

LEZIONE DEL 15 GENNAIO 2022

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

CORSO DI PREPARAZIONE AL CONCORSO IN MAGISTRATURA 2021-2022

GIAPPICHELLI EDITORE

Responsabile scientifico
Vincenzo Lopilato

LEZIONE DEL 15 GENNAIO 2022
di Vincenzo Lopilato

Diritto amministrativo

AREE TEMATICHE

**SISTEMA DELLE FONTI (recupero) – ORGANIZZAZIONE (seconda parte) –
PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO (prima parte)**

Omissis.

Argomento 10

CONCETTO GIURIDICO GENERALE

Attività amministrativa. Discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica. Il merito amministrativo.

A. Schema per punti

1. Attività amministrativa. 2. Attività amministrativa vincolata e discrezionale. 3. Merito amministrativo. 4. Giurisdizione di merito.

Nota. *Si rinvia alla lezione per lo sviluppo del concetto giuridico generale.*

A.1. Rinvio al Manuale

1. Rinvio al Manuale di diritto amministrativo, V. Lopilato, Giappichelli Editore, Terza Edizione, giugno 2021, Capitolo 10, parr. 1-4.1, pagg. 550-563.

B. Giurisprudenza

1. La consumazione della discrezionalità amministrativa: **Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321.**

Nota. *Si tratta di una sentenza non spiegata a lezione che riprenderemo oltre.*

Massima:

La consumazione della discrezionalità amministrativa può dipendere, oltre che da consolidati meccanismi di diritto sostanziale (ad esempio; auto-vincoli posti dalla stessa amministrazione) o di diritto processuale (ad esempio, combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti, preclusioni istruttorie, principio dell'onere della prova), anche della insanabile "frattura" del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto di privati sulla correttezza dei pubblici poteri. In presenza di una evenienza siffatta, resta precluso all'amministrazione di potere tornare a decidere sfavorevolmente nei confronti dell'amministrato anche in relazione ai profili non ancora esaminati.

Si riporta di seguito la parte motivazionale della sentenza:

Omissis...

DIRITTO

2.– Secondo l'appellante la sentenza sarebbe erronea per i seguenti motivi.

2.1.– In primo luogo, viene riproposta la censura con cui si era contestata l'assoluta contraddittorietà tra il giudizio della "terza" Commissione e quello delle precedenti due Commissioni, dal momento che la stessa domanda di abilitazione, in applicazione degli stessi criteri e parametri, era stata valutata in senso diametralmente opposto rispetto alle valutazioni precedenti, frutto della medesima comunità scientifica. A ciò si aggiunge che l'organo di riesame, una volta insediatosi si era auto-vincolato stabilendo, nel verbale n. 2, che «la propria funzione si debba

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 2 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 15 GENNAIO 2022

limitare ed esaurire nel determinare l'esito della procedura, tenendo fermi i criteri e i giudizi già formulati dalla prima Commissione». In applicazione della summenzionato auto-vincolo, il detto organo, con riferimento ai primi tre candidati sottoposti a riesame (Marco Capece, Sonia Fernandez Sanchez e Alessandra Raffi), aveva confermato i giudizi (di accettabile e buono) resi dalla "prima" Commissione.

Omissis...

6.– Lo stesso codice del processo amministrativo, pur non tratteggiando un modello compiuto, consente di delineare in via interpretativa un dispositivo di chiusura del sistema, volto a scongiurare l'indefinita parcellizzazione giudiziaria di una vicenda sostanzialmente unitaria. Ad avviso del collegio tale dispositivo può essere indentificato, su più ampie basi argomentative, nella "riduzione progressiva della discrezionalità amministrativa", in via sostanziale o processuale.

6.1.– In primo luogo, viene in rilievo il richiamo, effettuato in esordio, all'esigenza di una tutela piena ed effettiva «secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo» (art. 1). Il principio del rimedio effettivo (frutto della convergenza sinergica, in tema di garanzie della tutela giudiziaria, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo con le previsioni della Carta costituzionale) ha reso oramai recessiva l'idea che la garanzia delle posizioni sostanziali possano restringersi al mero accesso a un giudice e a una procedura regolata dalla legge, implicando invece anche la possibilità di ottenere un provvedimento di tutela adeguato e omogeneo al bisogno di protezione di chi agisce. L'enfasi sulla strumentalità delle regole del processo rispetto alle ragioni della giustizia sostanziale ed il necessario riscontro di adeguatezza tra il mezzo di tutela e la posizione sostanziale segnano il passaggio dal principio di atipicità dell'azione, al principio di atipicità delle forme di tutela. Se l'effettività della tutela giurisdizionale è la capacità del processo di far conseguire i medesimi risultati garantiti dalla sfera sostanziale, l'interesse legittimo abbisogna della predisposizione dei rimedi idonei a garantire il conseguimento dell'utilità "primaria" specificatamente oggetto dell'aspettativa riconosciuta dall'ordinamento.

6.2.– Su queste basi assiologiche, il codice del processo amministrativo affida poi a due disposizioni il compito di esplicitare (per la prima volta) il punto di temperamento tra il principio di giustiziabilità delle pretese e di effettività della tutela (24, 103 e 113 Cost., artt. 6 e 13 della Convenzione europea) ed il principio di separazione dei poteri (art. 1 e 97 Cost., con il quale tradizionalmente viene giustificata la riserva di valutazione in capo alla pubblica amministrazione). L'art. 31, comma 3, del c.p.a. – avente applicazione generale, sia che l'amministrazione rimanga inerte sia che emani un provvedimento espresso di diniego – dispone che: «[i]l giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione». Quindi, per la definizione dell'intero rapporto sostanziale, vengono dettati i seguenti limiti: soltanto quando si tratti di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di discrezionalità, il giudice potrà spingersi sino alla verifica dell'esistenza in concreto dei presupposti e requisiti in presenza dei quali il ricorrente può ottenere il provvedimento richiesto.

Dall'art. 34, comma 2, del c.p.a. – alla cui stregua il giudice non può pronunciarsi che «con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati» (art. 34, comma 2) – si desume invece che non sono consentite domande di tutela preventiva dell'interesse legittimo, dirette cioè ad orientare l'azione futura dell'amministrazione, prima che questa abbia ancora provveduto.

Ebbene, la "riduzione" della discrezionalità amministrativa (anche tecnica) può essere l'effetto: a) sul piano "sostanziale", degli auto-vincoli discendenti dal dipanarsi dell'azione amministrativa, contrassegnata dal crescente impiego di fonti secondarie e terziarie che si pongono spesso come parametri rigidi per sindacare l'esercizio della funzione amministrativa concreta (anche se originariamente connotata in termini discrezionali);

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 3
perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

b) sul piano “processuale” dei meccanismi giudiziari che, sollecitando l’amministrazione resistente a compiere ogni valutazione rimanente sulla materia controversa, consentono di focalizzare l’accertamento, attraverso successive approssimazioni, sull’intera vicenda di potere (si pensi alla combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti avverso l’atto di riesercizio del potere, ma anche alle preclusioni istruttorie e alla regola di giudizio fondata sull’onere della prova), concentrando in un solo episodio giurisdizionale tutta quella attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza.

La consumazione della discrezionalità può essere anche il frutto della insanabile “frattura” del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell’affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri. In presenza di una evenienza siffatta, resta precluso all’amministrazione di potere tornare a decidere sfavorevolmente nei confronti dell’amministrato anche in relazione ai profili non ancora esaminati.

In alcuni casi, può accadere che la pervicacia degli organi amministrativi a reiterare le statuizioni annullate integri una elusione (palese o occulta) del giudicato: in tal caso deve ammettersi la possibilità, per il giudice dell’ottemperanza, di sindacare anche su aspetti non pregiudicati dalla sentenza.

Ma anche in una vicenda come quella in esame – in cui, per le ragioni anzidette, l’alternarsi di tre diverse Commissioni non consente di ravvisare nel nuovo vizio di illegittimità un palese sintomo dell’intento di non attuare il giudicato –, il susseguirsi di tre giudicati di annullamento ha comunque l’effetto di «svuotare» l’amministrazione del proprio potere discrezionale. Con la precisazione che il giudicato costituisce, in tale ipotesi, un vincolo alla discrezionalità amministrativa operante come “fatto” e non come “atto”.

6.3.– Pur con tutte le inevitabili esigenze di assestamento, il rimedio appena tratteggiato – i cui contorni ed i cui limiti saranno precisati dalla casistica giurisprudenziale (che dovrà specificare, ad esempio, cosa accade quando vengano in rilievo decisioni pubbliche di elevata discrezionalità e valore politico) – appare in grado di contemperare la regola per cui il processo amministrativo non può attribuire un bene della vita prima di una determinazione della pubblica amministrazione, con l’esigenza di assicurare, sin dove possibile, una tutela piena anche all’interesse pretensivo (per il quale la pronuncia di annullamento raramente si presenta autonomamente soddisfattiva), tenuto conto delle specificità correlate al sindacato sul potere pubblico.

È compito precipuo della giustizia amministrativa approntare i mezzi che consentono di ridurre la distanza che spesso si annida tra l’efficacia delle regole e l’effettività delle tutele. La tutela piena, del resto, risponde anche ad un obiettivo di efficienza complessiva del sistema, dal momento che lo sviluppo economico e sociale del Paese passa anche attraverso una risposta rapida e “conclusiva” delle ragioni di contrasto tra le Amministrazioni ed i cittadini.

Alla luce delle svolte considerazioni, deve ritenersi che, nella vicenda in esame, l’ambito di discrezionalità tecnica rimessa all’Amministrazione si sia progressivamente ridotto sino a “svuotarsi” del tutto.

Omissis.