

Diego Vaiano

Sindacato di legittimità e «sostituzione» della pubblica amministrazione ¹.

ABSTRACT: Lo studio affronta il tema della possibilità che il giudice amministrativo di legittimità si sostituisca nelle competenze della pubblica amministrazione in applicazione delle disposizioni dettate dal nuovo codice del processo amministrativo, che hanno per molti versi ampliato i poteri decisori a questo riconosciuti nei confronti dell'amministrazione risultata soccombente in giudizio.

Una tale possibilità, in effetti, esclusa dall'ordinamento processuale previgente, parrebbe oggi doversi ammettere quanto meno in virtù di quanto disposto dagli art. 121 e 122 del nuovo codice in materia di appalti pubblici. In questi casi, infatti, il giudice amministrativo, nel momento in cui si pronuncia in ordine alla dichiarazione di inefficacia del contratto ed alla possibilità di disporre il subentro nello stesso da parte di chi sia risultato il legittimo destinatario dell'affidamento, sembrerebbe proprio sostituirsi all'amministrazione nelle valutazioni dell'interesse generale del quale l'amministrazione è istituzionalmente portatrice.

Il contenuto delle suddette disposizioni viene, allora, preso in esame dall'A. al fine di verificare quale appropriato inquadramento dogmatico sia possibile offrire ai nuovi poteri decisori riconosciuti sul punto al giudice amministrativo, concludendosi nel senso di considerare espressione del nuovo rapporto - definito di "saldatura" - delineato dall'art. 34 del codice tra le fasi della cognizione e quella dell'ottemperanza alla sentenza, che consente oggi al giudice di legittimità di anticipare, nella sentenza che conclude il giudizio di cognizione, misure e contenuti sostitutori delle competenze dell'amministrazione che precedentemente si riteneva che potessero far parte solo della fase dell'esecuzione della sentenza, in quanto espressione della diversa forma della giurisdizione di merito.

Lo studio si chiude, quindi, prospettando l'ipotesi che i nuovi poteri decisori che sono stati in tal senso riconosciuti al giudice amministrativo costituiscano non solo il punto di arrivo di una decennale evoluzione verificatasi in materia, ma anche il punto di partenza per ulteriori sviluppi che conducano, in particolare, al definitivo superamento dell'ormai (probabilmente) inutile nozione della giurisdizione di merito, essendo divenuta questa non più necessaria per spiegare concettualmente la presenza di competenze giurisdizionali piene, fin dalla fase del giudizio di cognizione e dunque nella ordinaria sede della giurisdizione generale di legittimità, in grado di pervenire al completo accertamento del rapporto ed all'adozione di tutte le misure in grado di garantire l'effettività della tutela conseguente a tale accertamento.

The study concerns the possibility of having a substitution of the Administrative Tribunals on the competences of the public administration because of the new rule introduced by the new Code of the administrative proceedings.

Such a possibility had always been precluded by the pre-existing laws, but now it seems to be admitted at least in matters of public contracts, considering what is established by the art. 121 and 122 of the new Code. These rules, in fact, give the judge the power to declare the inefficacy of the public contract and to substitute the previous party of it with the one who has won the case.

However, this new power of the judge is considered not only as a special rule operating only in contest of the public contracts, but as an expression of the new general relation – introduced by the art. 34 of the new Code – between the two different phases of the judgment, the cognizance and the execution of the sentence, that now generally afford the judge to bring forward contents of the decision that previously could only have been adopted at the moment of the execution.

The study concludes considering this judge's new general power as the finishing point of a long evolution and at the same time as a starting point for new developments oriented towards the purpose of a full and complete protection of the citizens against the public administration in the administrative proceedings

SOMMARIO: – 1. La «sostituzione» dell' amministrazione nella giurisdizione di legittimità : un controsenso, un punto di arrivo od un punto di partenza? – 2. L' evoluzione dell' ordinamento processuale amministrativo verso il riconoscimento di sempre più incisivi poteri del giudice, in grado di penetrare all' interno degli spazi di discrezionalità riconosciuti all' amministrazione; – 3. Segue: la reintegrazione in forma specifica e l' azione di adempimento a tutela di interessi legittimi pretensivi. Le novità recate, su quest' ultimo punto, nel nuovo codice del processo amministrativo; – 4. Segue: la decisione TAR Lombardia, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428: sostituzione dell' amministrazione nell' azione di adempimento? – 5. La sostituzione dell' amministrazione nelle disposizioni di cui agli artt. 121 e 122 del nuovo codice del processo amministrativo; – 6. segue: ricognizione delle opinioni espresse sul punto in dottrina; – 7. Segue: la sostituzione dell' amministrazione nel giudizio di legittimità come anticipazione alla sede della cognizione

¹ Relazione tenuta al Convegno di studi su Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione svoltosi a Copanello (CZ), in data 1-2 luglio 2011.

delle misure e valutazioni giudiziali inerenti al definitivo assetto del rapporto precedentemente rinviate alla sede del giudizio di esecuzione; – 8. Qualche considerazione conclusiva: la necessità di un completamento dell' evoluzione in atto garantendo il pieno accesso del giudice della cognizione ai profili di fatto e di diritto rilevanti per la decisione.

1. – Il tema che mi è stato assegnato per la relazione è di quelli che ingenerano, in chi se ne debba occupare, una comprensibile preoccupazione. Nell' inquadramento tradizionale degli istituti della giustizia amministrativa, in effetti, parlare di una sostituzione dell' amministrazione nella giurisdizione di legittimità sarebbe apparso un controsenso giacché, tradizionalmente, proprio il divieto di sostituzione dell' amministrazione è stato unanimemente ritenuto il primo ed il più chiaro limite al quale soggiacciono i poteri decisorii riconosciuti al giudice della legittimità dell' azione amministrativa. Un limite che fu fissato – com' è noto – sul piano normativo dall' art. 45 del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato e dall' art. 88 del Regolamento di procedura del 1907, che facevano appunto salvi gli ulteriori provvedimenti dell' autorità amministrativa a seguito dell' annullamento giurisdizionale del provvedimento impugnato, derivante se vogliamo dal principio della separazione dei poteri e comunque ribadito senza tentennamenti dall' intera dottrina classica, che non mancava di avvertire come la giurisdizione di pura legittimità fosse, appunto, giurisdizione solo di annullamento, nella quale cioè il giudice conosce della legittimità dell' atto amministrativo impugnato ai soli fini del suo eventuale annullamento, rimanendo in facoltà dell' amministrazione di prendere gli ulteriori provvedimenti che crederà del caso, mentre sarà solo in sede di giurisdizione di merito che questi potrà non solo annullare il provvedimento amministrativo, ma anche riformarlo e correggerlo con la più completa sostituzione della sua volontà a quella dell' amministrazione ². Sono passaggi citati dalle Guarentigie di Oreste Ranalletti, ma analoghe considerazioni sono presenti, naturalmente, nella generalità dei manuali istituzionali ³.

Senonché, sta di fatto che, con l' emanazione del nuovo codice del processo amministrativo, il tema ha invece assunto attualità nel dibattito dottrinale giacché – salvo quanto verrà in maniera più approfondita detto più avanti, anche con riferimento alla c.d. azione di adempimento – parrebbe per più versi che si possa riconoscere davvero la presenza di una sostituzione del giudice all' amministrazione quanto meno nelle ipotesi previste dalle disposizioni di cui agli artt. 121 e 122 del nuovo codice in tema di dichiarazione, all' esito del giudizio di cognizione, dell' inefficacia del contratto di appalto che sia stato sottoscritto con una pubblica amministrazione a seguito dell' annullamento dell' aggiudicazione definitiva che abbia dato titolo alla sua stipulazione.

Ricordo molto brevemente come, in effetti, la normativa citata preveda due distinte ipotesi di possibile intervento del giudice di legittimità sull' efficacia del contratto che sia stato medio tempore sottoscritto con chi sia poi risultato, in giudizio, illegittimamente aggiudicatario della gara. Nel caso di cui all' art. 121, infatti, si fa riferimento alle ipotesi di aggiudicazione conseguita a seguito di gravi violazioni di legge, coincidenti fondamentalmente con le aggiudicazioni avvenute senza una preventiva pubblicazione di un bando od un avviso di gara, qualora prescritta, ed i

² O. RANELLETTI, Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione, Milano, 1937, V ed., pag. 482-483.

³ Tra gli altri, per tutti, cfr. E. GUICCIARDI, La giustizia amministrativa, Padova, 1957, III ed., pag. 281: "le sentenze colle quali il giudice, riconoscendo il buon fondamento del ricorso, lo accoglie, hanno contenuto diverso secondo che i motivi che hanno dato luogo all' accoglimento siano di legittimità o di merito. Nel primo caso, la decisione pronuncia l' annullamento del procedimento impugnato. ... Nel secondo caso, ... il giudice si sostituisce all' amministrazione nell' esercizio di funzioni di vera amministrazione attiva" .

contratti stipulati senza il rispetto della clausola del c.d. stand still, ossia del termine dilatorio di cui all' art. 11, comma 10, del D.lgs. n. 163/2006, qualora ciò abbia influito sulla possibilità, per il ricorrente, di ottenere l' affidamento dell' appalto. E' una norma che deriva direttamente dalla direttiva europea n. 2007/66/CE (c.d. seconda direttiva ricorsi) sul miglioramento dell' efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici che stabiliva che, nei suddetti casi, il legislatore nazionale fosse vincolato, in sede di trasposizione, a prevedere l' inefficacia del contratto: ed al ricorrere di essi il codice prevede oggi, di conseguenza, che il giudice amministrativo debba dichiarare senz' altro l' inefficacia del contratto, anche d' ufficio, salvo che non ricorrano esigenze imperative connesse ad un interesse generale che impongano che gli effetti del contratto in essere vengano mantenuti ⁴.

Negli altri casi di violazione di legge di cui all' art. 122, viceversa, al giudice è rimessa una più ampia possibilità di decisione, prevedendo il codice che questi possa discrezionalmente stabilire se dichiarare o meno inefficace il contratto in relazione a quattro criteri dalla norma stessa preventivamente individuati: gli interessi delle parti, l' effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l' aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, lo stato di esecuzione del contratto e la concreta possibilità di subentro nello stesso, ove la relativa domanda sia stata proposta in giudizio. Siamo in presenza, in questi casi, di una vera e propria sostituzione dell' amministrazione in ordine a competenze ed attribuzioni che, precedentemente, l' ordinamento le riservava senza alcuna possibilità di decisivo intervento da parte del giudice amministrativo, quanto meno in sede di giurisdizione di legittimità ?

Chi scrive ritiene, invero, di sì, ancorché nel senso che sarà chiarito più avanti, trattandosi in tutti i suddetti casi di valutazioni (la presenza di esigenze imperative connesse ad un interesse generale, gli interessi delle parti, e quindi prima di tutto quello pubblico di cui è portatrice l' amministrazione, lo stato di esecuzione del contratto, che rileva sempre nella prospettiva del migliore perseguimento dell' interesse generale, etc.) che coinvolgono direttamente gli interessi generali dei quali l' amministrazione è istituzionalmente portatrice, la cui ponderazione viene ora dall' ordinamento rimessa al prudente apprezzamento del giudice.

Così intese, le norme in questione parrebbero, allora, poter costituire espressione del completamento di un lungo percorso evolutivo compiuto dalla giurisdizione di legittimità, e più in generale dall' ordinamento processuale amministrativo, verso il traguardo dell' effettività della tutela giurisdizionale attraverso il definitivo riconoscimento del ruolo centrale del giudice amministrativo nell' operare un penetrante sindacato sulle valutazioni dell' interesse pubblico in linea di principio rimesse alla pubblica amministrazione. Sul punto, invero, è stato giustamente osservato in dottrina come, in realtà, gli articoli 121 e 122 prevedano " nuovi poteri del giudice in chiave di obiettiva riduzione della protezione del ricorrente " ⁵. Questo è sicuramente vero ma, come si vedrà anche più avanti, non va dimenticato come l' avere affidato la valutazioni in

⁴ Esigenze che, si può aggiungere, possono essere di tipo tecnico o di altra natura, anche economiche (anche se per esse il codice delimita molto le possibilità attribuite al giudice amministrativo), il riconoscimento del cui ricorrere nel caso di specie è rimesso dal codice a valutazioni affidate ora al prudente apprezzamento del giudice e non più, come avveniva prima, alla stessa amministrazione in sede di esecuzione della sentenza.

⁵ M. LIPARI, L' annullamento dell' aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice, già in www.federalismi.it, e poi pubblicata negli Atti del convegno di Lecce del 12-13 Novembre 2010 su Il nuovo processo amministrativo, con il titolo Annullamento, contratto, poteri del giudice, 253.

questione direttamente al giudice della cognizione ha l' enorme vantaggio, per il ricorrente, di consentire a questi di ottenere immediatamente una decisione in grado di rendere tutela piena al proprio interesse, eventualmente anche solo per la via del risarcimento per equivalente, evitandogli di dover procedere a diffidare ripetutamente l' amministrazione a porre in esecuzione la sentenza, come sovente accade a fronte di non rari comportamenti riottosi delle stesse, e di dover introdurre poi un successivo giudizio di ottemperanza per poter ottenere in via esecutiva che l' amministrazione proceda ad effettuare esattamente quelle stesse valutazioni che ora il codice rimette direttamente alla competenza del giudice della cognizione.

Certo, si tratta di norme settoriali, ma va opportunamente rimarcato come esse riguardino una materia, quale è quella degli appalti pubblici, che copre una significativa percentuale nell' ambito del contenzioso giurisdizionale amministrativo e della quale si è sovente sottolineata la vis attrattiva spesso esercitata nel modellare, o rimodellare, gli istituti della giustizia amministrativa in senso più coerente con le esigenze di tutela alle quali sono preordinati.

In questa prospettiva, anzi, si potrebbe persino formulare l' ipotesi, senz' altro da verificare, che le citate norme e le possibilità sostitutive delle competenze dell' amministrazione che esse hanno introdotto nell' ordinamento possano considerarsi non solo e non tanto come un punto di arrivo di un' importante evoluzione ordinamentale, bensì anche quale un fecondo momento di avvio di un ulteriore percorso da compiere, volto a restituire in via generale al giudizio di cognizione quel ruolo centrale che esso dovrebbe senz' altro assumere nella dinamica processuale e che storicamente, nel giudizio amministrativo di legittimità, non sempre è riuscito a raggiungere, risultando sovente costretto dai limiti angusti del carattere meramente demolitorio della sentenza di annullamento a "proiettarsi" nel successivo giudizio di ottemperanza, al fine di sfruttare le più larghe maglie della giurisdizione di merito per esso prevista⁶. E' l' ipotesi che, per l' appunto, si intenderà verificare nella presente relazione.

2. - L' evoluzione dell' ordinamento processuale amministrativo verso il riconoscimento di sempre più incisivi poteri del giudice, in grado di penetrare all' interno degli spazi di discrezionalità riconosciuti all' amministrazione, è naturalmente nota e ad essa sarà operato solo un breve richiamo per rammentare come le vie che questa ha seguito possano dirsi essere passate, in estrema sintesi, attraverso:

a) il riconoscimento della presenza, nella decisione di accoglimento del ricorso per motivi di legittimità, di effetti che vanno oltre il mero annullamento e la demolizione dell' atto amministrativo. Al fine, soprattutto, di garantire l' effettività della tutela di interessi legittimi di tipo pretensivo, dottrina e giurisprudenza hanno progressivamente ammesso la sussistenza, infatti, nei contenuti di tale decisione di effetti ordinatori e confermativi della successiva azione

⁶ E' noto, in effetti, che le consolidate opinioni della dottrina e giurisprudenza abbiano ormai da tempo visto nel giudizio di ottemperanza la "prosecuzione di un giudizio amministrativo" che trova nella decisione che conclude il giudizio di cognizione limitato alla questione di legittimità solo "una sua prima fase" (Calabrò), quasi meramente preparatoria della decisione definitiva da rendere in sede di ottemperanza, "solo nella quale si perviene alla definitiva risoluzione della controversia" (Giacchetti). Metafore di questo genere sono state, anzi, continuamente riproposte in dottrina. Si cercherà di verificare se di esse vi sia effettivamente ancora bisogno.

amministrativa in grado dettare all' amministrazione, per più versi, la regola che dovrà essere seguita nella rinnovazione dell' esercizio del potere⁷;

b) la parallela evoluzione che si è riscontrata in ordine all' ambito di ammissibilità del giudizio di ottemperanza ed ai poteri decisori che in quella sede, trattandosi di giurisdizione di merito, possono essere riconosciuti al giudice amministrativo, anche attraverso la nomina di commissari ad acta, in grado di sostituirsi nell' esercizio delle competenze dell' amministrazione inadempiente, sotto l' immanente controllo del giudice⁸;

c) il completamento del sistema attraverso l' adattamento ai risultati come sopra raggiunti anche dei contenuti della tutela cautelare: è quella che il compianto Franco Pugliese definì la "marcia a gambero" compiuta dalla giurisprudenza nella ricostruzione degli istituti della giurisdizione amministrativa, operata cioè a partire dall' approfondimento dei contenuti della decisione di accoglimento e del giudizio di ottemperanza per "tornare indietro" fino a modellare, in via pretoria, una tutela cautelare ispirata dal principio dell' atipicità delle misure in quella sede adottabili, purché contenute all' interno di un rapporto di strumentalità e continenza riguardo ai possibili contenuti oltre l' annullamento delle suddette decisioni, inclusa quella che potrà essere resa in esito al giudizio di ottemperanza, visto quale momento dell' effettiva conclusione del giudizio⁹.

Proprio con riferimento all' evoluzione dei contenuti della tutela cautelare si può dire anzi che si ritrovi, quanto meno in nuce, una prima via attraverso la quale si riscontra una penetrazione del giudice amministrativo di legittimità con effetti sostitutivi nell' ambito delle competenze dell' amministrazione. Non a caso, infatti, si è da tempo autorevolmente osservato come la tutela cautelare, nei contenuti che andava assumendo in esito alla descritta evoluzione, potesse quasi considerarsi un caso legislativamente non previsto di giurisdizione di merito, avendo questa progressivamente acquisito i caratteri tipici di tale giurisdizione e la capacità di operare in

⁷ Non siamo ancora, evidentemente, alla sostituzione dell' amministrazione ma v' è in tale riconoscimento già una proiezione che va oltre l' annullamento ed è un primo elemento che scardina in parte il modello impugnatorio puro.

⁸ Soprattutto l' emersione, o meglio la ricollocazione sistematica, della nomina del commissario ad acta fra le misure sostitutive adottabili dal giudice amministrativo in sede di giudizio di ottemperanza pare avere anzi costituito, in questa direzione, uno sviluppo decisivo nel garantire la concreta possibilità di una sostituzione della volontà del giudice a quella dell' amministrazione inadempiente al dovere di esecuzione del giudicato. L' attività necessaria per l' esecuzione di una decisione giurisdizionale amministrativa richiede sovente, infatti, lo svolgimento di un procedimento amministrativo in cui devono intervenire organi dotati di specifiche competenze o di particolari strutture organizzative delle quali il giudice è naturalmente privo. Per ovviare a tale difficoltà, il Consiglio di Stato aveva da sempre fatto ricorso alla nomina di altri organi pubblici che provvedessero in veste commissariale (di solito i prefetti): ma l' intervento di questi ultimi era percepito originariamente quale espressione di una forma di controllo sostitutivo, mentre è solo con la decisione Corte cost. 12 maggio 1977, n. 75, che venne definitivamente affermato che, in sede di ottemperanza, "il giudice amministrativo, sia che sostituisca la propria decisione all' omesso provvedimento dell' amministrazione ... sia che disponga la nomina di un commissario ... esplica sempre attività giurisdizionale, non si surroga all' organi di controllo. A sua volta l' attività del commissario, pur essendo praticamente la medesima che avrebbe dovuto essere prestata dall' amministrazione, ne differisce giuridicamente, in quanto si fonda sull' ordine contenuto nella sentenza, alla quale è legata da un nesso di strumentalità" .

⁹ Cfr. F. PUGLIESE, Le ragioni del controinteressato nell' evoluzione della tutela cautelare, in Dir. proc. amm., 1988, pag. 394-395, ove si sottolinea appunto come dall' intima connessione con la fase dell' ottemperanza la fase cautelare avesse "attinto i contenuti di merito e la capacità di operare in sostituzione dell' amministrazione: tutti i contenuti del giudizio cautelare sono possibili se rispecchiano i possibili contenuti della decisione finale" .

sostituzione dell' amministrazione ¹⁰. La chiave, in questa direzione, ci pare che sia stata costituita dall' elastico fondamento sul periculum in mora sulla base del quale sono adottate le misure cautelari, che ha consentito al giudice amministrativo interventi ampiamente coinvolgenti le valutazioni di merito riservate alle pubbliche amministrazioni; e più delle altre, in questo senso, ha contribuito la misura cautelare atipica costituita dalle ammissioni con riserva, attraverso le quali il giudice amministrativo ha superato l' idea di una funzione meramente conservativa della situazione di fatto e di diritto quale dedotta in giudizio della tutela cautelare ed ha utilizzato l' istituto in una prospettiva ordinatoria e/o "propulsiva" di puntuali attività amministrative necessarie al fine di non vanificare, concretamente, la tutela giurisdizionale che sarà poi offerta dalla decisione di merito ¹¹. Né possono essere dimenticate, in questa stessa prospettiva, le valutazioni di vera e propria opportunità con le quali ci si trova sovente a confrontare nelle camere di consiglio fissate per le discussioni delle istanze di tutela cautelare, soprattutto in materia di appalti (e soprattutto quando non esisteva ancora la già rammentata clausola del c.d. stand still), in ordine alle conseguenze che sarebbero determinate dall' esecuzione e/o non esecuzione del provvedimento impugnato, operate non solo dal punto di vista degli interessi del ricorrente ma spesso proprio da quello dell' amministrazione, sul cui bilanciamento alla fine decide il giudice. Valutazioni che, in una certa misura, appaiono veramente costituire l' antecedente di quelle, per molti versi analoghe, che adesso è chiamato ad operare anche il giudice della cognizione in attuazione delle rammentate disposizioni di cui agli artt. 121 ss e 122 del c.p.a.

3. - Di questa evoluzione, comunque, quel che interessa qui maggiormente rilevare è come, sul piano sistematico, in esito ad essa il processo amministrativo si sia caratterizzato per un' intima connessione degli istituti che lo caratterizzano, dalla fase cautelare a quella dell' ottemperanza, passando per il giudizio di cognizione, "assumendo, in un certo senso, una caratteristica circolarità, in cui ciascun momento si arricchisce dei contenuti dell' altro ed al tempo stesso ne viene arricchito nelle potenzialità" ¹². Un' intima connessione che, infatti, il nuovo codice del processo amministrativo conferma pienamente in alcune delle più rilevanti novità che esso ha recato, dal coordinamento operato tra la fase della tutela cautelare e quella della definizione del merito nel giudizio di cognizione, legando alla concessione della prima un meccanismo di accelerata definizione del secondo (art. 55, comma 10, c.p.a.) ¹³, alla "saldatura" operata anche

¹⁰ A. ROMANO, Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito, in Foro it., 1985, col. 2499.

¹¹ Né sono estranei contenuti di tipo latamente sostitutivo anche nelle misure cautelari di ordine di riesame dell' amministrazione, anche nelle quali viene svolta una funzione propulsiva di ulteriori attività amministrative che poi, sovente, di estrinsecano nell' adozione di un nuovo provvedimento che concretamente si sovrappone a quello impugnato in giudizio, che andrà a sua volta eventualmente impugnato con motivi aggiunti e che diverrà in questo modo il concreto oggetto della decisione di merito che sarà poi resa con la sentenza definitiva.

¹² Così, ancora, F. PUGLIESE, op. loc. cit..

¹³ Si cfr. sul punto, tra le altre, le considerazioni svolte in argomento da M.A. SANDULLI, La fase cautelare, in Dir. proc. amm., 2010, spec. 1137 ss., ove si rileva come il "legame tra cautela e merito non soltanto non incide sulla progressiva evoluzione della tutela cautelare da mera sospensione interinale dell' efficacia del provvedimento impugnato a strumento atipico si salvaguardia immediata delle posizioni soggettive con effetti anticipatori della decisione di merito ma ne è, in un certo senso, la necessaria conseguenza [poiché] proprio la possibilità che, in una fase di cognizione sommaria, il giudice abbia anche un potere conformativo (come avviene con la tecnica del remand) e che l' amministrazione abbia l' obbligo di adeguarsi alle relative statuizioni ... rende oltremodo opportuno uno stretto legame con il giudizio di merito" .

tra la fase della cognizione e quella dell' ottemperanza tramite la previsione che la sentenza di merito possa disporre direttamente le misure idonee ad assicurare l' attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, che può ora avvenire già in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l' ottemperanza [(art. 30, comma 1, lett. e)]¹⁴, per finire con la "dequotazione" della giurisdizione di merito, la cui esistenza viene bensì confermata dall' art. 7, comma 6, c.p.a. (e dall' art. 134 cui esso rinvia) ma la cui rilevanza viene fortemente sminuita proprio dal potenziamento e dalla più generale riconfigurazione dei poteri cognitori e decisorii riconosciuti al giudice amministrativo sia nella giurisdizione generale di legittimità che in quella esclusiva¹⁵. Norme che si rivolgono tutte ad assegnare, in effetti, come ampiamente si vedrà più avanti, alla fase della cognizione un ruolo di centralità nell' ambito della complessiva dinamica processuale amministrativa, senza la necessità di posticipare il momento dell' effettiva tutela delle situazioni giuridiche dedotte in giudizio alla successiva fase del giudizio di ottemperanza e/o altrettanto impropriamente di anticiparla, nella sua essenza, alla preventiva fase della tutela cautelare.

Ancora con riferimento alla fase della cognizione, peraltro, va aggiunto come la breve ricognizione operata in ordine all' evoluzione giurisprudenziale operata al fine di rendere più penetranti i poteri decisorii dei giudici amministrativi nei riguardi della pubblica amministrazione e di garantire l' effettività della tutela giurisdizionale amministrativa non possa prescindere dal ricordare almeno altre due vicende, che hanno generato importanti dibattiti dottrinali e giurisprudenziali, che si inseriscono pienamente nella suddetta prospettiva del potenziamento dei poteri decisorii riconosciuti al giudice della cognizione.

La prima è quella che ha riguardato la c.d. "stagione" della reintegrazione in forma specifica, vista quale istituto al servizio delle esigenze di tutela di interessi legittimi di tipo pretensivo. Una stagione breve, durata più o meno quattro anni, dal 1998 al 2002, fino a quando, cioè, il Consiglio di Stato ha ritenuto di non poter avallare le tesi interpretative che si erano rapidamente diffuse tanto nella giurisprudenza di primo grado quanto nelle opinioni prevalentemente espresse dalla dottrina in ordine ai contenuti della disposizione di cui originariamente all' art. 35 del d.lgs. n. 80/1998, dapprima applicabile nelle sole materie dei servizi pubblici e dell' edilizia ed urbanistica in sede di giurisdizione esclusiva ma poi generalizzata con la modificazione dell' art. 7, comma 3, della legge n. 1034/1071 operata con l' art. 7 della legge n. 205/2000¹⁶, in virtù della quale è stato stabilito il giudice amministrativo, nell' ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni inerenti all' eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali.

¹⁴ Di una "saldatura" tra le due fasi citate parla, infatti, M. LIPARI, L' annullamento dell' aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice, cit. 254, ravvisando nella citata norma la fonte di un diverso rapporto tra cognizione ed ottemperanza, finalizzato a realizzare il principio di effettività della tutela. Su questi aspetti, ad ogni modo, si veda ampiamente più avanti.

¹⁵ Osservazione presente, sempre ex multis, nelle riflessioni operate sul punto da P. CARPENTIERI, Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti), in www.giustamm.it

¹⁶ Dopo la dichiarazione di incostituzionalità che colpì l' art. 33 del d.lgs. n. 80/1998, come si ricorderà, per eccesso di delega, con sentenza Corte cost. 17 luglio 2000, n. 292, ed in presenza di altre questioni analoghe che stavano per essere decise, evidentemente nell' identica maniera, dalla Corte con riguardo anche agli art. 34 e 35.

Sul punto, come si ricorderà, la giurisprudenza amministrativa aveva, in effetti, in un primo momento ritenuto che l' espressa introduzione nel processo amministrativo del nuovo istituto della reintegrazione in forma specifica costituisse un' innovazione in grado di determinare una sostanziale possibilità di ampliamento dei poteri decisorii riconosciuti al giudice amministrativo di legittimità, affermando che questi avesse in tal modo ricevuto dal legislatore il potere di condannare l' amministrazione all' emanazione del provvedimento che fosse risultato dovuto in giudizio al fine di garantire piena tutela alle posizioni di interesse legittimo pretensivo.

Qualora infatti – si ragionava – l' accertamento compiuto dal giudice di legittimità abbia evidenziato come il ricorrente abbia titolo al conseguimento del bene della vita al quale aspira senza che l' amministrazione disponga di alcuna residua discrezionalità in ordine all' emanazione o meno del relativo provvedimento, ben potrà il giudice reintegrare in forma specifica l' interesse leso, condannando l' amministrazione al rilascio del provvedimento positivo in grado di soddisfare in forma specifica l' interesse protetto in questione ¹⁷.

La descritta tendenza giurisprudenziale, che per quattro anni era sembrata – come si diceva – senz' altro affermarsi tanto in dottrina quanto nelle decisioni rese sul punto dai Tribunali Amministrativi Regionali ¹⁸, venne tuttavia arrestata dalla nota decisione del Cons. Stato, Sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, poi confermata da varie altre sentenze successive ¹⁹, che negò che attraverso la possibilità di reintegrazione in forma specifica di cui al citato art. 7 della legge TAR il giudice amministrativo avesse acquisito il potere di condannare l' amministrazione all' adozione del provvedimento risultato dovuto in giudizio, dovendosi propriamente distinguere, ad avviso del Consiglio di Stato, il piano della tutela risarcitoria dei danni, al quale pur sempre attiene anche la reintegrazione in forma specifica, rispetto a quello dell' adempimento dei doveri funzionali dell' amministrazione, ancorché definitivamente accertati con sentenza passata in giudicato del

¹⁷ Tra le altre, si può ricordare ancora oggi la decisione TAR Veneto, sez. I, 9 febbraio 1999, n. 119, in Dir. proc. amm., pag. 1198, con nota adesiva di E.M. BARBIERI, Nuove forme di tutela in tema di appalti pubblici, che inaugurò il suddetto orientamento ammettendo che, in caso di mancata aggiudicazione di un appalto che sia risultata in giudizio, viceversa, dovuta alla ricorrente, ben può " il ristoro avvenire in forma specifica " , dovendosi di conseguenza ordinare all' amministrazione " in corretta esecuzione della sentenza ed onde riportare a riequilibrio la posizione dell' istante, di provvedere immediatamente ad attribuire l' appalto di cui trattasi alla ricorrente per l' intera durata prevista dal bando " .

¹⁸ In giurisprudenza, ex pluribus, si cfr. ancora, per esempio, T.A.R. Valle d' Aosta, 18 febbraio 2000, n. 2, in Foro it., 2000, III, col. 479 ss., con nota di F. FRACCHIA, Risarcimento danni da c.d. lesione di interessi legittimi: deve riguardare i soli interessi a " risultato garantito " ?; in dottrina, ma anche qui tra le altre, si rinvia invece alle opinioni espresse sul punto da A. ROMANO TASSONE, Ancora sul D.Lgs. n. 80 del 1998, in Giust. civ., 1998, pag. 427 ss., spec. pag. 436; E. FOLLIERI, La tutela nei contratti della pubblica amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in Dir. proc. amm., 1999, pag. 295 ss.; B. SASSANI, La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in Riv. dir. proc., 1999, pag. 1037; F. FIGORILLI, Commento all' art. 35, in Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo (a cura di M. Dell' Olio e B. Sassani), Milano, 2000, pag. 408 ss., volte tutte, e sia pure con varietà di accenti e di soluzioni ricostruttive, ad ammettere la possibilità per il giudice amministrativo di condannare l' amministrazione ad un fare specifico consistente nell' adozione del provvedimento favorevole richiesto dall' interessato e risultato dovuto in giudizio.

¹⁹ Tra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2003, n. 1716; Cons. Stato, sez. VI, 7 luglio 2003, n. 4028; Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2004, n. 1280. Decisioni anticipate, in dottrina, dalle conformi posizioni assunte sul punto, in particolare, da A. TRAVI, Tutela risarcitoria e giudice amministrativo, in Dir. amm., 2001, 12; ID., La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo tra azione di adempimento e azione risarcitoria, in Dir. proc. amm., 2003, 1.

giudice amministrativo, senza che residuino ulteriori margini di discrezionalità nell' agire per la pubblica amministrazione²⁰.

Al fine di ottenere l' adempimento di tali doveri – venne così precisato – lo strumento che l' ordinamento mette a disposizione dell' interessato è infatti quello del giudizio di ottemperanza, attraverso il quale questi potrà ottenere che la pubblica amministrazione si conformi all' accertamento del giudice ed adempia ai doveri funzionali che le incombono, eventualmente anche attraverso le misure sostitutive che potranno essere in quella sede ulteriormente adottate dal giudice a tutela della posizione soggettiva dedotta in giudizio: sicché, in buona sostanza, non vi sarebbe stato alcun bisogno di ricorrere all' istituto della reintegrazione in forma specifica, da ritenersi altrimenti impropriamente piegato ad una funzione di adempimento che non gli è propria, per ottenere gli esiti di tutela verso i quali si dirigevano le tendenze giurisprudenziali sopra rammentate, volte in definitiva ad introdurre nell' ordinamento processuale amministrativo un' azione di adempimento non prevista dal legislatore²¹.

Alla luce delle descritte posizioni assunte dal Consiglio di Stato, il dibattito si è così spostato sull' opportunità, de iure condendo, di introdurre espressamente nel nostro ordinamento un' azione di adempimento modellata sulla falsariga dell' analoga azione esistente nell' ordinamento processuale amministrativo tedesco, la Verpflichtungsklage di cui ai paragrafi 42 e 43 della legge del 1960 (Verwaltungsgerichtordnung), che consente al giudice amministrativo di dichiarare l' obbligo dell' amministrazione di porre in essere l' attività richiesta qualora la questione sia matura per la decisione e sempre che il ricorrente vantì, naturalmente, una pretesa giuridicamente qualificata all' adozione del provvedimento²².

Ebbene, com' è noto, l' occasione per operare un siffatto esplicito ampliamento dei poteri riconosciuti al giudice amministrativo, al giudice della cognizione in sede di giurisdizione di legittimità si è concretamente data solo qualche anno più tardi, poiché nei lavori preparatori del codice del processo amministrativo era stato previsto che il ricorrente che agisca a tutela di un

²⁰ Secondo Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, infatti, «la reintegrazione in forma specifica rimane un rimedio risarcitorio, ossia una forma di reintegrazione dell' interesse del danneggiato mediante una prestazione diversa e succedanea rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio ...[mentre] l' adozione da parte dell' amministrazione di un determinato atto amministrativo attiene più ai profili di adempimento e di esecuzione che non a quelli risarcitori », con conseguente esclusione della possibilità di adottare, per tale via, sentenze di condanna dell' amministrazione all' emanazione di un atto amministrativo, poiché «quando il legislatore ha voluto configurare la possibilità, da parte del giudice amministrativo, di ordinare un facere all' amministrazione, lo ha fatto espressamente ».

²¹ Sul punto, invero, chi scrive continua in realtà a ritenere che, di converso, nulla ostasse sul piano sistematico al riconoscimento della possibilità di applicare l' istituto della reintegrazione in forma specifica al fine di consentire al giudice amministrativo di condannare l' amministrazione all' adozione del provvedimento risultato dovuto in giudizio, soprattutto in considerazione della natura permanente del danno che viene arrecato al soggetto portatore di interessi legittimi di tipo pretensivo stabilmente insoddisfatti e pregiudicati fino all' adempimento dell' amministrazione. Un tale possibilità di applicazione viene, d' altra parte, ammessa sul piano sistematico da almeno una parte della dottrina civilistica, che ammette l' operatività dell' istituto con riguardo anche alle situazioni giuridiche soggettive di tipo relativo. Per un' approfondita analisi di questi aspetti teorici sia consentito, peraltro, rinviare interamente al nostro *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, pag. 295 ss.

²² In argomento, per tutti, si rinvia a M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 565.

interesse legittimo pretensivo potesse appunto chiedere di rettamente al giudice della cognizione «la condanna dell' amministrazione all' emanazione del provvedimento richiesto o denegato »²³.

Il legislatore, come pure è risaputo, non ha però colto l' occasione, giacché la norma, presente nel testo licenziato dalla Commissione incaricata di redigere la bozza del nuovo codice, è stata espunta dal testo definitivo poi divenuto legge da un "anonimo sforbiciatore"²⁴, deludendo in tal modo le attese di chi aveva visto in essa la possibilità di dare finalmente esito al lungo percorso evolutivo, sopra sommariamente rammentato, segnato da significativi arresti giurisprudenziali e dall' introduzione di importanti istituti processuali e procedimentali, volto ad offrire una piena e compiuta tutela giurisdizionale anche alle situazioni giuridiche soggettive qualificabili in termini di interesse legittimo pretensivo.

Non è detto, peraltro, che l' anonima "sforbiciata" possa avere avuto davvero l' effetto di impedire l' ingresso, nel processo amministrativo, di un' azione di adempimento, se è vero – ed a chi scrive pare senz' altro vero – che della innovativa proposta in tal senso formulata dalla Commissione sono in ogni caso rimaste ampie tracce in più luoghi del codice, tanto da aver condotto buona parte della dottrina a ritenere che esse aprano lo spazio alla fondata possibilità di ritenere che, anche alla stregua delle norme definitivamente approvate dal legislatore, un' azione di adempimento sia comunque divenuta ammissibile nel nuovo ordinamento processuale amministrativo.

Se questa azione, infatti, si risolve nell' affermazione della possibilità, per il giudice della cognizione, di condannare l' amministrazione all' adozione di un provvedimento che soddisfi la pretesa sostanziale riconosciuta fondata in giudizio, un tale potere decisorio continua ad essere, in effetti, formalmente riconosciuto dal codice al giudice amministrativo tanto all' art. 30, comma 1, che prevede la generale esperibilità di azioni di condanna nei confronti della pubblica amministrazione, quanto al successivo art. 34, comma 1, lettera c), che ribadisce specificamente come la sentenza di merito possa contenere la condanna dell' amministrazione «all' adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio »²⁵.

²³ L' art. 42 del testo provvisorio licenziato dalla Commissione composta da professori ordinari, magistrati amministrativi ed avvocati dello Stato, nominata con decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 23 Luglio 2009 al fine di redigere una bozza di un codice del processo amministrativo da sottoporre all' approvazione del Governo, prevedeva, infatti, che « 1. Il ricorrente può chiedere la condanna dell' amministrazione all' emanazione del provvedimento richiesto o denegato. Le parti allegano in giudizio tutti gli elementi utili ai fini dell' accertamento della fondatezza della pretesa ai sensi dell' art. 47, comma 2. 2. L' azione è proposta contestualmente a quella di annullamento od avverso il silenzio entro i termini previsti per tali azioni », mentre il successivo art. 47 del medesimo testo provvisorio, dedicato alle sentenze di merito adottabili dal giudice, stabiliva che « Se è stata proposta anche l' azione di adempimento e se ritiene che sussistano i presupposti per una decisione sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, condanna l' amministrazione all' emanazione, entro un termine, del provvedimento rifiutato o omesso ».

²⁴ E' questo il noto commento a quanto avvenuto operato da F. MERUSI, In viaggio con Laband, in www.giustamm.it, 2010, che ha lamentato appunto come «un anonimo sforbiciatore, che ha affermato di agire in nome del Ministro del Tesoro per contenere un possibile aumento della spesa pubblica, ha surrettiziamente mutilato il testo predisposto dall' apposita commissione costituita in esecuzione della legge delega presso il Consiglio di Stato e ci ha aggiunto qualcosa di suo per trasformare, quel che doveva essere un processo paritario, in una sorta di giustizia domestica preunitaria »

²⁵ Oltre al già citato scritto di F. MERUSI, si cfr., sul punto, le riflessioni in questo senso operate da R. CHIEPPA, Il codice del processo amministrativo, Milano, 2010, pag. 172-173, anche per il quale il fatto che il Codice non abbia

La speranza di chi auspica che venga effettivamente dato ingresso, nell' ordinamento processuale amministrativo, all' azione di adempimento è dunque riposta, ora, nell' opera interpretativa della giurisprudenza. E' presto per dire, naturalmente, quale potrà essere l' evoluzione di questa sul punto. Va rammentato, tuttavia, come proprio in questa direzione si siano già pronunciate tanto l' adunanza plenaria n. 3 del 23 marzo 2011, ancorché in un obiter dictum ²⁶, quanto una condivisibile ed approfondita sentenza recentemente resa, sul punto, dal TAR Lombardia, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, che ha ritenuto espressamente di poter procedere, in accoglimento di un ricorso mosso da un interesse legittimo pretensivo, ad ordinare all' amministrazione resistente di adottare il provvedimento risultato dovuto in giudizio, fondandosi proprio sul contenuto delle richiamate disposizioni di cui agli artt. 30, comma 1, e 34, comma 1, lettera c) del nuovo codice.

4. – La decisione ultima è assai importante e su di essa occorre, dunque, soffermarsi un momento anche per verificare, nella prospettiva che qui più interessa, se nell' architettura della sentenza e nel modello di azione di adempimento che essa propone si possa riconoscere la presenza di un fenomeno di sostituzione del giudice alle competenze dell' amministrazione nell' ambito della giurisdizione di legittimità .

Il caso riguardava una domanda di trasferimento presentata da un agente della Polizia di Stato e motivata con riferimento a gravissime ed eccezionali situazioni personali legate a patologie di entrambi i genitori, dimostrate in atti, che rendevano necessaria l' assistenza da parte del figlio. Situazione che, ai sensi dell' art. 55 del d.P.R. n. 335/1982, consente di chiedere appunto il trasferimento ad altra sede.

Con una prima ordinanza cautelare il TAR adito aveva rilevato il difetto di motivazione del provvedimento impugnato, rinviando all' amministrazione per un riesame della questione. Con un nuovo provvedimento, impugnato con motivi aggiunti, l' amministrazione aveva tuttavia confermato il diniego senza, peraltro, discostarsi in nulla nella motivazione rispetto a quanto non avesse già precedentemente adottato, nonostante la nuova documentazione che era prodotta dalla ricorrente. Ne è seguito, inevitabile, l' annullamento di entrambi gli atti gravati.

Poiché, però nel ricorso era contenuta anche una domanda esplicita con la quale il ricorrente aveva chiesto al giudice di ordinare all' amministrazione di consentire il trasferimento alle sedi indicate, il TAR Lombardia si è dovuto dedicare, a questo punto, a verificare l' ammissibilità e la fondatezza della domanda giudiziale in questione, delibando positivamente entrambe le questioni e condannando l' amministrazione all' emanazione dell' atto.

espressamente introdotto l' azione di adempimento “ non è sufficiente ad escludere che il giudice possa condannare l' amministrazione all' emanazione di un determinato provvedimento” , giacché “ l' azione di adempimento era una specificazione dell' azione di condanna e l' atipicità dell' azione di condanna consente che il giudice amministrativo possa condannare la p.a. all' adozione delle misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio [(art. 34, comma 1, lett. b)]” .

²⁶ Nella citata decisione l' adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha, infatti, affermato che «il legislatore, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l' azione di condanna volta ad ottenere l' adozione dell' atto amministrativo richiesto », ritenendo appunto «[...] ciò desumibile dal combinato disposto dell' art. 30, comma 1, che fa riferimento all' azione di condanna senza una tipizzazione dei relativi contenuti (e sull' atipicità di detta azione si sofferma la relazione governativa di accompagnamento al codice) e dell' art. 34, comma 1, lett. c), ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l' adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio ».

Dei molti aspetti di interesse della sentenza, se ne intendono richiamare qui due, rilevanti per l' oggetto specifico della presente trattazione. Il primo riguarda l' interpretazione data dal TAR Lombardia al contenuto degli artt. 30, comma 1, e 34, comma 1, lettera c) del nuovo codice ed ai principi in esso globalmente affermati, il secondo il percorso argomentativo seguito dal TAR Lombardia per operare l' accertamento della fondatezza della pretesa fatta valere in giudizio dal ricorrente in grado di legittimare la condanna all' adempimento disposta nei confronti della pubblica amministrazione intimata.

Quanto al primo aspetto, la sentenza citata, in linea con le posizioni già emergenti nell' obiter dictum della plenaria, rinviene nelle citate norme codicistiche il fondamento di un generale ed atipico un «potere di condanna senza restrizione di oggetto, modulabile a seconda del bisogno differenziato emerso in giudizio » attribuito al giudice amministrativo ai fini di una tutela di tipo restitutorio, ripristinatorio ovvero di adempimento pubblicistico coattivo. Né si potrebbe opporre – secondo la sentenza – ad una tale conclusione il fatto che il tipo di pronuncia che il giudice può adottare ai sensi dell' art. 34 non sia ‘ ‘ supportato ’ ’ da una corrispondente azione prevista dagli articoli precedenti del codice, vero essendo che «non è certo la disciplina del processo la sede nella quale si definiscono e qualificano i bisogni di tutela (restitutoria, satisfattiva, risarcitoria) bensì la legge sostanziale », e questa riconosce fin dal piano costituzionale il bisogno di tutela proprio delle situazioni di interesse legittimo, legandovi un generale diritto di azione (art. 24 Cost.), a presidio della cui effettività è posto «il principio dell' atipicità delle forme di tutela, non diversamente da quello che accade nel processo civile »²⁷.

Quanto al secondo aspetto, invece, il positivo accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale viene ritenuto possibile in considerazione del fatto l' amministrazione non aveva «nel corso del procedimento e del successivo processo evidenziato alcuna valida causa ostativa » rispetto alla richiesta avanzata dall' interessato.

A sostegno di tale assunto, il TAR Lombardia richiama le posizioni dottrinali e giurisprudenziali che ritengono che ben possa accadere che « anche un' attività in limine litis connotata da discrezionalità possa, a seguito della progressiva concentrazione in giudizio delle questioni rilevanti (ad esempio, mediante il combinato operare di ordinanza propulsiva e motivi aggiunti), risultare, all' esito dello scrutinio del Giudice, oramai segnata nel suo sviluppo », offrendo centrale rilievo al fatto che, tramite il riesame richiesto attraverso l' ordinanza propulsiva concessa al ricorrente in sede cautelare, fossero intervenuti ben due dinieghi opposti dall' amministrazione, con motivazioni ritenute in entrambi i casi erronee e/o insufficienti²⁸.

²⁷ Citazione, quest' ultima, tratta dalla nota decisione Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, seguita poi anche da Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139, in ordine all' ammissibilità dell' azione di accertamento nel giudizio amministrativo. Secondo il TAR Lombardia, pertanto, «il Codice, superando l' assunto della tipicità delle azioni nel processo amministrativo (peraltro già messo in discussione dalla giurisprudenza), prefigura un sistema aperto di tutele, in cui sono ammesse pronunce dichiarative (art. 31), costitutive (art. 29), condannatorie (art. 30). Per tale via, finalmente anche per il processo amministrativo, si inverte la garanzia costituzionale (art. 24 Cost.) che, riconoscendo la giuridicità del potere d' azione e la sua autonomia rispetto alla situazione giuridica sostanziale alla quale pure è correlata, preclude al legislatore di rendere impossibile o comunque difficoltosa la tutela delle posizioni soggettive manovrando la disciplina del processo ».

²⁸In linea, dunque, con le conclusioni cui perviene quel convincente (ad avviso di chi scrive) filone giurisprudenziale che afferma che, in sede di rinnovazione dell' attività a seguito di una sentenza che abbia annullato un primo diniego, l' amministrazione ha «il dovere di essere particolarmente rigorosa nella verifica di tutti i possibili profili rilevanti,

La possibilità di un positivo accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere in giudizio viene dunque ritrovata nel riconoscimento dell' esaurimento in concreto della discrezionalità amministrativa, che pure era stata astrattamente riconosciuta all' amministrazione dalla norma attributiva del potere, negli atti che sono stati da questa adottati nel corso del procedimento e/o sollecitati nel corso del processo.

Si afferma, cioè, che poiché l' amministrazione è tenuta ad agire, nell' esercizio dei propri poteri, obbedendo a principi rilevanti sul piano dell' ordinamento generale (ed in grado di conformare il rapporto che la lega al cittadino), quali quello di logicità e ragionevolezza, adeguatezza della motivazione, coerenza e non contraddittorietà tra i dati acquisiti nel procedimento e gli esiti decisionali, gli atti che vengono da essa adottati nel procedimento hanno anche la funzione di limitare progressivamente la discrezionalità amministrativa, sicché ben potrà accadere che, in esito all' adozione di siffatti atti, la decisione finale che questa è tenuta a prendere sia divenuta ormai sostanzialmente vincolata, non sussistendo più motivi per adottare altra legittima decisione se non quella che coerentemente emerge, nel segno e nel contenuto, dall' istruttoria svolta nel procedimento.

Come si è detto, si ritengono le delineate conclusioni senz' altro condivisibili. Per quel che rileva, in particolare, la presente trattazione occorre peraltro chiedersi se si possa vedere, in tale positivo accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere in giudizio, una sostituzione del giudice di legittimità all' amministrazione.

La risposta, in effetti, potrebbe essere in un certo senso affermativa, sostituendosi invero il giudice all' amministrazione nell' affermare l' assenza di cause ostative all' accoglimento della domanda e dunque la spettanza del provvedimento richiesto dall' interessato.

Senonché, inclineremmo a ritenere che, in questo caso, più che di una vera e propria sostituzione dell' amministrazione, ci si trovi piuttosto in presenza dell' affermazione di un principio di preclusione temporale che incombe sull' amministrazione la quale, in virtù dei sopra richiamati principi di ragionevolezza, adeguatezza della motivazione, completezza dell' istruttoria, etc., non può ritenere di poter continuamente riesercitare poteri di discrezionali di valutazione di una domanda ad essa rivolta da un interessato ma deve soggiacere a precisi limiti temporali entro i quali, se vi sono cause ostative all' accoglimento della stessa, esse debbono essere evidenziate. Altrimenti, si dovrà ragionevolmente concludere che legittimi motivi ostativi non ve ne siano.

In questa prospettiva, infatti, il TAR Lombardia richiama giustamente a sostegno della propria interpretazione anche i contenuti della disposizione di cui all' art. 10-bis della legge n. 241/1990, che impone all' amministrazione di comunicare preventivamente i motivi di diniego all' interessato in maniera tale che, su di essi, si possa sviluppare un adeguato contraddittorio procedimentale: norma dalla quale chi scrive ha già sostenuto che derivi un onere procedimentale sostanziale, per la pubblica amministrazione, di acclarare fin da quel momento tutti i fatti in grado di costituire validi

esaminando l' affare nella sua interezza e sollevando tutte le questioni che ritenga di interesse, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili ancora non esaminati: tanto allo scopo di evitare che la realizzazione dell' interesse sostanziale del ricorrente possa essere frustrata dall' artata reiterazione ad libitum di provvedimenti sfavorevoli, basati su sempre nuovi supporti motivazionali »: in questo senso, d' altra parte, ancora da ultimo si è nuovamente pronunciato, infatti, il Cons. Stato, Sez. IV, 4 marzo 2011, n. 1415, richiamando i precedenti di cui alle decisioni Sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134 e Sez. VI, 3 dicembre 2004, n. 7858.

motivi di rigetto dell' istanza ad essa proposta dal privato ²⁹. E se anche a ciò si ritenesse di non poter arrivare, ammettendo di conseguenza, la possibilità per l' amministrazione di opporre anche successivamente motivi ostativi diversi da quelli già rappresentati nel preavviso, si dovrebbe però quanto meno affermare fermamente il principio che, almeno a seguito di un' ordinanza di remand adottata in sede cautelare e/o un primo annullamento del diniego, sorga nell' amministrazione l' obbligo di esaminare, a quel punto, l' affare nella sua interezza, «sollevando, una volta per tutte, le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non esaminati » ³⁰.

Ragionamenti da cui deriva, pertanto, che nell' accertamento operato dal giudice ai fini dell' eventuale condanna dell' amministrazione all' adempimento si debba riconoscere, più che una vicenda di sostituzione del giudice all' amministrazione nell' esercizio di poteri ad essa riconosciuti dalla legge, l' operatività di un principio di preclusione sulle modalità dell' esercizio di questi poteri da parte delle pubbliche amministrazioni in grado di garantire concretamente la possibilità di esperire l' azione di adempimento anche in presenza di casi di discrezionalità amministrativa progressivamente esauritasi nel procedimento.

5. – Viceversa, si ritiene che di una vera e propria sostituzione dell' amministrazione possa parlarsi – ma il punto è naturalmente dibattuto, e occorrerà chiarire in quale senso si ritiene che si possa addivenire ad una tale conclusione – con riferimento alla normativa che viene dettata dagli artt. 121 e 122 in tema di dichiarazione di inefficacia del contratto da parte del giudice della cognizione, richiamata fin dal principio della presente relazione.

Come si è già detto, tali norme prevedono due distinte ipotesi di possibile intervento del giudice di legittimità sull' efficacia del contratto che sia stato medio tempore sottoscritto con chi sia poi risultato, in giudizio, illegittimamente aggiudicatario della gara, coincidenti con le gravi violazioni di cui alla prima norma (aggiudicazioni avvenute senza previa pubblicazione di un bando od avviso di gara e contratti stipulati senza il rispetto della clausola del c.d. stand still) e con gli altri casi di violazioni di legge di cui alla seconda, al ricorrere delle quali il giudice amministrativo, rispettivamente, dovrà – salvo che non ricorrano esigenze imperative connesse ad un interesse generale – ovvero potrà discrezionalmente (ma tenendo conto 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 concreta possibilità di subentro nello stesso), dichiarare l' inefficacia del contratto in questione.

E' con riferimento ad esse che occorre, dunque, chiedersi se ci si trovi in presenza, in questi casi, di una vera e propria sostituzione del giudice all' amministrazione in ordine all' esercizio di competenze che l' ordinamento, in linea di principio, aveva attribuito all' amministrazione stessa.

²⁹ Poiché se l' amministrazione potesse comunque opporre un diniego fondato su motivi non previamente rappresentati nel preavviso risulterebbe evidentemente frustrata quell' esigenza di sviluppare un adeguato contraddittorio tra amministrazione e cittadino fin dalla sede procedimentale che costituisce la ragion d' essere della norma stessa: D. VAIANO, Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo, in www.giustamm.it. Il preavviso di rigetto dovrebbe, cioè, 'cristallizzare' la materia del contendere, risultando altrimenti violata quella che dovrebbe essere la regola prima di un vero contraddittorio, risultando vanificato l' istituto proprio nelle finalità garantistiche che ne hanno giustificato l' introduzione nell' ordinamento.

³⁰ Come giustamente conclude il TAR Lombardia in omaggio anche al principio di concentrazione e ragionevole durata dei processi (art. 111 Cost.).

Ora, pare che vada in primo luogo eliminata una possibile ragione di dubbio, chiarendo che non rileva in alcun modo, nelle conclusioni che si andranno a sostenere, il fatto che, per i casi in questione, il codice abbia affermato la presenza di una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo [art. 133, comma 1, lett. e), n. 1].

Nella vicenda in esame, in effetti, siamo in presenza di un problema di tutela che riguarda specificamente posizioni di interesse legittimo che hanno già ottenuto una tutela demolitoria attraverso la decisione di annullamento dell'aggiudicazione illegittima ed ambiscono ora ad ottenere il subentro nel contratto illegittimamente stipulato con altro contraente. Non v'è, pertanto, alcun problema di tutela di diritti soggettivi né rileva alcuno dei residui profili di specialità del regime processuale specificamente proprio della sola giurisdizione esclusiva. La questione non si sarebbe posta in termini differenti, quindi, qualora la materia non fosse stata affidata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ed è d'altra parte risaputo come si debba ormai ritenere che questa abbia esaurito quella che storicamente è stata la sua "forza trainante" nei confronti della giurisdizione di legittimità, con la quale – salvi marginali aspetti – essa condivide ormai un modello processuale pressoché unitario, di piena giurisdizione, "applicabile con eguale portata satisfattiva a qualsiasi situazione giuridica tutelata", sia essa di diritto o di interesse legittimo³¹.

Ciò chiarito, si può allora senz'altro osservare, in via di prima approssimazione al problema, come le valutazioni in questione, che la legge affida oggi al giudice amministrativo, coincidano in effetti sostanzialmente con quelle stesse valutazioni che, per lungo tempo, la giurisprudenza aveva ritenuto che fossero, invece, riservate all'amministrazione in ordine al mantenere in vita o meno il contratto medio tempore sottoscritto l'originario aggiudicatario della procedura di gara anche a seguito di una pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione di un appalto.

Si rammenterà, infatti, come fino almeno ai primi anni dello scorso decennio – quando il tema fu investito dalle note contrastanti pronunce dell'adunanza plenaria e delle sezioni unite della Cassazione sul riparto di giurisdizione in materia – la giurisprudenza, tanto del Consiglio di Stato quanto della Cassazione, fosse stata fermissima nel ritenere che l'annullamento dell'aggiudicazione di una gara di appalto pubblico riverberasse i suoi effetti sul contratto sottoscritto con l'amministrazione dall'illegittimo aggiudicatario solo sub specie di invalidità relativa, rendendolo annullabile per vizi inerenti alla capacità di agire dell'ente, ed in particolare come difetto della legittimazione a contrarre, ovvero, meno spesso, come vizio del consenso prestato dall'amministrazione³².

³¹ In questo senso, in particolare, si cfr. da ultimo A. ROMANO TASSONE, La giurisdizione esclusiva tra glorioso passato ed incerto futuro, negli Atti del convegno di Lecce del 12-13 Novembre 2010, Napoli, 2011, pag. 113. Relazione nella quale vengono mirabilmente ripercorse le linee evolutive del sistema giurisdizionale amministrativo e la "forza trainante" in tal senso esercitata dalla giurisdizione esclusiva quale giudizio di spettanza, in originaria contrapposizione con il giudizio di mero annullamento, fino all'approdo odierno ad un modello unitario, nel quale "risulta sempre meno sostenibile lo stesso carattere speciale della giurisdizione esclusiva, per il semplice fatto che è adesso quest'ultima a fornire il modulo di base su cui si costruisce lo schema del giudizio amministrativo, in tutte le sue varie forme e declinazioni": op. cit., pag. 105.

³² In questo senso, in giurisprudenza, tra le altre si cfr. Cass. Civ., sez. I, 7 novembre 2000, n. 14901; Cons. Stato, sez. I, 1° febbraio 2002, n. 570. Tra gli altri, per una recente ricognizione delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali sostenute sul punto si cfr. M. TIBERII, La tutela del terzo nei contratti ad evidenza pubblica, Napoli, 2010, 21 ss. Sul

Trattandosi di invalidità relativa, tuttavia, si riteneva che il vizio in questione potesse essere fatto valere – naturalmente di fronte al giudice ordinario – solo dalla parte contrattuale nel cui interesse era posta la norma violata, e dunque solo dalla stessa pubblica amministrazione: la quale, quindi, si trovava a poter decidere se far valere o meno l'invalidità del contratto dinanzi al giudice civile operando valutazioni che, per loro natura, sono perfettamente coincidenti con quelle che oggi gli artt. 121 e 122 del codice rimettono al giudice amministrativo: riguardando queste, cioè, proprio la presenza di esigenze imperative connesse ad un interesse generale che impongono che gli effetti del contratto in essere vengano mantenuti, lo stato di esecuzione del contratto, le concrete possibilità di subentro nello stesso di colui che avrebbe dovuto essere il legittimo contraente, e così via.

Quanto meno a prima vista, dunque, sembrerebbe effettivamente che il codice del processo amministrativo, nello spostare la competenza in ordine alle valutazioni del tipo sopraindicato in capo al giudice, abbia chiamato quest'ultimo ad operare un intervento sostitutivo in ordine a competenze che, precedentemente, l'ordinamento affidava senz'altro alla decisione dell'amministrazione.

E' stato peraltro osservato sul punto come, in realtà, l'aver affidato al giudice amministrativo il compito di operare un tal genere di valutazioni non integri una vera e propria sostituzione dell'amministrazione per il semplice motivo che, appunto, l'amministrazione non ha mai avuto il potere di dichiarare essa stessa l'inefficacia del contratto, essendo questo potere comunque attribuito solo al giudice civile³³. Ciò è vero senz'altro, ma, appunto, la sostituzione del giudice all'amministrazione si realizza – mi parrebbe – non nell'adozione dell'atto che priva di effetti il contratto (qui, piuttosto, siamo nell'ambito del diverso tema della ripartizione della giurisdizione con il giudice ordinario), ma nell'operare – come si è detto – quelle valutazioni che potevano condurre o meno l'amministrazione, precedentemente, ad adire il giudice civile per far cadere il contratto in essere con l'illegittimo aggiudicatario.

6. – Si tratta allora di comprendere quale fondamento abbiano, che cosa esprimano e quale sia la natura delle valutazioni sostitutive dell'amministrazione prese in considerazione dagli artt. 121 e 122 del c.p.a., procedendo prima di tutto ad una rapida ricognizione delle opinioni che fino a questo momento si sono pronunciate in argomento in dottrina.

In questa prospettiva, trattandosi di valutazioni che – almeno a prima vista – sembrerebbero fondarsi su ragioni di opportunità e/o convenienza amministrativa, non meraviglia che una parte di essa abbia ritenuto che queste costituiscano espressione di un caso di giurisdizione di merito attribuita al giudice amministrativo³⁴: e ciò tanto in ragione della loro natura (appunto, a prima

dibattito giurisprudenziale che ha animato l'ultimo decennio, si cfr. inoltre, da ultimo, E. STICCHI DAMIANI, Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 240 ss.

³³ Osserva in effetti F. FRACCHIA, Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza, in www.giustamm.it, come nel caso in esame “difficilmente possa dirsi che la possibilità – ora riconosciuta al giudice – di incidere in modo così rilevante sull'efficacia del contratto costituisca un elemento facente parte della sfera di potere naturalmente riferibile all'amministrazione”.

³⁴ In questo senso, in particolare, si cfr. infatti le riflessioni svolte da G. GRECO, Illegittimo affidamento del'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. n. 53/2010, in www.giustamm.it, secondo cui “la valutazione che il giudice è chiamato ad operare risulta, dunque, largamente discrezionale. E anche se il Consiglio di Stato ha escluso che si tratti di giurisdizione di merito, il compito così come configurato dalla norma presenta tutte le caratteristiche della scelta funzionalizzata: essa, infatti, è una scelta diretta alla salvaguardia di un interesse generale e, dunque, di un

vista, di opportunità/convenienza amministrativa) quanto in relazione all' ampiezza dei poteri decisorii attribuiti in materia al giudice amministrativo, ossia ad entrambi gli aspetti che, com' è noto, vengono di solito presi in considerazione dalla dottrina per definire le caratteristiche della giurisdizione di merito³⁵.

Una tale tesi è coerente, d' altra parte, con gli esiti ultimi cui era pervenuta la giurisprudenza amministrativa prima dell' adozione del codice in ordine al tema degli effetti dell' annullamento dell' aggiudicazione e della sorte del contratto nel frattempo stipulato.

Si rammenterà, infatti, come, muovendo dalle più risalenti posizioni giurisprudenziali sopra descritte, la questione in esame avesse visto poi assumere dal Consiglio di Stato e dalla Corte di Cassazione posizioni largamente divergenti, avendo il primo ritenuto di poter estendere senz' altro la propria giurisdizione, in virtù delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 80/1998 e della legge n. 205/2000, alla dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato con l' illegittimo aggiudicatario della gara, a fronte di decisioni delle Sezioni Unite che, di converso, hanno sempre ribadito la permanenza, in materia, della giurisdizione civile.

Chiamata a pronunciarsi l' adunanza plenaria, con la decisione n. 9/2008 questa aveva allora tentato di risolvere il contrasto giurisprudenziale in essere uniformandosi (come non poteva non fare) all' orientamento delle Sezioni Unite secondo cui sussiste la giurisdizione civile sulla domanda volta ad ottenere l' accertamento dell' inefficacia del contratto la cui aggiudicazione sia stata annullata dal giudice amministrativo (punto 6 della motivazione), ma continuando a garantire piena tutela all' interesse del legittimo aggiudicatario pretermesso proprio per la via del giudizio di ottemperanza e della giurisdizione di merito in quella sede attribuita al giudice amministrativo dall' ordinamento. Venne, infatti, precisato dalla citata plenaria come l' annullamento giurisdizionale dell' aggiudicazione " fa comunque sorgere un vincolo permanente e puntuale sulla successiva attività amministrativa " che si riverbera su tutti i comportamenti e provvedimenti che l' amministrazione sarà chiamata ad adottare in sede di esecuzione della sentenza, con la conseguenza che " ove l' amministrazione non si conformi puntualmente ai principi contenuti nella sentenza oppure non constati le conseguenze giuridiche che da essa discendono, ovvero ancora nel caso di successiva sua inerzia, l' interessato può instaurare il giudizio di ottemperanza, nel quale il giudice amministrativo - nell' esercizio della sua giurisdizione di merito - può sindacare in modo pieno e completo (e soddisfacente per il ricorrente) l' attività posta in essere dall' amministrazione,

interesse la cui soddisfazione è normalmente riservata all' azione amministrativa e alla pubblica amministrazione " . Nella medesima direzione, tra gli altri, si cfr. anche i contributi di R. CAPONIGRO, La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo, in www.giustizia-amministrativa.it, di A. CACCIARI, Prime riflessioni sull' inefficacia del contratto a norma del D.Lgs. n. 53/2010, in www.giustamm.it, e di E. STICCHI DAMIANI, Annullamento dell' aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto, in Dir. proc. amm., 2011, 240 ss., anche per il quale " che si tratti di un potere sostanzialmente di merito limitato dal solo parametro della ragionevolezza non sembra potersi dubitare " .

³⁵ Com' è noto, infatti, si tende in dottrina a definire il quid proprium della giurisdizione ora sottolineando la natura di pura opportunità e convenienza amministrativa delle decisioni operate dall' amministrazione che vengono assoggettate al sindacato del giudice (cognizione estesa al merito dell' azione amministrativa) ora sottolineandosi, piuttosto, i maggiori poteri di decisione e cognizione del fatto che vengono in questa sede riconosciuti al giudice. La questione definitoria, peraltro, qui non rileva in quanto tanto dal primo quanto dal secondo profilo appare, in effetti, sostenibile che ci si trovi in presenza di un caso legislativamente non previsto di giurisdizione di merito.

adottando tutte le misure (direttamente o per il tramite di un commissario) necessarie ed opportune per dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza' , inclusa la eventuale "sostituzione dell' aggiudicatario" .

Le valutazioni di cui qui si discute, pur rimesse in prima battuta alla competenza dell' amministrazione, alla luce della richiamata decisione dell' adunanza plenaria risultavano così assoggettate, comunque, alla giurisdizione (di merito) del giudice amministrativo, con i poteri di sostituzione dell' amministrazione stessa che la caratterizzano. Il che costituisce, in effetti, un chiaro argomento spendibile a favore della tesi che vorrebbe ricondurre sempre alla giurisdizione di merito anche i poteri attribuiti oggi al giudice amministrativo dagli art. 121 e 122 c.p.a. in ordine alle valutazioni, di contenuto largamente analogo, che quest' ultimo è chiamato ora a compiere, ancorché nella diversa sede del giudizio di cognizione.

Senonché, la tesi in questione si scontra - in maniera che riterremmo insuperabile - quanto meno contro un argomento oggettivamente incontestabile: e cioè con il fatto che, come conferma oggi anche l' art. 7, comma 6, del c.p.a.³⁶, i casi di giurisdizione di merito hanno carattere tassativo e coincidono, pertanto, con le sole ipotesi indicate dalla legge, ossia in primo luogo con quelle di cui all' art. 134 del c.p.a., che non prevede affatto il caso qui in questione, preso viceversa espressamente in considerazione dall' art. 133, comma 1, lett. e), tra le ipotesi nelle quali il legislatore ha affermato in materia l' esistenza di una giurisdizione esclusiva. Né risultano modificazioni in itinere, sul punto, nelle bozze dei decreti correttivi ed integrativi del c.p.a. finora circolate.

D' altra parte, che in materia il legislatore abbia voluto consapevolmente negare che ci si trovi in presenza di un' ipotesi di giurisdizione di merito - nonostante che ciò fosse possibile alla luce della legge delega³⁷ - risulta in maniera testuale dal parere reso sul punto dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato nominata al fine di valutare le prime bozze dei decreti delegati recanti il nuovo codice del processo amministrativo, nel quale si è espressamente precisato come, in argomento, non dovesse confondersi il piano delle valutazioni di opportunità e di convenienza amministrativa con quello delle valutazioni giuridiche che vengono rimesse al giudice al fine di garantire la legalità dell' azione amministrativa, chiarendosi che "la scelta demandata in questi casi al giudice non costituisce l' esercizio di un potere di merito ma l' esito di una valutazione effettuata in sede giurisdizionale sulla base di presupposti predeterminati dal legislatore" ³⁸.

³⁶ Il quale testualmente prevede che "Il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie indicate dalla legge e dall' art. 134. Nell' esercizio di tale giurisdizione il giudice amministrativo può sostituirsi all' amministrazione" .

³⁷ La legge delega n. 88/2009 sulla cui base è stato adottato il codice del processo amministrativo prevedeva, in effetti, all' art. 44, l' ampliamento della cognizione del giudice amministrativo sino alla sorte del contratto a seguito dell' annullamento dell' aggiudicazione di una gara d' appalto, stabilendo che di esso occorresse "prevedere la privazione di effetti" nell' ambito di una "giurisdizione esclusiva e di merito" .

³⁸ Si confronti quanto viene espressamente detto, in effetti, nel citato parere reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, al punto 4: "Va invece condivisa la scelta effettuata nello schema di non attribuire al giudice amministrativo anche una giurisdizione di merito, benché la delega consenta tale possibilità. La previsione di una giurisdizione di merito presuppone che la legge autorizzi il giudice amministrativo a sostituirsi all' amministrazione, effettuando in luogo di questa scelte discrezionali conformi a regole non giuridiche di buona amministrazione che attengono ai profili di opportunità e di convenienza del provvedimento amministrativo, che può essere adottato dal giudice o da un suo ausiliario in sostituzione, appunto, dell' amministrazione. Tale carattere della giurisdizione, peraltro

Se così è, e salvo che non intervengano sul punto novità legislative, la descritta impostazione non pare che possa essere, pertanto, seguita. E' allora emersa, in dottrina, una differente tesi che ha tentato di spiegare i poteri sostitutivi in questione poggiandosi su un diverso fondamento giuridico, costituito dai poteri giudiziali di tipo equitativo³⁹.

Si tratterebbe, cioè, di un caso di giurisdizione esclusiva speciale, rafforzata da attribuzioni di equità giudiziale di tipo correttivo ed integrativo.

Secondo questa posizione dottrinale, in buona sostanza, la valutazione che viene in queste ipotesi rimessa dall' ordinamento al giudice sarebbe, in realtà, una valutazione di tipo " gestionale " più che decisoria. La legge, cioè, avrebbe in questi casi fatto ricorso a concetti giuridici indeterminati, per la cui applicazione non sono indicati puntuali criteri o parametri valutativi (dato che questi si rivolgono genericamente all' interesse generale, alla gravità della condotta, alla concreta situazione di fatto, etc.), rimettendosi così concretamente al potere discrezionale del giudice amministrativo, in questo senso creativo del diritto ed integrativo ex fide bona del precetto giuridico indeterminato, il compito di riempire il precetto con un contenuto di giustizia del caso singolo, non diversamente da quel che avviene quando il giudice civile si pronuncia in via equitativa disponendo restituzioni, ripetizioni di beni, risarcimenti, allo scopo di ricomporre il rapporto giuridico pregiudicato da atti o fatti illeciti⁴⁰.

Senonché, anche una tale alternativa ricostruttiva, seppure senz' altro suggestiva, va probabilmente respinta (e comunque non è stata seguita dalla dottrina prevalente) sia in quanto del tutto atipica rispetto al sistema di giustizia amministrativa vigente, sia in quanto avrebbe l' effetto di affidare al giudice il potere di intervenire su un contratto, travolgendo atti di autonomia negoziale, senza la copertura di un' adeguata norma legislativa, risultando conseguentemente persino di dubbia costituzionalità⁴¹. D' altra parte, come si è visto, il Consiglio di Stato, nell' escludere la sussistenza, nel caso di specie, di una giurisdizione di merito, si era raccomandato che ci si mantenesse sul piano della stretta legalità, senza attribuire alle valutazioni del giudice un ruolo " creativo " quale sarebbe, viceversa, quello comunque svolto dal giudice amministrativo ove ci si

in fase di contrazione, mal si ataglia a controversie aventi ad oggetto aspetti, di natura civilistica, inerenti l' effetto dell' annullamento dell' aggiudicazione sul contratto già stipulato. Pur potendo essere prevista, in tali casi, 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 In questo senso si cfr., in particolare, P. CARPENTIERI, Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti), cit.; ma nella medesima direzione si dirigono anche le considerazioni svolte da A. CARULLO, La sorte del contratto dopo l' annullamento dell' aggiudicazione: poteri del giudice e domanda di parte, in Riv. trim. app., 2010, 1016, anche secondo il quale " il compito del giudice così come configurato dalla norma presenta tutte le caratteristiche della scelta funzionalizzata ad una soluzione secondo equità che non aggravi la posizione del soccombente oltre i limiti connessi, appunto, ad una valutazione equitativa rimessa alla discrezionalità del giudice ... [che] gode di ampi poteri per l' esercizio dei quali non vi sono criteri o parametri valutativi, ad es., della gravità della condotta' .

⁴⁰ Così, appunto, P. CARPENTIERI, Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti), cit, il quale osserva appunto come, in effetti, i " regolamenti dei conti successivi al' annullamento dell' aggiudicazione e alla sua possibile incidenza sul contratto, le restituzioni, il subentro nel contratto, il suo dies a quo, la sostituzione e la riforma di atti etc., sono vicende non definite stricti iuris dalla legge processuale, ma da questa rimesse al potere discrezionale del giudice creativo del diritto e integrativo ex fide bona del precetto giuridico indeterminato' .

⁴¹ In questo senso, in particolare, si era subito pronunciato in ordine ad una tale possibilità ricostruttiva F. CINTIOLI, In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul " nuovo " processo amministrativo sui contratti pubblici, in www.giustamm.it,

volesse effettivamente riferire ai richiamati principi di “ equità correttiva ” ⁴². Né invero ci pare superabile l’ obiezione mossa da chi, in dottrina, ha opposto alla validità della descritta tesi l’ argomento che, in realtà , una tale ricostruzione non terrebbe nel debito conto il dato normativo, che assegna un’ importanza spesso decisiva all’ apprezzamento dell’ interesse generale, il quale costituisce un parametro normalmente estraneo alle valutazioni di equità rimesse alla competenza del giudice civile, che rileva piuttosto ai fini dell’ applicazione dell’ art. 2058 c.c. (o dell’ art. 2933, comma 2 c.c.), e dunque in ordine a valutazioni rimesse al giudice dall’ ordinamento processuale per scopi completamente diversi ⁴³.

Scartate, allora, per i motivi fin qui esposti, tanto le tesi volte sul punto a sostenere che ci si trovi in presenza di un caso legislativamente non previsto di giurisdizione di merito quanto quelle che rinvencono, nelle suddette norme, un’ ipotesi di giurisdizione esclusiva speciale rafforzata dal riconoscimento al giudice di particolari poteri fondati su ragioni di equità correttiva, altra parte della dottrina ha così proposto una differente alternativa ricostruttiva fondata, viceversa, sul piano delle forme di tutela dell’ interesse risultato leso in giudizio. In questa direzione, essa valorizza opportunamente in contenuto della disposizione di cui all’ art. 124, comma 1, c.p.a. – che prevede che se il giudice non dichiara l’ inefficacia del contratto, dispone il risarcimento per equivalente – per ricondurre la valutazione che viene rimessa alla competenza del giudice ai fini della dichiarazione dell’ inefficacia o meno del contratto alla decisione che questi viene chiamato a compiere ex art. 2058 c.c. in ordine alla possibilità o meno di offrire tutela in forma specifica agli interessi del ricorrente che abbia chiesto in giudizio il subentro nel contratto ⁴⁴.

Si è in effetti rilevato come, ai sensi del citato art. 124 c.p.a., il giudice amministrativo venga chiamato ad operare le valutazioni di cui si discute solo in presenza di una specifica domanda di subentro nel contratto proposta dal ricorrente. Una tale domanda giudiziale, tuttavia, altro non sarebbe, sul piano processuale, che una domanda di reintegrazione in forma specifica dell’ interesse leso dall’ illegittima mancata aggiudicazione dell’ appalto, ed in quanto tale il necessario punto di riferimento per una corretta impostazione ricostruttiva dei poteri attribuiti al giudice dagli art. 121 e 122 c.p.a. dovrebbe essere costituito, allora, proprio dall’ art. 2058 c.c. il quale, similmente a quanto ora viene previsto nel giudizio amministrativo, impone al giudice di operare una valutazione in ordine alla eventuale eccessiva onerosità per il debitore della tutela in forma specifica che, ove rapportata agli interessi (generali) propri dell’ amministrazione, andrebbe ad integrare – secondo tale dottrina – una valutazione non diversa da quella relativa alla presenza di superiori esigenze imperative e/o degli interessi delle parti e/o dello stato di esecuzione del contratto di cui qui si discute.

Se così è, tuttavia, ne verrebbe allora che, in realtà , neppure di una sostituzione del giudice all’ amministrazione si potrebbe parlare, perché le valutazioni in questione, ancorché inerenti all’ interesse generale, sono valutazioni analoghe a quelle che anche l’ ordinamento processuale civile affida normalmente alla competenza dei giudici civili nel momento in cui questi sono

⁴² Così ancora F. CINTIOLI, op. ult. cit.

⁴³ In questo senso tanto F. SAITTA, La dichiarazione di inefficacia del contratto del giudice amministrativo: quale giurisdizione?, in www.giustamm.it, quanto M. LIPARI, L’ annullamento dell’ aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice, cit., 243 ss.

⁴⁴ E’ la tesi esposta, in particolare, da F. SAITTA, La dichiarazione di inefficacia del contratto del giudice amministrativo: quale giurisdizione?, cit.

chiamati ad applicare l' istituto della reintegrazione in forma specifica degli interessi della parte processuale che abbia ottenuto ragione in giudizio ⁴⁵.

Detto in altri termini: la valutazione che viene effettuata dal giudice amministrativo nelle ipotesi di cui agli artt. 121 e 122 c.p.c. non sarebbe diversa dalla valutazione che viene effettuata anche dal giudice civile ex art. 2058 c.c. in presenza di una richiesta di tutela reintegrativa in forma specifica, non si sostituisce ad alcuna decisione in linea di principio riservata all' amministrazione e per essere operata non richiede, di conseguenza, che ci si trovi in presenza di un caso di giurisdizione amministrativa con cognizione estesa al merito, dovendo questa essere, all' opposto, correttamente resa proprio in sede di cognizione, allo stesso modo, di nuovo, di quanto avviene nel giudizio civile, nel quale la sussistenza di eventuali limiti alla possibilità di reintegrazione in forma specifica degli interessi della parte vittoriosa nel processo " entrano in gioco, prim' ancora che in sede di esecuzione forzata (art. 2933, comma 2), già in sede di cognizione' " ⁴⁶.

7. - Le considerazioni sopra rammentate sono sicuramente in massima parte condivisibili e pongono le basi per una corretta proposta ricostruttiva del quid proprium dei poteri esercitati dal giudice nelle ipotesi di cui ci si sta occupando soprattutto nella parte in cui sottolineano l' importanza di porre la questione sul piano delle forme di tutela, ed in particolare della tutela specifica, piena e soddisfacente, della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio.

Senonché, ad avviso di chi scrive, esse manifestano una certa debolezza sotto almeno due aspetti.

Il primo è costituito dal riferimento che operano alla non fortunata " stagione' " della reintegrazione in forma specifica ed all' art. 2058 c.c., che - come si è detto retro - ha visto il Consiglio di Stato, in linea con una parte della più autorevole dottrina, schierarsi su posizioni assai nette nel negare che si potesse operare una qualsiasi (ritenuta indebita) commistione tra il piano dell' adempimento, al quale evidentemente appartiene anche la domanda di subentro nel contratto, e quello del risarcimento del danno, che quanto meno in materia di interessi legittimi pretensivi le descritte posizioni giurisprudenziali appaiono considerare inevitabilmente limitato alla forma del risarcimento per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica dei danni subiti ex art. 2058 c.c.

Ancorché tali conclusioni potrebbero essere, ad avviso di chi scrive, senz' altro riviste ⁴⁷, occorre cioè prendere atto della circostanza che la giurisprudenza del Consiglio di Stato e la prevalente dottrina affermano che una domanda di reintegrazione in forma specifica possa validamente proporsi solo laddove fondata sulla dimostrazione di un danno subito, quale modalità di risarcimento dello stesso, e non per ottenere tutela specifica al legittimo interesse all' ottenimento di un bene della vita attribuibile dalla pubblica amministrazione (o in questo caso direttamente dal giudice), ossia al subentro nel contratto. Ed un danno in senso proprio, secondo queste posizioni

⁴⁵ Osserva F. SAIITA, op. cit., infatti, come " il giudice amministrativo è insomma sì chiamato ad una ponderazione d' interessi e ad una valutazione delle situazioni di fatto, ma non per sostituirsi all' amministrazione nell' individuazione della decisione amministrativa da prendere, bensì per scegliere la forma di tutela (in forma specifica ovvero per equivalente; inefficacia del contratto ex tunc ovvero ex nunc, ecc) che appare più idonea alla luce dei rapporti giuridici controversi' " .

⁴⁶ E non si vede, pertanto, per quale ragione " una siffatta valutazione, che si risolve poi in un giudizio di fatto rientrando nel potere discrezionale del giudice, dovrebbe invece ritenersi [nella giurisdizione amministrativa] riservata solo alla successiva fase, del tutto eventuale, dell' ottemperanza' " : così, ancora, F. SAIITA, op.cit.

⁴⁷ Come si è già osservato retro, alla nota 21.

dottrinali e giurisprudenziali, non sarebbe ravvisabile nel permanente stato di insoddisfazione della pretesa, per il solito motivo che altro è il piano dell' adempimento ed altro quello del risarcimento dei pregiudizi patrimoniali ingiustamente subiti.

Inoltre, e forse soprattutto, ci pare che il rilievo centrale che assume la valutazione dell' interesse generale che viene in questa sede operata nei precisi e puntuali aspetti indicati dagli art. 121 e 122 (e soprattutto quello che fa riferimento allo stato di esecuzione del contratto, che la prima giurisprudenza che si sta formando in materia appare tenere, rispetto agli altri, in preminente considerazione ⁴⁸) non renda possibile vagheggiare fino in fondo il parallelismo con le valutazioni, che ci appaiono di natura alquanto diversa, dell' eccessiva onerosità per il debitore che vengono compiute dal giudice civile ai sensi e per gli effetti dell' art. 2058 c.c. ⁴⁹. La valutazione ex art. 121 e 122 è una valutazione che attiene, in via generale, all' interesse pubblico alla sollecita realizzazione dell' opera pubblica, od al completamento di una fornitura già in massima parte eseguita o di un servizio ormai quasi del tutto reso, onde evitare ritardi nel completamento dell' opera o della fornitura e/o situazioni di discontinuità in grado di pregiudicare l' ottimale resa dei servizi. Si può anche dire che, trattandosi di interessi istituzionalmente propri dell' amministrazione, ciòrenda, in un certo senso, "eccessivamente onerosa" per il "debitore" la via della tutela in forma specifica: ma la presenza di una certa forzatura nel parallelismo ci pare francamente evidente.

D' altra parte, si è già fin qui ripetutamente osservato come, in effetti, le valutazioni che vengono ora rimesse al giudice amministrativo coincidano con quelle che la giurisprudenza prevalente considerava riservate all' amministrazione ai fini del decidere se agire o meno dinanzi al giudice civile per l' annullamento del contratto sottoscritto con vizi del consenso od in difetto di legittimazione attiva. Né si potrebbe disconoscere il fatto che i poteri oggi attribuiti al giudice amministrativo in sede di cognizione in materia di eventuale dichiarazione di inefficacia del contratto presentino gli stessi tratti che, tradizionalmente e fino alle posizioni assunte dall' adunanza plenaria del 2008, sono stati riconosciuti alla giurisdizione di merito ed ai poteri in quella sede riconosciuti al giudice amministrativo dell' ottemperanza ⁵⁰.

Sono questi dati che, ancorché necessitino di un puntuale inquadramento sistematico, non possono essere dimenticati, con la conseguenza che, a nostro avviso, non si possa in effetti negare che, nei casi in questione, ci si trovi in presenza di una vera e propria sostituzione dell' amministrazione da parte del giudice.

Escluso che questa sostituzione si possa giustificare affermando la sussistenza, in materia, di un caso di giurisdizione di merito, si pone, dunque, il problema di stabilire in quale maniera essa possa

⁴⁸ Tra le altre in questo senso, si cfr., in effetti, le massime emergenti da Cons. Stato, sez. III, 1° febbraio 2011, n. 1248, o TAR Lombardia, Milano, sez. I, ord. 14 ottobre 2010, n. 1097, dalle quali traspare l' attenzione che ripone il giudice amministrativo, in particolare, allo stato di esecuzione del contratto, ritenendosi che l' inefficacia del contratto non possa essere pronunciata quando questo sia stato "per la massima parte eseguito" (così nella citata sentenza Cons. Stato) ovvero "già eseguito per circa la metà" (così l' ordinanza TAR Lombardia).

⁴⁹ Com' è stato esattamente osservato, in effetti, una delle obiezioni più serie alle "ricostruzioni civilistiche" dei poteri in esame, qual è in fondo anche quella ora in commento, risiede proprio nell' importanza, spesso decisiva, dell' apprezzamento dell' interesse generale, che risulta estraneo ai parametri solitamente utilizzati dal codice civile: M. LIPARI, L' annullamento dell' aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice, cit., 243 ss.

⁵⁰ P. CARPENTIERI, op.cit.

giustificarsi, sul piano normativo oltre che ricostruttivo e concettuale, nell' ambito della mera giurisdizione di legittimità .

Ebbene, pare invero che il problema si debba risolvere rammentando come, giuridicamente, di sostituzione dell' amministrazione si possa parlare anche in un senso non coincidente con quello della sostituzione nelle valutazioni di opportunità e di convenienza amministrativa, ossia in quello, di natura strettamente processuale, della sostituzione del debitore che si ottiene nell' ambito di un giudizio di esecuzione, o meglio, e più precisamente, della sostituzione nel dovere di prestare l' attività mancante e necessaria volta a procurare, mediante l' attuazione del contenuto della decisione, il soddisfacimento effettivo dell' interesse che deve essere tutelato secondo la sentenza⁵¹.

Proprio questo aspetto, in effetti, è stato bene colto da chi ha sottolineato come il *quid proprium* dei poteri affidati al giudice amministrativo sulla sorte del contratto possa essere bene compreso, pur rimanendo nell' ambito della giurisdizione di legittimità , alla luce del nuovo rapporto delineato dall' art. 34 del codice del processo amministrativo tra i momenti processuali della cognizione e dell' ottemperanza – definito di saldatura – e più in generale alla luce delle nuove caratteristiche assunte dalla giurisdizione di legittimità nell' ambito del complessivo sistema di tutela delineato dal codice stesso, nel quale essa ha in via generale, e dunque non soltanto con riferimento alla materia specifica di cui stiamo parlando, attratto in sé una serie di contenuti che erano tipicamente propri, prima, del solo giudizio di ottemperanza⁵².

Rilevano qui, in particolare, i sopra descritti esiti cui sono pervenute le richiamate tendenze giurisprudenziali che hanno condotto il processo amministrativo ad assumere la sopra notata caratteristica della “ circolarità ” , nella quale ognuna delle fasi di cui si compone (cautela, cognizione, esecuzione) si è arricchita con il contenuto proprio dell' altra, fino a modificare le caratteristiche e le potenzialità di ciascuna proprie. Tali tendenze, come si è notato, sono state largamente accolte dal codice: e ciò è accaduto in special modo, per quel che qui più rileva, proprio per quel che riguarda il nuovo rapporto tra cognizione ed ottemperanza fissato dall' art. 34, comma 1, lett. c) c.p.a., che stabilisce ora che il giudice amministrativo possa dettare tutte le misure che ritiene idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio già nella sentenza che conclude tale fase del giudizio, senza necessità di posticipare le stesse alla successiva sede della giurisdizione di merito, ossia al giudizio di ottemperanza e/o esecuzione della sentenza.

Nella medesima prospettiva, inoltre, assume significativo rilievo anche quanto viene previsto alla successiva lettera e) della medesima norma, nella quale si prevede ora la possibilità che il giudice della cognizione possa disporre direttamente nella sentenza che definisce in giudizio tutte le misure idonee ad assicurare l' attuazione del giudicato, compresa la nomina di un commissario ad acta

⁵¹ Riprendendo, tra le altre, la definizione di esecuzione processuale che si trae da V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 2000, 845-846.

⁵² Si cfr. in questo senso, infatti, M. LIPARI, *op.ult. cit.*, ove si osserva come, in particolar modo, “ la previsione generale del potere della cognizione di adottare misure atipiche, idonee a realizzare la pretesa sostanziale della parte ricorrente vittoriosa [e] la facoltà di nomina del commissario ad acta già nella fase di cognizione ... esprimono ... nel nuovo processo amministrativo un diverso rapporto tra cognizione ed ottemperanza, al fine di realizzare il principio di effettività ... arricchendosi la cognizione di contenuti tipicamente esecutivi ” . Più ampiamente su questi aspetti, cfr. anche M. LIPARI, *L' effettività della decisione tra cognizione ed ottemperanza*, negli *Atti del XVI Convegno di Studi di scienza dell' amministrazione tenutosi a Varenna nel settembre 2010 sul tema La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Milano, 2011, 95.

deputato ad agire in sostituzione dell' amministrazione, sotto il suo immanente controllo, nell' ipotesi di inadempimento al dovere di portare ad esecuzione la sentenza entro un termine nella stessa prefissato. Altra vicenda che, precedentemente, si riteneva che potesse verificarsi solo a seguito dell' apertura di un nuovo giudizio, in sede appunto di ottemperanza.

Ne viene, dunque, che il giudizio di cognizione ha attratto una consistente parte dei poteri decisori – ed operativi, se ci si passa il termine – che precedentemente erano riconosciuti soltanto al giudice dell' ottemperanza, venendo ora il giudice della cognizione chiamato a delineare l' assetto degli interessi conseguente alla domanda di annullamento dell' aggiudicazione (o comunque dell' atto impugnato). La cognizione si arricchisce, così, di contenuti che precedentemente erano rinviati alla sede del giudizio di esecuzione della sentenza: e sono contenuti che, proprio per questa ragione, si caratterizzano per una natura sostitutoria, come normalmente accade, appunto, nel processo di esecuzione, nei quali si realizza appunto, in caso di mancata volontaria cooperazione del debitore, la sostituzione della volontà dello stesso nel dovere di prestare l' attività mancante e necessaria al fine di dare attuazione al contenuto della sentenza ed ottenere il soddisfacimento effettivo dell' interesse tutelato.

Ad avviso di chi scrive, è di questa norma generale e di principio contenuta nel nuovo codice del processo amministrativo, in grado di determinare una saldatura tra il momento della cognizione e quello dell' esecuzione, o meglio un' attrazione nella prima di contenuti finora considerati tipi solo della seconda, che costituiscono, dunque, espressione puntuale e specifica i poteri che sono stati attribuiti al giudice della cognizione dagli art. 121 e 122 c.p.a., i quali non implicano, pertanto, una sostituzione dell' amministrazione nel senso tradizionalmente proprio dei casi della giurisdizione di merito, ossia una sostituzione della stessa nelle valutazioni (ritenute di convenienza e/o opportunità amministrativa) sottese alla decisione in ordine alla dichiarazione o meno di inefficacia del contratto in essere in relazione ad esigenze di interesse generale, allo stato di esecuzione del contratto, etc., bensì l' anticipazione alla sede del giudizio di cognizione di quella sostituzione del soggetto tenuto a portare ad esecuzione la sentenza che si realizzava prima (e può ancora realizzarsi, del resto, adesso, quando le vicende concrete della controversia lo impongano) solo in sede di giudizio di ottemperanza al giudicato.

Si obietterà che, in tal modo, si verrebbe in sostanza ad estendere la giurisdizione di legittimità fino a coprire l' area della giurisdizione di merito, portando il sindacato del giudice amministrativo fino al cuore delle valutazioni di opportunità e convenienza amministrativa che caratterizzano il *quid proprium* di questa giurisdizione. Ebbene, la prima di queste osservazione potrebbe essere senz' altro accettata, ma ciò dipende solo dall' ampliamento dei poteri decisori riconosciuti al giudice della cognizione, e quindi al giudice di legittimità, ai sensi delle citate disposizioni di cui agli articoli 34, 121 e 122 del c.p.a. Mentre non è vera la seconda perché, in realtà, le valutazioni in questioni sono pienamente assoggettabili ad un sindacato di pura legittimità, senza che vi sia nessun bisogno di ricorrere, come ritenuto anche dal parere reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, al fumoso e superato concetto della giurisdizione di merito. In che cosa, infatti, si estrinseca il sindacato in questione? In valutazioni che, a ben vedere, si risolvono nella valutazione (non dell' opportunità e convenienza amministrativa ma) nella ragionevolezza, nell' interesse pubblico, tenendo conto in particolare dello stato di esecuzione del contratto (e degli altri aspetti indicati dagli art. 121 e 122), di una decisione di tenere in piedi il contratto con l' illegittimo aggiudicatario, risarcendo i danni arrecati al legittimo aggiudicatario pretermesso, per

motivi inerenti alla necessità di concludere rapidamente l' opera pubblica, ovvero di proseguire nella fornitura o nella gestione di un servizio ormai in essere. Ed è questa una valutazione di pura legittimità, di conformità a norme e principi giuridici, che può essere pertanto tranquillamente operata, in via sostitutiva, dal giudice della cognizione, di pura legittimità, senza che vi sia, né vi sia mai stata, la necessità di spiegarla ricorrendo ai superati concetti della giurisdizione di merito, estesa ai profili dell' opportunità e convenienza della scelta amministrativa, dei quali non v' è più, di conseguenza, né v' era mai stato, alcun bisogno.

Non è, dunque, che i poteri esercitati in tema di inefficacia del contratto (e più in generale quelli ex art. 34 c.p.a.) non presentino i tratti che, tradizionalmente, sono stati riconosciuti alla giurisdizione di merito⁵³, ma è che, più radicalmente, la nozione stessa della giurisdizione di merito che va superata, i considerazioni dei poteri più incisivi di ridefinizione dell' assetto degli interessi coinvolti dalla controversia oggi riconosciuti al giudice della legittimità, anche in una chiave sostitutiva di competenze precedentemente rimesse dall' ordinamento all' amministrazione, in sede di esecuzione delle pronunce costitutive di annullamento adottate in esito al giudizio di cognizione⁵⁴.

8. - Se così è, il passaggio successivo e definitivo del ragionamento verso delle coerenti conclusioni conduce a questo punto ad interrogarsi su quali più incisivi poteri cognitivi ed istruttori, oltre che decisorii, debbano essere riconosciuti al giudice della cognizione, quanto meno nei giudizi di cui agli art. 121 e 122, ma diremmo invero in via generale, per far dar pendant a questa cognizione arricchita di contenuti riconosciuti come propri, una volta, solo del giudizio di ottemperanza.

Pare, in effetti, chiaro come al riscontrato potenziamento dei poteri decisorii riconosciuti al giudice di legittimità debba parallelamente accompagnarsi un ampliamento anche dei poteri istruttori che consentano di arrivare ad un giudizio reso sulla base di un' esatta e completa rappresentazione dei fatti e sulla base di un' esatta e completa manifestazione processuale degli interessi rilevanti.

Qui il discorso si dirige, allora, al tema della cognizione piena del rapporto, dell' accertamento pieno e completo della situazione di fatto e di diritto sulla base del quale il giudice amministrativo deve provvedere senza, ormai, più rinvii al successivo giudizio di esecuzione: e già Aldo Travi, nella relazione che mi ha preceduto, ha bene notato come il problema centrale, oggi, sia costituito proprio dai poteri di cognizione piena che debbono essere con maggiore sicurezza riconosciuti al giudice amministrativo in primo luogo sui fatti sulla cui base va fondata la decisione giurisdizionale.

⁵³ Come ha osservato P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, cit.

⁵⁴ In questa direzione, infatti, si collocano anche le riflessioni svolte da G. TROPEA, *L' "ibrido fiore della conciliazione"*: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione, in corso di pubblicazione anche negli Atti di questo Convegno, che considera la progressiva caduta di barriere tra cognizione ed esecuzione, unitamente al carattere atipico della tutela cautelare, che assume nella sistematica del c.p.a. un ruolo sempre più finalizzato a garantire una sollecita definizione dell' intero processo, "una strada che potrebbe condurre ad un definitivo superamento della giurisdizione di merito" ravvisando nel "progressivo avvicinamento nella serie tutela-cognizione-esecuzione, all' insegna del principio dell' effettività della tutela, ...un formidabile fattore di erosione delle barriere fra giurisdizione e amministrazione ...A seguire tale impostazione, la cognizione diverrebbe sempre più merito sia in entrata, per il collegamento sempre più stretto con la tutela cautelare, peraltro atipica, sia in uscita, per il rilievo dell' esecuzione già in sede di cognizione".

Non si può più ammettere, in effetti, che nel giudizio amministrativo l' accertamento del fatto continui a costituire un' attività che i giudici possano percepire come riservata alla pubblica amministrazione, che è una delle parti del giudizio. Ciò contrasta, infatti, con il principio della parità delle armi tra le parti in giudizio, a sua volta espressione prima del principio costituzionale del giusto processo di cui all' art. 111 Cost., ai quali pure l' art. 2 del c.p.a. si richiama espressamente. Il che si traduce nella necessità di affrontare e risolvere, finalmente e definitivamente, il grave problema dei limiti tuttora ritenuti sussistenti quanto all' accesso al fatto consentito al giudice amministrativo, che continua ad essere uno dei punti in cui è maggiormente carente l' impianto della giurisdizione di legittimità delineato dal nuovo codice. Non sarà possibile sostenere, in effetti, il potenziamento dei poteri decisorî riconosciuti al giudice amministrativo senza che avvenga un parallelo superamento dell' atteggiamento di tradizionale ritrosia dei giudici amministrativi a sviluppare un' adeguata istruttoria sui rilevanti profili di fatto sui quali occorre fondare la decisione.

“ L' istruttoria non s' ha da fare' ” , notava autorevole dottrina in un noto scritto dedicato al tema ormai molto tempo fa⁵⁵: e nonostante il tempo passato, nonostante gli sviluppi avutisi sul piano del potenziamento dei poteri decisorî riconosciuti al giudice di legittimità , pare invero essere ancora questo l' atteggiamento prevalente nei giudici amministrativi, caratterizzato da una ancora assai diffusa riluttanza, per esempio, al sindacato della discrezionalità tecnica, alla disposizione di verificazioni e/o consulenze tecniche d' ufficio, espressione di una ritrosia all' accertamento completo ed effettivo dei fatti che risulta ancora oggi troppo legato ad un controllo esterno sulla logicità o meno, e non intrinseco sull' esattezza, dell' accertamento del fatto compiuto dall' amministrazione.

E' dunque una sorta di atteggiamento culturale, come nota giustamente poco fa Aldo Travi, quello che va combattuto. Un atteggiamento che conduce spesso, forse inconsapevolmente, i giudici a privilegiare tendenzialmente la ricostruzione dei fatti operata dall' amministrazione, almeno qualora non palesemente illogica, sol perché proveniente dall' amministrazione, quasi che questa, e per questa sola ragione, potesse ritenersi avere, sul piano processuale, una maggiore credibilità rispetto a quella, diversa, affermata in giudizio dalla controparte privata.

Ciò si pone, peraltro, in chiaro contrasto con il richiamato principio costituzionale della parità tra le parti in giudizio, che deve essere garantito in ogni fase del processo⁵⁶, dovendo il giudice all' opposto garantire, in un giusto processo, la verifica dell' attendibilità delle valutazioni tecniche ed in generale dei profili di ricostruzione del fatto operate dall' amministrazione, poiché solo sulla base di un fatto ricostruito esattamente potrà essere valutato in concreto, prima di tutto, l' interesse pubblico, essendo il fatto, evidentemente, il prius, e la valutazione dell' interesse pubblico sussistente nel caso di specie il posterius.

⁵⁵ Così V. SPAGNUOLO VIGORITA, Notazioni sull' istruttoria nel processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 1984, pag. 7 ss., che in tal modo criticava la tendenza ad una sottoutilizzazione delle possibilità istruttorie presente nell' atteggiamento dei giudici amministrativi, rilevando appunto come “ nei tribunali amministrativi in genere, di prima e seconda istanza, di istruttoria se ne fa poca. E non di rado si sente dire, nelle aule di quei giudici od in convegni, sia pure a volte in forma scherzosa, che l' istruttoria non s' ha da fare' ” .

⁵⁶ Insiste molto su questo aspetto, infatti, anche F. MERUSI, Giurisdizione e amministrazione: ancora separazione dopo il codice sul processo amministrativo?, in www.giustamm.it.

Pensiamo, d' altra parte, alla materia di cui qui più ci stiamo occupando, ossia le valutazioni rimesse oggi alle competenze del giudice ex artt. 121 e 122 c.,p.a. Come può fare il giudice a stabilire lo stato di esecuzione del contratto, a valutare le ragioni tecniche che possono eventualmente far emergere le esigenze imperative connesse ad un interesse generale se non con la pienezza della cognizione sul fatto? Se questi compiti, questi poteri sono stati oggi attribuiti dal legislatore al giudice della cognizione, essi non possono essere effettivi se non si dovesse realizzare un analogo sviluppo del sistema anche per quanto riguarda i profili di completezza dell' accertamento in fatto.

Né va dimenticata la rilevanza che assume anche la completezza dell' accertamento da svolgere con riferimento ai profili di diritto coinvolti nelle valutazioni che è chiamato ad operare il giudice amministrativo. Pensiamo, di nuovo, al compito che è stato attribuito al giudice amministrativo chiamato in sede di art. 122 a valutare se sussista l' effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l' aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati. Anche in questo caso è, in effetti, evidentemente necessario che il giudice sia preventivamente giunto ad operare un accertamento completo dell' intera situazione rilevante, ossia dell' intero rapporto in tutti i profili di diritto che siano per esso rilevanti. Si consideri il caso in cui vi sia un giudizio su una gara d' appalto alla quale sia stata accertata l' illegittima ammissione della controparte. Questa dovrà essere evidentemente esclusa e l' aggiudicazione annullata, ma ciò non significa ancora che il ricorrente abbia diritto al subentro nel contratto perché, magari, la sua offerta rientrava nei parametri di anomalia dell' offerta e bisognerà verificare se, in concreto, essa sia affidabile o meno. Ancora una volta, dunque, per effettuare il tipo di valutazione che viene richiesto al giudice ex art. 122 occorrerà operare un completo accertamento del rapporto, con quel che ne consegue, di nuovo, in ordine alla necessità di un' evoluzione giurisprudenziale verso la garanzia della pienezza della cognizione da portare su tutti i profili di fatto e di diritto rilevanti per la decisione, tecnico o meno che siano. Unica possibile e necessaria conclusione – ricordando ancora Franco Pugliese – della “marcia a gambero” nella ricostruzione di un processo amministrativo che, muovendo dagli sviluppi in tema di giudizio di ottemperanza ed a quelli poi avutisi in materia di tutela cautelare, arriverebbe in questo modo finalmente ad offrire un' effettiva tutela giurisdizionale nella sede che gli è più propria, ossia nel giudizio di cognizione.