⁴⁷ In dottrina si vedano M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit.; R. CAVALLO PERIN, *Nullità e annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, 551 ss.; Id., *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 2017, 4, 637 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La validità degli atti giuridici tra teoria e dogmatica. Alcune riflessioni a partire da due libri recenti*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 227 ss.; M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, ETS, 2013; A. CONTIERI, *Le nuove patologie della funzione amministrativa tra inesistenza, nullità e annullabilità degli atti*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, II, a cura di A. ROMANO, E. CASSETTA, F.G. SCOCA, Padova, Cedam, 2007.

⁴⁸ Così S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, cit. secondo cui «possiamo avere una istruttoria idonea a sorreggere l'atto anche quando essa manchi di considerare elementi che l'amministrazione non aveva ragionevolmente la possibilità di acquisire. Se emergono per effetto dell'apporto dei privati o per un qualunque altro motivo, più o meno accidentale, rilevano; se non emergono, o la mancata acquisizione dipende da una omissione non giustificabile, e allora si manifesta un vizio, oppure quella omissione non può essere portata a fondamento di un vizio di legittimità».

bile non all'amministrazione che non l'ha richiesto⁴⁹ o che ha adottato la decisione senza attendere il parere, ma all'organo consultivo che non l'ha reso nei termini⁵⁰.

In un giudizio di piena conoscibilità del fatto che va oltre il mero controllo del rispetto delle norme e in cui rileva il modo in cui il rapporto è stato condotto, l'irragionevolezza (*sub specie* di difetto di istruttoria) da parametro per la valutazione formale dell'eccesso di potere diviene indice "relativo", che dunque non viene considerata di per sé, nella sua emersione oggettiva, ma nel complesso degli elementi, dei fatti e delle circostanze che in concreto hanno concorso a determinare un caso nella sua storicità⁵¹ e, anche di fronte a un'omissione di istruttoria non imputabile all'amministrazione, non

⁴⁹ Tar Umbria, Perugia, sez. I, 29 luglio 2019, n. 411: «La mancata acquisizione del necessario parere dell'Azienda sanitaria ai fini della localizzazione di nuove farmacie comunali ex art. 11 d.l. n. 1/2012 incide sul corretto iter di formazione della discrezionalità dell'Amministrazione in modo che l'eventuale annullamento giurisdizionale passato in giudicato del provvedimento di individuazione rileva anche in sede di esercizio del potere di revisione ordinaria biennale delle sedi farmaceutiche ex art. 2 l. n. 475/1968, laddove tale vizio non può essere sanato ex post con la semplice acquisizione del parere mancante».

⁵⁰ Così Tar Puglia, Lecce, sez. II, 13 giugno 2013, n. 1393: «In tema di istituzione di nuove farmacie, laddove uno degli Enti (nella specie l'Asl) deputati a rendere parere sulle proposte localizzative abbia omesso di pronunciarsi nel merito in mancanza di un elemento istruttorio ritenuto utile, la deliberazione comunale non è inficiata dalla mancata acquisizione preventiva del parere, dato che ciò è dipeso dai tempi ristretti dettati dal Legislatore, oltre i quali avrebbe dovuto provvedere la Regione in via sostitutiva».

⁵¹ Tra le molte Tar Liguria, Genova, sez. I, 26 febbraio 2014, n. 360: «Il parere della commissione locale per il paesaggio si rende necessario tutte le volte in cui venga in questione una valutazione di natura "discrezionale" circa la compatibilità paesaggistica di un intervento ex art. 167 comma 4 del d.lg. n. 42/2004, per esempio circa l'impiego di materiali in difformità dall'autorizzazione paesaggistica. Diversamente, tutte le volte in cui la compatibilità paesaggistica debba essere negata per profili strettamente edilizi e sulla base di un "applicazione" vincolata della disposizione (per esempio, per interventi eccedenti la manutenzione, che abbiano determinato la creazione di superfici utili o volumi, ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati), il parere in questione potrà essere legittimamente omesso, in ossequio al divieto di inutile aggravamento del procedimento amministrativo ex art. 1 comma 2 l. n. 241/1990. In ogni caso, il provvedimento di diniego di condono edilizio costituisce espressione di potere vincolato rispetto ai presupposti normativi richiesti e dei quali deve farsi applicazione, sicché l'omissione di un parere obbligatorio – che costituisce violazione di norma sul procedimento – è sanabile mercé l'applicazione dell'art. 21 *octies* comma 2 l. n. 241/1990, allorché sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

è escluso che il giudice valuti comunque legittima, perché intrinsecamente ragionevole, la decisione finale⁵².

Mi parrebbe così confermata l'idea della perdita di centralità dell'attività consultiva e più in generale dell'inadeguata conoscenza del fatto tecnico da parte dell'amministrazione, che non trova, per quanto si è detto e per quanto si dirà, nemmeno nel processo un'effettiva risposta di tutela.

3. *L'accesso del giudice al fatto tecnico muovendo dal sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche: ancora alla ricerca di un'uniformità perduta*

Così delineate alcune delle contraddizioni procedimentali che sconta la disciplina dell'attività consultiva che consiste nel rilascio di pareri nell'ambito del procedimento amministrativo, occorre dedicarsi a dinamiche più generali che riguardano l'accesso del giudice al fatto tecnico, in quanto quelle stesse dinamiche paiono caratterizzare la fase processuale anche quando la decisione sia veicolata dall'apporto di un organo consultivo.

Non è questo il luogo per riflessioni sui criteri generali e sulle forme e i limiti del controllo giurisdizionale nel rapporto tra regola

⁵² F. MODUGNO, M. MANETTI, *Eccesso di potere. II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, Treccani, 1989, 1 ss., spec. 8, già rilevavano che «il vizio di illogicità presenta i suoi più attuali sviluppi nella fattispecie di “difetto di istruttoria o di ponderazione”. Al tradizionale ricorso alle figure sintomatiche – quali la rapidità con la quale l'Amministrazione ha espresso un parere o formulato la graduatoria di un concorso: Cons. Stato, sez. VI, 24 giugno 1975, n. 200, o il fatto di aver attribuito a tutti i concorrenti il medesimo punteggio in ordine ai titoli (vero e proprio mancato esercizio della discrezionalità: Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 1977, n. 187 – si accompagna infatti sempre più spesso la tendenza del giudice a verificare la completezza e accuratezza della ponderazione svolta dalla p.a., superando anche il formalistico riferimento al vizio della motivazione (v. *supra*, 4.6.1.1) cfr. Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 1984, n. 734 (sull'illegittimità della destinazione a servizio pubblico di un immobile soggetto a vincolo d'interesse storico e artistico, deliberata in mancanza della previa acquisizione del parere della Soprintendenza ai monumenti)»; si veda anche E. CARDI, S. COGNETTI, *Eccesso di potere*, cit.

giuridica e regola tecnica⁵³, dovendosi riferire della progressiva, oramai definitiva, estensione del sindacato del giudice amministrativo sui fatti che coinvolgono questioni di ordine tecnico⁵⁴.

Nei concreti percorsi argomentativi del giudice amministrativo il profilo dell'accesso al fatto tecnico è strettamente collegato a quello del sindacato sulle valutazioni tecniche. In alcuni casi, infatti, l'accesso al fatto rende meramente di principio l'affermazione sull'insindacabilità delle valutazioni allo stesso sottese, altre volte la natura discrezionale del giudizio continua ad essere invocata per escludere l'accertamento del fatto tecnico.

Si perdonerà dunque a chi scrive sia il passaggio per una tematica conosciuta e ampiamente sondata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, sia il fatto che la stessa sia trattata per sommi capi per comprendere se e in quale misura abbia riflessi sul ragionamento condotto sull'accesso del giudice al fatto tecnico.

A partire dal 1999 non vi è dubbio che le valutazioni tecniche di carattere complesso o opinabile non costituiscano un campo precluso al giudice⁵⁵ ed il suo sindacato possa essere più stringente di

⁵³ Si vedano tra i molti C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica: la tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2008; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, Giuffrè, 2005; Id., *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, 983 ss.; L. GIANI, *L'accertamento del fatto da parte del giudice amministrativo tra valutazioni tecniche ed eccesso di potere giurisdizionale*, cit.

⁵⁴ Di recente, Cons. Stato, sez. VI, 28 dicembre 2020, n. 8387: «il giudice ha accesso diretto al fatto, anche quando è espressione di discrezionalità tecnica».

⁵⁵ La decisione del Consiglio di Stato n. 601/1999 ha definitivamente superato le incertezze che in parte derivavano da quelle sentenze che continuavano ad affermare che la discrezionalità tecnica comportasse anche un «giudizio» e che ritenevano i giudizi tecnici in quanto complessi per ciò solo riservati all'amministrazione. Tra le molte si vedano Cons. Stato, sez. II, 15 marzo 1995, n. 2113; Cons. Stato, sez. VI, 1 marzo 1996, n. 287; Cons. Stato, sez. IV, 25 marzo 1996, n. 380; Cons. Stato, sez. IV, 12 dicembre 1996, n. 1299. La motivazione delle sentenze è sempre la stessa: «sono giudizi aventi connotati di discrezionalità tecnica, per cui la relativa valutazione è sottratta al sindacato del giudice amministrativo». Sul solco della riforma legislativa che consentiva al giudice amministrativo di disporre la consulenza tecnica d'ufficio (anche se limitatamente ai processi di giurisdizione esclusiva riguardanti alcune materie), ha sancito la sindacabilità delle valutazioni tecniche compiute dall'amministrazione e il dibattito successivo si è concentrato sulla natura c.d. «forte» o «debole» del sindacato intrinseco. Sulla distinzione tra sindacato intrinseco «forte» e «debole» in virtù del ricorso o meno a cognizioni tecniche si veda G. PARODI, *Giudice amministrativo e «discrezionalità tecnica»*, in *La regola*

quello esercitato sul potere discrezionale perché non si tratta di valutare il prevalere di un interesse su un altro ma più semplicemente la ragionevolezza della scelta tecnica applicata al diritto⁵⁶. Spesso però i criteri di controllo applicati sono gli stessi utilizzati per la valutazione delle scelte discrezionali e il sindacato è limitato a un giudizio sulla ragionevolezza della motivazione, secondo il modello del sindacato sull'eccesso di potere.

La tesi prospettata dal Consiglio di Stato, con più forza dal 2004⁵⁷ e fino a tempi assai recenti, che rifiutava il sindacato estrinseco ed ammetteva la possibilità del giudice di verificare la corret-

del caso. Materiali sul ragionamento giuridico, a cura di M. BESSONE, R. GUASTINI, Padova, Cedam, 1995, 291 ss. spec. 308 e 310: «Il sindacato che chiamo intrinseco tende a verificare l'immunità di una valutazione tecnica da incoerenze e incongruenze *rilevabili* solo (anche se non, in concreto, *rilevate*) facendo ricorso a cognizioni tecniche non di comune esperienza. Un sindacato siffatto, nella sua forma più incisiva (sindacato intrinseco in senso forte) penetra nel nocciolo del problema tecnico; se esercitato invece nella sua variante più "debole", rimane in superficie e non è suscettibile di far prevalere in sede processuale un giudizio tecnico difforme da, e alternativo a, quello dell'amministrazione, se non nei limiti del controllo di evidenza [...] Il sindacato intrinseco in senso debole non è esercitabile se non alla stregua di conoscenze specialistiche, ma non riguarda questioni tecniche controverse. Il sindacato intrinseco in senso forte non può esercitarsi se non alla stregua di conoscenze tecniche o specialistiche, e riguarda questioni tecniche controverse (se effettivamente esercitato alla stregua di parametri tecnici, ciò che tuttavia è solo un'eventualità: definisco infatti intrinseco il sindacato *esercitabile* – anche se non, per ovvie ragioni, in concreto esercitato – solo sulla base di parametri tecnici o conoscenze specialistiche)».

⁵⁶ F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit.

⁵⁷ Il riferimento è alla nota sentenza sui buoni pasto Consip Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926: «Il sindacato del giudice amministrativo sull'attività discrezionale di natura tecnica esercitata dall'Antitrust non è un mero sindacato di tipo estrinseco, ma intrinseco, non incontrando alcun limite nell'accertamento dei fatti oggetto di indagine. Detto sindacato è definito "debole" poiché non ammette un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del "concetto indeterminato" all'operato dell'Autorità. Con l'espressione "sindacato debole" non s'intende tuttavia limitare il potere di piena cognizione sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo mediante il quale l'Autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata. Al contrario, con tale espressione s'intende solo porre un limite finale alla statuizione del giudice, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche, anch'esse sindacate, ove ritenga dette valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non può sostituirlle con valutazioni proprie».

tezza della valutazione tecnica compiuta «non incontrando alcun limite nell'accertamento dei fatti oggetto di indagine», si limitava alla manifesta illogicità o irrazionalità dei criteri tecnici utilizzati e raramente si traduceva in un sindacato di piena cognizione dei fatti oggetto di indagine.

Ancora oggi, quando vengono in gioco valutazioni tecniche, le categorie tradizionali rischiano di vedere sfumati i propri confini, apparendo prevalente la sensibilità per le esigenze legate alla materia rispetto all'attenzione per la coerenza di sistema⁵⁸. Il sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione è un sindacato "a geometria variabile", non uniforme⁵⁹ non solo in ragione dei diversi settori, ma anche per diverso orientamento dei giudici e, all'interno dei medesimi settori, non sono infrequenti discrasie e incoerenze. Nelle materie che coinvolgono questioni tecniche l'analisi della giurisprudenza rileva così più che nelle altre⁶⁰, per la maggiore complessità del sindacato derivante dal confronto del giudice con saperi estranei alla sua conoscenza, che lo inducono a seguire gli orientamenti già consolidati e a preferire soluzioni fondate sui precedenti nella specifica materia.

⁵⁸ In tal senso G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, cit.

⁵⁹ Sul tema si vedano C. MARZUOLI, *La "discrezionalità tecnica" nella giurisprudenza dei T.A.R.: analisi degli orientamenti relativi ad alcuni settori*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, a cura di U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, Rimini, 1987, 634 ss.; N. PAOLOANTONIO, *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, in *Foro amm. CDS*, 2002, 10, 2587 ss.; C. VIDETTA, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione nella giurisprudenza successiva alla decisione 9 aprile 1999 n. 601 della quarta sezione del Consiglio di Stato*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 4, 1185B ss.; G. D'ANGELO, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, 659 ss.; AA.VV., *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, a cura di A. MOLITERNI, Napoli, Jovene, 2021; F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, in *Il Processo*, 2020, 3, 749 ss.

⁶⁰ Più in generale, sul ruolo della giurisprudenza nello sviluppo del diritto amministrativo per tutti M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit.; più di recente S. CASSESE, *Il contributo dei giudici allo sviluppo del diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, 341 ss.

Non, dunque, perché il giudice ignori la questione tecnica, anzi perché ne definisce i limiti in ragione dell'interesse a dominare o a rimanere estraneo ad una determinata materia. In alcuni casi la valutazione della correttezza e ragionevolezza della decisione tecnica appare davvero vicina ad un giudizio circa la condivisibilità o meno di quella scelta e si assiste ad una riedizione del procedimento in processo, ancorché i fatti a cui si accede il più delle volte non siano adeguatamente conosciuti e provati. È quanto avviene di frequente in materia di appalti, in cui il richiamo alla discrezionalità tecnica e all'insindacabilità dei giudizi espressi dalle commissioni di gara «se non per travisamento dei presupposti di fatto, per illogicità e per manifesta irragionevolezza»⁶¹ pare di mero stile e il giudice amministrativo, pur facendo «salvo il limite dell'abnormità della scelta tecnica»⁶², non si perita di maneggiare tecniche ed arti (costruzioni, materiali, *software*, sistemi analitici, sensori, *peacemaker*)⁶³. In altri casi, il piano della complessità tecnica viene confuso con quello dell'inadeguatezza della motivazione e alle parti è richiesto di dedurre «l'esistenza di specifiche figure sintomatiche dell'eccesso di potere» in quanto il sindacato resta tuttora ancorato al parametro della ragionevolezza tecnica⁶⁴. In altri casi ancora, il giudice si attesta su posizioni aperte. È il caso, ad esempio, dei concorsi universitari in cui il giudice, pur affermando di limitarsi a valutare la coerenza e la correttezza della scelta tecnica demandata all'amministrazione, sembra in verità applicare una sorta di scienza privata e, soprattutto-

⁶¹ Cons. Stato, sez. III, 20 maggio 2021, n. 3908; Cons. Stato, sez. IV, 27 aprile 2021, n. 3381; Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2020, n. 3211; Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2020, n. 3970; Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2020, n. 3348; Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2019, n. 6058; Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2019, n. 433; Cons. Stato, sez. IV, 31 agosto 2018, n. 5129.

⁶² Tra le molte Cons. Stato, sez. III, 20 maggio 2021, n. 3908; Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2021, n. 2524; Cons. Stato, 26 maggio 2020, n. 3348; Cons. Stato, 5 maggio 2020, n. 2851; Cons. Stato, 17 gennaio 2019, n. 433.

⁶³ *Ex multis* Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 27 gennaio 2020, n. 75; Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 17 febbraio 2020, n. 161; Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 27 aprile 2020, n. 248; Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 8 maggio 2020, n. 306.

⁶⁴ È quanto avviene in materia di poteri di regolazione delle autorità indipendenti. *Ex multis* Tar Lazio, Roma, sez. III, 15 giugno 2020, n. 6571; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 18 aprile 2019, n. 884; Cons. Stato, sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2888; Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014 n. 6153.

to nelle materie giuridiche, operare personalmente la comparazione tra i candidati⁶⁵.

Negli ultimi anni poi si è assistito in giurisprudenza ad una vera e propria evoluzione rispetto agli insegnamenti tradizionali sulle valutazioni tecniche, e, anche se motivando in virtù della specialità della materia o della particolarità della questione, il Consiglio di Stato è giunto a ritenere che quando il fatto storico è direttamente accertabile dal giudice e non mediato dall'apprezzamento dell'autorità, «al sindacato (non sostitutivo) di attendibilità» va sostituito un sindacato pieno di «maggiore attendibilità»⁶⁶. Non mancano poi ambiti in cui il piano della complessità tecnica pare invece sovrapposto a quello dell'insindacabilità della decisione e si traduce nel rifiuto del giudice amministrativo di conoscere il fatto, fino a ritenere, con richiamo alla tradizione⁶⁷, il ricorso inammissibile per il solo dato che comporta la necessità di approfondimenti tecnici⁶⁸.

⁶⁵ Sull'itinerario della giurisprudenza in materia di concorsi universitari si veda A. SAU, *Il reclutamento dei professori e dei ricercatori universitari dopo la legge 30 dicembre 2010, n. 240*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 3, 384 ss.

⁶⁶ Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990 in materia di sanzioni irrogate dall'Autorità antitrust. In dottrina si veda F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 1, 45 ss. Si tratta di una sentenza che rivoluziona il precedente orientamento della giurisprudenza amministrativa sull'estensione e i limiti del controllo giurisdizionale sugli atti emanati dall'Autorità antitrust. Tra le molte si veda Cons. Stato, sez. VI, 19 febbraio 2019, n. 1167; Cons. Stato, 11 luglio 2016, n. 3047. Sull'itinerario della giurisprudenza precedente in materia di antitrust si veda M. FILICE, *La giurisprudenza in materia di antitrust e di tutela del consumatore*, in *Gior. dir. amm.*, 2019, 4, 525 ss.

⁶⁷ Tra le molte sentenze che in passato affermavano che «sono giudizi aventi connotati di discrezionalità tecnica, per cui la relativa valutazione è sottratta al sindacato del giudice amministrativo» si vedano Cons. Stato, sez. II, 15 marzo 1995, n. 2113; Cons. Stato, sez. VI, 1 marzo 1996, n. 287; Cons. Stato, sez. IV, 25 marzo 1996, n. 380; Cons. Stato, sez. IV, 12 dicembre 1996, n. 1299.

⁶⁸ Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2019, n. 6058 ha annullato con rinvio al giudice di primo grado la sentenza del Tar che ha dichiarato inammissibile il ricorso sul mero rilievo dell'insindacabilità dell'attività valutativa: «tale motivazione, insufficiente e speciosa, è erronea e merita riforma poiché il giudice amministrativo, a fronte di censure tecniche numerose e particolarmente complesse circa la qualità tecnica dell'offerta dell'aggiudicataria, idonee a superare la c.d. prova di resistenza, non può trincerarsi dietro ad una declaratoria di inammissibilità delle stesse per

4. *Tendenze e controtendenze nell'accesso del giudice al fatto tecnico: quando l'accesso al fatto tecnico incide sulla sindacabilità delle valutazioni tecniche*

Nella reciproca influenza con quelle relative al sindacato sulle valutazioni tecniche, si può tentare di tracciare tendenze e controtendenze nell'accesso al fatto tecnico⁶⁹, in quanto un'impostazione dogmatica sarebbe utile in misura limitata⁷⁰.

Lo si farà dando atto dei concreti percorsi argomentativi del giudice amministrativo in alcuni settori che hanno rappresentato più di frequente l'occasione per riflessioni sul tema⁷¹.

In materia di concorsi universitari per l'abilitazione scientifica nazionale⁷² è pacifico il riconoscimento di un accesso del giudice al fatto⁷³

l'impossibilità di esercitare un sindacato sostitutivo se non ha proceduto almeno ad un sommario, essenziale, esame delle stesse, nella misura in cui appunto le ritenga idonee a superare detta prova, un esame dal quale si evinca motivatamente che dette censure non disvelano un'abnormità della valutazione, del tutto illogica e/o parziale, o un manifesto travisamento di fatti».

⁶⁹ Sulla necessità di un'analisi empirica A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, cit., 5 ss.

⁷⁰ Così A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, cit., 454.

⁷¹ Per un'ampia disamina delle dinamiche in materia si veda AA.VV., *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, cit.

⁷² Per un'analisi giurisprudenziale più generale si veda L. BELVISO, M. LAVATELLI, *L'Università davanti al giudice amministrativo, dieci anni dopo la riforma Gelmini*, cit.; A. SAU, *Il reclutamento dei professori e dei ricercatori universitari dopo la legge 30 dicembre 2010, n. 240*, cit. Per un'analisi più specifica della giurisprudenza sull'abilitazione scientifica nazionale F.S. AMODIO, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica in materia di valutazioni scolastiche, universitarie e concorsuali*, in *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, cit., 169 ss., spec. 179 ss.; F. DE LEONARDIS, *Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di abilitazione scientifica nazionale*, in *Munus*, 2016, 3, 715 ss.; A. BANFI, *L'abilitazione scientifica nazionale: un edificio fragile, alla prova del giudice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 5, 605 ss.

⁷³ Più nello specifico, il "fatto" è rappresentato dalle pubblicazioni scientifiche e dai titoli presentati, oggetto della valutazione della commissione, che sulla base dei parametri quantitativi e qualitativi indicati dagli artt. 4 e 5, d.m. 7 giugno 2016, n. 120 accerta la maturità scientifica del candidato, attestata ai sensi dell'art. 3 per le funzioni di professori di prima fascia «dall'importanza delle tematiche scientifiche af-

e, constatata l'insindacabilità nel merito delle valutazioni delle commissioni in quanto intese «a verificare e a misurare il livello di maturità scientifica raggiunto dai singoli candidati»⁷⁴, si ammette che il sindacato giurisdizionale possa svolgersi «in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo»⁷⁵. Soprattutto nei concorsi in materie giuridiche, nell'accedere al fatto il giudice sembra operare personalmente la comparazione tra i candidati, rivalutando il curriculum dei ricorrenti, i titoli e le pubblicazioni scientifiche presentate, il peso attribuito alla collocazione editoriale su riviste qualificate, la partecipazione a convegni, seminari, progetti di ricerca di comprovata rilevanza accademica, il possesso di specifici titoli professionali, così sostanzialmente applicando una sorta di scienza privata e sostituendo il proprio giudizio sulla maturità scientifica del candidato a quello della commissione⁷⁶.

A tal proposito, in un caso recente in cui si trattava di valutare il giudizio negativo sulla qualificazione scientifica di un candidato per il conseguimento dell'abilitazione scientifica nazionale all'esercizio delle

frontate e dal raggiungimento di risultati di rilevante qualità e originalità, tali da conferire una posizione riconosciuta nel panorama anche internazionale della ricerca», per le funzioni di professore di seconda riconosciuto «un positivo livello della qualità e originalità dei risultati raggiunti nelle ricerche affrontate e tale da conferire una posizione riconosciuta nel panorama almeno nazionale della ricerca».

⁷⁴ Tar Lazio, Roma, sez. III *bis*, 14 giugno 2021, n. 7109. Negli stessi termini tra le molte Cons. Stato, sez. VI, 7 gennaio 2021, n. 195 ribadisce che il giudizio della commissione è insindacabile e si arresta «dinanzi all'intangibilità di quel "nucleo intimo della decisione discrezionale" che non sia scientificamente del tutto inaccettabile».

⁷⁵ Tar Lazio, Roma, sez. III, 19 marzo 2019, n. 3653.

⁷⁶ Se in astratto potrebbe ritenersi che il giudizio della commissione sia ripetibile dal giudice sotto il profilo quantitativo (il possesso di almeno tre titoli tra quelli scelti dalla Commissione, rilevante ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. *b*), d.m. n. 120/2016), senza che siano richieste competenze specifiche e senza il limite della insindacabilità nel merito, ove non manifestamente irragionevole, illogico, o erroneo in fatto, nei giudizi in oggetto, il profilo quantitativo pare difficilmente distinguibile da quello più propriamente qualitativo e il non riconoscimento di un titolo, rilevante quantitativamente, passa necessariamente per la sua valutazione sul piano qualitativo. Il giudizio, infatti, riguarda la coerenza delle pubblicazioni con le tematiche del settore concorsuale; l'apporto individuale del candidato nei lavori in collaborazione; la qualità della produzione scientifica, nel contesto nazionale e internazionale di riferimento; la sua originalità e rilevanza nel settore concorsuale; la collocazione editoriale dei prodotti scientifici.

funzioni di professore universitario di prima fascia in diritto dell'Unione europea, il Consiglio di Stato ha rilevato che quando si tratta di interpretare e applicare temi del diritto diventa più difficile individuare il limite dei poteri del giudice, perché «la conoscenza tecnica del giudice è presupposta, implicita nei meccanismi della sua selezione»⁷⁷. Per quanto non sia auspicabile che il giudice divenga fonte di nuovi saperi in campi esterni alle sue attribuzioni, non è nemmeno giustificabile che, a seconda della natura giuridica o meno delle questioni tecniche sottoposte, il potere del giudice di valutare direttamente i fatti vari a tal punto da divenire sostitutivo nel campo giuridico «perché ciò renderebbe palese una differenza di trattamento tra le diverse discipline: da un lato, quelle giuridiche, in cui l'organo giudicante potrebbe applicare una sorta di scienza privata e, dall'altro, le rimanenti scienze, sottoposte al vaglio mediato del rinvio al settore giuridico di appartenenza»⁷⁸.

Muovendo dal presupposto per cui non è immaginabile che «l'avvicinamento al fatto avvenga tramite un meccanismo di *trial and error*», il Consiglio di Stato, occasionato proprio dal contenzioso sui concorsi universitari, ha poi individuato come criterio generale quello del «paradigma scientifico maggiormente accolto nella comunità scientifica di riferimento»⁷⁹. Nella sua concreta applicazione, non pare però che il criterio del paradigma possa ovviare alle criticità di un accesso non adeguato del giudice amministrativo al fatto, in quanto si fonda sull'assunto, invero non scontato, che il giudice sia in grado di individuare il paradigma (magari senza l'ausilio di un consulente tecnico) e successivamente di valutare l'operato dell'amministrazione sulla scorta del paradigma. Accertare che l'amministrazione sia tecnicamente attrezzata e si sia avvalsa del paradigma scientifico disponibile pare, in altri termini, più che un utile meccanismo per trasformare il fatto opinabile in «un elemento gestibile e criticabile nel processo»⁸⁰, un espediente, in alcuni casi, per mascherare quella che rimane una comparazione tra i candidati operata di-

⁷⁷ Cons. Stato, sez. VI, 28 dicembre 2020, n. 8387.

⁷⁸ Cons. Stato, n. 8387/2020.

⁷⁹ Cons. Stato, n. 8387/2020, per un'applicazione concreta del metodo, Cons. Stato, sez. VI, ord. 14 ottobre 2015 n. 4745.

⁸⁰ Cons. Stato, n. 8387/2020.

rettamente dal giudice, in altri casi, per limitare il suo sindacato sulle valutazioni tecniche⁸¹.

Anche con riguardo ai provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti⁸², il giudice amministrativo si è mostrato particolarmente audace⁸³, quasi «in funzione compensativa»⁸⁴ rispetto al deficit di legittimazione democratica delle autorità. Nel ribadire l'esigenza di effettuare un controllo «con gli occhi dell'esperto, ovvero riutilizzando le stesse regole tecniche impiegate dall'autorità»⁸⁵, anche mediante «il ricorso alle conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione indipendente»⁸⁶, è stata resa più incisiva anche l'affermazione del pieno accesso al fatto.

⁸¹ Così nel caso oggetto della sentenza, il Consiglio di Stato, pur richiamando i principi tradizionalmente affermati sull'impossibilità per il giudice di sostituire la propria valutazione a quella della commissione, conferma la sentenza di primo grado, che sostanzialmente aveva preso posizione sulla complessiva non coerenza delle pubblicazioni con le tematiche del settore, dando rilievo al fatto che la stessa monografia era stata presentata dal candidato per l'abilitazione in altro settore.

⁸² Tra i molti che in dottrina si sono occupati del tema si vedano F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 2, 181 ss.; M. CLARICH, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 11, 3858 ss.; M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1, 85 ss.; M. FILICE, *Verso un sindacato consapevole sulle valutazioni tecnico-discrezionali*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, 5, 684 ss.; A. TRAVI, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, 14 febbraio 2019; S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 97 ss.

⁸³ A. MOLITERNI, *Autorità indipendenti e controllo giurisdizionale: l'esperienza italiana in prospettiva comparata*, in *Liber amicorum per Marco D'Alberti*, Torino, Giappichelli, 2022, 209 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit. S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. CASSESE, C. FRANCHINI, Bologna, Il Mulino, 1996, 219, sottolinea criticamente che «il sistema giudiziario si è rapidamente impadronito delle autorità, divenendo, paradossalmente, autorità ultima della concorrenza, del controllo dei mercati, del controllo delle assicurazioni».

⁸⁴ Così G. GARDINI, *La discrezionalità amministrativa e tecnica*, in *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, a cura di M. DE DONNO, G. GARDINI, M. MAGRI, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2022, 267 ss., spec. 271.

⁸⁵ Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 162.

⁸⁶ Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2020, n. 780; in termini Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2022 n. 1510, secondo cui lo scrutinio che il giudice amministrativo opera «nei confronti dei provvedimenti (e delle istruttorie che ne precedono l'adozione) delle amministrazioni» ha ad oggetto la ragionevolezza della valutazione

Il Consiglio di Stato anche di recente, con riguardo alle valutazioni dell'AIFA sull'utilizzo dell'idrossiclorochina per il trattamento da Covid-19, ha ribadito che il controllo giurisdizionale «non può essere limitato ad un sindacato meramente estrinseco, estendendosi al controllo intrinseco, mediante il ricorso a conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione indipendente, sulla attendibilità, coerenza e correttezza degli esiti, in specie rispetto ai fatti accertati ed alle norme di riferimento attributive del potere», ammettendo al contempo «una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione nelle sue determinazioni»⁸⁷.

D'altro canto, la materia è stata l'occasione per la prospettazione di un nuovo modello di controllo, quello della «maggiore attendibilità». In un oramai noto caso nel quale l'AGCM ha sanzionato un cartello tra due grandi imprese farmaceutiche volto a limitare la circolazione di un medicinale meno costoso per gravi patologie oftalmiche e a sostenere la diffusione di un prodotto dal prezzo assai più alto⁸⁸, il Consiglio di Stato, dopo alcune considerazioni generali sul sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM⁸⁹, ha

«considerati anche per l'aspetto concernente la correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto».

⁸⁷ Cons. Stato, sez. III, ord. 11 dicembre 2020, n. 7097.

⁸⁸ Il riferimento è a Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990. Il caso è ricostruito da A. MASTRORILLI, *Farmaci di lusso e medicinali a buon mercato*, in *Mercato concorrenza regole*, 2014, 3, 489 ss.

⁸⁹ Di recente sul sindacato sui provvedimenti dell'AGCM S. DE NITTO, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, cit., 209 ss.; ID., *Esercizi di discrezionalità tecnica e di controllo giudiziale in materia antitrust*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 1, 181 ss.; F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7 d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 4, 1207 ss. Si vedano altresì A. TRAVI, *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2002, 2, 425 ss.; D. DE PRETIS, *Antitrust valutazioni tecniche e controllo giurisdizionale*, in *Diritto e formazione*, 2004, 997 ss.; R. CHIEPPA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, 1019 ss.; R. CARANTA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, a cura di E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA, Torino, Giappichelli, 2006, 245 ss.; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina anti-*

chiaramente affermato la piena e diretta verifica del fatto da parte del giudice amministrativo⁹⁰, rilevando come quest'ultimo non debba limitarsi a verificare se l'opzione prescelta dall'Autorità «rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto, bensì deve procedere ad una compiuta e diretta disamina della fattispecie»⁹¹.

Il Consiglio di Stato è giunto così ad affermare che al sindacato di mera «attendibilità tecnica» andrebbe sostituito «un sindacato pieno di maggiore attendibilità» con un controllo pieno e diretto «della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile)»⁹². In questi casi non sarebbe, dunque, corretto impostare il discorso sul grado di intensità del controllo giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, non ponendosi un problema di

trust, Torino, Giappichelli, 2007, 253 ss. Esula dalla presente analisi il dibattito sulla natura del potere esercitato da AGCM su cui per tutti si vedano M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di F. BASSI, F. MERUSI, Milano, Giuffrè, 1993, 115 ss.; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, cit., 245 ss.; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, Giuffrè, 1998, 346 ss.

⁹⁰ Nel caso di specie, ma più in generale in materia, la ricostruzione giuridica dei fatti e l'accesso al fatto nella sua realtà storica risultano centrali: l'immissione in commercio dei farmaci in momenti diversi, la concreta sostituibilità degli stessi, l'utilizzo dell'uno per curare malattia diverse dai tumori metastatici, le modalità di stipulazione degli accordi di licenza tra imprese, le limitazioni all'uso *off label*, l'analisi del mercato rilevante sono presi in considerazione dal giudice per decidere.

⁹¹ Sostiene la tesi della maggiore attendibilità F.G. SCOCA, Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (breve considerazioni) «ritenendo privo di senso che il sindacato sulla discrezionalità tecnica possa risolversi in un semplice accertamento di non macroscopica irragionevolezza o marcata arbitrarietà delle scelte tecniche proposte (imposte) dall'Amministrazione», *contra* M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 3, 740 ss.; Per un commento della sentenza si vedano anche S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, cit.; L. ARNAUDO, R. PARDOLESI, *La saga Avastin/Lucentis: ultima stagione*, in *Foro it.*, 2019, III, 533 ss.; M. CAPPAL, *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro... e uno in avanti. Una proposta per superare l'impasse*, in *Federalismi.it*, 2019, 21; A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, cit.

⁹² Cons. Stato, n. 4990/2019.

possibilità o meno di sindacato sostitutivo⁹⁵, in quanto il giudice «è pienamente abilitato a pervenire all'accertamento della fondatezza delle pretese sostanziale invocata»⁹⁴ e non operano i limiti insiti nella tecnica del sindacato sull'esercizio del potere⁹⁵.

In altri termini, se il criterio è quello della maggiore o minore attendibilità, la valutazione dell'autorità espressa nel provvedimento sanzionatorio impugnato è astrattamente posta sullo stesso piano di quella operata dalle parti e il giudice accede al fatto, non necessariamente per sostituirsi⁹⁶, ma per decidere sulla plausibilità della spiegazione fornita dalle parti rispetto a quella fatta propria dall'Autorità e che trova sintesi nel provvedimento sanzionatorio.

Se così è, il provvedimento diverrebbe l'«occasione» per l'accesso del giudice al fatto, non l'oggetto limitato della sua cognizione e la valutazione dell'autorità si porrebbe sullo stesso piano di quella delle parti⁹⁷.

La «propensione del giudice a spingersi oltre la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento» per come affermata nel 2019 dal

⁹⁵ In materia il “problema” della sostituibilità del giudice all'amministrazione non si pone nemmeno sul piano teorico in quanto è oggetto di giurisdizione «con cognizione estesa al merito» ai sensi dell'art. 134, comma 1, lett. c), c.p.a.

⁹⁴ Cons. Stato, sez. VI, 29 agosto 2022, n. 7499; Cons. Stato, 19 luglio 2022, n. 6254. Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2022 n. 1510; Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2021 n. 584.

⁹⁵ Tanto sarebbe confermato dall'art. 7, comma 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, che ha espressamente previsto al secondo periodo: «Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un obiettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima». Sulle ricadute dell'art. 7, d.lgs. n. 3/2017, sul tipo di controllo che il giudice amministrativo è chiamato a esercitare sui provvedimenti antitrust si veda F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7 d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3)*, cit.

⁹⁶ F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7 d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3)*, cit., 1231, propone di utilizzare il concetto di giusto processo, piuttosto che quelli di sindacato sostitutivo o non sostitutivo, debole o forte, esterno o interno, passando così «dalla definizione di cosa sia il sindacato sugli accertamenti *antitrust* al “come” il sindacato deve essere esercitato nel processo».

⁹⁷ Esprime dubbi M. CLARICH, *Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle Autorità indipendenti nel settore finanziario*, in *Giur. comm.*, 2021, 1, 100 ss., secondo cui «non sembra plausibile che il giudice attribuisca di fatto lo stesso peso al provvedimento di un'autorità indipendente rispetto agli atti difensivi della parte che impugna la sanzione».

Consiglio di Stato non è tuttavia pacifica, tanto che la specifica vicenda Hoffmann-La Roche è stata portata anche avanti alla Cassazione, quale giudice dei conflitti⁹⁸ e il criterio della «maggiore [o minore] attendibilità» è stato disatteso dalla giurisprudenza successiva⁹⁹.

La stessa sesta sezione del Consiglio di Stato, pur espressamente citando la sentenza n. 4490 e il canone della «maggiore attendibilità», pare non confermare la prospettata soluzione nella giurisprudenza immediatamente successiva, continuando a richiamare il tradizionale parametro della ragionevolezza tecnica nel sindacato giurisdizionale sulle intese anticoncorrenziali «senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali»¹⁰⁰. Al di là dei potenziali effetti di un più ampio accesso al fatto, il sindacato del giudice resta ancora ancorato alla macroscopica illegittimità e si giunge a ritenere inidoneo a produrre un apprezzabile effetto anticoncorrenziale un cartello formato da imprese che complessivamente rappresentano il 25/30% del mercato «alla luce del fatto che i consumatori avrebbero comunque avuto a disposizione numerose e valide alternative (il rimanente 70/75% del mercato) tali da rendere inutile qualsiasi ipotetica collusione»¹⁰¹.

4.1. *L'insindacabilità delle valutazioni tecniche invocata per escludere l'accesso al fatto tecnico*

Nell'analisi giurisprudenziale condotta, si è visto come il potere del giudice di valutare direttamente i fatti possa condurlo in alcuni casi a valutazioni addirittura sostitutive di quelle compiute dall'amministrazione. Quella rappresentata non è che una tendenza, smen-

⁹⁸ A. TRAVI, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, seminario di studio del 14 febbraio 2019.

⁹⁹ Parla di «“schizofrenia” giurisprudenziale» S. DE NITTO, *Esercizi di discrezionalità tecnica e di controllo giudiziale in materia antitrust*, cit., 220.

¹⁰⁰ Così Cons. St., sez. VI, 5 agosto 2019, nn. 5558-5564; Cons. Stato, sez. VI, 2 settembre 2019, nn. 6022, 6023, 6025, 6027, 6030, 6032; Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2019, n. 6314.

¹⁰¹ Cons. Stato, sez. VI, 13 gennaio 2020, n. 296.

tita da fughe in avanti e balzi in indietro anche riguardo a controverse nello stesso settore. Non mancano cioè controtendenze di segno inverso e casi in cui l'accesso al fatto continua ad essere escluso invocando l'insindacabilità delle valutazioni tecniche compiute dall'amministrazione.

In materia di appalti, per esempio, accanto alla già evocata tendenza ad accedere ai fatti richiamando l'insindacabilità quale mera clausola di stile, vi sono sentenze di segno contrario in cui il giudice amministrativo pare mostrare un atteggiamento di assoluta deferenza¹⁰².

In particolare con riguardo al subprocedimento volto alla verifica dell'anomalia delle offerte, invocando i concetti di discrezionalità e di insindacabilità della decisione della stazione appaltante¹⁰³, ritenendo la valutazione sulle giustificazioni relative alla congruità dell'offerta censurabile solo «in caso di macroscopica illogicità o irragionevolezza, erroneità fattuale o difetto di istruttoria che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta»¹⁰⁴, le decisioni raramente prendono in considerazione il fatto¹⁰⁵. Il giudice si arresta ad

¹⁰² Sul contenzioso in materia di esclusione del concorrente dalla gara tra i molti P. CERBO, *Le valutazioni riservate dell'amministrazione sull'affidabilità del concorrente negli appalti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2020, 3, 739 ss.; R. DE NICTOLIS, *Le novità sui contratti pubblici recate dal d. l. n. 52/2019*, in www.giustizia-amministrativa.it; A. AMORE, *Gli operatori economici nel "labirinto dei gravi illeciti professionali" e il periodo triennale di esclusione dalla gara dall'accertamento definitivo*, in *Urb. e app.*, 2019, 6, 797 ss.; S. CALDARELLI, *L'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica per "grave illecito professionale"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 2, 149 ss.; C. CONTESSA, *Il nuovo "Codice dei contratti" e la polimorfa nozione di "gravi illeciti professionali"*, in *Urb. e app.*, 2018, 5, 662 ss.; A.G. PIETROSANTI, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 4, 209 ss.; S. FOÀ, M.R. CALDERARO, *I "gravi illeciti professionali" dell'operatore economico come elenco semplificativo*, in *Giur. it.*, 2018, 7, 1681 ss.

¹⁰³ Così M. DUGATO, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti*, in *Munus*, 2015, 3, 667 ss., spec. 678 che mostra perplessità, rilevando che «il sistema si dimostra monco nel collegamento tra l'appropriatezza dell'azione amministrativa di accertamento e il sindacato giurisdizionale sull'intero subprocedimento. Sono davvero singolari, al riguardo, la prudenza e la generosità con cui la giurisprudenza accosta l'azione amministrativa di accertamento».

¹⁰⁴ Tra le molte si veda di recente Cons. Stato, sez. III, 14 maggio 2021, n. 3817; Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2021, n. 2437; Cons. Stato, sez. IV, 4 giugno 2020, n. 3528; Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2019, n. 2879.

¹⁰⁵ In questi casi, il fatto, sotteso alla valutazione dell'anomalia in rapporto alle giustificazioni fornite dal concorrente sulla sostenibilità dell'offerta, è economico

elementi esteriori al fatto, o perché il giudizio è macroscopicamente sbagliato e, dunque, basta «una semplice operazione matematica»¹⁰⁶ e non serve conoscere il fatto per censurarlo, o perché è rimesso alla stazione appaltante e, se il giudice conoscesse il fatto, «sovrapponendo così la sua idea tecnica al giudizio – non erroneo né illogico – formulato dall’organo amministrativo cui la legge attribuisce la tutela dell’interesse pubblico nell’apprezzamento del caso concreto, invaderebbe una sfera propria della pubblica amministrazione»¹⁰⁷.

Trascurando il caso del giudizio macroscopicamente erroneo che non richiede nessuna competenza specifica, non si comprendono pienamente le ragioni per le quali la conoscenza di quello che altro non è che un fatto mascherato sotto mentite spoglie di esercizio di potere discrezionale, continui ad essere riservata all’amministrazione e, per ciò solo, preclusa al giudice¹⁰⁸.

Le criticità e la resistenza nell’accesso al fatto, invocando strumentalmente i limiti del sindacato sulle valutazioni tecniche, non paiono proprie di un atteggiamento del solo giudice amministrativo, ma sono più in generale spiegabili, non necessariamente giustificabili, in ragione della peculiarità e degli interessi sottesi a determinate materie.

A tal proposito pare emblematica la giurisprudenza sulle sanzioni della Banca d’Italia, che più volte hanno visto oscillare il «pendolo

e tiene conto «per un verso, dell’eventuale marginalità del servizio cui il costo è riferito, per altro verso, dell’utile che il concorrente ritrae dalla propria offerta complessivamente considerata» (Cons. Stato, n. 3528/2020). Il fatto è, in altri termini, rappresentato dalle voci di costi e ricavi, dal costo del personale e dei macchinari, dalle soluzioni tecniche prescelte o dal metodo di costruzione, dagli accordi privilegiati per la fornitura di materiali, dalle condizioni favorevoli accordate ad un operatore per il suo inserimento nel settore, dallo scostamento del costo del lavoro rispetto ai valori ricavabili dalle tabelle ministeriali ecc.

¹⁰⁶ Così Cons. Stato, n. 3528/2020 in un caso in cui il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza del Tar che aveva ritenuto l’offerta economica anomala, ritenendo non dimostrato che l’offerta fosse oggettivamente e vistosamente in perdita.

¹⁰⁷ Cons. Stato, n. 3817/2021.

¹⁰⁸ Mostra una posizione critica L.R. PERFETTI, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, cit. secondo cui «è ben discutibile che la decisione in ordine all’adeguatezza delle giustificazioni concernenti l’anomalia dell’offerta sia esercizio di potere discrezionale [...] si tratta di semplici fatti, che possono essere accertati e valutati in modo imparziale dal giudice senza stravolgere la separazione dei poteri».

del legislatore»¹⁰⁹ tra le due opposte soluzioni fino alla pronuncia della Corte costituzionale del 15 aprile 2014, n. 94¹¹⁰ con l'attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario¹¹¹. Per quanto il dibattito sulle ragioni che hanno condotto a tale soluzione rimanga ai margini del ragionamento condotto e non è nelle intenzioni di chi scrive prendere posizione per l'una o per l'altra posizione¹¹², a quella giurisprudenza del giudice ordinario è opportuno fare un cenno, in quanto sintomatica di una certa resistenza nell'accesso al fatto.

Il giudice ordinario continua infatti ancora oggi ad essere legato ad un modello di sindacato teoricamente intrinseco, ma in realtà sostanzialmente estrinseco e ispirato, al pari del giudice amministrativo, da una forte deferenza nei confronti delle valutazioni tecniche operate dall'autorità e caratterizzato da rilevanti criticità nell'accesso al fatto.

I termini della vicenda sono ormai noti e un'analisi più approfondita della giurisprudenza ordinaria sull'opposizione alle sanzioni della Banca d'Italia corrobora l'impressione di un appiattimento del sindacato giurisdizionale sulle conclusioni raggiunte dall'autorità del credito, in uno scenario in cui non sono infrequenti le pronunce nelle quali si confessa talvolta candidamente «di non possedere gli strumenti per capirci qualcosa»¹¹³.

¹⁰⁹ F. MERUSI, *Dal 1865... e ritorno... al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 3, 671 ss.

¹¹⁰ Corte cost., 15 aprile 2014, n. 94, in *Giur. cost.*, 2014, 2, 1681 ss., con osservazioni di G. SERGES, *La giurisdizione in materia di sanzioni inflitte dalla Banca d'Italia tra i principi elastici di delega e reviviscenza di disposizioni abrogate*, in *Giur. cost.*, 2014, 2, 1681 ss.; si veda anche M.A. IMPINNA, *Nota a Corte costituzionale 15 aprile 2014, n. 94*, in *Giur. comm.*, 2015, 1, 11 ss.; W. TROISE MANGONI, *Le sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia: riflessioni in tema di giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 33 ss.

¹¹¹ Parlano di «balletto di giurisdizioni» M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni: nota a Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 163*, in *Giur. comm.*, 2012, 6, 1166 ss. riguardo alle sanzioni della Consob, ma si tratta di un'espressione utilizzabile anche per le sanzioni della Banca d'Italia.

¹¹² Sul tema M. DUGATO, *L'attività bancaria e il servizio pubblico*, in *Banca impresa società*, 2018, 1, 3 ss., si veda anche F. MERUSI, *Dal 1865... e ritorno... al 1864*, cit.

¹¹³ Cfr. F. MERUSI, *Dal 1865... e ritorno... al 1864*, cit.

Il processo di opposizione alle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia è stato riformato da ultimo dal d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72 e nella versione attualmente vigente gli artt. 145 t.u.b.¹¹⁴ e 195 t.u.f.¹¹⁵ prevedono che all'udienza la Corte di appello possa disporre, anche d'ufficio, i mezzi di prova che ritenga necessari, nonché l'audizione personale delle parti che ne abbiano fatto richiesta. Nonostante la previsione legislativa, il rito è di fatto pensato per non dare ingresso allo svolgimento di alcuna attività istruttoria. Malgrado la complessità tecnica dei fatti da accertare, sono rari i casi in cui il giudice ordinario dispone la consulenza tecnica d'ufficio, in virtù di una sorta di presunzione di conformità al vero dei fatti come accertati nel provvedimento e sulla base dell'idea che l'accertamento deve rimanere affidato alla valutazione di prove precostituite prima del processo e formate unilateralmente dall'autorità amministrativa¹¹⁶.

La ritrosia del giudice ordinario ad accedere al fatto e a sindacare i provvedimenti dell'autorità di vigilanza del credito, nonché l'esito di «quasi certa sconfitta» del giudizio¹¹⁷, al netto della indub-

¹¹⁴ Per un commento della norma si veda E. GUARNIERI, *Art. 145*, in *Commentario breve al testo unico bancario*, a cura di R. COSTI, F. VELLA, Milano-Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2019, 1030 ss.

¹¹⁵ Sul riparto di competenze sanzionatorie nel settore del mercato mobiliare tra Banca d'Italia e Consob si veda M. CLARICH, E.L. CAMILLI, *L'evoluzione del controllo dei rischi finanziari: le competenze della Banca d'Italia e della Consob*, in *Banca impresa società*, 2009, 1, 27 ss.

¹¹⁶ In tal senso E. BINDI, A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia*, cit., 151 secondo cui «il giudizio presenta ancora molte caratteristiche del rito sommario. In particolare l'istruzione probatoria è ancora regolata come un potere del giudice e non invece come un diritto delle parti»; Cass., sez. II, 12 dicembre 2018, n. 32135 secondo cui «la valutazione delle risultanze probatorie (non meno che il giudizio sul contenuto di atti e documenti), al pari della scelta, fra esse, di quelle ritenute più idonee a sorreggere la motivazione, involgono apprezzamenti di fatto riservati in via esclusiva al giudice di merito il quale, nel porre a fondamento del proprio convincimento e della propria decisione una fonte di prova con esclusione di altre, nel privilegiare una ricostruzione circostanziale a scapito di altre (pur astrattamente possibili e ipoteticamente verosimili), non incontra altro limite (ampiamente rispettato, nel caso di specie) che quello di indicare le ragioni del proprio convincimento, senza essere peraltro tenuto ad affrontare e discutere ogni singola risulanza processuale ovvero a confutare ogni e qualsiasi deduzione difensiva».

¹¹⁷ Parla di «quasi certa sconfitta – dell'avvocato – quando coltivi l'idea di veder cancellata la sanzione che Consob o Banca d'Italia abbiano deciso di comminare ad un amministratore di una banca o ad un intermediario del mercato mobiliare» R. COSTI, *La difesa del sanzionato: «una missione impossibile»*, in *Banca*

bia specialità delle sanzioni della Banca d'Italia¹¹⁸, paiono più in

impresa società, 2019, 1, 3 ss. È quasi impossibile trovare un decreto di accoglimento con cui il giudice sostituisce la sua valutazione a quella dell'autorità e altrettanto raro che il giudice riduca la sanzione (App. Roma, sez. I, 30 luglio 2018, n. 5267; Id., 12 aprile 2018, n. 2375; Id., 10 marzo 2018, n. 1585; Id., 6 marzo 2018, n. 313; Id., 2 dicembre 2017, n. 7620; Id., 5 settembre 2017, n. 5595; Id., 26 luglio 2017, n. 5135; Id., 14 ottobre 2016, n. 8514; Id., 27 settembre 2016; Id., 14 settembre 2016, n. 7353; Id., 13 settembre 2016, n. 7339; Id., 7 settembre 2016, n. 7211; Id., 6 settembre 2016, n. 7184; Id., 5 settembre 2016, n. 5208; Id., 13 luglio 2016, n. 6574; Id., 8 luglio 2016, n. 6440; Id., 30 giugno 2016, n. 6182; Id., 24 giugno 2016; Id., 23 giugno 2016, n. 5934; Id., 23 giugno 2016, n. 7342; Id., 9 giugno 2016, n. 5509; Id., 27 maggio 2016, n. 5073; Id., 13 maggio 2016, n. 4627; Id., 30 marzo 2016, n. 4627; Id., 30 marzo 2016, n. 4219; Id., 14 marzo 2016, n. 3772; Id., 23 febbraio 2016, n. 1884; Id., 22 febbraio 2016, n. 1867; Id., 29 gennaio 2016, n. 606; Id., 16 ottobre 2015, n. 7990; Id., 7 maggio 2015, n. 3952; Id., 29 gennaio 2015; Id., 2 gennaio 2015, n. 3; Id., 13 dicembre 2013, n. 8146; Id., 19 luglio 2013; Id., 9 aprile 2013; Id., 18 marzo 2013; Id., 15 marzo 2013; Id., 23 novembre 2012; Id., 22 ottobre 2012; Id., 20 aprile 2012; Id., 21 marzo 2012; Id., 19 marzo 2012; Id., 30 novembre 2011; Id., 25 novembre 2011; Id., 20 novembre 2009, n. 704; Id., 5 gennaio 2009). Anche quando il sanzionato decide di impugnare la sentenza della Corte d'Appello in Cassazione, gli esiti non cambiano e il giudice di ultimo grado cui compete il solo controllo, sotto il profilo logico formale e della correttezza giuridica, delle valutazioni compiute dal giudice di merito, mantiene un atteggiamento di totale deferenza, disattendendo pressoché sempre i motivi di impugnazione e peraltro condannando nella maggior parte dei casi il ricorrente alle spese di lite, o perché conferma la decisione impugnata «sorretta, sul punto, da un apparato argomentativo sufficiente e immune da vizi logici» o perché si sente sollecitato a esercitare «poteri di cognizione che non gli competono, rientrando l'accertamento dei fatti e la valutazione delle risultanze probatorie nei compiti istituzionali del giudice di merito» (Cass., n. 3656/2016, cit.; Id., n. 1529/2018, cit.; Id., n. 9705/2019, cit.). L'analisi delle sentenze della Cassazione degli ultimi anni evidenzia come in rari casi il giudice di legittimità abbia accolto il ricorso, peraltro sempre parzialmente, e rinviato la decisione alla Corte d'Appello, si vedano Cass., sez. II, 27 settembre 2018, n. 23370; Id., 29 agosto 2018, n. 21347; Id., 18 aprile 2018, n. 9546; Id., 24 marzo 2016, n. 5868. Le altre sentenze che non rigettano il ricorso sono sentenze che hanno dichiarato estinto il giudizio per rinuncia agli atti da parte del ricorrente sanzionato (o dell'erede del ricorrente sanzionato, si vedano Cass., sez. II, 22 marzo 2018, n. 7193; Id., 22 marzo 2018, n. 7192; Id., 11 luglio 2016, n. 14138; Id., 19 agosto 2015, n. 16912; Id., 2 aprile 2015, n. 6778 o per motivi di rito Cass., sez. II, 16 dicembre 2019, n. 33151).

¹¹⁸ Tra le molte Corte cost., 4 marzo 1999, n. 49 ha affermato che «La procedura sanzionatoria in materia bancaria e creditizia, delineata dall'art. 145 del decreto legislativo n. 385 del 1993, ha carattere di specialità rispetto a quella che riguarda le altre violazioni punite con una sanzione amministrativa pecuniaria, espressamente prevista come disciplina comune ma derogabile (art. 12 della stessa legge n. 689 del 1981). La particolarità della materia, direttamente inerente

generale sintomatici di una certa resistenza degli organi giurisdizionali nazionali in materia¹¹⁹, che tendono a difendere un modello procedimentale sostanzialmente amministrativo¹²⁰ e mostrano una certa esitazione nell'attuazione dei principi affermati a livello europeo¹²¹.

alla vigilanza sul corretto esercizio dell'attività da parte degli enti autorizzati allo svolgimento dell'attività bancaria, e la specialità dei controlli e delle procedure previsti in tale settore, giustificano, in continuità con la precedente disciplina (art. 90 del regio decreto-legge n. 375 del 1936), la scelta del legislatore di mantenere con carattere di specialità anche la procedura sanzionatoria amministrativa, in caso di infrazioni, e di assicurare la tutela giurisdizionale secondo il rito camerale, con i conseguenti limiti quanto alla impugnabilità della decisione assunta con decreto».

¹¹⁹ Ha espresso dubbi sulla pienezza e effettività della tutela delle posizioni giuridiche coinvolte in materia M.A. CABIDDU, *Sanzioni amministrative e principi costituzionali davanti alle autorità indipendenti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, 3, 2004, 257 ss.

¹²⁰ Sia consentito sul tema, anche per un'analisi della giurisprudenza in materia, il rinvio a C. SERENI LUCARELLI, *Le sanzioni della Banca d'Italia nel panorama delle sanzioni amministrative tra mito e realtà*, in *Banca, impr. soc.*, 2020, 2, 317 ss.

¹²¹ E. BINDI, A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, Giappichelli, 2018, 129 rilevano che «nonostante le modifiche apportate al procedimento sanzionatorio, da ultimo nel 2016, in attuazione della direttiva 2013/36/UE, permane un'impostazione di natura procedimentale, un modello "amministrativo" piuttosto che giurisdizionale del procedimento, l'accertamento dei fatti non avviene in contraddittorio, la separazione tra attività istruttoria e decisoria ha natura funzionale ma non strutturale, in generale il modello di contraddittorio seguito è di natura verticale, con una posizione di superiorità complessiva dell'autorità procedente. In base al punto 1.3 del regolamento «i destinatari del procedimento sanzionatorio esercitano il diritto di difesa attraverso la partecipazione al procedimento», le parti possono presentare deduzioni ma qualora superino le cinquanta pagine devono contenere una sintesi finale, la produzione di documenti inutili o sovrabbondanti è motivo di valutazione negativa del grado di cooperazione degli interessati con l'Autorità, quindi si tratta di fatto di «un impianto ancora di natura inquisitoria», in cui manca «una complessiva presa di coscienza che il procedimento sanzionatorio [...] necessita fisiologicamente di accertamenti di fatti che difficilmente possono essere lasciati solamente all'autorità procedente». Sostiene la natura amministrativa e non giurisdizionale del procedimento A. BALDASSARRE, *Le sanzioni della Banca d'Italia*, in *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. FRATINI, Padova, Cedam, 2011, 581.

5. *L'attività consultiva quale criterio non uniformante nel giudizio sul fatto tecnico*

Così delineate alcune dinamiche che riguardano l'accesso del giudice al fatto tecnico occorre chiedersi quali sia la rilevanza dell'attività consultiva e se la circostanza che nel procedimento sia stato reso un parere da un organo consultivo, conduca a traiettorie differenti, anche al fine di colmare in processo le evidenziate carenze in procedimento nell'adeguata conoscenza del fatto tecnico.

In particolare, occorre valutare se, nell'ipotesi in cui il provvedimento finale sia preceduto dal parere dell'organo consultivo e venga impugnato, il giudice sia in grado di conoscere in concreto le ragioni tecniche alla base di quel provvedimento. Se così fosse, ancorché in processo, si recupererebbe la portata del fatto tecnico, che, per quanto si è detto, pare del tutto svilita in procedimento per effetto della rilevata perdita di centralità dell'attività consultiva e conseguentemente per la scarsa attenzione dedicata ai profili tecnici della decisione.

Dottrina e giurisprudenza hanno valorizzato la natura endoprocedimentale del parere, per escludere la sua impugnabilità¹²²,

¹²² In giurisprudenza, si vedano di recente *ex multis* Tar Lazio, Roma, sez. III, 10 febbraio 2016, n. 619: «Non sussistono i presupposti per l'accoglimento di un'istanza cautelare proposta in sede di ricorso per l'annullamento di una nota resa dal Ministero della Salute alla Regione Lombardia, avente ad oggetto talune limitazioni allo svolgimento dell'attività di distribuzione all'ingrosso dei farmaci da parte di titolari di farmacia, risultando il ricorso appuntato avverso un parere reso con efficacia non vincolante la cui lesività, ai fini della sussistenza dell'interesse a ricorrere, non può emergere ove disgiunta dall'impugnazione degli eventuali provvedimenti applicativi assunti da altre Autorità (quali ad esempio le Autorità Sanitarie Locali)»; Tar Lazio, Roma, sez. I, 3 gennaio 2017, n. 61: «Il parere reso dall'Agcom nei procedimenti istruttori per pratiche commerciali scorrette – laddove la diffusione del messaggio avvenga attraverso un mezzo di telecomunicazione – ha carattere obbligatorio ma non vincolante, così che i vizi del parere endoprocedimentale non hanno autonomo rilievo se non si trasferiscono al provvedimento definitivo»; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 9 dicembre 2013, n. 5631: «È privo di efficacia lesiva il parere del Comitato di Verifica per le Cause di Servizio, assumendo esso rilievo, secondo quanto evincibile dalla disciplina recata dal d.P.R. n. 461 del 2001 (artt. 11 e 14) e dall'art. 1081, d.P.R. n. 90 del 2010, che rinvia al procedimento di cui al d.P.R. n. 461 del 2001, unicamente ai fini dell'accertamento del nesso eziologico sussistente fra fatti di servizio ed infermità, laddove l'accertamento e la conseguente diagnosi delle forme morbose e la loro ascrivibilità a categoria è rimessa alle

così che la sindacabilità del provvedimento diviene indirettamente espediente per la sindacabilità dell'attività consultiva svolta. Gli eventuali profili di illegittimità del parere si traducono nell'illegittimità del provvedimento finale nella parte in cui quell'apporto tecnico ha inciso sulla valutazione tecnica compiuta dall'amministrazione precedente¹²³. Anche quando il parere non viene impugnato unitamente alla decisione finale che ne recepisce il contenuto, l'assenza di un vero e proprio rapporto di presupposizione tra decisione e parere non impedisce al giudice di conoscere dell'attività consultiva svolta.

Per come è oggi impostato il processo amministrativo, si ribadisce che quanto è avvenuto nel procedimento viene controllato nel processo e, anzi, a fronte del rimeditato ruolo del fatto nel processo amministrativo, come anticipato, si può forse giungere ad affermare che in alcuni casi venga addirittura rinnovato il procedimento.

Pare così di doversi interrogare sull'adeguatezza del sindacato del giudice sul fatto tecnico per come veicolato dal parere reso nella fase procedimentale.

L'approccio del giudice amministrativo non cambia nell'ipotesi in cui nel procedimento l'amministrazione si sia avvalsa dell'apporto di un organo consultivo e il provvedimento su cui il giudice è chiamato a pronunciarsi sia l'applicazione al caso concreto del parere tecnico reso. Il giudice alterna pronunce nelle quali si attiene al limite della manifesta irragionevolezza o illogicità del parere pronunce in cui assume legittima la rivalutazione delle scelte tecniche. Viene data scarsa importanza al coinvolgimento di organi tecnici appositamente individuati dall'ordinamento e, più in generale, alle modalità con cui si giunge alla decisione di natura tecnica, con l'effetto che il profilo della qualità della decisione e del com'è fatta la decisione apre la strada a una differenziazione nel sindacato poten-

Commissioni Mediche. A ciò consegue anche l'inammissibilità dell'impugnativa del parere *de quo*, per difetto di interesse a ricorrere».

¹²³ Secondo A. TRAVI, *Parere*, cit., 612 «la possibilità di questa impugnazione (seppure nel contesto dell'impugnazione del provvedimento finale) dovrebbe comportare la necessità di una instaurazione del contraddittorio anche nei confronti dell'amministrazione che ha espresso il parere impugnato [...] invece nella giurisprudenza emerge la tendenza a richiedere come necessaria la notifica del ricorso solo nei confronti dell'autorità che ha emanato il provvedimento finale impugnato».

zialmente ancora più ampia di quella che deriva da una differenziazione per settori.

In altri termini, l'ausilio dell'organo consultivo nel procedimento non pare fungere da criterio uniformante del ragionamento condotto e anche continuando a ignorare le concrete modalità con cui si perviene al provvedimento finale, il sindacato non è uniforme.

Le riflessioni fatte sul sindacato sui pareri, in considerazione dello stato attuale del sindacato sul fatto tecnico meritano qualche breve precisazione con riguardo alla categoria dei pareri di natura vincolante¹²⁴.

Il parere vincolante, infatti, è fonte non solo di un vincolo formale ma anche di un vincolo sostanziale¹²⁵, in quanto impone all'organo attivo di uniformarsi espressamente a quanto disposto dall'organo consultivo nel parere, che viene così ad assumere una sorta di potere di veto sulla decisione. La natura giuridica del parere vinco-

¹²⁴ Vi sono poi figure intermedie tra il parere vincolante e quello non vincolante, pareri c.d. conformi e semivincolanti o parzialmente vincolanti, nei casi in cui la norma, pur non identificando un dovere incondizionato per l'autorità competente di uniformarsi al provvedimento, riconduce al parere un effetto preclusivo rispetto a taluni esiti del procedimento. Si veda in proposito l'art. 16, t.u. 26 giugno 1924, n. 1054 che richiede la deliberazione del Consiglio dei ministri per discostarsi dal parere: «Nei casi previsti al n. 4 di questo articolo, quando il provvedimento sia contrario al parere del Consiglio di Stato, deve farsi constare dal decreto reale che è stato pure udito il Consiglio dei ministri». In dottrina si veda M. OCCHIENA, N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione*, cit., 43; A. TRAVI, *Parere*, cit., 607, secondo cui «risulta difficile ammettere una categoria intermedia fra i pareri vincolanti e quelli non vincolanti, perché le due categorie sono fra loro alternative. In presenza di un parere vincolante l'autorità competente a provvedere è tenuta a uniformarsi al parere: non vi è spazio, quindi, per alcuna sua valutazione (salvo che nell'ipotesi, molto controversa, del parere illegittimo)». Quanto ai pareri conformi, in dottrina a coloro che riconoscono la categoria E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 464 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 567; si contrappongono coloro che non li includono nelle ricostruzioni tassonomiche G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit.; P. VIRGA, *Diritto amministrativo – 2. Atti e ricorsi*, Milano, Giuffrè, 1999, 29 ss. Nella giurisprudenza più recente, peraltro, l'espressione è spesso utilizzata con il significato "su parere conforme", così *ex multis* Tar Lazio, Roma, sez. I, 11 novembre 2020, n. 11645; Tar Lazio, Roma, sez. II, 29 ottobre 2020, n. 11122; Tar Lazio, Roma, sez. I, 30 settembre 2020, n. 9925.

¹²⁵ In tal senso F. FRANCHINI, *Il parere nel diritto amministrativo*, cit., 49.

lante è da sempre stata dibattuta in dottrina¹²⁶ e a coloro che lo qualificano come atto decisorio perché l'amministrazione attiva non si può discostare dal suo contenuto¹²⁷, si contrappongono coloro che ne ribadiscono i caratteri di mero atto preparatorio¹²⁸; per alcuni il parere vincolante è più di un mero consiglio, assumendo i connotati di una vera e propria manifestazione di volontà¹²⁹, secondo altri lo scopo del parere, anche quando vincolante, rimane quello di fornire un apporto tecnico sul caso prospettato, inquadrabile dunque nell'attività consultiva¹³⁰. In ogni caso, anche ove si escluda che in presenza di un parere vincolante la fase decisoria sia anticipata a quella consultiva, sembra corretto l'assunto secondo cui l'organo consultivo «partecipa» alla funzione decisoria, incidendo in maniera determinante sull'assetto finale degli interessi¹³¹.

Quanto affermato ha rilevanti conseguenze di ordine processuale. Le posizioni divergenti in dottrina sulla natura del parere si ripercuotono infatti sulla possibilità di impugnare immediatamente

¹²⁶ Per un'analisi del dibattito sulla natura dei pareri vincolanti si rinvia a M.G. DELLA SCALA, *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, cit., 533.

¹²⁷ In tal senso M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 127; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 464 ss.; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2018, 194 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 419: «Si danno casi tuttavia in cui la legge dispone che determinati pareri siano vincolanti. Ciò significa che il loro contenuto valutativo non può essere successivamente disatteso dall'autorità decidente».

¹²⁸ In tal senso A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 566, secondo cui il parere vincolante ha un contenuto «sempre e soltanto valutativo e non volitivo e decisionale» distinguendosi così dalle deliberazioni preparatorie.

¹²⁹ A. TRAVI, *Parere*, cit., secondo cui «in ogni caso, la riconduzione del parere a una attività di tipo consultivo non sembra ragionevole, nel caso in cui tale parere debba istituzionalmente determinare il contenuto del provvedimento finale».

¹³⁰ F. FRANCHINI, *Il parere nel diritto amministrativo*, cit., 119, secondo cui «anche nel caso di parere vincolante lo scopo, che attraverso il parere si intende raggiungere, è quello di fornire un atto giuridico o tecnico sul caso prospettato; il parere non cambia così la sua natura di giudizio o di apprezzamento».

¹³¹ *Ex multis* Cons. Stato, sez. VI, 10 gennaio 2020, n. 259 che, con riguardo al parere della Soprintendenza, ha affermato che «pur configurandosi il medesimo come una determinazione partecipe della funzione decisoria, nel senso che essa viene a determinare il contenuto del provvedimento finale, l'autorizzazione paesaggistica ovvero il diniego di essa restano un provvedimento monostrutturato, riferibile alla Regione o all'ente delegato e non anche alla Soprintendenza, il cui parere esaurisce i propri effetti nel momento in cui viene recepito, nella prescritta decisione "in conformità", adottata dall'Amministrazione competente».

e direttamente il parere vincolante illegittimo. Coloro che ritengono che il parere non abbia natura decisoria escludono che lo stesso sia autonomamente impugnabile perché insuscettibile di arrecare un pregiudizio¹³². Secondo i sostenitori dell'opposta tesi, il parere vincolante perde il carattere di strumentalità e produce anticipatamente gli effetti del provvedimento finale. È quanto sostenuto dalla giurisprudenza pressoché pacifica, che ripetutamente afferma che i pareri vincolanti sono suscettibili di incidere sulla sfera giuridica altrui e dunque sono dotati di autonomia rispetto al provvedimento finale, rilevando la necessità di un contraddittorio con l'organo consultivo che con il suo parere ha determinato l'esito del procedimento¹³³.

Vi è poi un altro aspetto rilevante ai fini che interessano. Si è consolidata la prassi secondo cui l'amministrazione procedente deve conformarsi al parere vincolante, ancorché illegittimo¹³⁴, con potenziali effetti sull'adeguata conoscenza del fatto tecnico.

Per il solo fatto che il parere vincolante è stato reso, infatti, in sede di procedimento l'amministrazione deve conformarsi allo stesso e, in giudizio, gli eventuali profili di illegittimità del parere e conseguentemente della decisione finale, sono spesso offuscati dalla circostanza che l'amministrazione non poteva far altro che recepire il contenuto del parere tecnico, ancorché illegittimo.

In questi casi, in cui il sindacato ha senza dubbio ad oggetto direttamente il contenuto del parere, la natura vincolante attribuita dal legislatore al parere rende recessiva ogni diversa valutazione espressa dall'autorità procedente ed è raro che il giudice si discosti dagli apprezzamenti compiuti dall'organo consultivo preposto a tutela di settori particolarmente sensibili. Le sentenze il più delle vol-

¹³² In tal senso A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 567, secondo cui il parere vincolante non ha un contenuto decisionale e «determina un obbligo di conformarsi, non un obbligo di attuare una previa decisione altrui».

¹³³ *Ex multis* sul parere vincolante della Soprintendenza Tar Campania, Napoli, sez. VI, 7 novembre 2018, n. 6477: «idoneo ad incidere in via autonoma e immediata nella sfera giuridica dell'interessato, e a condizionare l'esito del procedimento, e quindi con l'impugnabilità *ex se* del parere medesimo quale presupposto autonomo della successiva decisione finale negativa».

¹³⁴ Tra le molte Tar Campania, sez. VI, 5 luglio 2017, n. 3607; Tar Liguria, sez. I, 8 giugno 2016, n. 579; Cons. Stato, sez. VI, 28 dicembre 2015, n. 5844; Tar Veneto, sez. II, 19 aprile 2015, n. 475.

te si limitano ad accertare il mero e doveroso rinvio al parere reso dall'autorità tutoria e la peculiarità dei giudizi in settori scientifici disciplinari della storia, dell'arte e dell'architettura, caratterizzati da ampi margini di opinabilità, a discapito di un'effettiva conoscenza dei presupposti di fatto sottesi. È come se il parere dell'autorità preposta alla tutela fosse sostenuto da una sorta di presunzione di esattezza. Il giudice, in altri termini, si attiene ad essa non perché l'abbia verificata, anche dal punto di vista fattuale, con esito positivo, ma perché non efficacemente smentita.

Parrebbe, dunque, più corretto, anche ai fini di una più adeguata gestione del fatto tecnico, consentire all'amministrazione attiva di discostarsi dal parere illegittimo, motivando la scelta in ragione della sua illegittimità¹³⁵, o quanto meno chiedere la rinnovazione del parere¹³⁶, sulla scia di quella tesi che già in passato ha sostenuto che l'autorità competente in tali casi potrebbe non assumere il provvedimento finale e adottare un atto negativo¹³⁷.

Ragionando altrimenti, si configurerebbe un chiaro *vulnus* al diritto di difesa del privato, che si vedrebbe costretto a intraprendere un giudizio per il semplice fatto che all'amministrazione è precluso ovviare al vizio del parere discostandosene o chiedendo all'organo consultivo di agire in autotutela di fronte a illegittimità magari palesi¹³⁸.

¹³⁵ C. BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, cit., 95; M. OCCHIENA, N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione*, cit., 45 ritengono che «l'amministrazione richiedente, motivando in ordine ai profili di illegittimità del parere, possa – *rectius*, debba, al fine di scongiurare l'illegittimità consequenziale del provvedimento amministrativo finale adottato sulla base del parere viziato – disattenderlo».

¹³⁶ Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 1993, n. 671.

¹³⁷ P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1972, 116. Secondo A. TRAVI, *Parere*, cit., 606 «questa soluzione, però è possibile solo rispetto a certi procedimenti (si pensi, per esempio, al procedimento per un appalto-concorso, nei casi in cui l'amministrazione competente può evitare di far propria la valutazione della Commissione giudicatrice e può quindi non procedere all'aggiudicazione). Non è possibile o non è utile, invece per altri procedimenti, come quelli su istanza di parte, per i quali il dissenso rispetto al parere vincolante non può di per sé giustificare un diniego ad assumere la decisione».

¹³⁸ Altra questione è quella relativa agli effetti del parere vincolante reso tardivamente. Secondo la giurisprudenza amministrativa, infatti, il parere vincolante reso tardivamente perderebbe il suo carattere di vincolatività, divenendo liberamente

6. *Il ruolo del consulente tecnico d'ufficio nella cognizione del fatto tecnico: "deferenza" del giudice amministrativo o reale rischio di sostituzione?*

In un quadro giurisprudenziale così articolato e disomogeneo, in cui i limiti del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche e con essi quelli dell'accesso al fatto (e indirettamente dell'attività consultiva svolta) rischiano di divenire "autoreferenziali"¹⁵⁹, occorre individuare altri strumenti per ridare centralità al fatto tecnico in quanto tale, non nelle sue infinite variabili.

I conoscitori pieni del fatto e della pressoché libera riedizione del procedimento in processo potrebbero pure ritenere di prescindere dall'analisi del parere, ma per i più conservatori pare invece che non si possa ignorare il problema di un'adeguata presa in carico da parte del giudice della questione tecnica e che dunque il parere, quando reso e indipendentemente dalla sua natura vincolante, rappresenti una parte determinante della decisione.

Nell'analisi della decisione, cioè, il fatto che sia stato acquisito un parere (e che sotto il profilo soggettivo sia stato coinvolto un or-

valutabile dall'organo di amministrazione attiva, che quindi può discostarsene. Tra le molte Cons. Stato, sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 12 aprile 2021, n. 524; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 2 aprile 2020, n. 262; Tar Campania, Napoli, sez. III, 3 settembre 2018, n. 5317; Tar Toscana, Firenze, sez. III, 20 dicembre 2016, n. 1828; Cons. Stato, sez. VI, 9 agosto 2016, n. 3561. Se si accogliesse la tesi secondo cui dal parere vincolante l'amministrazione non si può discostare, si giungerebbe al paradosso per cui mentre il ritardo dell'organo consultivo giustifica il potere (dovere) dell'amministrazione di motivare autonomamente il provvedimento finale e dunque di discostarsi dal parere, il vizio, anche quando palese, di un parere vincolante reso nei tempi è irrilevante e l'amministrazione è obbligata a conformarsi (costringendo il privato leso a fare ricorso e l'amministrazione a difendersi). Di recente però Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610, con specifico riguardo al parere reso dalla Soprintendenza *ex art. 146, d.lgs. n. 42/2004*, ha affermato che: «l'eventuale parere tardivo reso dalla Soprintendenza, e in generale le determinazioni rese una volta maturato il termine nell'ambito della conferenza di servizi e nell'ambito dell'istituto *ex art. 17-bis*, è irrilevante e privo di effetti in quanto con la formazione del silenzio assenso viene meno la competenza dell'autorità tutoria».

¹⁵⁹ L'espressione è di G. D'ANGELO, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, cit. che rileva: «i limiti al sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione oggi sono essenzialmente "autoreferenziali": in definitiva, il giudice amministrativo decide così perché è lui stesso che dispone in ordine all'oggetto e alle modalità del sindacato».

gano consultivo), potrebbe anche essere considerato o divenire una questione interna all'amministrazione, purché il giudice si mostri dotato delle competenze tecniche necessarie per la valutazione della scelta tecnica compiuta in procedimento con l'ausilio di un organo consultivo.

L'istanza di adeguata presa in carico dei profili tecnici della decisione potrebbe trovare risposta, se non in una formalizzazione della fase istruttoria analoga a quella che caratterizza il processo ordinario di cognizione, che per quanto si è detto (v. *supra*, cap. III, § 9), non risulta risolutiva, almeno in un uso effettivo dei mezzi istruttori a disposizione del giudice¹⁴⁰.

In particolare, venendo in rilievo questioni tecniche, dovrebbe ritenersi imprescindibile l'ausilio della consulenza tecnica d'ufficio, che, invece, ancora oggi¹⁴¹, come già rilevato nel capitolo III (§ 8), si trova a fare i conti con i condizionamenti e le diffidenze del passato e con i tradizionali limiti dell'istruzione probatoria nel processo amministrativo¹⁴².

¹⁴⁰ Sull'importanza dei mezzi istruttori per l'effettività del controllo giudiziario si veda A. TRAVI, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, cit.; L. PERFETTI, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, cit.; F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000, n. 205*, a cura di F. CARINGELLA, M. PROTTO, Milano, Giuffrè, 2001, 913 ss.; C. VIDETTA, *Discrezionalità tecnica: problemi vecchi e nuovi dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, cit.; F.G. SCOCA, *Spigolature sulla riforma del processo amministrativo*, cit.

¹⁴¹ E. PICOZZA, *La c.t.u. tra processo amministrativo ed effettività del diritto comunitario*, cit.; S. SPINELLI, *Discrezionalità tecnica e mancato esperimento di consulenza tecnica in giudizio: un vulnus alla tutela sostanziale del privato?*, cit.; A. TRAVI, *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia «amministrativa»?*, cit.; M.A. SANDULLI, *La consulenza tecnica d'ufficio*, cit. Più di recente L.R. PERFETTI, *Cerbera e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, cit.; F. CAPORALE, *L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell'Arera*, cit.

¹⁴² Sul tema anche R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 143 ss., spec., 146, che, da un lato, afferma che «il mancato ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio non permette una ricostruzione dei fatti posti a fondamento della valutazione medesima, il che, a sua volta, impedisce, prima ancora che la sostituzione della valutazione del giudice a quella effettuata dall'amministrazione, la semplice verifica dell'attendibilità scientifica della decisione amministrativa assunta», dall'altro lato, rileva come non vada neppure «sottaciuto che sarebbero in gioco delicati equilibri di sistema laddove si attribuisse al binomio giudice-consu-

Poiché è oramai pacifico che il giudice amministrativo si confronti con il fatto tecnico, lo scarso utilizzo della consulenza tecnica è significativo sotto vari punti di vista.

In passato, fatto tecnico, riserva di amministrazione e inammissibilità della consulenza tecnica d'ufficio andavano di pari passo, e, accertata la natura tecnica della questione, la stessa era ritenuta di dominio dell'amministrazione e conseguentemente si escludeva che il giudice, e il suo consulente, potessero prendere posizione sulla stessa¹⁴³. In altri termini, l'istruttoria era ritenuta appannaggio dell'amministrazione e l'esclusione della consulenza tecnica era legata più alla natura riservata delle valutazioni tecniche, il cui ambito era stato «oltremodo esteso»¹⁴⁴, che alla natura propriamente tecnica del fatto.

Oggi la natura tecnica del fatto non comporta in automatico che il potere sia riservato all'amministrazione e il giudice amministrativo si confronta quotidianamente, solo per fare alcuni esempi, con la posizione di un'impresa in una certa situazione di mercato; con la dipendenza di un'infermità da uno specifico fattore di rischio; con la compatibilità di un manufatto rispetto ai valori paesaggistici di una determinata zona; con il valore estetico di un bene su cui è stato apposto un vincolo culturale; con la qualità di una fornitura di macchinari in rapporto ai requisiti previsti in un bando di gara. Anche a voler ammettere un certo, ancorché discutibile, automatismo tra fatto tecnico, riserva di amministrazione e inutilizzabilità della consulenza tecnica d'ufficio, lo stesso dovrebbe dirsi oramai definitivamente superato. Dunque, nella misura in cui pare doversi escludere un nesso di necessaria consequenzialità tra riserva di amministrazione e fatto tecni-

lente una credibilità ontologicamente superiore a quella di amministrazioni particolarmente qualificate sotto il profilo tecnico, quali le Autorità indipendenti».

¹⁴³ Sul tema L. GIANI, *L'accertamento del fatto da parte del giudice amministrativo tra valutazioni tecniche ed eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 406, rileva come la problematicità degli ambiti riconosciuti al giudice nell'accesso al fatto derivi anche dal non ancora compiuto superamento del concetto di discrezionalità tecnica come ambito riservato all'amministrazione.

¹⁴⁴ Il riferimento è a A. TRAVI, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, cit., secondo cui «lo spazio delle valutazioni riservate all'Amministrazione è molto più limitato. Il carattere «riservato» di una valutazione di ordine tecnico non può rappresentare la regola generale, proprio perché si risolve nell'assegnazione all'Amministrazione di una posizione di «potere» nei confronti del cittadino. Di conseguenza richiede sempre un fondamento specifico».

co, per quanto il giudice non possa e non debba «inseguire la verità scientifica»¹⁴⁵, non vi sarebbero più valide giustificazioni per ritenere inammissibile l'ausilio di un consulente tecnico.

Il giudice, a differenza che in passato, non pare più ignorare le questioni tecnico-scientifiche oggetto di controversia. Eppure, in giudizio anche quando viene prospettata la necessità di una consulenza tecnica, perché l'esame di talune delle doglianze dedotte investe aspetti di carattere squisitamente tecnico, si finisce con ritenerla superflua¹⁴⁶ e continua a prevalere il ricorso alla scienza privata del giudice¹⁴⁷, che, per quanto meritevole, non pare la soluzione migliore ai fini di un'adeguata conoscenza del fatto tecnico¹⁴⁸.

Soprattutto nei casi, che sono stato oggetto di approfondimento nel presente capitolo nei quali in procedimento l'amministrazione si sia avvalsa dell'ausilio e dell'apporto di un organo consultivo, l'esclusione della consulenza tecnica, oltre ad assegnare un ruolo preponderante al giudice anche sul piano tecnico, sull'assunto che sia in grado di apprezzare totalmente la controversia, finisce con l'attribuire alla valutazione del fatto da parte dell'organo consultivo una sorta di attendibilità privilegiata. La verifica del fatto tecnico, infatti, dovrebbe essere operata in giudizio almeno alla luce del medesimo sapere specialistico dell'autorità, con le competenze necessarie per rinnovare o quantomeno

¹⁴⁵ F. MERUSI, *Variazioni su tecnica e processo*, cit.

¹⁴⁶ Tra le più recenti Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2021, n. 439; Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2021, n. 434; Cons. Stato, sez. II, 13 gennaio 2021, n. 420; Cons. Stato, sez. II, 7 gennaio 2021, n. 230; Cons. Stato, sez. II, 4 gennaio 2021, n. 77; Cons. Stato, sez. III, 29 dicembre 2020, n. 8492; Cons. Stato, sez. VI, 28 dicembre 2020, n. 8387.

¹⁴⁷ Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 25 maggio 2020, nn. 348 e 349: «Occorre premettere che l'esame di talune delle doglianze dedotte investe aspetti di carattere squisitamente tecnico, per le quali sarebbe ipotizzabile l'eventuale adozione di misure istruttorie (verificazione o CTU) al fine di meglio delineare alcune caratteristiche tecniche delle offerte presentate dai concorrenti. Non di meno ritiene il Collegio che la controversia può essere definita sulla scorta delle schede tecniche e dal manuale dei prodotti offerti la cui disamina rende possibile acquisire gli elementi di giudizio utili alla decisione».

¹⁴⁸ Si vedano le recenti sentenze in materia di sindacato sugli atti dell'Autorità di regolazione dei trasporti Cons. Stato, sez. VI, 7 gennaio 2021, nn. 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 246, 247, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 259, 260, 261, 276.

ripercorrere le valutazioni e gli apprezzamenti dei fatti compiuti dall'amministrazione in fase procedimentale con l'ausilio e l'apporto di un organo consultivo¹⁴⁹.

Se così non è, il sindacato si riduce ad un sindacato meramente "sintomatico"¹⁵⁰, perché non assicura la corrispondenza con la realtà dei fatti e non può che essere di modesta utilità sotto il profilo della tutela¹⁵¹, non solo del singolo cittadino ma, in definitiva, anche delle amministrazioni che sono evocate in giudizio.

Emblematiche sotto tale profilo sono le controversie che hanno ad oggetto i pareri della Soprintendenza per la tutela dei beni culturali e del paesaggio e le relative autorizzazioni¹⁵². Il giudice ammini-

¹⁴⁹ Sul tema già A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, cit.; nello stesso senso P. LAZZARA, "Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 212 ss., spec. 218 secondo cui «sul piano processuale, l'accesso completo al fatto, anche in ordine ai presupposti su cui si basa il provvedimento impugnato, deve avvenire attraverso la consulenza tecnica che consente al giudice di ripetere il giudizio valutativo dell'Amministrazione».

¹⁵⁰ In tal senso F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, cit., 123.

¹⁵¹ Evidenza i limiti ad un pieno accertamento del fatto L. GIANI, *Il problema amministrativo tra incertezza della tecnica ed esigenza di tutela sostanziale del cittadino*, cit., 148 ss.

¹⁵² Sul tema tra i molti S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Art. 146*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. CAMMELLI, Bologna, Il Mulino, 2007, 593 ss.; M.R. SPASIANO, *Art. 146*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2019, 1306; A. ANGIULI, *Commento all'art. 146*, in *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di A. ANGIULI, V. CAPUTI JAMBRENGHI, Torino, Giappichelli, 2005, 390 ss.; D. SANDRONI, *Commento all'art. 146*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*, coordinato da R. TAMIOZZO, Milano, Giuffrè, 2005, 695 ss.; G. SEVERINI, *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, in *Aedon*, 2016, 3; G. SIGISMONDI, *Valutazione paesaggistica e discrezionalità tecnica: il Consiglio di Stato pone alcuni punti fermi*, in *Aedon*, 2016, 3; P. CARPENTIERI, *Semplificazione e tutela*, in *Aedon*, 2016, 3; F. CORTESE, *Le amministrazioni e il paesaggio, tra discorso di verità e discorso di volontà*, in *Aedon*, 2016, 3; ID., *La tutela dei beni culturali, paesaggistici e ambientali nelle riforme della l. n. 124 del 2015*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 2, 40 ss.; A. CALEGARI, *Riflessioni in tema di tutela dell'ambiente e del paesaggio nell'esperienza italiana*, in *Riv. giur. urb.*, 2014, 224 ss.; M. CORTI, *Vincoli e autorizzazioni paesaggistiche: orientamenti consolidati e profili di novità*, in *Riv. giur. amb.*, 2011, 2, 524 ss.; V. PARISIO, *Legittimità e merito nei provvedimenti di vincolo*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 3, 234 ss.; P. MARZARO, *La "cura" ovvero l'amministrazione del paesaggio: livelli, poteri e rapporti tra enti nella riforma del 2008 del Codice Urbani (dalla concorrenza dei*

strativo è fermo nel ribadire che il parere vincolante della Soprintendenza ex art. 146 d.lgs. n. 42 del 2004 è espressione di una valutazione tecnica, che, se negativo, deve dar conto delle effettive ragioni di contrasto tra l'intervento progettato e i valori tutelati con il vincolo¹⁵³ e che, dunque, non sfugge al sindacato di legittimità per eccesso di potere, ove si riscontrino profili di difetti di motivazione, manifesta illogicità ed errori di fatto¹⁵⁴. Non vi è dubbio che sia di esclusiva competenza dell'autorità preposta alla tutela del vincolo l'apprezzamento della compatibilità di un dato manufatto con gli interessi sottesi al vincolo insistente sull'area oggetto di intervento¹⁵⁵, tuttavia, la nomina di un consulente consentirebbe al giudice di conoscere gli elementi di fatto, sottesi a quell'apprezzamento, invocati dall'amministrazione a sostegno del diniego dell'autorizzazione e contestati dal privato.

Sotto tale profilo, merita di essere segnalata una decisione del Consiglio di Stato, che, oltre che per l'originalità della vicenda, si

poteri alla paralisi dei poteri?), in *Riv. giur. urb.*, 2008, 423 ss.; G. CARTEI, *L'autorizzazione paesaggistica nel codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 11, 1267 ss.

¹⁵³ Tra le molte Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 9 agosto 2021, n. 220; Tar Toscana, Firenze, sez. III, 23 luglio 2021, n. 1099; Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2020, n. 2515.

¹⁵⁴ Sul tema L. CASINI, "Giochi senza frontiere?": *Giurisprudenza amministrativa e patrimonio culturale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 3, 914 ss.

¹⁵⁵ Un discorso a parte meriterebbe il tema del sindacato sui provvedimenti di vincolo, come la dichiarazione di interesse culturale o quella di notevole interesse pubblico, soprattutto in termini di ragionevolezza e proporzionalità, sia con riguardo al vincolo in sé considerato, sia sulla estensione dello stesso (tra le molte si vedano Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2020, n. 1023; Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 2016, n. 914; Cons. Stato, sez. IV, 9 febbraio 2016, n. 517). Il giudice amministrativo, pur confermando che le valutazioni in ordine all'esistenza di un interesse culturale particolarmente importante di un immobile, tali da giustificare l'apposizione del relativo vincolo diretto sul bene e indiretto sui beni circostanti con il conseguente regime, costituiscano «espressione di un potere di apprezzamento essenzialmente tecnico, espressione di una prerogativa propria dell'amministrazione dei beni culturali nell'esercizio della funzione di tutela del patrimonio, sindacabile solamente per incongruenza e illogicità di rilievo tale da far emergere l'inattendibilità o l'irrazionalità della valutazione» (Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2020, n. 1023), ha in più occasioni annullato prescrizioni di tutela perché esageratamente estese, in quanto spesso volte a realizzare obiettivi diversi dalla tutela del singolo bene (si vedano tra le molte Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2017, n. 5950; Cons. Stato, sez. VI, 2 gennaio 2018, n. 17; Cons. Stato, sez. VI, 10 gennaio 2018, n. 100). Sul tema P. MARZARO, *Epistemologia del paesaggio: natura e limiti del potere di valutazione delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 3, 843 ss.

caratterizza per l'inconsueta rilevanza data dal giudice amministrativo al fatto e al "sapere tecnico"¹⁵⁶. All'origine del caso vi era la legittimità del provvedimento con cui la Direzione regionale per i beni culturali e paesaggistici della Puglia, in base alla relazione della Soprintendenza per il patrimonio storico artistico di Bari, aveva dichiarato l'interesse culturale di una statua lignea raffigurante una Madonna, conservata nella chiesa di un piccolo centro pugliese, di per sé di non grande pregio artistico, ma con un rilevante valore devozionale per la popolazione del luogo, che venerava il particolare sguardo. Durante un restauro sotto la supervisione della Soprintendenza lo sguardo salvifico della Madonna era stato modificato, tanto che la popolazione devota dell'immagine miracolosa aveva addirittura deciso di impugnare il provvedimento di vincolo adottato, in quanto la statua per effetto del restauro aveva perso il suo valore. Il giudice amministrativo, disposta una consulenza tecnica d'ufficio, valorizzando i criteri tecnico-scientifici in materia di restauro ha ritenuto che il fatto che «la statua sia stata così percettibilmente trasformata, manifesta che il restauro è avvenuto non già in senso conservativo [cfr. art. 29 (conservazione), comma 4, del Codice], ma piuttosto nell'innovativa direzione dell'integrazione stilistica» e che questa innovazione «viene a togliere alla cosa un elemento essenziale dell'oggetto della tutela giuridica di bene culturale, vale a dire un tratto qualificante del carattere storico della cosa d'arte e della testimonianza materiale di civiltà (cfr. art. 2, comma 2, del Codice)», giungendo così a ritenere irragionevole e sproporzionata l'apposizione del vincolo culturale e illegittimo il provvedimento adottato.

Il giudice amministrativo però il più delle volte continua ad affidarsi alle formule più tradizionali e non indaga in concreto la correttezza del parere e della decisione sotto il profilo tecnico. L'esame del fatto tecnico viene il più delle volte ricondotto ad un «apprezzamento estetico»¹⁵⁷, come tale non sindacabile, pena l'indebita ingerenza nel merito dell'azione amministrativa. Anche quando la controversia attiene sostanzialmente ai presupposti di fatto, per esempio,

¹⁵⁶ Cons. Stato, sez. VI, 11 marzo 2015, n. 1257, su cui si v. G. PIPERATA, *I corpi tecnici del patrimonio culturale e le insidie della legge n. 241/1990*, cit., 296.

¹⁵⁷ Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 3 marzo 2021, n. 70.

facendo riferimento ad alcune recenti decisioni, perché si discute dell'esatta collocazione di un chiosco (in un'area urbanizzata secondo l'amministrazione, in una vasta area libera secondo il privato)¹⁵⁸, della chiusura su tutti i lati di un pergolato¹⁵⁹, della necessità di un disboscamento per la realizzazione di una linea elettrica (in un'area già disboscata secondo la tesi del ricorrente)¹⁶⁰, presupposti che un consulente sarebbe agevolmente in grado di apprezzare, il giudice amministrativo si limita il più delle volte ad avallare la ricostruzione in fatto dell'amministrazione¹⁶¹, pur espressamente trascurando, perché «non apprezzabili», elementi che risulterebbero dirimenti ai fini della effettiva risoluzione della controversia (ad esempio la reale distanza dell'area urbanizzata dal chiosco e il conseguente *vulnus* alla fruizione visiva del paesaggio naturale nel quale il manufatto si inserisce)¹⁶².

¹⁵⁸ Tar Lazio Roma, sez. II *quater*, 19 luglio 2021, n. 8529: «il ricorrente non ha preso in considerazione, così come avrebbe dovuto, quale punto di visuale prospettica, il chiosco – che, infatti, non figura in nessuna delle fotografie in atti – così da rapportarlo all'area circostante e, quindi, anche a quella demaniale ove è stato collocato, essendosi piuttosto limitato a rappresentare, anche fotograficamente, il contesto asseritamente circostante, la cui reale distanza dal chiosco in questione non è, tuttavia, apprezzabile dal Collegio».

¹⁵⁹ Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 3 marzo 2021, n. 70.

¹⁶⁰ Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 9 agosto 2021, n. 220.

¹⁶¹ Non mancano casi in cui viene disposta una consulenza tecnica o viene nominato un verificatore. Si veda un caso avente ad oggetto il diniego di un'autorizzazione resa previo parere negativo della Soprintendenza archeologica, belle arti e del paesaggio, TSAP, 15 maggio 2021, n. 91. Nella specie, il TSAP ha disposto un approfondimento istruttorio, con l'ausilio di un verificatore che ha affermato l'assentibilità del progetto presentato dalla ricorrente, seppur con prescrizioni obbligatorie. Il Collegio ha comunque respinto il ricorso, evidenziando che l'organo verificatore «risulta aver svolto l'indagine affidatagli in maniera non sempre conforme a quanto indicato». Fermo l'approfondimento istruttorio svolto dall'organo tecnico, i provvedimenti impugnati ricadono nella «ristretta gamma di risposte attendibili e, comunque, plausibili date al caso da risolvere. Ciò sulla base degli elementi di fatto rilevanti, delle cognizioni tecnico-specialistiche venute in gioco in materia paesaggistica, contraddistinte peraltro da margini ampi di relatività, opinabilità e, per così dire di “non misurabilità”» e per la natura della delibera del Consiglio dei Ministri, da considerare, quale atto di alta amministrazione, con cui l'Autorità, «tutt'altro che implausibilmente», nella comparazione di tutti gli interessi coinvolti, ha ritenuto sub-valente quello alla (limitata) produzione elettrica.

¹⁶² Tar Lazio Roma, sez. II *quater*, 19 luglio 2021, n. 8529: «il ricorrente non ha preso in considerazione, così come avrebbe dovuto, quale punto di visuale prospettica, il chiosco – che, infatti, non figura in nessuna delle fotografie in atti – co-

La statuizione del giudice, dunque, solo apparentemente riguarda il fatto tecnico e, in mancanza di un confronto tra tecnici per verificare in contraddittorio le ragioni tecniche dell'amministrazione e del privato, si esaurisce in considerazioni giuridiche, per escludere, secondo i canoni tradizionali di sindacato sulle valutazioni tecniche, la non manifesta irragionevolezza, la palese incongruenza, l'evidente illogicità della decisione dell'amministrazione.

In definitiva, i profili tecnici del fatto e le concrete modalità con cui si perviene alla decisione di natura tecnica il più delle volte rischiano di essere sottovalutati tanto in procedimento quanto in processo. La centralità dell'attività consultiva tende ad essere accantonata nell'iter procedimentale complessivo. Anche cambiando angolo di visuale e spostandosi sul piano del giudizio, il tema rimane critico, in quanto il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche compiute dall'amministrazione, che diviene indirettamente sindacato sul parere e sull'attività consultiva svolta dall'organo tecnico interpellato, risulta sempre più influenzato dalla materia del contendere e non tiene adeguatamente conto dell'eventuale coinvolgimento di organi tecnici. Si fa eccessivamente prudente in alcuni casi, apparentemente rispettoso dei limiti tradizionali in altri e, nella sua disomogeneità, non pare garantire un'appropriata risposta alle sempre più numerose istanze tecniche di tutela.

Se in procedimento è la stessa disciplina positiva che, per ragioni di speditezza e di semplificazione, tende ad avallare l'"accantonato" ruolo dell'organo consultivo, nel processo, invece, basterebbe che il giudice facesse uso dei mezzi istruttori che il codice del processo amministrativo prevede. Il più delle volte, invece, il giudice, spesso senza avvalersi dei mezzi istruttori necessari, diviene «signore della prova»¹⁶³ e tende a far proprie conoscenze specialistiche che non è scontato che sappia dominare.

sì da rapportarlo all'area circostante e, quindi, anche a quella demaniale ove è stato collocato, essendosi piuttosto limitato a rappresentare, anche fotograficamente, il contesto asseritamente circostante, la cui reale distanza dal chiosco in questione non è, tuttavia, apprezzabile dal Collegio».

¹⁶³ L'espressione è di M. NIGRO, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, cit.

CAPITOLO V

DINAMICHE ULTERIORI DEL GIUDIZIO
CON ACCESSO AL FATTO

SOMMARIO: 1. Alcune considerazioni di sintesi. – 2. L’articolo 21-*octies*, comma 2 tra riedizione del procedimento e accettabilità del risultato raggiunto quale fatto accertato nel processo. – 3. Motivazione successiva del provvedimento e motivazione della sentenza tra divieto di integrazione e accesso del giudice al fatto. – 4. Il soccorso istruttorio processuale tra limiti sostanziali e giudice “in soccorso” nell’accesso al fatto. – 5. La ragionevolezza da limite a indice relativo e il richiamo atecnico ai principi generali nel sindacato sull’eccesso di potere. – 6. Il giudicato che opera come “fatto” nella riedizione di un potere limitatamente inesauribile.

1. *Alcune considerazioni di sintesi*

All’inizio dell’analisi, muovendo da una ricostruzione storica del giudizio amministrativo, si sono individuate le ragioni che tradizionalmente hanno rappresentato un ostacolo al pieno accesso del giudice al fatto.

Superate quelle ragioni, pur nel perdurante condizionamento del passato, si deve oggi ritenere «assodato che il giudice ha pieno accesso al fatto»¹, così confermandosi nella giurisprudenza quanto già da tempo afferma la dottrina, secondo cui «la ricostruzione del fatto deve essere verificata, e non può rappresentare un postulato demandato all’amministrazione»².

¹ Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2023, n. 7931; Id., sez. III, 26 settembre 2023, n. 8512.

² A. TRAVI, *Giurisdizione ed amministrazione*, cit., 8.

Se il pieno accesso al fatto «costituisce presidio della pienezza e della effettività della tutela giurisdizionale sancita dall'art. 113 Cost.»³ ed «un adeguato controllo giurisdizionale sui provvedimenti impugnati impone un pieno accesso al fatto da parte del giudice amministrativo»⁴, nel senso che per rispettare i canoni del giusto processo, il giudice «deve conoscere direttamente e completamente del fatto (come del diritto)»⁵, nel corso dell'analisi si sono evidenziate alcune delle criticità del giudizio con accesso al fatto. L'obiettivo infatti era quello di capire, nella prospettiva dell'effettività della tutela, se il giudizio amministrativo per come è strutturato e per come concretamente si svolge, garantisca l'emersione del fatto qual è e non quello che si rappresenta a se stesso il giudice.

Se in linea di principio si afferma che i «momenti dell'attività del giudice sono due, ben distinti. Il primo è l'accesso al fatto [...] il secondo è la contestualizzazione di concetti giuridici indeterminati che richiede l'applicazione di scienze inesatte»⁶ e che dubbi sorgono con riguardo al secondo, perché lì «emergono i limiti al sindacato del giudice (in cui il giudice non può sostituirsi alla p.a.)», mentre nell'ambito del primo parrebbe invece certo che «il giudice può verificarne la sua effettiva sussistenza» (del fatto)⁷, gli stessi non paiono sempre così nettamente distinti e nel pieno accesso al fatto si giunge talora ad ammettere un «penetrante scrutinio della valutazione operata dall'amministrazione precedente, considerati anche per l'aspetto concernente la correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto»⁸.

Nel corso dell'analisi si è così rilevato come l'accesso del giudice al fatto, al di là delle sue potenziali derive, induca ad un definitivo ripensamento del principio della divisione tra giurisdizione ed amministrazione, che già da tempo si trova al centro di dinamiche evo-

³ Cons. Stato, sez. III, 28 dicembre 2022, n. 11455.

⁴ Cons. Stato, sez. VI, 29 agosto 2022, n. 7499; Cons. Stato, 19 luglio 2022, n. 6254.

⁵ F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, cit.

⁶ Cons. Stato, sez. V, 14 marzo 2023, n. 2671; Cons. Stato, 20 dicembre 2022, n. 11091; Cons. Stato, 29 novembre 2022, n. 10470; Cons. Stato, 5 agosto 2022, n. 6939; Cons. Stato, 29 luglio 2022, n. 6696.

⁷ Cons. Stato, n. 2671/2023.

⁸ Cons. Stato, n. 7449/2022.

lutive. Accanto alla tendenza del giudice amministrativo rappresentata nel capitolo III a ricostruire e ad interpretare autonomamente i fatti senza un uso adeguato degli strumenti probatori a sua disposizione, si è evidenziato come si assista alla progressiva e spesso indebita attrazione di fatti, anche semplici, nell'area dell'insindacabile⁹ e, così facendo, riguardo a questi ultimi, come la loro conoscenza venga mediata da quella delle valutazioni tecniche e dai limiti del loro sindacato¹⁰. Nel capitolo IV si è altresì rilevato come si sia data finora scarsa importanza alle concrete modalità con cui si perviene alla decisione di natura tecnica e all'eventuale coinvolgimento di organi consultivi. La circostanza che il fatto coinvolga questioni di ordine tecnico e che il giudice sia chiamato a risolvere controversie di carattere scientifico ha spesso condotto ad un'esclusione o ad una limitazione del sindacato. Al contrario, per evitare posizioni di indebito privilegio o di potenziale arbitrio, quando il fatto è tecnico dovrebbero essere garantiti meccanismi di più adeguato, non necessariamente più penetrante, controllo.

A chiusura dell'analisi condotta, si tenterà di delineare ulteriori recenti dinamiche del giudizio sul fatto, dinamiche che muovono, e che al contempo giustificano, quella più generale indicata nel capitolo I, secondo cui nel processo amministrativo il fatto è rappresentato dall'istruttoria procedimentale compiuta e in alcuni casi, quando cioè si rinnova l'istruttoria o la si fa per la prima volta in processo, il fatto giuridicamente rilevante è quello che crea il giudice nel processo.

Quella traiettoria ordinamentale può infatti essere meglio compresa se si tiene conto dei contorni delineati dalla giurisprudenza relativamente ad alcuni istituti sostanziali e processuali¹¹. Si tratta di

⁹ Sull'indebita estensione dell'ambito delle valutazioni tecniche riservate all'amministrazione già A. TRAVI, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, cit., 1266.

¹⁰ Sul tema L.R. PERFETTI, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, cit.

¹¹ Sul ruolo creativo e integrativo della giurisprudenza nell'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa Così M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit.; S. CASSESE, *Grandezza e insuccessi del giudice amministrativo italiano*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 8, 777 ss.; secondo cui «chi crede che il

istituti che per quanto distinti sul piano logico-giuridico, sono spesso assimilati sul piano pratico in cui l'intreccio tra situazioni giuridiche sostanziali e strumenti di tutela appare quasi inestricabile e trovano un'efficace sintesi nel doveroso ripensamento del fatto nel processo amministrativo secondo la definizione inizialmente proposta.

A tal proposito, è necessaria altresì una nota metodologica perché quegli istituti saranno affrontati nella limitata ottica di inquadramento della ricerca e delle tematiche trasversali trattate. Si potrà allora forse comprendere e perdonare il fatto che a quei temi, che meriterebbero un'analisi ben più approfondita per essere esaurientemente trattati, verrà dedicato lo spazio presumibilmente necessario alla conduzione dell'oggetto principale di analisi e del suo contesto.

2. *L'articolo 21-octies, comma 2 tra riedizione del procedimento e accettabilità del risultato raggiunto quale fatto accertato nel processo*

Si è già più volte rilevato come quanto affermato sul fatto nel processo amministrativo trovi conferma nel giudizio sull'invalidi-

giudice amministrativo abbia svolto il compito di controllare se la condotta o gli atti dell'amministrazione sono conformi al parametro stabilito dalle leggi, è smentito dalla giurisprudenza. Sono pochissimi i casi nei quali il giudice rileva che la legge prescriveva una condotta, l'amministrazione ne ha seguita un'altra. Nella maggior parte dei casi, invece, il giudice amministrativo trae dalla Costituzione o dall'ordinamento principi, che poi applica al problema propostogli; mette ordine nelle norme, stabilendo quale debba applicarsi o prevalere; elabora standards destinati alla soluzione non solo del problema concreto, ma anche di fattispecie similari, ecc. In una parola, il giudice amministrativo elabora la norma da applicare al caso concreto». Si vedano altresì tra i molti P. D'AMELIO, *La formazione giudiziale del diritto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1969, III, 129 ss.; M. D'ALBERTI, A. PAJNO, *Il giudice amministrativo fra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. BESSONE, Torino, Giappichelli, 1996, 299 ss.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, I, Padova, Cedam, 2000, 36 ss.; G. MORBIDELLI, *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3, 763 ss.; più di recente S. CASSESE, *Il contributo dei giudici allo sviluppo del diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, 341 ss.

tà del provvedimento e, in particolare, in quello condotto ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, l. 241/1990.

A ben vedere, è la stessa giurisprudenza che si è formata prima dell'introduzione della disposizione e che ha trovato una sintesi nell'art. 21-octies, comma 2 ad aver anticipato le conclusioni cui si è giunti e che si spiega solo ammettendo di poter rifare e/o fare nel processo l'istruttoria procedimentale. Pur se con fughe in avanti e balzi indietro, già prima che la norma venisse codificata, la giurisprudenza era giunta ad approdi interpretativi che presupponevano l'implicito, forse non consapevole, riconoscimento che nel processo il fatto potesse non coincidere con quello accertato (o non accertato) nell'istruttoria procedimentale già compiuta e che si componesse nella dinamica processuale degli interessi pubblici e privati in concreto emersi nel giudizio.

In questa sede rimane ai margini del ragionamento condotto l'ampio dibattito sulla distinzione tra vizi formali e vizi sostanziali, sulla natura processuale o sostanziale dell'art. 21-octies, comma 2, sul suo fondamento e sulla sua compatibilità costituzionale¹². Ai fini

¹² La bibliografia sul tema è amplissima. Tra i lavori monografici sul tema F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2003; D.U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, Giuffrè, 2003; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, Giappichelli, 2006; P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2015. Tra i numerosi contributi sul tema si vedano G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziale alla prova del diritto europeo*, in *Dir. amm.*, 2017, 2, 259 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La validità degli atti giuridici tra teoria e dogmatica. Alcune riflessioni a partire da due libri recenti*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 1, 227 ss.; M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, cit.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 581 ss.; P. LAZZARA, *Contributo al dibattito sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21-octies, l. n. 241/1990*, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1, 190 ss.; F. SAITTA, *Annullamento non pronunciabile o (inopportuna) preclusione all'autonoma deducibilità del vizio? (Discutendo con Leonardo Ferrara dell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990)*, in *giustamm.it*, 2008; L. FERRARA, *La partecipazione tra «illegitimità» e «illegalità». Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 103 ss.; E.M. MARENGHI, *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 4, 961 ss.; G. BERGONZINI, *Art. 21-octies della l. n. 241/1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, 2, 231 ss.; D. CORLETTI, *Vizi*

che interessano, la norma va analizzata così com'è, in parte per come è scritta, in buona parte per come è stata interpretata dalla giurisprudenza amministrativa. In particolare, rileva il secondo periodo del comma 2 dell'art. 21-octies, il quale prevede che quando il provvedimento amministrativo, pure discrezionale, è illegittimo per lo specifico vizio procedurale rappresentato dalla mancata comunicazione dell'avvio del procedimento non è annullabile quando l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato¹⁵.

La disposizione è il risultato di quella giurisprudenza formatasi negli anni Novanta che riteneva non annullabile il provvedimento, indipendentemente dalla sua natura vincolata o discrezionale, illegittimo per violazione dell'art. 7, l. n. 241/1990, qualora la parte,

“formali” e poteri del giudice amministrativo, ivi, 2006, 1, 33 ss.; F. SAITTA, *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento: gli artt. 8, comma ult., e 21-octies, comma 2, l. n. 241 del 1990 a confronto*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 6, 2295 ss.; E. FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1, 18 ss.; L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006, 3, 591 ss.; G. SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 3, 598 ss.; M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, 557 ss.; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. n. 241 del 1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *giustamm.it*, 2005; A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 4, 735 ss.

¹⁵ La norma come noto contiene due proposizioni, «la prima è generale e riguarda il caso in cui l'attività amministrativa sia vincolata e l'amministrazione abbia violato una disposizione che contempla un requisito formale o procedimentale; la seconda ha carattere particolare e riguarda il caso in cui sia violata la disposizione che contempla il requisito procedimentale della comunicazione di avvio del procedimento», precisando che «tale ultima fattispecie si applica in presenza di attività sia vincolata che discrezionale (e anche quando si tratta di una valutazione di discrezionalità tecnica) (Cons. St., sez. V, 22 marzo 2017, n. 1310). Non si tratta, evidentemente, «di modalità contrapposte di conformazione dell'atto del quale si è chiesta la caducazione, in ossequio a condivisibili esigenze di efficacia ed economia procedimentale. Il richiamo, cioè, all'omessa comunicazione di avvio del procedimento non costituisce una “specializzazione” alternativa, anche di disciplina, della più generica e generale “violazione di norme sul procedimento”, di cui al periodo precedente del comma in esame» (Cons. Stato, sez. II, 4 giugno 2020, n. 3537).

nonostante la mancata comunicazione, avesse comunque partecipato al procedimento¹⁴. Si diceva che in questi casi la norma di legge era violata solo formalmente, perché non vi era stata la comunicazione di avvio del procedimento, ma la *ratio* della norma, rappresentata dalla partecipazione del privato al procedimento, era sostanzialmente rispettata¹⁵. Se si fosse valutata, come in passato, la mera corrispondenza tra norma e atto, il giudizio si sarebbe dovuto concludere con una pronuncia di annullamento del provvedimento e si sarebbe dovuto riavviare un procedimento con previa comunicazione al privato, per ottenere un provvedimento identico nel contenuto a quello in concreto annullato. Il giudice amministrativo, invece, valorizzando sia i principi di buon andamento, efficacia, efficienza, economicità dell'azione amministrativa nell'ottica del risultato, sia valutando la sottile distinzione tra violazione della norma e violazione della disposizione, giungeva a non annullare il provvedimento che fosse solo formalmente viziato¹⁶.

Senonché l'evoluzione giurisprudenziale è andata ben oltre e, complice anche la sempre più convinta affermazione del risultato quale fondamento della legittimità dell'azione amministrativa¹⁷, è

¹⁴ Cons. Stato, sez. V, 22 novembre 1991, n. 1346: «L'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento ai soggetti nei confronti dei quali l'amministrazione è obbligata ai sensi dell'art. 7 l. 7 agosto 1990 n. 241 non ha conseguente invalidanti se il soggetto a favore del quale è previsto l'obbligo di comunicazione abbia comunque partecipato al procedimento amministrativo»; Tar Toscana, sez. I, 1 luglio 1994, n. 416; Tar Marche, 12 agosto 1997, n. 689.

¹⁵ Per una dettagliata analisi del percorso che ha condotto all'art. 21-*octies*, comma 2, anche in ottica comparata P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo*, cit.

¹⁶ Evidenzia i rischi di un'eccessiva enfasi sull'aspetto sostanziale dei vizi G. GARDINI, *La nuova disciplina dei vizi dell'atto amministrativo*, in *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa. Atti dell'incontro di Studio "L'azione amministrativa nel progetto di revisione della legge n. 241/1990"*, a cura S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI, Bologna, BUP, 71 ss., spec. 80.

¹⁷ Sul concetto di amministrazione di risultato o per risultati, senza pretesa di esaustività, si vedano tra i molti M. CAMELLI, *Amministrazione di risultato*, in AA.Vv., *Annuario AIPDA*, Milano, Giuffrè, 2002, 107 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, ivi, 127 ss.; S. CASSESE, *Che cosa vuol dire "amministrazione di risultati"*, in *Gior. dir. amm.*, 2004, 941 ss.; si cfr. anche tutti i contributi raccolti in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Torino, Giappichelli, 2004; A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "Amministrazione di risultato"*, in *Dir. amm.*, 2007, 1, 63 ss.; ID., *Sulla*

giunta a ritenere non annullabile il provvedimento viziato, a prescindere dalla partecipazione del privato al procedimento, tutte le volte in cui, valutate le difese delle parti, l'amministrazione convinceva il giudice che il provvedimento non poteva essere diverso¹⁸. Dal punto di vista teorico-dogmatico, per quanto qui rileva, quest'ultimo caso è ben diverso da quello precedente. Mentre nel primo il privato aveva partecipato al procedimento e il fatto giuridicamente rilevante in giudizio era rappresentato da quanto avvenuto prima, nel secondo il privato non aveva partecipato al procedimento e in giudizio per la prima volta gli si consentiva di formulare le osservazioni e di produrre i documenti che avrebbe prodotto nel procedimento e il giudice esprimeva così nella sentenza una sua personale valutazione sull'atto e, ai fini che interessano, sul fatto.

Il «famigerato»¹⁹ comma 2 dell'art. 21-*octies*, introdotto nel 2005, nella parte in cui prevede la non annullabilità del provvedimento «per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato»²⁰, rappresenta così la positivizzazione, ancorché non inevitabile e non definitiva, delle tormentate e spesso non lineari traiettorie tracciate dalla giurisprudenza precedente. Da un lato, infatti, la norma ha rappresentato un punto di non ritorno di un'evoluzione giurisprudenziale che sarebbe forse potuta tornare sui suoi

formula "amministrazione per risultati", in AA.VV., *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, Jovene, 2001, II, 813 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003; L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 1, 57 ss.

¹⁸ Tar Sicilia, Catania, sez. II, 12 febbraio 1997, n. 190: «La mancata comunicazione di avvio di procedimento vizia l'atto conclusivo solo ove il soggetto non avvisato possa provare che, se avesse potuto partecipare tempestivamente al procedimento stesso, avrebbe potuto presentare osservazioni ed opposizioni con la ragionevole possibile incidenza causale sull'atto terminale»; Id., sez. III, 20 marzo 2002, n. 528: «Non è configurabile la violazione degli art. 7 ed 8 l. 241 del 1990, per la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, nelle ipotesi in cui il ricorrente non provi che la sua partecipazione avrebbe potuto incidere sul provvedimento poi impugnato».

¹⁹ G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto*, cit.

²⁰ Art. 14, l. 11 febbraio 2005, n. 15.

passi²¹; dall'altro lato, la giurisprudenza successiva è andata ben oltre quanto previsto dal legislatore²².

La norma e la giurisprudenza che l'ha preceduta rappresentano almeno a parere di chi scrive, la sintesi, non meno che l'accettazione, che nel processo il fatto non corrisponde a quello accertato dall'amministrazione nel procedimento. Perché il giudice può rifare il procedimento e il processo rappresenta così un *continuum* del procedimento²³, perché durante l'istruttoria processuale non sempre il giudice si limita a valutare l'istruttoria procedimentale compiuta e i fatti in essa accertati, bensì talvolta giunge a rifarla o addirittura a compierla per la prima volta. Il fatto nel processo amministrativo non è cioè un qualcosa di già dato, ma è quello che si crea *ex post* nella dinamica del giudizio.

Nel giudizio sull'invalidità così impostato, l'amministrazione deve dimostrare in giudizio che il contenuto del provvedimento non sarebbe stato diverso da quello in concreto adottato perché i fatti, *in primis* quello relativo alla partecipazione del privato al procedimento, non avrebbero inciso sul contenuto del provvedimento²⁴. Nel caso in cui il privato, pur in mancanza della comunicazione di avvio del procedimento, abbia comunque partecipato al procedimento, la dimostrazione in giudizio si risolve nell'acquisizione del fatto che nel procedimento ha presentato istanze, memorie, documenti, osservazioni.

Maggiori problemi si pongono, invece, quando il privato non ha partecipato alla fase procedimentale: in questo caso, infatti, la pro-

²¹ M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, cit.

²² Sui risvolti dell'applicazione evolutiva dell'art. 21-*octies*, comma 2 sul tema della partecipazione T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, cit., 106 ss., spec. 119, secondo cui si assisterebbe a «una sorta di inversione dell'ordine naturale delle cose» e la partecipazione procedimentale «finisce per manifestarsi in funzione sempre più strumentale»; così anche M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., XLVIII, secondo cui «la partecipazione non è più un valore in sé, ma diviene un accidente meramente strumentale all'adozione di un provvedimento migliore» che assume un valore marginale e meramente strumentale.

²³ Parla di «processualprocedimento» E.M. MARENGHI, *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 4, 961 ss.

²⁴ Sul tema T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, cit., 106 ss.

va ha ad oggetto un fatto «virtuale» che non si è verificato e il giudice «deve immaginare, sul piano virtuale, cosa sarebbe accaduto se fosse stata rispettata la norma formale o sul procedimento»²⁵. Se si interpretasse letteralmente la norma, si giungerebbe, infatti, all'«ossimoro logico»²⁶ per cui l'amministrazione dovrebbe provare nel processo che anche se si fosse comportata diversamente non sarebbe mutato l'esito del procedimento, cioè se avesse comunicato l'avvio del procedimento, il risultato della sua azione sarebbe stato il medesimo²⁷. L'onere della prova così ricostruito farebbe perno sulla dimostrazione di un decorso causale ipotetico e si chiederebbe all'amministrazione di provare un fatto che nella realtà non si è realizzato, ovvero che qualunque osservazione, memoria allora depositata dal privato – e che non ha depositato perché non ha partecipato al procedimento – sarebbe stata ininfluenza. Se tale dimostrazione fosse possibile, il giudice sarebbe effettivamente chiamato a valutare la legittimità dell'atto impugnato sulla base di quanto è stato compiuto nel procedimento e che trova una sintesi nel provvedimento.

Il fatto giuridicamente rilevante sarebbe cioè limitato al procedimento come fatto storico per quello che è stato, di cui al giudi-

²⁵ Parla di «sindacato virtuale» E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *giustamm.it*.

²⁶ Secondo M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., XLVII, questo «ossimoro logico (immaginare ora per allora)» consiste in una «finzione, qual è il dimostrare oggi che all'epoca dell'adozione del provvedimento la partecipazione del privato non avrebbe potuto condurre l'amministrazione ad esiti diversi».

²⁷ Sulla compatibilità o meno della disposizione con il diritto europeo T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, cit., 121 ss.; secondo alcuni vi sarebbe una distonia con il diritto europeo, tra cui D.U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, 3, 601 ss.; P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, cit.; F. CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, cit., 543 ss.; si leggano inoltre F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *giustamm.it*; in senso contrario, invece, si vedano M. TRIMARCHI, *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, in *Dir. amm.*, 2011, 3, 537 ss.; G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, cit.

ce non resterebbe che prendere atto per verificare se corrisponda a quanto previsto dalla legge. Si tratterebbe però di una *probatio diabolica*, in quanto si pretenderebbe che l'amministrazione prevenga qualsivoglia allegazione e argomentazione che sarebbe potuta provenire dal ricorrente per dimostrarne l'irrilevanza. Si dimenticano però «le variabili fattuali “dell'allora”» e si da per scontato che quello che si deposita nel processo coincida con quello che si sarebbe depositato nel procedimento, ignorando altresì i fatti che sono occorsi in un'epoca successiva all'adozione del provvedimento²⁸.

Superato l'iniziale timido rigore del giudice, che del tutto apoditticamente escludeva che la violazione formale potesse «sortire effetto invalidante quante volte il provvedimento finale si appalesi quale esito sostanzialmente vincolato»²⁹, nell'«impasse fra una norma favorevole alla non annullabilità e una prassi di segno opposto provocata dall'impossibilità di fornire prova dell'identità dell'atto»³⁰ si è aperta la strada ad un'interpretazione ben più estensiva.

L'onere della prova è stato così spostato dall'amministrazione al privato, a cui è chiesto nel giudizio di invalidità degli atti «di indicare, quanto meno in termini di allegazione processuale, quali elementi conoscitivi avrebbe introdotto nel procedimento, se previamente comunicatogli, onde indirizzare l'amministrazione verso una decisione diversa da quella assunta»³¹, ovvero di «circoscrivere in qualche modo la valutazione dell'amministrazione, portando in giudizio

²⁸ M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., XLVII, rileva altresì che «questo approccio tradisce la dimensione umana dell'iter istruttorio (magari è cambiata la persona in cui s'immedesima l'organo che ha emanato l'atto)» e «ammanta di oggettività un giudizio che è in realtà soggettivo e che si risolve non già nell'apprezzamento di ciò che sarebbe potuto avvenire nel procedimento, ma in un'opera di persuasione del giudice sulle possibili miglie del provvedimento adottato, in cui un ruolo fondamentale è giocato dall'abilità-inabilità degli avvocati».

²⁹ Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2005, n. 3412: «Ne deriva, in omaggio alla prospettata esigenza di non annettere rilievo invalidante a vizi formali incapaci di denotare una disfunzionalità reale dell'agere dei pubblici poteri, l'inidoneità della partecipazione del privato ad incidere su di uno sbocco ineluttabile della procedura e, con essa, la valenza non invalidante dell'omissione in parola (vedi Cons. Stato, sezione VI, n. 8133/2004)».

³⁰ M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., XLIX.

³¹ Tar Piemonte, Torino, sez. II, 2 marzo 2022, n. 169.

le argomentazioni che avrebbe veicolato nel procedimento ove gliene fosse stata data l'opportunità»³².

Per spiegare la norma così come interpretata, si deve pertanto ammettere che il "fatto" procedimentale si sposti dal procedimento al processo e che l'istruttoria processuale sostituisca quella procedimentale, rimediando in sede processuale «a quello strappo alle regole partecipative che pure costituiscono un caposaldo della disciplina del procedimento amministrativo»³³. In giudizio viene fatto quello che non è stato fatto nel procedimento e il giudice «deve comportarsi come l'amministrazione, ponendosi al suo posto e seguendo lo stesso iter procedimentale, sino a giungere al provvedimento»³⁴. Ai fini della pronuncia di annullamento, il giudice è costretto ad una «indagine caso per caso, impedendogli cioè giudizi di irrilevanza basati su presunzioni astratte»³⁵.

Il privato sostanzialmente rimesso in termini «non può limitarsi a denunciare la lesione delle pretese partecipative», ma per la prima volta nel processo oppone le sue considerazioni e gli viene chiesto di «portare in giudizio le argomentazioni che avrebbe veicolato nel procedimento», ovvero di indicare o allegare «specificamente, gli elementi, fattuali o valutativi»³⁶ che non sono stati presi in considerazione a causa della mancata partecipazione, «onde consentire all'amministrazione di dimostrarne l'irrilevanza ai fini degli esiti» del procedimento³⁷.

Una volta che l'amministrazione «sia stata costretta a confutare addirittura in giudizio la potenziale incidenza delle ragioni dell'in-

³² Cons. Stato, n. 3537/2020, cit.; negli stessi termini Cons. Stato, sez. VI, 23 novembre 2017, n. 5472. Cons. Stato, sez. VI, 2 novembre 2022, n. 9541; Cons. Stato, sez. VI, 27 ottobre 2022, n. 9183; Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2020, n. 2676; Cons. Stato, sez. VI, 29 febbraio 2019, n. 1405; Cons. Stato, sez. III, 12 maggio 2017, n. 2218; Cons. Stato, sez. VI, 4 marzo 2015, n. 1060.

³³ Cons. Stato, n. 3537/2020.

³⁴ E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa*, cit.

³⁵ G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, cit.

³⁶ Cons. Stato, sez. VI, 23 giugno 2023, n. 6198 in un caso in cui l'appellante non ha dedotto quali circostanze e quali elementi avrebbe introdotto nel confronto procedimentale, «affidandosi, quindi, ad una censura priva di sostrato materiale».

³⁷ Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2021, n. 211.

teressato, non può non trovare comunque applicazione il principio riassunto nel noto brocardo *utile per inutile non vitiatur*³⁸. Nel dimostrare al giudice sul piano controfattuale le ragioni che determinano la sopravvivenza del provvedimento adottato, l'amministrazione pare fornire nel processo una sorta di motivazione postuma della decisione impugnata³⁹.

Quello che emerge, come anticipato è che, nel processo, si rinnova il procedimento "ora per allora" e il sindacato del giudice va ben oltre la valutazione della mera legittimità del provvedimento. Si assiste infatti ad una riedizione del procedimento nel processo e il giudice valuta la prova data dal privato e la controprova fornita dall'amministrazione a fronte degli elementi di fatto (e di diritto) forniti per la prima volta in processo.

Le derive potenzialmente rischiose di una tale interpretazione sarebbero state contenute se si fosse limitata l'operatività della norma ai casi di attività vincolata, nonché ai casi di attività discrezionale espressamente previsti di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento.

Il giudice amministrativo, invece, nella tendenza del pieno accesso al fatto e dell'affermazione sempre più convinta del risultato, che d'altronde è esso stesso un fatto⁴⁰, ha esteso la portata applicativa dell'art. 21-*octies*, comma 2, secondo periodo ai casi di inos-

³⁸ Cons. Stato, n. 3537/2020, cit.

³⁹ Sul tema si vedano F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, cit., secondo cui «il giudice sembra spingere la costruzione argomentativa in una sorta di terra di mezzo tra il "più probabile che non" e l'"oltre ogni ragionevole dubbio" che, in assenza di meglio, pare di potere definire ricorrendo alla locuzione "oltre il più probabile che non"».

⁴⁰ A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati*. Atti del Convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003, Torino, Giappichelli, 1 ss., spec. 2, secondo cui «il "risultato" in quanto tale [...] non appartiene giuridicamente al contesto degli atti, bensì a quello dei fatti giuridici (e questo anche quando si sostanzia in un comportamento umano cosciente e volontario, che, ove venga considerato quale "risultato", si configura quale fatto giuridico, secondo il ben noto schema digressivo dell'atto a fatto descritto da Calamandrei)».

servanza del preavviso di rigetto⁴¹, al difetto di motivazione⁴², fino a giungere all'affermazione che non è annullabile il provvedimento amministrativo adottato dall'organo incompetente se dal contenuto uguale a quello che avrebbe adottato l'organo competente⁴³. Così, nell'ambito di un concorso per la nomina di un Viceprocuratore, quando il concorrente non nominato non abbia potuto rappresentare all'amministrazione i fatti o le ragioni giuridiche che avrebbero potuto far assumere una diversa determinazione finale, perché è mancato il preavviso di rigetto, il giudice non ha annullato il provvedimento di nomina «nei casi in cui il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, sia in quanto vincolato, sia in quanto, sebbene discrezionale, sia raggiunta la prova della sua concreta e sostanziale non modificabilità», avuto riguardo «all'effettivo e oggettivo pregiudizio che la sua inosservanza abbia causato alle ragioni del soggetto privato nello specifico rapporto con la pubblica amministrazione»⁴⁴. Nella stessa logica, il provvedimento di esclusione da una gara che non rechi l'indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che ne hanno determinato l'adozione non è stato ritenuto viziato qualora, «anche a prescindere dal tenore letterale dell'atto finale, i documenti dell'istruttoria offrano elementi sufficienti e univoci dai quali possano ricostruirsi le concrete ragioni e l'iter motivazionale posti a sostegno della determinazione assunta»⁴⁵. Parimenti il giudice amministrativo non ha annullato la delibera della Giunta regionale con cui è stata revocata l'autorizzazione all'esercizio dell'attività sanitaria e disposta la chiusura di una Casa di Cura, sull'assunto che l'adozione del provvedimento

⁴¹ Tra le molte Cons. Stato, sez. II, 3 giugno 2020, n. 3485; Cons. Stato, sez. II, 18 marzo 2020, n. 1925; Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2020, n. 1001; Cons. Stato, sez. IV, 13 febbraio 2020, n. 1144; Cons. Stato, sez. IV, 28 ottobre 2019, n. 7333; Cons. Stato, sez. IV, 28 marzo 2019, n. 2052; Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3882; Cons. Stato, sez. II, 17 giugno 2019, n. 4089.

⁴² Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1018; Tar Marche, Ancona, sez. I, 30 dicembre 2016, n. 761; Tar Campania, Napoli, sez. VI, 23 ottobre 2013, n. 4676; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 21 giugno 2013, n. 1461.

⁴³ Cons. Stato, sez. III, 4 settembre 2020, n. 5355; Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2020, n. 971; Cons. Stato, sez. III, 13 maggio 2020, n. 3046; Cons. Stato, sez. II, 22 gennaio 2019, n. 253.

⁴⁴ Cons. Stato, n. 4089/2019.

⁴⁵ Tar Marche, n. 761/2016.

to da parte dell'organo competente a distanza di pochissimo tempo rappresenterebbe «la prova che il contenuto dell'atto non avrebbe potuto essere diverso» con conseguente applicabilità dell'art. 21-*octies*, comma 2⁴⁶.

Il punto d'approdo dei profili evolutivi è divenuto così ben meno prevedibile dei richiamati profili ricostruttivi.

L'art. 21-*octies*, comma 2 ha consentito cioè al giudice in processo di andare oltre il fatto per come sintetizzato nel provvedimento e di giungere ad un giudizio di riedizione pressoché senza limiti del procedimento, con una totale incertezza del suo esito, a scapito non solo delle istanze garantistiche dei destinatari dell'esercizio del potere⁴⁷, ma anche della stessa amministrazione resistente. Quando gli esiti del procedimento «siano *ab initio* scontati»⁴⁸ e la scelta di riavviare il procedimento si risolve in un aggravio procedimentale inutile, le esigenze di economicità e speditezza dell'azione amministrativa finiscono con il prevalere su quelle di legalità in senso stretto, sebbene non sempre questo si traduca in una tutela effettiva⁴⁹.

⁴⁶ Cons. Stato, n. 5355/2020.

⁴⁷ In particolare, con riguardo all'estensione dell'art. 21-*octies*, comma 2 al vizio di incompetenza relativa T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, cit., 115, rileva che: «il regime delle competenze, lungi dal poter essere diversamente derubricato, esprime anche una certa carica garantistica nei confronti dei destinatari dell'esercizio del potere; si tratta, del resto, non solo di una delle informazioni che l'amministrazione procedente deve indicare nella comunicazione di avvio del procedimento, ma di un elemento intimamente costitutivo dell'assetto dei pubblici poteri e delle forme e modalità attraverso le quali si organizzano e agiscono».

⁴⁸ Cons. Stato, sez. VI, 5 giugno 2023, n. 5501.

⁴⁹ Rileva M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit. XLVII che nella prospettiva dell'effettività della tutela occorrerebbe «rimediare il rapporto tra giudizio di primo grado e giudizio d'appello. La posticipazione delle tutele procedimentali, infatti, non è senza costi per il privato e in ciò risiede la differenza fra il provvedimento amministrativo e la sentenza/provvedimento ex art. 21-*octies*, c. 2, secondo periodo, perché solo per il primo sarebbe assicurato il pieno inserimento nel circuito delle tutele (giurisdizionali e non) previste dall'ordinamento: detto altrimenti e con una suggestione, in quale sede potrà essere contestata la sentenza/provvedimento adottata dal Consiglio di Stato, tenuto peraltro conto che il giudice ha le stesse probabilità di errore dell'amministrazione? A ciò dovendosi poi aggiungere che l'attivazione del processo dovrebbe dipendere da una scelta libera e non già obbligata in spregio degli artt. 24 e 103 Cost.».

Poiché nella dinamica così tratteggiata il risultato è oramai parte della legittimità⁵⁰ e all'amministrazione è consentito spiegare nel corso del processo i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche a fondamento della propria decisione, si potrebbe essere indotti a pensare che il risultato coincida con quanto l'amministrazione ritenga di identificare come tale in sede processuale.

Ma se così fosse, per evitare una pronuncia di annullamento, all'amministrazione basterebbe «falsificare» la coincidenza fra il risultato portato nel processo e quello perseguito nella vicenda procedimentale⁵¹. Si deve dunque ritenere che il risultato, per quanto si formi nel processo, rimanga quello legale e che la legittimità sia sostanzialmente rappresentata dall'accettabilità o meno per il giudice amministrativo del risultato raggiunto *nel* processo⁵².

La corrispondenza, o meglio l'accettabilità, tra il risultato astratto legale e il risultato in concreto conseguito in un procedimento in cui non vi è stata la partecipazione del privato è cioè rimessa ad una valutazione fortemente ed intimamente soggettiva del giudice amministrativo e dunque è sostanzialmente affidato «alle sorti del processo il *discrimen* fra provvedimento legittimo o meno»⁵³.

La legittimità della scelta finale viene valutata alla luce dell'istruttoria compiuta e che ragionevolmente poteva essere compiuta e dell'accettabilità dei risultati raggiunti e/o raggiungibili nel procedimento⁵⁴, anche alla luce delle risorse (persone e mezzi strumentali)

⁵⁰ Secondo M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., XLIX, «proprio perché il risultato è ormai parte della legittimità, laddove l'art. 21-*octies* prevede la non annullabilità di atti che comunque conseguano il risultato voluto dalla legge» si deve ritenere che «esso stia invero affermando la legittimità dell'atto».

⁵¹ M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., XLVI.

⁵² Secondo M. DUGATO, *L'intervento pubblico per l'inclusione, la coesione, l'innovazione e la sostenibilità ed il ruolo del servizio pubblico locale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Munus*, 2022, 1, 1 ss., «il risultato costituisce, per un verso, il parametro primo della legittimità, e, per altro verso, il grado tollerabile di sacrificio delle posizioni giuridiche soggettive incise dal potere».

⁵³ A. GIUSTI, *Tutela di (non) annullamento e principio di legalità*, in *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, a cura di A. BARTOLINI *et al.*, Torino, Giappichelli, 2021, 32 ss., spec. 38.

⁵⁴ Nella materia dei concorsi pubblici, per esempio, lo scarso tempo di correzione dei compiti raramente viene considerato lesivo dell'interesse alla scelta del

dedicate alla vicenda concreta, spesso invocando l'“interesse pubblico” quasi come fosse una mera clausola di stile. Così, come approfondito nel capitolo IV, quando nel corso del procedimento non venga acquisito un parere previsto dalla legge come obbligatorio, non per circostanze imputabili all'amministrazione procedente, ma per esempio perché l'organo consultivo non l'abbia reso nei termini, il giudice potrebbe considerare l'istruttoria comunque idonea, e dunque il provvedimento illegittimo non annullabile, ancorché mancante di elementi previsti dalla legge come obbligatori. Il giudice deve cioè «fermarsi, quando il risultato a cui è giunta l'amministrazione è uno di quelli resi possibili dall'opinabilità della scienza, anche se esso non è quello che l'organo giudicante avrebbe privilegiato»⁵⁵.

Proprio nel momento in cui, pur nelle criticità delineate nell'analisi condotta, il giudice amministrativo ha definitivamente consolidato l'accesso al fatto, nel giudizio sull'invalidità la casistica è stata riportata negli schemi tradizionali conformi alla lettera della norma. La giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato ha così da un lato valorizzato il ruolo della comunicazione di avvio del procedimento «ai fini dell'effettiva instaurazione del contraddittorio procedimentale con l'interessato»⁵⁶, indipendentemente dalla presenza

candidato migliore e il più delle volte considerato alla luce dell'efficienza amministrativa, sul tema G. MANNUCCI, *Eccesso di potere e adeguatezza della tutela*, in *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto. Atti del colloquio. Firenze, 13 aprile 2018*, a cura di S. TORRICELLI, Torino, Giappichelli, 2018, 97 ss.

⁵⁵ Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2023, n. 7931; Cons. Stato, sez. III, 26 settembre 2023, n. 8512.

⁵⁶ Tar Campania, Salerno, sez. II, 8 gennaio 2020, n. 15, secondo cui né «può ritenersi, come opinato dalla difesa del Comune, che la circostanza del previo sopralluogo congiunto, esperito anche alla presenza della società ricorrente, potesse rendere, in concreto, superfluo l'assolvimento dell'obbligo, di cui all'articolo 7 della legge n. 241/90: ciò in quanto, evidentemente, l'effettuazione di detto sopralluogo (da cui, tra l'altro, scaturiva una soluzione, al problema della presenza dei rifiuti in oggetto, di tipo completamente diverso, in quanto concordata tra le parti), non può essere, in alcun modo, considerato come equipollente – sul piano giuridico – della comunicazione d'avvio del procedimento, teso all'emanazione dell'ordine coattivo di smaltimento dei rifiuti e di bonifica dell'area interessata, e ciò sia sotto il profilo formale, difettando lo stesso, evidentemente, delle indicazioni previste obbligatoriamente dall'articolo 7 cit., sia sotto il profilo sostanziale, non manifestandosi affatto, in esso, l'intento dell'amministrazione di procedere autoritativamente all'ordine di rimozione dei rifiuti medesimi».

di circostanze fattuali che potrebbero rendere ininfluente il vizio, e, dall'altro lato, ha escluso l'operatività dell'art. 21-*octies*, comma 2, secondo periodo, fuori dalle ipotesi di violazione dell'art. 7, l. n. 241/1990. Alle vicende relative al tema della motivazione postuma è dedicato il prossimo paragrafo, ma preme qui rilevare che la giurisprudenza più recente ha riaffermato l'essenzialità della motivazione «non potendo perciò il suo difetto o la sua inadeguatezza essere in alcun modo assimilati alla mera violazione di norme procedurali o ai vizi di forma»⁵⁷, con conseguente inapplicabilità dell'art. 21-*octies*, comma 2, sull'onda di quella giurisprudenza anch'essa recente della Corte costituzionale per la quale la motivazione rappresenta il baricentro dell'esercizio del potere ed un fondamentale presidio della legalità sostanziale e trasparenza dell'azione amministrativa⁵⁸. Ci si riferisce poi anche a quelle sentenze che hanno ritenuto che le norme sul procedimento o sulla forma degli atti non possono considerarsi inclusive di quelle sulla competenza, innanzitutto perché il giudice non può «dettare le regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo munus»⁵⁹, ovvero «la pronuncia dell'autorità competente in nessun caso può essere anticipata dal giudice amministrativo»⁶⁰.

Da ultimo il legislatore con il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, sebbene con l'«espressione di una opzione ben precisa»⁶¹, ha posto un freno alle derive estensive della giurisprudenza⁶², modificando l'art. 21-oc-

⁵⁷ Cons. Stato, sez. VI, 28/06/2021, n. 4887.

⁵⁸ Cort. cost., 17 maggio 2017, ord. n. 58; Cort. cost., 26 maggio 2015, ord. n. 92.

⁵⁹ Cons. Stato, sez. IV, 11 settembre 2023, n. 8252, per un inquadramento esaustivo del vizio di incompetenza, anche con riguardo agli orientamenti della giurisprudenza euro-unitaria e per i riferimenti al diritto comparato.

⁶⁰ Cons. Stato, sez. II, 30 giugno 2021, n. 4983.

⁶¹ T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, cit., 124.

⁶² Sulla modifica introdotta dal decreto semplificazioni, in dottrina L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Dir. amm.*, 2021, 3, 573 ss.; W. GIULIETTI, *La comunicazione dei motivi di non accoglimento dell'istanza*, in *Il procedimento amministrativo tra regole e responsabilità*, a cura di A. GIORDANO, Milano, Giuffrè, 2021, 137 ss., spec. 145; M. TRIMARCHI, *Note sul preavviso di rigetto dopo la legge n. 120 del 2020*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, 2, 415 ss.; M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 3, 595 ss.

ties, comma 2⁶⁵, prevedendo esplicitamente che: «La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-*bis*»⁶⁴. Dunque, in caso di provvedimento discrezionale «e solo in questo» l'omessa comunicazione del preavviso di rigetto comporta la caducazione dell'atto viziato, mentre in caso di atti vincolati «la violazione delle norme del procedimento non comporta l'annullamento dell'atto perché nessuna circostanza fattuale, pure debitamente dedotta, sarebbe stata idonea a modificare l'esito del procedimento»⁶⁵.

Il giudizio sull'invalidità, ancorché con pacifico accesso al fatto, non pare così potersi ulteriormente evolvere senza che siano posti chiari limiti al sindacato del giudice amministrativo e dopo più di mezzo secolo ritrovano una spiazzante attualità le preoccupazioni di Feliciano Benvenuti sulle potenziali derive del procedimento nel processo⁶⁶.

3. *Motivazione successiva del provvedimento e motivazione della sentenza tra divieto di integrazione e accesso del giudice al fatto*

Prima di dedicarsi ad ulteriori vicende che si inseriscono nelle dinamiche del giudizio sul fatto e al contempo sono sintomatiche della definizione di fatto proposta, occorre soffermarsi sulla vicenda della motivazione successiva⁶⁷, che come già anticipato nel precedente paragrafo è stata altresì al centro delle torsioni espansive del-

⁶⁵ Sull'operatività della norma anche ai provvedimenti già emanati Cons. Stato, sez. II, 14 marzo 2022, n. 1790.

⁶⁴ Per M. DUGATO, *Principi eurounitari e legge 241/90 tra disallineamenti e resistenze*, in *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, cit., 111 ss., spec. 113, «da una prima disamina della norma, si continua a ritenere poco virtuosa l'eccessiva estensione dell'articolo 21 *octies*, né si comprende la deroga di fatto dell'ultimo periodo del comma 2, che sembra formulata più per definire un'eccezione puntuale all'applicazione del comma 2 dell'articolo 21 *octies*, che per limitarne in generale l'operatività».

⁶⁵ Cons. Stato, sez. III, 15 settembre 2023, n. 8369.

⁶⁶ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit.; di recente sul tema A. SANDULLI, *Potere e procedimento amministrativo*, cit., 552.

⁶⁷ Riprendendo la locuzione utilizzata da G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 3,

la giurisprudenza sull'art. 21-*octies*, comma 2⁶⁸. Quella stessa giurisprudenza che ha forzato la categoria dei vizi formali ricomprendendovi anche il difetto di motivazione⁶⁹, sul rilievo che «conta ciò che si è fatto, non ciò che si è dichiarato di voler fare»⁷⁰ ha infatti recuperato la disposizione per consentire all'amministrazione di depositare in giudizio atti istruttori idonei ad integrare il provvedimento impugnato o di individuare elementi istruttori ulteriori, ad integrazione della motivazione mancante⁷¹.

D'altro canto, l'attenzione dedicata si spiega in virtù della circostanza che la svolta del definitivo accesso del giudice al fatto è destinata ad avere importanti ripercussioni sul tema, tenuto conto che il difetto di motivazione discende quasi sempre da un vizio nell'accertamento del fatto, poiché l'errata percezione di elementi del fatto si ripercuote sulla motivazione nel suo complesso⁷². Dunque quanto più il giudice ha «il potere di accertare il fatto dedotto in giudi-

837 ss., spec. 861, quale «espressione di sintesi degli istituti suindicati (l'integrazione e la motivazione postuma)».

⁶⁸ Più in generale sul tema della motivazione si veda tra tutti M.S. GIANNINI, *Motivazione*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, 257 ss.; V. MAZZARELLI, *Motivazione. II) Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, Treccani, 1990, 3 ss.; G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, agg. V, Milano, Giuffrè 2001, 774 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit.; A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, Cedam, 2013; F.G. SCOCA, *I vizi formali, nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, a cura di V. PARISIO, Milano, Giuffrè, 2004, 55 ss., spec. 71 ss.; G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, cit.

⁶⁹ Sulla «circolarità» di tali affermazioni giurisprudenziali, che prima hanno forzato la portata normativa dell'art. 21-*octies*, l. n. 241/90, per ricomprendervi il difetto di motivazione, e poi sono ritornate alla norma stessa per giustificarne l'integrazione postuma, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 279.

⁷⁰ M.S. GIANNINI, *Motivazione*, cit.

⁷¹ Come rilevato da G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, cit., la tendenza a considerare la motivazione come vizio di forma risvolti processuali «al di là della questione della motivazione successiva: si pensi all'orientamento in base al quale per la piena conoscenza dell'atto, da cui decorre il termine di impugnazione, è sufficiente la cognizione degli "elementi essenziali del provvedimento", tra i quali non è compresa la motivazione, che rileva ai soli fini della proposizione dei motivi aggiunti».

⁷² M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, cit.

zio attraverso l'esame diretto e completo del provvedimento impugnato e dei relativi atti procedurali tanto meno dovrà sopravvalutarsi l'importanza dei profili motivazionali del provvedimento amministrativo»⁷³.

Il concetto di motivazione "successiva" è stato spesso utilizzato impropriamente dalla giurisprudenza⁷⁴, che nella sua evoluzione vi ha ricompreso, accanto all'ipotesi della integrazione della motivazione da parte dell'amministrazione o del suo difensore mediante atti endoprocedimentali, quella dell'emanazione da parte dell'amministrazione resistente di un autonomo provvedimento di convalida⁷⁵, ovvero anche quei casi di motivazione postuma in cui il giudice amministrativo fonda il proprio convincimento su materiale istruttorio introdotto per la prima volta nel corso del giudizio⁷⁶.

In passato tendenzialmente si negava l'ammissibilità della motivazione postuma⁷⁷, che costringeva il privato alla proposizione di un ricorso al buio senza conoscere compiutamente le ragioni in fatto e in diritto che avevano condotto l'amministrazione ad adottare un determinato provvedimento per essere reso partecipe delle ragioni alla base della decisione. Facendo leva sulla natura del giudizio sull'atto, si riteneva che quell'atto che per il privato costituiva l'og-

⁷³ F. BASSI, *Brevi note sull'eccesso di potere per difetto di motivazione*, in *Scritti per Mario Nigro. Giustizia amministrativa e giustizia civile*, Milano, Giuffrè, 1991, III, 65 ss., spec. 74.

⁷⁴ Sui vari significati da attribuire al concetto G. TROPEA, *La c.d. motivazione "successiva" tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, 3, 531 ss.; G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, cit.

⁷⁵ Tar Lazio, sez. I, 16 gennaio 2002, n. 398; in dottrina D.U. GALETTA, *Recenti novità in tema di illegittimità del provvedimento amministrativo affetto da c.d. vizi formali*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 2, 512 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Convalida in corso di giudizio e tutela della pretesa sostanziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 6, 641 ss.; L. TARANTINO, *Wittgenstein, Mortati e l'integrazione della motivazione in giudizio*, in *Urb. e app.*, 2002, 8, 935 ss.

⁷⁶ Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2016, n. 279.

⁷⁷ Tra le molte Cons. Stato, sez. IV, 27 maggio 1991, n. 454; Id., 20 maggio 1992, n. 546; Id., 21 luglio 1997, n. 732; Tar Liguria, sez. I, 1 aprile 1995, n. 119; Tar Piemonte, sez. II, 26 gennaio 1996, n. 31; Tar Campania, Napoli, sez. I, 29 marzo 1999, n. 907; Tar Emilia-Romagna, sez. I, 22 gennaio 2000, n. 6. Per una ampia disamina della giurisprudenza si veda G. TROPEA, *La c.d. motivazione "successiva" tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, cit.; Id., *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, cit.

getto dell'impugnativa, per l'amministrazione costituiva la ragione della sua presenza in giudizio e quindi non era ammissibile che la difesa di quel provvedimento «passasse per una sua alterazione o modifica»⁷⁸. Le ragioni erano sia sostanziali sia processuali, richiamando da un lato l'art. 3, l. n. 241/1990, che nella parte in cui fa riferimento alle ragioni che «hanno determinato» la decisione dell'amministrazione presuppone che la motivazione sia contestuale e non successiva alla formazione del provvedimento adottato, dall'altro lato, la circostanza che all'annullamento dell'atto, per mancanza o insufficienza della motivazione, non è scontato che debba far seguito altro atto con un contenuto sostanzialmente identico.

La giurisprudenza più recente individua il *discrimen* nel fatto che la motivazione sia integrata dall'amministrazione con gli atti del procedimento ovvero «mediante atti processuali, o comunque scritti difensivi». Mentre nel primo caso la motivazione successiva si ritiene ammissibile «nella misura in cui i documenti dell'istruttoria offrano elementi sufficienti ed univoci dai quali possano ricostruirsi le concrete ragioni della determinazione assunta»⁷⁹, nel secondo caso la giurisprudenza invoca la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, nonché il ruolo del giudice amministrativo quale giudice del potere esercitato e non del potere da esercitare e la motivazione postuma continua ad essere ritenuta inammissibile. In questo caso, infatti, verrebbe esaminata la legittimità di nuove questioni a sostegno della decisione censurata, non previamente decise dal competente organo amministrativo⁸⁰. Si sono affermati poi indirizzi mediani che hanno ammesso la motivazione postuma, solo quando l'omessa motivazione non abbia leso il diritto di difesa dell'interessato e in fase infraprocedimentale risultino percepibili le ragioni sottese all'emissione del provvedimento gravato⁸¹.

A fronte di una giurisprudenza ancora legata al passato che continua ad interpretare restrittivamente il divieto affermando che la motivazione deve precedere e non seguire ogni provvedimento amministrativo, anche in dottrina, si è rilevato che soltanto consenten-

⁷⁸ A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, cit., II, 354.

⁷⁹ Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2021, n. 2001.

⁸⁰ Cons. Stato, sez. VI, 30 ottobre 2020, n. 6657.

⁸¹ Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1018.

do all'amministrazione di integrare in giudizio le ulteriori giustificazioni a sostegno della propria condotta, è possibile per il giudice avere una cognizione piena del rapporto, necessaria per accertare la fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente⁸², rappresentando l'integrazione della motivazione una legittima possibilità di ampliare l'originaria materia del contendere in nome del principio di economicità e di concentrazione nel processo⁸³.

A ben vedere, al netto dei dubbi relativi alla compatibilità con la normativa e la giurisprudenza sovranazionali⁸⁴, che richiedono che la motivazione, anche se sintetica, sia comunicata contestualmente al contenuto della decisione⁸⁵, non è tuttavia sempre agevole capire quando l'obbligo di motivazione non sia violato perché i documenti dell'istruttoria offrono «elementi sufficienti ed univoci per comprendere le concrete ragioni del provvedimento assunto»⁸⁶, cioè quando l'iter in fatto e in diritto possa essere facilmente ricostruito sulla base di atti del procedimento diversi da quelli indicati dall'amministrazione.

La problematica della motivazione successiva si deve quindi calare nelle dinamiche processuali del giudizio con accesso al fatto, che tende ad incentrarsi sulla possibilità di rifare il procedimento nel giudizio. Ma se così è, non pare più così agevole distinguere le ipo-

⁸² Così A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, cit., 358 ss.

⁸³ Analoghe ragioni sono poste a fondamento della possibilità per il ricorrente di proporre motivi aggiunti, sul tema F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Motivi aggiunti, termine di decadenza e modifiche del petitum*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 4, 694 ss.; M. RAMAJOLI, *L'impugnazione dei provvedimenti sopravvenuti nel corso del giudizio e connessi con quello già impugnato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, 567 ss.

⁸⁴ La Corte di Giustizia ha negato la diretta applicabilità dell'obbligo di motivazione previsto dagli artt. 296, comma 2, TFUE e 41, n. 2, lett. c), della Carta dei diritti fondamentali, Corte giust. UE, sez. I, 21 dicembre 2011, C-482/10, Cicala; negli stessi termini anche la successiva Corte Giust., sez. V, 7 novembre 2013, C-313/12, Romeo. Sul tema in dottrina P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, cit., 280 ss.; G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, cit.; A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione degli atti amministrativi. Trent'anni dopo*, in *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, cit., 62 ss.

⁸⁵ B.G. MATTARELLA, *Motivazione (dir. com.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 3748 ss., spec. 3751, cui si rinvia anche per i riferimenti giurisprudenziali.

⁸⁶ Tra le molte la già citata Cons. Stato, n. 2001/2021, cit.

tesi di motivazione successiva dalle prerogative proprie del giudizio con pieno accesso al fatto. Se, infatti, il fatto si forma nel processo e il giudice rifà il procedimento in processo, così come non è tendenzialmente vincolato all'indicazione delle ragioni giuridiche in virtù del principio *iura novit curia*⁸⁷, potrebbe ritenersi non vincolato all'indicazione dei presupposti di fatto prospettata dall'amministrazione nella motivazione. Il limite che l'atto da cui si desume la motivazione sia stato compiuto nel procedimento non sembra cioè sufficiente per porre un argine al potere del giudice di fare/rifare la motivazione nel processo. In altri termini, anche quando la correzione non investa soltanto la motivazione in sé, ma nell'integrazione della motivazione si aggiorni in sede giudiziale il procedimento, tramite l'introduzione di fatti non originariamente considerati e si assista «a una vera e propria creazione della motivazione, andandosi a completare una procedura incompiuta»⁸⁸, non può escludersi la legittimità della motivazione successiva.

In un recente caso, in cui si contestava al giudice di primo grado di aver integrato la motivazione di un decreto questorile di rigetto di rinnovo della licenza di porto di fucile per uso caccia con i fatti richiamati da un verbale dei Carabinieri, che giustificavano il possibile abuso dell'arma, il Consiglio di Stato ha rilevato che «tali fatti non sono stati richiamati ad integrazione della motivazione del provvedimento, bensì in virtù di quel pieno accesso al fatto che si impone al giudice amministrativo soprattutto a fronte di una attività connotata da ampia discrezionalità e che costituisce presidio della pienezza e della effettività della tutela giurisdizionale sancita dall'art. 113 Cost»⁸⁹.

Il giudizio può quindi legittimamente «estendersi sino al controllo dell'analisi dei fatti posti a fondamento del provvedimento, al fine di verificare se il potere attribuito all'Autorità amministrativa sia stato correttamente esercitato o presenti elementi di irragio-

⁸⁷ Sulle conseguenze derivanti dalla mancata o errata indicazione delle norme coinvolte nella fattispecie si veda G. TROPEA, *La c.d. motivazione "successiva" tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, cit.

⁸⁸ G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, cit., 861.

⁸⁹ Cons. Stato, sez. III, 28 dicembre 2022, n. 11455.

nevolezza o di erronea assunzione dei fatti»⁹⁰, senza che ciò comporti un'indebita integrazione della motivazione del provvedimento gravato.

In questa prospettiva il giudizio con pieno accesso al fatto non solo renderebbe definitivamente ammissibile la motivazione successiva, ma potrebbe condurre ad una sua definitiva dequotazione, o come si è efficacemente detto in dottrina ad un generale «depotenziamento»⁹¹ della motivazione del provvedimento nel processo⁹². Il che ritornando a quanto affermato *supra*, al netto dell'individuazione di adeguati limiti nel sindacato del giudice, potrebbe condurre ad un «punto di incontro fra maggiore effettività di tutela giurisdizionale e piano sostanziale del divieto di ingiustificato aggravamento del procedimento»⁹³, potendo la motivazione successiva evitare una riapertura del procedimento in seguito all'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento.

Se le carenze motivazionali del provvedimento possono trovare una risposta direttamente nel processo, vi è un ulteriore effetto conseguente alle dinamiche di un giudizio di cognizione così strutturato. La motivazione della sentenza del giudice finirebbe infatti

⁹⁰ Cons. Stato, n. 11455/2022.

⁹¹ Così M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 3, 894 ss.; si veda anche R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 269 ss., spec. 272; B.G. MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 6, 617 ss.; G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, cit.

⁹² In senso critico R. VILLATA, *Osservazioni in tema di incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, 1217 ss. Sul tema si veda anche ID., *Spigolature "stravaganti" sul nuovo codice del processo amministrativo*, ivi, 115 ss.

⁹³ G. TROPEA, *La c.d. motivazione "successiva" tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, cit. che rileva altresì che «Il comprensibile timore che l'ammissibilità di una motivazione successiva possa finire per diminuire l'attenzione dell'amministrazione nella conduzione del procedimento e nell'emanazione del provvedimento, si attenua, oltre che a seguito della previsione di idonei meccanismi sanzionatori a carico della p.a. e dei suoi agenti, grazie all'affermazione di un giudizio che possa tendenzialmente esaurirsi compenetrandosi col procedimento, e ciò solo ove sia dimostrabile come in effetti provvedere durante il processo o dopo sia la medesima cosa, in quanto comunque sussistano in concreto le ragioni sostanziali della decisione».

per svolgere una vera e propria funzione normativa⁹⁴, che assume portata integrativa dell'accertamento, costituendo parte integrante del giudicato⁹⁵.

Si tratta di un profilo che sarà approfondito nell'ultimo paragrafo di questo capitolo che qui rileva perché la portata effettiva del giudicato va in effetti ricostruita «sulla base di una lettura congiunta del dispositivo della sentenza e della parte motiva», considerando che il potere residuo dell'amministrazione in sede di riedizione del potere dopo una pronuncia di annullamento va delimitato con riferimento al tipo di vizio per come riscontrato nella sentenza e che, in ogni caso, «l'effetto conformativo si estende all'obbligo di porre in essere una attività successiva conforme ai canoni di legittimità individuati dalla pronuncia da eseguire»⁹⁶.

La motivazione al contempo diviene parametro funzionale ad accertare la concreta predicabilità di una violazione o elusione di tale giudicato⁹⁷. Infatti, al fine di configurare un vizio di elusione o violazione del giudicato, «non è sufficiente che l'azione amministrativa posta in essere dopo la formazione del giudicato intervenga sulla stessa fattispecie oggetto del pregresso giudizio di cognizione o alteri l'assetto di interessi definito»; al contrario, è necessario che l'Amministrazione eserciti la medesima potestà pubblica, già incisa dalla sentenza, «in contrasto con il contenuto precettivo del giudicato (cioè con un obbligo assolutamente puntuale e vincolato, integralmente desumibile nei suoi tratti essenziali dalla sentenza), così integrando una violazione del giudicato,

⁹⁴ G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, cit.

⁹⁵ Tanto pare confermato anche dall'ulteriore modifica introdotto dal d.l. n. 76/2020 all'art. 10-bis, l. n. 241/1990, laddove si prevede che «In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato».

⁹⁶ Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2023, n. 3846; Cons. Stato, sez. VI, 19 maggio 2023, n. 5002; Cons. Stato, sez. V, 12 luglio 2022, n. 5880.

⁹⁷ Evidenzia la problematicità del tema del contrasto di giudicati per effetto della «indebita dilatazione dei confini del giudicato alla motivazione della sentenza» F. FRANCIARIO, *Il contrasto tra giudicati*, in *Il Processo*, 2022, 2, 295 ss. Il tema riguarda più in generale quello dell'individuazione dell'oggetto della cosa giudicata su cui si veda sempre F. FRANCIARIO, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 4, 1025 ss.

ovvero che l'attività asseritamente esecutiva dell'Amministrazione sia connotata da un manifesto sviamento di potere diretto ad aggirare l'esecuzione delle puntuali prescrizioni stabilite dal giudicato, in tal guisa integrando l'ipotesi di elusione del giudicato»⁹⁸.

4. *Il soccorso istruttorio processuale tra limiti sostanziali e giudice "in soccorso" nell'accesso al fatto*

Delle rappresentate dinamiche del giudizio con accesso al fatto e della conseguente rinnovata configurazione dei rapporti tra procedimento e processo è altresì significativa la definitiva teorizzazione del soccorso istruttorio processuale⁹⁹.

La giurisprudenza più recente, superando quella precedente caratterizzata da un uso «non significativo»¹⁰⁰ dell'istituto¹⁰¹, ammette che nel giudizio proposto per ottenere l'esclusione dell'operatore economico risultato aggiudicatario in cui l'incompletezza documentale venga dedotta come motivo di impugnazione, possa attivarsi in processo il soccorso istruttorio al fine di dimostrare la sostanziale titolarità fin dall'inizio della procedura di gara¹⁰².

Tale approdo giurisprudenziale certamente risente dell'inversione di tendenza relativamente al corrispondente istituto sostanzia-

⁹⁸ Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 2023, n. 3784; Cons. Stato, sez. VI, 9 gennaio 2023, n. 223; Cons. Stato, sez. IV, 17 luglio 2020, n. 4594.

⁹⁹ Sul tema F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il «correttivo»*, in *Dir. amm.*, 2019, 1, 3 ss.; E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Dir. amm.*, 2018, 3, 623 ss.; N. SAITTA, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *giustamm.it*; L. LA ROSA, *Il soccorso istruttorio "in sede processuale": tra esigenze sostanzialistiche e garanzia del principio della par condicio*, in *Urb. e app.*, 2017, 4, 488 ss.; S. SORRENTINO, *Una seconda chance: il soccorso istruttorio*, in *Munus*, 2017, 2, 439 ss.; G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto*, cit.

¹⁰⁰ Così P. LOMBARDI, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata"*, cit., nt. 109.

¹⁰¹ Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2013, n. 2388; Tar Lazio, Roma, sez. II, 9 giugno 2014, n. 6112; Tar Campania, Napoli, sez. VI, 2 luglio 2013, n. 3366.

¹⁰² Tra le più recenti Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870; Id., 18 agosto 2023, n. 7812.

le¹⁰³, che dopo anni di incertezza in cui il legislatore ha assunto un atteggiamento quasi disincentivante¹⁰⁴ e che, con specifico riguardo alle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici¹⁰⁵, ha visto il giudice amministrativo alle prese con la confusa distinzione tra integrazione e regolarizzazione nel delicato bilanciamento tra contrapposti interessi¹⁰⁶, con il nuovo codice dei contratti pubblici ha visto riconosciuta (ed accresciuta) la sua centralità¹⁰⁷. Il d.lgs. n.

¹⁰³ Non ci si occuperà del soccorso istruttorio ricavabile dall'art. 6, comma 1, lett. b) l. n. 241/1990, che prevede che il responsabile del procedimento «può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali». In dottrina sul tema tra i molti E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; M. MATTALIA, *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 3, 573 ss.; T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, cit., 129 ss.

¹⁰⁴ Per una ricostruzione degli itinerari evolutivi che hanno caratterizzato l'istituto si veda E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, cit.

¹⁰⁵ Sul soccorso istruttorio nei procedimenti di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, tra i molti si vedano F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il «correttivo»*, cit.; E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, cit.; F. APERIO BELLA, S. CALDARELLI, E.M. SANTORO, S. TRANQUILLI, *Verifica dei requisiti e soccorso istruttorio*, in *Trattato sui contratti pubblici, II, Soggetti qualificazione regole comuni alle procedure di gara*, diretto da M.A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2019, 1467 ss.; R. DE NICOLIS, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge «sblocca cantieri»*, Bologna, Zanichelli, 2020, 958 ss.; ID., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, 5, 503 ss.; C.E. GALLO, *Il formalismo nelle procedure pubbliche e il dovere di soccorso*, in *Autorità e consenso nei contratti pubblici: dalle direttive 2014 al codice 2016*, a cura di C.E. GALLO, Torino, Giappichelli, 2017, 1 ss.; L. TARANTINO, *Il soccorso istruttorio nel vecchio e nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2017, 1, 127 ss. P. PROVENZANO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post D.Lgs. n. 56 del 2017*, in *Dir. dell'econ.*, 2017, 3, 820 ss.

¹⁰⁶ Tra le molte Cons. Stato, sez. V, 9 gennaio 2023, n. 290, che ha ribadito la distinzione tra soccorso istruttorio e soccorso procedimentale: il soccorso istruttorio «ha la finalità di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale», mentre il rimedio del soccorso procedimentale «consiste nella possibilità di richiedere al concorrente di fornire chiarimenti volti a consentire l'interpretazione della sua offerta e a ricercare l'effettiva volontà dell'offerente, superando le eventuali ambiguità dell'offerta, ciò fermo il divieto di integrazione dell'offerta, senza attingere a fonti di conoscenza estranee alla stessa e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essa assunta».

¹⁰⁷ Cons. Stato, n. 7870/2023, puntualizza ulteriormente la distinzione «sotto il profilo funzionale tra: a) soccorso integrativo o completivo (comma 1, lettera

36/2023, infatti, non solo vi dedica un'autonoma e più articolata disposizione (art. 101)¹⁰⁸, ma altresì amplifica l'ambito, la portata e le

a) dell'art. 101 d.lgs. n. 36 cit., non difforme dall'art. 83, comma 9), che mira, in termini essenzialmente quantitativi, al recupero di carenze della c.d. documentazione amministrativa necessaria alla partecipazione alla gara (con esplicita esclusione, quindi, della documentazione inerente l'offerta, sia sotto il profilo tecnico che sotto il profilo economico), sempreché non si tratti di documenti bensì non allegati, ma acquisibili direttamente dalla stazione appaltante (in prospettiva, tramite accesso al fascicolo virtuale dell'operatore economico); b) soccorso sanante (comma 1 lettera b), anche qui non difforme dall'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50), che consente, in termini qualitativi, di rimediare ad omissioni, inesattezze od irregolarità della documentazione amministrativa (con il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili); c) soccorso istruttorio in senso stretto (comma 3), che – recuperando gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso c.d. procedimentale – abilita la stazione appaltante (o l'ente concedente) a sollecitare chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell'offerta tecnica e/o dell'offerta economica, finalizzati a consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della *par condicio*) di apportarvi qualunque modifica; d) soccorso correttivo (comma 4): che, in realtà, a differenza delle altre ipotesi – rispetto alle quali si atteggia, peraltro, a fattispecie di nuovo conio, come tale insuscettibile, almeno in principio, di applicazione retroattiva – prescinde dall'iniziativa e dall'impulso della stazione appaltante o dell'ente concedente (sicché non si tratta, a rigore, di soccorso in senso stretto), abilitando direttamente il concorrente, fino al giorno di apertura delle offerte, alla rettifica di errori che ne inficino materialmente il contenuto, fermo il duplice limite formale del rispetto dell'anonimato e sostanziale della immodificabilità contenutistica».

¹⁰⁸ L'art. 101, d.lgs. n. 36/2023 prevede che: «1. Salvo che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta il documento sia presente nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni per: a) integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine per la presentazione delle offerte con la domanda di partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica; la mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte; b) sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica. Non sono sanabili le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente. 2. L'operatore economico che non adempie alle richieste della stazione appaltante nel

funzioni, superando talune incertezze diffusamente maturate nella prassi operativa¹⁰⁹.

L'indicata tendenza giurisprudenziale si spiega anche in ragione di un altro fattore, che interessa maggiormente nel ragionamento condotto. L'istituto si inserisce infatti a pieno titolo nelle dinamiche del giudizio con accesso al fatto¹¹⁰. Il valore del soccorso istruttorio quale vero e proprio aiuto a favore di una parte trova infatti nel processo il campo «che dovrebbe essere il più proprio»¹¹¹ e il giudice, intervenendo “in soccorso” del concor-

termine stabilito è escluso dalla procedura di gara. 3. La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato. L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a dieci giorni. I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica. 4. Fino al giorno fissato per la loro apertura, l'operatore economico, con le stesse modalità di presentazione della domanda di partecipazione, può richiedere la rettifica di un errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o nell'offerta economica di cui si sia avveduto dopo la scadenza del termine per la loro presentazione a condizione che la rettifica non comporti la presentazione di una nuova offerta, o comunque la sua modifica sostanziale, e che resti comunque assicurato l'anonimato».

¹⁰⁹ F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il «correttivo»*, cit.

¹¹⁰ Rileva E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, cit. che «lo studio del soccorso istruttorio nella dimensione giurisdizionale non può così andare disgiunto dalla premessa per la quale nel processo amministrativo vi è un “dislivello di partenza di parte privata e parte pubblica” associato ad una situazione di “lontananza dalla prova”: la necessità di azzerare siffatta divergenza in ordine all'accesso al fatto determina la conseguenza per cui lo stesso giudice non può mantenersi in una posizione di equidistanza». Posizione simile è espressa da N. SAITTA, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, cit. secondo cui «poiché ogni processo ha un suo fatto sul quale il giudice è appunto chiamato a *iuris dicere*, a questo fatto il giudice deve poter accedere per poterne accertare la verità; ed in questo approccio al fatto, quindi alla verità del fatto stesso, al fatto vero, il giudice deve potere disporre di ogni potere a ciò strumentale [...] L'utilizzo di questo “soccorso” in fase istruttorie non fa correre alcun rischio di violazione neppure del principio di terzietà del giudice, il quale, se interviene in soccorso del ricorrente integrando le prove che questi non è in grado di fornire perché, istituzionalmente e quindi incolpevolmente, “lontano” dalle prove che devono supportare la sua domanda, ciò fa non propriamente per consentire alla parte di realizzare il diritto o interesse azionato, ma avendo di mira un traguardo di equità e di riequilibrio e, quindi, di giustizia; in che risiede il compito del giudice e dell'intero ordinamento».

¹¹¹ N. SAITTA, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, cit.

rente, accerta in processo ciò che avrebbe dovuto essere accertato nel procedimento.

Il fatto che il privato sia in possesso del requisito, per quanto esistente sin dal procedimento viene infatti accertato per la prima volta nel processo, fermo restando quanto già detto nel capitolo III sull'onere della prova, essendo la parte a dover dimostrare in processo che se l'apposito rimedio del soccorso istruttorio fosse stato correttamente avviato, «l'esito sarebbe stato ad essa favorevole, disponendo del requisito in contestazione»¹¹². È quanto chiaramente affermato dal giudice amministrativo, secondo cui la rinnovazione totale o parziale della gara si rivelerebbe contraria «all'impianto di fondo del nuovo processo amministrativo, nella parte in cui esso, alla luce del principio di effettività e satisfattività della tutela, consente al giudice a) un pieno accesso al fatto; b) un pieno accesso al rapporto, quando il potere dell'amministrazione si presenti vincolato»¹¹³.

Nell'ammettere il soccorso istruttorio in processo nell'invocata prospettiva dell'effettività e satisfattività della tutela, la giurisprudenza sostanzialmente ammette che il fatto si possa formare nel processo, perché è in sede processuale che viene attivato il soccorso istruttorio che la stazione appaltante avrebbe dovuto attivare in sede di gara. Più esattamente il giudice, constatato che la stazione appaltante ha violato il proprio dovere di soccorso istruttorio, verifica se il vizio in questione è tale da dover lasciare impregiudicata l'aggiudicazione, ovvero se comporta l'esclusione dell'aggiudicataria dalla gara.

Occorre dunque delineare limiti e confini dell'istituto per evitare che nella tendenza dell'accesso del giudice al fatto, si giunga a dilatare troppo la sua operatività, facendo rientrare in processo fatti che anche attivando il dovere di soccorso istruttorio non sarebbero rientrati in procedimento.

Se nella prospettiva della parte il soccorso istruttorio processuale incontra un limite nel principio di autoresponsabilità¹¹⁴ e in

¹¹² Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975. In dottrina si vedano i commenti di L. LA ROSA, *Il soccorso istruttorio "in sede processuale": tra esigenze sostanzialistiche e garanzia del principio della par condicio*, cit.; S. SORRENTINO, *Una seconda chance: il soccorso istruttorio*, cit.

¹¹³ Cons. Stato, n. 975/2017.

¹¹⁴ Cons. Stato, n. 975/2017.

virtù della vicinanza della prova l'onere della prova è posto a carico dell'impresa risultata aggiudicataria del cui requisito si discute (v. *supra*, cap. III), è nella prospettiva del giudice che accede al fatto che si intende ora definirne l'ampiezza.

Per quanto il soccorso istruttorio si ispiri alla logica di conseguire l'esito più conveniente della gara e quindi di individuare il contraente migliore¹¹⁵, così come nel procedimento l'amministrazione non può ritenersi, almeno in linea di principio, «tenuta a ricercare o a prendere in considerazione fatti favorevoli non introdotti da chi li aveva nella sua esclusiva disponibilità»¹¹⁶, parimenti nel processo il giudice non sarebbe tenuto a ricercare fatti non allegati o dimostrati dal privato interessato, tramutandosi altrimenti il soccorso istruttorio in uno strumento di indebito privilegio di una delle parti in giudizio¹¹⁷.

Il soccorso istruttorio processuale pare cioè assoggettato ai medesimi presupposti e requisiti a cui è subordinato il suo esercizio da parte dell'amministrazione in sede procedimentale¹¹⁸. Per quanto a livello sostanziale la tendenza sia quella di estendere al massimo la portata del soccorso istruttorio, in ogni caso, nel processo l'aiuto del

¹¹⁵ F. SAIITA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il «correttivo»*, cit., rileva che «di fronte a tale interesse recede anche il rispetto della par condicio allorquando concerne la forma fine a sé stessa, ossia il rispetto di formalità non essenziali, mentre il libero confronto concorrenziale in una procedura selettiva improntata alla parità rimane principio insuperabile allorché si tratti dei requisiti sostanziali (contenuto dell'offerta, ecc.) e delle modalità formali attraverso cui dimostrarne il possesso: in quest'ultimo caso, la forma è garanzia della sostanza e non tollera benevolenze, cedimenti e concessioni da parte della stazione appaltante».

¹¹⁶ P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, Napoli, Jovene, 2008, 135.

¹¹⁷ Riprende la distinzione tra fatti primari e fatti secondari F. SAIITA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il «correttivo»*, cit., secondo cui non sarebbe onere dell'amministrazione ricercare i primi «ove non allegati o dimostrati dal privato interessato», mentre i secondi «possono formare oggetto del dovere di soccorso istruttorio». Secondo l'Autore il soccorso istruttorio «non deve e non può incidere sul piano dell'allegazione dei fatti primari, rientrano tra questi ultimi soltanto quelle circostanze che l'art. 83, comma 9, espressamente esclude dall'ambito applicativo dell'istituto in esame. Oltre questo invalicabile limite, non v'è ragione per non consentire alla stazione appaltante di chiedere al concorrente di provare, anche tardivamente, il requisito di partecipazione comunque esistente *ab initio*».

¹¹⁸ Tar Lazio, Roma, sez. I-bis, 11 marzo 2019, n. 3168.

giudice non può refluire in una sorta di impropria rimessione in termini per l'introduzione di documenti tecnici di carattere nuovo e diverso rispetto a quelli prodotti in gara.

Il soccorso istruttorio processuale consente solo di completare dichiarazioni o documenti già presentati¹¹⁹ e se il concorrente risultato aggiudicatario non riesce a provare, né tempestivamente, né tramite l'ulteriore produzione documentale effettuata in sede processuale, il possesso del requisito mancante, l'esclusione diventa inevitabile¹²⁰. Con il soccorso istruttorio non si discute infatti della esistenza o meno di un requisito, bensì, a fronte di una mera incompletezza o irregolarità della dichiarazione, vi deve comunque essere la prova del possesso del requisito fin da quanto l'operatore ha reso la dichiarazione irregolare¹²¹, dall'inizio cioè della procedura di gara e per tutto il suo svolgimento, per integrare «da un punto di vista formale, una situazione sostanzialmente già verificatasi e acquisita al procedimento»¹²².

In definitiva, i poteri istruttori del giudice non consentono in ogni caso all'aggiudicataria di provare in giudizio un requisito non posseduto sin dal momento della presentazione della domanda o venuto meno prima dell'aggiudicazione o della stipulazione contrattuale, mirando piuttosto «ad attestare l'esistenza di circostanze preesistenti, riparando una incompletezza o irregolarità che la stazione appaltante, se avesse tempestivamente rilevato, avrebbe dovuto comunicare alla concorrente, attivando l'obbligatorio procedimento del soccorso istruttorio»¹²³.

5. *La ragionevolezza da limite a indice relativo e il richiamo atecnico ai principi generali nel sindacato sull'eccesso di potere*

Le dinamiche del giudizio con accesso al fatto hanno altresì ripercussioni sul sindacato del giudice amministrativo sull'eccesso di

¹¹⁹ Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2021, n. 4916.

¹²⁰ Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2018, n. 6292.

¹²¹ Cons. Stato, n. 1312/2019; Cons. Stato, sez. V, 8 giugno 2018, n. 3483; Cons. Stato, 10 aprile 2018, n. 2180; Cons. Stato, n. 975/2017.

¹²² Cons. Stato, sez. VII, 2 maggio 2022, n. 3418; Cons. Stato n. 4916/2021.

¹²³ Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975.

potere¹²⁴, le cui vicissitudini hanno segnato sin dalle origini l'evoluzione del sindacato di legittimità del giudice amministrativo e dei suoi confini¹²⁵.

Nel capitolo II si è rilevato come in passato il giudice amministrativo nel timore di invadere le competenze proprie dell'amministrazione utilizzasse l'eccesso di potere¹²⁶, e in particolare ai fini che interessano la figura sintomatica del travisamento del fatto e del difetto di istruttoria¹²⁷, per non accedere al fatto e accertarne la rilevanza (o meglio l'irrelevanza) quando falsamente rappresentato, travisato o inesistente, nei casi cioè di errata percezione e rappresentazione della realtà.

¹²⁴ In dottrina, la bibliografia sull'eccesso di potere è amplissima. Si vedano per tutti F. MODUGNO, M. MANETTI, *Eccesso di potere. II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, Treccani, 1989, 1 ss.; E. CARDI, S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, Utet, 1990, 341 ss.; P. GASPARRI, *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 124 ss.; G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Nov. dig. it.*, Appendice, III, Torino, Utet, 1982, 219 ss.; C. MARZUOLI, *Eccesso di potere*, cit.

¹²⁵ Ha rilevato C. MARZUOLI, *Eccesso di potere*, cit., che «l'eccesso di potere caratterizza la nascita del diritto amministrativo e del giudice amministrativo [...] A seguito dell'evoluzione dell'ordinamento, nazionale e supernazionale, ha subito un profondo mutamento».

¹²⁶ C. MARZUOLI, *Eccesso di potere*, cit., secondo cui «la figura sintomatica è geniale, per il suo tempo. Al giudice si chiede di accertare il sintomo e non di spingersi fino ad accertare il male. Si può così ritenere che il giudice non entri in contatto con il merito. Ciò consente, in un'epoca in cui il timore di un'ingerenza del giudice nei poteri dell'esecutivo è forte, l'allargamento dell'ambito della legittimità, altrimenti improbabile».

¹²⁷ L'elaborazione giurisprudenziale delle figure sintomatiche ha rappresentato il tentativo di dare sostanza all'eccesso di potere e insieme di evitare che il giudice si facesse amministrazione. Il giudice, infatti, al ricorrere di quelle circostanze, doveva desumere il cattivo uso del potere discrezionale e dichiarare l'illegittimità del provvedimento, senza di fatto esaminare il corretto agire dell'amministrazione. Al contempo, però le figure sintomatiche hanno rappresentato un limite nel sindacato sulla discrezionalità, in quanto, se assenti, il giudice non poteva far altro che giungere a un rigetto della domanda azionata e considerare valido l'atto impugnato. Sul tema si vedano T. ALIBRANDI, *Lineamenti attuali dell'eccesso di potere*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1975, 1, 229 ss.; ID., *L'eccesso di potere come indizio processuale*, in *Dir. soc.*, 1982, 58 ss.; M. CAMILLI, *Considerazioni e «sintomi» dell'eccesso di potere*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1965, 1038 ss. Come rilevato da A. TRAVI, *Un intervento di Francesco Rovelli sull'eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 2, 455 ss., spec. 480 «l'eccesso di potere, in questo modo, diventa irrimediabilmente un vizio "formale", una sorta di violazione di legge "in frammenti", come si riscontra già oggi concretamente nel caso delle c.d. figure sintomatiche».

Nel giudizio con accesso al fatto, il principio di separazione dei poteri non rappresenta più un limite alla conoscenza da parte del giudice dei profili fattuali e, anzi, nella prospettiva dell'effettività della tutela, il giudice amministrativo, indipendentemente dalla natura discrezionale o meno del provvedimento impugnato, invoca la piena conoscibilità dei fatti oggetto dell'indagine e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione, con il solo limite del merito.

Il superamento dei tradizionali limiti all'accesso al fatto si inserisce così, e al contempo spiega gli approdi giurisprudenziali più recenti sull'eccesso di potere¹²⁸. Nel giudizio con accesso al fatto si ha un progressivo superamento delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, a cui si ricorre ancora oggi nel processo, o meglio nei ricorsi¹²⁹, più per omaggio alla tradizione¹³⁰, che per reale necessità¹³¹.

L'eccesso di potere è infatti divenuto espressione della violazione dei principi generali dell'ordinamento (logicità, razionalità,

¹²⁸ Tra i lavori più recenti si vedano per tutti 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*, Napoli, Jovene, 2012; C. MARZUOLI, *Eccesso di potere*, in www.treccani.it, 2016; AA.Vv., *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, cit.

¹²⁹ Come rileva F. MERUSI, *I principi del diritto e la discrezionalità amministrativa. Un nuovo "eccesso di potere amministrativo"*, in *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, a cura di G. PIZZANELLI, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 37 ss., i ricorrenti «continuano ad utilizzare le figure sintomatiche», mentre le sentenze «sempre più traducono i motivi di ricorso [...] senza neanche più parlare di eccesso di potere, ma solo di violazione di principi o regole generali di diritto».

¹³⁰ Così G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo. L'attività*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, 172: «la categoria dell'eccesso di potere [...] risulta poco più che un omaggio alla tradizione storica del diritto amministrativo italiano: come del resto si può dire della intera tripartizione legale dei vizi del provvedimento»; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2019, 222, secondo cui le figure sintomatiche «alla fin fine, esse potrebbero essere considerate, più semplicemente, come figure retoriche ormai convenzionalmente accettate nella pratica argomentativa giudiziaria».

¹³¹ M. TRIMARCHI, *Appunti sulla legittimità in diritto amministrativo: origine, evoluzione e prospettive del concetto*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 4, 1300 ss. che più di recente rileva l'utilità delle figure sintomatiche nel mantenere il giudice «entro i binari di un controllo giuridico compatibile con la separazione dei poteri».

proporzionalità)¹³², che hanno assunto dignità autonoma¹³³ e il giudice analizza l'uso ragionevole (logico, razionale, proporzionato) del potere discrezionale, indipendentemente e a prescindere dall'emergere delle figure sintomatiche¹³⁴.

Superato il riferimento alle figure sintomatiche, la giurisprudenza fa riferimento alla ragionevolezza non più come mero limite esterno del sindacato sulla discrezionalità, bensì alla ragionevolezza intrinseca dell'atto. L'irragionevolezza da parametro formale per la valutazione dell'eccesso di potere è divenuta cioè indice "relativo"¹³⁵, che dunque non viene considerata di per sé, nella sua emersione oggettiva, ma nel complesso degli elementi, dei fatti e delle circostanze che in concreto hanno concorso a determinare un

¹³² F. MERUSI, *I principi del diritto e la discrezionalità amministrativa. Un nuovo "eccesso di potere amministrativo"*, cit.; F. SAITTA, *Il vizio dell'eccesso di potere: una prospettiva storica*, in *Nuove autonomie*, 2021, 3, 583 ss.

¹³³ Sul tema C. CUDIA, *Eccesso di potere e clausole generali*, in *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto. Atti del colloquio. Firenze, 13 aprile 2018*, a cura di S. TORRICELLI, Torino, Giappichelli, 2018, 63 ss.

¹³⁴ Sul principio di proporzionalità si vedano A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998; ID., *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, V, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, 4643 ss.; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998; ID., *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 837 ss.; ID., *Il principio di proporzionalità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2011, 111 ss.; ID., *Il principio di proporzionalità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA, F. SAITTA, Milano, Giuffrè, 2012, 389 ss.; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2011; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, 361 ss.; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2017, 98 ss.; L. LA ROSA, *Discrezionalità della P.A. e principio di proporzionalità nell'applicazione delle cause di esclusione*, in *Urb. e app.*, 2019, 6, 779 ss.

¹³⁵ S. TORRICELLI, *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità: per introdurre una riflessione*, in *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, cit., 1 ss., spec. 12, parla di «relativa ragionevolezza», rilevando che «è legata non più tanto al modo di perseguire un interesse pubblico predeterminato dal legislatore, quanto al modo di comporre una serie di interessi privati e pubblici che emergono nella fattispecie e che trovano connessione con una qualche norma capace di qualificarli».

caso nella sua storicità e che il giudice è definitivamente in grado di conoscere¹³⁶.

Se in passato il giudice amministrativo raramente giungeva ad un giudizio «sintetico della decisione nel suo risultato economico e sociale»¹³⁷, nel giudizio con accesso al fatto il controllo sulla discrezionalità e conseguentemente l'eccesso di potere riguardano l'interesse pubblico in concreto nella sua dimensione dinamica, per come emerge nel rapporto con gli altri interessi pubblici e privati nella fattispecie concreta¹³⁸. Come evidenziato nel capitolo I in quella dinamica un ruolo centrale è svolto dai fatti, perché fatti e interessi sono tra loro intimamente collegati, al punto che i fatti insieme con gli altri interessi pubblici e privati concorrono all'individuazione dell'interesse pubblico perseguito nel caso concreto. Il giudizio di annullamento è dunque l'esito di un giudizio di non ragionevole lesione degli interessi pubblici e privati coinvolti in rapporto alle circostanze di fatto definitivamente conoscibili dal giudice¹³⁹.

A ben vedere però gli spazi della discrezionalità non sono «simmetrici»¹⁴⁰ e vi sono ambiti di scelte che riguardano tanto l'at-

¹³⁶ Sul tema si veda A. POLICE, *L'eccesso di potere nel prisma della Costituzione repubblicana*, in *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, cit., 41 ss., spec. 55, rileva come il sindacato sull'eccesso di potere si sia evoluto fino a spostare «la propria attenzione sullo stesso prodotto o esito della decisione, ponendolo in relazione appunto con gli elementi rilevanti della situazione su cui si è provveduto [...] costruendo tutto sull'apprezzamento giudiziale di tale decisione in relazione alla consistenza ovvero al peso delle situazioni di fatto e di diritto (o interesse) che il giudice medesimo ritenga meritevoli di tutela».

¹³⁷ Così G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 3171.

¹³⁸ F.G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, 343 secondo cui «l'intero sindacato sull'esercizio del potere amministrativo non può essere spiegato con il solo ricorso alle clausole generali. Non si tiene conto del fatto che l'interesse privato è (stato) elevato a componente (imprescindibile) dell'interesse pubblico concreto».

¹³⁹ L'interesse pubblico in senso stretto continua ad avere un trattamento per così dire privilegiato e la tutela, per tradizione o per cultura del giudice amministrativo, tenda ad essere spesso sbilanciata quasi oggettivamente a favore dell'amministrazione, sul tema C. CUDIA, *Eccesso di potere e clausole generali*, cit., spec. 68 ss. secondo cui l'eccesso di potere «esprime una certa visione della specialità amministrativa».

¹⁴⁰ Ha parlato di «discrezionalità asimmetrica» A. SANDULLI, *Alle origini della discrezionalità*, Relazione al Convegno AIPDA su «Discrezionalità e amministrazione», 7 ottobre 2022.

tività generale, quanto l'attività puntuale dell'amministrazione, in cui tali dinamiche sono ben più problematiche¹⁴¹. Si tratta di quelle scelte rispetto alle quali permane un'idea ampia o amplissima di discrezionalità, in presenza di interessi forti che giustificano un atteggiamento particolarmente cauto del giudice anche nell'accesso in concreto al fatto¹⁴².

In questi casi, il richiamo tecnico ai principi generali¹⁴³, la confusione tra proporzionalità e ragionevolezza, tra razionalità e logicità, la scarsa chiarezza quanto ai criteri connessi all'uno e all'altro principio¹⁴⁴, vengono utilizzati nelle sentenze per legittimare le scelte compiute dall'amministrazione¹⁴⁵, rifiutando una concreta valutazione dei fatti, che spesso, anche se estranei ai saperi propri del giudice amministrativo, sarebbero semplici¹⁴⁶, ma finiscono con l'es-

¹⁴¹ Esula dalla presente analisi la tematica, altrettanto problematica e attuale, dello spazio lasciato alla discrezionalità nell'era digitale su cui per tutti si vedano A. CASSATELLA, *La discrezionalità amministrativa nell'età digitale*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, I, 675 ss.; D.U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, *ibidem*, III, 2265 ss.

¹⁴² Sul tema di recente A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit.

¹⁴³ F. SAITTA, *Il vizio dell'eccesso di potere: una prospettiva storica*, cit., 618 rileva come «anche oggi le sentenze dei giudici amministrativi italiani che assegnano il *nomen iuris* alla proporzionalità non sono poche, ma si limitano molto spesso ad affermare che la proporzionalità costituisce un principio generale dell'ordinamento ed anche quando lo nominano non lo applicano effettivamente, limitandosi ad una sorta di avvicendamento terminologico, cioè a sostituire (spesso, anzi ad aggregare) le antiche e tradizionali nozioni dell'illogicità, dell'irragionevolezza, dell'ingiustizia, ecc., con la nuova nozione europea della proporzionalità».

¹⁴⁴ Parla di «confusione fra norma e principio» M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., XXX.

¹⁴⁵ Secondo S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 177 ss. «una cosa è menzionare principi altra cosa è renderli operativi e applicarli correttamente nell'ordinamento».

¹⁴⁶ La mancanza del *durc* per esempio è un fatto semplice e la regola dell'esclusione in caso di *durc* negativo non è opinabile. Non vi è esercizio del potere discrezionale, una volta fissata la regola per la quale l'operatore deve essere escluso, e la gravità della violazione non ha nessun rilievo. Anche in questi casi, il giudice, del tutto a sproposito, invoca il principio di proporzionalità. Così nel caso in cui partecipi alla gara non un'impresa singola ma un raggruppamento temporaneo di imprese, la giurisprudenza, in spregio a una applicazione in concreto del principio di proporzionalità, ritiene che, venuto meno il requisito della regolarità contributiva o fiscale in capo a una delle imprese partecipanti, il raggruppamento debba essere

sere elevati a fatti “riservati” all’amministrazione. Il controllo sulla proporzionalità, in particolare della proporzionalità in senso stretto secondo la nota «teoria dei tre gradini»¹⁴⁷, implicherebbe un pieno accertamento dei fatti, ma il più delle volte si riduce ad un controllo di mera irragionevolezza o di manifesta ingiustizia, finendo così per indebolire lo stesso sindacato sull’eccesso di potere e l’accesso del giudice amministrativo al fatto¹⁴⁸.

La qualificazione del potere come altamente discrezionale e del fatto come riservato divengono così espedienti per negare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, con la conseguenza, da un lato, che si impedisce al giudice di compiere un sindacato approfondito di proporzionalità¹⁴⁹ e con il rischio, dall’altro lato, che la timidezza del controllo giurisdizionale «si faccia col tempo coraggio»¹⁵⁰.

Emblematico sotto tale profilo è l’ampio contenzioso sulle interdittive antimafia¹⁵¹. L’accesso al fatto, per quanto indubbio nella

escluso dalla gara e dunque non possa conseguire l’aggiudicazione, anche quando le altre imprese partecipanti siano regolari sotto il profilo contributivo e siano in grado di eseguire autonomamente il contratto. Si veda sul tema tra le molte Cons. St., sez. V, 18 febbraio 2019, n. 1116.

¹⁴⁷ A. SANDULLI, *Proporzionalità*, cit., V, 4645.

¹⁴⁸ F. SAITTA, *Il vizio dell’eccesso di potere: una prospettiva storica*, cit., 622.

¹⁴⁹ Tali dinamiche evocano le criticità evidenziate da A. SANDULLI, *Potere e procedimento*, cit., 555 con riguardo ai poteri di *golden powers*.

¹⁵⁰ È quanto rilevato sempre in materia di *golden powers* da M. DUGATO, *I golden powers tra espansione ed atipicità*, in *Munus*, 2023, I, V ss., spec. IX, con riguardo all’«attuale timidezza del giudice amministrativo»; sul tema sia consentito il rinvio anche per i riferimenti giurisprudenziali e bibliografici a C. SERENI LUCARELLI, *L’esercizio dei golden powers: criticità attuali e prospettive future*, in *Giur. comm.*, 2023, 6, 1011 ss.

¹⁵¹ Sul tema tra i molti si veda M. MAZZAMUTO, *Lo scettro alla prefettocrazia: l’indefinitiva pervasività del sottosistema antimafia delle grandi opere e il caso emblematico della “filiera”*, in *Dir. ec.*, 2013, 3, 619 ss.; ID., *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *giustamm.it*, 2016, 3; ID., *Pagamento di imprese colpite da interdittiva antimafia e obbligatorietà delle misure anticorruzione*, in *Giur. it.*, 2019, 1, 157 ss.; ID., *Interdittive prefettizie: rapporti tra privati, contagi e giusto procedimento*, in *Giur. it.*, 2020, 6, 1471 ss. Si vedano anche G.M. RACCA, S. PONZIO, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, in *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici. Strumenti di prevenzione e contrasto*, a cura di L. SCOMPARIN, Torino, Giappichelli, 2016, 109 ss.; M. DUGATO, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici*, cit.; F.G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta “anticipata” alla criminalità organizzata*, in *giustamm.it*, 2018, 6; C. CONTESSA, *Sui rapporti fra l’informa-*

sua astratta affermazione¹⁵², presenta non poche criticità se si analizza il concreto contenuto delle sentenze¹⁵³. Alle pronunce che rilevano che i giudici «non si limitano ad un controllo estrinseco», ma procedono «ad un esame sostanziale degli elementi raccolti dal

tiva interdittiva c.d. "successiva" e la revoca di contributi pubblici, in *Urb. e app.*, 2019, 3, 375 ss.; R. DI GIGLIO, *Informativa antimafia successiva e restituzione dei contributi pubblici "nei limiti delle utilità conseguite"*, in *Foro amm.*, 2019, 7-8, 1267 ss.; C. COMMANDATORE, *Interdittiva antimafia e incapacità giuridico speciale: un difficile equilibrio*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 3, 917 ss.; A. AMORE, *Il deficit di tipicità delle interdittive antimafia*, in *Urb. e app.*, 2020, 2, 251 ss.

¹⁵² Per una panoramica sulla giurisprudenza più recente si rinvia a M. NOCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, in www.giustizia-amministrativa.it; A. MEZZOTERO, S.P. PUTRINO GALLO, *Il sistema delle informative antimafia nei recenti arresti giurisprudenziali*, in *Rass. Avv. Stato*, 2017, 2.

¹⁵³ Il fatto è rappresentato dai contatti, conoscenze, colleganze, amicizie o frequentazioni ripetuti, di tipo personale o strettamente imprenditoriale; dai rapporti di parentela tra imprenditore, soci e parenti di questo con soggetti malviventi, che se irrilevanti quali episodi isolati, divengono significativi in rapporto al «tentativo di infiltrazione mafiosa» per le modalità, i luoghi e gli orari i cui avvengono, perché possono far presumere la comunanza di interessi e il fatto che «l'imprenditore, direttamente o anche tramite un proprio intermediario, scelga consapevolmente di porsi in dialogo e in contatto con ambienti mafiosi» (Cons. Stato, sez. III, 14 ottobre 2020, n. 6208); dalle vicende anomale nella formale struttura dell'impresa e nella sua gestione, «incluse le situazioni in cui la società compie attività di strumentale pubblico sostegno a iniziative, campagne antimafia, antiusura, antiriciclaggio, allo scopo di mostrare un volto di legalità idoneo a stornare sospetti» (Corte cost., n. 57/2020). È dall'analisi complessiva dei fatti e delle vicende esaminate che deve emergere «un quadro indiziario idoneo a giustificare il necessario giudizio di attualità e di concretezza del pericolo di infiltrazione mafiosa nella gestione dell'attività di impresa» (Cons. Stato, sez. III, 4 giugno 2021, n. 4293). Più nel dettaglio, gli elementi di fatto valorizzati dal provvedimento prefettizio devono essere valutati dal giudice «non atomisticamente, ma in chiave unitaria, secondo il canone inferenziale, al fine di valutare l'esistenza o meno di un pericolo di una permeabilità a possibili tentativi di infiltrazione da parte della criminalità organizzata, secondo la valutazione di tipo induttivo che la norma attributiva rimette al potere cautelare dell'amministrazione» (Cons. Stato, sez. III, 3 agosto 2021, n. 5723; in termini tra le molte Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2021, n. 1889; Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2021, n. 3379; Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2021, n. 1825; Cons. Stato, sez. III, 17 febbraio 2021, n. 1447) «sulla base, oltre che della regola causale del "più probabile che non", anche dei dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali (qual è quello mafioso) e che risente della estraneità al sistema della prevenzione antimafia di qualsiasi logica penalistica di certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio» (Cons. Stato, sez. III, 26 maggio 2021, n. 4061).

prefetto, verificandone la consistenza e la coerenza»¹⁵⁴ non solo per verificarne l'esistenza, ma anche per apprezzarne la gravità e la rilevanza ai fini del giudizio sul pericolo di infiltrazione mafiosa¹⁵⁵, continuano, infatti, ad affiancarsi sentenze che invocano l'ampia discrezionalità della valutazione dell'autorità prefettizia¹⁵⁶ per giustificare un sindacato giurisdizionale debole «estraneo [al] l'accertamento dei fatti, anche di rilievo penale, posti a base del provvedimento»¹⁵⁷.

Si giunge addirittura a casi nei quali il giudice amministrativo immediatamente dopo aver riconosciuto la possibilità di un «pieno accesso ai fatti rivelatori del pericolo», ribadisce la natura discrezionale del giudizio del prefetto per escludere dal suo sindacato «l'accertamento dei fatti, anche di rilievo penale, posti a base del provvedimento»¹⁵⁸,

¹⁵⁴ Così anche Corte cost., 26 marzo 2020, n. 57, nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 89-*bis* e 92, commi 3 e 4, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

¹⁵⁵ Cons. Stato, sez. III, 9 settembre 2020, n. 5416: «Il giudice amministrativo è, a sua volta, chiamato a valutare la gravità del quadro indiziario, posto a base della valutazione prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, e il suo sindacato sull'esercizio del potere prefettizio, con un pieno accesso ai fatti rivelatori del pericolo, consente non solo di sindacare l'esistenza o meno di questi fatti, che devono essere gravi, precisi e concordanti, ma di apprezzare la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi inferenziale che l'autorità amministrativa trae da quei fatti secondo un criterio che, necessariamente, è probabilistico per la natura preventiva, e non sanzionatoria, della misura in esame»; negli stessi termini Cons. Stato, sez. III, 24 aprile 2020, n. 2651; più di recente Cons. Stato, sez. III, 5 agosto 2021, n. 5770.

¹⁵⁶ È di contrario avviso F.G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, cit., secondo cui «la valutazione rimessa al Prefetto è certamente opinabile, soggettiva, ma non è discrezionale: atiene alla conoscenza dei fatti, alla determinazione del loro valore indiziario, alla prova (anche non piena) della possibilità che una impresa sia esposta a infiltrazioni da parte della criminalità organizzata. [...] Intendiamo, si tratta di una materia assai delicata; ed è comprensibile che il giudice voglia lasciare all'amministrazione competente le scelte, le decisioni e le relative responsabilità, soprattutto morali, della esclusione dal mercato dei contratti pubblici di imprese che operano legalmente. Ma non si può trascurare che la tenuità del controllo giudiziale può spingere, e di fatto certamente spinge, l'amministrazione (non solo il Prefetto, anche e soprattutto gli agenti di polizia) ad intravedere tentativi di infiltrazione sulla base di indizi insufficienti. Tutto ciò rende indispensabile, a mio avviso, una tutela giudiziaria piena e rigorosa, basata sull'attento riscontro dei fatti indiziari».

¹⁵⁷ Cons. Stato, 1° aprile 2019, n. 2141; Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 30 marzo 2021, n. 283; Tar Campania, Salerno, sez. I, 24 novembre 2020, n. 1739.

¹⁵⁸ Cons. Stato, sez. III, 5 agosto 2021, n. 5765, dopo aver rilevato che il sindacato del giudice amministrativo «con un pieno accesso ai fatti rivelatori del peri-

così tradendo le aspettative di un sindacato pieno ed effettivo, che anche quando non lo si voglia elevare alle esigenze di *full jurisdiction* e al recupero *ex post* delle garanzie pretermesse nel procedimento svolto davanti all'autorità amministrativa¹⁵⁹, certamente risulta necessario per una tutela giudiziaria piena e rigorosa, basata sul puntuale riscontro dei fatti indiziari¹⁶⁰.

6. *Il giudicato che opera come "fatto" nella riedizione di un potere limitatamente inesauribile*

L'analisi condotta pare confortare il dato dal quale si è partiti, ovvero che se in linea generale può dirsi che l'accesso del giudice al fatto non è più in dubbio, nelle concrete modalità di accesso permangono rilevanti criticità.

Nel tracciare le traiettorie del giudizio con accesso al fatto, il ragionamento giunge infine alle conseguenze che quelle dinamiche hanno sugli effetti delle pronunce del giudice amministrativo e, dunque, sugli spazi che residuano alla pubblica amministrazione nel successivo riesercizio del potere.

Se il fatto irrompe nella sentenza, infatti, lo stesso diviene, da un lato, strumento per limitare il potere dell'amministrazione dopo il giudizio¹⁶¹, dall'altro lato, parametro nell'eventuale successi-

colo, consente non solo di sindacare l'esistenza o meno di questi fatti, che devono essere gravi, precisi e concordanti, ma di apprezzare la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi inferenziale che l'autorità amministrativa trae da quei fatti» (pt. 1), conclude, richiamando i canoni tradizionali, ovvero che «al sindacato del giudice amministrativo sulla legittimità dell'informativa antimafia rimane estraneo l'accertamento dei fatti anche di rilievo penale, posti a base del provvedimento» (pt. 8).

¹⁵⁹ Sulla concezione europea di sanzione sostanzialmente penale e sulle conseguenti garanzie per tutti F. GOISIS, *Verso una nuova sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2014, 2, 337 ss.; V. MANES, *Profili e confini dell'illecito parapenale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 3, 988 ss.

¹⁶⁰ Così F.G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, cit.

¹⁶¹ Della necessaria considerazione degli interessi della persona in rapporto agli effetti del giudicato nella prospettiva dell'effettività della tutela si occupa B. Gi-

vo giudizio di ottemperanza¹⁶² nel caso di violazione dell'obbligo di conformarsi al giudicato amministrativo. Le dinamiche del giudizio con accesso al fatto influenzano così, limitandoli, sia il successivo potere dell'amministrazione e l'estensione del giudizio di ottemperanza, sia la portata conformativa delle sentenze¹⁶³.

Tradizionalmente il giudicato veniva ricostruito attorno alla posizione di supremazia dell'amministrazione e alla possibilità che la stessa adottasse ulteriori provvedimenti a seguito della sentenza¹⁶⁴, che non aveva «effetti ulteriori rispetto alla statuizione sulla controversia intorno alla validità di uno specifico atto»¹⁶⁵. Il profondo mutamento del processo, dell'accertamento giudiziale, della diretta cognizione dei fatti e della tendenza di integrare l'istruttoria procedi-

LIBERTI, *Appunti per una riflessione in tema di stabilità del giudicato nel processo amministrativo*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2022, 1, 1 ss.

¹⁶² Sul giudizio di ottemperanza per tutti si veda M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 4, 1157 ss., ora anche in *Id.*, *Scritti giuridici*, cit., III, 1519 ss.; AA.VV., *Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso dalla Amministrazione provinciale di Como, Varenna, Villa Monastero, 17-19 settembre 1981*, Milano, Giuffrè, 1983, fra cui si vedano i contributi di F.G. COCA, *Aspetti processuali del giudizio di ottemperanza*; C. CALABRÒ, *L'ottemperanza come prosecuzione del «giudizio amministrativo»*; A. SORRENTINO, *Provvedimenti elusivi e giudizio di ottemperanza*; si vedano anche L. MAZZAROLLI, *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 2, 226 ss.; F. FRANCIOSI, *Sentenze di rito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 1, 52 ss.; M. LIPARI, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, in *Federalismi*, 2010, 18; F. MANGANARO, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 2, 534 ss.

¹⁶³ Sul tema A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 154 ss.; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989, 84 ss.

¹⁶⁴ F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 893 ss. secondo cui «il valore della esistenza o della inesistenza dell'atto in confronto alle successive iniziative dell'amministrazione solo apparentemente dipendono dal giudicato amministrativo»; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989; A. ROMANO TASSONE, *Sulla regola del dedotto e deducibile nel giudizio di legittimità*, in *giustamm.it*. Più di recente sul giudicato, S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017.

¹⁶⁵ Così A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi ai giudicati*, in *Atti del convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo. Napoli 23-25 aprile 1960*, Milano, Giuffrè, 1962, 55 ss.

mentale consentono dunque di ricondurre alla sede processuale l'accertamento definitivo del rapporto e di spostare in avanti (cioè alla fase giudiziale) quella preclusione all'allegazione di fatti nuovi che prima si tentava di fissare nella fase procedimentale¹⁶⁶.

Se il giudice accede al fatto e non si accontenta della ricostruzione dei fatti dell'amministrazione resistente, non rappresentando più l'istruttoria procedimentale una preclusione in sede processuale, ma il fatto, per quanto si è detto, si forma addirittura in processo, la sentenza, sia essa di accertamento o di condanna, rende certamente più stringente la regola di condotta futura della stessa amministrazione.

Il vincolo giudiziale derivante dal giudicato è infatti di intensità proporzionale all'ampiezza dell'accertamento anche in fatto. La piena conoscenza del fatto da parte del giudice «oltrepassa la funzione meramente giustificativa della decisione», in quanto può altresì «conformare la successiva attività amministrativa»¹⁶⁷.

Il problema si pone in particolare nelle ipotesi in cui a fronte di una sentenza di annullamento, con effetto conformativo più o meno «strumentale»¹⁶⁸, l'amministrazione conserva il potere di riemanare un provvedimento con effetti analoghi a quello annullato, o perché si trat-

¹⁶⁶ Così A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, cit., 369, con riguardo al processo di giurisdizione piena, con considerazioni che alla luce delle intervenute modifiche legislative possono essere estese al mutato processo di giurisdizione di legittimità.

¹⁶⁷ Il riferimento è alla già citata Cons. Stato, n. 1321/2019. In dottrina si vedano S. VACCARI, *Il Consiglio di Stato e la "riduzione progressiva della discrezionalità". Verso un giudicato a "spettanza stabilizzata"?*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 4, 1172 ss.; F. CAPORALE, *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 4, 499 ss.; A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 2, 335 ss.

¹⁶⁸ Mutuando la formula utilizzata dal Consiglio di Stato (tra le molte si vedano Cons. Stato, sez. VI, 23 giugno 2023, n. 6197; Id., 19 maggio 2023, n. 5002; Id., sez. V, 17 aprile 2023, n. 3846; Id., 12 luglio 2022, n. 5880), che afferma che per la delimitazione dell'ambito dell'effetto conformativo del giudicato amministrativo, «occorre avere riguardo alla tipologia e al numero dei motivi accolti e distinguere le sentenze a effetto vincolante pieno, con le quali l'atto viene annullato per difetto dei presupposti soggettivi o oggettivi o per violazione di termini perentori relativi all'esercizio del potere, da quelle a effetto vincolante strumentale, con le quali l'annullamento per vizi formali (come quelli procedimentali o di mero difetto di motivazione) impone soltanto all'amministrazione di eliminare il vizio dall'atto senza vincolarla in alcun modo nei contenuti».

ta atti ablatori ripetibili, o perché l'eliminazione del provvedimento sfavorevole non implica la spettanza certa del provvedimento favorevole.

D'altro canto, una delle principali critiche mosse alla teorica del giudizio sull'atto e che insieme con la giurisprudenza e poi con l'intervento del legislatore hanno spinto alla trasformazione verso un giudizio sul rapporto era rappresentata dalla circostanza che il giudizio così circoscritto non impediva all'amministrazione di reiterare all'infinito atti amministrativi identici a quello annullato¹⁶⁹. Nel giudizio amministrativo di legittimità delle origini, nel quale l'accertamento riguardava il solo provvedimento impugnato e i fatti erano indirettamente conosciuti per quanto filtrava dal provvedimento, il vincolo conformativo e insieme preclusivo del giudicato rischiava di essere assai poco intenso¹⁷⁰.

Con l'accesso del giudice al fatto e il definitivo, ancorché non compiuto, affermarsi di un giudizio sul rapporto, dette problematiche paiono essere attenuate. Il condizionale è d'obbligo a fronte delle evidenziate criticità nell'accesso del giudice al fatto, ma se il fatto fosse effettivamente conosciuto, si avrebbe un accertamento pieno sul che cosa l'amministrazione era ed è tenuta a fare¹⁷¹ e con esso un proporzionale incremento dell'intensità del vincolo creato dal giudicato sul successivo esercizio del potere della pubblica amministrazione¹⁷².

Nel successivo giudizio potrebbe così non esserci più spazio, e auspicabilmente necessità, per un giudizio di ottemperanza di natura mista di esecuzione e/o di cognizione¹⁷³. In un giudizio di cognizione improntato all'accertamento del fatto, purché, si ribadisce, ef-

¹⁶⁹ Già G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, cit., 204 evidenziava la centralità del problema del coordinamento tra giudizio di legittimità e giudizio di ottemperanza.

¹⁷⁰ Sul tema M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit.

¹⁷¹ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 411; si veda anche A. TRAVI, *Il giudizio di ottemperanza ed il termine per l'esecuzione del giudicato*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 10, 976 ss.

¹⁷² Sul rapporto tra giudicato e riedizione del potere si vedano R. VILLATA, *L'esecuzione del giudicato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1968; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit.; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, Cedam, 2005; più di recente S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, Giuffrè, 2016; S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017.

¹⁷³ Sulla natura del giudizio di ottemperanza, con particolare riguardo all'ottemperanza delle sentenze del giudice ordinario F. FRANCIOSI, *Il giudizio di ottem-*

fettivo ed adeguato, la decisione finale cioè dovrebbe già essere di per sé sola strutturalmente e funzionalmente idonea ad indirizzare il successivo esercizio del potere. La cognizione del fatto fatta *ex ante* durante il giudizio di cognizione dovrebbe cioè riportare il giudizio di ottemperanza nei suoi tradizionali binari di giudizio di esecuzione¹⁷⁴, secondo l'originaria definizione dell'art. 27, comma 1, n. 4, r.d. n. 1054/1924, quale giudizio volto 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».

Emblematico nella dinamica analizzata è il contenzioso in materia di concorsi universitari, nel quale spesso si assiste a processi a catena caratterizzati dall'intervento via via più incisivo del giudice sulle valutazioni delle commissioni giudicatrici e dal progressivo "esaurimento" della discrezionalità dell'amministrazione¹⁷⁵. L'oggetto del contendere soprattutto nei giudizi successivi al primo diviene, infatti, non tanto la legittimità del provvedimento e, dunque, la fondatezza della pretesa che rischia di non essere accertata in nessuno dei giudizi e dei giudicati che si susseguono, quanto le valutazioni successive dell'amministrazione, fino al raggiungimento di quel punto di equilibrio, o forse di compromesso¹⁷⁶, rappresentato dal secondo esercizio di un potere teoricamente inesauribile¹⁷⁷.

A ben vedere le valutazioni dell'amministrazione successive alla prima non dovrebbero prescindere dalle risultanze di fatto su cui le sentenze azionate si fondano: la commissione giudicatrice in diversa composizione nominata per ottemperare alla sentenza che ha dichiarato l'illegittimità della valutazione gravata non può cioè

peranza. Origini e prospettive, in *Esecuzione civile e ottemperanza amministrativa nei confronti della P.A.*, a cura di B. CAPPONI, A. STORTO, Napoli, ESI, 2018, 49 ss.

¹⁷⁴ A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, cit., 212.

¹⁷⁵ Sul contenzioso in materia L. BELVISO, M. LAVATELLI, *L'Università davanti al giudice amministrativo, dieci anni dopo la riforma Gelmini*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 3, 394 ss.; A. SAU, *Il reclutamento dei professori e dei ricercatori universitari dopo la legge 30 dicembre 2010*, n. 240, cit.

¹⁷⁶ Sul tema si veda L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, 617 ss.

¹⁷⁷ Sul tema M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018.

rivedere e modificare eventuali profili positivi già espressi. Ma se così è, quelle valutazioni altro non sono che fatti (storici), che si consente all'amministrazione di introdurre dopo il primo giudizio, ma che il giudice amministrativo nel giudizio con accesso al fatto potrebbe e dovrebbe accertare già nel primo giudizio.

Sotto tale profilo pare che l'effettivo accertamento del fatto vada di pari passo con la lealtà processuale delle parti, per far sì che l'attività di cognizione, fino ad ora frammentata nella fase dell'ottemperanza e negli eventuali giudizi successivi al primo, sia concentrata in un unico momento¹⁷⁸.

In un caso emblematico in cui una professoressa di diritto del lavoro si era vista per ben tre volte negare l'abilitazione scientifica nazionale, nel giudizio in appello sull'illegittimità del terzo provvedimento¹⁷⁹ il Consiglio di Stato non si è limitato a condannare l'amministrazione a procedere ad un nuovo esame della candidata, avvalendosi di una commissione in differente composizione, ma ha disposto che, in attuazione del giudicato, il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca rilasciasse direttamente l'abilitazione scientifica nazionale.

La decisione è particolarmente significativa nell'ambito dell'analisi condotta, perché a fronte del successivo, terzo diniego, invocando l'«insanabile “frattura” del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino» il giudice amministrativo è giunto alla conclusione che, dopo il terzo diniego, il giudicato opera in sé come «fatto e non come atto» e ha l'effetto di «svuotare» l'amministrazione del proprio potere di decidere sfavorevolmente nei confronti dell'amministrato anche in relazione ai profili non ancora esaminati¹⁸⁰.

In definitiva, nel giudizio con accesso al fatto, pur con le diffi-

¹⁷⁸ Sul tema G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela. L'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013.

¹⁷⁹ Il primo annullamento del diniego all'abilitazione aveva posto il limite qualitativo di vietare il diniego all'abilitazione a fronte di giudizi espressi con le formule “buono” e “accettabile”; il secondo annullamento del diniego di abilitazione era stato motivato sull'assunto che la nuova commissione aveva introdotto un parametro ulteriore rispetto a quelli utilizzati dalla prima commissione e, dunque, il possesso di una seconda monografia, non era circostanza valutabile in sede di riesercizio del potere.

¹⁸⁰ Cons. Stato, n. 1321/2019.

coltà tratteggiate, si assiste ad un progressivo ampliamento dell'ambito delle «questioni che furono fatte» e di tutte quelle «che si sarebbero potute fare»¹⁸¹ intorno alla pretesa fatta valere in giudizio e contemporaneamente ad un restringimento del residuo «spazio bianco»¹⁸² della pubblica amministrazione, che può addirittura condurre a svuotare l'amministrazione del potere di decidere.

¹⁸¹ Così G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., 341; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 80 ss.

¹⁸² Cfr. Cons. Stato, ad. pl., 15 gennaio 2013 n. 2.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso dalla Amministrazione provinciale di Como, Varenna, Villa Monastero, 17-19 settembre 1981*, Milano, Giuffrè, 1983.
- AA.VV., *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, a cura di A. VIGNUDELLI, Milano, Giuffrè, 2009.
- AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile. Studi introduttivi*, I, Bologna, Bononia University Press, 2018.
- AA.VV., *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto. Atti del colloquio. Firenze, 13 aprile 2018*, a cura di S. TORRICELLI, Torino, Giappichelli, 2018.
- AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile. Garanzie dei diritti e qualità dei servizi*, II, Bologna, Bononia University Press, 2019.
- AA.VV., *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi. The control of full jurisdiction on administrative measures*, a cura di B. GILIBERTI, Giapeto, 2019.
- AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile. Problemi e prospettive*, II, Bologna, Bononia University Press, 2020.
- AA.VV., *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, a cura di A. MOLITERNI, Napoli, Jovene, 2021.
- AA.VV., *Amministrare e giudicare. Trasformazioni ordinamentali. Atti del Seminario, Milano, 24 maggio 2021*, a cura di P. CERBO, G. D'ANGELO, S. SPUNTARELLI, Napoli, Jovene, 2022.

- ABBAMONTE G., *Il ritiro dell'atto impugnato nel corso del processo e la delimitazione dell'oggetto del giudizio innanzi al Consiglio di Stato*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonino Papaldo. Scritti di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1975, 295 ss.
- ABBAMONTE G., *La prova nel processo amministrativo*, in *Riv. amm. rep. it.*, 1985, CXXXVI, 679 ss.
- ABBAMONTE G., *Completezza ed effettività della tutela giudiziaria secondo gli articoli 3, 24, 103 e 113 della Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, I, Modena, Mucchi, 1996, 37 ss.
- ABBAMONTE G., *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in *giustamm.it*, 2002.
- ABBAMONTE G., LASCHENA R., *Giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di G. SANTANIELLO, Padova, Cedam, 167 ss.
- ALESSI R., *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, Giuffrè, 1934.
- ALESSI R., *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, Giuffrè, 1958.
- ALESSI R., *Principi di diritto amministrativo. I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*, I, Milano, 1974.
- ALESSI R., *Spunti ricostruttivi per una teoria degli atti amministrativi*, in ID., *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1981, 251 ss.
- ALIBRANDI T., *Lineamenti attuali dell'eccesso di potere*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1975, 1, 229 ss.
- ALIBRANDI T., *L'eccesso di potere come indizio processuale*, in *Dir. soc.*, 1982, 58 ss.
- ALLEN A., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012.
- ALLEN A., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1602 ss.
- ALLEN A., *L'art. 6 Cedu come parametro di effettività della tutela all'interno degli stati membri dell'Unione europea*, in *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione. Atti del convegno di Copanello. 1-2 luglio 2011*, a cura di F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA, Milano, Giuffrè, 2013, 109 ss.
- AMODIO F.S., *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica in materia di valutazioni scolastiche, universitarie e concorsuali*, in *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, a cura di A. MOLITERNI, Napoli, Jovene, 2021, 169 ss.

- AMORE A., *Gli operatori economici nel “labirinto dei gravi illeciti professionali” e il periodo triennale di esclusione dalla gara dall'accertamento definitivo*, in *Urb. e app.*, 2019, 6, 797 ss.
- AMORE A., *Il deficit di tipicità delle interdittive antimafia*, in *Urb. e app.*, 2020, 2, 251 ss.
- AMORTH A., *La funzione consultiva e i suoi organi*, in ID., *Scritti giuridici*, IV, 1958-1986, Milano, Giuffrè, 1999, 1175 ss.
- ANDRIOLI V., *Commento al Codice di procedura civile. Del processo di cognizione*, II, Napoli, Jovene, 1945.
- ANGIULI A., *Commento all'art. 146*, in *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di A. ANGIULI, V. CAPUTI JAMBRENGHI, Torino, Giappichelli, 2005, 390 ss.
- ANTONIUCCI M.G., *L'istruzione probatoria nelle controversie in materia di pubblico impiego (nota a C. cost. 23 aprile 1987, n. 146)*, in *Foro amm.*, 1988, 4, 824 ss.
- APERIO BELLA F., *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017.
- APERIO BELLA F., CALDARELLI S., SANTORO E.M., TRANQUILLI S., *Verifica dei requisiti e soccorso istruttorio*, in *Trattato sui contratti pubblici, II, Soggetti qualificazione regole comuni alle procedure di gara*, diretto da M.A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2019, 1467 ss.
- APICELLA E.A., *Giurisdizione esclusiva su concessioni di beni pubblici e risarcimento del danno tra orientamenti giurisprudenziali ed innovazioni del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80*, in *Foro amm.*, 1998, 10, 2641 ss.
- ARNAUDO L., PARDOLESI R., *La saga Avastin/Lucentis: ultima stagione*, in *Foro it.*, 2019, III, 533 ss.
- ARTUR E., *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions de juger et d'administrer*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, XVII, 1902, 234 ss.
- AZZARITI G., *Limitazione dei mezzi di prova e struttura del processo amministrativo di legittimità*, in *Giur. cost.*, 1990, 5, 1698 ss.
- AZZENA A., *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1976.
- BACCARINI S., *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 1, 80 ss.
- BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1966.

- BACHELET V., *L'attività tecnica della Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1967.
- BALDASSARRE A., *Le sanzioni della Banca d'Italia*, in *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. FRATINI, Padova, Cedam, 2011, 581 ss.
- BANFI A., *L'abilitazione scientifica nazionale: un edificio fragile, alla prova del giudice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 5, 605 ss.
- BARBARESCI S., CARUSO L.A., *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione "fuori contesto": considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598. Con postilla a commento di B. Caravita*, in *federalismi.it*, 2020.
- BARBATI C., *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, Il Mulino, 2002.
- BARBERIS M., *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. Atti del XIX Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Padova, 22-23 ottobre 2004*, Padova, Cedam, 2008, 10 ss.
- BARONE A., *Nomofiliachia, corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 3, 557 ss.
- BARONE A., *Un caso estremo di diniego di giurisdizione per radicale stravolgimento del diritto dell'Unione europea*, in *Il Processo*, 2018.
- BASSI F., *Lo straripamento di potere. (Profilo storico)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 245 ss.
- BASSI F., *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 1, 17 ss.
- BASSI F., *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1969.
- BASSI F., *Brevi note sull'eccesso di potere per difetto di motivazione*, in *Scritti per Mario Nigro. Giustizia amministrativa e giustizia civile*, III, Milano, Giuffrè, 1991, 65 ss.
- BATTINI S., *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 1, 47 ss.
- BELLAVISTA M., *Il principio della separazione dei poteri nella continuità fra procedimento e processo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, 1, 47 ss.
- BELVISO L., LAVATELLI M., *L'Università davanti al giudice amministrativo, dieci anni dopo la riforma Gelmini*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 3, 394 ss.
- BENVENUTI F., *Consiglio di Stato (competenza e giurisdizione)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, 325 ss.

- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.
- BENVENUTI F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953.
- BENVENUTI F., *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 893 ss.
- BENVENUTI F., *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano, in L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, a cura di F. BENVENUTI, G. MIGLIO, Vicenza, Neri Pozza, 1969, 65 ss.
- BENVENUTI F., *Giustizia*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 589 ss.
- BENVENUTI F., *Istruzione del processo. Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 204 ss.
- BENVENUTI F., *Processo amministrativo (ragioni e struttura)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, 454 ss.
- BERGONZINI G., *Art. 21-octies della l. n. 241/1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, 2, 231 ss.
- BERLINGÒ V., *Fatto e giudizio. Parità delle parti e obbligo di chiarificazione nel processo amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020.
- BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968.
- BERTONAZZI L., *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, Giuffrè, 2005.
- BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1936.
- BIN R., *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione, in federalismi.it*, 2020, 32.
- BINDI E., PISANESCHI A., *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, Giappichelli, 2018.
- BODDA P., *Opinioni sulla causa dell'atto amministrativo*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, Cedam, 1940, 59 ss.
- BOGNETTI G., *La divisione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2001.
- BOMBARDELLI M., *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Ist. fed.*, 2013, 3-4, 657 ss.
- BONETTI T., *La partecipazione strumentale*, Bologna, BUP, 2022.
- BONTEMPI V., *Giustizia amministrativa ed effettività della tutela in Italia e in Germania*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 3, 678 ss.

- BORTOLOTTI D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa. Contributo allo studio del procedimento nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1984.
- BOTTINO G., *L'amministrazione dell'emergenza. Relazione al Convegno nazionale Aipda*, Napoli, 29-30 settembre 2023.
- BRANCA M., *L'esecuzione della sentenza CEDU e la riapertura del processo civile o amministrativo: Corte cost. n. 123 del 2017, n. 6 e n. 23 del 2018*, in *Giur. cost.*, 2018, 3, 1521 ss.
- BUSNELLI D., *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1579 ss.
- CABIDDU M.A., *Sanzioni amministrative e principi costituzionali davanti alle autorità indipendenti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, 3, 2004, 257 ss.
- CABIDDU M.A., *Principio di legalità e amministrazione consensuale*, in *Amministrare*, 2008, 1/2, 27 ss.
- CACCIAVILLANI C., *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, Cedam, 2005.
- CACCIAVILLANI C., *La risoluzione delle questioni di giurisdizione*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, Giappichelli, 2023, 510 ss.
- CAIA G., *L'eccesso di potere giurisdizionale*, in *La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi*, a cura di F. FRANCARIO, M.A. SANDULLI, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 249 ss.
- CAIANIELLO V., *I caratteri della giurisdizione esclusiva*, in *AA.Vv., Studi in onore di Antonino Papardo. Scritti di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1975, 179 ss.
- CAIANIELLO V., *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Giur. it.*, 1977, IV, 23 ss.
- CAIANIELLO V., *L'ambito del sindacato della Cassazione sulla giurisdizione amministrativa*, in *Id., Problemi dell'amministrazione e della giurisdizione*, Padova, Cedam, 1986, 647 ss.
- CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, Utet, 1994.
- CALABRÒ C., *L'ottemperanza come prosecuzione del "giudizio amministrativo"*, in *AA.Vv., Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso dalla Amministrazione provinciale di Como, Varenna, Villa Monastero, 17-19 settembre 1981*, Milano, Giuffrè, 1983.
- CALAMANDREI P., *La Cassazione civile*, Milano, Bocca, 1920.
- CALCAGNILE M., *L'oggetto del provvedimento amministrativo e la garanzia di effettività nell'amministrazione pubblica*, Bologna, BUP, 2022.

- CALDARELLI S., *L'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica per "grave illecito professionale"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 2, 149 ss.
- CALLEGARI A., *Riflessioni in tema di tutela dell'ambiente e del paesaggio nell'esperienza italiana*, in *Riv. giur. urb.*, 2014, 224 ss.
- CALIENDO L., *In tema di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1925, IV, 49 ss.
- CALOGERO G., *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, Cedam, 1937.
- CAMILLI M., *Considerazioni e "sintomi" dell'eccesso di potere*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1965, 1038 ss.
- CAMMELLI M., *Amministrazione di risultato*, in *Aa.Vv.*, *Annuario AIPDA*, Milano, Giuffrè, 2002, 107 ss.
- CAMMELLI M., *Amministrare senza amministrazione*, in *il Mulino*, 2016, 4, 578 ss.
- CAMMEO F., *La competenza di legittimità della IV sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, III, 275 ss.
- CAMMEO F., *I titoli del debito pubblico e la competenza sulle relative controversie*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, 1, 99 ss.
- CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa. Ricorsi amministrativi. Giurisdizione ordinaria*, I, Milano, Vallardi, 1911.
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1960.
- CANNADA BARTOLI E., *Processo amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, Utet, 1957, 1077 ss.
- CANNADA BARTOLI E., *Sui motivi attinenti alla giurisdizione*, in *Foro amm.*, 1963, 315 ss.
- CANNADA BARTOLI E., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1964.
- CANNADA BARTOLI E., *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, Utet, 1991, 508 ss.
- CAPONIGRO R., *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 5, 1707 ss.
- CAPORALE F., *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 4, 499 ss.
- CAPORALE F., *L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell'Arera*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 1, 429 ss.
- CAPOZZI S., *Giusto processo e istruttoria nel processo amministrativo*, in *Aa.Vv.*, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile. Atti del convegno di studi di Campobasso del 26 febbraio 2000*, a cura di B. CAPPONI, V. VERDE, Napoli, 2002, 99 ss.

- CAPPAL M., *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro... e uno in avanti. Una proposta per superare l'impasse*, in *Federalismi.it*, 2019, 21.
- CAPUTO O.M., *La consulenza tecnica nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1996, 2982 ss.
- CARACCIOLLO LA GROTTIERA E., *La consulenza tecnica d'ufficio e il sindacato del giudice amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.
- CARANTA R., *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, a cura di E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA, Torino, Giappichelli, 2006, 245 ss.
- CARBONE A., *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 2, 423 ss.
- CARDI E., *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, Rimini, Maggioli, 1983.
- CARDI E., COGNETTI S., *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, Utet, 1990, 341 ss.
- CARLONI E., *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 2, 573 ss.
- CARLONI E., *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano, Giuffrè, 2011.
- CARLONI E., *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014.
- CARPENTIERI P., *Semplificazione e tutela*, in *Aedon*, 2016, 3 ss.
- CARTEI G., *L'autorizzazione paesaggistica nel codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 11, 1267 ss.
- CASSETTA E., *Attività amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, 521 ss.
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2019.
- CASINI L., *Politica e amministrazione: "the italian style"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 13 ss.
- CASINI L., *"Giochi senza frontiere?": Giurisprudenza amministrativa e patrimonio culturale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 3, 914 ss.
- CASINI L., *Il governo legislatore*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 1, 149 ss.
- CASSATELLA A., *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, Cedam, 2013.

- CASSATELLA A., *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 2, 635 ss.
- CASSATELLA A., *La discrezionalità amministrativa nell'età digitale*, in *Aa.Vv., Scritti per Franco Gaetano Scoca*, I, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, 675 ss.
- CASSATELLA A., *Il dovere di motivazione degli atti amministrativi. Trent'anni dopo*, in *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, a cura di A. BARTOLINI *et al.*, Torino, Giappichelli, 2021, 62 ss.
- CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 1995.
- CASSESE S., *Le autorità indipendenti: origine storiche e problemi odierni*, in *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, a cura di S. CASSESE, C. FRANCHINI, Bologna, Il Mulino, 1996, 217 ss.
- CASSESE S., *Grandezza e insuccessi del giudice amministrativo italiano*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 8, 777 ss.
- CASSESE S., *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 12, 1221 ss.
- CASSESE S., *La funzione consultiva nei governi moderni*, in *Quad. cost.*, 2001, 1, 5 ss.
- CASSESE S., *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di G. PASQUINI, A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2001, 3 ss.
- CASSESE S., *Che cosa vuol dire "amministrazione di risultati"*, in *Gior. dir. amm.*, 2004, 941 ss.
- CASSESE S., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009.
- CASSESE S., *Il contributo dei giudici allo sviluppo del diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, 341 ss.
- CASSESE S., *Amministrare la Nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Milano, Mondadori, 2022.
- CATAUDELLA A., *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, 926 ss.
- CAVALLO PERIN R., *Il contenuto dell'art. 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 4, 517 ss.
- CAVALLO PERIN R., *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 2017, 4, 637 ss.
- CAVALLO PERIN R., *Nullità e annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, 551 ss.

- CAVALLONE B., *Crisi delle "Maximen" e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 678 ss.
- CERBO P., *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 1, 94 ss.
- CERBO P., *Le valutazioni riservate dell'amministrazione sull'affidabilità del concorrente negli appalti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2020, 3, 739 ss.
- CERETI C., *Impugnabilità in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato per i motivi inerenti alla giurisdizione (art. 111 u.c. Costituzione)*, in *AA.VV., Studi in memoria di Guido Zanobini*, I, Milano, Giuffrè, 1965, 297 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premesse allo studio del sistema vigente*, Pescara, Italica, 1979.
- CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463 ss.
- CERULLI IRELLI V., LUCIANI F., *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, 3-4, 617 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Convalida in corso di giudizio e tutela della pretesa sostanziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 6, 641 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2002.
- CERULLI IRELLI V., *Amministrazione e giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 2019, 3, 1825 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Il procedimento amministrativo*, in *Id.*, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2019, 332 ss.
- CERULLI IRELLI V., *L'amministrazione pubblica nell'assetto costituzionale dei pubblici poteri*, in *Id.*, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2019, 51 ss.
- CHEVALLIER J., *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, LGDJ, 1970.
- CHEVALLIER J., *Du principe de séparation au principe de dualité*, in *Rev. fr. droit adm.*, 1990, 26 ss.
- CHIEPPA R., *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, 1019 ss.
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1928.
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, Jovene, 1933.
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, Jovene, 1934.
- CHITI M.P., *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli "altri"*, in *Astrid Rassegna*, 2006, 35 ss.

- CHITI M.P., *Un conflitto tra i giudici supremi italiani deciso dalla Corte di giustizia: “tutti gabbati”?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 2, 225 ss.
- CINTIOLI F., *Consulenza tecnica d’ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000, n. 205*, a cura di F. CARINGELLA, M. PROTTO, Milano, Giuffrè, 2001, 913 ss.
- CINTIOLI F., *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, 983 ss.
- CINTIOLI F., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e “giurisdizionalizzazione”*, Milano, Giuffrè, 2005.
- CINTIOLI F., *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, Giuffrè, 2008, 471 ss.
- CINTIOLI F., *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *federalismi.it*, 2012, 12.
- CINTIOLI F., *Giusto processo, sindacato antitrust e accertamento dei fatti (dopo l’effetto vincolante dell’art. 7 d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 4, 1207 ss.
- CIPRIANI F., *Sul difetto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Foro. it.*, 1999, 6, 2009 ss.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, Giappichelli, 2006.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Art. 146*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. CAMMELLI, Bologna, Il Mulino, 2007, 593 ss.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *La validità degli atti giuridici tra teoria e dogmatica. Alcune riflessioni a partire da due libri recenti*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 227 ss.
- CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989.
- CLARICH M., *Per uno studio sui poteri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di F. BASSI, F. MERUSI, Milano, Giuffrè, 1993, 115 ss.
- CLARICH M., *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 11, 3858 ss.
- CLARICH M., *La “tribunalizzazione” del giudice amministrativo evitata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 9, 969 ss.
- CLARICH M., CAMILLI E.L., *L’evoluzione del controllo dei rischi finanziari: le competenze della Banca d’Italia e della Consob*, in *Banca impresa società*, 2009, 1, 27 ss.

- CLARICH M., PISANESCHI A., *Le sanzioni amministrative della Consob nel “balletto” delle giurisdizioni: nota a Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 163*, in *Giur. comm.*, 2012, 6, 1166 ss.
- CLARICH M., *I poteri di impugnativa dell’AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis l. 287/90*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, 865 ss.
- CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2019.
- CLARICH M., *Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle Autorità indipendenti nel settore finanziario*, in *Giur. comm.*, 2021, 1, 100 ss.
- COCOZZA G., *Effettività della tutela e giudizio di ottemperanza. Nuove prospettive alla luce del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4, 1321 ss.
- CODACCI PISANELLI A., *L’eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in ID., *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, Tipografia dello stabilimento S. Lapi, 1900, 249 ss.
- COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2011.
- COMMANDATORE C., *Interdittiva antimafia e incapacità giuridico speciale: un difficile equilibrio*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 3, 917 ss.
- COMOGLIO L.P., *Le prove civili*, Torino, Utet, 2010.
- COMPORTE G.D., *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, Giuffrè, 1996.
- COMPORTE G.D., *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, 746 ss.
- CONSO G., *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, Giuffrè, 1955.
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, Giappichelli, 2021.
- CONTESSA C., *Il nuovo “Codice dei contratti” e la polimorfa nozione di “gravi illeciti professionali”*, in *Urb. e app.*, 2018, 5, 662 ss.
- CONTESSA C., *Sui rapporti fra l’informativa interdittiva c.d. “successiva” e la revoca di contributi pubblici*, in *Urb. e app.*, 2019, 3, 375 ss.
- CONTI R., *La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull’eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i “seguiti” a Corte Giust., G.S., 21 dicembre 2021, C-497/20, Randstad Italia?*, in *Giustizia insieme*, 2022.
- CONTIERI A., *Le nuove patologie della funzione amministrativa tra inesistenza, nullità e annullabilità degli atti*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, II, a cura di A. ROMANO, E. CASETTA, F.G. SCOCA, Padova, Cedam, 2007.

- CORLETTO D., *Vizi “formali” e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2006, 1, 33 ss.
- CORPACI A., *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in AA.Vv., *Le riforme crispine. Giustizia amministrativa*, II, Milano, Giuffrè, 1990, 77 ss.
- CORREALE G., *Parere*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, 676 ss.
- CORSO G., *Motivazione dell’atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, agg. V, Milano, Giuffrè 2001, 774 ss.
- CORSO G., *Amministrazione di risultati*, in AA.Vv., *Annuario AIPDA*, Milano, Giuffrè, 2002, 127 ss.
- CORSO G., *Istruttoria nel processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, Treccani, 2003, 1 ss.
- CORSO G., *Art. 34. Sentenze di merito* (commento), in *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, a cura di A. QUARANTA, V. LOPILATO, Milano, Giuffrè, 2011, 339 ss.
- CORSO P., *La funzione consultiva*, Padova, Cedam, 1942.
- CORTESE F., *La solitudine della Costituzione*, in *Pòlemos*, 2010, 157 ss.
- CORTESE F., *La tutela dei beni culturali, paesaggistici e ambientali nelle riforme della l. n. 124 del 2015*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 2, 40 ss.
- CORTESE F., *Le amministrazioni e il paesaggio, tra discorso di verità e discorso di volontà*, in *Aedon*, 2016, 3 ss.
- CORTESE F., *Amministrazione e giurisdizione: poteri diversi o poteri concorrenti?*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2018, 2, 99 ss.
- CORTESE F., *Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 2, 329 ss.
- CORTESE F., *Le regioni co-legislatori e co-amministratori: ambizioni originarie, oscillazioni attuative, potenziali traguardi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 1, 335 ss.
- CORTI M., *Vincoli e autorizzazioni paesaggistiche: orientamenti consolidati e profili di novità*, in *Riv. giur. amb.*, 2011, 2, 524 ss.
- COSTANTINO G., CARRATTA A., RUFFINI G., *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *questionegiustizia.it*.
- COSTI R., *La difesa del sanzionato: “una missione impossibile”*, in *Banca impresa società*, 2019, 1, 3 ss.
- CRISTOFANETTI L., *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione*, in AA.Vv., *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1931, 215 ss.

- CUDIA C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008.
- CUDIA C., *Eccesso di potere e clausole generali*, in *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto. Atti del colloquio. Firenze, 13 aprile 2018*, a cura di S. TORRICELLI, Torino, Giappichelli, 2018, 63 ss.
- CUDIA C., *Considerazioni sull'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2021, 3, 621 ss.
- D'ALBERTI M., PAJNO A., *Il giudice amministrativo fra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. BESSONE, Torino, Giappichelli, 1996, 299 ss.
- D'ALESSIO F., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, II, Torino, Utet, 1934.
- D'AMELIO M., ROMANO S., *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1929, 181 ss.
- D'AMELIO P., *La formazione giudiziale del diritto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1969, III, 129 ss.
- D'ANGELO G., *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, 659 ss.
- D'ANGELO G., *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, a cura di C. CUDIA, Torino, Giappichelli, 2020, 265 ss.
- D'AVACK P.A. (a cura di), *La legislazione ecclesiastica*, in *L'istruzione e il culto*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione sotto l'alto patronato del Presidente della Repubblica*, Vicenza, Neri Pozza, 1967.
- D'ORSOGNA M., *Motivi di ricorso*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, Giuffrè, 2015, 1014 ss.
- DAL CANTO F., *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2018, 3, 1537 ss.
- DE GIORGI CEZZI G., *Giudice amministrativo e tutela praeter legem del cittadino*, in *Evoluzione della giustizia amministrativa. Integrazione europea e prospettive di riforma, Atti del Convegno, Lecce, 21-22 novembre 1997*, a cura di E. STICCHI DAMIANI, Milano, Giuffrè, 1998, 113 ss.
- DE GIORGI CEZZI G., *Giudizio prova verità. Appunti sul regime delle prove nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 4, 906 ss.
- DE GIORGI CEZZI G., *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2003.

- DE GIORGI CEZZI G., *Commento dell'art. 26 regio decreto 17 agosto 1907, n. 642 – Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, in *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, a cura di S. BATTINI, B.G. MATTARELLA, A. SANDULLI, G. VESPERINI, Torino, Utet, 2007, 255 ss.
- DE GIORGI CEZZI G., *Commento dell'art. 27 regio decreto 17 agosto 1907, n. 642 – Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, in *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, a cura di S. BATTINI, B.G. MATTARELLA, A. SANDULLI, G. VESPERINI, Torino, Utet, 2007, 259 ss.
- DE GIORGI CEZZI G., *Poteri d'ufficio del giudice e caratteri della giurisdizione amministrativa*, in *Annuario 2012. Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo. Atti del convegno annuale Trento, 5-6 ottobre 2012. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, 9 ss.
- DE VALLES A., *La validità degli atti amministrativi*, Padova, Cedam, 1986.
- DE PRETIS D., *Antitrust valutazioni tecniche e controllo giurisdizionale*, in *Diritto e formazione*, 2004, 997 ss.
- DE LEONARDIS F., *Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di abilitazione scientifica nazionale*, in *Munus*, 2016, 3, 715 ss.
- DE PANSEY H., *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, 1818.
- DE NICTOLIS R., *I mezzi di prova e l'attività istruttoria*, in *Processo amministrativo. Formulario commentato*, a cura di R. DE NICTOLIS, Milano-fiori Assago, Wolters Kluwer, 2016, 907 ss.
- DE NICTOLIS R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, 5, 503 ss.
- DE NICTOLIS R., *Le novità sui contratti pubblici recate dal d.l. n. 52/2019*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- DE NICTOLIS R., *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, Bologna, Zanichelli, 2020.
- DE NITTO S., *Esercizi di discrezionalità tecnica e di controllo giudiziale in materia antitrust*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 1, 181 ss.
- DE NITTO S., *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dell' Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, a cura di A. MOLITERNI, Napoli, Jovene, 2021, 209 ss.
- DEGLI ESPOSTI A., *Appunti sull'istruttoria nel processo amministrativo (a proposito di una recente sentenza del Consiglio di giustizia amministrativa della Regione siciliana)*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 2, 272 ss.

- DEL GATTO S., ROTOLO E., *Il giudice e l'amministrazione*, in *La dinamica del diritto amministrativo. Dieci lezioni*, a cura di L. TORCHIA, Bologna, Il Mulino, 2017, 255 ss.
- DEL GATTO S., *Il principio di separazione dei poteri alla prova degli organi ausiliari. Il ruolo del Consiglio di Stato e della Corte dei conti nell'equilibrio tra poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 1, 219 ss.
- DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000, 187.
- DELLA CANANEA G., FRANCHINI C., *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2017, 98 ss.
- DELLA SCALA M.G., *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Torino, Giappichelli, 2016, 523 ss.
- DELLA SCALA M.G., *Onere della prova e poteri acquisitivi nel processo amministrativo. Il divieto di nova in appello e il requisito della "indispensabilità"*, in *Il Processo*, 2021, 3, 521 ss.
- DELSIGNORE M., *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 3, 740 ss.
- DELSIGNORE M., *La centralità dell'attività conoscitiva nella concezione originaria della l. n. 241/1990 e la sua perdurante attualità*, in *La legge n. 241 del 1990 trent'anni dopo*, a cura di A. BARTOLINI, T. BONETTI, B. MARCHETTI, B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI, Torino, Giappichelli, 2021, 339 ss., spec. 340.
- DEODATO F., *Nota a Corte Costituzionale sentenza 24 gennaio 2018, n. 6 e Corte di Cassazione – S.U. sentenza 29 dicembre 2017, n. 31226*, in www.ildirittoamministrativo.it.
- DI MODUGNO N., *La nuova giurisdizione esclusiva e la prova nel processo amministrativo: prime riflessioni sulla recente riforma*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 13 ss.
- DI GIGLIO R., *Informativa antimafia successiva e restituzione dei contributi pubblici "nei limiti delle utilità conseguite"*, in *Foro amm.*, 2019, 7-8, 1267 ss.
- DOMENICHELLI V., *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1988.
- DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996.
- DUGATO M., *L'istruttoria*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di A. SANDULLI, in *Corso di diritto amministrativo*, diretto da S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2013, 181 ss.

- DUGATO M., *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti*, in *Munus*, 2015, 3, 667 ss.
- DUGATO M., *L'attività bancaria e il servizio pubblico*, in *Banca impresa società*, 2018, 1, 3 ss.
- DUGATO M., *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, in AA.VV., *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, I, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, 637 ss.; anche in *Munus*, 2020, 1, XIII ss.
- DUGATO M., *Principi eurounitari e legge 241/90 tra disallineamenti e resistenze*, in *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, a cura di A. BARTOLINI *et al.*, Torino, Giappichelli, 2021, 111 ss.
- DUGATO M., *L'intervento pubblico per l'inclusione, la coesione, l'innovazione e la sostenibilità ed il ruolo del servizio pubblico locale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Munus*, 2022, 1, 1 ss.
- DUGATO M., *I golden powers tra espansione ed atipicità*, in *Munus*, 2023, I, V ss.
- FABBRINI F., *La separazione dei poteri nell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 1, 13 ss.
- FAGIOLARI G., *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, Roma, Istituto poligrafo dello Stato, 1932.
- FALCON G., *Lezioni di diritto amministrativo. L'attività*, Milano, Wolters Kluwer, 2016.
- FALCONI F., *I poteri di decisione del giudice ordinario nelle controversie amministrative*, in *La giustizia amministrativa*, a cura di G. MIELE, Vicenza, Neri Pozza, 1968, 199 ss.
- FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, Giuffrè, 1941.
- FALZEA A., *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, 941 ss.
- FASONE C., *La separazione tra poteri nei raccordi tra Unione europea e Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 1, 45 ss.
- FERRAJOLI L., *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 2016, 22.
- FERRAJOLI L., *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, Mucchi, 2018.
- FERRARA L., *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006, 3, 591 ss.
- FERRARA L., *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 103 ss.

- FERRARA L., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, 617 ss.
- FERRARA L., *Statica e dinamica nell'interesse legittimo: appunti*, in *Dir. amm.*, 2013, 3, 465 ss.
- FERRARA L., *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 2, 561 ss.
- FERRARA L., *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Dir. amm.*, 2021, 3, 573 ss.
- FERRARI F., *Il giudizio comparativo tra atti colpisce anche la fonte primaria statale: ancora su riserva di amministrazione e leggi-provvedimento (nota a C. cost. n. 116 del 2020)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020, 3 ss.
- FERRI C., *Limiti del controllo in Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 356 ss.
- FERRONI M.V., *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del consiglio di Stato*, Padova, Cedam, 2005.
- FIGORILLI F., *L'istruttoria nel giudizio amministrativo (art. 44, R.D. 26.6.1924, n. 1054)*, in *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, a cura di S. BATTINI, B.G. MATTARELLA, A. SANDULLI, G. VESPERINI, Torino, Utet, 2007.
- FILICE M., *Verso un sindacato consapevole sulle valutazioni tecnico-discrezionali*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, 5, 684 ss.
- FILICE M., *La giurisprudenza in materia di antitrust e di tutela del consumatore*, in *Gior. dir. amm.*, 2019, 4, 525 ss.
- FIorentino L., *I corpi tecnici nelle amministrazioni: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 2, 479 ss.
- FOÀ S., CALDERARO M.R., *I "gravi illeciti professionali" dell'operatore economico come elenco semplificativo*, in *Giur. it.*, 2018, 7, 1681 ss.
- FOLLIERI E., *Giudizio di merito come giudizio di legittimità*, in *Nuova rass.*, 1981, 1445 ss.
- FOLLIERI E., *Il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi alla luce del d.lgs. n. 80/1998*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 3, 453 ss.
- FOLLIERI E., *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1, 18 ss.
- FOLLIERI E., *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *giustamm.it*.

- FORNACIARI M., *La ricostruzione del fatto nel processo. Soliloqui sulla prova*, Milano, Giuffrè, 2005.
- FORTI U., *I “motivi” e la “causa” negli atti amministrativi*, in *Foro it.*, 1932, III, 289 ss.
- FRACCHIA F., OCCHIENA M., *Motivi aggiunti, termine di decadenza e modifiche del petitum*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 4, 694 ss.
- FRACCHIA F., OCCHIENA M., *Teoria dell’invalidità dell’atto amministrativo e art. 21-octies, l. n. 241 del 1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *giustamm.it*, 2005.
- FRACCHIA F., OCCHIENA M., *Il giudice amministrativo e l’inferenza logica: “più probabile che non” e “oltre”, “rilevante probabilità” e “oltre ogni ragionevole dubbio. Paradigmi argomentativi e rilevanza dell’interesse pubblico”*, in *Dir. ec.*, 2018, 3, 1125 ss.
- FRANCARIO F., *Sentenze di rito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 1, 52 ss.
- FRANCARIO F., *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 4, 1025 ss.
- FRANCARIO F., *Revocazione per contrasto con pronuncia di Corte di giustizia*, in *Libro dell’anno del diritto 2016*, a cura di Istituto della Enciclopedia Italiana, 2016.
- FRANCARIO F., *Il sindacato della cassazione sul rifiuto di giurisdizione*, in *Il Libro dell’anno del Diritto 2017*, a cura di Istituto della Enciclopedia Italiana, 2017.
- FRANCARIO F., *Il giudizio di ottemperanza. Origini e prospettive*, in *Esecuzione civile e ottemperanza amministrativa nei confronti della P.A.*, a cura di B. CAPPONI, A. STORTO, Napoli, ESI, 2018, 49 ss.
- FRANCARIO F., *Giudicato e revocazione*, in *Il Libro dell’anno del Diritto 2018*, a cura di Istituto della Enciclopedia Italiana, 2018.
- FRANCARIO F., *Diniego di giurisdizione*, in *Il Libro dell’anno del Diritto 2019*, a cura di Istituto della Enciclopedia Italiana, 2019.
- FRANCARIO F., *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, in *Federalismi.it*, 2020.
- FRANCARIO F., *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustizia insieme*, 2020.
- FRANCARIO F., *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in *Questione giustizia*, 2021, 1 ss.
- FRANCARIO F., *La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull’eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i “seguiti” a Corte Giust., G.S., 21 di*

- cembre 2021 – causa C-497/20, Randstad Italia? Interventista di Roberto Conti a Fabio Francario*, 2022.
- FRANCARIO F., *Il pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20 Randstad Italia spa*, in *Federalismi.it*, 2022, 2 ss.
- FRANCARIO F., *Il contrasto tra giudicati*, in *Il Processo*, 2022, 2, 295 ss.
- FRANCHINI C., *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove, in I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, a cura di S. CASSESE, C. FRANCHINI, Bologna, Il Mulino, 1996, 69 ss.
- FRANCHINI C., *Il giudice amministrativo e la ricerca della verità*, in *Verità e metodo in giurisprudenza*, a cura di G. DALLA TORRE, C. MIRABELLI, Roma, Libreria editrice vaticana, 2014, 272 ss.
- FRANCHINI F., *Il parere nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1944-1945.
- FRANCO I., *Il processo in materia di pubblico impiego fra legislazione e giurisprudenza*, in *Foro amm.*, 1988, 5, 1610 ss.
- E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016.
- E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Dir. amm.*, 2018, 3, 623 ss.
- GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 837 ss.
- GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998.
- GALETTA D.U., *Recenti novità in tema di illegittimità del provvedimento amministrativo affetto da c.d. vizi formali*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 2, 512 ss.
- GALETTA D.U., *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, Giuffrè, 2003.
- GALETTA D.U., *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, 3, 601 ss.
- GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2011, 111 ss.
- GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA, F. SAITTA, Milano, Giuffrè, 2012, 389 ss.
- GALETTA D.U., *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva*

- va di diritto comparato ed europeo, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 5, 1019 ss.
- GALETTA D.U., *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *AA.VV., Scritti per Franco Gaetano Scoca*, III, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, 2265 ss.
- GALLO C.E., *Prova testimoniale e processo amministrativo di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 4, 558 ss.
- GALLO C.E., *Istruzione nel processo amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Torino, Utet, 1994, 8 ss.
- GALLO C.E., *La prova nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1994.
- GALLO C.E., *L'istruttoria processuale*, in *Diritto amministrativo speciale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, V, Milano, Giuffrè, 2003, 3333 ss.
- GALLO C.E., *Commento all'art. 44 del T.U. Cons. St.*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. ROMANO, R. VILLATA, Padova, Cedam, 2009.
- GALLO C.E., *L'impugnazione in Cassazione delle decisioni del Consiglio di stato*, in *Dir e proc. amm.*, 2013, 2-3, 553 ss.
- GALLO C.E., *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2014.
- GALLO C.E., *Il controllo della Corte di Cassazione sul rifiuto di giurisdizione del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017.
- GALLO C.E., *Il formalismo nelle procedure pubbliche e il dovere di soccorso*, in *Autorità e consenso nei contratti pubblici: dalle direttive 2014 al codice 2016*, a cura di C.E. GALLO, Torino, Giappichelli, 2017, 1 ss.
- GALLO C.E., *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, in *Il Processo*, 2020, 2, 347 ss.
- GARBAGNATI E., *La giurisdizione amministrativa. Concetto ed oggetto*, Milano, Giuffrè, 1950.
- GARDINI G., *La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal "Foia Italia"*, in *Federalismi.it*, 2018, 19.
- GARDINI G., MAGRI M. (a cura di), *Il foia italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2019.
- GARDINI G., *La discrezionalità amministrativa e tecnica*, in *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, a cura di M. DE DONNO, G. GARDINI, M. MAGRI, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2022, 267 ss.
- GASPARRI P., *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 124 ss.

- GAUDEMET Y., *Reflexions sur l'injoiction dans le contentieux administratif*, in *Mélanges offerts a Burdeau, Le pouvoir*, Paris, 1977, 805 ss.
- GAVAZZI G., *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 3 ss.
- GAVERINI F., *Il controllo della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato ex art. 111 cost. ed il principio di effettività della tutela, tra limite interno ed esterno della giurisdizione*, in *Foro Amm. CdS*, 2007, 1, 82 ss.
- GHETTI G., *La consulenza amministrativa*, Padova, Cedam, 1974.
- GIACCHETTI S., *L'oggetto del giudizio amministrativo*, in AA.VV., *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, II, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1981, 1483 ss.
- GIANI L., *Giudice amministrativo e cognizione del fatto (il pensiero di Antonio Romano)*, in *Dir. amm.*, 2014, 3, 535 ss.
- GIANI L., *Il problema amministrativo tra incertezza della tecnica ed esigenze di tutela sostanziale del cittadino (il contributo di Franco Ledda)*, in *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, a cura di L. GIANI, A. POLICE, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 135 ss.
- GIANI L., *L'accertamento del fatto da parte del giudice amministrativo tra valutazioni tecniche ed eccesso di potere giurisdizionale*, in *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, a cura di G. DE GIORGI CEZZI, G. GRECO, G. MORBIDELLI, P.L. PORTALURI, F.G. SCOCA, I, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2018, 405 ss.
- GIANI L., *Dalla cultura dell'emergenza alla cultura del rischio: potere pubblico e gestione delle emergenze*, in *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, a cura di L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 15 ss.
- GIANI L., *I tempi (dell'azione e della decisione) dell'amministrazione tra certezza e affidamento*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, Editoriale scientifica, III, 2020, 2461 ss.
- GIANI L., *Riflettendo sull'ordinanza n. 38/2022 del CGARS, 19 febbraio 2022. Eccezionalità e pandemia. Spunti per una riflessione sul possibile ruolo di un diritto del rischio*, in *Nuove autonomie*, 2022, 1, 7 ss.
- GIANI L., *La fase istruttoria*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, Giappichelli, 2023, 418 ss.
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939.
- GIANNINI M.S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 262.

- GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, I.
- GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 ss.
- GIANNINI M.S., *La giustizia amministrativa*, Roma, Jandi Sapi, 1966.
- GIANNINI M.S., PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 229 ss.
- GIANNINI M.S., *Motivazione*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, 257 ss.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993.
- GILIBERTI B., *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, 1057 ss.
- GILIBERTI B., *Consulenza tecnica, pienezza del sindacato e full jurisdiction. Brevi annotazioni a Consiglio di Stato, Sez. V, 17 ottobre 2013, n. 5045*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, 745 ss.
- GILIBERTI B., *Λέξις nel processo amministrativo tra separazione dei poteri e sovranità dell'individuo*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2017, 1, 271 ss.
- GILIBERTI B., *Appunti per una riflessione in tema di stabilità del giudicato nel processo amministrativo*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2022, 1, 1 ss.
- GIUDICE C., *Le Sezioni Unite quale terzo grado del giudizio amministrativo*, in *giustamm.it*, 2021.
- GIULIETTI W., *L'amministrazione per accordi, un modello ancora attuale? in Il Diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, a cura di N. LONGOBARDI, Torino, Giappichelli, 2016, 95 ss.
- GIULIETTI W., *Tecnica e politica nelle decisioni amministrative composte*, in *Dir. amm.*, 2017, 2, 327 ss.
- GIULIETTI W., *Funzione politica del bilancio e tutela dell'interesse finanziario tra tecnica e diritto*, in *Dir. ec.*, 2019, 2, 279 ss.
- GIULIETTI W., *La comunicazione dei motivi di non accoglimento dell'istanza*, in *Il procedimento amministrativo tra regole e responsabilità*, a cura di A. GIORDANO, Milano, Giuffrè, 2021, 137 ss.
- GIUPPONI T.F., *Separazione dei poteri*, in *Grammatica del costituzionalismo*, a cura di C. CARUSO, C. VALENTINI, Bologna, Il Mulino, 2021, 97 ss.
- GIUSTI A., *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 2, 335 ss.

- GIUSTI A., *Tutela di (non) annullamento e principio di legalità*, in *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, a cura di A. BARTOLINI *et al.*, Torino, Giappichelli, 2021, 32 ss.
- GOISIS F., *Verso una nuova sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2014, 2, 337 ss.
- GOISIS F., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, 546 ss.
- GOISIS F., *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 1, 45 ss.
- GOISIS F., *La giustizia amministrativa nell'emergenza pandemica, tra incisività dei poteri e self-restraint*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 4, 853 ss.
- GRASSO G., *Art. 16 – Attività consultiva*, in *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, a cura di A. BARTOLINI, S. FANTINI, G. FERRARI, Roma, Nel diritto, 2010, 414 ss.
- GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980.
- GRECO G., *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 3, 479 ss.
- GRECO G., *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, 4, 585 ss.
- GRECO G., *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 2016, 5, 999 ss.
- GRECO G., *Processo amministrativo e principio di effettività della tutela (brevi note)*, in AA.Vv., *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, I, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, 793 ss.
- GRECO R., *L'istruttoria e l'accertamento del fatto nel codice del processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*.
- GROSSI P., *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, in AA.Vv., *L'incertezza delle regole*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015.
- GROSSI P., *Il giudice civile, un interprete?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1139 ss.
- GROSSI P., *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 831 ss.
- GROSSI P., *A proposito di "diritto giurisprudenziale"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 1 ss.
- GRUNER G., *Giudicato amministrativo nazionale e diritto dell'Ue*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2022, 4, 441 ss.

- GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, Jovene, 1949.
- GUARINO G., *Atti e poteri amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1994.
- GUARNIERI E., *Art. 145*, in *Commentario breve al testo unico bancario*, a cura di R. COSTI, F. VELLA, Milano-Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2019, 1030 ss.
- GUARNIERI E., *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna, BUP, 2022.
- GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1957.
- GUICCIARDI E., *Diritto, interesse e doppia tutela*, in *Giur. it.*, 1951, III, 33 ss., ora in *Id.*, *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, Utet, 1967, 34 ss.
- GUICCIARDI E., *Norme di relazione e norme d'azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 1951, III, 66 ss., ora in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, Utet, 1967, 55 ss.
- GUZZI F.F., *Effettività della tutela e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2013.
- IACCARINO C.M., *Studi sulla motivazione (con speciale riguardo agli atti amministrativi)*, Roma, Società editrice del foro italiano, 1933.
- IANNOTTA L., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 1, 57 ss.
- IMMORDINO M., POLICE A. (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Torino, Giappichelli, 2004.
- IMPINNA M.A., *Nota a Corte costituzionale 15 aprile 2014, n. 94*, in *Giur. comm.*, 2015, 1, 11 ss.
- IRTI N., SEVERINO E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001.
- IRTI N., *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, Laterza, 2007.
- IRTI N., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1, 36 ss.
- LA ROSA L., *Il soccorso istruttorio "in sede processuale": tra esigenze sostanzialistiche e garanzia del principio della par condicio*, in *Urb. e app.*, 2017, 4, 488 ss.
- LA ROSA L., *Discrezionalità della P.A. e principio di proporzionalità nell'applicazione delle cause di esclusione*, in *Urb. e app.*, 2019, 6, 779 ss.
- LA TORRE M., *Il sistema delle prove avanti il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale*, in *AA.Vv.*, *Studi in occasione del centenario del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1932, 573 ss.
- LAFERRIERE E., *Traite de la juridiction administrative et des recours contentieux*, I, 1888, 374 ss.
- LAMBERTI C., *Disponibilità della prova e poteri del giudice amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

- LAMORGESE A., *L'effettività della tutela nell'esperienza giurisprudenziale*, in *Foro amm. CDS*, 2009, 4, 1109 ss.
- LAMORGESE A., *La giurisdizione contesa. Cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2014.
- LASCHEA R., *L'istruzione nel processo amministrativo. Profili generali*, in AA.VV., *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1981, 1803 ss.
- LAURA A., *Il giudicato amministrativo anticomunitario: problema giuridico o politico*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 4, 852 ss.
- LAVAGNA C., *In tema di eccesso di giurisdizione del Consiglio di Stato*, in *Foro amm.*, 1951, II, 142 ss.
- LAZZARA P., "Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 212 ss.
- LAZZARA P., *Le competenze comunitarie e i limiti al sindacato giurisdizionale in materia Antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 2, 179 ss.
- LAZZARA P., *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, Napoli, Jovene, 2008.
- LAZZARA P., *Contributo al dibattito sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21-octies, l. n. 241/1990*, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1, 190 ss.
- LAZZARA P., *Discrezionalità tecnica*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 2010.
- LEDDA F., *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato. Relazione al V seminario della Sezione ombra del Centro italiano di studi amministrativi*, in *Nuova rass.*, 1971, 2717 ss.
- LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in AA.VV., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet. II. Amministrazione e garanzie*, Milano, Giuffrè, 1987, 245 ss.
- LEDDA F., *Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi*, in *Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace. Atti Convegno Messina*, 15-16 aprile 1988, Milano, Giuffrè, 1993, 91 ss.
- LEDDA F., *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Jus*, 1997, 315 ss.
- LENDRE P., *Histoire de la pensée administrative française*, Paris, Mouton, 31 ss.
- LESSONA C., *Trattato delle prove in materia civile*, Firenze, Fratelli Cammelli, 1914.
- LESSONA S., *Il vizio di eccesso di potere nelle sentenze delle giurisdizioni speciali*, in ID., *Scritti minori*, I, Milano, Giuffrè, 1958, 425 ss.

- LEVI F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967.
- LIPARI M., *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza, in federalismi*, 2010, 18.
- LOCKE J., *Two treatises on governments*, II, 1690, 143 ss.
- LOMBARDI P., *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata"*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1, 85 ss.
- LORENZETTI F., *Il sindacato della Cassazione sulle pronunce del Consiglio di Stato per "i soli motivi inerenti alla giurisdizione"*, in *Il Processo*, 2022, 1, 155 ss.
- LUCATTINI S., *Fatti e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, 203 ss.
- LUCATTINI S., *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti: per una specialità di servizio*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 3, 1415 ss.
- LUCIANI F., *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2003.
- LUCIANI M., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *rivistaic.it*.
- LUISO F.P., *Il principio del contraddittorio e l'istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 2, 328 ss.
- LUISO F.P., *Mezzi di impugnazione*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, Giuffrè, 2015, 889 ss.
- LUPO N., FASONE C., *La separazione tra poteri nei raccordi tra Unione europea e Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 1, 45 ss.
- MAIORCA C., *Fatto giuridico-Fattispecie*, in *Nov. dig. it.*, Torino, VII, 1961, 111 ss.
- MANCINI S., *Discorso nella seduta parlamentare che durò dal 9 al 22 giugno 1864 quando si discuteva del disegno di legge per l'abolizione del contenzioso amministrativo*, pubblicato, in A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, Unione tipografico editrice, 1904, 312 ss., spec. 350.
- MANES V., *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 3, 988 ss.
- MANFREDI G., *Il regime probatorio nel codice del processo*, in *Urb. e app.*, 2011, 4, 473 ss.
- MANFREDI G., *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 3, 578 ss.

- MANGANARO F., *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 2, 534 ss.
- MANNORI L., SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2006.
- MANNUCCI G., *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 3, 837 ss.
- MANNUCCI G., *Il regime dei vizi formali-sostanziale alla prova del diritto europeo*, in *Dir. amm.*, 2017, 2, 259 ss.
- MANNUCCI G., *Eccesso di potere e adeguatezza della tutela*, in *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto. Atti del colloquio. Firenze, 13 aprile 2018*, a cura di S. TORRICELLI, Torino, Giappichelli, 2018, 97 ss.
- MANTELLINI G., *I conflitti d'attribuzioni in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, Firenze, Barbera, 1878.
- MARENGHI E.M., *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 4, 961 ss.
- MARI G., *Giudice amministrativo ed effettività della tutela. L'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013.
- MARINO I.M., *Corte di Cassazione e giudici "speciali". (Sull'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost.)*, in AA.VV., *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, Giuffrè, 1993, 1383 ss.
- MARONGIU G., *Funzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, Treccani, 1989, 1 ss.
- MARTINO R., *La Corte di Giustizia si pronuncia sulla querelle, tutta italiana, circa l'ambito di applicazione dell'art. 111, comma 8, Cost.: note a prima lettura*, in *Il Processo*, 2021, 566 ss.
- MARZARO P., *La "cura" ovvero l'amministrazione del paesaggio: livelli, poteri e rapporti tra enti nella riforma del 2008 del Codice Urbani (dalla concorrenza dei poteri alla paralisi dei poteri?)*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 423 ss.
- MARZARO P., *Epistemologia del paesaggio: natura e limiti del potere di valutazione delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 3, 843 ss.
- MARZUOLI C., *A proposito di apprezzamenti tecnici e mezzi istruttori nel giudizio di legittimità*, in *Le Regioni*, 1986, 281 ss.
- MARZUOLI C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985.
- MARZUOLI C., *La "discrezionalità tecnica" nella giurisprudenza dei TAR: analisi degli orientamenti relativi ad alcuni settori*, in *Diritto ammini-*

- strativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, a cura di U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, Rimini, 1987, 634 ss.
- MARZUOLI C., *Eccesso di potere*, in *www.treccani.it*, 2016.
- MASTRORILLI A., *Farmaci di lusso e medicinali a buon mercato*, in *Merito concorrenza regole*, 2014, 3, 489 ss.
- MATTALIA M., *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 3, 573 ss.
- MATTARELLA B.G., *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 3, 291 ss.
- MATTARELLA B.G., *Motivazione (dir. com.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2006, 3748 ss.
- MATTARELLA B.G., *Il declino della motivazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 6, 617 ss.
- MAZZAMUTO M., *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1677 ss.
- MAZZAMUTO M., *Lo scettro alla prefettocrazia: l'indefinitiva pervasività del sottosistema antimafia delle grandi opere e il caso emblematico della "filiera"*, in *Dir. ec.*, 2013, 3, 619 ss.
- MAZZAMUTO M., *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1, 67 ss.
- MAZZAMUTO M., *Pagamento di imprese colpite da interdittiva antimafia e obbligatorietà delle misure anticorruzione*, in *Giur. it.*, 2019, 1, 157 ss.
- MAZZAMUTO M., *Interdittive prefettizie: rapporti tra privati, contagi e giusto procedimento*, in *Giur. it.*, 2020, 6, 1471 ss.
- MAZZAMUTO M., *Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, in *Giustiziainsieme.it*, 2022.
- MAZZAMUTO M., *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *giustamm.it*, 2016, 3.
- MAZZARELLI V., *Motivazione. II) Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, Treccani, 1990, 3 ss.
- MAZZAROLLI L., *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 2, 226 ss.
- MELIS G., *La fuga dall'amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell'amministrazione dell'Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 2, 469 ss.
- MELIS G., *Culture dei "tecnici" e amministrazione nell'Italia di ieri e di oggi*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, 2, 291 ss.

- MENGGONI L., *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 1, 1 ss.
- MEREGAZZI R., *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in *La giustizia amministrativa*, a cura di G. MIELE, Vicenza, Neri Pozza, 1968, 199 ss.
- MERLONI F., ARENA G. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008.
- MERUSI F., *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 2, 181 ss.
- MERUSI F., *Variazioni su tecnica e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, 973 ss.
- MERUSI F., *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2007.
- MERUSI F., *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 1 ss.
- MERUSI F., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, Il Mulino, 2012.
- MERUSI F., *Debito pubblico e giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1, 3 ss.
- MERUSI F., *La legalità amministrativa fra passato e futuro. Vicende italiane*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016.
- MERUSI F., *Dal 1865... e ritorno... al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 3, 671 ss.
- MERUSI F., *I principi del diritto e la discrezionalità amministrativa. Un nuovo "eccesso di potere amministrativo"*, in *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, a cura di G. PIZZANELLI, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 37 ss.
- MERUSI F., FREDIANI E., *Itinerari della tutela del cittadino. Errori, rimedi e fantasie*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019.
- MERUSI F., *Incontri pericolosi... Crispi e la nascita della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1, 13 ss.
- MEUCCI L., *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1891, 5 ss.
- MEZZOTERO A., PUTRINO GALLO S.P., *Il sistema delle informative antimafia nei recenti arresti giurisprudenziali*, in *Rass. Avv. Stato*, 2017, 2 ss.
- MIELE G., *La giustizia amministrativa*, in *La giustizia amministrativa. Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, a cura di G. MIELE, Milano, Neri Pozza editore, 1968, 9 ss.

- MIGLIORINI L., *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, Cedam, 1977.
- MIGLIORINI L., *Brevi note sulla posizione del giudice e delle parti nel processo amministrativo*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano, Giuffrè, 1988, 449 ss.
- MIGLIORINI L., *Istruzione (istruzione del processo amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, Treccani, 1990, 1 ss.
- MIGNONE C., *I mezzi di prova in rapporto alle plurime giurisdizioni del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1, 11.
- MIRATE S., *La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 2000, 2402 ss.
- MIRATE S., *L'indipendenza e la imparzialità del giudice amministrativo. Un'analisi problematica fra diritto interno e giurisprudenza CEDU, in Le garanzie delle giurisdizioni. Indipendenza e imparzialità dei giudici*, a cura di A. SANDULLI, G. PIPERATA, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 67 ss.
- MODUGNO F., *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 472 ss.
- MODUGNO F., MANETTI M., *Eccesso di potere. II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, Treccani, 1989, 1 ss.
- MOLITERNI A., *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, a cura di A. MOLITERNI, Napoli, Jovene, 2021, 5 ss.
- MOLITERNI A., *Autorità indipendenti e controllo giurisdizionale: l'esperienza italiana in prospettiva comparata*, in *Liber amicorum per Marco D'Alberti*, Torino, Giappichelli, 2022, 209 ss.
- MOLITERNI A., *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 1, 393 ss.
- MONTESQUIEU C., *Lo spirito delle leggi*, Milano, Rizzoli, 1989.
- MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, I, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Bologna, Monduzzi, 2005, 531 ss.
- MORBIDELLI G., *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3, 763 ss.
- MORGANTE R., NAPOLITANO G., MOCAVINI G., BUTTARELLI G., *Autorità indipendenti e separazione dei poteri: un'analisi empirica delle nomine e dei mandati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 1, 441 ss.

- MORTARA L., *Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione*, in *Monitore dei tribunali*, 1889, 245 ss.
- MORTARA L., *Nuove considerazioni sulla competenza giurisdizionale in tema di concentrazione e trasformazione di opere pie*, in *Giust. amm.*, 1891, 1, 5 ss. anche in *La legge*, XXXVIII, II.
- MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile. Teoria e sistema della giurisdizione civile*, I, Milano, Vallardi, 1903.
- MORTARA L., *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, I, Milano, Vallardi, 1905.
- FRAGALE E.N., *Il controllo della Corte di cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato: aggiornare o superare la teoria dello sconfinamento in danno di altri poteri?*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 1, 326 ss.
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1976.
- NIGRO M., *Linee per una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 249 ss. ora anche in *Id.*, *La riforma del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980, 109 ss.
- NIGRO M., *Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa dopo la legge sui tribunali amministrativi regionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1815 ss. ora anche in *Id.*, *La riforma del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980, 39 ss.
- NIGRO M., *Crisi del giudizio di annullamento, prospettive e linee di tendenza del processo amministrativo*, in *Prospettive del processo amministrativo. Atti del convegno di studio. Padova 10-11 aprile 1987*, a cura di L. MAZZAROLI, Padova, Cedam, 1990, 17 ss.
- NIGRO M., *Diritto amministrativo e processo amministrativo*, in *Il Foro italiano*, 1985, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, 1817 ss.
- NIGRO M., *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, 1983, V, 249 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, 1569 ss.
- NIGRO M., *Esperienze e prospettive del processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, 1451 ss.
- NIGRO M., *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, ora anche in *Id.*, *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, 1051 ss.
- NIGRO M., *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 4, 1157 ss., ora anche in *Id.*, *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, 1519 ss.

- NIGRO M., *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, II, Milano, Giuffrè, 1968, 769 ss., ora anche in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1996, 683 ss.
- NIGRO M., *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione a proposito di un recente disegno di legge*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, ora in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, 2037 ss.
- NIGRO M., *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. AMATO, A. BARBERA, Bologna, 1986, ora in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, 1587 ss.
- NIGRO M., *La giurisdizione amministrativa di merito*, in *Foro it.*, 1969; ora anche in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, 857 ss.
- NIGRO M., *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, ora in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, 1844 ss.
- NIGRO M., *Problemi del nuovo processo amministrativo*, ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, 1281 ss.
- NIGRO M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (Il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, ora in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, 1429 ss.
- NIGRO M., *Processo amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, 1991, ora in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, 2079 ss.
- NIGRO M., *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Studi in onore di Antonino Papaldo. Scritti di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1975, 3 ss., ora anche in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, 871 ss.
- NOCCELLI M., *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- OCCHIENA M., *L'incidenza della semplificazione sul potere e sul procedimento amministrativo: riflessioni anche alla luce della nuova disciplina del commercio*, in *Dir. e società*, 1998, 475 ss.
- OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002.
- OCCHIENA M., *I diritti di accesso dopo la riforma della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 3, 905 ss.
- OCCHIENA M., POSTERARO N., *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Il Dir. Ec.*, 2019, 3, 27 ss.

- OLLA F., *Il sindacato della Corte di Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione amministrativa e l'interpretazione della legge*, in *Giust. civ.*, 2008, 1548 ss.
- ORIANI R., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008.
- ORLANDO V.E., *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, a cura di V.E. ORLANDO, Milano, Società editrice librai, 1901, 711 ss.
- OTTAVIANO V., *La giurisdizione di merito nella giustizia amministrativa*, in *La giustizia amministrativa*, a cura di G. MIELE, Vicenza, Neri Pozza, 1968, 187 ss.
- OTTAVIANO V., *Rilievi in tema di c.d. conflitti fra amministrazione e giudice amministrativo*, in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1992, 173 ss.
- PAJNO A., *L'effettività della giustizia amministrativa*, in AA.Vv., *L'insegnamento di Vittorio Bachelet vent'anni dopo: giustizia e garanzie nel rapporto con le istituzioni*, Roma, AVE, 2002, 77 ss.
- PAJNO A., *Giurisdizione esclusiva ed "arbitrato" costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 9, 983 ss.
- PAJNO A., *La giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di A. SANDULLI, in *Corso di diritto amministrativo*, diretto da S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2013, 47 ss.
- PAJNO A., *Benvenuti e il futuro*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 1, 5 ss.
- PAJNO A., *Il giudice amministrativo italiano come giudice europeo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 2, 585 ss.
- PALAZZO D., *I motivi inerenti alla giurisdizione tra diritto europeo ed effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 1, 93 ss.
- PALAZZO N., *La corte costituzionale legislatore*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 1, 189 ss.
- PALLOTTINO A., *L'istruttoria nel processo davanti ai giudici amministrativi*, in *Foro it.*, 1980, V.
- PAOLANTONIO N., *L'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, Milano, Giuffrè, 1991.
- PAOLANTONIO N., *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 3, 413 ss.
- PAOLANTONIO N., *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000.
- PAOLANTONIO N., *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, in *Foro amm. CDS*, 2002, 10, 2587 ss.

- PAOLANTONIO N., *Monismo e dualismo del sistema di giustizia amministrativa. Considerazioni a margine di un disegno di legge per l'istituzione di un tribunale supremo dei conflitti*, in *Scritti in onore di Eugenio Piccozza*, II, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, 1235 ss.
- PARISIO V., *Legittimità e merito nei provvedimenti di vincolo*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 3, 234 ss.
- PARODI G., *Giudice amministrativo e "discrezionalità tecnica"*, in *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, a cura di M. BESSONE, R. GUASTINI, Padova, Cedam, 1995, 291 ss.
- PASQUINO P., *La separazione dei poteri. Prologo nel XVIII secolo: da Montesquieu a Madison*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 1, 3 ss.
- PASTORI G., *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 3171 ss.
- PASTORI G., *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Id.*, *Scritti scelti*, II, Napoli, Jovene, 2010, 567 ss.
- PATRITO P., *I "motivi inerenti alla giurisdizione" nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Napoli, ESI, 2016.
- PATRONI GRIFFI F., *La sentenza "giusta" e il metodo di decisione del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1, 106 ss.
- PATRONI GRIFFI F., *La giustizia amministrativa nel 2019*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 2, 140 ss.
- PATRONI GRIFFI F., *Profili di full jurisdiction: il diritto di azione nel processo amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, 2, 211 ss.
- PATRONI GRIFFI F., *La giustizia amministrativa nel 2020*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 1, 11 ss.
- PATRONI GRIFFI F., *Giustizia amministrativa: evoluzione e prospettive nell'ordinamento nazionale e nel quadro europeo, Lectio Magistralis svolta su Virtual Learning Environment – UNIBO nell'ambito delle attività del Dipartimento di Scienze giuridiche-DSG e del Centro di Ricerca e Formazione sul Settore Pubblico CRIFSP-SPISA*, Bologna, 24 novembre 2020, in www.spisa.unibo.it.
- PEREZ R., *L'istruzione nel procedimento amministrativo (Studio sui mezzi di informazione della pubblica amministrazione negli Stati Uniti e in Italia)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, II, 623 ss.
- PERFETTI L.R., *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 1997, 1730 ss.
- PERFETTI L.R., *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004.
- PERFETTI L.R., *Prova*, in *Enc. dir., Annali*, II- 1, Milano, Giuffrè, 2008.

- PERFETTI L.R., *Sull'istruttoria nel processo amministrativo oltre il "metodo acquisitivo"*. Osservazioni sulla relazione tra art. 64 c.p.a. ed art. 213 c.p.c., in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, II, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 739 ss.
- PERFETTI L.R., *L'istruttoria nel processo amministrativo ed il principio dispositivo*, in *Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione. Problemi teorici e dibattito giurisprudenziale*, a cura di E. FOLLIERI, E. STICCHI DAMIANI, L. PERFETTI, A. MEALE, Napoli, ESI, 2014, 43 ss.
- PERFETTI L.R., *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1, 72 ss.
- PERFETTI L.R., *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il processo*, 2020, 2, 428 ss.
- PERLINGIERI P., *L'interpretazione giuridica e i suoi canoni. Una lezione agli studenti della Statale di Milano*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 2, 405 ss.
- PICOZZA E., *Processo. Processo amministrativo (normativa)*, XXXVI, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1987, 463 ss.
- PICOZZA E., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 1997.
- PICOZZA E., *La c.t.u. tra processo amministrativo ed effettività del diritto comunitario*, in *Potere discrezionale e controllo giurisdizionale*, a cura di V. PARISIO, Milano, Giuffrè, 1998, 185 ss.
- PIETROSANTI A.G., *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 4, 209 ss.
- PINELLI C., *Dallo scrutinio stretto all'omaggio al giudice amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2020, 3, 1318 ss.
- PIOVANI P., *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 420 ss.
- PIPERATA G., *I corpi tecnici del patrimonio culturale e le insidie della legge n. 241/1990*, in *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, a cura di A. BARTOLINI et al., Torino, Giappichelli, 2021, 294 ss.
- PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo. L'accertamento del rapporto e l'esecuzione della sentenza*, II, Milano, Giuffrè, 1962.
- PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo. Struttura del giudizio e legittimazione al processo*, I, Milano, Giuffrè, 1962.
- PIRAS A., *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, 76 ss.

- POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1997.
- POLICE A., *Istruzione preventiva e processo amministrativo: riflessioni a margine di una recente pronuncia*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 3, 629 ss.
- POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, I, Padova, Cedam, 2000.
- POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, II, Padova, Cedam, 2001.
- POLICE A., *Pluralità delle pretese, unicità dell'azione e oggetto del giudizio amministrativo*, in *Giudice amministrativo e tutele in forma specifica*, a cura di A. ZITO, D. DE CAROLIS, Milano, Giuffrè, 2003, 11 ss.
- POLICE A., *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 4, 735 ss.
- POLICE A., *La c.d. invalidità formale dei provvedimenti amministrativi fra mito e realtà*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, a cura di V. PARISIO, Milano, Giuffrè, 2004, 145 ss.
- POLICE A., *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 9, 974 ss.
- POLICE A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, Giappichelli, 2007.
- POLICE A., *La giurisdizione "propria" del Consiglio di Stato dagli allegati D ed E della legge 20 marzo 1865, n. 2248 al c.p.a.*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, Zanichelli, 2011, 77 ss.
- POLICE A., *Il cumulo di domande nei "riti speciali" e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 4, 1197 ss.
- POLICE A., *La mitologia della "specialità" ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Questione giustizia*, 2015, 3, 136 ss.
- POLICE A., *L'eccesso di potere nel prisma della Costituzione repubblica, in Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto. Atti del colloquio. Firenze, 13 aprile 2018*, a cura di S. TORRICELLI, Torino, Giappichelli, 2018, 41 ss.
- POLICE A., CHIRICO F., *"I soli motivi inerenti la giurisdizione" nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il Processo*, 2019, 1, 113 ss.
- POLICE A., *Il potere, il coraggio e il tempo nel decidere. Corpi tecnici e loro valutazioni nel trentennale della legge sul procedimento amministrativo*

- vo, in *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, a cura di A. BARTOLINI e al., Torino, Giappichelli, 2021, 357 ss.
- PONTI B. (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Santarcangelo di Romagna, 2016.
- PONTICELLI P.G., *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Milano, Giuffrè, 1958.
- PORRINI R., *La giurisdizione amministrativa di annullamento nella sua natura e nelle sue relazioni colla giurisdizione ordinaria e con quelle amministrative speciali*, in *Arch. giur.*, 1891, 510 ss.
- PORTALURI P.G., *Ascendenze del creazionismo giurisprudenziale e ricadute sul processo amministrativo: il controllabile paradigma dell'accesso al giudice – Ich kenne die Sprechchöre der Macht und des Rechts, Die Lautverstärker und Sinnverfälscher der Regime. C. Schmitt, Gesang des Sechzigjährigen*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 232 ss.
- POTOTSCHING U., *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 499 ss.
- PRESUTTI E., *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Estratto dalla Giur. it.*, LXII, 1910, 10 ss.
- PRESUTTI E., *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, Società editrice libraria, 1911.
- PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. proc. civ.*, 1991, 1, 60 ss.
- PROTO PISANI A., *Relazione conclusiva*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M.G. CIVININI, C.M. VERARDI, Milano, Franco Angeli, 2001, 317 ss.
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 2002.
- PROTO PISANI A., *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli, Jovene, 2003.
- PROVENZANO P., *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2015.
- PROVENZANO P., *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post D.lgs. n. 56 del 2017*, in *Dir. dell'econ.*, 2017, 3, 820 ss.
- RACCA G.M., PONZIO S., *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, in *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici. Strumenti di prevenzione e contrasto*, a cura di L. SCOMPARIN, Torino, Giappichelli, 2016, 109 ss.
- RAMAJOLI M., *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, Giuffrè, 1998.

- RAMAJOLI M., *L'impugnazione dei provvedimenti sopravvenuti nel corso del giudizio e connessi con quello già impugnato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, 567 ss.
- RAMAJOLI M., *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1, 85 ss.
- RAMAJOLI M., *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 2, 459 ss.
- RAMAJOLI M., *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 100 ss.
- RAMAJOLI M., *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 3, 894 ss.
- RAMAJOLI M., *Riflessioni critiche sulla ragionevolezza della disciplina dei termini per ricorrere nel processo amministrativo*, in *federalismi.it*, 2018, 17, 23 ss.
- RAMAJOLI M., *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 3, 595 ss.
- RANELLETTI O., *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, Luigi Pierro editore, 1912.
- RANELLETTI O., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1937.
- RANELLETTI O., *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, 1892, ora in *Id.*, *Scritti giuridici scelti. La giustizia amministrativa*, II, Napoli, Jovene, 1992, 1 ss.
- RANELLETTI O., *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza dell'autorità giudiziaria e amministrativa*, 1893, ora in *Id.*, *Scritti giuridici scelti. La giustizia amministrativa*, II, Napoli, Jovene, 1992, 91 ss.
- RANELLETTI O., *Atti amministrativi*, in *Nov. dig. it.*, I, Torino, 1957, 1486 ss. ora anche in *Id.*, *Scritti giuridici scelti. Gli atti amministrativi*, III, Napoli, Jovene, 1992, 711 ss.
- RANELLETTI O., *Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1928, II, 69 ss. ora in *Id.*, *Scritti giuridici scelti. La giustizia amministrativa*, II, Napoli, Jovene, 1992, 165 ss.
- REDENTI E., *Diritto processuale civile*, I, Milano, Giuffrè, 1957.
- RENNA M., *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, 557 ss.

- RENNA M., *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo tra autonomia e "civilizzazione"*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, Napoli, ESI, 2006, 573 ss.
- REPETTO G., *La tensione essenziale. Governo, amministrazione e separazione dei poteri*, ivi, 363 ss.
- ROMAGNOSI G.D., *Opere postume. Ricerche sulla validità dei giudici del pubblico a discernere il vero dal falso*, II, Firenze, Stamperia Piatti, 1837, 134 ss.
- ROMANO A., *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1958.
- ROMANO A., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975.
- ROMANO A., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 4, 635 ss.
- ROMANO A., *Art. 26, t.u. Cons. St. (r.d. 26 giugno 1924, n. 1054)*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. ROMANO, R. VILLATA, Padova, Cedam, 2009, 1117 ss.
- ROMANO S., *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, Milano, Società editrice librai, III, 1901, 1252 ss.
- ROMANO S., *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, Milano, Società editrice librai, III, 1901, 624 ss.
- ROMANO TASSONE A., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987.
- ROMANO TASSONE A., *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *AA.VV., Scritti in onore di Elio Casetta*, II, Napoli, Jovene, 2001, 813 ss.
- ROMANO TASSONE A., *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno*, Palermo, 27-28 febbraio 2003, Torino, Giappichelli, 1 ss.
- ROMANO TASSONE A., *Analisi economica del diritto e "Amministrazione di risultato"*, in *Dir. amm.*, 2007, 1, 63 ss.
- ROMANO TASSONE A., *Sulle vicende del concetto di "merito"*, in *Dir. amm.*, 2008, 3, 517 ss.
- ROMANO TASSONE A., *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 3, 581 ss.

- ROMANO TASSONE A., *Su diritto ed utopia: le "utopie imperfette" del giurista*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, II, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 887 ss.
- ROMANO TASSONE A., *Sulla regola del dedotto e deducibile nel giudizio di legittimità*, in *giustamm.it*.
- ROMEO G., *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 3, 653 ss.
- ROMEO G., *A proposito del controllo di legalità*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, 551 ss.
- RORDORF R., *Questioni di diritto e giudizio di fatto*, in *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, a cura di M. ACIERNO, P. CURZIO, A. GIUSTI, Bari, Cacucci, 2011, 1 ss.
- ROVELLI F., *Sul carattere della Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1914, I, 244 ss.
- RUBINO D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, Giuffrè, 1939.
- SACCHI MORSIANI G., *Eccesso di potere amministrativo*, in *Nov. dig. it.*, Appendice, III, Torino, Utet, 1982, 219 ss.
- SACCO R., *Fatto giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, 2010, 610 ss.
- SAITTA F., *Il sistema probatorio del processo amministrativo dopo la legge n. 241 del 1990: spunti ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 1, 1 ss.
- SAITTA F., *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento: gli artt. 8, comma ult., e 21-octies, comma 2, l. n. 241 del 1990 a confronto*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 6, 2295 ss.
- SAITTA F., *Annullamento non pronunciabile o (inopportuna) preclusione all'autonoma deducibilità del vizio? (Discutendo con Leonardo Ferrara dell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990)*, in *giustamm.it*, 2008.
- SAITTA F., *I nova nell'appello amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2010.
- SAITTA F., *Onori (?) ed oneri della "processualciviltà": Palazzo Spada alle prese con il controverso concetto di indispensabilità della prova*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3, 1069 ss.
- SAITTA F., *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *Dir. e processo amm.*, 2013, 1, 93 ss.
- SAITTA F., *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3, 911 ss.
- SAITTA F., *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il "correttivo"*, in *Dir. amm.*, 2019, 1, 3 ss.

- SAITTA F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e "preferenza di amministrazione"*, in *Il Processo*, 2020, 3, 749 ss.
- SAITTA F., *Il vizio dell'eccesso di potere: una prospettiva storica*, in *Nuove autonomie*, 2021, 3, 583 ss.
- SAITTA F., *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *giustamm.it*.
- SALA G., *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 3, 572 ss.
- SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, Unione tipografico editrice, 1904.
- SALTARI L., *Giudici amministratori*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 1, 293 ss.
- SANDEVOIR P., *Etudes sur le recours de pleine jurisdiction. L'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative*, Paris, LGDJ, 1964, 65 ss.
- SANDRONI D., *Commento all'art. 146*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*, coordinato da R. TAMIOZZO, Milano, Giuffrè, 2005, 695 ss.
- SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998.
- SANDULLI A., *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, II, a cura di S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2000, 927 ss.
- SANDULLI A., *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 5, 494 ss.
- SANDULLI A., *Procedimento amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, V, Milano, Giuffrè, 2006, 4510 ss.
- SANDULLI A., *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, V, Milano, Giuffrè, 2006, 4643 ss.
- SANDULLI A., *La casa dai vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 6, 669 ss.
- SANDULLI A., *La storia e i principi*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2013, 1 ss.
- SANDULLI A., *Impervi sentieri dell'interlegalità: dal conflitto tra giurisdizioni allo scontro tra ordinamenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2021, 1, 57 ss.
- SANDULLI A., *Potere e procedimento amministrativo*, in *Enc. dir.*, V, 2023, 543 ss.

- SANDULLI A.M., *Consistenza ed estensione dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi ai giudicati*, in *Atti del convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo. Napoli 23-25 aprile 1960*, Milano, Giuffrè, 1962, 55 ss.
- SANDULLI A.M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, Morano editore, 1963.
- SANDULLI A.M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1964.
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, II, Napoli, Jovene, 1982.
- SANDULLI M.A., *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 12, 3533 ss.
- SANDULLI M.A., *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in *Federalismi.it*, 2012, 12 ss.
- SANDULLI M.A., *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Il Processo*, 2020, 3, 886 ss.
- SANDULLI M.A., DROGHINI L., *La trasparenza amministrativa nel FOIA italiano. Il principio della conoscibilità generalizzata e la sua difficile attuazione*, in *federalismi.it*, 2020, 19, 401 ss.
- SANTANIELLO G., *Il sistema probatorio nel processo amministrativo italiano (Spunti di comparazione con gli ordinamenti francese e tedesco)*, in AA.VV., *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione. Contributo alle iniziative legislative in corso*, *Atti del XXXI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna 19-21 settembre 1985*, Milano, Giuffrè, 1988, 383 ss.
- SASSANI B., DE SANTIS B., *Diniego di tutela giurisdizionale e poteri delle Sezioni Unite alla luce del diritto unitario europeo. Riflessioni a caldo su una decisione annunciata*, in *Judicium*, 2022.
- SATTA F., *Principi di giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1978.
- SAU A., *Il reclutamento dei professori e dei ricercatori universitari dopo la legge 30 dicembre 2010, n. 240*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 3, 384 ss.
- SAVINO M., *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. amm.*, 2019, 3, 453 ss.
- SCOCA F.G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971.
- SCOCA F.G., *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, Arti grafiche, 1979.
- SCOCA F.G., *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, 1376 ss.

- SCOCA F.G., *Aspetti processuali del giudizio di ottemperanza*, in AA.VV., *Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso dalla Amministrazione provinciale di Como, Varenna, Villa Monastero, 17-19 settembre 1981*, Milano, Giuffrè, 1983.
- SCOCA F.G., *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei Tribunali Amministrativi regionali*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 2, 253 ss.
- SCOCA F.G., *Tribunali amministrativi regionali (TAR)*, in *Dizionario amministrativo*, II, a cura di G. GUARINO, Milano, Giuffrè, 1985, 1555 ss.
- SCOCA F.G., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990.
- SCOCA F.G., *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giurisdizionale*, a cura di V. PARISIO, Milano, Giuffrè, 1998, 115 ss.
- SCOCA F.G., *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, Jovene, 1999, 1261 ss.
- SCOCA F.G., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 4, 1045 ss.
- SCOCA F.G., *I vizi formali, nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, a cura di V. PARISIO, Milano, Giuffrè, 2004, 55 ss.
- SCOCA F.G., *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, 4, 2209 ss.
- SCOCA F.G., *Articolo 65. Mezzi di prova* (commento), in *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, a cura di A. QUARANTA, V. LOPILATO, Milano, Giuffrè, 2011, 535 ss.
- SCOCA F.G., *Articolo 64* (commento), in *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, a cura di A. QUARANTA, V. LOPILATO, Milano, Giuffrè, 2011, 548 ss.
- SCOCA F.G., *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, 379 ss.
- SCOCA F.G., *Autodichia e Stato di diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 25 ss.
- SCOCA F.G., *Il Consiglio di Stato e i conflitti di attribuzione (1865-1877)*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, Zanichelli, 2011, 93 ss.

- SCOCA F.G., *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, Giappichelli, 2013, 3 ss.
- SCOCA F.G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017.
- SCOCA F.G., *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *giustamm.it*, 2018, 6.
- SCOCA F.G., *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (breve considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 4, 1097 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *Fatto giuridico e fattispecie complessa. (Considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 331 ss.
- SERENI LUCARELLI C., *Esclusione del concorrente non in regola con il fisco e principio di proporzionalità*, in *Munus*, 2019, 3, 827 ss.
- SERENI LUCARELLI C., *Le sanzioni della Banca d'Italia nel panorama delle sanzioni amministrative tra mito e realtà*, in *Banca, impr. soc.*, 2020, 2, 317 ss.
- SERENI LUCARELLI C., *L'esercizio dei golden powers: criticità attuali e prospettive future*, in *Giur. comm.*, 2023, 6, 1011 ss.
- SERIO G., *Brevi note sul nuovo sistema probatorio nelle controversie di pubblico impiego (nota a C. cost. 23 aprile 1987, n. 146)*, in *Foro amm.*, 1988, 5, 1282 ss.
- SERRA M.T., *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991.
- SERGES G., *La giurisdizione in materia di sanzioni inflitte dalla Banca d'Italia tra i principi elastici di delega e reviviscenza di disposizioni abrogate*, in *Giur. cost.*, 2014, 2, 1681 ss.
- SEVERINI G., *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, in *Aedon*, 2016, 3 ss.
- SIGISMONDI G., *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, Jovene, 2012.
- SIGISMONDI G., *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 2, 705 ss.
- SIGISMONDI G., *Valutazione paesaggistica e discrezionalità tecnica: il Consiglio di Stato pone alcuni punti fermi*, in *Aedon*, 2016, 3 ss.
- SIGISMONDI G., *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giuri-*

- sdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giur. cost.*, 2018, 1, 122 ss.
- SILVESTRI G., *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, 670 ss.
- SILVESTRI G., *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009.
- SILVESTRI G., *Relazione di sintesi*, in *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione. Atti del convegno di Copanello. 1-2 luglio 2011*, a cura di F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAIITA, Milano, Giuffrè, 2013, 183 ss.
- SILVESTRI G., *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, V, Milano, Giuffrè, 2023, 1122 ss.
- SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2018, 194 ss.
- SORRENTINO A., *Provvedimenti elusivi e giudizio di ottemperanza*, in *AA.Vv., Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso dalla Amministrazione provinciale di Como, Varenna, Villa Monastero, 17-19 settembre 1981*, Milano, Giuffrè, 1983.
- SORRENTINO S., *Una seconda chance: il soccorso istruttorio*, in *Munus*, 2017, 2, 439 ss.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 1, 7 ss.
- SPASIANO M.R., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003.
- SPASIANO M.R., *Tre quesiti sulla giustizia nell'amministrazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 9, 889 ss.
- SPASIANO M.R., *Art. 146*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2019, 1306.
- SPATTINI G.C., *Note minime su autorità indipendenti, separazione dei poteri e "giusto processo" nel Codice: ancora una "ingiustizia amministrativa" nei confronti della discrezionalità tecnica?*, in *giustamm.it*.
- SPAVENTA S., *La giustizia nell'amministrazione. Discorso pronunciato da Silvio Spaventa nell'Associazione costituzionale di Bergamo il 6 maggio 1880*, in *Codice della giustizia amministrativa. Leggi e regolamenti concernenti le questioni amministrative da trattarsi innanzi al Consiglio di Stato ed alle giunte provinciali amministrative con commenti e massime giurisprudenziali*, a cura di R. PORRINI, Firenze, Barbera, 1900, spec. 28 ss.

- SPINELLI S., *Discrezionalità tecnica e mancato esperimento di consulenza tecnica in giudizio: un vulnus alla tutela sostanziale del privato?*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 10, 3272 ss.
- SPUNTARELLI S., *L'amministrazione per legge*, Milano, Giuffrè, 2007.
- SPUNTARELLI S., *Il parlamento amministratore*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 1, 121 ss.
- STELLA RICHTER P., *La riforma del sistema delle prove nel processo amministrativo*, in *Giust. civ.*, 1984, 10, II, 416 ss.
- TARANTINO L., *Wittgenstein, Mortati e l'integrazione della motivazione in giudizio*, in *Urb. e app.*, 2002, 8, 935 ss.
- TARANTINO L., *Il soccorso istruttorio nel vecchio e nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2017, 1, 127 ss.
- TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, Giuffrè, 1992.
- TARUFFO M., *Prova giuridica*, in *www.treccani.it*, 1997.
- TARUFFO M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza, 2009.
- TARUFFO M., *Il fatto e l'interpretazione*, in *La fabbrica delle interpretazioni. Atti del VII Convegno della facoltà di giurisprudenza. Università degli Studi di Milano-Bicocca. 19-20 novembre 2009*, a cura di B. BISCOTTI, P. BORSELLINO, V. POCAR, D. PULITANÒ, Milano, Giuffrè, 2012, 123 ss.
- TARUFFO M., *Fatti e prove*, in *La prova nel processo civile*, a cura di M. TARUFFO, Giuffrè, 2012, 3 ss.
- TARUFFO M., *Verità e prova nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 4, 1305 ss.
- TEGA D., D'AMICO G., *La costituzione italiana e la separazione dei poteri: le scelte dell'assemblea costituente tra modelli storici e contesto politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 1, 89 ss.
- TENTOLINI O., *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1942.
- TONOLETTI B., *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1998, I, 1567 ss.
- TONOLETTI B., *L'accertamento amministrativo*, Padova, Cedam, 2001.
- TORCHIA L., *Il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 11, 1117 ss.
- TORCHIA L., *L'istituzione della V sezione con la legge n. 62 del 1907: la "carta giurisdizionale" del Consiglio di Stato*, in *AA.VV., Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, Zanichelli, 2011, 177 ss.

- TORCHIA L., *Il sistema amministrativo e le attività produttive: le barriere, gli ostacoli, i nodi. Studi di caso per uscire dal labirinto*, in *I nodi della pubblica amministrazione*, a cura di L. TORCHIA, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, 21 ss.
- TORCHIA L., *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 188 ss.
- TORRENTE A., *Il ricorso alle Sezioni Unite della Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato per motivi attinenti alla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 252 ss.
- TORRENTE A., *La competenza del giudice ordinario ed i suoi poteri di cognizione nelle controversie in cui è interessata la pubblica amministrazione*, in *La giustizia amministrativa*, a cura di G. MIELE, Vicenza, Neri Pozza, 1968, 141 ss.
- TORRICELLI S., *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità: per introdurre una riflessione*, in *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto. Atti del colloquio. Firenze, 13 aprile 2018*, a cura di S. TORRICELLI, Torino, Giappichelli, 2018, 1 ss.
- TORRICELLI S., *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 97 ss.
- TRAVI A., *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 4, 558 ss.
- TRAVI A., *Il giudizio di ottemperanza ed il termine per l'esecuzione del giudicato*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 10, 976 ss.
- TRAVI A., *Parere nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, Utet, 1995, 601 ss.
- TRAVI A., *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 1997, 11, 1262 ss.
- TRAVI A., *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 380 ss.
- TRAVI A., *Un intervento di Francesco Rovelli sull'eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 2, 455 ss.
- TRAVI A., *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2002, 2, 425 ss.
- TRAVI A., *Giusto processo e procedimenti amministrativi speciali*, in *Il giusto processo. Atti del Convegno tenutosi a Roma il 28-29 marzo 2002 presso l'Accademia nazionale dei Lincei*, 2003, 68 ss.
- TRAVI A., *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439 ss.

- TRAVI A., *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Foro it.*, 2004, I, 2598 ss.
- TRAVI A., *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia “amministrativa”?*, in *Gior. dir. amm.*, 2006, 3, 304 ss.
- TRAVI A., *L’effettività della giustizia amministrativa*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo. L’opera scientifica di Fabio Merusi*, a cura di L. BENVENUTI, M. CLARICH, Pisa, ETS, 2010, 51 ss.
- TRAVI A., *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *foroitaliano.it*.
- TRAVI A., *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 2, 505 ss.
- TRAVI A., *Giurisdizione ed amministrazione*, in *Sindacato giurisdizionale e “sostituzione” della pubblica amministrazione. Atti del convegno di Copanello. 1-2 luglio 2011*, a cura di F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAIITA, Milano, Giuffrè, 2013, 3 ss.
- TRAVI A., *recensione a R. BRIANI, L’istruzione probatoria nel processo amministrativo. Una lettura alla luce dell’articolo 111 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 2, 514 ss.
- TRAVI A., *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 2, 691 ss.
- TRAVI A., *Le nuove sfide della giustizia amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 2, 173 ss.
- TRAVI A., *Rapporti fra le giurisdizioni e interpretazione della Costituzione: osservazioni sul Memorandum dei presidenti delle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro it.*, 2018, CXLIII, 109 ss.
- TRAVI A., *Relazione in occasione della presentazione del libro “Le ragioni della specialità”*, Bologna, 30 maggio 2018.
- TRAVI A., *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione “funzionale” delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 1111 ss.
- TRAVI A., *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, 14 febbraio 2019.
- TRAVI A., *Il sistema delle azioni delineato dal Codice del processo amministrativo*, in *L’oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, a cura di C. CUDIA, Torino, Giappichelli, 2020, 15 ss.

- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2021.
- TRIMARCHI BANFI F., *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, 361 ss.
- TRIMARCHI F., *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, Milano, Giuffrè, 1974.
- TRIMARCHI M., “*Problema dell’amministrazione*” e “*problema del giudice*”: principio di separazione dei poteri ed effettività della tutela nel pensiero di Franco Ledda, in *Sindacato giurisdizionale e “sostituzione” della pubblica amministrazione. Atti del convegno di Copanello. 1-2 luglio 2011*, a cura di F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA, Milano, Giuffrè, 2013, 179 ss.
- TRIMARCHI M., *Appunti sulla legittimità in diritto amministrativo: origine, evoluzione e prospettive del concetto*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 4, 1300 ss.
- TRIMARCHI M., *Il divieto di “pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati” attraverso il prisma della giurisprudenza*, in *Foro amm. CDS*, 2013, 4, 1097 ss.
- TRIMARCHI M., *L’art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell’attività amministrativa in Italia*, in *Dir. amm.*, 2011, 3, 537 ss.
- TRIMARCHI M., *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, ETS, 2013.
- TRIMARCHI M., *L’inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018.
- TRIMARCHI M., *Note sul preavviso di rigetto dopo la legge n. 120 del 2020*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, 2, 415 ss.
- TROISE MANGONI W., *Le sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d’Italia: riflessioni in tema di giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 33 ss.
- TROPEA G., *La c.d. motivazione “successiva” tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, 3, 531 ss.
- TROPEA G., *L’“ibrido fiore della conciliazione”: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 3, 965 ss.
- TROPEA G., *Il processo amministrativo in trasformazione nelle ultime opere di Antonio Romano Tassone*, in *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, a cura di L. GIANI, A. POLICE, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 291 ss.
- TROPEA G., *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 4, 1235 ss.

- TROPEA G., *Diritto alla sicurezza giuridica nel dialogo “interno” ed “esterno” tra corti*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 4, 1255 ss.
- TROPEA G., *Il Golem europeo e i “motivi inerenti alla giurisdizione” (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *giustizia-insieme.it*.
- TROPEA G., *Lo svolgimento del processo in primo grado: fase istruttoria. I principi dell’attività istruttoria*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di G.P. CIRILLO, S. PERONGINI, Torino, Giappichelli, 2020, 248 ss.
- TROPER M., *La séparation des pouvoirs et l’histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 1973.
- VACCARELLA R., *Violazioni del diritto europeo e “motivi inerenti alla giurisdizione”: novità in vista?*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1, 207 ss.
- VACCARI S., *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017.
- VACCARI S., *Il Consiglio di Stato e la “riduzione progressiva della discrezionalità”. Verso un giudicato a “spettanza stabilizzata”?*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 4, 1172 ss.
- VACCHELLI G., *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l’autorità amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, III, Milano, Società editrice Libraia, 1901, 431 ss.
- VACIRCA G., *La giurisdizione di merito: cenni storici e profili problematici*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- VACIRCA G., *Prime riflessioni sul nuovo regime delle prove nelle controversie in materie di pubblico impiego (nota a C. cost. 23 aprile 1987, n. 146)*, in *Foro amm.*, 1987, 6, 1344 ss.
- VAIANO D., *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996.
- VAIANO D., *Sindacato di legittimità e “sostituzione” della pubblica amministrazione*, in *Sindacato giurisdizionale e “sostituzione” della pubblica amministrazione. Atti del convegno di Copanello. 1-2 luglio 2011*, a cura di F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA, Milano, Giuffrè, 2013, 11 ss.
- VALAGUZZA S., *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, Giuffrè, 2016.
- VALAGUZZA S., MARTELLA I., *L’effettività della tutela nella esperienza giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 2, 783 ss.
- VARNI A., MELIS G. (a cura di), *Burocrazie non burocratiche. Il lavoro dei tecnici nelle amministrazioni tra Otto e Novecento*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1999.

- VELLANI M., *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, Utet, 1988.
- VELTRI G., *Gli ordini istruttori del giudice amministrativo e le conseguenze del loro inadempimento*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2013.
- VERDE G., *Prova (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, 579 ss.
- VERRIENTI L., *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, Utet, 1991, 453 ss.
- VIDETTA C., *Discrezionalità tecnica: problemi vecchi e nuovi dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 6, 2251 ss.
- VIDETTA C., *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione nella giurisprudenza successiva alla decisione 9 aprile 1999 n. 601 della quarta sezione del Consiglio di Stato*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 4, 1185B ss.
- VIDETTA C., *L'amministrazione della tecnica: la tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2008.
- VIGNUDELLI A., *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in www.dirittoquestionipubbliche.org.
- VILLAMENA S., *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008.
- VILLAMENA S., *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in federalismi.it, 2016, 23, 1 ss.
- VILLATA R., *L'esecuzione del giudicato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1968.
- VILLATA R., *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1971.
- VILLATA R., *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 2, 201 ss.
- VILLATA R., *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 2, 195 ss.
- VILLATA R., *Dodici anni dopo: il codice del processo amministrativo*, in *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. SASSANI, R. VILLATA, Giappichelli, Torino, 2012, 41 ss.
- VILLATA R., *“Lunga marcia” della Cassazione verso la giurisdizione unica (“dimenticando” l’art. 103 della Costituzione)?*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 324 ss.
- VILLATA R., *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 2, 285 ss.

- VILLATA R., *Ancora “spigolature” sul nuovo processo amministrativo*, in ID., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, 127 ss.
- VILLATA R., *Osservazioni in tema di incidenza dell’ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, in ID., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, 1217 ss.
- VILLATA R., *Spigolature “stravaganti” sul nuovo Codice del processo amministrativo*, in ID., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, 115 ss.
- VILLATA R., *Sui “motivi inerenti alla giurisdizione”*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 3, 632 ss.
- VILLATA R., RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017.
- VILLATA R., *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 2, 369 ss.
- VIRGA G., *Le limitazioni probatorie nell’ambito della giurisdizione generale di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 1, 115 ss.
- VIRGA G., *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991.
- VIRGA G., *Le riforme a metà (prime osservazioni sugli artt. 33-35 del D.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 ed in particolare sulla possibilità per il giudice amministrativo di condannare la P.A. al risarcimento del danno ingiusto nelle nuove materie rientranti nella sua competenza esclusiva)*, in *Giust. amm. sic.*, 1998, 1, 286 ss.
- VIRGA P., *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1972.
- VIRGA P., *Diritto amministrativo – 2. Atti e ricorsi*, Milano, Giuffrè, 1999.
- VIRGA P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2003.
- VITTA C., *Diritto amministrativo*, I, Torino, Utet, 1937.
- VITTA C., *La giurisdizione amministrativa e il diritto obiettivo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1921, I, 265.
- VOGLIOTTI M., *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007.
- VOLPE F., *Spunti di giustapposizione tra il sistema processuale italiano e quello tedesco, in materia di poteri d’ufficio del giudice amministrativo*, in *Annuario 2012. Principio della domanda e poteri d’ufficio del giudice amministrativo. Atti del convegno annuale Trento, 5-6 ottobre 2012. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, 165 ss.

- VOSA G., CECILI M., *La funzione normativa dell'ordine giudiziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 1, 255 ss.
- ZANOBINI G., *Dell'errore di fatto negli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1927, I, 524 ss.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1936280 ss.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo. La giustizia amministrativa*, II, Milano, Giuffrè, 1958.
- ZINGALES I., *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, Giuffrè, 2007.
- ZUCARO A., *La crisi dei Corpi Tecnici della Pa nel quadro della crisi delle politiche pubbliche*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, 2, 303 ss.

SOMMARIO

PREMESSA E OBIETTIVO DELL'INDAGINE

v

CAPITOLO I

IL FATTO "AMMINISTRATIVO": ALLA RICERCA DI UNA DEFINIZIONE TRA PROCEDIMENTO E PROCESSO

1. Il "problema" di una definizione del fatto	1
2. Il fatto giuridicamente rilevante tra fatto descritto nella norma e crisi della fattispecie	6
3. La distinzione tra fatti "semplici" e fatti "complessi" dal piano della fattispecie astratta al fatto concreto	15
4. Il fatto quale componente dell'interesse pubblico concreto	22
4.1. La rilevanza dell'interesse pubblico concreto nella definizione del fatto	29
5. Il fatto nel passaggio dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto quale fatto non meramente storico	34
5.1. Il fatto nella dinamica tra procedimento e processo, oltre l'istruttoria procedimentale	41
6. Cenni di metodo e rinvii	48

CAPITOLO II

GIUDIZIO SUL FATTO E PRINCIPIO DI SEPARAZIONE DEI POTERI. SPUNTI RICOSTRUTTIVI E PROFILI EVOLUTIVI

1. Le ragioni di una ricostruzione storica nella prospettiva della separazione dei poteri	51
2. La giurisdizione "propria" quale eccezione alla giurisdizione con limitato accesso al fatto: l'accesso al fatto per il controllo dell'economia	57
3. Il giudizio sull'erroneo accertamento del fatto nella giurisdizione di legittimità: fatto falsamente rappresentato, travisato o inesistente	62
4. Da un giudizio potenzialmente anche sul fatto ad un giudizio in concreto sulla sola opportunità nella giurisdizione "anche in merito"	68
5. La perdurante distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi nell'accesso al fatto nelle materie di giurisdizione esclusiva	76
6. Il necessario ripensamento del principio di separazione del potere giurisdizionale dal potere amministrativo	83
7. Il ruolo del giudice dei conflitti di attribuzione nella definizione dei confini tra amministrazione e giurisdizione	92
7.1. I «soli motivi inerenti alla giurisdizione»: dal controllo sull'eccesso di potere giurisdizionale al rischio di un nuovo "balletto di giurisdizioni"	98

CAPITOLO III
L'ISTRUZIONE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO SUL FATTO:
OBBLIGHI ISTRUTTORI E MEZZI DI PROVA

1. Dall'istruzione probatoria tra conoscenza del fatto e effettività della tutela alla conoscenza del fatto tra istruzione probatoria e effettività della tutela	111
2. L'istruttoria processuale <i>oltre</i> l'istruttoria procedimentale	121
3. L'allegazione dei fatti nel giudizio sul fatto: onere della parte o potere del giudice?	125
4. L'attualità del metodo acquisitivo	133
4.1. I limiti del metodo acquisitivo tra concreta applicazione dell'onere della prova e riserva di amministrazione	137
5. I mezzi di prova a dieci anni dall'introduzione del codice del processo amministrativo: è "ragionevole" continuare ad escludere l'interrogatorio formale e il giuramento?	147
6. La richiesta di chiarimenti tra integrazione postuma della motivazione e accesso distorto del giudice al fatto	154
7. Attualità della distinzione tra verifica e consulenza tecnica d'ufficio	158
8. L'istruzione da mezzo a "presunto" ostacolo nell'accesso al fatto	170

CAPITOLO IV
COGNIZIONE DEL FATTO TECNICO TRA CRITICITÀ DELL'ATTIVITÀ
CONSULTIVA E PROSPETTIVE DEL SINDACATO
SULLE VALUTAZIONI TECNICHE

1. Tecnica e diritto: risvolti processuali di un problema sostanziale	175
2. Alcune contraddizioni nel procedimento consultivo tra teorica necessità e perdita strumentalità dell'attività consultiva della pubblica amministrazione	184
3. L'accesso del giudice al fatto tecnico muovendo dal sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche: ancora alla ricerca di un'uniformità perduta	192
4. Tendenze e controtendenze nell'accesso del giudice al fatto tecnico: quando l'accesso al fatto tecnico incide sulla sindacabilità delle valutazioni tecniche	198
4.1. L'insindacabilità delle valutazioni tecniche invocata per escludere l'accesso al fatto tecnico	205
5. L'attività consultiva quale criterio non uniformante nel giudizio sul fatto tecnico	212
6. Il ruolo del consulente tecnico d'ufficio nella cognizione del fatto tecnico: "deferenza" del giudice amministrativo o reale rischio di sostituzione?	218

CAPITOLO V
DINAMICHE ULTERIORI DEL GIUDIZIO CON ACCESSO AL FATTO

1. Alcune considerazioni di sintesi	227
2. L'articolo 21- <i>octies</i> , comma 2 tra riedizione del procedimento e accettabilità del risultato raggiunto quale fatto accertato nel processo	230
3. Motivazione successiva del provvedimento e motivazione della sentenza tra divieto di integrazione e accesso del giudice al fatto	245
4. Il soccorso istruttorio processuale tra limiti sostanziali e giudice "in soccorso" nell'accesso al fatto	253
5. La ragionevolezza da limite a indice relativo e il richiamo atecnico ai principi generali nel sindacato sull'eccesso di potere	259
6. Il giudicato che opera come "fatto" nella riedizione di un potere limitatamente inesauribile	268
 BIBLIOGRAFIA	 275

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. COLI U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. DONATELLI I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. VALENZA P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. ZINGALI G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. TUMEDEI C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. ALBERTONI A., *L'Apokeryxis*", 1923.
7. SALVI F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. MILANI F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. FASSÒ G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. FERRI L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. ROSSI G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. POGGESCHI R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. MATTEUCCI N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. FORCHIELLI P., *I contratti reali*, 1952.
15. SALVI F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. FASSÒ G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. PALAZZINI FINETTI L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, 1953.
18. ROSSI G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. FERRI L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. TORELLI P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. SANTINI G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. GIANNITI F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. GHEZZI G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. NARDI E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. FERRI L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. GHEZZI G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. BONSIGNORI A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. GUALANDI A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. BONSIGNORI A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. NARDI E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. ROMAGNOLI U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. SANTINI G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. RUDAN M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. BONINI R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. COLLIVA P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. MENGOLZI P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. ROVERSI MONACO F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. GIANNITI F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. MENGOLZI P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. MONTUSCHI L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. BONINI R., *Ricerche di diritto giustiniano*, 1968.
53. SANTINI G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. LO CASTRO G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. ROVERSI MONACO F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. GIANNITI F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. MENGOLZI P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. CARINCI E., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. OSTI G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. ZUELLI F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. PERGOLESI F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. MONTUSCHI L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. PATTARO E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. PINI G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. CARPI F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. DE VERGOTTINI G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. PAOLUCCI L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. DE GENNARO A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. GIANNITI F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. BONVICINI D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. DE VERGOTTINI G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. LAMBERTINI R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. DALLA D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. DI PIETRO A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. ROMANELLI G., *Profilo del noleggino*, 1979.
80. BORGHESI D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. DALLA TORRE G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. ALLEVA P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. PULIATTI S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. FASSÒ G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. SGUBBI E., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. LAMBERTINI R., *Plagium*, 1980.
88. DALLA D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. VANDELLI L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. NARDI E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. PELLICANÒ A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. GIARDINI D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. BORTOLOTTI D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. ROFFI R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. ALESSI R., *Scritti minori*, 1981.
96. BASSANELLI SOMMARIVA G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del Giudice nel diritto giustiniano*, 1983.
97. ZANOTTI A., *Cultura giuridica del Seicento e jus publicum ecclesiasticum nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. TONIATTI R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. NARDI E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. DALLA D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. CAIA G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. BARATTI G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. BORTOLOTTI D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. PULIATTI S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustino I a Giustino II*, 1984.
108. LAMBERTINI R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. ZANOTTI M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. RUFFOLO U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. BIAGI M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. MALAGÙ L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. RICCI G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. ZANOTTI A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. SELMINI R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. DALLA D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. ZUNARELLI S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. ZOLI C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. CAVINA M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. CALIFANO L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. SARTI N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. SCARPONI S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. BERNARDINI M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. LA TORRE M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. GARCIA DE ENTERRIA J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. BIAGI GUERINI R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrati nel diritto amministrativo*, 1989.
131. MAGAGNI M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. PETRONI L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. ZANOTTI A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. SARTOR G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. ROSSI L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. LUCHETTI G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. SARTI N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. GUSTAPANE A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. BOTTARI C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. VANDELLI L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. GASPARRI P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. CAPUZZO E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. BIAVATI P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. FERRARI F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. GUSTAPANE A., SARTOR G., VERARDI C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. CARPANI G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. MUSSO A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. DONINI M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. CALIFANO PLACCI L., *Le commissioni Parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. MANZINI P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. TIMOTEO M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. SESTA M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. TULLINI P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. RESCIGNO F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. LUGARESI N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. SARTI N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. COLLIVA P., *Scritti minori*, 1996.
162. DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. GARDINI G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. MANZINI P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. MITTICA M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. LUCCHETTI G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. CAMON A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. MANCINI S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. ZANOBETTI PAGNETTI A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. BRICOLA E., *Scritti di diritto penale. Vol. I, Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Vol. II, Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. GRAZIOSI A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. BIAVATI P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. ROSSI G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. PELLEGRINI S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. BONI G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. I, Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. II, Diritto dell'Unione europea*, 1998.
180. ROSSI A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. BONGIOVANNI G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. CAPUTO G., *Scritti minori*, 1998.
183. GARRIDO J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. BELLODI ANSALONI A., *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, I, 1998.
185. FRANCIOSI E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. CATTABRIGA C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. MANCINI L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. GUSTAPANE A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. RICCI G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. FASSÒ G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. FASSÒ G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. SCARCIGLIA R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. BRIGUGLIO F., "Fideiusoribus succurri solet", 1999.
195. MALTONI A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. FONDAROLI D., *Illicito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. ROSSI L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. GRAGNOLI E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. BONI G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. LUGARESÌ N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. LALATTA COSTERBOSA M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilhelm von Humboldt*, 2000.
202. SEMERARO P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. VERZA A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. LOLLI A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. CAMPANELLA P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. LASSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. BIANCO A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. RAFFI A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. PIERGIGLI V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. CAFARO S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. MASUTTI A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. ZANOTTI A., ORLANDO F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. LUPOI M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. LOLLI A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. CURI F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. COTTIGNOLA G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. GARDINI G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. CEVENINI C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. MONDUCCI J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. VILLECCO BETTELLI A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. BRIGHI R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. LUCHETTI G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. CANESTRARI S., FOFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. MEMMO D., MICONI S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze*. *Global Classroom Seminar*, 2006.
- 230.BIS BRIGUGLIO F., *Studi sul procurator*, 2007.
231. QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. TAROZZI S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. BOTTI F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. MONTALTI M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. LEGNANI ANNICHINI A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformazioni quattrocentesche*, 2008.
240. LOLLI A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. VACCARELLA M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. TUBERTINI C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. FIORIGLIO G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. BOTTI F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. ZANOBETTI PAGNETTI A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. MATTIOLI F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. BERTACCINI D., *La politica di polizia*, 2009.
249. ASTROLOGO A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. DI MARIA S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del codice*, 2010.
251. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. QUERZOLA L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. BOLOGNA C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. RASIA C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. BELLODI ANSALONI A., *Ad eruendam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta*, 2011.
257. PONTORIERO I., *Il prestito marittimo in diritto romano*, 2011.
258. GIUSTIZIA senza confini. Studi offerti a Federico Carpi, 2012.
259. GUSTAPANE A., *Il ruolo del Pubblico ministero nella Costituzione italiana*, 2012.
260. CAIANIELLO M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, 2012.
261. BRIGUGLIO F., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, 2012.
262. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Nuova edizione, 2012.
263. TASSINARI D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, 2012.
264. MARTELLONI F., *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, 2012.
265. ROVERSI-MONACO F. (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, 2013.
266. TORRE V., *La privatizzazione delle fonti di diritto penale*, 2013.
267. RAFFIOTTA E.C., *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, 2013.
268. CARUSO C., *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, 2013.
269. PEDRINI E., *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, 2013.
270. CURI E., *Profili penali dello stress lavoro-correlato. L' homo faber nelle organizzazioni complesse*, 2013.
271. CASALE D., *L'idoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, 2013.
272. NICODEMO S., *Le istituzioni della conoscenza nel sistema scolastico*, 2013.
273. LEGNANI ANNICHINI A., «Proxenetes est in tractando». *La professione ingrata del mediatore di commercio (secc. XII-XVI)*, 2013.
274. MONDUCCI J., *Il dato genetico tra autodeterminazione informativa e discriminazione genotipica*, 2013.
275. MANTOVANI M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, 2014.
276. DE DONNO M., *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, 2015.

277. PACILLI M., *L'abuso dell'appello*, 2015.
278. PIŠTAN Č., *Tra democrazia e autoritarismo. Esperienze di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area post-sovietica*, 2015.
279. BELLODI ANSALONI A., *L'arte dell'avvocato, actor veritatis. Studi di retorica e deontologia forense*, 2016.
280. HOXHA D., *La giustizia criminale napoleonica. A Bologna fra prassi e insegnamento universitario*, 2016.
281. QUERZOLA L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, 2016.
282. PIERI B., *Usurai, ebrei e poteri della Chiesa nei consilia di Paolo da Castro*, 2016.
283. RASIA C., *La crisi della motivazione nel processo civile*, 2016.
284. DRIGO C., *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, 2016.
285. POLACCHINI F., *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, 2016.
286. CALCAGNILE M., *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse nella disciplina dell'accesso alle cariche pubbliche*, 2017.
287. VILLA E., *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, 2017.
288. VINCIERI M., *L'integrazione dell'obbligo di sicurezza*, 2017.
289. CASALE D., *L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti*, 2017.
290. GANARIN M., *L'interpretazione autentica nelle attuali dinamiche evolutive del diritto canonico*, 2018.
291. LAUS F., *Il rapporto collaborativo tra pubblico e privato nella contrattazione pubblica. Unione Europea e ordinamenti nazionali: analisi comparata di modelli e riforme*, 2018.
292. BONACINI P., *Multā scripsit, nihil tamen reperitur. Niccolò Mattarelli giurista a Modena e Padova (1204 ca.-1314 ca.)*, 2018.
293. GABELLINI E., *L'azione arbitrare. Contributo allo studio dell'arbitrabilità dei diritti*, 2018.
294. LUPOI M.A., *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, 2018.
295. DALLARI F., *Vincoli espropriativi e perequazione urbanistica. La questione della discrezionalità*, 2018.
296. DONINI A., *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, 2019.
297. NOVARO P., *Profili giuridici dei residui delle attività antropiche urbane. Gli incerti confini della gestione dei rifiuti urbani*, 2019.
298. MATTIOLI F., *Giustiniano, gli argentari e le loro attività negoziali. La specialità di un diritto e le vicende della sua formazione*, 2019.
299. RAFFIOTTA E.C., *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, 2019.
300. MEDINA M.H., *Servio Sulpicio Rufo: un retrato final desde la perspectiva de Cicerón*, 2020.
301. CENTAMORE G., *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, 2020.
302. CARUSO C., *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, 2020.
303. MATTHEUDAKIS M.L., *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, 2020.
304. TEGA D., *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, 2020.
305. BOLOGNA C., *La libertà di espressione dei «funzionari»*, 2020.
306. ABIS S., *Capace di intendere, incapace di volere. Malinconia, monomania e diritto penale in Italia nel XIX secolo*, 2020.
308. CARUSO C., MEDICO F., MORRONE A. (a cura di), *Granitel Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, 2020.
- 308.BIS CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, 2021.
309. MORRONE A., *Il sistema finanziario e tributario della Repubblica. I principi costituzionali*, 2021.
310. PEZZATO E., *Si sanctitas inter eos sit digna foedere coniugali. Gli apporti patrimoniali alla moglie superstita in età tardoantica e giustiniana*, 2022.
311. MOLINARI M., *La Parafrasi greca delle Istituzioni di Giustiniano tra methodus docendi e mito. Ἐχε ταῦτα ὡς ἐν προθεωρίᾳ*, 2021.
312. GUERRIERI G., LUCHETTI G., LUPOI M.A., MANES P., MARTINO M., TASSANI T. (a cura di), *Fiducia e destinazione patrimoniale. Percorsi giuridici a confronto*, 2022.
313. MORRONE A., MOCCHEGIANI M. (a cura di), *La regolazione della sicurezza alimentare tra diritto, tecnica e mercato: problemi e prospettive*, 2022.
314. GIUPPONI T.F., ARCURI A. (a cura di), *Sicurezza integrata e welfare di comunità*, 2022.

315. BONETTI T., *La partecipazione strumentale*, 2022.
316. GUARNIERI E., *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, 2022.
317. CAVINA M., *Un inedito di Giulio Claro (1525-1575): Il «trattato di duello». Edizione dal manoscritto [Madrid] Biblioteca de San Lorenzo de El Escorial, g. II. 10*, 2022.
318. PACILLI M., *La tutela camerale tra forme e garanzie*, 2022.
319. CALCAGNILE M., *L'oggetto del provvedimento amministrativo e la garanzia di effettività nell'amministrazione pubblica*, 2022.
320. MENGOSI P., *L'idea di solidarietà nel diritto dell'Unione Europea*, 2022.
321. TOMER A., *'Aedes sacrae' e 'edifici destinati all'esercizio pubblico del culto cattolico'. La condizione giuridica delle chiese tra ordinamento canonico e ordinamento italiano*, 2022.
322. CALETTI G.M., *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, 2023.
323. MULAZZANI G., *La Cassa depositi e prestiti e la riforma amministrativa dell'economia*, 2023.
324. VISCONTI A.C., *Banca centrale europea e sovranità economico-finanziaria*, 2023.
325. PEDULLÀ A., *Contributo per una teoria sulla costituzionalizzazione del giusto procedimento*, 2023.
326. D'ANGELO G. (edited by), *Aspects of customs control practices in selected EU member states*, 2023.
327. DE PETRIS A.L., *Il principio servitus in faciendo consistere nequit e la categoria dell'onere reale nella tradizione romanistica*, 2023.
328. MEDICO F., *Il Doppio Custode. Un modello per la giustizia costituzionale europea*, 2023.
329. SANTANGELO A., *Uno studio sui delitti di turbativa. La tutela della concorrenza tra tipicità e proporzionalità dell'intervento penale*, 2023.
330. ALBANESE A., *Quod nullum est nullum producit effectum? I vizi del contratto e la forza del fatto*, 2023.
331. PONTORIERO I., VEGLIA M. (a cura di), *«E sarai meco senza fine cive». Temi, personaggi e fortuna della cultura politica e giuridica di Dante*, 2023.
332. GUSTAPANE A., *La responsabilità penale dei pubblici ufficiali tra insindacabilità legislativa, imparzialità giudiziaria e discrezionalità amministrativa*, 2023.
333. GRAZIADEI M., TIMOTEO M., CARPI A. (a cura di), *Chi resiste alla globalizzazione? Globalismi, regionalismi, nazionalismi nel diritto del XXI secolo*, 2023.
334. SERENI LUCARELLI C., *L'accesso al fatto nel processo amministrativo*, 2024.

Finito di stampare nel mese di aprile 2024
per i tipi di Bologna University Press

