

La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo¹

di *Roberto Caponigro*

Le caratteristiche della giurisdizione amministrativa estesa al merito.

Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo è incentrato sulla natura della situazione giuridica dedotta in giudizio, atteso che, ai sensi dell'art. 103 Cost., il giudice amministrativo ha giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi.

I casi di giurisdizione esclusiva, incidendo sul limite interno della giurisdizione, alterano la linea di confine tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa.

L'attribuzione in determinate materie di giurisdizione di merito al giudice amministrativo, invece, costituisce una deroga al c.d. limite esterno, in quanto il giudice non si limita al solo sindacato di legittimità dell'attività amministrativa, ma valuta anche profili di opportunità, convenienza, utilità ed equità² o, comunque, può sostituirsi all'amministrazione.

In altri termini, mentre i casi di giurisdizione esclusiva costituiscono eccezione alla regola che individua l'oggetto della tutela nell'interesse legittimo, la giurisdizione di merito costituisce eccezione alla regola che individua l'ambito del sindacato giurisdizionale nella verifica della sola legittimità dell'azione amministrativa, per cui, mentre i casi di giurisdizione esclusiva costituiscono una deroga al limite interno, atteso che al giudice amministrativo è attribuita la cognizione di controversie inerenti a diritti soggettivi, la cui tutela spetterebbe al giudice ordinario, le ipotesi di giurisdizione di merito, in presenza di

¹ Relazione per il seminario di studi "Il giudizio amministrativo tra codificazione, class action e recepimento della più recente direttiva ricorsi in materia di appalti pubblici", organizzato dall'Associazione Nazionale Magistrati Amministrativi, in Roma, 9 febbraio 2010.

² G. Vacirca, la giurisdizione di merito: cenni storici e profili problematici, in www.giurisdizione-amministrativa.it, peraltro, ritiene assai dubbio che l'inclusione di una materia tra quelle devolute alla giurisdizione di merito comporti (o comporti in ogni caso) un potere di rivalutazione delle scelte di opportunità operate dall'amministrazione.

attività amministrativa discrezionale, costituiscono una deroga al limite esterno in quanto implicano il sindacato del giudice amministrativo in ordine a profili, attinenti appunto al merito amministrativo, che normalmente gli sono sottratti perché assistiti da quella che potrebbe definirsi “riserva dell’amministrazione” nei confronti del giudice^{3 4}.

La giurisdizione amministrativa, quindi, anche al fine di evitare ingerenze del potere giurisdizionale in ambiti riservati alle competenze di quello esecutivo, è estesa al merito nei soli casi espressamente previsti dalla legge e tale estensione deve ritenersi eccezionale ed insuscettibile di applicazione analogica^{5 6}.

Per giurisdizione di merito, nell’accezione oggi prevalente, si intende un sindacato pieno sul corretto e congruo esercizio del potere amministrativo in quanto connotato da peculiari poteri di cognizione, di istruzione e di decisione.

³ V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, Parte II, Cap. VII, pagg. 297 e segg., il quale, tra l’altro, evidenzia, riportando un’ampia dottrina, che per taluni l’espressione “giurisdizione di merito” starebbe ad indicare un più ampio potere di indagine del giudice in ordine al fatto, per altri un’estensione al merito amministrativo delle valutazioni compiute dall’amministrazione, concludendo che, dall’esame delle leggi che si sono succedute nel tempo con riferimento ai casi per i quali è stata prevista la giurisdizione di merito, sembra che il legislatore si sia riferito all’estensione al merito amministrativo, vale a dire alla valutazione della convenienza e dell’opportunità dell’attività amministrativa.

⁴ R. Galli – D. Galli, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 2004, cap. XXI, pag. 1707 e ss., indicano che la giurisdizione di merito è stata in passato giustificata nell’ottica del superamento degli angusti limiti cui era costretto il sindacato ordinario di legittimità; di qui la considerazione di giurisdizione piena, non solo per l’accesso della verifica al fatto e al rapporto, precluso in sede di legittimità, ma anche per la sua estensione a quelle valutazioni di opportunità e convenienza amministrativa che, in quanto espresse da regole non giuridiche, ma tecniche e di buona amministrazione non erano consentite nel giudizio di legittimità, donde il necessario ampliamento degli strumenti probatori per l’accesso al fatto e della gamma dei moduli decisorii, non più limitati alla sola demolizione di atti illegittimi, ma estesi a pronunzie costitutive e di condanna e perfino sostitutive, tanto da far dubitare della loro effettiva portata giurisdizionale, in quanto espressiva anche di poteri di amministrazione attiva (dubbi risolti in senso negativo dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 75/1977). Gli Autori evidenziano che, secondo altra tesi, la giurisdizione di merito ha una portata limitata all’accesso al fatto ed alla possibilità di utilizzo di un’ampia gamma di mezzi istruttori e di modelli decisorii con esclusione di qualunque valutazione di opportunità.

⁵ L’art. 7, co. 1, l. 1034/1971 dispone che il tribunale amministrativo regionale esercita giurisdizione di merito nei casi previsti dall’art. 27 T.U. 1054/1924 ed in quelli previsti dall’art. 1 T.U. 1058/1924, mentre il quarto comma dello stesso art. 27 estende la giurisdizione di merito anche ai casi previsti dai numeri 2), 3), 4), 5) e 8) del T.U. 1058/1924.

⁶ Gli artt. 45, co. 1, T.U. 1054/1924 e 26, co. 2, l. 1034/1971, infatti, in caso di sentenza di accoglimento, fanno espressamente salvi gli ulteriori provvedimenti dell’Autorità amministrativa, atteso che quest’ultima, a seguito dell’annullamento giurisdizionale, è tenuta al riesercizio del potere.

Per quanto attiene alla cognizione, la pronuncia estesa al merito esprime il pieno controllo operabile dal giudice amministrativo con riferimento non solo a tutti gli aspetti concernenti la legittimità, ma anche ai profili attinenti alla adeguatezza dell'attività istruttoria ovvero, ove il provvedimento impugnato costituisca esercizio di potestà amministrativa discrezionale, alla convenienza, opportunità ed equità delle determinazioni adottate⁷.

Di qui, il corollario secondo cui, a fronte del più esteso ambito di cognizione, i poteri istruttori del giudice sono gli stessi che potrebbe esercitare l'amministrazione di settore competente⁸.

In particolare, sono utilizzabili, ai sensi del combinato disposto degli artt. 44, co. 2, R.D. 1054/1924 e 27 R.D. 642/1907, tutti i mezzi di prova ammessi nel processo civile, ad eccezione dell'interrogatorio formale e del giuramento che, in quanto prove legali, contrastano con il principio del libero convincimento del giudice⁹.

D'altra parte, è evidente che se il giudice deve sostituirsi all'amministrazione, deve avere le possibilità di indagine e conoscenza riconosciute al potere pubblico ai fini dell'adozione delle scelte vincolate e, soprattutto, discrezionali.

Ne consegue, ad avviso di chi scrive, che il giudice ha poteri istruttori pieni, con riferimento anche a fatti non introdotti dalle parti nel processo, ma acquisiti d'ufficio.

⁷ In fattispecie relative a ricorsi avverso provvedimenti contingibili ed urgenti emanati dal Sindaco che, ai sensi della l. 1034/1971, rientrano nella giurisdizione di merito, la giurisprudenza ha ritenuto che i provvedimenti possono essere sindacati dal giudice amministrativo con riferimento non solo a tutti gli aspetti concernenti la legittimità, ma anche ai profili relativi alla sufficienza ed attendibilità delle disposte istruttorie ed alla convenienza, opportunità ed equità della determinazione (cfr. Cons. St., VI, 12 novembre 2003, n. 7266; Cons. St., VI, 16 aprile 2003, n.1990; Cons. St., V, 19 febbraio 1996 n. 220).

⁸ F. Caringella, Manuale di diritto amministrativo, Milano, 2008, Parte IV, Cap. II, pagg. 1339 e ss., che richiama Mandrioli, Diritto processuale civile, Torino, 2003, II, 469; cfr. anche Cons. Stato, IV, 28 marzo 1992, n. 350.

⁹ La riforma di cui alla l. 205/2000 ha ampliato gli strumenti di accesso al fatto in sede di giurisdizione generale di legittimità e di giurisdizione esclusiva, in tal modo riducendo sensibilmente le differenze rispetto alla giurisdizione di merito.

I poteri decisorii del giudice amministrativo investito di giurisdizione di merito sono più ampi di quelli relativi alla giurisdizione di legittimità e sono stati per la prima volta¹⁰ individuati dall'art. 26, co. 2 e 3, l. 1034/1971, secondo cui il Tribunale Amministrativo Regionale, quando è investito di giurisdizione di merito, se accoglie il ricorso, può anche riformare l'atto o sostituirlo nonché può condannare l'amministrazione al pagamento delle somme di cui risulti debitrice¹¹.

Con la pronuncia di merito, pertanto, il giudice amministrativo può dettare direttamente la regola del rapporto disciplinato in modo illegittimo dal provvedimento impugnato ed in tal senso svolge un'attività sostitutiva dell'attività amministrativa.

Ciò, peraltro, non impedisce che si sia in presenza di un'attività sia formalmente sia sostanzialmente giurisdizionale¹².

Le fattispecie “codificate” di giurisdizione amministrativa estesa al merito.

L'art. 44 legge 18 giugno 2009 n. 69 - recante delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo - stabilisce, al primo comma, che il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele.

Tra i principi ed i criteri direttivi cui i decreti legislativi devono attenersi, il secondo comma, lett. b), dell'art. 44 l. 69/2009 prevede il “disciplinare le azioni e le funzioni del

¹⁰ La normativa di cui ai TT.UU. 1054/1924 e 1058/1924, individua le materie di giurisdizione di merito, ma non anche i poteri decisorii attribuiti al giudice.

¹¹ L'art. 26, co. 3, l. 1034/1971, peraltro, attribuisce al giudice amministrativo il potere di condannare l'amministrazione al pagamento delle somme di cui risulti debitrice nelle materie relative a diritti attribuiti alla sua competenza esclusiva e di merito.

¹² F. Benvenuti, Enciclopedia del diritto, IX, III, Competenza e giurisdizione, 5. La giurisdizione di merito, Milano, 1961.

giudice”, tra l’altro, “riordinando i casi di giurisdizione estesa al merito, anche mediante soppressione delle fattispecie non più coerenti con l’ordinamento vigente”.

L’art. 7, co. 1 e 4, l. 1034/1971 dispone che il tribunale amministrativo regionale esercita giurisdizione di merito nei casi previsti dall’art. 27 T.U. 1054/1924 ed in quelli previsti dall’art. 1 T.U. 1058/1924 nonché nei casi previsti dall’art. 29, numeri 2), 3), 4), 5) e 8) del T.U. 1054/1924.

L’art. 11, co. 5, dello schema di codice del processo amministrativo, in attuazione dell’art. 44 l. 69/2009, prevede che il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie indicate dall’art. 151 e dalla legge, specificando che nell’esercizio di tale giurisdizione il giudice amministrativo può sostituirsi all’amministrazione¹³.

L’art. 151 dello schema di “codice” stabilisce che il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto:

- a) l’attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato nell’ambito del giudizio di cui al Titolo I del Libro IV;
- b) gli atti e le operazioni in materia elettorale, attribuiti alla giurisdizione amministrativa;
- c) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti;
- d) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti anche contingibili ed urgenti, emanati dal Sindaco in materia di ordine e sicurezza pubblica, di incolumità pubblica e di sicurezza urbana, di edilizia e di polizia locale, d’igiene pubblica e dell’abitato;
- e) le contestazioni sui confini degli enti territoriali.

¹³ Ai sensi dell’art. 25 dello schema di “codice”, nell’ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all’amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta.

Pertanto, in attuazione della delega, lo schema del “codice” ha previsto la soppressione di una molteplicità di fattispecie, precedentemente contenute nei TT.UU. 1054/1924 e 1058/1924, non più coerenti con l’ordinamento vigente¹⁴.

Per quanto attiene ai poteri decisorii, l’art. 48, co. 1, lett. f), dello schema di “codice” dispone che, nei casi di giurisdizione di merito, ove il ricorso sia accolto, il giudice, nei limiti della domanda, “adotta un nuovo atto e modifica o riforma quello impugnato”.

La norma oggi vigente relativa ai poteri decisorii, vale a dire l’art. 26, co. 2, l. 1034/1971, prevede, invece, che, se accoglie il ricorso, il giudice, quando è investito di giurisdizione di merito, “può anche riformare l’atto o sostituirlo”.

Di talché, a fronte di una facoltà attribuita al giudice di riformare o sostituire l’atto per effetto dell’accoglimento del ricorso, la norma *in fieri* sembra disegnare in termini di doverosità da parte del giudice l’adozione di un nuovo atto e la modifica o riforma di quello impugnato.

Il titolo III del libro II dello schema di “codice” è dedicato ai mezzi di prova ed all’attività istruttoria ed il quinto comma dell’art. 74 prevede la possibile assunzione di tutti i mezzi di prova di cui al codice di procedura civile, esclusi l’interrogatorio formale ed il giuramento.

Ne consegue – rilevato che non è prevista e che anche lo schema di “codice” non prevede una fase istruttoria in senso proprio, per cui il provvedimento istruttorio è emesso quando il materiale probatorio fornito dalle parti si rivela insufficiente - che i mezzi istruttori esperibili in sede di giurisdizione di legittimità sono stati equiparati a quelli esperibili in sede di giurisdizione esclusiva e di merito, laddove nella disciplina in vigore, nonostante le modifiche apportate dalla l. 205/2000, che ha consentito di disporre la consulenza tecnica d’ufficio anche in tale ambito, l’istruzione probatoria in giurisdizione di

¹⁴ Delle fattispecie oggi espressamente qualificate sono rimaste solo quelle afferenti al giudizio di esecuzione del giudicato, ai provvedimenti contingibili ed urgenti emanati dal Sindaco ed alle contestazioni sui confini degli enti territoriali.

legittimità è più limitata non potendosi ammettere la prova per testi e non potendosi disporre ispezioni¹⁵.

Le materie di giurisdizione amministrativa con cognizione estesa al merito di cui all'art. 151 dello schema di "codice" presentano caratteristiche molto diverse l'una dall'altra.

Il giudizio di ottemperanza ne costituisce da sempre la fattispecie più importante e lo schema di "decreto" si riferisce opportunamente non solo all'attuazione del giudicato, ma anche all'attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive¹⁶.

La peculiarità di tale giudizio nasce dal fatto che il dovere dell'amministrazione di eseguire la sentenza non riguarda solo gli effetti eliminatori e ripristinatori della pronuncia giurisdizionale, ma anche il momento rinnovatorio, del riesercizio del potere, rispetto al quale rileva particolarmente l'effetto conformativo della sentenza¹⁷.

In particolare, quando il giudice amministrativo annulla l'atto, lo elimina perché ritiene che l'assetto del rapporto fra ricorrente ed amministrazione (ed eventuali controinteressati) non possa essere regolato da quel provvedimento, sia pure sotto il profilo dei vizi dedotti dal ricorrente, e tale statuizione, se produce certamente l'effetto di vietare all'amministrazione di riprodurre l'atto annullato, ove l'unica alternativa possibile in senso soddisfacente per il ricorrente sia quella dell'emanazione di un altro atto con un certo contenuto, assume anche un carattere ripristinatorio qualificato, perché l'assetto del rapporto non potrà essere ormai definito che con l'emanazione di quell'atto, il che significa che il

¹⁵ La limitazione dell'accesso autonomo al fatto da parte del giudice amministrativo discendeva essenzialmente dalla tradizionale configurazione del processo amministrativo quale giudizio sull'atto e non sul rapporto sostanziale sottostante, oltre che dalla ritenuta insindacabilità degli ambiti di discrezionalità tecnica ed amministrativa riservati all'amministrazione; tale impianto, peraltro, è stato sottoposto a revisione critica da parte della dottrina più avvertita, anche in ragione dei profili di possibile illegittimità costituzionale, ed è stato oggetto di interpretazione estensiva da parte della giurisprudenza più sensibile ai valori della effettività della tutela giurisdizionale nonché di interventi correttivi del legislatore e della Corte costituzionale.

¹⁶ Il vigente art. 33, co. 5, legge TAR, aggiunto dall'art. 10 l. 205/2000, prevede che per l'esecuzione delle sentenze non sospese dal Consiglio di Stato il tribunale amministrativo regionale esercita i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza al giudicato di cui all'art. 27, co. 1, numero 4), del T.U. 1054/1924.

¹⁷ A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2002, pag. 314.

giudicato produce, unitamente all'effetto demolitorio ed a quello preclusivo, anche un effetto ordinatorio direttamente incidente sul rapporto¹⁸.

In definitiva, accanto all'effetto demolitorio e ripristinatorio, direttamente derivanti dal dispositivo di annullamento, il giudicato produce l'effetto conformativo della successiva attività amministrativa, in relazione al quale assume rilievo fondamentale la motivazione della sentenza¹⁹.

Va da sé che l'esecuzione della sentenza è tanto più complessa quanto maggiori sono gli spazi di discrezionalità che l'amministrazione conserva a seguito dell'annullamento giurisdizionale.

Nel caso di inerzia dell'amministrazione tenuta all'esecuzione²⁰, il giudice amministrativo si sostituisce ad essa adottando, solitamente per mezzo di un commissario *ad acta*, gli atti esecutivi della sentenza in modo da adeguare la situazione di fatto a quella di diritto o, più propriamente, in modo da soddisfare l'interesse sostanziale del ricorrente, vale a dire in modo da attribuire, ove spettante, il bene della vita al quale egli aspirava con la proposizione del ricorso in esito al quale è stata pronunciata la sentenza di accoglimento e di annullamento da eseguire.

In tal modo è possibile cogliere l'essenza del potere decisorio di merito che consente di ottenere dal giudice amministrativo una attività sostitutiva nei confronti dell'amministrazione inadempiente, quando essa cioè non si sia conformata spontaneamente al caso deciso o alla sentenza esecutiva di primo grado.

¹⁸ V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, pag. 961, il quale pone in rilievo che il vincolo dell'amministrazione appare comprensibile solo se si ammetta che la pronuncia del giudice attraverso il sindacato sulla validità dell'atto investe il rapporto intercorrente fra le parti, sia pure attraverso la puntualizzazione che di questo traspare nel prisma dell'atto impugnato.

¹⁹ L'esigenza di esecuzione della sentenza, ovviamente, si pone per le pronunce non autoesecutive, vale a dire per quelle che decidono controversie in cui sono dedotti interessi legittimi pretensivi, ovvero anche per quelle in cui sono dedotti interessi legittimi oppositivi e vi sia un'attività da rimuovere, posta in essere dall'amministrazione in attuazione del provvedimento annullato.

²⁰ L'art. 65 R.D. 642/1907 (allo stesso modo, l'art. 98, co. 2, lett. f dello schema di "codice") specifica che la decisione deve contenere, tra l'altro, l'ordine che la stessa sia eseguita dall'autorità amministrativa ed il successivo art. 88 precisa che l'esecuzione delle decisioni si fa in via amministrativa, eccetto che per la parte relativa alle spese.

Nel giudizio di ottemperanza, insomma, l'estensione della giurisdizione al merito amministrativo è chiaramente percepibile.

Il giudizio di ottemperanza al giudicato, o alle sentenze esecutive rese dai tribunali amministrativi regionali, peraltro, ha natura di giudizio necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione; quest'ultima componente sussiste quando il giudizio di ottemperanza concorre ad identificare la volontà concreta della legge o a formare la normativa del caso concreto, riempiendo gli spazi lasciati vuoti dal giudizio di cognizione circa l'assetto del rapporto²¹.

La natura anche cognitoria del giudizio di ottemperanza, in particolare, emerge nell'ipotesi di attività amministrativa vincolata quando la fondatezza della pretesa non sia stata accertata nel giudizio di cognizione e, in misura ancora più evidente, nell'attività amministrativa discrezionale quando l'attività che l'amministrazione avrebbe dovuto porre in essere in esecuzione della sentenza non sia stata del tutto conformata dalla sentenza da eseguire, residuando margini di discrezionalità da esercitare in sede di esecuzione.

In entrambe le ipotesi, di attività vincolata e discrezionale, vi è la sostituzione del giudice all'amministrazione, ma, nel riesercizio di un potere amministrativo discrezionale, per nulla o non del tutto conformato, è evidente la valutazione diretta dell'interesse pubblico che, in caso di inottemperanza dell'amministrazione, il giudice amministrativo è chiamato a compiere ed in questo può cogliersi la più profonda essenza della giurisdizione estesa al merito.

Lo schema di "codice" include tra le materie di giurisdizione estesa al merito gli atti e le operazioni in materia elettorale, attribuiti alla giurisdizione amministrativa, atteso che, ai sensi dell'art. 148, co. 9, il tribunale amministrativo regionale, quando accoglie il ricorso, corregge il risultato delle elezioni e sostituisce ai candidati illegalmente proclamati coloro che hanno diritto di esserlo²².

²¹ V. Caianiello, op. cit., pag. 989.

²² L'art 148, co. 9, dello schema di "codice" dispone altresì che, in caso di ricorso avverso le operazioni elettorali inerenti il Parlamento europeo, i voti delle sezioni le cui operazioni sono state annullate non hanno effetto.

Anche nella legislazione vigente, peraltro, sebbene la competenza a decidere sui ricorsi concernenti controversie in materia di operazioni per le elezioni dei consigli comunali, provinciali e regionali, sia attribuita dall'art. 6 l. 1034/1971 senza uno specifico riferimento all'estensione al merito, con la decisione dei ricorsi, il tribunale amministrativo regionale esercita i poteri ed adotta i provvedimenti di cui all'art. 84 T.U. 570/1960, secondo cui, in caso di accoglimento del ricorso, il giudice corregge il risultato delle elezioni e sostituisce ai candidati illegalmente proclamati coloro che hanno diritto di esserlo.

L'estensione al merito in tale materia ha una connotazione molto diversa rispetto alla precedente in quanto la sostituzione dell'autorità giurisdizionale all'autorità amministrativa si concreta nel porre in essere gli atti esecutivi della sentenza di annullamento, ma senza alcun apprezzamento diretto dell'interesse pubblico.

In altri termini, nel caso di specie, si ha una sorta di anticipazione dell'esecuzione alla cognizione, ma senza alcun esercizio di potere amministrativo discrezionale da parte del giudice in quanto l'attività oggetto di sostituzione è totalmente vincolata.

Lo schema del nuovo testo legislativo, sotto altro profilo, disponendo in via generale che il giudice può ammettere su istanza di parte la prova testimoniale, sembra risolvere la questione dell'ammissibilità della prova testimoniale nel giudizio elettorale, per la quale, a suo tempo, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 83/11, co. 5, d.P.R. 16 maggio 1960, n. 570 nella parte in cui "non derogando ai sistemi probatori ordinari del giudizio avanti alle magistrature amministrative, limita, nel giudizio elettorale, alle sole risultanze documentali i poteri istruttori fruibili per la definizione del merito"²³.

²³ La questione è stata sollevata dal T.A.R. Campania, Napoli, II, ordinanza 30 gennaio 2003, n. 32, con cui - premesso l'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa, secondo cui "nel giudizio amministrativo elettorale la prova testimoniale non è ammissibile e le dichiarazioni testimoniali sotto forma di dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà non possono essere lo strumento surrettizio per introdurla", orientamento non scalfito da un'isolata pronuncia, per la quale al processo elettorale, avente giurisdizione di merito, sarebbe applicabile in via diretta l'art. 27 r.d. 642/1907, il quale consente, nei giudizi in cui la giurisdizione amministrativa è estesa al merito, l'espletamento di ogni mezzo di prova ammesso dal codice di procedura civile, compresa la prova testimoniale - ha fatto tra l'altro presente che al giudice investito dalla controversia elettorale, a norma dell'art. 84 d.P.R. 570/1960, spetta non solo il potere di annullare l'atto di proclamazione degli eletti, ma anche quello di correggere, in caso di accoglimento del ricorso, il risultato delle elezioni e di sostituire ai candidati illegalmente proclamati coloro che hanno diritto di esserlo,

Infatti, da un lato, le controversie aventi ad oggetto gli atti e le operazioni in materia elettorale attribuite alla giurisdizione amministrativa sono state espressamente incluse tra le materie di giurisdizione estesa al merito, per le quali, ai sensi del combinato disposto degli artt. 44, co. 2, R.D. 1054/1924 e 27 R.D. 642/1907, sono già oggi esperibili tutti i mezzi di prova ammessi nel processo civile, ad eccezione dell'interrogatorio formale e del giuramento²⁴, dall'altro, la prova testimoniale su istanza di parte, ai sensi dell'art. 74, co. 3, dello schema di "decreto", diviene sempre ammissibile nel giudizio amministrativo, anche in quello di legittimità.

Il richiamato art. 151 dello schema di "codice" opportunamente include tra le materie di giurisdizione estesa al merito quella relativa alle sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti.

L'espresso inserimento di tale materia tra quelle di estensione al merito omogeneizza le diverse normative tuttora vigenti in materia, non sempre tra loro coerenti.

Con riferimento alle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in particolare, la giurisprudenza ha ritenuto, in ordine alle sanzioni irrogate per la formazione di un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza o per l'abuso di posizione dominante, che la giurisdizione del giudice amministrativo si estende al merito ai sensi dell'art. 23 L. 689/1981, applicabile in virtù del richiamo contenuto nell'art. 31 L. 287/1990, sicché il Tribunale, oltre ad annullare in tutto o in parte l'atto, può anche modificare lo stesso limitatamente all'entità della sanzione dovuta²⁵, mentre, in ordine alle sanzioni applicate per pratica commerciale scorretta, è

sicché per tale giudizio non si pone mai un problema di esecuzione della sentenza, a differenza che per il normale giudizio di annullamento; la Corte Costituzionale, peraltro, con sentenza 9 marzo 2004, n. 85, ha dichiarato inammissibile la questione.

²⁴ L'art. 148, co. 9, dello schema di "decreto" reitera il disposto di cui all'art. 84 d.P.R. 570/1960, secondo cui, quando accoglie il ricorso, il giudice corregge il risultato delle elezioni e sostituisce ai candidati illegalmente proclamati coloro che hanno diritto di esserlo.

²⁵ Ex multis: T.A.R. Lazio, Roma, I, 13 marzo 2008, n. 2312; T.A.R. Lazio, Roma, I, 29 dicembre 2007, n. 14157, con cui il giudice ha provveduto a rideterminare la misura della sanzione pecuniaria applicata.

dubbio che il giudice amministrativo possa esercitare giurisdizione di merito²⁶, atteso che il Tribunale può solo annullare in tutto o in parte l'atto, ma non anche modificare lo stesso relativamente all'entità della sanzione dovuta e ciò in quanto, mentre l'art. 23 l. 689/1981 (il cui undicesimo comma attribuisce al giudice il potere di modificare l'atto impugnato anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta) è applicabile ai procedimenti *antitrust* in virtù del richiamo contenuto nell'art. 31 l. 287/1990, l'art. 27, co. 13, d.lg. 206/2005, nel devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo i ricorsi avverso le decisioni adottate dall'Autorità in materia di pratiche commerciali scorrette, stabilisce che per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alle violazioni del decreto si osservano, in quanto applicabili, alcune norme della l. 689/1981, ma tra queste non indica il citato art. 23.

L'ultima materia tipizzata dall'art. 151 dello schema di "codice" concerne le contestazioni sui confini degli enti territoriali.

La giurisdizione attribuita al giudice amministrativo *in subiecta* materia non è circoscritta alla semplice verifica di legittimità dell'atto impugnato ma si espande all'intero rapporto controverso con poteri di pieno accertamento dei fatti, al fine di dare l'assetto definitivo al rapporto medesimo.

Nell'esercizio di tali poteri, peraltro, il giudice amministrativo non crea nuovi confini, ma deve limitarsi ad accertare quelli esistenti²⁷.

Pertanto, anche in tal caso, così come per la giurisdizione in materia elettorale, la sostituzione del giudice amministrativo all'amministrazione si concreta nell'esercizio di un potere del tutto vincolato, laddove, nell'ipotesi del giudizio di ottemperanza quando il riesercizio del potere discrezionale non è completamente conformato dalla sentenza da eseguire, nelle controversie inerenti le sanzioni pecuniarie e nelle controversie aventi ad

²⁶ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, I, 18 gennaio 2010, n. 314, che, nell'annullare il provvedimento dell'Autorità per la sola parte inerente alla quantificazione della sanzione, fa presente che la misura della sanzione da irrogare alla ricorrente deve essere rideterminata dalla stessa Autorità in esecuzione della sentenza.

²⁷ V. Poli, Manuale di giustizia amministrativa, di F. Caringella, R. De Nictolis, R. Giovagnoli e V. Poli, Cap. 18, La giurisdizione di merito del giudice amministrativo, Roma, 2008.

oggetto i provvedimenti contingibili ed urgenti, l'attività sostitutiva afferisce strettamente al merito amministrativo, avendo il giudice la facoltà (o il dovere) di compiere egli stesso valutazioni circa l'opportunità, la convenienza o la proporzionalità (come nel caso delle sanzioni pecuniarie da modificare nel *quantum*) dell'azione amministrativa.

Di talché, dalla natura delle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa di merito, si ricava che, mentre in taluni casi il giudizio attiene realmente al merito amministrativo, in altri casi una valutazione di opportunità non è nemmeno astrattamente configurabile²⁸.

La valutazione giurisdizionale sul rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione e privazione degli effetti del contratto.

L'art. 44 legge 7 luglio 2009, n. 88 - recante delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici – stabilisce, alla lett. h) del terzo comma, tra i principi ed i criteri direttivi, il recepimento degli artt. 2, par. 7, 2 quinquies, 2 sexies e 3 bis della direttiva 89/665/CEE e degli artt. 2, par. 6, 2 quinquies, 2 sexies e 3 bis della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, “nell'ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito”, con determinati criteri.

Il capo II del titolo IV del libro IV dello schema di “codice” disciplina il rito in materia di procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture.

La relativa normativa, peraltro, è contenuta nello schema di decreto legislativo recante attuazione della delega di cui all'art. 44 l. 88/2009, di recepimento della direttiva 2007/66/CE.

²⁸ Cfr. G. Vacirca, La giurisdizione di merito: cenni storici e profili problematici, cit.

La *ratio* delle norme comunitarie di cui alla citata direttiva può essere individuata nella preoccupazione, essendo difficilmente reversibili le conseguenze giuridiche e materiali di un contratto stipulato con il concorrente la cui aggiudicazione è contestata, di non assicurare una tutela pienamente soddisfattiva al concorrente che propone un ricorso e, quindi, nell'esigenza di garantire in materia di appalti una tutela processuale effettiva e celere.

Il legislatore comunitario mira in primo luogo ad evitare, con la previsione di rimedi preventivi, che il contratto sia stipulato quando l'aggiudicazione di un appalto sia o possa ancora essere contestata.

Il quarto considerando, nell'evidenziare che “fra le carenze constatate figura in particolare l'assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione d'aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto” fa presente che “ciò induce talvolta le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione d'aggiudicazione contestata a procedere molto rapidamente alla firma del contratto” e “per rimediare a questa carenza, che costituisce un serio ostacolo ad un'effettiva tutela giurisdizionale degli offerenti interessati, vale a dire coloro che non sono stati ancora definitivamente esclusi, è opportuno prevedere un termine sospensivo minimo, durante il quale la stipula del contratto in questione è sospesa”.

Il termine sospensivo, ai sensi del sesto considerando, “dovrebbe concedere agli offerenti interessati sufficiente tempo per esaminare la decisione d'aggiudicazione dell'appalto e valutare se sia opportuno avviare una procedura di ricorso”.

La direttiva, pertanto, vieta alla stazione appaltante di stipulare il contratto durante il termine dilatorio decorrente dall'aggiudicazione dell'appalto (*still period* sostanziale²⁹) in quanto l'art. 2 *bis*, paragrafo 2, prevede che la conclusione di un contratto non può avvenire

²⁹ Analoga previsione, sfornita di sanzione, è già contenuta nell'art. 11, co. 10, d.lg. 163/2006, secondo cui il contratto non può essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, salvo motivate ragioni che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine; il termine di trenta giorni, peraltro, è asimmetrico rispetto a quello di sessanta giorni previsto dall'art. 21 l. 1034/1971 per la proposizione del ricorso, per cui non è sufficiente ad assicurare che la stipulazione del contratto avvenga quando l'amministrazione sia a conoscenza che gli atti di gara non sono stati impugnati.

prima dello scadere di un termine a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione di aggiudicazione dell'appalto è stata inviata agli offerenti.

Il considerando n. 12, inoltre, stabilisce che “la proposizione di un ricorso poco prima dello scadere del termine sospensivo minimo non dovrebbe privare l'organo responsabile delle procedure di ricorso del tempo minimo indispensabile per intervenire, in particolare per prorogare il termine di sospensione per la conclusione del contratto”, sicché è “necessario prevedere un termine sospensivo minimo autonomo, che non dovrebbe scadere prima che l'organo di ricorso si sia pronunciato sulla domanda”.

L'art. 2, paragrafo 3, della direttiva, di conseguenza, prevede che, qualora un organo di prima istanza, che è indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, riceva un ricorso relativo ad una decisione di aggiudicazione di un appalto, gli Stati membri assicurano che l'amministrazione aggiudicatrice non possa stipulare il contratto prima che l'organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso.

Pertanto, accanto al termine dilatorio sostanziale, quando è proposto il ricorso, è previsto un termine dilatorio prima del giudizio cautelare o di merito (*still period processuale*³⁰).

In sostanza, il legislatore comunitario ha avvertito la pressante esigenza che in tutti gli Stati membri il ricorso possa avere una sua definizione, in sede cautelare o di merito, prima della stipulazione del contratto e ciò al fine di garantire, per quanto possibile, l'eshaustività della tutela del concorrente che avrebbe dovuto essere il legittimo aggiudicatario o che comunque avrebbe avuto legittimamente titolo a competere, fermo restando che, ove la fase cautelare si definisca senza la sospensione dell'atto impugnato, il contratto potrà essere stipulato.

³⁰ L'art. 1, paragrafo 5, della direttiva stabilisce che sia previsto un periodo di sospensione prima della conclusione del contratto anche nel caso di proposizione di un ricorso amministrativo presso l'amministrazione aggiudicatrice.

La sanzione che la c.d. direttiva ricorsi stabilisce per il mancato rispetto dei suddetti termini dilatori è la privazione degli effetti del contratto; tale privazione e la relativa decorrenza, ai sensi degli artt. 2 *quinquies* e 2 *sexies*, non sono del tutto automatiche^{31 32}.

La prospettiva comunitaria, come detto, è quella di cercare di evitare in radice che il contratto possa essere stipulato quando la legittimità dell'aggiudicazione è ancora in discussione, vale a dire che il legislatore comunitario, consapevole delle difficoltà di eliminare gli effetti irreversibili di un contratto già stipulato, tende ad eliminare preventivamente incertezze sulla sorte del contratto.

Va da sé che tale finalità può essere realizzata soltanto con la previsione di un sistema che garantisca la definizione in tempi rapidi degli eventuali contenziosi sorti con riferimento all'aggiudicazione ed agli atti di gara.

Le disposizioni dettate in sede comunitaria - separando nettamente il momento procedimentale di individuazione del contraente da quello della stipula del contratto in modo da giungere alla formazione del contratto soltanto, se possibile, dopo avere eliminato eventuali incertezze sulla legittimità della aggiudicazione - mirano, in conclusione, a sollecitare la creazione di sistemi nazionali strutturati in modo tale da garantire al ricorrente vittorioso in giudizio la piena satisfattività dell'interesse sostanziale e, a tal fine, che il contenzioso in materia di appalti abbia una rapida definizione.

³¹ L'art. 2 *quinquies* prevede che l'aggiudicazione di un appalto in assenza della previa pubblicazione del bando nella GUCE senza che ciò sia consentito ovvero la violazione dei termini dilatori sostanziali e processuali, qualora tale violazione abbia privato l'offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto, quando tale violazione si aggiunge ad una violazione che ha influito sull'opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto, determinano che il contratto sia considerato privo di effetti, fermo restando che il diritto nazionale può prevedere la soppressione con effetto retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali o limitare la portata della soppressione agli obblighi che rimangono ancora da adempiere ed in tal caso è prevista l'applicazione di sanzioni alternative quali l'irrogazione di sanzioni pecuniarie all'amministrazione aggiudicatrice o la riduzione della durata del contratto.

³² L'art. 2 *sexies* stabilisce che, nel caso di violazione dei termini dilatori sostanziali e processuali al di fuori delle condizioni previste dall'art. 2 *quinquies*, co. 1, lett. b), gli Stati membri possono prevedere che l'organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice decida, dopo avere valutato tutti gli aspetti pertinenti, se il contratto debba essere considerato privo di effetti o se debbano essere irrogate sanzioni alternative.

L'art. 44 l. 88/2009, legge comunitaria 2008, nel delegare il Governo ad adottare entro il 20 dicembre 2009, uno o più decreti legislativi volti a recepire la direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, ha conseguentemente indicato tra i criteri direttivi sia la fissazione di termini dilatori sostanziali (tra la comunicazione dell'aggiudicazione e la stipulazione del contratto) e processuali (tra la proposizione del ricorso e la stipulazione del contratto³³) sia la previsione di un rito particolarmente accelerato, con un termine per l'impugnazione non superiore a trenta giorni.

I criteri direttivi di cui all'art. 44, co. 3, lett. h), l. 88/2009 attribuiscono al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti retroattiva o limitata alle prestazioni da eseguire³⁴, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, e sanzioni alternative³⁵, tra privazione degli effetti del contratto e relativa decorrenza, ovvero risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato³⁶.

Di talché, avendo altresì stabilito di recepire i relativi articoli della direttiva comunitaria nell'ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito, ritengo che il legislatore nazionale delegante abbia inteso attribuire al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva non solo sulle controversie afferenti agli atti della gara, ma anche, in sede di cognizione, sulla efficacia del contratto *medio tempore* stipulato nonché una giurisdizione estesa alla valutazione del merito amministrativo in quanto gli apprezzamenti che il giudice

³³ La preclusione alla stipulazione del contratto opera fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare definitivo, ovvero fino alla pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado, in udienza o entro i successivi sette giorni, se la causa può essere decisa nel merito nella camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare.

³⁴ Il riferimento è all'aggiudicazione di un appalto in assenza di previa pubblicazione del bando nella GUCE senza che ciò sia consentito ed alla violazione dei termini dilatori, sostanziali o processuali, qualora tale violazione abbia privato il concorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto e si aggiunga ad una violazione che abbia influito sull'opportunità del concorrente ricorrente di ottenere l'appalto.

³⁵ Il riferimento è alla violazione dei termini dilatori, sostanziali o processuali, quando non ricorrono le condizioni indicate nella nota precedente.

³⁶ Il riferimento è tutti gli altri casi di annullamento dell'aggiudicazione.

è chiamato a compiere, in funzione del bilanciamento degli interessi, implicano valutazioni dirette dell'interesse pubblico^{37 38}.

L'art. 245 *ter* del d.lg. 163/2006 - introdotto dallo schema di decreto legislativo di recepimento della c.d. direttiva ricorsi presentato per il parere alle Camere ed al Consiglio di Stato, la cui Commissione Speciale, con parere del 1° febbraio 2010, ha consigliato di suddividere la disciplina in più articoli - dopo avere chiarito al primo comma che il giudice amministrativo ha giurisdizione in ordine alla privazione di effetti del contratto³⁹ ed alle sanzioni alternative, nei casi di cui allo stesso Titolo, ha disposto al terzo comma che, "fuori dai casi stabiliti dai commi seguenti, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva, se il contratto sia stato nel frattempo stipulato, decide, previo bilanciamento degli interessi coinvolti, se dichiarare la privazione degli effetti del contratto, fissando in tal caso la decorrenza della privazione degli effetti, ovvero, e in via subordinata, se accordare il risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato⁴⁰. In detto bilanciamento il

³⁷ Sul punto, sia consentito rinviare a R. Caponigro, Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto, in www.giustizia-amministrativa.it, novembre 2009, in cui, in un'ottica evolutiva, si ritiene che le annose e complesse dispute sulla qualificazione giuridica degli effetti prodotti sul contratto dall'annullamento dell'aggiudicazione e sul riparto di giurisdizione in materia sembrano ormai consegnate alla "storia" del diritto.

³⁸ Il parere reso dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato, in data 1° febbraio 2010, ha rilevato che, in coerenza con la direttiva, la cui intera impostazione è nel senso di attribuire ad un unico "organo di ricorso indipendente" il compito di conoscere delle illegittimità delle procedure di gara e di accertare la carenza di effetti del contratto, la legge delega ha previsto la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto all'esito dell'annullamento dell'aggiudicazione, qualificando tale giurisdizione come esclusiva. In detto parere, peraltro, si esclude che lo schema di decreto abbia attribuito al giudice anche una giurisdizione di merito, benché la delega contenga tale possibilità, in quanto, pur potendo essere prevista la scelta da parte del giudice tra più rimedi, tale scelta non costituisce l'esercizio di un potere di merito, ma l'esito di valutazioni effettuate in sede giurisdizionale sulla base di presupposti predeterminati dal legislatore.

³⁹ Il parere del Consiglio di Stato del 1° febbraio 2010 ritiene maggiormente coerente con il nostro ordinamento, oltre che compatibile con la direttiva e con la legge delega, che il termine "privazione di effetti" sia sostituito con il riferimento alla dichiarazione di inefficacia del contratto.

⁴⁰ La norma di cui al secondo comma dell'art. 245 *ter* previsto dallo schema di decreto, secondo cui la domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione si intende sempre comprensiva della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto, nonché della domanda di privazione degli effetti del contratto, ove nel frattempo stipulato, anche in difetto di espressa indicazione, chiarisce che l'attribuzione del bene della vita costituisce un effetto "naturale" dell'esecuzione della sentenza di annullamento, per cui non occorre che sia formulata una specifica richiesta, e determina una priorità delle domande giurisdizionali sottratta alla disponibilità delle parti; la Commissione Speciale del Consiglio di Stato, nel richiamato parere del 1° febbraio 2010, ha evidenziato che la direttiva privilegia in modo evidente la tutela dell'interesse comunitario alla concorrenza, per cui è

giudice tiene conto, esemplificativamente, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della conseguente possibilità e interesse reciproco al subentro. E' consentita la sentenza parziale, con cui il giudice annulla l'aggiudicazione definitiva, contestualmente assegna un congruo termine alla stazione appaltante per rideterminarsi sull'aggiudicazione e sugli effetti del contratto, e rinvia la decisione giurisdizionale sulla sorte del contratto e sulla domanda di risarcimento del danno per equivalente ad una udienza successiva a tale termine. In tale successiva udienza il giudice decide tenendo conto dei provvedimenti eventualmente adottati dalla stazione appaltante".

I casi stabiliti dai commi seguenti dell'art. 245 *ter*, al di fuori dei quali trovano applicazione le norme anzidette, prevedono anch'essi, per le ipotesi di violazione configurate come più gravi dalla normativa comunitaria, in quanto afferenti ad aggiudicazione avvenuta senza previa pubblicazione del bando ovvero a contratti stipulati senza l'osservanza dei termini dilatori, il potere del giudice che annulla l'aggiudicazione, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, di disporre la privazione degli effetti del contratto retroattivamente o limitatamente alle prestazioni ancora da eseguire⁴¹ ovvero di disporre la privazione di effetti del contratto o applicare le sanzioni alternative⁴².

Pertanto, ad avviso di chi scrive, nonostante in sede di elaborazione dello schema di decreto sia stata espunta al primo comma la locuzione "esclusiva e di merito" per qualificare la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla privazione di effetti del contratto e

senz'altro condivisibile l'opzione di prescindere da una domanda di parte quanto alla privazione di effetti, atteso che la pronuncia che si chiede al giudice ha una portata sanzionatoria a fronte della quale la proposizione del ricorso svolge una funzione sostanzialmente strumentale, mentre può suscitare qualche perplessità l'ulteriore affermazione della "presunzione" che la domanda di annullamento si debba intendere comprensiva della domanda di conseguire l'aggiudicazione.

⁴¹ Il giudice può comunque disporre che il contratto non è privato di effetti quando ritiene che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale impone che gli effetti del contratto siano mantenuti.

⁴² Le sanzioni alternative sono la sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante, di importo dallo 0,5% al 5% del valore del contratto inteso come prezzo di aggiudicazione, e la riduzione della durata del contratto, ove possibile, da un minimo del 10% ad un massimo del 50% della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo.

alle sanzioni alternative⁴³, il corpus normativo attribuisce al giudice amministrativo una giurisdizione non solo esclusiva ma anche comprensiva di valutazioni che, afferendo alla comparazione ed alla ponderazione diretta degli interessi pubblici e privati coinvolti dalla fattispecie concreta, si estendono alla sfera del merito amministrativo.

Infatti, non solo è attribuita, in sede di cognizione, la giurisdizione a pronunciare sugli effetti del contratto, ma anche il potere-dovere di esercitare un'attività di valutazione dell'interesse pubblico sostitutiva di quella che potrebbe essere svolta dall'amministrazione.

Paradigmatica in tal senso appare la previsione del descritto comma 3 dell'art. 245 *ter*, il quale consente di pronunciare una sentenza parziale di accoglimento, con annullamento della aggiudicazione definitiva e contestuale assegnazione di un termine alla stazione appaltante per rideterminarsi sull'aggiudicazione e sugli effetti del contratto e rinviando la decisione giurisdizionale sulla sorte del contratto e sul risarcimento del danno per equivalente ad una udienza successiva a tale termine⁴⁴.

Tale previsione alternativa, che appare soprattutto funzionale al caso in cui l'interesse dedotto in giudizio sia di tipo strumentale e non finale, nel senso che è necessario il nuovo esercizio del potere amministrativo per verificare se il ricorrente abbia effettivamente titolo al bene della vita, vale a dire all'aggiudicazione, fornisce una chiara indicazione del fatto che al giudice amministrativo il quale non decida di ricorrere allo strumento della sentenza

⁴³ L'art. 44, co. 3, lett. h), l.88/2009, come evidenziato nel testo, ai fini della delega, stabilisce di recepire i relativi articoli della direttiva 89/665/CEE e della direttiva 92/13/CEE, come modificati, dalla direttiva 2007/66/CE, con determinati criteri, "nell'ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito".

⁴⁴ Un *iter* per certi versi analogo a quello previsto dalla norma, anche se riferito ad una fattispecie non identica, è stato già seguito da T.A.R. Lazio, Roma, I, 18 gennaio 2010, n. 327, che, nell'annullare il diniego di aggiudicazione definitiva della gara e nel fare presente che l'annullamento *ex tunc* di tale atto comporta la reviviscenza dell'aggiudicazione provvisoria approvata in favore della ricorrente, con conseguente possibilità - all'esito degli ulteriori provvedimenti che l'amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, è tenuta a porre in essere in esecuzione della sentenza - di soddisfazione in forma specifica del bene della vita per la tutela del quale la ricorrente ha introdotto il giudizio, ha ritenuto opportuno, ai fini del decidere sulla domanda di risarcimento del danno e di condanna, acquisire una dettagliata relazione dell'amministrazione, corredata dalla relativa documentazione, sull'eventuale affidamento dell'appalto *medio tempore* intervenuto e sullo stato di esecuzione dello stesso.

parziale è attribuita la stessa valutazione dell'interesse pubblico, *id est* del merito amministrativo, che può essere richiesta all'amministrazione con la sentenza parziale.

L'attribuzione di un potere giurisdizionale involgente valutazioni di merito amministrativo sembra ancora più evidente laddove lo schema di decreto legislativo prevede che, nonostante le violazioni cui al quarto comma dell'art. 245 *ter*, il giudice può disporre che il contratto non è privato di effetti, quando ritiene che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale impone che gli effetti del contratto siano mantenuti.

In tal caso, infatti, la norma è inequivoca nell'attribuire al giudice la valutazione diretta di un "interesse generale" al quale sono connesse esigenze imperative che impongono il mantenimento degli effetti del contratto, sicché all'autorità giurisdizionale appare attribuita proprio quella scelta discrezionale attinente ai profili di opportunità e convenienza dell'agire amministrativo che costituisce il "cuore" del merito amministrativo.

Analogamente, le sanzioni alternative sono individuate dal giudice e la loro misura è determinata in modo che siano effettive, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione.

Il legislatore, come indicato nello stesso parere della Commissione Speciale del Consiglio di Stato del 1° febbraio 2010, avrebbe potuto attribuire tale potere sanzionatorio anche all'Autorità di vigilanza a seguito della trasmissione della sentenza da parte del giudice, il che, da un lato, attesta che la determinazione nell'individuazione della sanzione e della sua misura implica valutazioni giurisdizionali dirette di proporzionalità ed adeguatezza, dall'altro, permette di considerare che, ove il potere fosse stato attribuito all'Autorità amministrativa indipendente, il relativo contenzioso sarebbe stato attratto alla giurisdizione amministrativa estesa al merito, ai sensi dell'art. 151 dello schema di "codice", nel cui ambito il giudice amministrativo avrebbe potuto, così come potrà ora addirittura "in prima battuta", individuare la sanzione opportuna o modificare la stessa nel *quantum*.

Ad ogni buon conto, il bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti⁴⁵, a cui fanno riferimento la norma delegante e lo schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi, che il giudice amministrativo dovrà compiere per decidere se l'annullamento dell'aggiudicazione determini o meno l'inefficacia del contratto nonché la decorrenza di tale inefficacia ovvero se applicare le sanzioni alternative o se condannare al risarcimento del danno, sembra richiedere inevitabilmente una valutazione giurisdizionale del merito amministrativo, concretandosi in scelte discrezionali, sia pure sulla base di parametri di riferimento predeterminati dal legislatore, che postulano una valutazione diretta dell'interesse pubblico primario in comparazione con gli altri interessi coinvolti dall'azione amministrativa.

In definitiva, a mio avviso, i poteri attribuiti al giudice amministrativo dalla norma delegata implicano: la possibilità di svolgere valutazioni di opportunità nello stabilire se, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, dichiarare la privazione degli effetti del contratto o, in via subordinata, accordare il risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato, se disporre la privazione degli effetti retroattivamente o limitatamente alle prestazioni ancora da eseguire, se disporre che il contratto è privato di effetti o applicare le sanzioni alternative; valutazioni dirette dell'interesse pubblico nella scelta di disporre che il contratto non è privato di effetti quando il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale impone che gli effetti del contratto siano mantenuti; valutazioni dirette di proporzionalità ed adeguatezza nell'individuare le sanzioni alternative e nello stabilirne la misura.

⁴⁵ Nell'art. 245 *ter* d.lg. 163/2006 introdotto dallo schema di decreto di recepimento della direttiva ricorsi, nel bilanciamento di interessi il giudice tiene conto, in via esemplificativa, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della conseguente possibilità ed interesse reciproco al subentro; il parere del Consiglio di Stato del 1° febbraio 2010 suggerisce, analogamente, una formulazione della norma in cui, al di fuori dei casi disciplinati specificamente, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentro nello stesso.

Tali attribuzioni, pertanto, sembrano permeate proprio da quella valutazione diretta degli interessi pubblici e privati coinvolti dall'azione amministrativa che costituisce l'essenza più profonda del merito amministrativo e comportano che lo stesso giudice è chiamato a sostituire all'assetto di interessi dettato dall'amministrazione con il provvedimento impugnato ed annullato all'esito del ricorso l'assetto di interessi che ritiene, sulla base anche di valutazioni di opportunità, di convenienza e di buona amministrazione, il più idoneo a regolare il rapporto controverso⁴⁶.

Esse, quali che siano le qualificazioni che l'interprete vorrà dare dei poteri attribuiti al giudice, determinano comunque una nuova prospettiva di svolgimento della funzione.

La nuova disciplina, sia pure con le inevitabili incertezze che saranno legate alla concreta applicazione delle innovazioni e con le eventuali modifiche che dovessero rendersi necessarie per assicurare il corretto ed efficace funzionamento del sistema, si rivela, a mio avviso, coerente con la generale esigenza di tempestività del giudizio⁴⁷ e con la particolare esigenza di velocizzazione del rito sulle controversie in materia di appalti pubblici nonché con la evoluzione del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto, evoluzione che ha portato a ridurre progressivamente nel tempo le distanze esistenti tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito⁴⁸.

⁴⁶ M. Nigro, *Giustizia Amministrativa*, Bologna, 2002, pag. 238, evidenzia che la differenza più profonda tra giudizio di legittimità e giudizio di merito risiede nel fatto che, nel secondo, la trasformazione giuridica che il giudice è chiamato ad operare è più profonda e complessa, comprendendo non la sola demolizione dell'atto impugnato, ma anche la sua (eventuale) sostituzione totale o parziale; l'Autore sostiene altresì che, in quanto decide se surrogare l'atto invalidato, e se sostituirlo interamente o modificarlo, il giudice amministrativo esplica una funzione amministrativa (in senso proprio e preciso), che si somma a quella giurisdizionale.

⁴⁷ Sul punto sia consentito il richiamo a R. Caponigro, *La pregiudiziale amministrativa tra l'essenza dell'interesse legittimo e l'esigenza di tempestività del giudizio*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2007;

⁴⁸ F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo cit.*, pag. 1342, indica a supporto di tale assunto le seguenti considerazioni: 1) da un punto di vista storico, il concetto di eccesso di potere ha consentito di lambire in modo notevole l'area del merito pure in sede di legittimità; 2) la recente positivizzazione, ex art. 1 l. 241/1990, dei concetti di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa, ne ha comportato la almeno parziale traslazione dall'area del merito a quella della legittimità; 3) il crollo del dogma che considerava anche la discrezionalità tecnica come espressione di potere riservato non sindacabile se non in via estrinseca dal giudice amministrativo; 4) i recenti interventi del legislatore che hanno segnato la generale trasformazione della

D'altra parte, la stessa introduzione, contenuta nell'art. 40 dello schema di "codice", dell'azione di adempimento, secondo cui il ricorrente può chiedere la condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento richiesto o denegato, costituisce un ulteriore indice della progressiva riduzione della distanza tra le due tipologie di giurisdizione⁴⁹.

Cenni sulla giurisdizione in materia di class action contro la pubblica amministrazione.

L'art. 4 legge 4 marzo 2009, n. 15 - recante principi e criteri in materia di valutazione delle strutture e del personale delle amministrazioni pubbliche e di azione collettiva nonché disposizioni sul principio di trasparenza nelle amministrazioni pubbliche - ha previsto, al comma 2, lett. 1), tra i principi e criteri generali cui il Governo deve attenersi nell'esercizio della delega il "consentire a ogni interessato di agire in giudizio nei confronti delle amministrazioni, nonché dei concessionari di servizi pubblici, fatte salve le competenze degli organismi con funzioni di regolazione e controllo istituiti con legge dello Stato e preposti ai relativi settori, se dalla violazione di standard qualitativi ed economici o degli obblighi contenuti nelle Carte dei servizi, dall'omesso esercizio di poteri di vigilanza, di controllo o sanzionatori, dalla violazione dei termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali derivi la lesione di interessi giuridicamente rilevanti per una pluralità di utenti o consumatori, nel rispetto, tra l'altro, del seguente criterio: "devolvere il giudizio alla giurisdizione esclusiva e di merito del giudice amministrativo".

L'art. 1, co. 7, d.lg. 20 dicembre 2009, n. 198, invece, indica che il ricorso è devoluto "alla giurisdizione esclusiva" del giudice amministrativo senza alcun riferimento alla giurisdizione di merito.

giurisdizione di legittimità in giurisdizione capace di penetrare il rapporto almeno per gli atti vincolati.

⁴⁹ La tendenziale trasformazione in atto nel giudizio amministrativo è evidenziata in P. de Lise, Lo statuto del provvedimento amministrativo, www.giustizia-amministrativa.it, ottobre 2008, secondo cui il giudice amministrativo, in sede di cognizione, è chiamato sempre più a portare il suo esame sul rapporto, in modo da assicurare una tutela piena e soddisfacente all'interesse del privato.

L'attribuzione al giudice di una valutazione afferente anche a profili di merito amministrativo sembra peraltro riscontrabile nell'art. 1, co. 1 *bis* del d. lg. 198/2009 (art. 139, co. 1, dello schema di "codice"), secondo cui, nel giudizio di sussistenza della lesione, il giudice tiene conto delle risorse strumentali, finanziarie e umane concretamente a disposizione delle parti intimiate nonché nell'art. 4, co. 1. d.lg. 198/2009 (art. 139, co. 2, dello schema di "codice"), secondo cui il giudice accoglie la domanda se accerta la violazione, l'omissione o l'inadempimento, ordinando alla pubblica amministrazione o al concessionario di porvi rimedio entro un congruo termine, nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

La valutazione prognostica nel giudizio risarcitorio.

Il giudice amministrativo, nel giudizio risarcitorio, è chiamato a sostituirsi in via ipotetica all'amministrazione al fine di compiere un giudizio prognostico sull'effettiva spettanza del bene della vita.

La risarcibilità del danno da lesione dell'interesse legittimo, infatti, presuppone che l'attività illegittima della pubblica amministrazione abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento, sicché, per gli interessi legittimi pretensivi, la cui lesione si configura nel caso di illegittimo diniego del provvedimento richiesto o di ingiustificato ritardo nella sua adozione, il giudice deve valutare la consistenza della protezione che l'ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente e tale valutazione implica un giudizio prognostico, da condurre in riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno dell'istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare di una situazione suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata,

secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava quindi giuridicamente protetta⁵⁰.

E' soltanto la lesione del bene della vita, quindi, che qualifica in termini di ingiustizia il danno derivante dal provvedimento illegittimo e colpevole dell'amministrazione e lo rende risarcibile.

Il giudice, pertanto, non può accogliere l'istanza risarcitoria a prescindere dalla formulazione di un giudizio sulla certa o probabile spettanza dell'utilità finale, ma il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo pretensivo è subordinato, pur in presenza di tutti i requisiti dell'illecito (condotta, elemento psicologico, nesso di causalità, evento dannoso), alla dimostrazione, secondo un giudizio di prognosi formulato *ex ante*, che l'aspirazione al provvedimento era destinata, certamente o probabilmente, ad un esito favorevole.

Il giudizio prognostico si presenta in modo differenziato a seconda che il potere pubblico, dal cui esercizio può derivare il soddisfacimento della pretesa, sia vincolato o discrezionale.

La sostituzione del giudice all'amministrazione, sia pure in modo virtuale e nella sola prospettiva risarcitoria, è tanto più evidente quanto più sono intensi i margini di valutazione discrezionale rimessi all'amministrazione nel riconoscere al privato, asseritamente leso, il bene della vita⁵¹.

In tale ipotesi, è stato prospettato il rischio di un'ingerenza del giudice – chiamato a formulare il giudizio prognostico sul bene non ottenuto con la determinazione illegittima ed annullata – nella sfera esclusiva dell'amministrazione, quella relativa al merito amministrativo e alle valutazioni di pura opportunità e convenienza alla stessa spettanti nella prospettiva dell'ottimale perseguimento dell'interesse pubblico.

⁵⁰ Cass. Civ., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500, la quale precisa che l'interesse legittimo va inteso come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene.

⁵¹ Cfr. Cons. St., VI, 15 aprile 2003, n. 1945.

Pertanto, un cospicuo orientamento giurisprudenziale ha escluso che nei casi connotati dalla persistenza in capo all'amministrazione di significativi spazi di discrezionalità amministrativa pura il giudice possa indagare sulla spettanza del bene della vita, ammettendo il risarcimento solo dopo e a condizione che l'amministrazione, riesercitato il potere, abbia riconosciuto all'istante il bene stesso, nel qual caso il danno ristorabile non potrebbe che ridursi al solo pregiudizio determinato dal ritardo nel conseguimento di quel bene⁵².

Tale orientamento, che pure coglie nitidamente i termini del problema, ad avviso di chi scrive, non è del tutto persuasivo⁵³.

Infatti, se non sussiste incertezza sul fatto che, a seguito dell'annullamento giurisdizionale, l'amministrazione è tenuta a riesercitare il proprio potere discrezionale nei limiti della portata conformativa della pronuncia giurisdizionale, è altrettanto vero che, al fine di verificare la spettanza dell'utilità richiesta con la presentazione dell'istanza, il riesercizio del potere discrezionale dovrebbe avvenire sulla base delle stesse situazioni di fatto e di diritto esistenti al momento dell'adozione del provvedimento annullato, il che non sempre è possibile (si pensi, ad esempio, ad un diniego di promozione annullato quando il dipendente è ormai in quiescenza o ad un diniego di un qualsiasi atto accrescitivo della sfera giuridica di un soggetto non più vivente).

In tali ultimi casi, non sussistendo più le condizioni affinché l'adozione di un eventuale atto positivo possa effettivamente attribuire all'interessato l'utilità a suo tempo sperata, all'amministrazione non resterebbe che riesercitare, virtualmente ed ora per allora,

⁵² Cfr. Cons. St., IV, 29 gennaio 2008, n. 248; T.A.R. Puglia, Lecce, I, 5 giugno 2008, n. 1651.

⁵³ Cfr. anche Cass. Civ., III, 3 settembre 2007, n. 18511, secondo cui non è sostenibile che, nel caso di annullamento in sede giurisdizionale amministrativa per insufficienza o inadeguata motivazione sull'esercizio del relativo potere discrezionale, del diniego di rilascio di un provvedimento richiesto a soddisfazione di un interesse pretensivo, il diritto al risarcimento del privato si configuri soltanto qualora successivamente l'amministrazione provveda positivamente e si identifichi nel c.d. danno da ritardo, non essendo invece configurabile alcun danno in mancanza di tale successivo provvedimento positivo; la sentenza, pertanto, evidenzia che, mentre nel caso di adozione del provvedimento sarà configurabile solo un danno da ritardo, nel caso che tale adozione sia mancata il danno è configurabile, sussistendone i relativi presupposti, come danno da mancato conseguimento del provvedimento ampliativo.

il potere discrezionale, con la conseguenza che un eventuale ulteriore diniego costringerebbe il ricorrente o i suoi eredi ad una nuova impugnativa e così via.

Al contrario, ritengo che sia più coerente con l'esigenza di assicurare effettiva tutela ai ricorrenti che, quando il bene della vita non possa essere più conseguito e residui soltanto un interesse di tipo risarcitorio, sia il giudice a valutare, sulla base dell'evidenziato giudizio prognostico, la spettanza del bene della vita anche quando questa possa conseguire all'esercizio di una potestà amministrativa discrezionale, con la conseguenza che, in tali casi, sia pure in via virtuale ed ai soli fini risarcitori, il giudice è chiamato ad una valutazione diretta del merito amministrativo.

Tale tesi, d'altra parte, sembra l'unica compatibile con l'azione risarcitoria autonoma introdotta dall'art. 39, co. 4, ed implicitamente prevista dall'art. 11, co. 3, dello schema di "codice"^{54 55 56}.

Infatti, se l'azione risarcitoria non si accompagna all'azione di annullamento, il giudizio di illegittimità dell'atto causativo del danno dovrà essere condotto in via incidentale e non producendo, ovviamente, l'annullamento dello stesso non impone all'amministrazione alcun obbligo di riesercizio del potere nei confronti del quale, peraltro,

⁵⁴ L'art. 39, co. 4, dello schema di "codice" stabilisce che l'azione di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centottanta giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo; nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e può escludere i danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esercizio dei mezzi di tutela o l'invito all'autotutela.

⁵⁵ Per L. Barra Caracciolo, L'azione risarcitoria autonoma: una costruzione senza riscontro positivo ed il wishful thinking delle Sezioni Unite, in www.giustizia-amministrativa, 2009, non esiste né in base alle norme positive di diritto amministrativo da riordinare, né in base ai principi desumibili dal diritto civile inteso come diritto comune anche nel campo della tutela risarcitoria, una presunta lacuna di effettività della tutela cui supplire con l'introduzione dell'azione risarcitoria autonoma, con la conseguenza che non sussiste alcuna previgente azione legalmente prevista di tal genere, da riordinare o meglio disciplinare in base alla norma delega dell'art. 44 l. 69/2009.

⁵⁶ Il parere della Commissione Speciale del Consiglio di Stato del 1° febbraio 2010, nell'evidenziare che l'art. 245 *ter* dello schema di decreto di recepimento della direttiva ricorsi introduce una sorta di "pregiudizialità" quando, al comma 13, limita il risarcimento ai danni diversi da quelli derivanti dalla mancata aggiudicazione non impugnata, fa presente che tale soluzione non trova un ostacolo nella direttiva la quale non ritiene l'istituto incompatibile con i principi della tutela delle situazioni soggettive.

il ricorrente, avendo optato per l'azione risarcitoria autonoma, non ha mostrato alcun interesse⁵⁷.

All'assenza dell'obbligo dell'amministrazione di riesercizio del potere consegue che il giudice, al fine di decidere sulla domanda risarcitoria, dovrà compiere il giudizio prognostico anche nell'ipotesi di provvedimento discrezionale, con valutazione diretta del merito amministrativo.

La sostituzione del giudice all'amministrazione nella verifica della spettanza del bene della vita, a mio avviso, induce anche ad una riflessione in tema di istruzione probatoria nel processo amministrativo.

Si suole sostenere che nel processo amministrativo, il principio dispositivo, che è proprio del processo di parti, trova applicazione con rilevanti attenuazioni, tanto che si parla di sistema dispositivo con metodo acquisitivo⁵⁸.

In particolare, se spetta alle parti individuare nella realtà materiale i fatti da introdurre nel processo, spetta però al giudice prescegliere i fatti rilevanti per la decisione, determinare il mezzo di prova più adatto per accertare la verità del fatto così individuato ed indicare il soggetto più adatto a rappresentarlo.

In altri termini, il giudice amministrativo – pur sempre nell'ambito delle allegazioni delle parti, in osservanza della natura di “processo delle parti” propria del processo amministrativo – dispone di un ampio potere istruttorio consistente nella facoltà di individuazione di circostanze ed elementi in ordine ai quali ammettere i mezzi istruttori, di scelta del mezzo probatorio ritenuto più opportuno ed utile e di indicazione della parte sulla quale far ricadere il relativo onere⁵⁹.

⁵⁷ All'introduzione dell'azione risarcitoria autonoma dovrebbe ritenersi consequenziale anche la possibilità che, pur se la domanda risarcitoria è stata introdotta contestualmente o a seguito dell'azione di annullamento, quest'ultima possa essere dichiarata improcedibile dal giudice per sopravvenuta carenza di interesse ove, a causa degli effetti irreversibili del provvedimento, l'annullamento dello stesso non sia più in grado di produrre alcuna utilità per il ricorrente.

⁵⁸ M. Nigro, op. cit., pag. 244, che richiama F. Benvenuti e L. Migliorini.

⁵⁹ S. Veneziano, I nuovi mezzi probatori nella giurisdizione di legittimità e nella giurisdizione esclusiva, in www.giustizia-amministrativa.it, che richiama in proposito una cospicua dottrina.

Il giudizio risarcitorio, per le peculiarità sopra esposte, pone un diverso problema di individuazione ed acquisizione dei mezzi di prova rispetto sia al giudizio impugnatorio, ma anche a quello di accertamento, in cui si tratta di verificare la sussistenza dei presupposti per la configurazione del diritto, atteso che, essendo dedotti interessi legittimi, il giudice deve ripercorrere l'intera attività amministrativa, di tipo discrezionale o vincolato, al fine di verificare se, ove il potere fosse stato correttamente esercitato, il soggetto leso avrebbe, in termini di certezza o di probabilità, effettivamente beneficiato del bene della vita che invece gli è stato precluso⁶⁰.

Il giudice amministrativo, in pratica, nello svolgimento del giudizio prognostico, sostituendosi in via ipotetica all'amministrazione, deve esaminare tutti gli aspetti del rapporto a prescindere dalla prospettazione fornita dalle parti e l'accertamento sull'effettiva spettanza del bene della vita deve poter avvenire in qualunque modo, anche con l'eventuale esercizio di poteri istruttori attivabili d'ufficio, indipendentemente dalle deduzioni formulate dalle parti, e con l'utilizzazione di qualunque fonte di prova inerente al rapporto di cui sia a conoscenza perché acquisita agli atti di quel giudizio o di un giudizio connesso^{61 62}.

D'altra parte, la stessa giurisprudenza civile, trovandosi a trattare *ratione temporis* giudizi di risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo, ha costantemente evidenziato che la valutazione dell'ingiustizia del danno impone di chiarire se, al momento dello svolgimento dell'azione amministrativa contestata, esistevano o meno le condizioni di fatto e di diritto per l'adozione di un provvedimento amministrativo soddisfacente

⁶⁰ Cfr. anche P. de Lise, L'istruzione nel processo amministrativo, in www.giustizia-amministrativa.it, 2008, il quale evidenzia che, nello svolgimento del giudizio prognostico, il giudice amministrativo compie un'attività che si avvicina molto ad un esame "di merito", allo scopo di verificare se il corretto agire dell'amministrazione sarebbe stato o meno soddisfacente della utilitas cui aspirava l'interessato.

⁶¹ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, I, 19 novembre 2007, n. 11330, in cui la spettanza del bene della vita, nel caso di specie costituito dall'aggiudicazione della gara d'appalto, è stata esclusa sulla base di argomenti desumibili nonché delle allegazioni fornite dalla controinteressata con ricorso incidentale dichiarato improcedibile.

⁶² In proposito, è interessante notare che l'art. 4, co. 3, dello schema di "codice" espressamente chiarisce, con norma di portata generale, che il giudice amministrativo può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione.

dell'interesse sostanziale sotteso alla domanda giudiziale, sicché il giudice deve porsi nella stessa condizione in cui si sarebbe trovata l'amministrazione ove avesse nuovamente provveduto⁶³.

In sostanza, a mio avviso, nella valutazione prognostica sulla spettanza del bene della vita da svolgere nel giudizio risarcitorio, il giudice può approfondire l'istruttoria anche con riferimento a fatti non introdotti dalle parti nel processo o anche introdotti dalle stesse, senza però che esse intendano farne oggetto di prova⁶⁴.

Né tali conclusioni sembrano contrastare con i caratteri tipici del processo amministrativo e con il fatto che esso è nella disponibilità delle parti essendo permeato dal principio dispositivo e dal principio della domanda.

Il *vulnus* al principio dispositivo, infatti, potrebbe aversi ove il giudice intendesse esercitare la propria attività istruttoria per un fine diverso da quello perseguito dal ricorrente, atteso che in tal caso l'individuazione e l'acquisizione di fonti di prova potrebbe travalicare l'ambito della esatta corrispondenza tra chiesto e pronunciato, ma, quando la conoscenza dei fatti è necessaria proprio per valutare la fondatezza della pretesa avanzata dal ricorrente in giudizio e se tale valutazione implica lo svolgimento di un giudizio prognostico in cui il giudice deve sostituirsi all'amministrazione, occorre ritenere che i poteri istruttori, ivi inclusa l'introduzione e l'acquisizione delle prove, debbano essere esercitati anche d'ufficio nello stesso interesse delle parti ove, in assenza di tali acquisizioni probatorie, non sia possibile accertare la spettanza o meno del bene della vita.

In altre parole - considerato che nel giudizio risarcitorio la mera illegittimità del provvedimento di per sé sola non attesta la responsabilità dell'amministrazione dovendo, in presenza degli altri presupposti costitutivi dell'illecito, il cui onere della prova grava su chi fa valere la pretesa in giudizio, il giudice svolgere il ben più pregnante giudizio prognostico

⁶³ Cfr. Cass. Civ., III; 3 settembre 2007, n. 18511 cit., secondo cui i giudici di merito avrebbero dovuto giudicare tenendo conto dell'onere probatorio gravante sul ricorrente e di quanto allegato dallo stesso nonché di quanto eventualmente rilevabile nell'esercizio dei poteri di rilevazione d'ufficio di fatti rilevanti e risultanti o acquisiti in causa.

⁶⁴ V. Caianiello, op. cit., pag. 756, ha peraltro osservato che finora non risulta che una sentenza sia stata impugnata perché il giudizio è stato risolto sulla base di prove nemmeno introdotte dalle parti, ma sulla base di prove introdotte ed acquisite su iniziativa del giudice.

sull'effettiva spettanza del bene della vita sostituendosi virtualmente all'amministrazione – il giudice dovrebbe poter attivare anche d'ufficio gli strumenti probatori necessari al compimento di quel giudizio che, altrimenti, correrebbe il rischio di rimanere un guscio vuoto⁶⁵.

Conclusioni.

La giurisdizione amministrativa di merito è stata spesso considerata alla stregua di una reliquia del passato⁶⁶, per poi tornare alla ribalta anche a seguito della nota decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 30 luglio 2008, n. 9, secondo cui, ove l'amministrazione non si conformi puntualmente ai principi contenuti nella sentenza di annullamento dell'aggiudicazione oppure non constati le conseguenze giuridiche che da essa discendono, ovvero ancora nel caso di sua successiva inerzia, l'interessato può instaurare il giudizio di ottemperanza, nel quale il giudice amministrativo – nell'esercizio della sua giurisdizione di merito – ben può sindacare in modo pieno e completo (e soddisfacente per il ricorrente) l'attività posta in essere dall'amministrazione o anche il suo comportamento omissivo, adottando tutte le misure (direttamente o per il tramite di un commissario *ad acta*) necessarie ed opportune per dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza e per consentire una corretta riedizione del potere amministrativo⁶⁷.

⁶⁵ Per quanto attiene al *quantum* del danno risarcibile, non sussistono ragioni per discostarsi dai tradizionali principi civilistici secondo cui l'onere della prova, sia per il danno emergente che per il lucro cessante, incombe su chi vuole far valere la pretesa in giudizio, ossia sul ricorrente.

⁶⁶ Cfr. in proposito quanto evidenziato da G. Virga, La giurisdizione di merito e la nuova disciplina del silenzio della P.A., in www.lexitalia.it, 2/2006.

⁶⁷ Cfr. G. Virga, La rivalutazione della giurisdizione di merito, in www.lexitalia.it, 7/8 2008, secondo cui la decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2008 costituisce una sorta di rivalutazione della giurisdizione di merito, nel momento in cui afferma che i maggiori poteri decisorii che sono propri di tale tipo di giurisdizione possono essere utilmente impiegati in sede di esecuzione del giudicato anche al fine di disporre la sostituzione dell'aggiudicatario, quale "reintegrazione in forma specifica" del soggetto che ha ottenuto la statuizione di annullamento. Cfr. anche F. Freni, L'Adunanza plenaria afferma la giurisdizione (di merito) del giudice amministrativo, ma non scioglie il nodo dei rapporti tra provvedimento e negozio, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, novembre 2008.

L'estensione al merito della giurisdizione si connota per i maggiori poteri cognitori, istruttori e decisorii di cui dispone il giudice.

L'art. 151 dello schema di "codice" stabilisce che il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito, nell'esercizio della quale può sostituirsi all'amministrazione, nelle controversie aventi ad oggetto: l'attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato; gli atti e le operazioni in materia elettorale, attribuiti alla giurisdizione amministrativa; le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti; le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti anche contingibili e urgenti emanati dal Sindaco in determinate materie; le contestazioni sui confini degli enti territoriali.

Tali materie presentano caratteristiche molto diverse l'una dall'altra.

Il denominatore comune è costituito dal fatto che in tutti i casi il giudice amministrativo si sostituisce all'amministrazione, ma, mentre nelle fattispecie di atti ed operazioni in materia elettorale e di contestazioni sui confini degli enti territoriali il giudice non è chiamato ad alcuna valutazione dell'interesse pubblico, trattandosi di attività totalmente vincolate in cui una valutazione di opportunità non è nemmeno astrattamente configurabile, nelle fattispecie relative al giudizio di ottemperanza, quando il riesercizio del potere è di tipo discrezionale e non è stato completamente conformato dalla pronuncia giurisdizionale da eseguire, alle sanzioni pecuniarie ed ai provvedimenti contingibili ed urgenti, la valutazione giurisdizionale riguarda il merito amministrativo.

La norma di delega per il recepimento della c.d. direttiva ricorsi – la cui ratio può essere individuata nella preoccupazione, essendo difficilmente reversibili le conseguenze giuridiche e materiali di un contratto stipulato con il concorrente la cui aggiudicazione è contestata, di non assicurare una tutela pienamente soddisfacente al concorrente che propone un ricorso e, quindi, nell'esigenza di garantire in materia di appalti una tutela processuale effettiva e celere – ha stabilito di recepire i relativi articoli della direttiva comunitaria nell'ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito, sicché ritengo che il legislatore

nazionale delegante abbia inteso attribuire al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva non solo sulle controversie afferenti agli atti della gara, ma anche, in sede di cognizione, sulla efficacia del contratto *medio tempore* stipulato nonché una giurisdizione estesa alla valutazione del merito amministrativo in quanto gli apprezzamenti che il giudice è chiamato a compiere implicano valutazioni dirette dell'interesse pubblico e, in tal senso, possono ritenersi sostitutivi di quelli che potrebbe compiere l'amministrazione.

Pertanto, ad avviso di chi scrive, nonostante in sede di elaborazione dello schema di decreto sia stata espunta al primo comma dell'art. 245 *ter* d.lg. 163/2006 la locuzione "esclusiva e di merito" per qualificare la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla privazione di effetti del contratto e alle sanzioni alternative e sebbene il parere del Consiglio di Stato del 1° febbraio 2010 abbia escluso l'attribuzione anche di una giurisdizione di merito, il *corpus* normativo attribuisce al giudice amministrativo una giurisdizione non solo esclusiva ma anche comprensiva di valutazioni che, afferendo alla comparazione ed alla ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti nella fattispecie concreta, si estendono alla sfera del merito amministrativo.

Ad ogni buon conto, a prescindere dalla qualificazione degli stessi, è prevista l'attribuzione al giudice amministrativo di nuovi e rilevanti poteri a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione di un appalto.

Un'ulteriore ipotesi di valutazione giurisdizionale del merito amministrativo sembra discendere dal giudizio risarcitorio per danno derivante da lesione dell'interesse legittimo, nell'ambito del quale il giudice amministrativo, dovendo compiere un giudizio prognostico di spettanza all'interessato del bene della vita, è tenuto a sostituirsi sia pure in via ipotetica all'amministrazione.

Potrebbe ritenersi più conforme alle esigenze di effettività della tutela che la sostituzione, quantomeno nei casi in cui l'*utilitas* non sia più concretamente attribuibile all'interessato, avvenga anche quando l'amministrazione è titolare di un potere discrezionale, ed in tale contesto il giudice dovrebbe svolgere una valutazione diretta, sia

pure virtuale, dell'interesse pubblico e degli altri interessi in gioco al fine di valutare la convenienza e l'opportunità dell'adozione dell'atto.

Tale tesi, d'altra parte, appare l'unica compatibile con l'azione risarcitoria autonoma introdotta dall'art. 39, co. 4, dello schema di "codice" in quanto, se l'azione risarcitoria non si accompagna all'azione di annullamento, il giudizio di illegittimità dell'atto causativo del danno dovrà essere condotto in via incidentale e, non essendovi per l'amministrazione alcun obbligo di riesercizio del potere, il giudice, al fine di decidere sulla domanda risarcitoria, dovrà necessariamente effettuare il giudizio prognostico, con valutazione diretta del merito amministrativo.

La sostituzione del giudice all'amministrazione nella verifica della spettanza del bene della vita, peraltro, induce anche ad una riflessione in tema di istruzione probatoria in quanto, nonostante nel processo amministrativo come processo delle parti vige il c.d. sistema dispositivo con metodo acquisitivo, il giudice, investito di un'attività sostanzialmente di merito nel giudizio prognostico di spettanza del bene, è da ritenere che possa approfondire l'istruttoria anche con riferimento a fatti non introdotti dalle parti nel processo o anche introdotti dalle stesse, senza però che esse intendano farne oggetto di prova.

E' infatti evidente che se il giudice deve sostituirsi all'amministrazione, deve avere le possibilità di indagine e conoscenza riconosciute alla stessa per l'esercizio del potere.

In tema di istruzione probatoria, peraltro, coerentemente con l'estensione del giudizio all'intero rapporto disciplinato da provvedimento impugnato, lo schema di "codice" attribuisce al giudice anche in giurisdizione di legittimità gli stessi strumenti probatori già previsti per la giurisdizione di merito, nella consapevolezza che il giudizio amministrativo, anche quello di legittimità, è sempre più orientato a conoscere della fondatezza sostanziale della pretesa e non dei vizi formali dell'atto, per cui potrebbe essere valutata l'ipotesi di una fase istruttoria autonoma, con una specifica figura di magistrato istruttore.

In definitiva, il tema della valutazione giurisdizionale del merito amministrativo sembra acquisire una rinnovata e forte attualità a seguito dell'evoluzione del sistema e degli interventi normativi in atto.

La valutazione giurisdizionale in ordine al rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione ed inefficacia del contratto, sanzioni alternative o risarcimento del danno ed in ordine al giudizio prognostico da compiere per verificare l'ingiustizia del danno in sede risarcitoria, da ritenere non più eludibile anche con riferimento all'esercizio di attività amministrativa discrezionale per effetto della previsione normativa di un'azione risarcitoria autonoma, ampliano notevolmente le ipotesi di intervento del giudice nella valutazione diretta degli interessi pubblici che l'amministrazione è chiamata ontologicamente a perseguire.

Si aprono nuovi scenari, in cui le modalità di svolgimento della funzione giurisdizionale amministrativa sembrano inevitabilmente destinate a modificarsi.

Roberto Caponigro

Consigliere TAR Lazio