GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

Due recenti sentenze del Consiglio di Stato sulla giurisdizione di merito

di Filippo D'Angelo

9 aprile 2026

Sommario: 1. I persistenti equivoci giurisprudenziali sulla giurisdizione di merito del giudice amministrativo – 2. Il dettato lineare del codice del processo amministrativo – 3. Giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito – 4. Sul potere sostitutivo del giudice amministrativo

1. I persistenti equivoci giurisprudenziali sulla giurisdizione di merito del giudice amministrativo

Le due sentenze del Consiglio di Stato che brevemente si annotano (C.G.A.R.S., Sez. giur., 22 dicembre 2025, n. 1015; Cons. Stato, Sez. II, 21 gennaio 2026, n. 503) sono intervenute a poca distanza di tempo l'una dall'altra e, pur trattando argomenti in apparenza molto diversi, sono avvinte da un singolare legame: appaiono contemporaneamente molto corrette e altrettanto erronee.

Urge subito motivare il perché.

Senza alcun dubbio sono più che giuste negli esiti decisionali a cui pervengono: la prima nell'inquadrare la natura ausiliaria del commissario *ad acta* nel giudizio d'ottemperanza; la seconda nel respingere un ricorso, per certi versi abbastanza temerario, in tema d'inidoneità fisica al servizio continuativo nelle forze armate di un aspirante militare.

Sono tuttavia poco centrate nei presupposti argomentativi che hanno scelto di adoperare, e il loro equivoco sta in ciò: nel ritenere che il giudice amministrativo, nell'esercizio della propria giurisdizione di merito, possa estendere il sindacato oltre la sfera della legittimità e attingere quella del merito amministrativo; con l'implicito corollario per cui, se il merito amministrativo equivale all'opportunità intrinseca all'esercizio del potere discrezionale**[1]**, il giudice potrebbe decidere la controversia anche secondo opportunità**[2]**.

Da qui la frequente, quanto indimostrata, affermazione secondo cui la giurisdizione amministrativa di merito avrebbe per oggetto il merito amministrativo, l'opportunità del provvedimento impugnato, le valutazioni che concernono il pubblico interesse**[3]**.

A tale tendenza non fanno eccezione le due sentenze in commento.

La prima quando evidenzia che l'intervento vicario del commissario *ad acta* è soggetto al «controllo di merito sulle scelte fatte» inteso come «condivisione estesa al merito dei suoi contenuti da parte del giudice dell'ottemperanza, com'è corollario del combinato disposto degli artt. 114, comma 6, e 134, comma 1, lett. a), c.p.a.»**[4]**; la seconda nel sostenere che le valutazioni d'inidoneità al servizio militare rese dai relativi organi sanitari «non sono sindacabili nel merito» atteso che le «relative controversie non rientrano nei tassativi casi di giurisdizione di merito sanciti dall'art. 134 c.p.a.»**[5]**.

2. Il dettato lineare del codice del processo amministrativo

Ora, come si è anticipato, sembra più che lecito sollevare qualche dubbio rispetto a tali ricostruzioni pur consolidate nel linguaggio abituale di diritto amministrativo**[6]**; e questo per un duplice difetto di verificazione reso peraltro ancor più nitido dal codice del processo amministrativo.

Procedendo per ordine.

Il primo elemento ostativo è di natura oggettiva, e si può riassumere nel seguente rilievo: nessuno dei cinque casi ancora inclusi nell'art. 134 c.p.a. permette al giudice di svolgere un sindacato sull'opportunità amministrativa**[7]**.

E valga il vero.

Quanto sopra di certo non accade nei ricorsi che hanno per oggetto le contestazioni dei confini geografici degli enti locali.

In questa materia la Corte costituzionale, da oltre vent'anni, ha avuto modo di chiarire che al giudice amministrativo «non si domanda una modificazione del confine, ma un accertamento di esso, senza che si deduca un conflitto fra i rispettivi titoli del *dominium*, bensì un contrasto d'interpretazione del contenuto dei medesimi»; pertanto «essendo il potere giurisdizionale di puro accertamento» la competenza di merito del giudice amministrativo ha ad oggetto «non l'opportunità, ma il pieno accertamento dei fatti» per cui è causa**[8]**.

Lo stesso si può dire per le controversie elettorali.

Qui è l'art. 130, co. 9 c.p.a. a qualificare la giurisdizione del giudice amministrativo come di sola legittimità dal momento che gli permette di correggere il risultato delle elezioni e di sostituire ai «candidati illegittimamente proclamati coloro che hanno diritto di esserlo».

Parimenti accade nelle controversie che riguardano il mancato rilascio del nullaosta cinematografico ai sensi della legge 21 aprile 1962, n. 161.

Sul punto ci si può limitare a ricordare che tale legge è stata abrogata dall'art. 13, co. 2, lett. b) del d.lgs. 7 dicembre 2017, n. 203 che ha sostituito il predetto nullaosta con un provvedimento di «classificazione delle opere cinematografiche per la visione dei minori»; e tale atto all'evidenza non può che riposare su una rigorosa disamina del contenuto della pellicola cinematografica da parte dell'amministrazione e richiede un motivato giudizio in punto di fatto pienamente controllabile dal giudice amministrativo di legittimità**[9]**.

Analoghe conclusioni si possono replicare per il sindacato sulle sanzioni pecuniarie devolute alla cognizione del giudice amministrativo.

Rispetto alle quali la Corte costituzionale ha già avuto occasione di rilevare come esse vadano irrogate sulla «base di criteri che non possono ritenersi espressione di discrezionalità amministrativa»**[10]**.

Rimane infine il giudizio di ottemperanza che costituisce l'ipotesi più importante attualmente inclusa nella casistica della giurisdizione di merito.

Di nuovo la parola spetta all'art. 112, co. 1 c.p.a.: l'oggetto del giudizio d'ottemperanza è l'effettività della tutela giurisdizionale offerta ai privati dinanzi all'obbligatorietà dei «provvedimenti del giudice amministrativo» che «devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione»; tale per cui il rimedio va visto come «*extrema ratio* per ottenere in sede di giurisdizione di merito l'esecuzione del giudicato, qualora in sede amministrativa non vi sia stata una definizione della questione conforme al giudicato stesso»**[11]**.

3. Giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito

Stando così le cose sembra che si possa ritenere sufficientemente comprovato il seguente dato empirico; e cioè che è del tutto inappropriato evocare il merito amministrativo a proposito della giurisdizione di merito, esulando dall'orizzonte del giudice qualunque aggancio alla sfera dell'opportunità**[12]**.

In ciascuna delle ipotesi segnalate rilevano al contrario i concetti della prova, della scoperta (ove possibile) della verità: quello che ne *Il giorno della civetta* Leonardo Sciascia ha definito «l'umano peso dei fatti», il «merito processuale» che spetta sempre al giudice estrapolare quando deve trarre conclusioni logiche, precise e concordanti dagli elementi probatori emersi nel corso del processo**[13]**.

Questa è l'effettiva consistenza della giurisdizione amministrativa di merito intesa però nel suo significato storicamente fondato e troppo spesso dimenticato: quello di un giudizio pieno in fatto e in diritto**[14]**.

Della quale – bisogna sottolinearlo – l'attuale discendente non è la «giurisdizione con cognizione estesa al merito» dell'art. 134 c.p.a. di cui francamente non si riesce a cogliere la perdurante ragione; ma è, e non deve sorprendere, la giurisdizione generale di legittimità coi suoi tratti di pienezza oramai consacrati dal codice del processo amministrativo**[15]**.

La giurisdizione di legittimità corrisponde in tutto e per tutto alla giurisdizione di merito se a questo vocabolo assegniamo l'unico significato consono alla realtà del processo: il «merito processuale» per l'appunto; la capacità del giudice di comporre la lite, statuendo in ultima

istanza sulla fondatezza delle pretese delle parti[16].

4. Sul potere sostitutivo del giudice amministrativo

Fatta questa premessa il secondo motivo di critica, pur garbata, alle due sentenze in esame sta invece in ciò: che il riferimento alla giurisdizione di merito nel senso che in genere ci viene tramandato è ancora oggi in grado di suscitare nell'immaginario comune più di un timore, ancorché spesso solo ventilato e non comprovato, che il giudice possa «sostituirsi all'amministrazione» nella cura dell'interesse pubblico[17].

Ma di nuovo questo rischio non può in alcun modo sussistere se ci distacchiamo da ogni assonanza e interferenza col concetto, sempre più recessivo, del merito amministrativo[18].

Nei casi di giurisdizione di merito la sostituzione del giudice all'amministrazione non avviene mai in base a considerazioni di opportunità; e a ben vedere nella legislazione positiva già esistono ipotesi di poteri sostitutivi oltre la giurisdizione di merito: basti pensare al rito sugli appalti pubblici[19].

Probabilmente è arrivato il momento di gettare le basi per un rinnovato ragionamento sui limiti e sull'esatta portata del potere sostitutivo che può essere esercitato dal giudice amministrativo; e che non è certo quello tratteggiato all'art. 34, co.1, lett. d) c.p.a. nel senso che egli «adotta un nuovo atto, ovvero modifica o riforma quello impugnato».

Il giudice amministrativo non deve fare, né ha mai fatto, nulla di tutto ciò.

Le coordinate ermeneutiche vanno ricercate altrove e precisamente all'art. 31, co. 3 e all'art. 34, co. 2 c.p.a. che permettono al giudice di pronunciare una sentenza definitiva della lite quando non sono più in gioco poteri dell'amministrazione che abbiano ad oggetto la valutazione dell'interesse pubblico e l'affare sia completo sul piano istruttorio.

Questa è l'unica forma di sostituzione consentita al giudice amministrativo; cioè quando l'interesse pubblico non è più sottoposto al condizionamento dell'autorità amministrativa perché è stato definitivamente elaborato nella sua fisionomia di modo che subentra nel processo amministrativo come entità storicizzata[20].

È in questo spazio che si può insinuare, anche nella giurisdizione di legittimità, una pronuncia sostitutiva del giudice amministrativo che da un lato sia rispettosa della riserva di amministrazione perché non va a intaccare il momento di esercizio del potere determinante[21];

e che dall'altro si appunti solo sull'esame del fatto provvedimentale che può essere sempre riqualificato nel modo legittimo che risulta all'esito del contraddittorio processuale fra le parti **[22]**.

Forse suonerebbe meno allarmante se non chiamassimo tutto ciò con la parola «sostituzione» e ammettessimo che in realtà è il consueto lavoro di ogni magistrato sia esso ordinario o speciale **[23]**.

Però quel che è certo è che l'equivoca interpretazione della giurisdizione di merito in costante abbinamento al merito amministrativo continua ancora oggi a frapporre un serio ostacolo alla comprensione della sua natura e soprattutto a ogni considerazione sulla sua persistente utilità.

Un tema su cui, ora più che mai, occorrerebbe avviare un serio percorso di riflessione ogni volta posticipato: e non tanto per negarne l'indubbio lascito storico, ma per comprendere quanto di essa sia oramai realizzabile con le mature potenzialità del giudizio di legittimità.

---

[1] Secondo le coeve ricostruzioni di A. Amorth, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, 25 e di M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione (Concetto e Problemi)*, Milano, 1939, 74.

[2] Ad esempio ne è convinto G. Roehrssen, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Studi in onore di Antonino Papaldo: scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1975, 218.

[3] Chiarissimo in tal senso F.G. Scoca, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 113; ma si veda anche S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 200.

[4] Punto II della parte motiva in diritto.

[5] Punto 17, lett. e) della parte motiva in diritto.

[6] Lo sostengono da ultimo con motivati argomenti F. Francario, *L'incerto confine tra giurisdizione di legittimità e merito* e C.E. Gallo, *La perdurante attualità della giurisdizione anche in merito*, entrambi in F. Francario e M.A. Sandulli, *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione*, Napoli, 2023, rispettivamente alle pagine 31 e 297.

[7] Per questa dimostrazione sia consentito rinviare a F. D'Angelo, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, 2013, 172 ss.; e ad analoghe conclusioni perviene anche F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il Processo*, 1, 2021, 39 ss.

[8] Così Corte cost., 8-16 febbraio 1993, n. 55, punto 4 della parte motiva in diritto.

[9] Com'è reso evidente dall'art. 2 del d.lgs. n. 203/2017.

[10] Così Corte cost., 4 luglio 2012, n. 27, punto 4.2 della parte motiva in diritto.

[11] Così Cons. Stato, Ad. plen., 4 dicembre 2020, n. 13, punto 6.4 della parte motiva in diritto.

[12] Il rilievo è sposato anche da F. Liguori, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2, 2018, 222.

[13] La citazione si trova alla pagina 101 dell'edizione Adelphi, Milano, 1993.

[14] Lettura condivisa da P.G. Ponticelli, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, Milano, 1958, 173; F. Benvenuti, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in F. Benvenuti e G. Miglio (a cura di), *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, Vicenza, 1968, 206; G. Vacirca, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, 1610.

[15] Lo ricorda A. Police, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, II, Napoli, 2011, 1447.

[16] In questo senso sono rimaste pressoché isolate le voci di M.S. Giannini-A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 261; G. Berti, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, II, 1972, 1891; E. Cannada-Bartoli, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1994, 542.

[17] È la lettera dell'art. 7, co. 6 c.p.a.; e lo ripete la relazione inaugurale dell'anno giudiziario 2026 al Consiglio di Stato: il «Giudice amministrativo non può entrare nel merito delle scelte politiche e di quelle discrezionali, né si può sostituire all'Amministrazione, tranne quando la legge stessa gli abbia attribuito i cosìdetti poteri di merito, cioè quelli sostitutivi» (p. 14).

[18] Sul cui processo di ridefinizione si veda A. Romano-Tassone, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir. amm.*, 3, 2008, 532-533; oltre al volume collettivo a cura di S. Foà, *Il nuovo merito amministrativo*, Torino, 2025 e al lavoro monografico di A. Moliterni, *La discrezionalità dell'amministrazione*, Torino, 2025.

[19] Ne dà atto F. Saitta, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023, 449 ss.

[20] Per un ordine d'idee non dissimile da quello suggerito nel testo si vedano P. Stella Richter, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 1981, 32 e di nuovo A. Romano- Tassone, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, I, Napoli, 2013, 473.

[21] Ossia di trasformazione dell'interesse pubblico: E. Follieri, *Atto autoritativo e giurisdizione. Poteri di trasformazione e poteri di conservazione*, in *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Napoli, 2012, 43 ss.

[22] Su cui insiste A. Police, *Spigolature in tema di giurisdizione di merito e giurisdizione piena del giudice amministrativo nel contesto del diritto europeo*, in P.L. Portaluri (a cura di), *L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa*, Napoli, 2014, 224.

[23] Cfr. G. Giacobbe, *Il cosiddetto giudizio di fatto (Il precedente di merito nella elaborazione giurisprudenziale)*, in *Dir. e soc.*, 1, 1978, 471.