

13 NOVEMBRE 2019

Lo sviluppo prospettico delle attuali coordinate ordinamentali induce a segnare più ampi confini ricostruttivi della nozione di “conformità alla legge” del provvedimento amministrativo con ripercussioni sul sindacato giurisdizionale di legittimità.

di Giuseppe Palma

Professore emerito di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Napoli Federico II

Lo sviluppo prospettico delle attuali coordinate ordinamentali induce a segnare più ampi confini ricostruttivi della nozione di “conformità alla legge” del provvedimento amministrativo con ripercussioni sul sindacato giurisdizionale di legittimità.*

di Giuseppe Palma

Professore emerito di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Napoli Federico II

Sommario: 1. Precisazione metodologica e brevi considerazioni preliminari; 1a; 1b; 1c; Le coordinate ordinamentali desumibili dai valori assiologici della Costituzione; 2. Conseguenze sul piano del sindacato giurisdizionale informato al principio epistemologico; 3. Breve epilogo

1. Precisazione metodologica e brevi considerazioni preliminari

Si nota l'opportunità di premettere un breve prologo al fine di meglio definire l'oggetto tematico esaminato in questa sede in ordine al quale va subito chiarito come esso costituisca un ulteriore approdo di un lungo processo di successive indagini, aventi ad oggetto tratti apparentemente slegati tra loro ma nel loro insieme collegati da una sottesa prospettiva seguita ed animata dallo scopo di planare sul significato storico ricostruttivo della problematica nozione di “conformità alla legge” (comunemente denominata legittimità) dell'atto adottato dalla p.A. al termine della maturazione della funzione di competenza; quindi è da intuire che tra i tratti, presi in considerazione più avanti, non vi è una mera assonanza (per così dire verbale) bensì una interconnessione funzionale, che la effettività (dinamica) ordinamentale evolutivamente si incarica di instaurare al fine di costituire i necessari presupposti (o se si vuole le necessarie condizioni) in forza dei quali la giurisdizione oltrepassi la soglia della mera regolarità formale per pervenire a consacrare la giusta tutela della pretesa del privato cittadino, in termini riassuntivi la “giustizia”, valore, secondo chi scrive, previsto ed imposto dalla Costituzione.

* Riceviamo e volentieri pubblichiamo.

Cosicchè la menzionata concatenazione causale-funzionale, come è facile comprendere, non rispecchia un angolo di osservazione personale (e se mai per alcuni arbitraria) ma è dedotto da un ben chiaro indirizzo fissato nella Carta, che sfugge solo alla scarsa attenzione che a volte si presta al suddetto profilo. D'altro canto quanto da ultimo affermato ben rende esplicito il significato di quanto si è costantemente dichiarato che la chiave di lettura delle problematiche amministrative dovevano essere esaminate in forza dell'orientamento ricostruttivo informato al principio secondo cui la "p.A. è la Costituzione in azione". Criterio, sembra utile precisare, che non può essere banalmente ridotto all'obbligo di rispettare e/o applicare la Carta, bensì nel dovere di "mettere in valore", anzi nel massimo valore (si chiede venia per la ripetizione) i valori assiologici sui quali galleggiano le singole disposizioni (stereotipate) adottate nella Carta, in un continuo anelito epistemologico¹.

Aspetto che agevolmente può sfuggire a chi si limita a fissare l'attenzione su una singola disposizione, ma un tale atteggiamento non conviene al cultore del diritto amministrativo che deve costantemente interrogarsi sul corretto funzionamento operativo della "macchina" burocratica a garanzia delle prerogative del popolo sovrano.

In conseguenza deve pure convenire che evitando di incamminarsi lungo un siffatto percorso interpretativo – attuativo della normativa (ordinaria) sull'azione amministrativa si finisce per precludersi la vera e compiuta potenzialità funzionale di quest'ultima azione, poiché a tal proposito è sufficiente rilevare che ogni singolo intervento del legislatore è teso (al di fuori delle ipotesi di leggi che introducono riforme organiche sempre più sporadiche in questi ultimi tempi) a soddisfare singole esigenze, che la vita sociale impone alla sua attenzione, per così dire sono interventi normativi tra loro slegati (talvolta neppure ben centrati) però, una volta immessi nella esistente dinamica ordinamentale anzi nello spazio ordinamentale, è la concreta operatività di quest'ultimo che, muovendosi sulla scia di quanto rilevato circa la premessa individuazione della assiologia costituzionale, si incarica di rintracciare quella "interconnessione" funzionale di cui è più sopra parola.

In proposito non va mai obliato che lo studioso del diritto è tenuto a scoprire una tale interconnessione, poiché un siffatto studio consegue pur sempre il connotato di "scienza"; la quale perciò consiste nell'attività conoscitiva e speculativa volta ad interpretare ed a delineare in modo razionale l'esistente realtà della propria osservazione, nel caso di specie la effettività del loro complessivo funzionamento.

¹ Si avverte in premessa che le citazioni bibliografiche e dottrinali sono ridotte ai soli epicentri argomentativi pertanto si rimane intesi che il più ampio apparato bibliografico – dottrinale può essere consultato nei lavori, di cui al percorso in parola, qui citati.

Anche perché *“molte conquiste sociali sono dovute ai giuristi, i quali, anche lontani dalla vita normale, perché spesso rinchiusi nelle biblioteche, non cessano di rappresentare un anelito verso quella ricerca della verità che per loro è la giustizia di cui non debbano mai dimenticare anche se preoccupati soprattutto di stabilire la certezza”* (Codacci Pisanelli)². Ed a sciogliere ogni ulteriore possibile dubbio va sempre ricordato a se stessi che *“lo studio della Costituzione è realtà vivente che deve essere colta nella immediatezza delle molteplici manifestazioni nelle quali si spiega e la dottrina ha il dovere di porsi quale fattore operante della civiltà del diritto”* (M.S. Giannini)³; il che giustifica che il sostrato assiologico, che sottende il lungo percorso della presente tematica (e/o peculiare aspetto) vada considerato anche in ragione della progressiva evoluzione che nel frattempo la vita sociale offre all'attenzione.

1a) Premessa la precisazione opportuna e necessaria delle precondizioni alla argomentazione logica della problematica esistenza del tema, la quale ha visto la luce all'indomani dell'Unificazione e della conseguente garanzia del dogma istituzionale della reciproca indipendenza istituzionale del potere esecutivo e del potere giurisdizionale, va fatto notare come tale problematicità nasce appunto con l'approvazione della legge del 1865 sull'abolizione del cd. contenzioso amministrativo con la quale la garanzia del privato cittadino dagli abusi del potere esecutivo era rimessa alla esclusiva (riservata) competenza della stessa p.A.⁴, laddove il Consiglio di Stato assumeva soltanto il ruolo di organo consultivo del sovrano (per quanto anche in questa storica posizione non ha tardato a prospettare importanti aperture garantistiche)⁵.

E' un aspetto ormai di comune conoscenza come pure è noto che, sopraggiunta la classe borghese a livello politico-parlamentare, si pervenne ad introdurre maggiori garanzie della posizione soggettiva dei cittadini con la istituzione della IV Sez. del Consiglio di Stato in veste di giudice di legittimità del provvedimento amministrativo, donde la accesa querelle circa i confini del sindacato del giudice sul provvedimento della p.A. al fine (sotteso o dichiarato) di non invadere la sfera del **merito** spettante, in ragione della sua istituzionale indipendenza, anche in prospettiva di garanzia e di tutela degli interessi dei cittadini, esclusivamente al medesimo potere (esecutivo) amministrativo.

Questione che ancora attualmente non ha trovato una stabile e definitiva soluzione.

² In Assemblea Costituente, Seduta del 24 marzo 1947

³ Cit. in Palma, Cultura e politica legislativa ecc., nel Volume Della azione amministrativa a regime di diritto privato ed altri scritti, Giappichelli 2018, 202 ss

⁴ Si ricorderà che intendo riferirmi all'art. ben noto 3 della L. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E

⁵ Cenni in tal senso sono esposti in G. Palma, Note intorno alla nozione di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza, in Rass. Dir. Pubb. 1963, n. 1; ora in Scritti giuridici, Ed. 2014, 1 ss

Il nodo della discordia, com'è altrettanto noto, è peculiarmente costituito dalla perimetrazione del sindacato di legittimità del giudice in ragione della violazione della legittimità per eccesso di potere, in altri termini circa i limiti della relativa cognizione giurisdizionale al fine della “individuazione” della consistente presenza nella singola fattispecie del vizio in esame senza penetrare nel nucleo (politico) della valutazione, appunto, di merito amministrativo. Perché il sindacato del giudice di legittimità deve arrestarsi ai margini di quella più o meno ampia valutazione amministrativa avente ad oggetto la decisione circa l'interesse pubblico (generale e che diventa specifico) fine e/o scopo della funzione esercitata.

Va anticipato altresì che il profilo messo in risalto riguarda anche la possibilità del giudice di procedere all'accertamento esauriente e/o completo della fattispecie del reale, la quale presuntivamente è stata già accertata dall'autorità amministrativa agente sulla cui base ha adottato la “decisione” sulla configurazione in concreto dell'interesse pubblico specifico.

E da tempo si è discusso se un tale sindacato sulla cognizione della fattispecie del reale rientra nella nozione della “conformità alla legge” (da non violare) ovvero, superando i confini di quest'ultima, si colora come riesame anche del merito amministrativo. E non è mancato, anche in tempi storici remoti, a configurare il vizio di eccesso di potere come (occulto) vizio di merito.

Proprio al fine di tentare di correggere un tale approdo in infide acque, chi scrive molti decenni orsono intraprese una corposa indagine giuridico-storica sulla quale, in questa sede, si ritorna esclusivamente per ricordare alcuni tratti allora acclarati e si ritengono ancora validi, dopo una intensa rimediazione⁶; e si ricorda che allora si scriveva che in virtù del principio secondo cui il potere discrezionale tende al soddisfacimento dell'interesse pubblico specifico *“si deduce il criterio, mediante il quale si rende possibile l'individuazione degli elementi della fattispecie, non qualificati (vale a dire non definiti) direttamente dal legislatore e lasciati all'apprezzamento della p.A.. In questo caso va innanzitutto interpretata la norma in funzione dello scopo, che è chiamata a tutelare, ed in seguito alla individuazione dello scopo è possibile una individuazione dei singoli elementi costitutivi della fattispecie in esame, dal momento che questi ultimi, a loro volta, vanno interpretati in funzione dello scopo (interesse cioè) da perseguire”. Insomma “tutto può essere spiegato se si fa attenzione al fatto che lo scopo della norma, attributiva della facoltà discrezionale, può fedelmente realizzarsi a condizione che si proceda alla esatta valutazione di tutte le condizioni di fatto e di diritto che la norma non qualifica, o perlomeno qualifica soltanto indirettamente attraverso la qualificazione dello scopo”*⁷. In conclusione si poneva in risalto che il vizio di eccesso di potere meritava di essere incluso nella nozione di “conformità alla norma” e si poneva in risalto come la disposizione che attribuiva il potere discrezionale fosse sempre strutturalmente indeterminata a così dire.

⁶ Vale a dire nel lontano 1963, op. cit. nella precedente nota

⁷ Cfr. sempre nota prec.

Alcuni decenni dopo si ebbe modo di tornare specificamente in argomento con la più nitida esposizione dei connotati strutturali del potere discrezionale amministrativo che deve essere disegnato (anche) alla luce dell'art. 97 Cost., soltanto a condizione che si metta in risalto il suo nucleo centrale dato dalla risultante delle due forze “massimo profitto sociale e minimo costo (sempre) sociale”, la quale si traduce nel principio di azione del perseguimento del massimo soddisfacimento degli interessi coinvolti, ivi innanzitutto l'interesse pubblico specifico, elemento teleologico della funzione amministrativa, e ciò si consegue con la massima aderenza dell'assetto giuridico alla (vera) realtà della situazione sociale su cui si interviene (fenomeno definito in quella sede come principio di obiettivazione), si precisava che al fine di proporzionare il grado di soddisfacimento di detto interesse (fenomeno definito per la prima volta di storicizzazione) si sottolineava l'assoluta necessità che l'Amministrazione si debba ricollegare al riscontro, nel mondo reale, di un fatto corrispondente, nei suoi elementi fattuali appunto, alla fattispecie legale, che andava identificata nei suoi elementi essenziali⁸.

Senonchè dal momento che la norma attributiva del potere discrezionale, al fine di consentire alla p.A. il potere (e/o la facoltà) di storicizzare appunto l'interesse pubblico da soddisfare nel singolo caso di specie, normalmente lascia non completamente delineata la fattispecie legale, la quale perciò rimane *id plerunque accidit* più o meno indeterminata, ciò impone che la circostanza essenziale sia il preliminare accertamento della situazione reale su cui intervenire, ivi inclusi gli interessi secondari che in essa si agitano, essenziali per definire il come e il quanto della definizione dell'interesse pubblico principale che in conseguenza risulta così storicizzato.

Ai fini della tematica oggetto di indagine si pone a dimora un primo tassello consistente nella deduzione tecnico-giuridica che è necessaria la attività di accertamento delle condizioni fattuali, che servono a conferire un senso più compiuto alla norma, più o meno indeterminata, che deve essere eseguita, anzi attuata, e che perciò rientra per la sua interna logica attuativa nella nozione di “conformità alla legge” e non invade in conseguenza la sfera di merito di cui la p.A. rimane l'unica gelosa titolare (sul punto si ritornerà).

1b) Giunti a questo punto di esposizione si nota la necessità di tener fede alla intitolazione premessa la quale fa esplicito riferimento alle attuali coordinate ordinamentali ed a tal fine appare opportuno richiamare ancora una volta quanto in proposito si è già scritto in una precedente sede, nella quale si

⁸ Cfr. G. Palma, Itinerari di diritto amministrativo, Lezioni 1993-1994, Cedam 1996 spec. pagg. 360 ss

prospettava il diverso modo di atteggiarsi nel rapporto funzionale Governo-Parlamento in materia di normazione⁹.

Invero a qualcuno può sembrare che la mentovata sistematica funzionale possa essere la (minore) conseguenza del confuso clima politico (per quanto ci si esprimeva così già nell'ormai lontano 2003), certo un rapporto sì fatto può modificarsi nel tempo storico-politico; ma non si può condividere un tale sospetto, poiché la coordinata qui in esame si inserisce nel flusso della civiltà tecnologica da tempo in auge non solo a livello di politica mondiale ma anche a livello della vita civile dei popoli, per cui non rimane da prendere nota se si intende continuamente aggiornarsi nel delineare le reali coordinate che in modo dinamico si ricompongono nello schema sistemico istituzionale.

Ad ogni modo, in quella sede, si rilevava come fosse agevole evidenziare che la iniziativa legislativa si fosse, specie negli ultimi tempi, trasferita dalla "classe" parlamentare a favore della compagine governativa e se ne individuavano i motivi nella nuova tonalità paradigmatica della normazione sempre più "tecnica" e su tale piano il Governo poteva usufruire dell'apporto dell'apparato burocratico, cultura non rinvenibile nella cultura parlamentare, nonché siffatti interventi di normazione richiedono, a volte, l'estrema sollecitudine nell'adozione, laddove l'iniziativa e la conseguente approvazione parlamentare necessitano (attualmente perlomeno) tempi di maturazione "fuori stagione".

Benvero, se si condivide una siffatta premessa impostazione si può convenire (e si conveniva in quella sede) come una norma adottata su motivazioni tecniche e la relativa ratio (=scopo) ovviamente di tonalità tecnica ed anche la pratica attuazione richiede conoscenze tecniche (appannaggio dell'apparato burocratico), ne consegue che l'esigenza più sopra avvertita, circa l'ineludibilità del necessario accertamento (acclaramento) della realtà (vera) della singola fattispecie del reale al fine dell'adottanda decisione circa (la storicizzazione) vale a dire la cifra dell'interesse specifico da soddisfare (ovvero non soddisfare), allora si comprende come una tale procedura di accertamento ad opera dell'autorità agente, è da svolgersi altrettanto mediante conoscenze tecnico-scientifiche, consone alla tonalità della norma che si intende attuare, e quindi è destinata ad emergere da quella tradizionale sfera di opportunità prima in essa occultata (e non soltanto nell'ipotesi di atti amministrativi classicamente definiti in dottrina di discrezionalità tecnica), sfera rientrante in passato nella riserva della p.A..

In altri termini assume una sua propria evidenza, vale a dire finisce per divenire una condizione (se non un presupposto) dell'asserita obiettivazione dell'azione amministrativa, assicurando così la legittimità del provvedimento (sul punto più avanti).

⁹ Cfr. G. Palma, Riflessioni in tema di scomposizione analitica della ricostruzione teorica della discrezionalità amministrativa; un saggio, in *Amministrativamente* 1/2013, ed ora nel volume, *Della azione amministrativa a regime privato*, cit., 1 ss

Ma un siffatto profilo argomentativo non è ancora esaurito e va ancora sviluppato in linea più generale confermativa della riconosciuta sua essenza di coordinata istituzionale.

Infatti più di recente chi scrive ha portato l'attenzione, in termini ben più generali, sulla problematica certezza-incertezza della norma¹⁰, e si è rilevato che le norme (e non solo nella nostra civiltà giuridica) ormai non vanno più, ai fini della loro attuazione (intenzionalmente non impiego il vocabolo “applicare”), interpretate esclusivamente nell'intento di scoprire la “volontà” (oggettiva) del legislatore che le ha adottate bensì, una volta precisata questa volontà ovviamente, ai fini della sua concreta applicazione della fattispecie legale alla fattispecie del reale, occorre che la prima sia integrata da una numerosa serie di clausole e soprattutto di principi (in primis) costituzionali ma anche di fonte internazionale e soprattutto comunitarie e si è concluso configurando lo spazio attuale ordinamentale come costituito da una rete fitta di principi di valore (ovviamente) giuridico e di diversa origine, che condiziona (e devono condizionare) la singola norma oggetto di interpretazione e di susseguente attuazione; e si comprende non soltanto a causa del connotato dei motivi tecnici che ne sollecitano l'adozione, secondo quanto appena premesso più sopra.

La conclusione di quanto esposto si può agevolmente desumere (del resto si concludeva così già nella sede ricordata) che sul piano della vita ordinamentale vigente non si rinvencono più norme (disposizioni) per così dire assoggettabili ad una interpretazione definibile letterale (secondo la prevalente e forse unanime opinione comune) e perciò in termini di applicazione deve essere integrata da clausole, principi ecc., i quali sono idonei ad integrare la fattispecie legale, che perciò diviene così attuabile, ma si comprende pure con riferimento alla fattispecie del reale (alla situazione reale oggetto della disciplina) che va accertata nella sua consistenza reale (anche con cognizioni tecnico-scientifiche ove occorra) al fine di determinare in quale maniera la prima va applicata al caso di specie e soprattutto per determinare la misura di storicizzazione (cioè di valutazione) del grado di soddisfacimento dell'interesse pubblico (perché sotto questo profilo la disposizione si delinea indeterminata), cosicché è innegabile che un siffatto aspetto rientri “naturalmente” nella prospettiva della “conformità alla legge”.

1c) Sempre nell'intento di predeterminare tutte le coordinate ordinamentali essenziali a meglio delimitare la tematica in esame si pone l'attenzione su quanto si è avuto di recente l'occasione di desumere, dopo una attenta disamina degli artt. 97 e 98 della Cost., aventi ad oggetto la prevista disciplina della p.A. e si

¹⁰ Cfr. Considerazioni intorno all'attuale problematicità della “certezza della norma” e l'attività di interpretazione – esecuzione della legge in sede di giurisdizione e di attività amministrativa, in www.federalismi.it ; in 12/2019, ss

è potuto desumere da questa disciplina alcune “linee sistemiche” dell’attuale apparato burocratico amministrativo¹¹.

In forza di tale indagine è stato possibile motivare come siffatto apparato, differentemente dal lungo percorso storico-politico che prende origine dalla Unificazione, finisce per “distinguersi” dalla precedente complessiva (ed indistinta) “inclusione” di dipendenza gerarchica dal vertice istituzionale (appunto storico) del rispettivo dicastero e quindi vale a dire dal potere ministeriale (a sua volta alle dipendenze del Sovrano titolare dell’incondizionato potere sovrano).

Con la menzionata distinzione l’azione amministrativa, esercitata dall’autorità burocratica agente, finisce per essere soggetta solo alla legge con la conseguenza che l’apparato nel suo insieme risulta costituzionalmente passare sotto “l’egida” (garanzia) del Parlamento, organo che rappresenta il popolo sovrano. Non risulta conveniente nella presente trattazione riesporre l’intero percorso giuridico –storico esposto in quella occasione, è sufficiente ai fini presenti far notare che in origine, nel regime monarchico puro ed in seguito nel regime parlamentare liberale, oggetto della modifica della rispettiva costituzione materiale, si incrementò l’azione di presenza della compagine governativa e conseguentemente il ruolo ministeriale all’interno della struttura dicasteriale, per quanto la dottrina del tempo, maggiormente attenta al reale funzionamento di tale sistema, non mancò di porre in risalto alcune preoccupanti disfunzioni, sicchè i Costituenti, probabilmente a conoscenza di un tale profilo in quanto direttamente vissuto e quindi per acquisita esperienza, si orientarono, nel prevedere il futuro regime della p.A. democratica a fissare che la struttura istituzionale di quest’ultima non fosse “staccata” del potere governativo bensì “distinta” da questo.

Cosicchè, intendendo affievolire lo storico accentramento del regime precedente e soprattutto nella prospettiva di meglio garantire le nuove prerogative del cittadino (componente del popolo sovrano) fissarono i capisaldi della perseguita “distinzione” con gli articoli già citati (d’altronde la distinzione dalla politica consente alla p.A. di operare in modo imparziale).

In conseguenza, in questa sede, va posto in rilievo come la compiuta interpretazione propedeutica alla relativa attuazione della legge attributiva della competenza funzionale finisce per rientrare nella esclusiva competenza dell’organo burocratico, con la conseguenza che la conoscenza determinativa della fattispecie legale oggetto della norma indeterminata rientra nella esclusiva sfera di azione dell’organo agente così come la stessa attività di accertamento della situazione fattuale da sussumere in quella legale deve dallo stesso organo essere esplicitata al fine di procedere alla storicizzazione valoriale dell’interesse pubblico

¹¹ Cfr. G. Palma, Il lungo itinerario giuridico-costituzionale in virtù del quale l’apparato pubblica amministrazione statale ha assunto l’attuale “identità” istituzionale “distinta” dal potere governativo ministeriale. Una prospettazione del tema dell’angolazione della scienza amministrativistica, in www.federalismi.it n. 5/2019

specifico e non deve più conformarsi a presunte momentanee esigenze politiche imposte dalla autorità ministeriale, la quale, a parte il probabile effetto di orientare l'azione amministrativa in modo differente dal dogma dell'imparzialità, potrebbe distrarre l'organo dallo scopo di eseguire (attuare), anzi di percepire fedelmente l'indirizzo fissato nella legge.

E' necessario aggiungere altre considerazioni prima di avviarsi nella maturazione di un plausibile approdo, il quale deve poggiare su di una ben definita piattaforma argomentativa.

Se si accetta la premessa (e non è agevole in proposito intuire motivi di contrasto), secondo cui la "imparzialità" prescritta dall'art. 97, 1° co., Cost. viene in modo esauriente rispettata dalla p.A. soltanto se è questa ad essere preposta all'accertamento della reale consistenza della fattispecie del reale ed a sua volta essa è conseguibile soltanto qualora l'organo agente, senza ricevere indirizzi interpretativi per via gerarchica, è libero nell'azione di cognizione della situazione fattuale (dalla quale dipenderà in seguito la misura di soddisfacimento dell'interesse pubblico e quindi della pretesa rivendicata dal privato), ciò comporta anche che il suddetto organo agisca direttamente nella località, assumendosi ogni responsabilità connessa a tale azione.

E qui si incrementa maggiormente il convincimento su quanto fin qui premesso, infatti in proposito si deve richiamare la lungimiranza del Costituente che adotta il principio del più ampio decentramento (non soltanto politico) amministrativo e prescrive altresì che la Repubblica deve adeguare i principi ed i metodi della legislazione a tal fine (art. 5 Cost.), cosicché a livello decentrato deve essere accertata la situazione di fatto perché solo con siffatto metodo può identificarne quel crogiuolo di interessi ccdd. secondari che interferiscono sulle concrete valutazioni dell'interesse specifico da soddisfare e ciò si rende del tutto praticabile e realizzabile in forza del principio di "obiettivazione" connotato dell'azione amministrativa imparziale, che perciò diventa sindacabile in termini di legittimità (conformità alla legge) con estensione di tale sindacato sulla correttezza (anche) della attività di conoscenza della realtà fattuale, premessa essenziale alla determinazione (storicizzata) dell'interesse specifico che l'organo è chiamato per legge a soddisfare.

2. Conseguenze sul piano del sindacato giurisdizionale informato al principio epistemologico

Pervenuti a questo punto della esposizione a chi scrive sembra di aver posto a dimora l'intera gamma argomentativa inerente alle attuali coordinate ordinamentali che servono a delimitare la tematica oggetto di indagine.

Tuttavia conviene procedere ad una loro breve riepilogazione, preavvertendo che tali coordinate conseguono ad una corretta considerazione della sistematica costituzionale.

Si muove in questa sede dal rilevare che la norma legislativa attributiva di una sfera di valutazione discrezionale alla p.A. (potere discrezionale) per suo stesso genoma non definisce compiutamente la fattispecie legale per cui è l'autorità chiamata ad applicare (attuare) a dover individuare gli ulteriori elementi che su detto piano consentono di procedere a tale attuazione.

E dal momento che, come autorevolmente da tempo è stato precisato, il potere discrezionale non impone affatto la “massimizzazione”, in termini di realizzazione dell’interesse pubblico cd. primario¹², vale a dire il fine teleologicamente fissato nella norma attributiva del potere, che va comparato con gli interessi secondari, tale comparazione va realizzata secondo i criteri desumibili dai sopraggiunti “canoni” fissati in Costituzione, in altri termini al principio dell’azione amministrativa della “imparzialità”.

Infatti è più che naturale che il valore da attribuire in concreto all’interesse pubblico principale dipenda in gran parte dal crogiuolo degli interessi (pubblici) secondari rinvenibili nella realtà della situazione fattuale su cui la p.A. deve intervenire (la fattispecie del reale) e tali interessi devono essere valutati pure essi nella loro intima consistenza (massimo profitto sociale con minimo costo sociale); del resto questo è il significato che si è inteso riassumere con il connotato della **obiettivazione**, vale a dire valutare preliminarmente la vera reale situazione di fatto, che va resa palese, ed in forza di tale accertamento decidere in che modo soddisfare l’interesse primario e conseguentemente l’interesse (pretesa) del privato (componente di quel popolo sovrano).

E si può anche agevolmente comprendere come un siffatto orientamento e/o un siffatto modo di procedere è reso non soltanto più facilmente e correttamente applicabile ma anche più rigoroso stante il dogma della sottoposizione dell’apparato burocratico soltanto alla legge (per quanto prima detto) ed il conseguente massimo affievolimento (se non interruzione) del rapporto gerarchico soprattutto nella fase decisionale¹³.

E ciò diversamente da quanto si riscontra nel regime precostituzionale nel quale il rigido vincolo gerarchico consentiva che la decisione di connotazione della opportunità (politica) venisse (o poteva essere) suggerita dall’alto. Ed è proprio questa situazione, originata dall’abolizione del contenzioso amministrativo, che convinceva, anche la dottrina dell’epoca, a sostenere che un tale tratto dell’azione amministrativa rientrasse esclusivamente nella sfera del “merito” riservata all’esclusivo potere amministrativo ed al suo altrettanto esclusivo controllo.

¹² Così M.S. Giannini, Istituzioni di diritto amministrativo, 2° Ed. aggiornata, Giuffrè 2000,266

¹³ Sulla crisi del rapporto gerarchico cfr. M.S. Giannini, sp. ult. cit. 4, 5 ss

In forza di quanto premesso si comprende anche come dopo una certa emarginazione dei ricorsi amministrativi si giunse a sanzionare la sua necessaria attivazione prima del ricorso (sindacato) giurisdizionale.

In conclusione in virtù di un siffatto parabolico itinerario subito dal regime istituzionale (e/o ordinamentale) l'attività di accertamento (con la relativa identificazione degli interessi interferenti sulla valutazione dell'interesse che funzionalizza il potere esercitato), subisce un effetto, a così dire, di emergenza dalla complessiva sfera (ritenuta) del merito per trasferirsi nell'area della (qui chiamata) conformità alla legge, vale a dire in quell'area, per opinione generale, definita di legittimità e quindi soggetta al tipico sindacato da tempo previsto per il profilo di legittimità.

D'altro canto il fenomeno testè ricordato aveva già ottenuto un riconoscimento, per così dire, ufficiale con la ben nota legge n. 241/90 sul procedimento amministrativo, la quale aveva già fatto emergere dai fondali del merito il complessivo iter amministrativo, facendolo rientrare nel sindacato spettante al giudice amministrativo ed in particolare riconoscendo al privato la legittimazione a collaborare alla definizione proprio della delimitazione dei termini connotativi della reale situazione della fattispecie del reale (e non certo per una anticipata contestazione)¹⁴.

Ed è bene aggiungere che, stante (ma non solo) il connotato prevalente tecnico della normazione attuale (maggiormente di iniziativa governativa), l'attività di accertamento cognitivo della fattispecie del reale richiede e consiglia il ricorso ad accertamenti squisitamente tecnico-scientifici, quindi con il ricorso anche a pareri e consulenze di tal natura ed anche un tale profilo non risulta trascurato dal legislatore del 1990 prevedendo oltre ai pareri obbligatori anche quelli facoltativi, la cui necessità è lasciata all'organo agente, con la connessa facoltà di far ricorso al mondo universitario¹⁵.

E' vero che il giudice amministrativo rispettoso dell'invalidabile confine eretto a difesa della insindacabilità delle "estesa" sfera del merito, anche sotto l'influenza della suggestione della previsione di alcuni istituti processuali, come consulenze, pareri ecc., previsti soltanto per il sindacato esteso al merito, così come sanzionati nella legge di istituzione della V sezione del Consiglio di Stato¹⁶, tuttavia non ha mai abdicato al suo intimo sentire della estrema garanzia del principio di legalità, la cui origine risale al periodo storico in cui esso svolgeva il ruolo di consulente del Re, ha anticipato per così dire il fenomeno qui in discussione, di uno spostamento in avanti degli angusti confini del proprio sindacato in sede di legittimità attraverso lo spettro dell'eccesso di potere, originariamente strumentale a controllare se la p.A. avesse rispettato l'interesse pubblico previsto nella legge attributiva della competenza, ed ha operato e

¹⁴ Cfr. G. Palma, *Itinerari di diritto amministrativo*, cit., loco cit.

¹⁵ Cfr. L. 7 agosto 1990 n. 241, art. 16

¹⁶ Cfr. quanto afferma F. de Luca, *Compendio delle lezioni di diritto amministrativo*, 1908, 280 s.

consacrato con consolidata giurisprudenza alcuni criteri cui informare il sindacato di legittimità, vale a dire con le cd. figure sintomatiche (come l'alterazione dei fatti, la illogicità ed irrazionalità della motivazione, ad es.) che hanno operato una continua riduzione della sfera che per opinione comune rientrava nell'esclusiva competenza del potere esecutivo (e quindi amministrativo) alla luce, altrettanto di opinione generalizzata, del rigoroso dogma della indipendenza ordinamentale dei poteri.

Dogma che in questa sede non si intende in alcun modo porre in discussione, ma piuttosto contrapporre che in forza dei valori consacrati nella Carta, che non smettono di offrire all'attenzione (attualmente un poco distratta) le diverse facce del loro poliedrico contenuto assiologico, l'azione amministrativa ormai imparziale e posta a servizio esclusivo della nazione (vale a dire del popolo sovrano) risulta ormai sotto la stretta osservanza della "legge" (quindi sotto l'egida del Parlamento) in conseguenza pur fermandosi il sindacato giurisdizionale ai confini della decisione nel merito, vale a dire della decisione in termini di opportunità e convenienza, avente ad oggetto cioè la commisurazione soddisfattiva di un determinato (per legge) interesse pubblico, elemento teleologico della funzione esercitata, è chiamato e ormai preposto a verificare in termini di sindacato se la preliminare delineazione della realtà fattuale sia pienamente coerente alla fattispecie legale, in conseguenza è soltanto il nucleo del potere e dell'azione discrezionale che viene a ridursi in termini più che ragionevoli in funzione di un sindacato non più finalizzato ad assicurare la "giustizia nella amministrazione" bensì la giustizia avente ad oggetto le prerogative del cittadino nei confronti del potere pubblico-amministrativo anche esso colorato democraticamente.

Ed allora ha più che ragione quanto viene affermato dal Consiglio di Stato in una recente sentenza (che più che una semplice sentenza è una preziosa monografia di scienza giuridica) che *"per quanto permanga la centralità della struttura impugnatoria, il c.p.a. valorizza al massimo grado le potenzialità cognitive dell'azione di annullamento attraverso istituti che consentono di concentrare nel giudizio di cognizione, per quanto possibile, tutte le questioni dalla cui definizione possa derivare una risposta definitiva alla domanda del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita "è" ormai acclarato la possibilità per il giudice di spingersi oltre la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento (l'art. 64 del c.p.a. contiene una traccia, sia pure incompiuta, degli oneri di contestazione, di allegazione, di prova necessaria ad ordinare in forma sequenziale un giudizio esteso al rapporto), in quanto al giudice compete l'accertamento del fatto senza essere vincolato a quanto rappresentato dal provvedimento"*¹⁷.

D'altronde il Codice del processo amministrativo prevede che, qualora il giudice valuti necessario a tal fine, possa ammettere prove testimoniali per iscritto ed ancor più richiedere consulenze (artt. da 63 a 66 c.p.a.), facoltà che era prima conferita soltanto nell'ipotesi di giurisdizione di merito ed ora consacrata

¹⁷ V. Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 321 del 2019

per l'intera cognizione giurisdizionale (va ricordato che in sede di redazione del progetto di codice si svolse un'ampia discussione circa la previsione dei mezzi istruttori).

Se ne può dedurre come al giudice amministrativo sia stato conferito l'onere (e/o il dovere), ove lo ritenga necessario nella fattispecie sottoposta al suo sindacato, di accertare (e di verificare) che la fattispecie del reale, la situazione fattuale accertata dalla autorità procedente sia realmente corrispondente alla situazione esistente e soprattutto sia stata compiutamente effettuata, ricorrendo anche a consulenze tecnico-scientifiche (a mero es. in materia geologica, idrogeologica, sulla consistenza del terreno, ecc. ecc.) non certo al fine di sindacare la decisa composizione degli interessi (primari e secondari) coinvolti e coesistenti, ma al solo scopo di sindacare se l'accertamento effettuato (anche sotto l'aspetto tecnico-scientifico) cui ha proceduto l'organo amministrativo sia stato completo, corretto ed esauriente, con la ovvia conseguenza che rilevate alcune incongruenze o vuoti nell'accertamento compiuto (o così asserito) possa dichiarare l'annullabilità del provvedimento impugnato implicitamente obbligando l'organo a ritornare sulla decisione già effettuata nel rispetto però del decisum giurisdizionale, cosicché si può sostenere che il sindacato per tanto tempo teso a garantire la legittimità (regolarità) formale si avvia a passo sicuro a garantire la giustizia sostanziale (per volontà costituzionale) ed in ciò si consideri che la pronuncia del G.A. si impone all'autorità amministrativa.

E' appena il caso di notare che per l'annullamento in parola il giudice impiega il ben noto eccesso (sviamento) di potere ed anche le figure sintomatiche che a tal fine risultano per connessione potenziate funzionalmente (e ciò convince chi scrive che non costituiscono nuove figure di vizi) .

Conviene esprimere un'ultima considerazione dopo la conclusione raggiunta. E' intuibile come la cognizione del G.A. si equipara sempre di più a quella già prevista per il G.O. ed allora non si erra nel ritenere (come già in altra sede) che le due giurisdizioni si vanno omologando in termini di cognizione ed allora sorge l'interrogativo: la rilevata attrazione astrale è causa od effetto del mutamento sul piano tecnico-giuridico della posizione soggettiva dell'interesse legittimo, il quale dalla mera consistenza giuridica di legittimazione processuale al ricorso ha assunto una consistenza di situazione sostanzialistica di posizione (soggettiva) di vantaggio funzionalizzata alla conservazione di un bene della vita ovvero all'ottenimento (sempre) di un nuovo bene della vita¹⁸.

Invero se il pensiero va alle vicende della class action in materia di servizi pubblici, in cui secondo la precedente scienza giuridica la posizione soggettiva del privato era equiparabile ad un mero interesse

¹⁸ Invero un primo orientamento in tal senso si esprime già negli Itinerari già cit., 167 ss, da ult. ripreso in Il consolidato orientamento giurisprudenziale invita a ritornare ancora una volta sulla identità strutturale della situazione di interesse legittimo, in www.federalismi.it, 21/2016, ed ora nel Volume Della azione amministrativa già cit., 125 ss.

legittimo (al massimo) ed ora ha subito la metamorfosi a diritto, si può forse concludere che le due posizioni giuridiche soggettive di per sé, strutturalmente, hanno la stessa consistenza giuridica, in conseguenza vengono assoggettate alla tutela dell'una o dell'altra giurisdizione soltanto in forza probabilmente di differente prospettiva di politica giudiziaria e non per la diversa struttura sostanziale delle due differenti posizioni giuridiche¹⁹.

3. Breve epilogo.

Intendo ritornare su quanto in principio già ricordato: *“molte conquiste sociali sono dovute ai giuristi, i quali, anche lontani della vita normale, perché spesso rinchiusi nelle biblioteche, non cessano di rappresentare un anelito verso quella ricerca della verità che per loro è la giustizia di cui non debbono mai dimenticare, anche se preoccupati soprattutto di stabilire la certezza”*. (Codacci Pisanelli) E se si aggiunge quanto affermato di recente da P. Grossi, che *“la Repubblica, da intendersi come la proiezione socio-politica-giuridica di una comunità che esprime in essa la propria complessità sociale e, di conseguenza, anche la propria complessità giuridica”²⁰* ed allora è stato facile per chi scrive maturare la convinzione di dovere essere sempre pronto a percepire le nuove prospettive secondo cui la vita giuridica si incammina, anche senza alcun clangore, in consonanza dei valori custoditi finora nella Costituzione ed un siffatto atteggiamento è consigliabile a tutti coloro impegnati nella ricerca in scienza giuridica soprattutto nei tempi presenti di disattenzione della consacrata assiologia costituzionale perché diversamente, limitandosi a rinverdire la sistematica ordinamentale negli esclusivi confini della dottrina antecedente all'avvento della Carta, fondativa della nuova società, si può concorrere inavvertitamente (ma validamente) ad alimentare la nostalgia del passato ed al tempo stesso si preclude la possibilità di vigilare sul nuovo che si presenta, ancorché tumultuosamente.

¹⁹ Cfr. quanto cit. nella prec. nota. Del resto non si deve dimenticare che i Costituenti dopo lunga discussione tesa a lasciare in vita solo il giudice ordinario sopprimendo ogni giudice speciale preesistente, si convinsero a lasciare la giurisdizione amministrativa solo in ragione che si richiedeva una competenza specifica per procedere all'annullamento del “provvedimento” amministrativo; cfr. sempre il lavoro cit. nella nota 18

²⁰ Cfr. P. Grossi, Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione in Riv. Trim. di diritto e proced. civile, 2019 n. 3, pag. 1 ss.